HAL
open science

Notion d'Etat en droit international et en droit européen : de l'impossible approche conceptuelle à la nécessaire approche fonctionnelle

Abdou-Khadre Diop

To cite this version:

Abdou-Khadre Diop. Notion d'Etat en droit international et en droit européen : de l'impossible approche conceptuelle à la nécessaire approche fonctionnelle. Droit. Université de Bordeaux; Université Laval (Québec, Canada), 2017. Français. NNT : 2017BORD0618 . tel-02064188

HAL Id: tel-02064188

https://theses.hal.science/tel-02064188

Submitted on 11 Mar 2019

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

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

THÈSE EN COTUTELLE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ET DE L'UNIVERSITÉ LAVAL

École doctorale (ED. 41)

Par Abdou-Khadre DIOP

La notion d'État en droit international et en droit européen : de l'impossible approche conceptuelle à la nécessaire approche fonctionnelle

Sous la direction de Messieurs les Professeurs Loïc GRARD et Olivier DELAS

soutenue publiquement le :

17 juin 2017

Membres du jury :

Monsieur Olivier DELAS
Professeur de droit international et européen, Université Laval, ***co-directeur de thèse***

Madame Francette FINES
Professeur de droit public, Université de La Rochelle

Monsieur Loïc GRARD
Professeur de droit public, Université de Bordeaux, ***co-directeur de thèse***

Monsieur Patrick MEUNIER
Professeur de droit public, Université Lille 2, ***prélecteur et rapporteur***

Madame Isabelle PINGEL,
Professeur de droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ***rapporteur***

REMERCIEMENTS

Mes remerciements iront tout d'abord aux Professeurs Loïc GRARD et Olivier DELAS qui ont accepté de diriger ce travail dans le cadre d'une cotutelle et de m'accompagner avec des conseils précieux et une disponibilité sans faille.

Je tenais à remercier également mes parents, pour leur soutien sans faille tout au long de ce parcours, toute ma famille et plus particulièrement mon oncle Mamadou Lamine Diène, sans qui tout ceci n'aurait été possible.

Mes remerciements n'auraient pas été complets sans une pensée émue pour mon épouse qui a su merveilleusement rendre agréable les moments difficiles de la vie du doctorant. Trouve dans ces mots l'expression de ma profonde reconnaissance, ainsi que ma très chaleureuse belle famille.

Je remercie aussi l'ensemble de l'équipe du CRDEI dans toutes ses composantes et toute sa diversité (doctorants, docteurs, personnel administratif, enseignants) pour son aide précieuse.

Enfin, mes remerciements vont droit à ma famille de Bordeaux (Ba Tapsirou, Omar Dème, Kassoum Niang, Abdoulaye Dème, Dembo Fofana, Tata Seynabou) pour m'avoir acompagné et soutenu tout au long du parcours.

RAPPORT STATISTIQUE

Ce travail repose sur l'exploitation de :

-206 ouvrages dont 48 anglophones

-382 articles dont 132 anglophones

-211 décisions de la Cour de Justice et 12 du Tribunal de l'UE

-129 décisions de la Cour EDH

-51 décisions de la CIJ

-15 décisions de juridictions pénales internationales

-74 décisions de juridictions arbitrales

-49 décisions de juridictions internes.

Ce travail comporte :

1999 notes de bas de page

581 pages (corps du texte),

dont 255 pour la 1ere partie

et 277 pour la 2e partie

SOMMAIRE

SOMMAIRE **7**

LISTE DES PRINCIPALES ABBRÉVIATIONS ET ACCRONYMES **9**

INTRODUCTION **13**

1ERE PARTIE. UNE NOTION AU CONTENU VARIABLE **45**

TITRE 1. L'USAGE DU CRITÈRE ORGANIQUE 47

Chapitre 1. Le périmètre organique de base de la notion d'État *51*

Chapitre 2. Le périmètre organique différencié : le cas des collectivités territoriales *101*

TITRE 2. LE DÉPASSEMENT DU CRITÈRE ORGANIQUE 157

Chapitre 1. L'usage d'un critère matériel *159*

Chapitre 2. L'usage d'un critère factuel *255*

2E PARTIE. UNE NOTION AUX FONCTIONS INVARIANTES **301**

TITRE 1. UN OUTIL D'INTÉGRATION 303

Chapitre 1. Un outil d'intégration structurelle *307*

Chapitre 2. Un outil d'intégration matérielle *385*

TITRE 2. UN OUTIL DE PROTECTION 439

Chapitre 1. Un outil de protection de la souveraineté *441*

Chapitre 2. Un outil de protection de l'individu *533*

CONCLUSION GENERALE **581**

BIBLIOGRAPHIE **585**

TABLE DES MATIERES **691**

LISTE DES PRINCIPALES ABBRÉVIATIONS ET ACCRONYMES

Annuaire CDI	Annuaire de la Commission du Droit International
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AIDI	Annuaire de l'Institut de droit international
AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
AJIL	American Journal of International Law
Al.	Alinea
ALENA	Accord de Libre échange Nord-Américain
Arch. Phil. Dr.	Archives de Philosophie du Droit
ASDI	Annuaire Suisse de Droit International
ASMC	Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires
AYIL	African Yearbook of International Law
BYIL	British Yearbook of International Law
CC	Conseil Constitutionnel
CCF	Cour Constitutionnelle Fédérale
CDI/ILC	Commission du Droit International / International Law Commission
CDE	Cahiers de Droit Européen
CIJ	Cour internationale de justice
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJIL	Chicago journal of international law

CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNPF	Clause de la Nation la Plus Favorisée
CNUCED	Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement
Commission EDH	Commission Européenne des Droits de l'Homme
Cour EDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CPA	Cour Permanente d'Arbitrage
CPI/ICC	Cour Pénale Internationale/ International Criminal Court
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CS	Cour Suprême
CYIL	Canadian Yearbook of International Law
EJIL	European Journal of International Law
FILJ	Foreign investment law journal
GECT	Groupement Européen des Collectivités Territoriales
HJIL	Harvard Journal of International Law
IDI	Institut de Droit International
IJIL	Indian Journal of International Law
ILR	International Law Review
JADE	Journal d'Actualité de Droit Européen
JDE	Journal de Droit Européen
JDI	Journal du Droit International (Clunet)
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JIDS	Journal of International Dispute Settlement

JIEL	Journal of International Economic Law
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Mc Guill LR	Mc Guill Law Review
NJECL	New Journal of European Criminal Law
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement
OMC/WTO	Organisation Mondiale du Commerce/ World Trade Organization
ONU/UN	Organisation des Nations Unies / United Nations
ORD	Organe de Règlement des Différends
RAE	Revue des Affaires Européennes
PUF	Presse Universitaire de France
PUL	Presse de l'Université Laval
RBDI	Revue belge de Droit International
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (La Haye)
Rev. Crit DIP	Revue Critique de Droit International
RDAI	Revue de Droit des Affaires Internationales
RDP	Revue de Droit Public
Rec.	Recueil
Req.	Requête
Rev. Ar	Revue de l'Arbitrage
RFDA	Revue Française de Droit Administratif

RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel
RFSP	Revue Française de Science Politique
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique
RMCUE	Revue du Marché Commun de l'Union Européenne
RQDI	Revue Québécoise de Droit International
RRJ	Revue de la Recherche Juridique (droit prospectif)
RSA	Receuil des Sentences Arbitrales
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RTDH	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
RUE	Revue de l'Union Européenne
SFDI	Société Française pour le Droit International
TBI	Traité Bilatéral d'Investissement
TCE	Traité sur les Communautés Européennes
TECE	Traité Etablissant une Constitution pour l'Europe
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TPICE	Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes
Tribunal UE	Tribunal de l'Union Européenne
TPIY	Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie
TUE	Traité sur l'Union Européenne
UE	Union Européenne
Vol.	Volume
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law

INTRODUCTION

> « *Souvent, (…) j'ai accompli de délicieux voyages, embarqué sur un mot dans les abîmes du passé, comme l'insecte qui posé sur quelques brins d'herbe flotte au gré d'un fleuve (…). Quel beau livre ne composerait-on pas en racontant la vie et les aventures d'un mot ?* »
> Honoré De Balzac, « Louis Lambert », *A. Houssiaux*, 1855, p. 109.

« *Qu'est-ce que "l'État" ? Quand personne ne le demande, je le sais ; dès qu'il s'agit de l'expliquer, je ne le sais plus* ». T. Christakis nous permettra certainement cet emprunt[1]. En effet, bien qu'elle soit d'un usage fréquent dans le lexique juridique, la notion d'État demeure relativement difficile à définir de manière univoque. Ce paradoxe illustre à merveille l'affirmation selon laquelle, « *en droit, comme ailleurs, il arrive de connaître sans comprendre* »[2].

En abordant une étude sur la notion d'État, la première impression allie banalité et complexité. Présente dans les discours de tout genre, la notion d'État reste néanmoins difficile à saisir. Elle figure en bonne place parmi les sujets dont la maîtrise est aléatoire, tant ses composantes sont à la fois multiples et diversifiées. Nous essayerons d'apporter un éclairage dans une perspective pragmatique, à travers la recherche d'une notion fonctionnelle d'État. Il convient tout d'abord de dresser un état des lieux permettant de faire une photographie des études sur la notion d'État[3] (1), ensuite nous préciserons notre perspective et la délimitation de notre champ d'étude (2), puis nous exposerons les intérêts d'une telle étude (3)

[1] L'auteur utilise cette formule en parlant de la notion d' « autodétermination » *in* T. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, *Documentation française*, 1999, p. 5.
[2] H.-L.-A. HART, « L'importance des définitions en droit », *in*, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, *LGDJ,* 1992, p. 90.
[3] Sans pour autant prétendre être exhaustif.

avant d'aborder les considérations méthodologiques (4) et enfin la problématique, les postulats de base et les hypothèses de recherche (5).

1. État des lieux : La notion d'État dans la doctrine classique et dans les études récentes

Une étude sur la notion d'État ne saurait passer sous silence une revue de la littérature pertinente. Il ne s'agira certainement pas d'être exhaustif, mais de retracer les grandes lignes doctrinales en évoquant un certain nombre d'auteurs dont les études nous paraissent déterminantes. À cet égard, nous évoquerons, à la fois, des études classiques et d'autres, plus récentes.

1.1. Études classiques

1.1.1. La notion ou le concept d'État[4] a toujours eu une fortune particulière dans la doctrine publiciste. Cette dernière songe à l'État comme à ce « point d'imputation », cette personnification de la totalité de l'ordre juridique dont parlait Kelsen[5]. Si l'on s'intéresse particulièrement à la doctrine classique, on se rend compte qu'il y a eu un

[4] Il n'y a pas lieu à distinguer dans le présent contexte, notion, catégorie, concept, construction, etc. Dans le même sens, voir T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, préf. J. Rivero, Paris, *LGDJ*, *coll. Bibliothèque de droit public*, t. 152, 1987, pp. 284-286 ; R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *in Le Conseil d'État. Livre jubilaire publié pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire* (4 nivôse an VIII - 24 déc. 1949), Paris, Sirey, 1949, pp. 193-219 ; Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. Vedel, Paris, *LGDJ,* t. 108, 1972, pp. 31-40 ; F.-P. BENOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser : droit public*, Grenoble, *Presses universitaires de Grenoble,* 1995, p. 23-37; X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », *in* G. Tusseau (*dir.), Les notions juridiques. Journée d'étude de la promotion d'agrégation de droit public 2006*, Paris, *Economica*, 2009, pp. 57-75.

[5] H. KELSEN, « les transformations du droit international en droit interne », *RGDIP*, 1936, p. 8.

fort intérêt dans la prise en charge du concept[6]. Les études classiques présentent la particularité de se focaliser sur la recherche d'une ***essence irréductible*** permettant de définir la notion d'État. Dans ses versions, objectiviste et volontariste, elles dessinent deux visages bien différents de la notion d'État. En effet, tandis que l'État est la somme de ses éléments constitutifs pour les objectivistes, les volontaristes se focalisent davantage sur le critère de la personnalité juridique.

Dans la perspective objectiviste[7], l'État est insusceptible de définition proprement juridique. Il ne peut être défini que par des critères matériels et sociopolitiques. La notion d'État y est réduite à une « réalité État », statique, comprise et figée dans ses seules dimensions « matérielles » à savoir un territoire, une population et un gouvernement[8]. De ce point de vue, la vision objectiviste confine la formation étatique au monde du « fait », constatable en toute neutralité axiologique, par un jugement de réalité[9]. Ainsi, un État naît dès qu'il y'a réunion de ses trois éléments constitutifs. La reconnaissance n'a qu'un effet déclaratif, et ne peut, en aucun cas, être considérée comme un élément décisif dans la définition de l'État. Il en résulte que la naissance de l'État (ainsi que sa disparition) est une donnée « métajuridique »[10], et ne peut donc s'expliquer par le droit[11]. La Commission d'arbitrage de la Conférence pour la Paix dans l'ex-Yougoslavie semble corroborer cette thèse, lorsqu'elle affirme que :

> *« L'État est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé (…). La reconnaissance n'a qu'un effet déclaratif. L'existence ou la disparition de l'État est une question de pur fait »*[12].

---

[6] Le doyen Georges Vedel affirmait à ce propos que : « *la notion d'État est à la racine et à la fin de toutes les études de science politique et de droit public* », *in Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, *Dalloz*, 2002, p. 99.

[7] Voir G. SCELLE, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933, pp. 331-697.

[8] E. WYLER, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État : une approche épistémologique du droit international,* Bruxelles, *Bruylant*, 2013, p. 225.

[9] *Ibidem.*

[10] H. KELSEN, *Théorie générale de droit international public*, *RCADI*, vol. 42, 1932, p. 261.

[11] Phrase de Jellinek citée par F. MUNCH, « La force normative des faits *», in Estudio de Derecho Internacional, Homenaje al Profesor Miajade la Muela*, *Ed. Tecnos*, Madrid, vol. 1, 1979, p. 251.

[12] Commission d'arbitrage de la Conférence pour la Paix dans l'ex-Yougoslavie, avis n° 1, 29 novembre 1991, *RGDIP*, 1992, p. 264 ; voir aussi Commission d'arbitrage de la Conférence pour la Paix dans l'ex-Yougoslavie*, avis* n°8, 4 juillet 1992, *RGDIP*, 1993, pp. 588-589. Cette définition se

Ainsi, l'État se présente comme un « *fait primaire* »[13], c'est-à-dire un « *fait qui précède le droit* »[14]. De ce point de vue, le fait que la naissance de l'État procède d'un démembrement, d'une sécession, dévolution ou fusion, importe peu. La reconnaissance ne joue, en soi, aucun rôle, sinon « l'opposabilité » de l'entité reconnue à l'État qui a effectué la reconnaissance, et qui doit dorénavant se comporter à son égard comme s'il s'agissait d'un État. Donc, la reconnaissance ne crée pas l'État, mais peut en renforcer l'existence effective[15]. *In fine*, dans l'approche objectiviste, la définition de l'État repose sur une vision arithmétique de ses éléments constitutifs, constatables au-delà de toute dimension axiologique ou finaliste. Toutefois, même si elle partage ses postulats de base avec le volontarisme, ce dernier a une conception de l'État un peu plus nuancée.

Dans l'approche volontariste, l'accent est davantage mis sur la personnalité juridique comme critère de l'État, que sur les « éléments constitutifs ». Il en est certainement ainsi parce que cette doctrine, reposant sur l'idée principale que « la volonté » est le fondement du droit, toute compréhension de l'État devrait ainsi passer par la mise en avant du critère permettant à cette volonté de s'exprimer : la personnalité juridique[16]. Pour autant, les volontaristes ne nient pas l'approche phénoménologique développée par les objectivistes. Ils la complètent par une approche purement juridique, en réalisant une superposition de l'État sociologique et de l'État sujet de droit. Dans cette conception, la personnalité juridique est érigée comme critère de l'État[17]. C'est ainsi que, par le biais de la personnalité juridique, la doctrine volontariste réussit une véritable synthèse, dans la science du droit, de l'ordre sociologique et de l'ordre juridique. En effet, l'ordre juridique international

---

fonde essentiellement sur l'article 1er de la Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des États du 26 décembre 1933, 49 stat., 3097 *Treaty Series* 881.

[13] G.-A.SAAB, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, pp. 68-70 ; voir aussi M.-G. KOHEN (*dir.*), *Secession : International Law perspective*, *Cambridge University Press*, 2006, p. 138.

[14] *Ibidem*.

[15] A. PELLET, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, *Pedone*, 2014, p.50.

[16] M. Kamto note à cet effet que : « *Du point de vue du droit international, la personnalité morale est le prédicat de l'État. C'est en cette qualité que le droit international l'appréhende et le prend en compte. Le concept d'État n'aurait pas de sens sans cet élément fondamental de la personnalité qui l'institue comme être juridique. (…) La personne morale est un être juridique construit intellectuellement. Il est détaché des éléments physiques qui le composent et sans lesquels il n'a pas d'existence concrète ou substantielle ; il est donc distinct de ses éléments constitutifs tout en y reposant* », *in*, « La volonté de l'État en droit international », *RCADI*, vol. 310, 2004, p. 27.

[17] J.-D. MOUTON, « La notion d'État et le droit international public », *Droits*, n° 16, 1992-2, p. 46.

considère l'État comme un sujet[18], « *cela veut dire que les normes considèrent le groupe comme une unité (…), elles font du groupe une unité de rattachement de telle façon que le pouvoir accordé et le devoir imposé ne sont pas le pouvoir et le devoir d'individus isolés, mais de la collectivité* »[19]. Autrement dit, l'État de la doctrine volontariste est un être moral doué d'une certaine existence objective[20], il se construit comme anthropomorphe. Cette position semble être corroborée par la Commission de Droit International (ci-après CDI) dans son projet d'articles sur la responsabilité internationale des États[21]. Mais, suffit-il qu'une entité réponde à l'addition des « éléments constitutifs » pour être dotée de la personnalité juridique, et être ainsi un État ? C'est là que les volontaristes se démarquent de l'approche objectiviste en introduisant « un élément constitutif » supplémentaire et décisif qu'est la *reconnaissance*. C'est donc l'intervention d'un acte de volonté de la part des autres États qui permet d'attribuer la personnalité juridique à une entité et de la considérer ainsi comme État. Autrement dit, l'État tire sa personnalité de la reconnaissance par les autres qui font de lui un destinataire de droits et d'obligations. Il s'en suit que la conception[22] de l'État est ici relative, parce que dépendante du bon vouloir des autres États : c'est la théorie de la reconnaissance constitutive. Anzilotti la résume bien : l'État « *naît parce que l'histoire, les vicissitudes et la volonté humaine le font naître* »[23].

En conclusion, la notion d'État s'interprète tantôt comme entité sociologique, tantôt comme entité juridique. L'ancienneté de la controverse et son caractère redoutablement abstrait, ainsi que la puissance et le raffinement conceptuels des argumentations développées, ont longtemps été hypostasiés, au point de renfermer toute réflexion sur l'État dans une alternative à deux branches, irréductibles l'une de l'autre[24]. Une telle perspective abstraite ne renforce-t-elle pas l'intuition de G.

---

[18] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *Montchrestien*, 10e éd., 2012, p. 276.
[19] D. ANZILOTTI, *Cours de droit international public*, *Sirey,* 1929, p.122 ; voir aussi plus récemment « Le concept moderne de l'État et le droit international public », *Droits*, 2014, vol. 58, pp. 197-213
[20] J.-D. MOUTON, *supra*, note 17, p. 46.
[21] Voir R. AGO, *Deuxième rapport de la Commission de Droit International sur la responsabilité des États*, A/CN.4/233, *ACDI*, vol. II, 1970, *spec.* p. 202-203, § 38-39.
[22] Nous utiliserons alternativement définition et conception dans la présente étude.
[23] D. ANZILOTTI, *supra*, note 19, p. 206. Voir aussi CAVAGLIERI, « Règles originales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 26, 1929, pp. 351-353.
[24] M. FORTEAU, « l'État selon le droit international : une figure à géométrie variable », *RGDIP*, 2007, n° 4, p. 736 et 738.

Bachelard lorsqu'il parlait de « *la bipolarité des erreurs scientifiques* »[25]? Quoi qu'il en soit, sans rejeter une quelconque proposition de définition classique, il convient de démontrer qu'elles présentent des limites, au point de nécessiter un nouveau regard.

1.1.2. La première limite serait liée à l'« *univocité* » de ces études classiques, consistant à une saisie de l'Être faisant abstraction de ses différences spécifiques[26]. Pourrait-on réduire la notion d'État à une « *supposée essence* » incarnée par la personnalité juridique ou par les éléments constitutifs ? Ce serait, en fait, ignorer toute la complexité des ordres juridiques en cause. En effet, une telle vision ne résiste pas à l'observation d' « *États à géométrie variable* »[27], ou de « *polynomous States »* [28] , de « *micro-États* » [29] , de *« quasi-États* » [30] ,d'*« États insulaires* » [31] , d'« *États intégrés* » (concernant l'État au sens du droit de l'UE) [32] , d'« *États onusiens* », d'États au sens du droit de la responsabilité internationale , du droit des immunités, du droit humanitaire, du droit des investissements, etc. Bref, la variabilité du contenu de la notion d'État dans la pratique fausse les paramètres de l'analyse classique. De façon plus illustrative, la définition de l'État « *somme des éléments constitutifs* » est-elle de nature à représenter fidèlement la compréhension de la notion en droit de l'Union européenne ? La réponse négative s'impose, le droit de l'Union ne se souciant guère de cette dimension. Ce qui l'intéresse, c'est une certaine capacité économique, l'aptitude à garantir la liberté de circulation des

---

[25] G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, *Librairie Philosophique J. Vrin*, 5e éd., 1967, p. 20 ; Voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science du droit », *APD*, 1988, pp. 177-206.

[26] E. WYLER, *supra* note 8, p. 210.

[27] M. FORTEAU, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *supra note* 24, pp. 737-769.

[28] S. ROSENNE, "The perplexities of modern international law", *RCADI*, vol. 291, 2001, 480 p.

[29] B. SAINT-GIRONS, « l'Organisation des Nations unies et les micro-États », *R.G.D.I.P.*, vol. 76, 1972, pp. 445-474.

[30] A.-G. HOPKINS, "Quasi States, weak states and the partition of Africa", *Review of International Studies*, vol.26, 2000, pp. 311-320.

[31] L. LUCHINNI, « l'État insulaire », *RCADI*, vol. 285, 2000, pp. 251-392 ; S. LAVOREL, « les enjeux juridiques de la disparition du territoire des petits États insulaires », *in,* P. BACOT et A. GESLIN (*dir.*), *Insularité et sécurité : l'île entre sécurité et conflictualité*, Bruxelles, *Bruylant*, 2014, pp.19-45 ; J. JEANNENEY, « L'Atlantide remarque sur la submersion de l'intégralité du territoire d'un État », *RGDIP*, vol. 118, 2014, pp. 95-130.

[32] J.-D. MOUTON, « La mondialisation et la notion d'État », *in colloque SFDI, l'État dans la mondialisation,* Paris*, Pedone,* 2013, pp. 11-36.

personnes, des biens, des capitaux et des marchandises. De même, dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme[33] (ci-après, Convention EDH), ce qui intéresse le juge de Strasbourg, ce n'est pas tant la personnalité morale ou la somme des éléments constitutifs, mais une certaine capacité à assurer la protection effective des droits garantis par la Convention. En multipliant les exemples, on tombe ainsi sur une notion polysémique d'État, dont les diverses acceptions correspondent aux différents contextes dans lesquels elle est opérationnelle, ce que n'anticipe pas l'approche classique.

La deuxième limite est liée à l'absence de toute dimension finaliste et axiologique dans la construction classique, au point de réduire l'État à une simple addition arithmétique d'éléments constitutifs. Les propositions « séduisantes » de cette doctrine classique, renvoyant aux méthodes des sciences exactes, paraissent trop réductrices[34]. Le cas de la Somalie illustre parfaitement une remise en cause de la notion d'État comprise comme la somme des éléments constitutifs. En effet, l'absence de gouvernement effectif n'a pas conduit à une reconnaissance officielle de la disparition de l'État somalien. Mieux, dans ses résolutions, le Conseil de sécurité des Nations unies, se fonde sur un autre élément constitutif, à savoir « le peuple »[35], pour maintenir, quoique « sous fusion » la qualité d'État de la Somalie. C'est ainsi dire qu'au lieu d'une addition arithmétique des éléments constitutifs, on peut en arriver, en cas de besoin, à un usage alternatif desdits éléments[36] pour définir l'État.

La vision classique ne résiste pas, non plus, lorsqu'on évoque la conception de l'État qui a émergé dans le contexte de la décolonisation[37]. En effet, ce dernier a été témoin d'une vision de l'État qui faisait abstraction de l'élément « gouvernement effectif ». Donc, ce contexte ne permettait pas de définir l'État à travers la combinaison des trois éléments constitutifs. Tout est alors question de contexte et d'objectifs poursuivis, ce qui n'apparaît manifestement pas dans la vision classique.

---

[33] Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950 (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf).
[34] P.-M.DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2002, vol. 297, p.209.
[35] Voir la Résolution 794 du 3 décembre 1992, S/RES/794 (1992).
[36] Voir J.-D. MOUTON, « l'État selon le droit international : diversité et unité », *in L'État souverain à l'aube du XXIe siècle,* Colloque SFDI., Paris, *Pedone*, 1994, p.101 et ss.
[37] Voir M. VIRALLY, « Droit international et décolonisation devant les Nations unies », *AFDI,* 1963, vol. 96, pp. 508-541.

Tout est aussi question de valeurs à défendre. En effet, des entités réunissent manifestement tous les éléments supposés constitutifs par la vision classique, sans pour autant être considérées comme « État » par la communauté internationale, tout simplement parce que leurs conditions d'émergence ont été aux antipodes des valeurs défendues par celle-ci[38]. Le cas de la République Turque de Chypre Nord (ci-après RTCN) est à cet effet illustratif. Bref, en ignorant les paramètres finaliste et axiologique, la notion d'État issue de la doctrine classique souffre d'une insuffisance[39].

1.2. Études récentes

1.2.1. Les études récentes sur la notion d'État peuvent être classées en deux catégories. Une première vient arbitrer le clivage historique classique entre objectiviste et volontariste, en réinterprétant la notion d'État à la lumière de la pratique internationale récente. Une deuxième tente de dépasser ce clivage historique en invitant à s'investir dans une vision moins abstraite, plus pragmatique de la notion d'État.

Dans la première catégorie, la question de fond reste ***la recherche d'une essence irréductible*** de la notion d'État. L'État est défini au regard de sa « cause efficiente » [40] (origine). C'est la raison pour laquelle, les analyses se fondent exclusivement sur les conditions de naissance (voire de disparition de l'État). À ce niveau, on cherche à éclairer si c'est l'élément factuel ou juridique qui permet de définir l'« État qui va naître ». À cet effet, la plupart des auteurs, plus

[38] T. CHRISTAKIS, « L'État en tant que 'fait primaire' : réflexion sur la portée du principe d'effectivité », *in*, M.-G. KOHEN (*dir.*), *Secession : International Law perspective supra*, note 13, p. 158 et ss.

[39] C'est ce que conclut P.-M. Dupuy concernant le paradigme positiviste lorsqu'il note que : « *la cécité d'une certaine tradition positiviste à l'égard du travail conjugué du temps et des valeurs sur la norme s'avère ainsi inopportune lorsqu'il s'agit d'envisager la dynamique d'un système précisément marqué, depuis 1945 par l'incorporation volontaire de l'éthique dans le juridique* », *in* « L'unité de l'ordre juridique international », *supra* note 34, p. 209.

[40] Reprenant une formule d'Aristote dans *L'Éthique à Nicomaque*, qui définissait les quatre référentiels d'intelligibilité de l'Être à savoir : la cause efficiente, la cause formelle, la cause matérielle et la cause finale.

particulièrement, la doctrine anglo-saxonne [41], s'inscrit dans une perspective conciliante. T. Christakis reconnaît d'emblée que l'État est « *un fait primaire d'après le droit international* »[42], mais souligne que par le biais de la « *reconnaissance conditionnelle* » [43] et de *« l'obligation de non-reconnaissance collective* » [44], la dimension « légalité internationale » est introduite comme critère de l'État. Ainsi, comme le souligne M. Craven, l'État serait "*a mixture of facts and law*"[45]. J. Crawford soutient la même chose en ces termes: *"(State is) a legal status attaching to a certain state of affairs by virtue of certain rules*"[46]. Selon ces auteurs, la naissance de l'État n'est donc pas seulement une « *question de fait* », mais aussi une « *question de droit* »[47]. Dans des articles encore plus récents, M. Kamto[48] et H. Fox[49] soutiennent de façon plus catégorique que l'État n'est rien d'autre qu'un être juridique construit.

---

[41] Voir pour des études très récentes: O. SPIERMANN, " General Legal characteristics of State : a view from the past of the Permanent Court of International Justice", *in,* C. CHINKIN, F. BAETENS, *Sovereignty, Statehood and State Responsibility, Essays in Honour of James Crawford*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2015, pp. 144-152; A. ORAKHELASHVILI, " The dynamic of Statehood in the Practice of International and English Courts", *in Sovereignty, Statehood and State Responsibility, Idem,* pp. 172-191*;* J. D' ASPREMONT , "The International Law of Statehood: craftsmanship for the elucidation and regulation of births and deaths in the international society", *Connecticut Journal of International Law*, 2014, vol. 29, pp. 201-224; J. VIDMAR, "The concept of State and its Right of existence", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, n° 4, pp. 547-565.

[42] T. CHRISTAKIS, « L'État en tant que 'fait primaire' : réflexion sur la portée du principe d'effectivité », *in* M.-G. KOHEN (*dir.*), *Secession : International Law perspective*, *supra* note 13.

[43] Voir la Déclaration des Douze sur la reconnaissance des nouveaux États issus de la Yougoslavie et les lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique », voir analyse de J. CHARPENTIER, *RGDIP*., 1992, n° 2, pp. 343-355.

[44] Voir T. CHRISTAKIS, "L'obligation de non reconnaissance des situations créés par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales », *in The fundamental rules of the international legal order : jus cogens and obligations erga omnes*, Leiden, *Nijhoff*, 2006, pp. 127-166 ; S. KOURY, « L'obligation de non-reconnaissance de la Communauté européenne et de ses États membres au regard de l'accord d'association CE- Maroc : responsabilité étatique et droit international coutumier, *in Le droit international et la question du Sahara occidental*, Leiden, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2009, pp. 165-198.

[45] M. CRAVEN, « *The European Community Arbitration Commission on Yugoslavia* », *BYIL,* 1995, p. 359. Voir aussi son étude plus récente: M. CRAVEN, "Statehood, self-determination and recognition", *in International Law*, Oxford, *Oxford University Press*, 2014, pp. 201-247.

[46] J. CRAWFORD, *The creation of States in International Law,* New York*, Oxford University Press,* 2006, p. 5.

[47] T. CHRISTAKIS, "l'État en tant que fait primaire,… », *Supra* note 42, p. 165.

[48] M. KAMTO, « Qu'est-ce-que l'État en droit international? Nouvelles considérations à la lumière de l'histoire et des évènements internationaux récents », *in* S. DOUMBE-BILLE (*dir.*), *Ombres et lumières du droit international, Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim*, Paris, *Pedone*, 2016, p. 29.

[49] H. FOX, ''The State: its concept as a legal person in International Law'', *in Satow's diplomatic practice*, Oxford, *Oxford University Press*, 2017, p. 51.

Fawcett introduit, quant à lui, un critère flou de « *légitimité démocratique* »[50], en analysant la condamnation quasi unanime de la communauté internationale face à la déclaration unilatérale d'indépendance du régime de minorité blanche en Rhodésie, revivifiant ainsi la doctrine de *Tobar*[51]. Quoiqu'une telle opinion ait été battue en brèche[52], elle refait surface, avec une particulière acuité, après l'adoption des lignes directrices de l'UE[53] et des avis consultatifs de la Commission Badinter[54]. C'est la raison pour laquelle C. Warbrick s'interrogeait sur la présence de ce critère comme élément de définition de l'État[55]. Il parait toutefois difficile de déceler dans l'exigence démocratique un nouveau critère de l'État. Il ne s'agit que d'un critère adopté en vue d'une reconnaissance concertée par des États dans un contexte régional déterminé. On ne peut en déduire un élément constitutif de l'État[56]. J. Crawford ajoutera d'autres critères de légalité nécessaires pour définir l'État, du moins au sens de la pratique de la reconnaissance. La violation du droit à l'autodétermination est, selon lui, la raison de la non-reconnaissance collective de la Rhodésie du Sud. Il en conclut qu'« *an entity may not claim statehood if its creation is in violation of an applicable right to self-determination. Self-determination is a criterion of Statehood »*[57]. De même, lors de la non-reconnaissance du Transkei, J. Crawford identifia l'interdiction de la discrimination raciale comme critère de légalité supplémentaire de définition de l'État[58]. Le cas de la RTCN lui permettra d'ajouter l'interdiction du recours à la force[59]

---

[50] J. FAWCETT, ''Note in reply to D.-J Devine's: the requirement of statehood examined'', *Manchester Law Review*, n° 34, 1971, p. 417.

[51] Du nom de son initiateur, ministre des Affaires étrangères en Équateur, cette doctrine propose la non-reconnaissance d'un gouvernement qui n'arriverait pas au pouvoir de façon démocratique (coups d'État, révolutions).

[52] Voir S. TALMON, *La non reconnaissance des États illégaux,* Paris, *Pedone*, 2007, pp. 21-22.

[53] Déclaration sur les lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique, Réunion ministérielle extraordinaire de CPE, Bruxelles, 16 décembre 1991.

[54] *Supra* note 12.

[55] C. WARBRICK, "Recognition of States", *ICLQ,* 1993, n° 2; voir aussi, C. WARBRICK (*ed.*), *Towards an international legal community: the sovereignty of States and the sovereignty of international law*, London, *Blackwell*, 2006, 273 p.

[56] Voir E. WYLER, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État : une approche épistémologique du droit international*, *supra* note 8, p. 43.

[57] J. CRAWFORD, *The creation of Statehood in International Law*, *supra,* note 46, p.131.

[58] *Idem*. p. 148.

[59] *Idem*, p. 131.

comme nouveau critère. T. Christakis reviendra sur ces critères en analysant la question plus récente de la tentative de sécession de la Crimée[60].

Toutefois, cette doctrine des critères juridiques supplémentaires pour définir l'État peine à s'imposer, faute d'*opinio juris* largement partagée dans la pratique des États pour en déduire une règle. Mais elle renseigne quand même sur les préoccupations de légalité dans la conception de l'État à travers la reconnaissance qui apparaît, aujourd'hui, comme un instrument au service de la promotion d'un certain modèle d'État respectueux des engagements internationaux[61]. É. Wyler s'inscrit, en quelque sorte, dans la même perspective, mais rejette le positivisme juridique comme maquette intellectuelle de référence pour comprendre la notion d'État et adopte un paradigme systémique[62]. Se fondant sur la pratique de la reconnaissance d'État, il définit l'État comme « *une effectivité des relations internationales* »[63]. Mais, quel que soit l'écart paradigmatique qu'il pose, il y a une combinaison de fait et de droit dans sa définition de l'État. Au final, ce qui relie toutes ces propositions doctrinales, c'est que l'État est défini au regard de ses origines (cause efficiente). Une deuxième catégorie d'études propose un autre référentiel de définition.

Dans la deuxième catégorie, ce qui compte, ce n'est plus la ***recherche d'une essence irréductible*** de la notion d'État, mais plutôt ***ses manifestations*** dans l'ordre juridique international ou européen. Autrement dit, ce n'est plus la définition de l'État au regard de ses conditions de naissance, mais plutôt, la définition de l'État

[60] T. CHRISTAKIS, « Self determination, Territorial integrity and Fait accompli in the case of Crimea », *in*, *Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht,* 2015, vol. 75, pp. 75-100; T. CHRISTAKIS, "Les conflits de la sécession en Crimée et dans l'est de l'Ukraine", *JDI,* 2014, vol. 141, pp. 733-764.

[61] Voir H. RUIZ-FABRI, « Genèse et disparition de l'État à l'époque contemporaine », *AFDI*, 1992, n° 38, pp. 153-178, spec. p.169 et ss.

[62] E. WYLER, « propos sur la fécondité du paradigme systémique en droit international à la lumière des théories de Georges Abi-Saab », *in* L. BOISSON DE CHAZOURNES et V. GOWLLAND-DEBBAS (*eds.*), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, The Hague/London/Boston , *Martinus Nijhoff*, 2001, p. 26; voir aussi à propos du paradigme systémique, P. WECKEL, « Ouverture de la réflexion sur le droit international à la science des systèmes », *in*, D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUILLE et J.-E. VINUALES (*dirs.*), *Unité et diversité du droit international, écrits en l'honneur du Professeur Pierre Marie Dupuy*, Leiden/Boston, *Martinus Nijhoff*, 2014, pp. 131-155.

[63] E. WYLER, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État : une approche épistémologique du droit international, supra* note 8*;* la même définition a aussi été adoptée par J. VERHOEVEN*, in La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine : les relations publiques internationales,* Paris*, Pedone,* 1975, 861 p.

telle qu'elle se manifeste dans le fonctionnement régulier de l'ordre juridique international et/ou de l'ordre juridique européen. Une telle catégorie tente de dépasser le clivage classique, en s'investissant dans une vision moins abstraite, plus pragmatique de la notion d'État. Déjà dans son article publié sur la *Revue générale de droit international public* en 2007, M. Forteau nous invitait à « *sortir des cercles abstraits de querelles doctrinales* »[64] et d'épouser une perspective pragmatique, afin de voir au-delà de « *qu'est-ce que l'État* », « *qui est l'État* »[65], c'est-à-dire se mettre en mesure de l'identifier concrètement. Il fonde son analyse sur les règles d'attribution d'un comportement ou d'un fait à l'État et en conclut que celui-ci se dessine sous la forme d' « *une figure à géométrie variable* » [66]. J.-D. Mouton distingue l'approche abstraite et théorique se fondant sur les conditions d'émergence de l'État, de celle plus pratique qui se concentre sur la notion d'État en tant que notion fonctionnelle. Il reconnaît en effet, qu'il ne fait plus de doute que la notion d'État soit, aujourd'hui, une notion fonctionnelle, c'est-à-dire, qu'elle est interprétée au regard de l'application effective des règles de responsabilité, d'immunité, de protection diplomatique et consulaire, etc[67]. Au-delà de cette dimension fonctionnelle, J.-D. Mouton s'est aussi intéressé à la notion spécifique d'État en droit de l'Union européenne. À ce propos, l'État du droit de l'Union est un « *État intégré* », c'est-à-dire, qu'il est caractérisé par un statut spécifique composé de « droits fondamentaux » : droit au respect de l'identité nationale et droit au respect des fonctions essentielles de l'État[68]. Mais cette conception n'est valable qu'en droit institutionnel de l'UE. Si l'on s'intéresse au droit matériel, va se dégager une autre

---

[64] M. FORTEAU, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *supra* note 24, p. 737.
[65] *Ibidem.*
[66] *Ibidem.*
[67] Voir, J.-D. MOUTON, « la notion d'État et le droit international public », *supra note 17*, pp. 45-58; J.-D. MOUTON, « l'État selon le droit international : diversité et unité », *supra note 36*, pp. 79-106; J.-D. MOUTON, « retour sur l'État souverain à l'aube du 21e siècle », *in État, société et pouvoir à l'aube du 21e siècle : Mélanges en l'honneur du Professeur François BORELLA*, 1999, pp. 319-334; J.-D. MOUTON, « La mondialisation et la notion d'État », *in l'État dans la mondialisation : colloque de Nancy*, *supra*, note 32, pp. 11-36.

[68] Voir, J.-D. MOUTON, « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité ? » *RMCUE*, n° 556, 2012, pp. 204-209 ; J.-D. MOUTON « le processus de constitutionnalisation de l'UE et la fragmentation de l'État », *in États fragmentés*, *collection Cap Europe*, 2012, pp. 141; J.-C. BARBATO et J.-D. MOUTON (*dir.*), *Vers la reconnaissance des droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, *Bruylant,* 2010, 332 p.

vision. C'est ce qu'a démontré M. Hecquard-Théron, qui avance que l'idée de l'État en droit communautaire (devenu droit de l'UE) ne se rapporte ni à la conception constitutionnelle, ni à la conception internationale[69]. Elle fonde son analyse sur l'application faite par le juge de la notion d'État aux fins du droit des aides d'État, du marché intérieur, de l'opposabilité des directives et du contentieux des manquements. À part les études mentionnées, la plupart des travaux sur l'État en droit de l'UE est orientée vers le débat sur la souveraineté au regard de la construction européenne, plus spécifiquement les transformations de l'État en raison de l'intégration européenne[70]. En droit de la Convention EDH, les études restent orientées, pour l'essentiel, vers la responsabilité et la juridiction des États, sans réellement mettre en évidence une notion fonctionnelle de l'État au sens de la Convention[71].

Cette deuxième catégorie d'études sur la notion d'État présente l'intérêt de permettre un regard neuf sur une notion aussi ancienne. Elle révèle tout le dynamisme et la dimension fonctionnelle de la notion d'État au regard de l'application concrète des normes internationales et européennes. Cette approche pragmatique de l'État permet d'aboutir, selon M. Forteau, à « *des conclusions que n'ont généralement pas anticipées les différentes théories de l'État et par conséquent d'apporter à notre controverse, à défaut de solutions définitives, du moins quelques apports à notre connaissance inédits* »[72].

1.2.2. Toutefois, il convient de relever un certain nombre de limites

La première limite est qu'aucune de ces études ne fait le lien entre la notion fonctionnelle d'État en droit international et en droit européen. Elles se limitent à l'un ou à l'autre aspect. Or, il existe à n'en point douter, une sorte d'influence réciproque dans les solutions dégagées en droit international et en droit européen. Par exemple,

[69] M. HECQUARD-THERON, « La notion d'État en droit communautaire », *RTDE,* 1990, p. 693.
[70] N. SCANDINAMIS, « L'État dans l'UE : passion d'un grand acteur », *RDP*, 2012, n° 5, p. 1339 ; F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français : recherche sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, *LGDJ*, 2000, 606 p ; V. CONSTANTINESCO, « La souveraineté dans l'Union européenne et dans ses États membres : retour sur une question qui divise », *in,* P. LANG (*dir.*), *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve : Lier amicorum Paul Demaret*, 2013, pp. 157-168.
[71] Voir J.-P. COSTA, « L'État, le territoire et la Convention européenne des droits de l'homme », *in* M.-G. KOHEN (*dir.*), *Promoting Justice, human right and Conflict resolution through international law*, *liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, *Nijhoff*, 2007, pp. 179-795.
[72] M. FORTEAU, *supra*, note 24, p. 738.

le contentieux des manquements en droit de l'UE développe une notion d'État qui reprend pour l'essentiel la définition proposée par la CDI dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites[73]. L'application de l'article 1er de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après Convention EDH) interpelle aussi une notion d'État qui se rapproche du droit coutumier de la responsabilité. Cette interpénétration mérite d'être mise en lumière pour mieux comprendre la dimension fonctionnelle de la notion d'État.

La deuxième limite tient au fait que la plupart des auteurs limitent leur démonstration à la conclusion que l'État est une notion variable, contingente, fonctionnelle. Or, selon G. Tusseau, dans sa critique à la « métanotion de notion fonctionnelle », le fait de présenter que « *x est une notion fonctionnelle* » comme résultat d'une démonstration scientifique « *peut sembler lacunaire* »[74]. C'est, en effet, s'arrêter là où le problème commence à être intéressant. En effet, à l'instar du doyen Vedel,

« *il importe entre autres, dans un second temps de l'analyse, d'élucider les fonctions qu'elle remplit dans les discours juridiques, de déterminer quels sont les éléments qui contraignent les acteurs juridiques à poursuivre tel ou tel objectif sous couvert de tel ou tel principe juridique qui s'avère, en réalité, dissimuler des hésitations ou des changements de sens, etc.* ».

Le simple fait d'accoler l'étiquette (notion fonctionnelle) au problème situe ce dernier dans l'économie des outils intellectuels des juristes et, immédiatement, rassérène l'analyste tout en le dispensant d'une recherche approfondie d'explication [75]. Il faudrait, dès lors, approfondir l'étude en combinant droit international et droit européen, mais aussi en recherchant au-delà de la contingence et variabilité caractéristique d'une notion fonctionnelle, le plus petit dénominateur commun nous permettant d'arriver à une unité dans la compréhension de la notion.

---

[73] Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session. *Documents officiels de l'Assemblée générale, 56e session, supplément n° 10 (A/56/10).*

[74] G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle : la notion trop fonctionnelle de ''notion fonctionnelle'' », *RFDA,* 2009, n° 4, p. 641.

[75] *Idem*, p. 642.

2. Notre perspective et délimitation

Au regard de cet état des lieux, nous pouvons préciser notre perspective d'étude et délimiter, par là même, notre sujet.

Déjà, nous excluons la perspective classique reposant sur une analyse théorique de la notion d'État qui se focalise sur les éléments constitutifs[76] ou sur la reconnaissance d'État[77]. Non plus, la perspective récente abritant une controverse sur la présence ou non d'un critère de légalité dans la définition de l'État au regard de ses conditions d'émergence, ne nous intéresse pas. La pertinence des études proposées ne fait aucun doute. L'ancienneté de la controverse sur la définition de l'État au regard de sa cause efficiente (origine) et son caractère redoutablement abstrait condamne par avance toute velléité d'en repenser les prémisses ou d'en rediscuter les aboutissements. La puissance et le raffinement conceptuels des argumentations développées par ceux dont le nom illustre est attaché à la défense des thèses en présence sont tels, en effet, qu'il est vraisemblablement illusoire de prétendre pouvoir encore s'immiscer, de quelque manière constructive que ce soit, dans des querelles doctrinales si profondément entamées[78].

Notre perspective sera autre. Elle sera orientée vers la recherche d'une notion d'État, non au regard de ses conditions d'émergence ou de disparition, mais ***au regard du fonctionnement quotidien de l'ordre juridique international et de l'ordre juridique européen, et chacune de leurs normes***. Autrement dit, ce qui nous intéresse dans la présente étude, c'est, comment l'État est-il appréhendé au regard de l'application effective et concrète des normes en présence? Il s'agit de la notion d'État, appréhendée à partir des différents domaines du droit international et du droit européen « *dont l'application des normes nécessite de définir l'État* »[79], et en particulier, les règles internationales d'identification de l'État[80]. La démarche reste donc éminemment empreinte de pragmatisme. À cet égard, il convient de faire

[76] Voir, *supra* p. 9.
[77] Voir E. WYLER, *supra* note 8.
[78] M. FORTEAU, *supra*, note 24, p. 737.
[79] J.-D. MOUTON, « La mondialisation et la notion d'État », *supra* note 32, p. 14.
[80] M. FORTEAU, *supra* note 24, p. 738.

quelques précisions, d'une part sur le choix de l'approche fonctionnelle et d'autre part sur le champ d'étude.

2.1. Le choix de l'approche fonctionnelle

Il existe plusieurs approches pour étudier une notion. Revenant sur les quatre causes d'intelligibilité de l'Être selon Aristote, l'approche peut être efficiente, formelle, matérielle ou finaliste. La première se fonde sur l'origine de la chose (le droit est l'ensemble des normes issues de la volonté du législateur). La deuxième renvoie au corpus ou donnée formelle d'une chose (le droit, c'est la loi). La troisième fait référence au contenu de la chose (le droit c'est la règle qui protège l'individu). La quatrième s'intéresse à la finalité (le droit c'est la recherche d'une justice en situation).

Les approches proposées sur la notion d'État se fondent généralement sur son aspect efficient (l'État est une entité sociologique[81], l'État est une entité juridique[82]), son aspect formel (l'État est un ordre juridique hiérarchisé[83]) et son aspect matériel (L'État est composé d'un territoire, d'une population et d'un gouvernement[84]), mais rarement sur son aspect final (sinon la seule conclusion que l'État est une notion fonctionnelle).

L'approche que nous proposons dans cette étude est finaliste, elle est fonctionnelle. Elle permet de savoir à quoi sert la notion d'État dans l'ordre juridique international et dans l'ordre juridique européen. Quelle (s) fonction (s) joue (ent)-elle dans ces ordres-là? L'approche fonctionnelle permet de réintroduire la question du 'pourquoi' qu'Auguste Comte avait dramatiquement écarté du discours scientifique, limité pour longtemps au 'comment'[85]. L'approche fonctionnelle de l'État renvoie donc à l'étude de la notion d'État à la lumière des objectifs propres de l'ordre juridique

[81] Positivisme objectiviste.
[82] Positivisme volontariste.
[83] Normativisme kelsenien.
[84] *Supra* note 12. Voir aussi A. PELLET, « Note sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la Paix en Yougoslavie », *AFDI*, 1991, pp. 329-348.
[85] P. WECKEL, « Ouverture de la réflexion sur le droit international à la science des systèmes », *supra*, note 62, p. 132.

international et de l'ordre juridique européen et à l'application de chacune de leurs normes.

Il ne s'agit ainsi pas à proprement parler de la « fonction-objet », mais de la « fonction-fin ». Cette distinction revient à Charles Eisenmann qui distinguait « *deux grandes familles de fonction* »[86]. La « *fonction-objet* » correspondrait ainsi dans le cadre d'un État « *aux objets qui sont comme les produits de l'activité des organes étatiques* », c'est-à-dire les tâches ou activités exercées par l'État en tant que structure de gouvernance. C'est cette fonction qu'on vise lorsqu'on utilise l'expression d' « État fonctionnel » dans la présente étude, c'est-à-dire l'État appréhendé à travers un ensemble d'activités de nature étatique et non à travers son statut. La « *fonction-fin* », quant à elle, s'attache aux objectifs poursuivis ou à la finalité assignée à l'usage de la notion d'État dans le discours juridique international et européen. C'est dans cette perspective que nous parlons de « notion fonctionnelle d'État » dans la présente étude. Apparaît ainsi une distinction entre notion d' « État fonctionnel » (fonction-objet) et « notion fonctionnelle d'État » (« *fonction-fin* »). La première renvoie tout simplement à un ensemble d'activités caractéristiques de l'État. La seconde est une catégorie de notion qui s'oppose à une autre catégorie appelée notion conceptuelle. Il s'agit donc d'appréhender la notion d'État à travers la « *fonction-fin* » qu'elle joue dans l'ordre juridique international et dans l'ordre juridique européen. Et, c'est cette seconde approche qui nous intéresse particulièrement dans notre étude, même si dans nos développements on peut avoir recours à la notion d' « État fonctionnel ».

Cette approche, qu'il convient de mettre en lumière, est déjà présente dans les textes et dans la jurisprudence. L'article 2 § 1 de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens définit l'État « *aux fins (de ladite) Convention* »[87]. L'analyse de cette disposition nous permet de voir que, d'une part, la Convention définit l'État et, d'autre part, la définition adoptée est fonctionnelle dans la mesure où elle n'est valable et opérationnelle qu'aux fins de la convention visée. Il s'agit donc d'une définition de l'État pour les besoins du régime

[86] C. EISENMAN, « Les fonctions de l'État », *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, *Édition Panthéon-Assas, coll. Les introuvables*, 2002, n° 6, p. 184.
[87] Selon cet article : « *aux fins de la présente convention : le terme « État » désigne …* ».

juridique international des immunités. C'est ce que confirme d'ailleurs le commentaire de l'article 2 du Projet d'articles de la CDI sur les immunités :

« Le terme État doit s'entendre en fonction de son objet et du but recherché à savoir spécifier les entités et les personnes fondées à invoquer l'immunité d'un État. Le terme État doit donc être interprété dans les présents articles comme englobant tous les types ou catégories d'entités et d'individus ainsi spécifiés qui peuvent bénéficier de la protection conférée par l'immunité des États »[88].

Le projet d'articles sur la responsabilité des États adopte aussi en ses articles 4 et suivants, sa propre définition de la notion d'État, aux fins de l'application de ce régime. L'article 25 de la Convention de Washington créant le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux investissements (ci-après CIRDI), ainsi que l'article 1er de l'Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires (ci-après ASMC) dans le cadre de l'Organisation Mondiale pour le Commerce (ci-après OMC), se dotent aussi d'une définition de l'État propre à leurs régimes. Au demeurant, cette approche fonctionnelle a déjà été sollicitée par la Cour de La Haye dans son avis de 1949 rendu dans l'affaire de la *Réparation des dommages* lorsqu'elle soutenait que : *« les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ; et* ***leur nature dépend des besoins de la communauté*** »[89].

Au niveau du droit de l'UE, les traités ne définissent pas l'État, ce qui ouvre la voie à des définitions jurisprudentielles. En effet, le juge de l'Union fait face à la question de la définition de l'État pour déterminer le champ d'application des normes. Par exemple, dans l'affaire *Beenties c/ pays bas*[90], une question préjudicielle a été soulevée devant la Cour de Justice. Il lui était demandé si un organe présentant les caractéristiques d'une « commission locale » doit-il ou non être considéré comme « l'État » ou une de ses « collectivités territoriales » au sens de la directive du Conseil du 26 juillet 1971. Dans sa réponse, la Cour faisait remarquer que « *la notion d'État, au sens de cette disposition,* ***doit recevoir une interprétation***

---

[88] Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens *Annuaire de la CDI,* 1991, vol. II, p. 14, §. 5.

[89] CIJ, avis consultatif, 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, *Rec. CIJ*, 1949, p. 178 (nous soulignons).

[90] CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes c/ État des Pays-Bas*, Aff. C-31/87, *Rec. CJCE*, 1988, p. I-4635.

fonctionnelle »[91]. La Cour a repris cette formulation dans beaucoup d'autres affaires. Elle reprenait ainsi la technique définitionnelle de l'État qu'avait proposée l'avocat général dans l'affaire *Stardust*[92]. Selon ce dernier, « *le concept d'État doit être entendu dans un sens répondant mieux aux dispositions en question et à leurs objectifs.* ***La Cour suit à bon droit une approche fonctionnelle****, fondant son interprétation sur l'économie et l'objectif des dispositions au sein desquelles figure cette notion* »[93]. La Cour européenne des droits de l'homme a aussi développé une technique de définition fonctionnelle et autonome des notions qui doivent servir à l'application des droits contenus dans ladite Convention. Et parmi ces notions, il y a la notion d'État.

Finalement, l'État au sens du droit international et du droit européen est, dans notre perspective, une notion fonctionnelle. Les études classiques y voyaient une notion conceptuelle. L'opposition entre notion fonctionnelle et notion conceptuelle a été théorisée par le doyen Vedel, parlant de la voie de fait en droit administratif[94]. Selon ce dernier,

> « *Les notions conceptuelles sont celles qui peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. [...] on pourrait dire ce qu'elles sont indépendamment de ce à quoi elles servent. [...] L'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation. Les notions "fonctionnelles" au contraire sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule leur véritable unité* »[95].

Selon M.-T. Calais-Auloy,

> *« Apparaît comme une notion fonctionnelle, toute notion qui se définit par sa fonction ou ce qui revient au même, dont le contenu détermine la fonction, dans la discipline*

---

[91] *Idem*, point 12 (nous soulignons).

[92] CJCE*,* 16 mai 2002*, France c/ Commission, (arrêt dit "Stardust"),* Aff. C-482/99, *Rec. CJCE,* 2002, p. I-4397.

[93] Conclusions de l'avocat général Jacobs, présentées le 13 décembre 2001, dans l'affaire *Stardust*, C-482/99, point 56 (nous soulignons).

[94] G. VEDEL, « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, p. 682 ; G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, p. 851.

[95] G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *Ibid*., p. 4.

considérée. (…) Est, au contraire, conceptuelle une notion qui se définit en elle-même et que donc l'on peut retrouver dans toutes les disciplines, car elle est issue d'un langage général »[96].

Ainsi, la notion d'État, telle qu'elle se déploie dans le droit international et dans le droit européen, ne peut faire l'objet d'une caractérisation conceptuelle. Elle varie selon le domaine considéré et les objectifs poursuivis. En effet, l'avocat général dans l'affaire *Stardust* évoquait déjà cette variabilité consécutive à l'approche fonctionnelle en droit de l'UE. Il concluait qu' :

> *« Il est vrai que la Cour a fait à d'autres fins une interprétation large de la notion d'État. Par exemple, lorsque la question est de savoir si une directive a un effet direct et peut être invoquée à l'encontre d'un État, l' " État" est interprété de manière très large, et toutes les autorités publiques, même les entreprises publiques, peuvent être considérées comme relevant de cette notion. Mais cette approche ne peut être automatiquement transposée aux dispositions du traité en matière d'aides d'État »*[97].

2.2. Le champ d'étude et justification

Il convient, dans un premier lieu, de préciser notre champ d'étude et, en second lieu, de justifier ce choix.

2.2.1. Précision du champ d'étude

En évoquant le droit international et le droit européen, on vise un certain nombre de domaines dont le dynamisme interpelle une notion fonctionnelle de l'État.

Concernant le droit international, il s'agira d'un certain nombre de branches faisant appel à une interprétation de la notion d'État aux fins de leur application. Certes, on ne pense pas qu'il y ait une branche du droit international qui s'applique

[96] M.-T. CALAIS-AULOY, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA*, 9 août 1999, n° 157, p. 4.
[97] Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Stardust, supra* note 93, point 56.

sans nécessiter une interprétation ou définition préalable de la notion d'État. Mais pour les besoins de la présente étude, nous ciblerons quelques branches dans lesquelles la question « qu'est-ce que l'État? » ou « qui est l'État? » paraît être une opération cruciale et non abstraite. À cet égard, le droit des traités se présente au premier plan, comme une branche pertinente dans notre perspective. Il s'agit dans ce cadre d'analyser l'État quand « il s'engage », ou plus exactement exprime son consentement à être lié. La question est tout autre, mais tout aussi pertinente, lorsqu'on analyse l'État, quand « il se protège ». Cette perspective renvoie au droit des immunités de l'État. En troisième lieu, l'identification de l'État qui « répond de ses actes » est une opération cruciale et renvoie au droit de la responsabilité internationale des États.

Au-delà de ces branches qui renvoient aux rapports internationaux classiques, on pourrait ajouter, dans notre perspective, deux domaines dynamiques pour compléter le tableau. Il s'agit, d'une part, du droit international économique, c'est-à-dire identifier « l'État interventionniste » et « l'État régulateur ». Pour les besoins de la présente étude, on considèrera que le droit international économique renvoie, d'une part, aux relations commerciales internationales, et, d'autre part, aux opérations d'investissements étrangers. Il s'agit, d'autre part, du droit des conflits armés et du droit international humanitaire, c'est-à-dire lorsque l'État « fait la guerre ».

Si rassembler tous ces domaines sous l'appellation « droit international » ne pose pas de problème particulier, il n'en va pas de même pour le droit européen. En effet, J.-C. Gautron affirmait que « *la référence au droit européen impose de traiter, au moins sommairement, des organisations et ordres juridiques multiples qui forment le théâtre juridique de l'Europe contemporaine* »[98]. À cet égard, on peut bel et bien étendre à l'étude du droit européen, l'ensemble des conventions internationales de droit régional conclues par les États européens. Une telle définition permettrait d'englober, dans la présente étude, les organisations chargées de la sécurité[99], le système européen de protection des droits de l'homme[100], les organisations

[98] J.-C. GAUTRON, *Droit européen*, Paris, *Dalloz*, 11e éd., 2011, p. 1.
[99] Il s'agit de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN).
[100] Il s'agit notamment du Conseil de l'Europe avec la Convention et la Cour EDH qui en est le gardien.

chargées de la coopération économique, scientifique et technologique[101] et le droit de l'intégration européenne. Toutefois, au regard de l'objectif de la présente recherche, notre étude se concentrera sur ce qui constitue, aujourd'hui, le frontispice du droit européen, sinon ses domaines les plus dynamiques : le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention EDH ou droit européen des droits de l'homme.

La mention de cette variabilité des domaines peut paraître, en soi, trop ambitieuse. Certes, elle ne rend pas les choses simples, d'autant plus que la notion qu'on y étudie est en soi complexe. Mais, il ne faut pas perdre de vue que ce qui nous intéresse au fond, ce sont les règles d'identification de la notion d'État dans chacune de ses branches. La variabilité apparente fait place ainsi à une unité réelle. Seules les règles d'identification de la notion d'État nous intéressent. Donc toutes ces branches sont mobilisées pour y étudier la notion d'État au regard de leurs règles d'identification. De telles règles se déclinent en trois catégories. Il s'agit, tout d'abord, des règles de rattachement d'une entité à l'État, ensuite des règles d'expression de la volonté de l'État et enfin des règles d'imputation ou d'attribution aux fins de l'engagement de la responsabilité de l'État[102]. La CDI distingue clairement ces trois opérations normatives d'identification de l'État. Dans son Troisième rapport à la CDI sur la responsabilité des États, Ago affirmait déjà qu'il :

> « *Est erroné de croire que les questions se posent de la même façon et exigent une solution identique dans des domaines distincts. Rattacher à l'État une manifestation de volonté valable, pour établir sa participation à un traité, et lui attribuer comme sien un comportement déterminé afin de mettre à sa charge une responsabilité internationale, ne sont nullement des opérations en tous points comparables, qui demandent qu'on suive exactement les mêmes critères (…)* »[103].

---

[101] Il s'agit de l'Organisation de Coopération et de Développement (OCDE), l'Organisation Européenne pour la Recherche Nucléaire (CERN) et l'Agence Spatiale Européenne (ASE).

[102] Dans le présent travail, nous utiliserons le terme « imputation » au lieu du terme alternatif « attribution ». Ce choix n'a pas d'implication substantielle. Nous croyons avec Roberto Ago « *que l'on adopte le terme attribution ou le terme imputation, c'est toujours la même chose qu'on veut exprimer* », (*Annuaire CDI*, 1973, vol. 1, §. 8). La CDI préfère le terme attribution, tandis que la jurisprudence internationale semble (au moins dans la plupart des cas) privilégier le terme « imputation » (voir le jugement du TPIY, 3 mars 2000, *Procureur c/ Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, point 100.

[103] R. AGO, *Troisième rapport de la CDI sur la responsabilité des États*, A/CN/. 4/246 et Add. 1-3*, Annuaire CDI,* 1971, vol. 2, p. 246, §. 109.

Il ajoutait par la suite que : « *l'opération qui consiste à rattacher une entité à l'État n'est pas forcément la même que celle consistant à lui imputer un fait* »[104]. Près de trente ans plus tard, mais dans le même contexte, J. Crawford constatait à son tour dans son premier rapport à la Commission que :

> *« Bien évidemment (…), les règles d'attribution sont établies aux fins du droit de la responsabilité des États; des règles d'attribution différentes existent par exemple dans le cadre du droit des traités (…). De même l'identification des organes ou des démembrements de l'État aux fins de la responsabilité de l'État n'est pas nécessairement identique dans le cadre des immunités de l'État étranger* »[105].

Au regard de ces trois affirmations, on remarque assez clairement la distinction des trois opérations normatives d'identification de l'État aux fins de l'application du droit international et du droit européen. Cette distinction s'explique surtout au regard de leur finalité.

L'opération de rattachement d'une entité à l'État permet de voir si une entité présente les caractéristiques d'un organe étatique. Techniquement, cette opération renvoie à l'identification de la notion d'État aux fins d'asseoir la compétence *ratione personae* du juge ou de l'arbitre. Il est ici question de compétence. C'est le cas par exemple devant le CIRDI lorsque le Centre doit déterminer sa compétence à l'occasion d'un litige. Il cherche au regard de critères structurel et fonctionnel, si l'entité en cause est rattachable à l'appareil d'État. L'analyse est, à cet égard, plus souple, le seul objectif est de rechercher si le juge est compétent. Il en est de même devant la Cour EDH lorsqu'elle doit établir la recevabilité d'une requête au sens de l'article 34 de la Convention. Face à une requête mettant aux prises un organisme quelconque et un État, le juge recherche si l'organisme est rattachable à l'appareil d'État. Si oui, la requête est irrecevable, si non, elle l'est. Le droit des immunités fait aussi largement appel à cette opération de rattachement, en ce sens qu'elle fonde son application.

---

[104] *Ibidem.*

[105] J. CRAWFORD, A/CN.4/490/add.5, *Annuaire CDI*, 1998, vol. 2, §. 151. Voir également commentaire du chapitre 2 de la première partie du projet d'articles de 2001, §. 5.

Les règles d'expression de la volonté de l'État[106] permettent de voir dans un cas concret si la volonté exprimée par telle ou telle personne est attribuable à l'État. Il s'agit ici de question d'opposabilité et non de responsabilité. Un acte de volonté n'est opposable à l'État que si l'État en est auteur. Cette opération se retrouve (logiquement) en matière conventionnelle, mais aussi pour identifier les actes unilatéraux des États. Par exemple, dans *l'affaire des Essais nucléaires*[107], le juge devait rechercher si les déclarations du ministre des Affaires étrangères étaient opposables à l'État français. Il a ainsi appliqué l'opération d'identification de la volonté de l'État, qui permet par ailleurs de définir l'État au sens de cette opération. C'est aussi le cas lorsqu'il faut déterminer devant le CIRDI si un contrat conclu entre un investisseur et un organisme public est opposable à l'État.

Enfin, les règles d'imputation permettent de déterminer, dans un cas concret, si tel fait ou tel comportement est un fait de l'État. Il s'agit ici de question de responsabilité et non d'opposabilité, encore moins de recevabilité. Contentieux de la responsabilité internationale, contentieux des aides d'État, sélectivité d'une subvention, caractère étatique d'une mesure au sens de l'OMC. Par exemple, cette opération est utilisée dans l'identification de la notion d'État aux fins du droit des aides d'État. En effet, une aide est étatique que si elle est imputable à l'État. Donc l'application du régime implique au préalable de préciser la notion d'État. Le même constat peut être fait en droit de la responsabilité internationale des États.

Finalement, les règles de rattachement visent la recevabilité. Les règles d'expression de la volonté de l'État visent l'opposabilité à l'État. Les règles d'imputation visent la responsabilité. Ces trois catégories de règles permettent d'identifier les différentes manifestations de la notion d'État en droit international et en droit européen. C'est donc sur elles, que notre étude se concentrera.

Ainsi droit international, droit de l'UE et droit de la Convention EDH seront conjointement mobilisés à travers leur application des règles d'imputation, d'expression de la volonté de l'État et de rattachement d'une entité à l'État, afin de dépeindre le portrait fidèle d'une notion d'État complexe et évolutive. L'application de

---

[106] Nous entendons cette catégorie de règle de manière extensive, incluant les règles de représentation de l'État et d'expression de l'intention de l'État même si on peut matériellement les distinguer.

[107] CIJ, arrêt, 20 décembre 1974, *Essais nucléaires (Australie c/ France), Rec. CIJ*, 1974, p. 269.

telles règles d'identification de la notion d'État permettra d'éclairer l'impossible approche conceptuelle et de mettre en lumière par ailleurs les fonctions de la notion d'État dans le discours juridique international et européen, ce qui renseignera, par ailleurs, qu'au-delà de l'identification de l'État c'est du statut d'État même qu'il s'agit.

2.2.2. Justification du champ d'étude

Une recherche sur la notion d'État en droit international, en soi, n'est pas surprenante. Sa pertinence relève naturellement de la configuration intérétatique des rapports internationaux, donc du fait que l'État soit le « sujet primaire » de l'ordre juridique international. Mais dans notre perspective, on peut aller plus loin. L'État n'est pas non seulement « le sujet primaire » de l'ordre juridique international, il est également ***l'outil conceptuel permettant une application effective ou efficace du droit international.*** Ainsi le droit international reste un cadre pertinent d'analyse de cet outil conceptuel « État », parce que non seulement son dynamisme en dépend, mais également sa « positivité »[108].

Le cadre d'étude est aussi étendu au droit européen. Un tel choix peut surprendre. Mais, il repose sur deux raisons fondamentales. D'une part, l'ordre juridique européen présente un dynamisme intrinsèque qui ne laisse intacte aucune notion ou catégorie juridique traditionnelle. Prenons le cas de l'Union européenne, elle représente, à n'en point douter, le modèle d'intégration régionale le plus abouti. À travers les exigences d'application uniforme, d'immédiateté, de primauté, d'effet direct, la Cour de Justice a mis en place « *un ordre juridique autonome, intégré aux ordres juridiques des États membres* »[109]. Cette particularité du droit de l'Union influe sur la compréhension des notions traditionnelles du droit public, telle que la notion d'État. Le droit de la Convention EDH présente aussi un dynamisme interne, qui doit son nom à l'objectif de protection des droits de l'homme, dont la Cour de Strasbourg est le garant. À travers une jurisprudence militante, la Cour européenne des droits de l'homme est parvenue à faire du système européen, le système de protection des

[108] Voir R. KOLB, « Le droit international est-il un droit primitif? », *Austrian Journal of Public International Law*, 2000, vol. 55, n° 1, p. 101.
[109] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, Aff. 6/64, *Rec. CJCE*, 1964, p. 1141.

droits de l'homme le plus dynamique. Ce dynamisme conduit à une interprétation propre des notions de base du droit public, comme la notion d'État.

D'autre part, la notion d'État présente une particularité ou une spécificité réelle dans l'ordre juridique européen qui n'est observable ni en droit international, ni en droit interne, ni dans les autres ordres juridiques d'intégration régionale ou systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. En effet, évoquant le cas de l'Union européenne, l'idée d'État « *ne se rapporte en effet ni à la conception constitutionnelle ni à la conception internationale* »[110]. C'est le fonctionnement des mécanismes d'intégration, en particulier l'application du principe de primauté de l'Union européenne sur le droit national et de son corollaire le principe d'invocabilité en justice, qui conduit petit à petit la Cour de justice, dans son oeuvre d'interprétation des traités, à dégager les éléments susceptibles de constituer une notion propre d'État. Cette idée résulte donc de la systématisation *a posteriori* des composantes apparemment éparses de la notion d'État, mises en évidence par la jurisprudence de la Cour. Elle se fonde sur l'interprétation des traités se référant à la notion d'État en tant qu'***outil conceptuel du droit de l'Union***. Aussi bien, présente-t-elle tous les traits originaux des constructions d'essence jurisprudentielle, elle est évolutive et non définitivement figée. Cette originalité, qu'on ne trouve pas dans les autres systèmes d'intégration régionale, rend pertinente l'invocation du droit de l'Union européenne dans notre champ d'étude pour apprécier notre objet d'analyse.

On peut dire de même du droit de la Convention EDH. En privilégiant une interprétation utilitariste de la Convention, la Cour est assez souvent confrontée à une appréhension des manifestations de la notion d'État. C'est ce qui explique que, de manière éparse, elle construit progressivement une notion autonome d'État qui se différencie du droit international et du droit interne. Les autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme ne connaissent pas, du moins pas encore, ce développement jurisprudentiel permettant d'appréhender « une notion fonctionnelle d'État » complètement autonome du droit international.

Ainsi, ordre juridique international et ordre juridique européen, domaines pertinents pour notre étude, seront utilisés dans une perspective, à la fois

[110] M. HECQUARD-THERON, *supra* note 69, p. 693.

comparative et complémentaire, pour mieux saisir les manifestations pratiques de la notion d'État dans de tels ordres.

3. Intérêts de l'étude

L'étude de la notion d'État, en droit international et en droit européen, présente un intérêt essentiellement scientifique, mais aussi évidemment pratique.

De prime abord, l'étude d'une notion comporte en soi une dimension théorique ou scientifique non négligeable, sinon même fondamentale. Une étude la notion d'État, telle qu'elle se déploie en droit international et en droit européen, dans le fonctionnement régulier de leurs normes, n'est pas en soi innovante. Mais elle permet tout au moins de jeter un regard nouveau sur une question qui peut paraître ancienne et controversée. Elle contribue à une mise au point épistémologique, en privilégiant une perspective purement pragmatique, se fondant exclusivement sur les solutions dégagées par le droit en vigueur (*de lege lata*). Une telle perspective nous permet, d'une part, d'analyser et de comprendre les causes et la teneur de la polysémie de la notion d'État (désordre) et par la suite de procéder à une mise en ordre à travers la perspective fonctionnelle, afin de déceler l'unité réelle de notre objet d'étude. Ainsi, les résultats de l'étude pourraient modestement contribuer à une rationalisation de la notion d'État dans le discours juridique international et européen. D'autre part, l'étude présente l'intérêt de privilégier une lecture plus complète et systématique de la notion d'État en exploitant les branches les plus dynamiques du droit international et du droit européen, dont la mise en œuvre de chacune de leurs normes nécessite au préalable de « définir l'État ».

L'étude présente aussi un intérêt évidemment pratique, dans la mesure où l'application effective des normes internationales et européennes dépend d'une conception claire et précise de l'État. En effet, la définition de l'État est une question technique et préalable, sur laquelle dépend l'application d'une norme de droit international et de droit européen. Dans le contentieux de la responsabilité[111], des

[111] Voir Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États du 12 décembre 2001, *Documents offi ciels de l'Assemblée générale*, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

manquements[112] ou de l'annulation[113], dans le régime des immunités[114] ou encore de l'opposabilité[115], dans la qualification d'investissement[116], de subvention[117], d'aide d'État[118], de marché public[119], de juridiction[120], etc., les acteurs (juges, avocats, avocats généraux) sont confrontés à cette opération préalable de définition de la notion d'État. À cet égard, cette étude leur permettra d'avoir une vision synthétique de la notion d'État. Le sujet est ainsi important et complexe, puisque les problèmes qui s'y rapportent concernent finalement un aspect essentiel du fonctionnement de l'ordre juridique international tout entier et de l'ordre juridique européen et de chacune de leurs normes.

4. Considérations méthodologiques

Du point de vue méthodologique, notre démarche sera essentiellement pragmatique. Une systématisation de la notion d'État en droit international et en droit européen ne saurait résulter d'un inventaire de la littérature doctrinale. La seule voie appropriée est de rechercher les différents ingrédients propres à dessiner une notion fonctionnelle d'État dans les textes (droit primaire ou droit dérivé, texte conventionnel ou unilatéral), dans la jurisprudence (arrêts, avis, conclusions d'avocats généraux, opinions dissidentes des juges) dans des travaux ou rapports d'organes habilités (rapports de la CDI ou de la Commission européenne, du Comité international des

[112] CJCE, 15 juillet 1960, Aff. 20/59, *Italie c/ Haute Autorité*, *Rec. CJCE,* 1960, p. 663.
[113] Voir article 263 al. 1 et 2 du TFUE, *JOUE*, 26 octobre 2012, C 326/15.
[114] *Supra* note 88.
[115] Voir Convention sur le droit des Traités, Vienne, 23 mai 1969, *United Nation Treaty Series,* vol.1155, p. 331.
[116] Voir la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, *RTNU*, vol. 575, 1996, p.175.
[117] Voir article 1er de l'Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires de l'OMC
[118] Voir article 107 du TFUE, *JOUE*, 26 octobre 2012, C 326/47.
[119] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.
[120] Voir Cour EDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie (exceptions préliminaires)*, req. N° 15318/89, série A, vol. 310, pp. 4-34 et Cour EDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c/ Turquie (fond*), req. N° 15318/89, *Rec.* 1996-IV, pp. 2217-2240 ; Cour EDH, 10 mai 2011, *Chypre c/ Turquie*, req. N° 00025781/94 ; 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c/ Moldavie et Russie*, req. N° 48787/99, *Rec*. 2004-VII.

droits de l'homme, projets d'articles de la CDI ou de la Commission européenne…). Ainsi, on s'aperçoit que la notion d'État peut varier d'un texte à l'autre. Par exemple, l'État au sens du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États n'est pas le même que l'État au sens de la convention internationale sur les immunités. Ce n'est pas anodin si la plupart des textes commencent par préciser qu' « *au sens de la présente convention, le terme État signifie…* ». Au niveau jurisprudentiel également, le constat reste le même. Un même juge en arrive à des conceptions différenciées de l'État en fonction du contentieux à traiter. Par exemple, lorsqu'il fait application des principes de primauté, d'effectivité ou d'effet direct de la norme de l'Union européenne, le juge en arrive à une définition extensive de l'État. Par contre, s'il doit appliquer les dérogations au droit de l'Union contenues dans les traités, il adopte une définition restrictive de l'État. La logique dans cette dichotomie fonctionnelle est de garantir l'efficacité du droit de l'Union. Ainsi l'approche fonctionnelle comporte des subtilités, que seule une démarche pragmatique peut révéler.

La méthode choisie comporte au final trois composantes. Tout d'abord, la composante textuelle nous permettra de mettre en évidence un premier niveau d'analyse. Les textes internationaux et européens, même si pour l'essentiel, ils ne donnent pas une définition rigoureuse de l'État, posent tout de même des éléments essentiels et incontournables pouvant orienter la réflexion. Cette analyse comporte toutefois un certain nombre de difficultés qu'il convient de relever. Tout d'abord, on ne peut faire un inventaire exhaustif des textes qui, quand même, sont d'une importance quantitative qu'il est impossible de mesurer. Une tentation serait de ne prendre en compte que les textes encore en vigueur, mais là aussi, on risquerait de ne pas exploiter des textes anciens qui conservent toute leur pertinence pour comprendre et asseoir une définition fonctionnelle de l'État en droit international et en droit européen. Ainsi, sans prétendre à une analyse exhaustive des textes, nous épouserons une perspective aussi large que possible, afin d'avoir une palette élargie de textes pertinents pour notre analyse. La seconde difficulté est qu'en droit international comme en droit européen, la tendance est à l'utilisation de concepts sans les définir au préalable. Le concept d'État n'y échappe pas. Il en est ainsi, parce qu'une définition claire préalable irait à l'encontre de la flexibilité et l'adaptabilité qui caractérise les ordres juridiques international et européen. Ainsi, on assiste le plus souvent à une absence de définition (par exemple dans les traités de l'Union

européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne), ou à une définition descriptive et non analytique (par exemple dans le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États). L'objectif est alors de faire une étude croisée des textes, afin d'y déceler des éléments propres à étayer notre analyse. Toutefois, le danger à éviter ici est de tomber dans l'exégèse.

Cette analyse textuelle sera complétée par une analyse jurisprudentielle et une analyse des rapports et travaux préparatoires. L'approche jurisprudentielle présente l'avantage d'être plus analytique et plus explicite que la première, ce qui est bien naturel, car le rôle du juge est d'interpréter et de préciser les textes. Cette analyse jurisprudentielle devrait prendre en compte à la fois la jurisprudence de la CIJ, de la CJUE, de la Cour EDH, des tribunaux arbitraux, des juridictions pénales internationales, ainsi que des juridictions nationales lorsqu'elles font application du droit international ou du droit européen. De même, elle concerne aussi bien les arrêts, les ordonnances et les avis. Toutefois, cette analyse jurisprudentielle devrait aussi être complétée par les conclusions d'avocats généraux ou par la lecture des opinions dissidentes de juges. La difficulté méthodologique à surmonter ici est la variabilité des positions jurisprudentielles qui ne laisserait ainsi pas forcément intacte la véracité de notre analyse confrontée à un futur à moyen ou à long terme.

La troisième perspective, qui est celle de l'analyse des travaux préparatoires et rapports d'institutions internationales, aura l'avantage de préciser les intentions des rédacteurs des textes. Toutefois, le danger serait de perdre de vue que « cette intention déductible » n'est pas forcément contraignante pour l'interprétation des textes. C'est pourquoi ces documents ne seront utilisés qu'à titre secondaire.

5. Problématique, postulat de base et hypothèses de recherche

Une fois la méthode de travail établie, il conviendra alors de soulever un certain nombre d'interrogations. Au-delà de la variabilité sur la notion d'État en droit international et en droit européen, existe-t-il une unité réelle nous permettant d'avoir une compréhension logique de la notion d'État? Autrement dit, quel est, s'il existe, le plus petit dénominateur commun pouvant nous conduire à une compréhension

rationnelle de la notion d'État en droit international et en droit européen, en dépit de la variabilité du contenu?

Au regard de cette question de recherche, notre postulat de base est que l'État en droit international et en droit européen est ***un outil au service des nécessités systémiques des ordres juridiques international et européen***. On part, en effet, du constat que l'État en droit international et en droit européen ***n'a pas une essence en soi,*** il n'est pas une réalité objective, immanente et immuable, comme pourrait le penser une certaine doctrine[121]. Il est plutôt relégué ***au simple rang d'une notion dont les contours sont déterminés au fur et à mesure par les acteurs.*** Suivant la perspective de l'approche instrumentale, bien connue dans les sciences informatiques[122], l'État n'est qu'un outil devant servir les nécessités systémiques de l'ordre juridique international et européen. Cette théorie de l'*"État-outil"* que nous proposons de développer permet ainsi de jeter un nouveau regard sur la notion d'État : un regard dynamique et pragmatique justifié par l'exploitation de règles techniques du droit international et du droit européen.

Quelle que soit donc la variabilité des critères avancés en fonction des domaines étudiés, l'objectif est un : ***se doter d'un outil conceptuel permettant d'assurer une application dynamique de la norme internationale ou européenne, selon les cas et de permettre la réalisation des objectifs des ordres juridiques en cause.*** L'État devient ainsi au regard du droit de l'UE, un outil d'intégration, au regard du droit international, un outil protection de la souveraineté et au regard du droit de la Convention EDH, un outil de protection de l'individu.

Pour vérifier ce postulat, il convient d'avancer deux hypothèses. La première est la contingence de la notion d'État qui renvoie selon la formule de M. Forteau[123] et de R. Higgins[124], à « *une figure à géométrie variable* ». En effet, la notion d'État ne se définit pas en elle-même. Elle n'est pas dotée d'une unité conceptuelle

---

[121] Par exemple, selon M. FLORY, « *L'État en droit international se définit comme une entité abstraite, dématérialisée par l'alchimie d'une fiction juridique* », *in* « Le couple État-territoire en droit international contemporain », *in L'international sans territoire*, Paris, *L'Harmattan*, 1996, p. 251.

[122] Théorie développée par : P. RABARDEL, *Ergonomie, concepts et méthodes*, Paris, *Octarès*, 1998, 178 p.

[123] M. FORTEAU, *supra* note 24.

[124] R. HIGGINS, "*The concept of "The State": variable geometry and dualist perceptions*", *in The international legal system in quest of equity and universality, Liber Amicorum Georges Abi-SAAB*, The Hague/London/Boston, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2001, p. 548.

transposable d'un domaine à l'autre. Elle change constamment de « formes », pour garantir l'effet utile des dispositions à appliquer. Tantôt, elle est « organique », tantôt « matérielle », tantôt « factuelle ». Elle change aussi de « mesure » : tantôt extensive, tantôt restrictive. Au final, tous les droits n'ont pas le même État. Sa présence telle qu'elle se manifeste, dans les énoncés les plus variés du droit international et du droit européen, est polymorphe, au point « *qu'on le comparerait volontiers à Zeus, le dieu des dieux qui aimait tant prendre des formes différentes pour surprendre et séduire les humains* »[125]. Donc, il est impossible de caractériser la notion d'État selon une approche conceptuelle. Mais, s'arrêter à cette conclusion ne règle pas en soi la question. Il faudra dans un second temps aller au-delà de cette variabilité pour rechercher l'unité de cette notion qui s'avère être fonctionnelle.

La deuxième hypothèse est que l'unité de la notion d'État est fonctionnelle. Elle est à rechercher dans la fonction que la notion d'État joue dans l'ordre juridique international et dans l'ordre juridique européen. L'État est dans ce sens un ***outil mobilisé afin permettre la réalisation des objectifs*** qu'incarnent l'ordre juridique international et l'ordre juridique européen. Il est, dans ce cadre, au service des nécessités systémiques de l'ordre juridique international et de l'ordre juridique européen.

Au regard de ces hypothèses, nous nous proposons de démontrer d'une part la contingence de la notion d'État qui s'avère être une notion à contenu variable (1ere partie), et d'autre part, la fonction singulière de la notion d'État qui est à rechercher dans sa vocation à être un ***outil au service des nécessités systémiques de l'ordre juridique international et de l'ordre juridique européen***, ce qui en fait une notion aux objectifs invariants (2e partie).

[125] Voir D. ALLAND, « L'État sans qualité », *Revue Droits*, n° 16, 1992, p. 5.

1ere partie. Une notion au contenu variable

« *Mal nommer les choses, c'est ajouter aux malheurs du monde* »,

Albert Camus, « Sur une philosophie de l'expression »,

in Œuvres complètes, tome 1, *La Pleiade*, p. 908.

L'objectif de cette première partie est de démontrer que la notion d'État, appréhendée à travers ses manifestations dans l'application concrète des normes internationales et européennes, ne peut être définie de manière abstraite. Elle n'a pas en soi une essence irréductible, permettant de la caractériser de manière uniforme, d'un domaine à l'autre. Son contenu est variable. Ses critères sont déterminés au cas par cas.

Revenant à la distinction vedelienne entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle, une notion conceptuelle est, rappelons-le, « *une notion qui se définit en elle-même, et que donc l'on peut retrouver dans toutes les disciplines, car elle est issue d'un langage général* »[126]. Or, en parcourant les différents domaines du droit international et du droit européen, dont l'application des normes implique au préalable une définition de la notion d'État, le premier constat est la variabilité des critères de définition. Il n'y a pas une seule notion d'État. La figure de l'État change selon la règle à appliquer. Tout d'abord, l'État peut être défini, du point de vue organique, comme « *un ensemble d'autorités ayant ce statut d'après le droit interne* »[127]. Cette définition est sensée refléter le principe de l'unité de l'État, c'est-à-dire, l'État considéré comme un tout. Néanmoins, la particularité de certains domaines du droit international et du droit européen impose de briser cette logique unitaire et d'introduire une notion fragmentée d'État. Il en résulte que le périmètre organique de la notion d'État n'est pas figé. Il peut être extensif ou restrictif, selon les cas. (Titre1). Parfois, le critère organique peut s'avérer inopérant, car il ne permet pas d'assurer une application effective et efficace de la norme européenne ou internationale. C'est le cas par exemple lorsque les autorités officielles d'un État se

[126] Voir *supra* note 96.
[127] Voir projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des Etats en son article 4, *supra* note 111.

cachent derrière des entités qui ne sont pas *de jure* des organes de l'État, pour mener des activités de nature étatique et échapper ainsi à l'application des règles internationales et européennes. Afin d'éviter un tel scénario, le droit international et le droit européen dans certaines de leurs branches prônent un dépassement du critère organique, à travers, soit l'usage d'un critère matériel ou même factuel de définition de la notion d'État (Titre 2).

Titre 1. L'usage du critère organique

L'État est avant tout un ensemble d'organes statutaires. En effet, les organes de l'État sont, en premier lieu, appelés à appliquer la norme internationale et européenne, selon les cas. De même, ils sont souvent à l'origine d'un manquement ou d'une violation de ces normes. Ce faisant, le droit international et le droit européen les appréhendent avec une particulière attention. En principe, ils considèrent l'État du point de vue statutaire comme un tout, un bloc monolithique et impénétrable. Une telle perception trouve son expression dans le principe de l'unité de l'État, principe qui plonge ses racines dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Du point de vue doctrinal, le principe de l'unité de l'État a été développé par les tenants de la théorie de l'organe, notamment Jellinek[128] et Carré de Malberg[129]. Cette théorie de l'organe[130] se résume comme suit :

> *« Ainsi que la représentation suppose essentiellement deux personnes distinctes dont l'une agit pour le compte de l'autre, l'organe, comme tel, n'a point de personnalité propre. Il n'y a pas ici deux personnes distinctes, la collectivité et son organe : il n'y a qu'une personnalité unique, celle de la collectivité organisée ; et les organes de la collectivité ne forment avec elle qu'une seule et même personne. C'est même de là que vient principalement l'emploi en cette matière du nom d'organe : il signifie que les organes de la personne collective, de même que ceux de la personne physique, ne forment avec la collectivité qu'un seul être juridique »*[131].

Cette analyse a été élaborée par Carré de Malberg, à propos des rapports entre la collectivité humaine dans son ensemble dont l'État constitue l'émanation et le corps législatif envisagé comme organe indissociable de l'État. Jellinek appliquait, quant à lui, cette théorie de l'organe à l'ensemble de l'administration, centrale et

---

[128] G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, t.2, *coll. Les introuvables*, Paris, *éd. Panthéon Assas*, 2005, p. 224 et ss.
[129] R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, *Dalloz*, 2003, p. 286 et ss.
[130] Voir entre autres, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État. Eléments, fonctions et organes de l'État*, t.2, 1928, Paris, *Ed. de Broccard*, ch. III ; A. ROSS « Sur les concepts d'État, d'organes d'État en droit constitutionnel », *Droits*, 1996, p. 131 et ss ; P. BRUNET, *Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Bruxelles, *Bruylant*, 2004, p. 39 et ss.
[131] *Idem*, p. 287.

locale. L'État, en tant que « collectivité organisée », était alors conçu par ces auteurs comme la seule personne juridique dotée de volition. C'est une telle vision qui a inspiré la perception monolithique de l'État en droit international et (en quelque sorte) en droit européen.

En effet, ces derniers ne sauraient être impliqués dans toutes les spécificités et subtilités propres à l'organisation constitutionnelle des États. Ils ne peuvent - et c'est sa raison d'être - qu'être *uniformes* pour être en mesure de s'imposer à tous les participants en tant que « droit commun »[132]. De ce fait, ils appréhendent l'État comme un tout, dans sa globalité et son unité. Cette règle de l'unicité de l'État se justifie pour deux raisons principalement. D'une part, elle place l'État comme interlocuteur unique en lieu et place de ses démembrements ou émanations, car étant seul doté de la personnalité juridique internationale. D'autre part, elle permet de lutter contre les tentations que pourraient avoir certains États d'éluder les règles et contraintes internationales et européennes, en se « cachant » derrière des entités internes qui n'y seraient pas soumises, ce qui porterait un coup sérieux à l'efficacité et à l'application uniforme du droit international et du droit européen[133].

Au niveau jurisprudentiel, cette règle a été posée par la sentence arbitrale *El Triunfo* du 8 mai 1902, où il est affirmé que : "*There can be no doubt that a State is responsible for the acts of its rulers, whether they belong to the legislative, executive or judicial department of the government, so far as the facts are done in their official capacity* "[134].

Par la suite, la règle ne devait plus être contestée. Elle se verra, en effet, reconnaître le caractère coutumier. La CIJ, dans son avis consultatif du 29 avril 1999, considérait la règle selon laquelle « *le comportement de tout organe de l'État doit être regardé comme un fait de cet État* »[135] comme une manifestation du principe de l'unité de l'État. La CDI suivra la même voie, dans son projet d'articles sur la

---

[132] D. CARREAU, « l'État selon le droit international », *Répertoire de droit international*, *Dalloz*, septembre 2010.
[133] *Idem*, point 99 et ss.
[134] SA, 8 mai 1902, *Claim of the Salvador commercial company, RSA,* vol. XV, p. 467 : « *il ne peut y avoir aucun doute qu'un État est responsable des actes de ses dirigeants, que ceux-ci relèvent de l'ordre législatif, exécutif ou judiciaire, pour autant qu'ils aient été effectués en leur capacité officielle* » (la traduction est de nous).
[135] CIJ, avis, 29 avril 1999, *différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, Rec. CIJ,* 1999, p. 62, point 62.

responsabilité internationale des États pour fait internationalement illicite en posant à son article 4 que :

> « *le comportement de tout organe de l'État devrait être considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État* »[136].

Le juge de l'U.E. s'inscrit dans cette même perspective. L'arrêt de la CJCE du 5 mars 1996 illustre à suffisance cet emprunt, lorsque le juge déclare qu' :

> « *il y a lieu de relever à cet égard que, comme le souligne M. l'avocat général au point 38 de ses conclusions, dans l'ordre juridique international, l'État, dont la responsabilité serait engagée du fait de la violation d'un engagement international, est également considéré dans son unité, que la violation à l'origine du préjudice soit imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif. Il doit en être ainsi dans l'ordre juridique communautaire pour que toutes les instances de l'État, y compris le pouvoir législatif, soient tenues, dans l'accomplissement de leurs tâches, au respect des normes imposées par le droit communautaire et susceptibles de régir directement la situation des particuliers* »[137].

De cette approche uniforme, l'État peut, *prima facie*, être identifié concrètement, du point de vue organique, comme l'ensemble des autorités publiques. Le seul statut d'autorité publique suffit pour y voir l'État. Toutefois, le périmètre organique de la notion d'État peut varier d'une branche à l'autre, suivant les objectifs propres à chaque domaine. Une chose est sûre ; il y'a une communauté de points de vue consistant à voir dans la notion d'État, l'ensemble des pouvoirs publics constitutionnels. Autrement dit, les pouvoirs publics constitutionnels constituent le périmètre organique de base de la notion d'État (Chapitre 1). Mais, ce périmètre organique de base ne doit quand même pas cacher une différenciation lorsqu'on évoque le cas des démembrements territoriaux (Chapitre 2).

---

[136] *Supra*, note 111.

[137] CJCE, *5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factorame,* Aff. C-46/93 et C-48/93, point 34, *Rec. CJCE, 1996,* p. I-1029. Voir également les *conclusions de l'avocat général Tesauro, spécialement point 38*. Voir aussi le juge de la Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. N° 5310/71; Rapport de la Commission du 25 janvier 1976, *Annuaire* 19, p. 758.

Chapitre 1. Le périmètre organique de base de la notion d'État

Le périmètre organique de base est quasiment partagé par toutes les branches du droit international et du droit européen. Il consiste à voir dans la notion d'État, l'ensemble des organes issus de la séparation horizontale des pouvoirs. L'organe en question peut exercer « *des fonctions législative, exécutive et judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État*»[138]. Ainsi, le seul statut d'organe de l'État suffit à en faire une composante de la notion d'État. Le droit international et le droit européen, dans leurs différentes branches, restent donc indifférents quant à la séparation horizontale des pouvoirs dans l'État. Tous les pouvoirs publics constitutionnels sont considérés comme une composante organique de la notion d'État. Il en est ainsi des autorités exécutives (Section 1), mais aussi des autorités législative et judiciaire (Section 2).

[138] Article 4 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États pour fait internationalement illicite, *supra* note 111.

Section 1. Les autorités exécutives, composante organique de la notion d'État

Les autorités exécutives constituent, dans leur ensemble, une composante organique de la notion d'État. Cela va de soi, au regard de leur statut en droit interne et de la nature de leurs fonctions. Dans cette hypothèse, c'est l'institution du chef de l'État, ainsi que les membres du gouvernement et les agents publics d'une manière générale qui sont visés, et ceci, au regard des règles d'expression de la volonté de l'État et au regard des règles d'imputation[139]. Toutefois, la consécration des autorités exécutives comme composantes de la notion organique de l'État peut connaitre des fluctuations, en fonction de la règle à appliquer. En effet, si la vision large équivaut en ce qui concerne les règles d'imputation (Paragraphe 1), il convient de relativiser, s'agissant des règles d'expression de la volonté de l'État qui sont plus exigeantes en matière de preuve (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une vision large au regard des règles d'imputation

Au sens des règles d'imputation, toutes les autorités exécutives sont considérées dans leur ensemble comme une composante organique de la notion d'État. Il en est ainsi des autorités supérieures (A), ainsi que des agents publics subalternes (B).

A. Les autorités supérieures

Est visée par la notion d'autorités supérieures, la plus haute hiérarchie des autorités exécutives d'un État. Il s'agit principalement du chef de l'État (1) et des membres de son gouvernement (2).

[139] Au regard des règles de rattachement, la question ne se pose pas fondamentalement, car elle semble aller de soi.

1. Le chef de l'État

La première personnalité qui incarne l'État est, naturellement, le chef de l'État. Derrière cette notion polymorphe[140], c'est le chef de l'exécutif qui est visé. Il s'agit selon le cas du président de la République ou du Premier ministre. Il s'agit plus exactement de l'autorité qui détient le pouvoir de décision générale au sein de l'État, et qui a la charge de la conduite de sa politique extérieure, ayant, de ce fait, le pouvoir d'engager l'État au moyen des traités et de déclarations unilatérales, ou d'engager sa responsabilité par des actes ou agissements qui contreviendraient aux règles internationales et/ou européennes.

Le chef de l'État, en vertu de son statut, est au regard des règles d'imputation, le premier organe de l'État. Ses actes sont, en raison de son statut, imputables à l'État au sens du droit de la responsabilité des États. En tant qu'organe de l'État, ces actes sont réputés être accomplis au nom de l'État. Ainsi, lorsqu'ils sont contraires aux engagements internationaux, la responsabilité de l'État est engagée. C'est ce qui relève (implicitement) de l'article 4 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États[141], qui vise en substance les organes de l'État ayant ce statut d'après le droit interne. Il ne fait nul doute que cette disposition renvoie, avant tout, au chef de l'État. La même analyse peut être faite concernant la définition de l'État au sens de la Convention sur les immunités juridictionnelles des États[142] : « *le terme État désigne l'État et ses divers organes de gouvernement* ». Parmi les organes visés, l'institution du chef de l'État occupe une place primordiale.

---

[140] Il convient de noter à ce propos que la détermination du chef de l'État varie en fonction du système politique interne. Ainsi, le chef de l'État peut être incarné par une personne et peut avoir des titres variés : président de la République comme en France, Roi comme dans certaines monarchies européennes et certains pays du monde musulman, Empereur comme au Japon, Prince a Monaco et au Liechtenstein, Grand-duc au Luxembourg, Émir au Koweït, Sultan à Oman. Le chef de l'État peut aussi être incarné par un organe collégial comme en Suisse avec le Conseil fédéral (même s'il est présidé par un Président élu par l'Assemblée fédérale et les membres du Conseil), la République de *Saint-Marin* avec les « capitaines Régents », la *Bosnie Herzégovine* avec « la présidence » composée de trois personnes, les *Émirats Arabes-Unis* avec le « Conseil suprême de la Fédération ».

[141] *Supra* note 111.

[142] Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens *supra* note 88.

Cette hypothèse peut être vérifiée en invoquant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Wille c/ Liechtenstein*[143], la Cour devait apprécier l'existence ou non d'une violation de la Convention par un acte du Prince, qui selon la Constitution de l'État défendeur, « *est le chef de l'État* ». En l'espèce, le Prince avait par courrier refusé de nommer à une fonction publique le requérant, en réaction à une prise de position faite par ce dernier, lors d'une conférence publique. La première question, qui se posait alors, est la nature de cet acte du Prince, c'est-à-dire, un courrier dans lequel il notifie une intention. La Cour, faisant abstraction des considérations d'ordre formelles, interprète l'acte du Prince comme un « acte étatique », et non comme l'y invitait la défense « *comme de la correspondance purement privée* »[144]. Après avoir rappelé que *« la responsabilité d'un État au titre de la Convention peut être engagée pour les actes de tous ses organes, agents et fonctionnaires*»[145] , elle conclut que :

> « *La mesure en cause émanait d'un organe qui avait compétence pour agir comme il l'a fait et dont les actes engagent la responsabilité du Liechtenstein en tant qu'État au regard de la Convention. Il y a eu atteinte au droit du requérant d'exercer sa liberté d'expression dès lors que le Prince, en critiquant le contenu du discours de l'intéressé, a fait connaître son intention de le sanctionner parce qu'il avait librement exprimé son opinion*»[146].

Ainsi, la responsabilité de l'État est engagée du fait d'un acte (non officiel) du chef d'État, considéré comme un organe de l'État au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

Au final, au regard des règles d'imputation, le premier organe composant la notion d'État est le chef de l'État. La même analyse peut être faite *mutatis mutandis* concernant les membres du gouvernement et l'administration publique d'une manière générale.

---

[143] Cour EDH, arrêt, 28octobre 1999, *Wille c. Liechtenstein*, req. N° 28396/95.
[144] *Idem*, point 48.
[145] Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71; Rapport de la Commission du 25 janvier 1976, *Annuaire* 19, p. 758.
[146] Point 50 de l'arrêt.

2. Les membres du gouvernement

Concernant les règles d'imputation aux fins de la responsabilité de l'État, le gouvernement central est indiscutablement une composante de la notion organique d'État. Tous les actes des membres du gouvernement, susceptibles de constituer un fait internationalement illicite, peuvent engager la responsabilité de l'État. C'est ainsi que la CIJ a, dans un avis consultatif du 29 avril 1999[147], soutenu que l'État malaisien ne s'est pas acquitté de ses obligations internationales en raison des actes de son gouvernement, particulièrement de son ministre des Affaires étrangères. En l'espèce, un Rapporteur spécial de l'ONU, Mr Cumaraswamy, a été arrêté par les tribunaux malaisiens pour diffamation. Le Secrétaire général des Nations unies a, de ce fait, avisé les autorités gouvernementales malaisiennes que Mr Cumaraswamy tenait « *les propos litigieux* » dans l'exercice de ses fonctions et bénéficiait donc de l'immunité de juridiction. Toutefois, les autorités gouvernementales n'ont pas transmis aux tribunaux une telle information. Après avoir rappelé que « *le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État* »[148], la Cour conclut que « *Le gouvernement n'ayant pas transmis la conclusion du Secrétaire général aux tribunaux compétents et le ministre des Affaires étrangères ne l'ayant pas mentionnée dans son propre certificat, la Malaisie ne s'est pas acquittée de ses obligations* »[149] au regard de l'article 105 de la Charte[150], et de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations unies[151]. Ainsi, le ministre des Affaires étrangères est l'État malaisien. Le gouvernement est l'État malaisien. Leurs comportements sont donc ceux de l'État malaisien[152].

Sur cette même lancée, la Cour de Justice de l'Union européenne a, dans un arrêt du 22 décembre 2010, attribué les décisions du ministre de la Santé,

[147] CIJ, avis consultatif, 29 avril 1999, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, *supra* note 135, p. 62.
[148] Idem. Point 48.
[149] *Ibidem.*
[150] Charte des Nations unies du 26 juin 1945, San Francisco, disponible sur http://www.un.org/fr/charter-united-nations/index.html.
[151] Convention sur les privilèges et immunités des Nations unies, New York, 13 février 1946 : disponible sur https://treaties.un.org/doc/Treaties/1946/12/19461214%2010-17%20PM/Ch_III_1p.pdf.
[152] Voir, J. MATRINGE, « L'affaire du différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme », *AFDI*, 1999, n° 45, pp. 413-433 ; D. RUZIE, « L'avis consultatif de la CIJ sur la demande du Conseil économique et social des Nations Unies », *RGDIP*, 1999, n°3, pp. 667-683.

concernant l'autorisation de mise sur le marché de médicaments génériques correspondant au produit de référence Plavix, à l'État polonais[153]. La même logique d'imputation du droit international prévaut donc en l'espèce.

Les règles d'imputation conduisent à intégrer ainsi, au-delà des autorités gouvernementales supérieures, toute l'administration centrale comme composante organique de la notion d'État.

B. Les agents publics subalternes

L'assimilation des agents publics subalternes aux organes de l'État se fonde sur le statut même que leur confère le droit interne (1), et elle continue, néanmoins, de valoir même lorsque de tels agents méconnaissent le droit interne (2).

1. L'assimilation des agents publics à des organes de l'État fondée sur le droit interne

De manière plus large, lorsqu'on parle des agents publics, au sens des règles d'imputation, c'est toute l'administration de l'État qui est visée. En effet, comme le soutient le Rapporteur spécial J. Crawford, l'expression « organes de l'État » utilisée à l'article 4 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États[154], doit s'entendre dans son acception la plus large, sans distinction de rang hiérarchique[155]. Elle ne se limite pas aux organes du gouvernement central, aux

[153] CJUE, 22 décembre 2010, *Commission c/ Pologne (soutenue par la République de Lituanie)*, Aff. C-385/08.

[154] *Supra* note 111.

[155] De façon classique, les Commissions mixtes constituées après la seconde Guerre mondiale ont souvent eu à connaître du comportement d'organes subalternes de l'État, par exemple administrateurs de biens ennemis, maires et membres des forces de police, et elles ont toujours considéré que les faits de ces personnes étaient attribuables à l'État. Voir à ce propos : Commission de conciliation anglo-italienne, 13 mars 1954, *Affaire Currie*, Décision n° 21, *RSA*, 1954, vol. XIV, pp. 21-27 ; Commission de conciliation franco-italienne, 7 décembre 1955, *Différend concernant l'interprétation de l'article 79, paragraphe 6, lettre C du Traité de paix (Biens italiens en Tunisie-échange de lettre du 2 février 1951),* Décision n° 196*, RSA*, 1955, vol.3 XIII, pp. 389-439 ; Commission de conciliation franco-italienne*, 6 octobre 1953, Différend Dame Mossé*, Décision n° 154 et 147, *RSA*, 1953, vol. XIII, pp. 486-500. Pour des décisions antérieures, voir Commission des

hauts responsables ou aux personnes chargées des relations extérieures des États, mais s'étend à l'ensemble des personnes qui ont ce statut[156]. C'est ainsi que la responsabilité du Royaume-Uni a été engagée du fait de l'administration britannique ayant arrêté puis déporté Mr Chevreau, un citoyen français résidant en Perse[157]. La responsabilité des États peut donc être engagée quel que soit l'agent, du plus haut au plus bas de la hiérarchie administrative, qu'il soit compétent ou non. Dans l'affaire *"Youmans"*[158], on retrouve cette vision large de l'État, qui inclut toute l'administration étatique quelle qu'en soit la hiérarchie, aux fins de l'engagement de la responsabilité du Mexique. Thomas Youmans, un citoyen américain, supervisait des travaux de construction d'un tunnel, mais une querelle avec les ouvriers mexicains dégénère et provoque le lynchage, avec l'aide de la police, dudit Youmans et de deux autres Américains. L'enquête menée, un an après les faits, n'aboutit à aucune condamnation, les policiers invoquant la crainte de la mafia. Néanmoins, le tribunal arbitral accusera le Mexique de négligence au regard de la protection des ressortissants étrangers, ainsi que dans l'arrestation et le châtiment infligé aux personnes impliquées. La participation des forces de police, en tant qu'agents publics, engendre ainsi l'engagement de la responsabilité de l'État mexicain et l'octroi de dédommagements aux familles des victimes[159].

L'Organe de Règlement des Différends de l'OMC (ci-après ORD) inclut également dans la notion organique d'État toutes les composantes du pouvoir exécutif, quel que soit leur rang hiérarchique. Outre le fait que l'ORD le rappelle régulièrement[160], un groupe spécial a relevé qu'il ne peut y avoir de doute sur le fait que la norme en cause soit imputable aux États-Unis, dès lors qu'elle émane du

---

reclamations Mexique/Etats-Unis, 4 avril 1927, *Margaret Roper c/ Mexique*, *RSA*, 1927, vol. IV, pp. 145-148 ; Commission des reclamations Mexique/Etats-Unis, 15 avril 1927, *Gertrude Parker Massey (Etats-Unis) c/ Mexique*, *RSA*, 1927, vol. IV, pp. 155-164 ; Commission des reclamations Mexique/Etats-Unis, 18 octobre 1928, *William T. Way (Etats-Unis) c/ Mexique*, *RSA*, 1928, vol. IV, pp. 391-401 ; Commission des réclamations Etats-Unis/Panama, 26 juin 1933, *Baldwin et autres c/ Panama*, *RSA*, 1933, vol. VI, pp. 328-333.

[156] J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État,* Paris, *Pedone*, 2003, p.113.

[157] Commission de conciliation franco-anglaise, *9 juin 1931, Affaire Chevreau, France c/ Royaume-Uni, RSA,* vol. II, p. 1113.

[158] Commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, 23 novembre 1926*, Thomas H. Youmans (Etats-Unis) c/ Mexique, RSA,* vol. IV, pp. 110-117.

[159] *Ibidem.*

[160] Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, WT/DS244/AB/R,* 15 décembre 2003, point 81.

département du Commerce (USDOC), qui est un organisme du gouvernement américain[161]. Dans la même logique, un groupe spécial a souligné que les mesures du ministère du Commerce extérieur chinois (MOFCOM) sont imputables à la Chine, dès lors que la loi sur le commerce extérieur le désigne comme « *l'organisme gouvernemental chargé d'administrer les contingents d'exportation de la Chine* »[162].

La jurisprudence de la Cour de Luxembourg est également limpide et constante à cet égard[163]. Le droit de l'Union européenne inclut aussi les agents publics dans la notion organique d'État, du moins dans le contentieux des manquements d'État[164]. C'est la raison pour laquelle, la Cour a conclu à un manquement de l'État espagnol, du fait de l'insuffisance des contrôles opérés par ses inspecteurs de la pêche[165]. De même dans l'affaire C*ommission contre République italienne* du 8 juillet 2010[166], la Cour considère *la Direzione Compartimentale delle Dogane per le Regioni Puglia e Basilicata* (direction régionale des douanes des Pouilles et de la Basilicate) comme un organe de l'État italien. Selon la Cour, du fait de la délivrance irrégulière d'autorisations de création et de gestion d'entrepôts douaniers de type C à Tarente, puis d'autorisations consécutives de transformation sous douane et de perfectionnement actif par ladite direction, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des traités[167]. La même analyse a été faite concernant l'invocabilité des directives à l'encontre des autorités fiscales[168]. De même, une entrave à la liberté de circulation des marchandises du fait des actes d'un fonctionnaire est imputable à l'État[169]. Ainsi, les agents publics, quelle que soit leur position dans l'ordonnancement hiérarchique de l'administration, constituent dans leur ensemble une composante de la notion

[161] Voir le rapport du groupe spécial, États-Unis - *Mesures antidumping visant certaines crevettes en provenance du Viet Nam*, WT/DS404/R, 11 juillet 2011, point 7.111.
[162] Rapport du groupe spécial, Chine – *Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières,* WT/S394, 395, 398/R, 5 juillet 2011, point 7.802.
[163] Voir M. HECQUARD-THERON, « la notion d'État en droit communautaire », *supra* note 69, p. 694.
[164] Voir, CJCE, 23 avril 2009, *Commission c/ Grèce*, Aff. C-331/07, *Rec. CJCE,* I. 60, pub. Sommaire.
[165] CJCE, 22 décembre 2008, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-189/07, *Rec.CJCE*, 2008, p. I-195, pub. Sommaire.
[166] CJUE, 8 juillet 2010, *Commission c/ République italienne*, Aff. C-334/08, *Rec. CJUE*, p. I-06869.
[167] *Ibidem*.
[168] CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, Aff. C-8/81, *Rec. CJCE*, p. I-00053 ; CJCE, 22 février 1990, *CECA/Faillite Acciaierie e Ferriere Busseni*, Aff. C-221/88, *Rec*. p. 1-495.
[169] Voir CJCE, 17 avril 2007, *A.G.M.-COS.MET Srl c/ Suomen valtio,* Aff. C-470/03, *Rec.CJCE*, 2007, p. I-02749; commentaires, O. DUBOS, « La responsabilité des Etats membres de la Communauté du fait de leurs fonctionnaires », *Revue Lexbase édition publique*, n° 33, 2007.

d'État, au sens organique du terme. Ceci est d'autant plus vrai que la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que : « *les autorités supérieures d'un État assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnées ; elles ont le devoir de leur imposer leur volonté et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter* »[170].

La Cour européenne a, en plus, clairement jugé que :

> *« a responsabilité d'un État au titre de la Convention peut être engagée pour les actes de tous ses organes, agents et fonctionnaires. Comme c'est généralement le cas en droit international, le rang de ceux-ci importe peu, puisque les actes des personnes agissant dans le cadre de leurs fonctions officielles sont en tout état de cause imputés à l'État. En particulier, les obligations qui incombent à l'État en vertu de la Convention peuvent être violées par toute personne exerçant une fonction officielle qui lui a été confiée »*[171].

Cette assimilation des agents publics subalternes aux organes de l'État, au regard des règles d'imputation, est donc logique au regard de la position de ceux-ci dans l'ordre juridique interne. Une telle assimilation est même valable lorsque de tels agents agissent en méconnaissance du droit interne.

2. <u>Une assimilation valable même en méconnaissance du droit interne</u>

L'assimilation des agents publics subalternes à des organes de l'État n'est pas remise en cause lorsque ces derniers agissent en dehors des compétences que leur octroie le droit interne. C'est l'hypothèse des actes *ultra vires*, qui fait d'ailleurs l'objet d'une disposition particulière dans le projet d'articles de la CDI. En effet, selon l'article 7 dudit projet,

> *« Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit*

[170] Cour EDH, arrêt, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, *supra* n°145, point 159.
[171] Cour EDH, 28 octobre 1999, *Wille c/ Liechtenstein*, *supra* note 143.

en cette qualité, même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions »[172].

Cette règle est guidée par le souci d'assurer une application dynamique et effective du droit de la responsabilité, et ainsi de garantir la sécurité et la prévisibilité des relations internationales, de même que le principe de bonne foi. L'acte d'un agent de l'État, même *ultra vires* est un acte de l'État. Autrement dit, l'assimilation de l'agent à l'État ne repose pas sur l'étendue des compétences que le droit interne lui octroie, mais sur la seule affiliation organique que le droit interne opère. Cette règle est donc une conséquence de la liberté de l'État de s'auto-organiser. En tant que tel, un État ne peut invoquer son droit interne pour échapper aux conséquences des actes de ses agents ou organes sur le plan de la responsabilité internationale. En effet, comme le relève Christophe Fischer, « *lorsque dans l'exercice de ses tâches officielles, un organe adopte un comportement ultra vires en contradiction avec une obligation internationale, l'État engage sa responsabilité sur le plan international, car c'est lui qui a placé ledit organe ou agent dans une situation qui a permis la réalisation du fait illicite* »[173].

S'il en était autrement, l'ensemble du régime de la responsabilité internationale serait illusoire. Cette position a été même défendue par certains États, bien avant la codification de la CDI. Il en est ainsi de la position britannique, à la suite des réclamations de l'Italie contre le Pérou consécutives aux dommages subis par les ressortissants italiens pendant la guerre civile de 1894-1895. Le gouvernement britannique trouvait, en effet, inadmissible la théorie de l'irresponsabilité de l'État du fait des actes de ses fonctionnaires qui ne seraient pas la conséquence d'ordres directement donnés par leur gouvernement. L'Espagne, à son tour, précisait qu'un tel refus de responsabilité, « *finirait par autoriser l'abus, car dans la plupart des cas il n'y aurait pas de moyen pratique de prouver que l'agent a ou n'a pas procédé d'après d'ordres reçus* »[174]. En effet, il est rare qu'un État précise expressément qu'il entre

[172] Il est à noter que cette disposition tient également compte du comportement « *des personnes ou entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique* ». Il s'agit là aussi d'une conception large de l'État qu'on analysera dans le second titre.
[173] C. FISCHER, *La responsabilité internationale de l'État pour le comportement ultra vires de ses organes*, *Chabloz*, 1993, p. 131.
[174]Doctrine étatique citée par R. AGO dans son rapport, voir *Annuaire CDI*, 1975, vol. III, p. 67-68.

dans les compétences de ses agents de commettre des actes étant de nature à violer une obligation internationale.

Pourtant, la jurisprudence arbitrale a, à un moment donné, refusé une telle assimilation. Une sentence (classique) a, par exemple, exigé, afin d'établir la responsabilité de l'État, l'existence d'ordres directs du gouvernement ou la preuve d'une inaction fautive. Le tribunal arbitral avait estimé qu'il s'agissait d'un principe de droit international reconnu par les nations civilisées que les États ne seraient généralement pas tenus pour responsables des actes de leurs agents accomplis dans l'exercice de leur fonction. Pour que la faute des fonctionnaires soit attribuable à l'État, il sera nécessaire de prouver que ceux-ci avaient agi en application d'ordres directs du gouvernement, ou que celui-ci, bien qu'étant informé des faits, n'avait pas pris les mesures nécessaires pour en prévenir les conséquences[175]. Cette solution ne sera cependant guère suivie par la suite. L'assimilation des agents publics, même agissant *ultra vires*, à un organe de l'État, n'est plus contestée dans la jurisprudence internationale. Deux sentences arbitrales peuvent être citées à cet égard.

Dans la sentence *Mallen*[176], rendue par la Commission des réclamations, un ressortissant américain a été agressé deux fois par un officier de la police mexicaine du nom de Franco. La Commission observe que la première agression n'avait aucun rapport avec les fonctions officielles de l'agent de police ; les faits indiquent « *a malevolent and unlawful act of a private individual who happenned to be an official ; not the act of an official* »[177]. Ces faits ne sont donc pas imputables au Mexique. Lors de la seconde agression en revanche, l'officier a fait état de sa fonction. Il a tenté de justifier son comportement en prétendant vouloir empêcher Mallen de porter illégalement une arme à feu. Il a par ailleurs, amené la victime en prison après l'agression, ce qui prouve qu'il agissait en qualité d'officier de police. La Commission relève que l'agresseur de Mallen a utilisé des prérogatives de sa fonction pour opérer une vengeance privée à son encontre, et juge que la responsabilité du Mexique du fait d'un acte commis par un fonctionnaire de cet État agissant *ultra vires*, ne fait

[175] Commission mixte États-Unis/ Venezuela, 2 septembre 1980, *Joseph Forrest v. Venezuela*, *RSA*, vol. VII, p. 205.
[176] Commission des réclamations Mexique/États-Unis, 27 avril 1927, *Mallen c/ Mexique*, *RSA,* vol III, p. 408.
[177] *Ibidem.*

aucun doute[178]. Le but privé de l'acte ne lui enlève en rien son caractère étatique : " *though his act would seem to have been a private act of revenge which was disguised, once the first thirst of revenge had been satisfied, as an official act of arrest, the act as a whole can only be considered as the act of an official*"[179]. Cette affaire est très éclairante en ce qu'elle a la particularité intéressante de mettre en évidence la distinction entre faits commis par un agent de l'État à titre privé (hypothèse dans laquelle l'assimilation de l'agent à l'État ne vaut pas) et des faits commis à titre officiel, mais dans un but privé(donc hypothèse de l'acte *ultra vires*). Ce qui est par ailleurs remarquable dans cette affaire, c'est que l'État défendeur n'a même pas contesté sa responsabilité pour les actes *ultra vires* de son agent, ce qui prouve le caractère coutumier et solidement ancré de la règle.

Dans l'affaire *Caire*[180], il s'agissait du meurtre d'un ressortissant français par des officiers mexicains durant la guerre civile. La Commission des réclamations France/Mexique affirmait à cet égard que :

« le fait qu'un fonctionnaire ait agi en dehors de sa compétence, n'exempte pas l'État de sa responsabilité internationale, toute les fois que ce fonctionnaire s'est autorisé de sa qualité officielle, l'État n'étant pas responsable dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été en réalité qu'un acte de particulier »[181].

Elle relevait, par la suite, que les deux officiers responsables de la mort de Mr Caire, « *même s'ils ont agi en dehors de leur compétence et même si leurs autorités supérieures ont lancé un contrordre* », sont assimilables dans le cas d'espèce aux organes de l'État, et en tant que tel « engagent la responsabilité de ce dernier »[182]. L'assimilation d'un agent public agissant *ultra vires* à l'État se fonde donc sur le lien juridique existant entre l'État et son agent, et est une réponse à l'exigence de clarté et de sécurité des relations internationales.

En conclusion, parce qu'ils ont donc en charge, au regard du droit interne, la réalisation des obligations internationales et européennes, selon le cas, les autorités

---

[178] *Idem*, point 7.
[179] *Ibidem.*
[180] Commission des réclamations France/Mexique, 7 juin 1929, *Succession Jean Baptiste Caire c/ Mexique*, *RSA*, vol. V, p. 516.
[181] *Ibidem.*
[182] *Idem*, p. 531.

exécutives forment dans leur ensemble une composante organique de la notion d'État, quel que soit le régime politique caractérisant l'État et quels que soient les niveaux de répartition hiérarchique du pouvoir. Une telle perception est largement partagée par tous les domaines du droit international et du droit européen, appliquant les règles d'imputation aux fins de la responsabilité des États. L'effet utile de dites règles s'en trouve garanti. Une solution contraire conduirait à un affaiblissement de la règle et créerait des situations d'impunité. Néanmoins, cette définition de l'État n'est pas forcément opérationnelle lorsqu'on évoque les règles d'expression de la volonté de l'État.

Paragraphe 2. Une vision relative au regard des règles d'expression de la volonté de l'État

Dans l'hypothèse de l'application des règles d'expression de la volonté de l'État, les autorités exécutives ne forment pas un bloc défini comme composante organique de la notion d'État. Il convient, en effet, de distinguer les autorités supérieures (A) des agents publics subalternes (B).

A. Le cas des autorités supérieures

Le cas des autorités supérieures ou la plus haute hiérarchie des autorités exécutives d'un État offre une perspective d'analyse importante de l'identification organique de la notion d'État au sens des règles d'expression de la volonté de l'État. Il s'agira d'analyser, d'une part, l'institution du chef de l'État (1) et les membres du gouvernement, d'autre part (2).

1. Le chef de l'État et l'engagement de la volonté de l'État

Le chef de l'État est considéré comme le premier organe pouvant engager la volonté de l'État. Le droit international le considère comme l'organe suprême dans

les rapports internationaux, exerçant le *jus representationis omnimodae* de l'État[183]. Il convient de se référer au droit des traités, dans le cadre de l'expression du consentement à être lié d'un État. L'article 7 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969[184], cite le chef de l'État comme étant « *une personne représentant l'État pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement à être lié par un traité* », et ceci, « *sans avoir à produire de pleins pouvoirs* ». C'est, en fait, selon la CIJ, « *une règle de droit international bien établie que le chef de l'État, le chef de Gouvernement et le ministre des Affaires étrangères sont réputés représenter l'État du seul fait de l'exercice de leurs fonctions, y compris pour l'accomplissement au nom dudit État d'actes unilatéraux ayant valeur d'engagement international* »[185]. Le pouvoir de représentation s'exerce aussi par le biais des relations diplomatiques. C'est ce que confirme la CIJ, lorsqu'elle affirme que *« conformément au droit international (…), tout chef d'État est présumé pouvoir agir au nom de l'État dans ses relations internationales* (…) »[186]. C'est, en effet, lui qui signe les lettres de créance des diplomates envoyés à l'étranger, et qui reçoit les lettres de créance des diplomates étrangers qui sont accrédités auprès de lui[187]. Il représente aussi l'État de manière solennelle lors des visites officielles[188].

C'est cette même logique qu'a défendue la CJUE, lorsqu'elle a eu à traiter récemment de la question de l'accès du chef de l'État en territoire étranger au sein de l'Union. En effet, dans l'affaire *Slovaquie c/ Hongrie*[189], la question du statut du chef de l'État au sein de l'Union s'est posée. Deux approches s'opposaient dans cette affaire. La première consistait à envisager le chef d'un État membre avant tout comme un citoyen de l'Union européenne. La fonction de chef d'État s'efface devant le citoyen bénéficiant de la liberté de circuler dans l'Union. La seconde privilégiait la

---

[183] M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *supra* note 16. T. 371, p. 71.
[184] Convention sur le droit des Traités, Vienne, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol.1155, p. 331.
[185] CIJ, arrêt, 3 février 2006, *Activités armées au Congo (République Démocratique du Congo c/ Rwanda)*, *Rec. CIJ*, 2006, § 46.
[186] CIJ, 11 juillet 1996, exceptions préliminaires*, Application de la Convention pour la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c/ Yougoslavie) Rec. CIJ*, 1996, p. 622, § 44.
[187] Selon l'article 14 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, « *les chefs de mission sont répartis en trois classes, à savoir : a) celle des ambassadeurs ou nonces accrédités auprès des chefs d'État et des autres chefs de mission ayant un rang équivalent …* ».
[188] J. SALMON, « représentativité internationale et Chef d'État », *in le chef de l'État et le droit international,* colloque S.F.D.I., Paris, *Pedone*, 2002, p. 163.
[189] CJUE, arrêt, 16 octobre 2012, *Hongrie c/ Slovaquie*, Aff. C-364/10, publié au rec. numérique.

fonction de chef d'État sur la citoyenneté européenne. Le citoyen de l'Union européenne s'efface alors devant le chef d'État, dont les déplacements dans l'Union sont tributaires de l'appréciation souveraine des États membres. La Cour de Justice a souscrit à la deuxième approche. Elle a, en effet, considéré que le statut du chef de l'État présente une « *spécificité* »[190]. Cette spécificité réside, essentiellement, dans sa qualité d'organe suprême de l'État, représentant, personnifiant et engageant celui-ci au niveau international[191]. Il en résulte que lorsqu'un chef d'État se déplace dans le cadre d'une visite publique, il ne peut, en effet, jamais le faire à titre tout à fait personnel. L'État qui le reçoit accueille avant tout la collectivité qu'il représente. Le chef d'État dispose, par conséquent, d'une position comparable à nulle autre, et certainement pas à celle d'un citoyen qui souhaite se rendre dans un autre État à titre purement privé. Ainsi, il s'agit d'un organe de l'État et non pas d'un simple citoyen européen pouvant bénéficier, de ce fait, de la liberté de circulation[192]. Par ailleurs, l'approche institutionnelle de l'Union européenne permet de mettre en lumière cette fonction de représentation du chef de l'État, en en faisant une composante organique de la notion d'État. En effet, selon l'article 10 paragraphe 2 du TUE, « *les États membres sont représentés au Conseil européen par leur chef d'État ou de gouvernement* ».

La représentation d'un État par le chef de l'État parait, donc, si clairement établie par la Convention de Vienne de 1969, voire par la pratique générale, qu'on a pu la croire hors de toute contestation[193]. Pourtant dans l'affaire de la *Frontière*

---

[190] *Idem*, point 49.

[191] Voir les conclusions de l'avocat général Yves Bot présentées le 6 mars 2012 dans l'affaire *Hongrie c/ Slovaquie*, C-364/10, point 54.

[192] Voir commentaires: G. BACHOUE-PEDROUZO, « Le chef d'État et l'accès au territoire étranger. Quelques précisions… », *JDI (Clunet),* 2014, n° 4, pp. 1195-1217; N. ALOUPI, « Les rapports entre droit international et droit de l'Union européenne : à propos du chef de l'Etat membre au regard de l'arrêt *Hongrie c/ République Slovaque* du 16 octobre 2012 », *RGDIP,* 2013, n° 1, p. 7-35 ; M. AUBERT, E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE, « Chronique de jurisprudence de la CJUE : le chef de l'État n'est pas un citoyen de l'Union comme les autres. Une rare illustration de recours en manquement introduit par un État », *AJDA,* 2012, p. 2267 ; D. BERLIN, « Le président d'un État membre, un citoyen de l'Union un peu particulier » *: JCP G,* 2012, n° 43, p. 1943 ; J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, 2013, p. 103. – F. DOPAGNE, « Statut de chef de l'État et libre circulation dans l'Union européenne » *JDE*, 2013, p. 10 ; M. FILIPPIN, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 120 ; N. NIC SHUIBHNE, « And those who look only to the past or the present are certain to the miss the future », *European Law Review*, 2012, p. 115 ; D. Simon, *Circulation des personnes*, *Europe*, 2012, comm. 12.

[193] En effet, selon la Cour suprême de l'Inde « In International Law the Head of State represents the State as such and not as an individual representing his own rights." (Colonel H. H. Raja Sir Harinder

terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria[194], sa contestation s'est posée. Le Nigéria considérait que le chef de l'État n'avait pas, en l'espèce, la qualité de représentant de l'État, puisque son acte devait être validé par le Conseil militaire suprême[195]. La Cour réfute cet argument en s'appuyant sur le paragraphe 4 du commentaire de la CDI sur ce qui était alors l'article 6 du texte préliminaire de la Convention de Vienne. Elle révèle, en effet, que la CDI indique expressément que : *« les chefs d'État sont considérés comme habilités à représenter leur État pour accomplir tous les actes relatifs à la conclusion des traités* »[196]. Certes, les règles relatives au pouvoir de signer des traités au nom d'un État sont :

> *« des règles constitutionnelles d'une importance fondamentale. Cependant, si la capacité d'un chef d'État à cet égard est restreinte, cette restriction n'est manifeste au sens du paragraphe 2 de l'article 46 que si, à tout le moins, elle a été rendue publique de manière appropriée. Cela est d'autant plus nécessaire que les chefs d'État font partie des personnes qui, aux termes du paragraphe 2 de l'article 7, sont*

Singh Darar Bans Ahadur v. Commmissionner of Income Taxe, Punjab, 15 octobre 1971, *ILR*, t.64, p. 528). Voir aussi l'observation de Sir Arthur Watts: "The Commission's (CDI) equation of a Head of State with the State itself only applies, as its Commentary makes clear, to a Head of State acting as a State organs State representative, and not to him in his private capacity", *in* "The Legal position in International Law of Head of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *RCADI*, 1994-III, vol. 27, p. 25.

[194] CIJ, arrêt, 10 octobre 2002, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, *Rec. CIJ*, 2002, p. 303.

[195] *Idem*, p. 428, point 258 : « *le Nigéria considère la déclaration de Maroua comme dépourvue de validité juridique. Il fait valoir qu'elle : 'n ['a] pas [été] ratifiée par le conseil militaire suprême après sa signature par le chef d'État du Nigéria, et que, selon la Constitution nigériane en vigueur a l'époque - en juin 1975 -, les actes de l'exécutif étaient en général du ressort du conseil militaire suprême ou soumis à son approbation' (…) Le Nigéria fait valoir que cela montrait bien que toutes les dispositions dont pourraient convenir les deux chefs d'État étaient subordonnées à l'approbation que devrait ensuite donner de son côté le Gouvernement nigérian. Le Nigéria estime que, selon le critère objectif tiré des dispositions de la convention de Vienne sur le droit des traités, le Cameroun savait, ou aurait dû savoir (s'il avait agi avec la prudence requise), que le chef d'État du Nigéria n'avait pas le pouvoir de prendre des engagements juridiquement contraignants sans en référer au Gouvernement nigérian - en l'occurrence le conseil militaire suprême -, et considère qu'il aurait de ce fait dû, aux yeux du Cameroun, être ((objectivement évident)), au sens du paragraphe 2 de l'article 46 de la convention de Vienne, que l'autorité exercée par le chef d'État du Nigéria n'était pas illimitée. De l'avis du Nigéria, le paragraphe 2 de l'article 7 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose que les chefs d'État et les chefs de gouvernement, 'en vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant leur État', vise uniquement la manière d'établir la fonction d'une personne en tant que représentant de l'État, mais ne traite pas de l'étendue des pouvoirs de cette personne lorsqu'elle exerce cette fonction de représentation* ».

[196] *Annuaire de la CDI,* 1966, vol. II, p. 20

considérées comme représentant leur État en vertu de leur fonction sans avoir à produire de pleins pouvoirs »[197].

Ainsi, l'article 7 paragraphe 2 de la Convention de Vienne, même combiné avec l'article 46 paragraphe 2 de ladite Convention, emporte une présomption de compétence générale du chef de l'État en matière de conclusion des traités que l'illégitimité de l'investiture ou du maintien au pouvoir ne peut renverser[198]. De ce fait, en l'espèce, le chef de l'État du Nigéria, le Général Gowon, avait valablement engagé son pays dans le cadre de la Déclaration de Maroua du 1er juin 1975 et cette Déclaration doit être considérée comme un instrument contraignant qui impose une obligation juridique au Nigéria[199].

Il en va de même, en ce qui concerne, la formulation des actes unilatéraux, pour autant que l'on admette l'existence de ce type d'actes juridiques en droit international[200]. Le projet d'articles proposé par le rapporteur spécial de la CDI sur les actes unilatéraux des États s'inspire de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 et reconnaît le chef de l'État comme ayant la qualité naturelle de représenter l'État[201]. La Cour mondiale a eu l'occasion de rappeler cette règle dans l'affaire des *Essais nucléaires* en estimant que *:*

> « *Parmi les déclarations du Gouvernement français en possession desquelles la Cour se trouve, il est clair que les plus importantes sont celles du président de la République. Étant donné ses fonctions, il n'est pas douteux que les communications*

---

[197] Point 265 de l'arrêt, *supra* note 194.

[198] *Idem* point 268; voir aussi à ce propos, J. BARBERIS, "Representatives of States in International Relations", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, North-Holland, Amsterdam, 1987, pp. 354-355.

[199] Points 263 et 264 de l'arrêt, *supra* note 194.

[200] La codification des « actes juridiques unilatéraux » est inscrite à l'ordre du jour des travaux de la CDI. Mais pour certains membres de la Commission, il est « *impossible de codifier les règles sur les actes unilatéraux* ». En tout cas, même ceux qui croient cette codification possible, estiment qu'il s'agit d'un « *sujet très difficile* ». Voir *Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, doc. A/CN.4/L620/Add.2, 30 juillet 2002, p. 2.

[201] Le projet d'articles est rédigé comme suit : « le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'État pour accomplir en son nom des actes unilatéraux » *(Rapport de la Commission du droit international, cinquante deuxième session, Documents officiels, supplément n°10*, A/55/10, New York, 2000, § 522, p.162). Voir aussi, P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, Leiden, *Brill Nijhoff*, 2016, 622 p.; E. KASSOTI, "The judicial nature of unilateral acts in international law", *The Finnish Yearbook of Intenational Law*, 2012-2013, vol. 23, pp. 411-459; G.-D. KYRIAKOPOLOUS, *Les actes unilatéraux des Etats: essai sur la théorie et la pratique internationale*, Bruxelles, *Bruylant*, 2008, 149 p.

ou déclarations publiques verbales ou écrites qui émanent de lui en tant que chef d'État représentent dans le domaine des relations extérieures l'État français »[202].

In fine, au regard des règles de représentation et d'expression de la volonté de l'État (soit par voie conventionnelle ou même en matière d'actes unilatéraux), le chef de l'État est considéré comme un organe de l'État, en raison même de son statut et de ses fonctions. Il en va de même pour les membres du gouvernement.

2. Les membres du gouvernement et l'expression de la volonté de l'État

Concernant les règles de représentation de l'État, le ministre des Affaires étrangères et le chef des missions diplomatiques sont, en raison de leurs fonctions, des représentants de l'État pour l'authentification ou l'adoption d'un texte de traité ou pour exprimer le consentement de l'État à être lié par un traité[203]. Ils peuvent aussi engager l'État de façon unilatérale, sans exigence d'une formalité particulière. C'est, ce que relève la CPJI dans l'affaire du *Statut du Groenland oriental.* La Cour a, en effet, considéré que du seul fait de la déclaration du ministre des Affaires étrangères norvégien, Ihlen, du 22 juillet 1919, « *la Norvège se trouve dans l'obligation de ne pas contester la souveraineté danoise sur l'ensemble du Groenland et, à fortiori, de s'abstenir d'occuper une partie du Groenland* »[204]. Dans cet ordre d'idées, il convient de noter également une note de l'ambassade de France à Wellington adressée au ministre des Relations extérieures de la Nouvelle-Zélande, en date du 10 juin 1974, et une déclaration du ministre des Affaires étrangères de la France devant l'Assemblée des Nations unies, le 25 septembre 1974, dans l'affaire des *Essais nucléaires* [205]. Dans ces deux cas, ces ministres sont considérés comme représentant, de plein droit, leurs États respectifs. Il en est ainsi, parce que, les ministres des Affaires étrangères sont en contact direct avec les relations extérieures et apparaissent clairement comme le principal intermédiaire entre les États[206].

---

[202] CIJ, arrêt, 20 décembre 1974, *Essais nucléaires (Australie c/ France), supra* note 107, p. 269, § 49.
[203] Art.7 de la *Convention de Vienne*.
[204] CPJI, arrêt, 5 avril 1933, *Statut juridique du Groënland oriental*, *série A/B* n°53, 1933, p. 56, point 73.
[205] *Supra*, note 107, points 39 et ss.
[206] A.-P. SERINI, « La représentation en droit international », *RCADI*, tome 73, 1948, p. 85.

La même analyse peut être faite en droit des immunités de l'État. C'est ce qui résulte, aujourd'hui, directement de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens[207], des Conventions de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques[208] et du 24 avril 1963 sur les relations consulaires[209], ainsi que celle de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales[210]. Le droit international fonde l'immunité du ministre des Affaires étrangères du fait de la théorie de la représentation de l'État. C'est ainsi que la CIJ, dans *l'affaire du Mandat d'arrêt* du 11 avril 2000, dite affaire *Yerodia (RDC c/ Belgique)*[211], fait clairement observer que le ministre des Affaires étrangères, responsable de la conduite des relations de son État avec tous les autres États, occupe une position qui fait, qu'à l'instar du chef de l'État et du chef du gouvernement, il se voit reconnaître par le droit international la qualité de représenter son État, du seul fait de l'exercice de ses fonctions. Il a ainsi par son statut le pouvoir de l'engager, puisqu'il est considéré comme doté des pleins pouvoirs pour agir en son nom, et sans avoir à présenter de lettres de créance[212]. Sur cette base, la Cour soutient qu' :

> « *il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant des rangs élevés dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef de gouvernement ou le ministre des Affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civile que pénale* »[213].

Pour ce faire, le juge ne se fonde pas comme l'y invitait la Belgique, à une analyse de l'exercice effectif des fonctions d'État pour faire bénéficier au ministre, de

---

[207] Supra note 88.

[208] Convention sur les relations diplomatiques, Vienne, 18 avril 1961, *United Nation Treaty series*, vol. 500, p. 95.

[209] Convention sur les relations consulaires, Vienne, 24 avril 1963, *United Nation Treaty series,* vol. 596, p. 261.

[210] En effet, selon le paragraphe 2 de cette dernière, *« le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'État d'envoi, jouissent dans l'État de réception ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente conventions, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international* » *in* Convention sur les missions spécials, New York, 8 décembre 1969, *United Nation Treaty series,* vol. 1400, p. 231.

[211] CIJ, arrêt, 14 février 2002, *affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique), Rec. CIJ*, 2002, pp. 3-35.

[212] Voir commentaires de J.-M. SOREL, *JDI*, 2003, n°3, pp. 861-868.

[213] *Idem*, p. 21, point 51.

la protection du droit des immunités. Selon la Cour, seul le statut de ministre des Affaires étrangères suffit pour lui faire bénéficier du régime des immunités, et de ce fait,

> « *il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre officiel et ceux qui l'auraient été à titre privé, pas plus qu'entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il n'occupe les fonctions de ministre des Affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ses fonctions* »[214].

Ainsi, seule une analyse organique suffit pour considérer le ministre des Affaires étrangères comme une composante organique de la notion d'État, aux fins de bénéficier du régime des immunités de l'État[215].

Cette même théorie de la représentation de l'État par le ministre des Affaires étrangères est aussi présente au niveau de l'Union européenne. Il convient, à cet égard, de se référer au Conseil « Affaires générales » qui est composé de ministres des Affaires étrangères des différents États membres. Au niveau du Conseil de l'Europe, les membres du Comité des ministres sont les ministres des Affaires étrangères des différents États membres[216].

Au-delà des ministres des Affaires étrangères, les autres membres du gouvernement sont aussi des organes pouvant représenter leur État. Il faut, en effet, noter que divers ministères techniques, autres que le ministère des Affaires étrangères, sont amenés à conclure des accords avec des administrations équivalentes ou des organismes publics d'autres pays pour la mise en œuvre de certaines activités entrant dans le champ de leurs compétences[217]. En règle

---

[214] *Idem*, p. 23, §. 55.

[215] P. WECKEL, « *Chronique de jurisprudence internationale », RGDIP,* 2002, pp. 425-437 ; M. SASSOLI, « *L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international* », *RGDIP,* 2002, pp. 791-818, M. HENZELIN, « La compétence pénale universelle : une question non résolue par l'arrêt Yerodia », *RGDIP,* 2002, pp. 819-854 ; J. VERHOEVEN, « Mandat d'arrêt international et statut de ministre *», Actualité et droit international, mai 2002* [http://www.ridi.org/adi], J.-P. QUENEUDEC, « Un arrêt de principe : l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 »*, Actualité et droit international,* mai 2002 [http://www.ridi.org/adi]).

[216] Voir article 14 du *Statut du Conseil de l'Europe*.

[217] Voir G. BURDEAU, « Les accords passés directement entre autorités administratives et organes publics de pays différents », *in Mélanges offerts à Paul Reuter, Le droit international : unité et diversité*, Paris, *Pedone*, 1981, pp. 103 et ss.

générale, ces ministères techniques sont considérés comme représentant l'État, et les accords passés directement entre eux sont de véritables traités internationaux[218]. Cette conception vaut également en ce qui concerne les actes unilatéraux. Ainsi, dans l'affaire des *Essais nucléaires*[219], la CIJ a inclus, parmi les autorités françaises dont les déclarations engageaient la France, le ministre de la Défense qui avait fait deux déclarations à propos de l'arrêt des *essais nucléaires* de son pays dans le Pacifique, respectivement, le 16 août et le 11 octobre 1974. C'est dans cette même logique que la Cour conclut dans l'*affaire des activités armées au Congo* qu'« *on ne saurait en principe exclure qu'un ministre de la justice puisse, dans certaines circonstances, engager par ses déclarations l'État dont il est le représentant* »[220]. Au niveau de l'Union européenne, divers ministères techniques représentent leurs États au niveau des différentes formations du Conseil. Il en est ainsi du Conseil « agriculture » qui regroupe les ministres de l'Agriculture, du Conseil « ECOFIN » composé des ministres de l'Économie et des Finances. Il est ainsi clairement établi que les membres du gouvernement constituent une composante organique de la notion d'État aux fins des règles de représentation et d'expression de la volonté de l'État.

B. Le cas des agents publics subalternes

L'inclusion des agents publics subalternes dans le périmètre organique de la notion d'État fait défaut lorsqu'on évoque les règles d'expression de la volonté de l'État (1). Une catégorie inédite de règles mérite aussi d'être exploitée à ce propos : il s'agit des règles d'identification de l'intention de l'État (2).

1. Les agents publics subalternes et les règles d'expression de la volonté de l'État

[218] Voir P-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, *Dalloz*, 11e éd., 2012, p. 247.
[219] CIJ, arrêt, 20 décembre 1974, *Essais nucléaires* (*Australie c/ France*), *supra* note 107, p. 253.
[220] CIJ, arrêt, 3 février 2006, *Activités armées au Congo (RDC / Rwanda)*, *Rec. CIJ*, 2006, point 48.

Les règles d'expression de la volonté de l'État et de représentation, contrairement aux règles d'imputation, ne permettent pas, a priori, une définition organique de la notion d'État étendue à l'ensemble des agents publics, quel que soit leur positionnement hiérarchique. Les exigences de preuve relatives à l'opposabilité d'un acte unilatéral à l'État conduit à traiter la question avec plus de prudence. En effet, sauf à disposer des « pleins pouvoirs » formellement donnés par l'État, certaines personnes, fût-ce des agents publics, ne peuvent donc le représenter au plan international ni adopter des actes unilatéraux opposables à l'État. Dans la pratique, il est extrêmement rare qu'un pouvoir délégué soit conféré aux fins d'un acte unilatéral. Donc, le seul critère organique ne suffit pas pour opposer à l'État l'expression de la volonté d'un de ses agents subalternes.

Dans l'affaire relative à la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*[221], la CIJ a relevé que « *l'État ne peut être engagé internationalement par un fonctionnaire de rang inférieur subalterne et [que] les comportements unilatéraux qui sont de nature à produire des effets internationaux ne sont pas ceux qu'un fonctionnaire subalterne est habilité à accomplir de son propre chef*»[222]. La CIJ a, de ce fait, estimé que le contenu d'une lettre d'un agent des États-Unis d'Amérique (fonctionnaire du *Bureau of Land Management* du département de l'intérieur), agissant dans le cadre de ses attributions techniques, ne pouvait pas être appréhendé « *comme s'il s'agissait d'une déclaration officielle du gouvernement des États-Unis* »[223]. Ainsi, il est clair que le juge international tient compte de l'importance des fonctions exercées par le créateur de l'acte pour se prononcer sur l'opposabilité dudit acte à l'État. De ce fait, un agent subalterne ne peut engager son État au plan international, à moins qu'il ait été expressément habilité à produire un tel acte[224], ou que son acte ait fait l'objet d'une

[221] CIJ, 12 octobre 1984, *Golfe du Maine*, *Rec. CIJ,* 1984, p. 246.
[222] *Idem*, p.307.
[223] *Idem*, point 139.
[224] À cet effet, il revient à l'État de déterminer qui il désigne pour le représenter dans le cadre international, pour exprimer sa volonté dans tel cas particulier. Il se peut qu'il habilite à cette fin même une personne n'ayant pas des fonctions officielles et entrant dans ce cas dans la catégorie des «fonctionnaires de fait ». On en trouve un exemple dans le processus de mise en œuvre de l'arrêt de la CIJ du 10 octobre 2002 dans le cadre de la commission mixte (des Nations unies) Cameroun-Nigeria: le Nigeria a désigné comme plénipotentiaire conduisant sa délégation dans ce processus un ancien ministre de la Justice, Attorney-General de la Fédération et ancien juge et ancien juge ad hoc désigné par le Nigeria lors de la phase juridictionnelle de cette affaire devant la CIJ, mais n'exerçant plus, au moment de sa désignation, aucune fonction officielle dans son pays. La valeur juridique des

ratification *a posteriori* par les autorités supérieures[225]. En outre, et dans la même optique, il y'a un domaine dans lequel la définition organique de la notion d'État permet d'exclure, a priori, les agents subalternes de l'administration publique. C'est le cas, assez particulier, de la détermination de l'intention de l'État.

2. Les agents publics subalternes et le cas particulier de l'identification de l'intention de l'État.

Une telle hypothèse peut avoir de quoi surprendre, dans la mesure où le droit international de même que le droit européen reposent sur des qualifications objectives et matérielles, ne faisant quasiment pas appel à des données subjectives et aussi relatives comme « l'intention d'un État ». Pourtant, quelques régimes assez particuliers font appel à une telle opération, qui se rapproche de l'expression de la volonté, mais s'en distingue.

Il en est ainsi, lorsqu'on fait application de certaines règles secondaires du droit international. C'est le cas par exemple lorsqu'on évoque « l'intention de se lier »[226] dans le domaine des sources ou encore l'intention des parties dans le domaine de l'interprétation des traités[227]. Dans de telles hypothèses, l'intention de l'État ne peut correspondre qu'à l'intention des autorités habilitées à exprimer son consentement à être liés, ce qui exclut les agents subalternes du cercle organique de la notion d'État. Autrement dit, la notion d'État reste très circonscrite dans cette hypothèse. La Cour a, par exemple, fait application de cette position, quoique de manière implicite dans l'affaire des *essais nucléaires*, lorsqu'elle recherchait si les

---

engagements pris par cette personne en tant qu'acte engageant le Nigeria résulte de sa désignation par le chef de l'État nigérian, qui a entériné à plusieurs reprises ces engagements comme étant ceux du Nigeria. Du reste, lorsque ce pays a voulu suspendre l'exécution de l'un de ces engagements, il y a procédé, conformément au droit des traités, en notifiant la décision de suspension à la partie camerounaise sous la forme d'une correspondance du même plénipotentiaire. Voir M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *supra* note 16, p. 82 et ss.

[225] K. SKUBIZEWSKI, «Les actes unilatéraux des États», *in* Mohammed Bedjaoui (*dir.*) *Droit international: bilan et perspectives*, Paris, *Pedone*, 1991, p. 243.

[226] A. BOLINTINEANU, "Expression of consent to be bound by a treaty in the light of the 1969 Vienna Convention", *AJIL*, 1974, p. 672.

[227] J. VERHOEVEN, « Applicabilité directe et intention des parties contractantes », *in Liber amicorum Prof. E. Kings*, Bruxelles, *Story Scientia*, 1991, pp. 895-905.

déclarations des autorités françaises traduisaient une intention de l'État à être lié[228]. Une telle intention ne pouvait être établie que pour les déclarations provenant des plus hautes autorités gouvernementales, en l'espèce le président de la République, le ministre des Affaires étrangères et le ministre de la Défense. La Cour note, elle-même, que *« lorsque les États font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose »*[229]. Cette méthode annoncée induit une interprétation restrictive de la notion organique d'État[230].

Les règles primaires, quant à elles, ne comprennent que rarement un élément constitutif d'intention, mais lorsque tel est le cas l'intention peut parfaitement être évaluée à l'échelle de l'État, et par conséquent de ses plus hautes autorités centrales[231], excluant de ce fait les agents subalternes. Lorsqu'on définit, par exemple, le principe de non-intervention comme requérant une intention de contraindre un autre État à adopter un comportement qui relève de sa compétence nationale[232], cette intention est évaluée à l'échelle gouvernementale et non à celle de n'importe quel fonctionnaire. Il en découle une vision restrictive de la notion organique d'État se concentrant sur les plus hautes autorités centrales. La même définition restrictive de l'État excluant tous les agents subalternes, prévaut lors de la détermination de certaines violations graves d'une obligation découlant d'une norme impérative de droit international général au sens de l'article 40 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États pour fait international illicite. En effet, dans ses commentaires, la CDI cite spécifiquement « *l'intention de violer la norme* » en précisant le sens de l'expression « *violation grave* ». Elle ajoute que « *certaines normes impératives, en particulier les agressions et de génocide requièrent de par leur nature même, une violation intentionnelle commise à large échelle* »[233]. Selon P. Gaeta, cette intention spécifique de l'État dont il est question coïnciderait avec celle

---

[228] Voir CIJ, *supra* note 107.
[229] *Idem*, p. 267.
[230] Voir l'analyse de B. BOLLECKER-STERN, « L'affaire des essais nucléaires français devant la Cour Internationale de Justice », *AFDI*, p. 329.
[231] Voir O. CORTEN, « L'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c/ Serbie) : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité d'un État pour génocide », *AFDI*, 2007, vol. 53, p. 274.
[232] Voir B. CONFORTI, « le principe de non intervention », *in Droit international : bilan et perspectives*, Bruxelles, *Bruylant*, 1991, p. 489 ; E. DAVID, « portée et limite du principe de non-intervention », *RBDI*, 1990, vol. 23, p. 350.
[233] CDI, *Rapport 2001*, commentaire article 40 §. 8, p. 307.

de ses gouvernants à l'exclusion des agents subalternes, pris isolément[234]. Concernant l'agression, on prétend qu'une action militaire sans intention d'attaquer un autre État ne peut être qualifiée d'agression[235]. Ce sera davantage l'exemple du génocide qui attirera notre attention, en ce sens qu'il a récemment (et fait encore) l'objet de débat[236].

L'article 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide[237] définit l'acte de génocide comme :

> *« l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel : a) Meurtre de membres du groupe ;*
>
> *b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;*
>
> *c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;*
>
> *d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ; e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe»[238].*

Selon cette disposition, le génocide comporte deux éléments constitutifs, l'élément matériel, soit les actes qui ont été commis ou l'*actus reus*, et l'élément intentionnel ou la *mens rea*. Selon la CIJ, «*l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel*» est la composante propre du génocide, qui le distingue d'autres crimes graves[239]. Elle est considérée comme *dolus specialis*, soit une intention spécifique qui s'ajoute à celle propre à chacun des actes incriminés, pour constituer le génocide. Mais la question

---

[234] P. GAETA, « Génocide d'État et responsabilité pénale individuelle », *RGDIP*, 2007, n° 2, p. 281.
[235] O. CORTEN, *supra* note 231, p. 274.
[236] Voir C. KRESS, "the ICJ and the elements of crime of genocide", *EJIL*, 2007, pp. 609-635; M. MILANOVIC, "State responsibility for genocide", *EJIL,* 2006, pp. 567-569; A. CASSESSE, "on the use of criminal law notions in determining State responsibility for genocide: a follow-up", *JICJ*, 2007, pp. 876-877.
[237] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, New York, 9 décembre 1948, *United NationTreaty series*, Vol. 78, p. 277.
[238] *Ibidem*.
[239] CIJ, arrêt, 3 février 2015, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c/ Serbie), Rec. CIJ*, 2015, p. 56, §. 132.

qui s'est fondamentalement posée devant la CIJ en 2007[240], puis en 2015[241] est : un État peut-il commettre un génocide ? La question a tout son sens. Répondre par l'affirmative conduirait à rechercher l'élément « intention » qui proviendrait de l'État auteur d'un tel acte. Dans cette perspective, la question de la définition de l'État réapparaît au grand jour. Est-ce que l'intention de n'importe quel organe peut être qualifiée d'étatique ? Peut-on transposer la solution de la définition extensive d'État au sens des règles de responsabilité internationale ? Ou bien, la gravité de l'acte de génocide et la subjectivité de l'élément intentionnel devraient-elles conduire à une notion organique d'État plus restrictive ? C'est sur le fond de telles questions que la Cour était appelée à se prononcer dans les affaires relatives à l'application de la Convention sur le génocide.

Pourtant, bien avant, la Commission d'enquête au sujet de la situation au Darfour[242] avait déjà tenté de répondre à cette question : identifier l'État au sens de l'expression de son intention à commettre un acte de génocide. Dans son rapport, la Commission concluait que l'intention génocidaire faisait en l'espèce défaut, « *du moins pour ce qui concerne les autorités du gouvernement central* »[243]. Elle mentionnait aussi avoir conscience que « *dans certains cas, des actes sont commis individuellement dans une intention génocidaire, y compris par des agents de l'État* »[244]. À la lecture de ces deux affirmations, on constate que l'intention génocidaire au niveau de l'État ne peut être établie que si elle provient des autorités du gouvernement central, et non de n'importe quel agent de l'État. La lecture que la Commission a de la notion d'État à cette fin est donc restrictive, excluant les agents subalternes, ne se concentrant que sur les autorités du gouvernement central.

Dans l'affaire *Bosnie Herzégovine c/ Serbie Monténégro* de 2007[245], les parties avaient exposé de manière particulière leurs positions sur la détermination de l'intention de l'État. Malgré leurs divergences de point de vue notamment sur la

---

[240] CIJ, arrêt, 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *Rec. CIJ*, 2007, p. 43.
[241] CIJ, *supra* note 239.
[242] La Commission a été créée par la Résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité du 18 septembre 2004 (S/RES/1564/2004) afin de déterminer si des actes de génocide ont eu lieu (voir § 12 de la Résolution).
[243] Rapport du 25 janvier 2005, S/2005/60.
[244] *Ibidem*.
[245] *Supra* note 240.

méthode à utiliser, elles semblent, au moins, converger sur le point selon lequel la notion d'État au sens de cette opération doit être entendue de façon restrictive, c'est-à-dire ne visant que les plus hautes autorités de l'État. L'État demandeur a, en effet, insisté sur l'existence d'un plan global, qualifié d'idéologie de la « Grande Serbie », plan qui aurait été élaboré par les plus hautes autorités de Belgrade[246]. La Bosnie Herzégovine a même affirmé par le biais d'un de ses avocats que *« l'élément subjectif du génocide, le mens rea, c'est-à-dire, l'intention génocidaire ne peut être que global* »[247], pour affirmer ensuite que :

« *Ce qu'il nous faut prouver ce n'est pas que chacun des individus qui ont commis les meurtres et autres actes constitutifs de génocide était animé d'une intention génocidaire, mais que les instances dirigeantes du défendeur, l'État qui est à l'origine du génocide, qui l'a conçu et organisé (ou qui s'en est rendu complice), étaient animées d'une telle intention* »[248].

L'État défendeur a, lui aussi, estimé que "*the condition of intention is that the intention must be that of the State itself*"[249] et a nié l'existence d'un plan dans le chef de tout ou partie du gouvernement yougoslave[250], ce qui semblait aussi refléter une vision restrictive de la notion d'État. Cependant, et contre toute attente, la Cour n'a pas abordé le problème de front. La spécificité du crime de génocide ne l'a pas poussé à vérifier si l'élément constitutif de l'acte illicite que constitue l'intention devait être établi, en tenant compte des particularités du sujet de droit, en l'occurrence l'État[251]. Néanmoins, dans l'affaire *Serbie c/ Croatie* de 2015, la Cour est revenue plus en détail sur l'élément intentionnel de l'État. À cet effet, elle semble corroborer la

---

[246] Voir par ex. Plaidoirie de M. Softic, CR 2006/2, 27 février 2006, p. 15, §. 7; plaidoirie de M. Condorelli, CR 2006/9, 6 mars 2009, p. 56, §. 15. Ainsi « there was a strategy and it was carefully planned, prepared and implemented from the highest level of the Serbian leadership, through the Bosnian Serb leadership" (Plaidoirie de Mme Karagiannakis, CR 2006/4, 28 février 2006, p. 21, §. 45, ainsi que CR 2006/32, 19 avril 2006, p. 40, §. 2 et p. 69 §. 92. La Bosnie Herzégovine a dès lors évoquée plusieurs documents et déclarations des dirigeants serbes. Selon M. Franck "*the requisite genocidal intent may readily be inferred, first of all, from statements made by the key leaders*", CR 2006/6, 2 mars 2006, p.30, §. 10; voir aussi CR 2006/33, 20 avril 2006, p. 38, §. 11.

[247] Plaidoirie de M. Pellet, CR 2006/10, 6 mars 2010, p. 47, §. 21 ; voir aussi plaidoirie de M. Softic, CR 2006/30, 10 avril 2006, p.10, §. 3.

[248] *Idem*, p. 28, §. 47.

[249] Plaidoirie de M. Bronwlie, CR 2006/16, 13 mars 2006, p. 24, §. 63.

[250] Plaidoirie de M. Bronwlie, CR 2006/17, 13 mars 2006, p. 30, §. 256 ; Plaidoirie de M. Obradovic, CR 2006/43, 8 mai 2006, p. 25, §. 49.

[251] O. CORTEN, *supra* note 231, p. 274.

thèse de la définition restrictive de la notion d'État se concentrant sur les autorités gouvernementales supérieures, et excluant les agents subalternes de l'État. En effet, la méthode retenue par la Cour constituait à « *analyser si les crimes commis par les forces serbes constituent une ligne de conduite qui ne peut être raisonnablement comprise que comme traduisant l'intention de la part des plus hautes autorités serbes de détruire en partie le groupe protégé* »[252].

Au final, la notion d'État au sens de la détermination d'une intention étatique est plus restrictive que celle retenue au sens de l'engagement de la responsabilité de l'État (en ce sens qu'elle exclue les agents subalternes de l'État et se concentre sur la notion d'État à grande échelle[253] c'est-à-dire les hautes autorités). C'est donc, à ce niveau, que la définition organique de base de la notion d'État peut connaitre une variabilité notamment en comparaison de l'analyse des règles d'imputation.

Les autorités exécutives peuvent, ainsi, en tant que bloc organique, être considérées dans leur ensemble sans aucune considération de rang hiérarchique comme une composante de la notion d'État. Mais cette hypothèse ne vaut que pour l'application dynamique des règles d'imputation. Lorsqu'on évoque les règles d'expression de la volonté de l'État (et éventuellement de son intention), le bloc « État-exécutif » est brisé. La notion s'adapte en fonction de la règle à appliquer. Au-delà du cercle des autorités exécutives, la notion d'État inclut aussi les autorités législative et juridictionnelle.

[252] CIJ, arrêt, 3 février 2015, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c/ Serbie), supra note* 239, p. 110, §. 404.
[253] Expression retenue par le gouvernement croate dans ses positions dans l'affaire du 3 février 2015, supra note 239, §. 408.

Section 2. Les autorités législative et judiciaire, composantes organiques de la notion d'État

Il convient de rappeler que le droit international et le droit européen restent indifférents quant à la séparation horizontale des pouvoirs dans l'ordre interne, donc de l'autonomie que pourrait avoir tel ou tel organe par rapport au pouvoir exécutif[254]. C'est ainsi que les autorités législative (Paragraphe 1) et judiciaire (Paragraphe 2) sont considérées comme des composantes organiques de la notion d'État.

Paragraphe 1. L'autorité législative, composante organique de la notion d'État

L'autorité législative est une composante organique de la notion d'État au regard du droit international et du droit européen. Il convient, à cet égard, de se référer aux règles d'expression de la volonté de l'État (A) et d'attribution aux fins de la responsabilité des États (B).

A. Les parlements nationaux, organes de l'État au regard des règles d'expression de la volonté de l'État

On distinguera selon les cas, l'hypothèse de l'expression de la volonté de l'État en matière de traités ou d'actes unilatéraux (1), l'hypothèse de la pratique parlementaire comme pratique étatique en matière coutumière (2), la question du consentement à l'arbitrage (3) et enfin en droit de l'UE (4).

[254] Excepté, peut-être, les cas où l'application effective d'une norme internationale ou européenne implique que soit garantie une indépendance de l'autorité judiciaire. C'est le cas par exemple en matière de contentieux de la Cour EDH relatif au droit à un procès équitable.

1. En matière de traités et d'actes unilatéraux des États

Les parlements nationaux participent à l'expression de la volonté de l'État dans l'exercice de leur pouvoir de ratification directe ou indirecte des traités. Ils disposent, en la matière, du pouvoir suprême dans la mesure où dans plusieurs systèmes internes, c'est l'organe législatif qui exprime la volonté ultime de l'État. Son refus de ratification vaut non engagement de l'État, et met un terme au processus dans lequel celui-ci s'est engagé. Mais, le Parlement peut aussi engager son État de façon unilatérale, par le biais d'actes non conventionnels ayant un élément d'internationalité permettant de le rattacher à l'ordre juridique international[255]. L'exemple classique est la loi fixant les limites des espaces maritimes d'un État, notamment la mer territoriale et la zone économique exclusive, qui relève de la catégorie des actes unilatéraux dérivés (d'un traité). On peut aussi mentionner la loi votée par le Parlement israélien le 26 octobre 2004 adoptant le *plan de retrait unilatéral de l'État hébreu de la bande de Gaza*. Il suffit que ces actes, qui sont de nature interne, aient une incidence sur les relations entre l'État auteur et d'autres sujets de droit international, pour que soit établie leur internationalité[256]. Par suite, les organes qui en sont auteurs directs sont réputés avoir exprimé la volonté de l'État et le droit international les tient pour avoir agi au nom de l'État[257]. C'est ce que confirme la CPJI dans l'affaire relative à *certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*[258]. En effet selon le juge international : « *Au regard du droit international et de la Cour qui en est, l'organe, les lois nationales sont (…) des manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives* »[259]. Une telle conception est d'autant plus vraie lorsqu'on

[255] Voir à ce propos, M. KAMTO, « la volonté de l'État en droit international », *supra,* note 16, p. 79.
[256] M.-M. MBENGUE, "National legislation and unilateral acts of states", *in* T. GAZZINI (*ed.*), *International investment law: the sources of rights and obligations*, Leiden, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2012, p. 183.
[257] Voir aussi entre autres exemples la *loi belge sur la compétence universelle* (loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves du droit international humanitaire, modifiée par la loi du 10 février 1999, puis abrogée et remplacée par la loi du 5 août 2003), les lois américaines, Helms-Burton et d'Amato-Kennedy de 1996 sur le commerce international, ainsi que la loi française relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police en mer (loi n°2011/13 du 5 janvier 2011).
[258] CPJI, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, série A, n°7.
[259] *Idem*, p. 19.

se tourne du côté de l'identification de la pratique étatique aux fins de prouver l'existence d'une norme coutumière.

2. En matière coutumière

En matière d'identification de la norme coutumière, la pratique parlementaire est considérée comme une pratique de l'État, faisant ainsi du parlement national une composante organique de la notion d'État, à l'image des règles d'expression de la volonté de l'État en matière de traités. La jurisprudence internationale et la doctrine se sont toujours accordées sur le fait d'attribuer à la pratique des parlements nationaux, une place fondamentale comme élément révélateur de la pratique des États. La chose va de soi, étant donné que les autorités exécutives, qui par excellence représentent l'État sur la scène internationale, sont censées respecter les lois du pays auquel elles appartiennent. De ce point de vue, on pourrait dire qu'un acte du parlement dans un domaine relevant du droit international représente le degré le plus élevé de la pratique de l'État dont il émane.

Les domaines dans lesquels des actes parlementaires concourent à former la pratique des États dans des matières régies par des règles de droit international coutumier sont très divers. On peut citer des aspects importants du droit de la mer, comme celui de la détermination de l'ampleur de la mer territoriale, ainsi que celui de la détermination des lignes de base à partir desquelles on mesure ladite ampleur. On peut citer aussi la matière des immunités de juridiction, les mesures d'exécution à l'égard des États étrangers, de leurs représentants et de leurs biens, ou les mesures l'acquisition et de perte de la nationalité, celles de la condition des étrangers, etc.

À d'autres occasions, l'acte de législation est la manifestation d'une intention innovatrice. Sans doute, le fait qu'un nombre croissant d'États ait adopté des mesures législatives visant à élargir l'ampleur de la mer territoriale jusqu'à la limite de 12 milles (et parfois au-delà) a été un facteur fondamental pour que la communauté internationale tout entière reconnaisse la validité internationale de la nouvelle limite maximale de la mer territoriale, ainsi qu'il ressort de l'article 3 de la Convention des

Nations unies sur le droit de la mer[260]. On s'accorde, aujourd'hui, à considérer cette disposition comme la codification d'une pratique concordante des États en en faisant une norme coutumière de droit international. De même, les différentes pratiques législatives nationales en matière d'immunité des États ont permis d'y voir une pratique étatique concordante débouchant sur un droit international coutumier des immunités[261]. Toutefois, la CPJI, sans remettre en cause la pertinence de la pratique parlementaire comme pratique étatique, précise néanmoins que la concordance des actes législatifs (et de la jurisprudence) nationaux ne suffit pas en soi pour justifier l'existence d'une règle coutumière de droit international[262]. Il faut vérifier aussi l'existence d'autres éléments et notamment l'élément psychologique de la coutume, c'est-à-dire et pour ce qui concerne les États qui adoptent les pratiques législatives (ou judiciaires) en question, la conviction chez lesdits États de se conformer par cela à une obligation internationale[263]. La même analyse peut être faite en matière de consentement à l'arbitrage.

3. En matière de consentement à l'arbitrage

La consécration des autorités parlementaires comme organes de l'État trouve une fortune particulière en matière de consentement à l'arbitrage. Pierre angulaire de l'arbitrage, notamment CIRDI, le consentement de l'État est, on le sait, le pré-requis

[260] L'article 3 de la Convention reconnaît à tout État le droit d'établir l'ampleur de sa mer territoriale jusqu'à 12 milles des lignes de base. Voir Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Baie, 10 décembre 1982, *United Nation Treaty Series*, vol. 1834, p. I-31363.

[261] Plusieurs États de tradition de *common law* ont légiféré en matière d'immunité des États étrangers. Il en va ainsi, à titre indicatif, des États-Unis (*Foreign Sovereign Immunities Act* du 21 octobre 1976, telle que cette loi a été modifiée, notes HERZOG, *Rev. crit. DIP*, 1978, p. 396; G. DELAUME, *JDI* 1978, p. 187,), du Royaume-Uni (*State Immunity Act* du 20 juillet 1978, note L. COLLINS, *Rev. crit. DIP*, 1980, p. 156; F.-A. MANN, "*The State Immunity Act 1978"*, *BYIL*, 1979, p. 43), du Canada (C. EMANNUELLI*, Bill on State Immunity* du 15 juillet 1982, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 374), de l'Afrique du Sud (*Foreign Sovereign Immunities Act* du 6 octobre 1981) et de l'Australie (J. CRAWFORD, « *Foreign State Immunities Act du 16 décembre 1985 »* , *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 440,).

[262] CPJI, arrêt, 7 septembre 1927, *affaire du Lotus*, Série A, n° 10.

[263] V.-L. FERRARI BRAVO, « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États », *RCADI,* t. 192, 1985-III, pp. 233-329.

incontournable à la compétence du tribunal arbitral[264]. Si les traités (actes exécutifs) sont de manière écrasante, aujourd'hui, la première source de consentement anticipé des États à l'arbitrage d'investissement, le réseau de traités insuffisant de certains États[265], ou encore la méfiance accrue par rapport à l'arbitrage et les dénonciations de traités qui s'en sont suivi, ont poussé les investisseurs à se tourner vers d'autres vecteurs de consentement comme les lois en matière d'investissement étranger (actes législatifs). L'acceptation d'un tel argument est de nature à confirmer la consécration des parlements nationaux comme organe de l'État, pouvant de ce fait, exprimer sa volonté sur la scène internationale. C'est du moins, ce qui ressort de la jurisprudence CIRDI. En effet, de l'affaire *Southern Pacific Properties c/ Égypte*[266] à l'affaire *Biwater Gauff c/ Tanzanie*[267], en passant par les affaires *Tradex Hellas c/ Albanie*[268], *Inceysa Vallisoletana c/ El Salvador*[269] et d'autres encore[270], la jurisprudence CIRDI en la matière est restée uniforme. Elle a été étoffée, récemment, dans des affaires mettant en avant la loi vénézuélienne de 1999 sur la promotion et la protection des investissements (notamment son article 22)[271] comme fondement exclusif ou supplétif du consentement de l'État vénézuélien à l'arbitrage CIRDI[272].

---

[264] Voir Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, disponible sur http://icsid.worldbank.org.acces.bibl.ulaval.ca/ICSID/StaticFiles/basicdoc_fraarchive/ICSID_French.pd, p. 43, § 23.

[265] Voir par exemple : CIRDI, décision sur la compétence, 14 avril 1988, *International Quantum Resources Limited, Frontier SPRL et Compagnie Minière de Sakania SPRL c/ République démocratique du Congo*, ARB/10/21.

[266] CIRDI, 20 mai 1992, *Southern Pacific Properties c/ Égypte*, ARB/84/3, *ILR*, 1992, vol. 106, p. 532.

[267] CIRDI, 24 juillet 2008, *Biwater c/ République unie de Tanzanie*, ARB/05/22.

[268] CIRDI, décision sur la compétence du 24 décembre 1996, *Tradex Hellas S.A. c/ République d'Albanie* (CIRDI ARB/94/2).

[269] CIRDI, 2 août 2006, *Inceysa Vallisoletana S.L. c/ République du Salvador,* ARB/03/26.

[270] Parmi les autres décisions sur la compétence et les sentences rendues publiques, on peut citer : CIRDI, 24 janvier 2003, *Zhinvali Development Limited c/ République de Géorgie*, ARB/00/1; CIRDI, décision sur la compétence du 24 mai 1999, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c/ Slovaquie*, ARB/97/4.

[271] Cet article dispose en espagnol que « *Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de la cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constituvo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente* ».

[272] Il s'agit des affaires : CIRDI, décision sur la compétence du 10 juin 2010, *Mobil Corporation Venezuela Holdings B.V. et al. c/ République bolivarienne du Venezuela*, ARB/07/27); CIRDI, *décision sur la compétence du 30 décembre 2010, CEMEX Caracas Investments B.V. et C.E.M.E.X. Caracas II*

Les autorités vénézuéliennes refusaient l'internationalisation d'une telle loi, et considéraient, à la suite de ses juridictions internes, qu'elle n'est pas de nature à exprimer la volonté de l'État sur la scène internationale, mais seulement au niveau interne. Les tribunaux refusèrent une telle argumentation, en considérant la disposition législative comme une déclaration unilatérale[273], c'est-à-dire, *« une manifestation unilatérale de volonté imputable à un seul sujet de droit international et susceptible de produire des effets juridiques dans l'ordre international»*[274]. Étant donné qu'il est clairement établi qu'en droit international la forme de la déclaration unilatérale importe peu[275], il n'est pas incongru de voir les tribunaux arbitraux qualifier de déclaration unilatérale le contenu d'une législation sur l'investissement étranger[276]. Ainsi, une loi, prévoyant une clause d'arbitrage CIRDI, est considérée comme la manifestation unilatérale de la volonté de l'État, faisant de son auteur, une composante de la notion organique de l'État, de par sa nature, au regard des règles de représentation et d'expression de la volonté de l'État[277]. Le droit de l'UE ne fait pas non plus exception en la matière.

4. <u>En droit de l'UE</u>

La consécration des parlements nationaux, comme organes représentant l'État, est aussi présente en droit de l'Union européenne. La prise en compte des parlements nationaux dans le fonctionnement interne de l'Union européenne, comme une composante de la notion organique d'État, s'est faite progressivement. Les parlements nationaux des États membres étaient, en effet, longtemps limités à une participation à la procédure d'élaboration des normes *à postériori*, notamment par le

---

Investments B.V. c/ République bolivarienne du Venezuela, ARB/08/15; CIRDI, 2 août 2011, *Brandes Investment Partners, LP c/ République bolivarienne du Venezuela*, ARB/08/3.

[273] Affaires *Mobil Corporation*, §. 84 ; *C.E.M.E.X.*, §. 79 ; *Brandes*, §. 99.

[274] J. Salmon (*dir.*), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, *Bruylant*, 2001, p. 31.

[275] CIJ, arrêt, 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, *supra* note 107, p. 467, §.46.

[276] L. ACHTOUK-SPIVAK, « Consentement à l'arbitrage et lois en matière d'investissement », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2012, n°4, p. 893.

[277] Une telle vision a été réaffirmée dans les affaires : CIRDI, décision sur la compétence du 18 février 2011, *ABCI c/ Tunisie*, *ARB/04/15*, où le Tribunal retient sa compétence au regard de l'article 20 de la Loi tunisienne de 1969 sur les investissements, voir commentaires de S. MANCIAUX, « Du consentement à la compétence CIRDI exprimé dans une loi », *JDI (Clunet),* 2012, n° 4, pp.271-274. Voir aussi, CIRDI, décision sur la compétence du 1er juin 2012, *Pac Rim Cayman LLC c/ La République du Salvador*, ARB/09/12.

biais de la ratification des traités. Nul doute qu'en ratifiant tel ou tel traité, les parlements nationaux expriment la volonté de l'État[278]. Cette possibilité, présente depuis le traité de Maastricht, a été réitérée par le Traité de Lisbonne. En effet, l'actuel article 12 du TUE prévoit que les parlements nationaux, en tant qu'organe de l'État plus proche des populations, participent aux procédures de révision des traités, conformément à l'article 48 du TUE qui distingue la procédure de révision ordinaire des procédures de révision simplifiées[279].

Mieux, les parlements nationaux peuvent, aujourd'hui, participer, quoique de manière indirecte, à l'expression de la volonté de l'État, en amont de la procédure de révision des traités. En effet, conformément à la procédure de révision ordinaire, qui reprend la procédure suivie pour le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, les parlements nationaux expriment toujours la volonté ultime de l'État par le biais de la ratification des traités, mais sont désormais également invités à participer aux débats à un stade antérieur, à savoir dans le cadre de la Convention. La convocation d'une Convention n'est toutefois pas automatique ni obligatoire. Elle peut être décidée par le Conseil européen, après consultation du Parlement européen et de la Commission[280]. Et une telle Convention est composée en partie de représentants des parlements nationaux qui siègent aux côtés de représentants des chefs de l'État ou de Gouvernement des États membres, du Parlement européen et de la Commission. Néanmoins, on ne peut affirmer que la position des représentants des parlements nationaux soit déterminante dans cette procédure, dans la mesure où la Convention n'a aucun pouvoir décisionnel et toute proposition qui en provient devra être approuvée par la Conférence intergouvernementale qui se tient après et qui doit entériner le texte final[281].

Outre la procédure de révision ordinaire, l'article 48 TUE développe également une série de procédures de révision simplifiées qui fait aussi appel aux Parlements nationaux comme organes étatiques pouvant exprimer la volonté de l'État. Il en est ainsi de la procédure simplifiée inscrite au paragraphe 6 dudit article. Cette

---

[278] Voir notre analyse, *supra* p. 73.

[279] Cette disposition correspond aux articles IV-443 et IV-444 du projet de Traité établissant une constitution pour l'Europe.

[280] Le Conseil européen adopte cette décision à la majorité simple, voir article 48 § 3 du TUE.

[281] M. GENNART, « Les parlements nationaux dans le traité de Lisbonne : évolution ou révolution ? », *CDE,* 2010, n° 1-2, p. 35.

procédure concerne tout projet de révision de dispositions de la troisième partie du TFUE relative aux politiques et actions internes de l'Union. Bien que le recours à la Convention soit supprimé dans cette procédure, les parlements nationaux pourront néanmoins exprimer leur volonté par le biais d'une loi d'assentiment. La volonté du Parlement est celle de son État, puisqu'il en constitue un organe statutaire. De même, la procédure générale prévue au paragraphe 7 de l'article 48 TUE permet de confirmer une telle hypothèse. Selon cette disposition, encore appelée « *clause passerelle* », lorsque le TFUE ou le titre V du TUE prévoit que le Conseil statue à l'unanimité dans un domaine ou dans un cas déterminé ou lorsque le TFUE prévoit que des actes législatifs sont adoptés par le Conseil conformément à la procédure législative spéciale, le Conseil européen a la possibilité d'adopter une décision autorisant le Conseil respectivement, à statuer à la majorité qualifiée dans ce domaine, ou à autoriser l'adoption des actes concernés conformément à la procédure législative ordinaire[282]. Toutefois, une telle initiative de la part du Conseil européen doit être transmise aux parlements nationaux. Ceux-ci disposent alors d'un délai de six mois pour s'y opposer. Et en tant qu'organe de l'État, l'opposition d'un seul parlement national vaut opposition de l'État, ce qui fait avorter la procédure de révision.

La reconnaissance des parlements nationaux comme composante organique de la notion d'État n'a donc pas de quoi surprendre. Elle repose sur une logique institutionnelle ou statutaire, ce qui permet d'assimiler la volonté d'un parlement national à celle de l'État. Cette hypothèse se vérifie aussi lorsqu'on interroge les règles d'imputation au sens de l'engagement de la responsabilité de l'État.

B. **Les autorités parlementaires, organes de l'État au sens des règles d'imputation**

L'analyse des règles d'imputation fait aussi apparaître la consécration des parlements nationaux comme organes de l'État, aussi bien en droit international (1), qu'en droit européen (2).

[282] Pour une étude détaillée de cette procédure, voir : O. DUBOS, « L'après Lisbonne, les moyens du changement : à la recherche des temps futurs », *Europe*, 2008, n° 7, pp. 70-138.

1. En droit international

Concernant l'application les règles d'imputation en droit international, les parlements nationaux sont considérés comme des organes de l'État. Il en est ainsi, en droit de la responsabilité internationale des États, à la lecture de l'article 4 du projet d'articles de la CDI[283], qui cite expressément les organes exerçant des fonctions législatives dans sa définition de la notion d'État aux fins de ce régime. C'est ainsi que dans l'affaire des *Colons allemands en Pologne*[284], la CPJI a engagé la responsabilité internationale de la Pologne du fait d'une loi du 4 juillet 1920 qui constituait « *indubitablement une annulation virtuelle des droits que les colons ont acquis du fait de leurs contrats* »[285]. De même, la France a été condamnée pour avoir voté une loi, du 1er juillet 1916, instituant un impôt particulier aux ressortissants français et espagnols, en dépit d'une convention passée avec l'Espagne le 7 janvier 1862 exemptant des contributions extraordinaires les ressortissants français en Espagne et espagnols en France. L'arbitre a considéré que l'impôt, demandé auprès des citoyens ayant réalisé des bénéfices durant la guerre, était lié à la nationalité et au patriotisme, et ne pouvait donc viser des étrangers. Pour qu'il en soit différemment, le gouvernement français aurait dû dénoncer le traité de 1862 avant de voter cette loi[286]. Ainsi, un fait du législateur qui serait incompatible avec une obligation internationale engage la responsabilité de l'État au nom du principe de l'unité de l'État[287]. Reprenant ce principe du droit international coutumier, l'ORD inclut les autorités législatives dans la notion organique d'État, lorsqu'il consacre, lui aussi, le principe de la responsabilité de l'État du fait des actes législatifs[288]. *Mutatis*

---

[283] *Supra* note 111.

[284] CPJI, avis consultatif, 10 septembre 1923, *Colons allemands en Pologne*, *série B*, n° 6.

[285] *Idem*, p. 35 et 36.

[286] Compromis arbitral France/Espagne*,* 15 juin 1922*, Affaire de l'impôt sur les bénéfices de guerre, France c/ Espagne, RSA,* vol. I, p. 30.

[287] Voir aussi CPJI, avis consultatif, 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, série A/B n°44, p.24 et 25 ; CPJI, 14 juin 1938, *Phosphate du Maroc*, exceptions préliminaires, série A/B, n°74, p.25 et 26 ; CIJ, 27 août 1952*, Droit des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, *Rec. CIJ*, 1952, p.193 et 194.

[288] Voir le rapport du groupe spécial, États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, §§ 7.34-7.97. Voir aussi, S.-M. VILLALPANDO, "Attribution of conduct to the State: how the rules of State responsibility may be applied within the WTO dispute settlement system", *JIEL*, 2002, n° 2, pp. 393-420.

Mutandis, la même remarque peut être faite dans la jurisprudence CIRDI[289] et également en droit européen.

2. <u>En droit européen</u>

Aussi bien le juge de Luxembourg que le juge de Strasbourg confortent cette définition organique de l'État incluant les autorités parlementaires. En droit de l'UE, La Cour de Justice a, en effet, posé dans les affaires jointes *Factorame et Brasserie pêcheur*, du 5 mars 1996, le principe de la responsabilité de l'État du fait du pouvoir législatif[290]. Bien avant, l'arrêt *Humblet c/ État belge* du 16 décembre 1960[291] contenait l'indication selon laquelle, si la Cour « *constate dans un arrêt qu'un acte législatif émanant des autorités d'un État membre est contraire au droit communautaire, cet État est obligé en vertu de l'article 86 du traité CECA de réparer les effets illicites qu'il a pu produire* »[292]. Tombent ainsi, sous le coup de la censure communautaire, tant l'action que l'abstention du législateur. Cette applicabilité du principe de responsabilité des États membres aux actions et omissions imputables au législateur est parfaitement cohérente avec la position adoptée par la Cour de justice dans le contentieux des manquements[293]. Elle est d'autant plus incontestable que, comme le relevait la doctrine dès 1978, « *la responsabilité de l'État législateur s'impose en vertu même de la primauté du droit communautaire* »[294].

Le même constat peut être fait dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est fréquent que le juge de Strasbourg engage la responsabilité d'un État du fait d'une loi qui violerait les droits et libertés protégés par le système de la Convention. Ainsi, il est clairement établi, à ce niveau également, que l'activité législative est une activité étatique et en tant que telle, les autorités

---

[289] J. M. SOREL, « Les émanations des États et l'arbitrage CIRDI », *RDAI*, 2008, n° 1, p.34.
[290] *Supra*, note 137.
[291] CJCE, arrêt, 16 décembre 1960, *Humblet c/ Etat belge*, Aff. N° 6/60, *Rec. CJCE*, p. I-1131.
[292] *Ibidem.*
[293] Voir CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/ Belgique*, Aff. 77/69, *Rec. CJCE*, 1970, p. 237 ; CJCE, 26 février 1976, *Commission c/Italie*, Aff. C-52/75, *Rec. CJCE*, p. 277.
[294] R. KOVAR, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », *in Les recours des individus devant les juridictions nationales en cas de violation du droit européen*, *éd. Larcier,* 1978, p. 274.

législatives sont des autorités de l'État[295]. On peut en dire autant pour les organes juridictionnels également.

Paragraphe 2. Les organes juridictionnels, composante organique de la notion d'État

Le droit international et le droit européen restent indifférents quant aux considérations internes, relatives à l'autonomie de la justice. Les organes juridictionnels peuvent exprimer la volonté de l'État (A) et engager sa responsabilité du fait de leurs actes (B).

A. Les juridictions, composante organique de la notion d'État aux fins des règles d'expression de la volonté de l'État

Les organes juridictionnels d'un État peuvent exprimer la volonté de cet État. Une telle affirmation se vérifie aussi bien en matière conventionnelle (1) qu'en matière coutumière (2).

1. En matière conventionnelle

Les juridictions d'un État peuvent concourir à la détermination de la position de cet État, vis-à-vis des normes juridiques internationales, à travers l'internalisation ou le refus d'internaliser ces normes. Il s'agira, selon le cas, de la réception ou de la non-réception des normes conventionnelles souscrites par l'État et soulevées devant elles lors d'un contentieux. Le juge national participe de la sorte à la vie juridique internationale et européenne. En droit européen, le principe de subsidiarité, ainsi que la règle de l'épuisement des voies de recours internes, font du juge national, l'autorité de l'État chargée de la garantie de l'application effective de la Convention

[295] Voir à ce propos : « la responsabilité du fait des lois contraires à des conventions internationales », *Droit administratif*, n° 3, mars 2007, comm. 50, p. 29 ; M. CANEDOS-PARIS, « la responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles », *LPA,* 2007, n° 157, pp. 11-23.

européenne des droits de l'homme ou des traités de l'Union européenne et de son droit dérivé, selon le cas. La CJUE exige, en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, que le juge national écarte la norme nationale contraire au droit communautaire, fût-ce constitutionnelle[296]. Ainsi, le juge national représente l'État dans son engagement à appliquer la norme européenne librement consentie. Et une telle donnée relève de l'évidence, selon l'avocat général Pédro Cruz Villalón, qui rappelle de façon péremptoire, dans une affaire dont l'objet est autre[297], que « *la volonté de l'État trouve son expression définitive dans les décisions juridictionnelles* »[298]. C'est d'ailleurs sur cette base que la Cour de Justice a récemment assimilé une pratique jurisprudentielle, répondant aux exigences de clarté et de précision, à un acte étatique de transposition d'une directive européenne[299]. Ainsi, l'acte juridictionnel est un acte étatique, tout comme l'acte règlementaire et législatif, qui sont les instruments, par excellence, utilisés pour une transposition des directives européennes. L'acte juridictionnel peut aussi réinterpréter la volonté de l'État, limiter la portée de l'engagement international de l'État ou même ignorer purement et simplement cet engagement, constituant de ce fait une violation de ce dernier par cet État.

Certaines décisions des juridictions internes de l'État, s'inscrivant dans le cadre de l'application du droit interne, peuvent aussi comporter des éléments d'internationalité et produire de ce fait des effets juridiques dans l'ordre juridique international ou dans l'ordre juridique européen. Ainsi dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*[300], l'acte contesté était un mandat d'arrêt émis par le juge d'instruction belge à l'encontre de M. Yerodia, sur la base de la loi belge de compétence universelle. Cet acte judiciaire fut réputé acte de l'État belge susceptible d'être contesté devant la C.I.J. De même, dans l'affaire relative à *Certaines procédures*

---

[296] CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. C-106/77, *Rec. CJCE*, 1978, p. I-00629.

[297] Il s'agit de l'affaire des notaires.

[298] Conclusions présentées le 14 septembre 2010 dans : Aff. C-47/08 *Commission européenne c/ Royaume de Belgique ;* Aff. C-50/08 *Commission européenne c/ République française* ; Aff. C-51/08 *Commission européenne contre Grand-duché de Luxembourg* ; Aff. C-53/08 *Commission européenne c/ République d'Autriche* ; Aff. C-54/08 *Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne* ; Aff. C-61/08 *Commission européenne contre République hellénique*.

[299] CJUE, 2e ch., 13 février 2014, *Commission/Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord,* - Aff. C-530/311.

[300] *Supra*, note 211.

pénales engagées en France (Congo c/France)[301], ce sont les actes d'instruction et de poursuite accomplis par le procureur de la République près du tribunal de grande instance de Meaux, et les juges d'instruction de ces tribunaux, qui étaient en cause. De tels actes fussent réputés actes de l'État français. Bref, comme ceux de l'exécutif et du législatif, les actes des organes juridictionnels engagent l'État au plan international et/ou au plan européen. La même remarque peut être faite lorsqu'il s'agit de rechercher l'existence d'une pratique étatique aux fins de l'identification d'une norme coutumière.

2. En matière coutumière

En matière d'identification de la norme coutumière en droit international, les actes des juridictions nationales font aussi partie des éléments pertinents de prise en compte de la pratique étatique. La jurisprudence nationale est mentionnée à l'article 38, paragraphe 1, lettre d), du Statut de la Cour internationale de Justice, qui autorise la Cour à la prendre en considération en tant que « *moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* ». L'apport de la jurisprudence nationale à la formation de la pratique de l'État relève de l'évidence au regard de l'importance de la fonction de juger dans les systèmes nationaux[302]. Cette position garde toute sa logique, car dans tous les pays, les décisions des organes judiciaires, lorsqu'elles sont devenues définitives, s'imposent aux entités (personnes physiques ou morales, de droit privé ou de droit public, organes de l'État et ainsi de suite) vis-à-vis desquelles elles ont été rendues. Elles sont revêtues de l'autorité de la chose jugée[303]. D'ailleurs, la puissance publique est dans l'obligation d'assurer le respect des décisions judiciaires.

L'exemple des immunités d'État atteste de la validité de la prise en compte des actes juridictionnels comme preuve de la pratique étatique, et faisant ainsi de

[301] Affaire rayée du rôle de la Cour le 17 novembre 2010, voir communiqué de presse n° 2010/36 du 17 novembre 2010 du Greffe de la Cour (http://www.icj-cij.org/docket/files/129/16234.pdf).

[302] Voir L. FERRARI-BRAVO, « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États », *supra* note 263.

[303] B. TRANCHANT, L'autorité de la chose jugée : étude de procédure internationale contentieuse, Thèse de doctorat, *Université de Bordeaux*, 2009, p. 64.

l'autorité judiciaire une composante organique de la notion d'État, au regard de règles d'expression de la volonté étatique. En effet, en tranchant une question relative à l'immunité de l'État étranger même en vertu d'une loi nationale, les tribunaux du for se croient liés par une règle internationale leur imposant de l'accorder dans certains cas. De ce point de vue, lorsqu'elles sont convergentes, les pratiques judiciaires nationales véhiculent l'*opinio juris* des différents États et se trouvent incontestablement à l'origine de règles de droit international général[304]. C'est ce qu'affirme la CIJ dans *l'affaire des immunités juridictionnelles de l'État*, lorsqu'elle était appelée à déterminer l'existence d'une «*coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit*» conférant l'immunité à l'État[305]. Le caractère coutumier des règles internationales relatives aux immunités des États ne fait pas de doute. La CDI a, en effet, souligné en 1980, que la règle de l'immunité des États avait « *été adoptée en tant que règle générale du droit international coutumier solidement enracinée dans la pratique contemporaine des États*»[306]. La Cour estime que cette conclusion, qui reposait sur une analyse exhaustive de la pratique des États, a depuis lors été confirmée par un ensemble de lois nationales, de décisions judiciaires, d'affirmations d'un droit à l'immunité, ainsi que par les commentaires des États sur ce qui allait devenir la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens[307]. Il ressort de cette pratique que les États, que ce soit lorsqu'ils invoquent l'immunité pour leur propre compte, ou qu'ils l'accordent à d'autres, partent généralement du principe qu'il existe, en droit international, un droit à l'immunité de l'État étranger, dont découle pour les autres États l'obligation de le respecter et de lui donner effet. La Cour ajoute que dans le cas d'espèce, « *une pratique étatique particulièrement importante se dégage de la jurisprudence des tribunaux internes qui ont été amenés à se prononcer sur l'immunité d'un État étranger* »[308]. Bien avant, dans l'affaire du *mandat d'arrêt*[309], lorsque la Cour recherchait une base juridique à l'immunité pénale et civile du ministre des Affaires étrangères, elle invoquait les pratiques judiciaires concordantes comme preuve de la position des États sur la question. À cet effet, elle

[304] Voir L. PREZAS, « Immunités internationales », *jurisclasseur*, fasc. 409-50, janvier 2015.
[305] CIJ, arrêt, 3 février 2012, *Immunité juridictionnelle de l'Etat (Allemagne c/ Italie), Rec. CIJ*, 2012, p. 122, point 55.
[306] *Annuaire de la CDI*, 1980, vol. II, deuxième partie, p. 144, §. 26.
[307] *Supra* note 88.
[308] *Idem*, p. 123, point 56.
[309] *Supra*, note 211.

se fondait notamment sur la décision de la Chambre des *Lords* dans l'affaire *Pinochet* pour y voir la position de l'État britannique, et sur la décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Kadhafi* pour en conclure la position expresse de l'État français. La Cour affirmait, en effet, qu'« *elle a exactement examiné avec soin la pratique des États, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par les hautes juridictions nationales, telles que la Chambre des Lords ou la Cour de cassation française* »[310]. C'est ce qui confirme que les autorités juridictionnelles constituent, dans leur ensemble, une composante organique de la notion d'État au regard de l'opération d'identification de la pratique étatique en matière coutumière. La même analyse peut aussi être faite concernant les règles d'imputation.

B. **Les organes juridictionnels, composante organique de la notion d'État aux fins des règles d'imputation**

Concernant les règles d'imputation, aux fins de l'engagement de la responsabilité de l'État, la reconnaissance des juridictions comme composante organique de la notion d'État est particulièrement explicite dans la jurisprudence européenne (1) et internationale (2).

1. Les autorités juridictionnelles, composante organique de la notion d'État en droit européen.

Le droit de l'UE considère, en règle générale, les autorités relevant du pouvoir judiciaire comme des autorités étatiques. Il en est ainsi dans la jurisprudence relative à l'opposabilité des directives. Selon la Cour de Justice, *« l'obligation des États membres découlant d'une directive(…) s'impose à toutes les autorités des États membres, y compris juridictionnelles* »[311]. De même, la responsabilité d'un État

[310] *Idem*, point 57.
[311] CJCE, 10 avril 1984, *Sabine von Colson et Elisabeth Kaman c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. 14/83, *Rec. CJCE*, 1984, p. I-01891 ; CJCE, 15 mai 1986, *Johnson c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Aff. 222/84, *Rec. CJCE*, 1986, p. I-02354.

membre peut être engagée du fait de la fonction juridictionnelle. C'est ce que rappelle la Cour de Justice dans l'arrêt *Köbler*[312]. En pratique, cette responsabilité concerne essentiellement les juridictions suprêmes, dans la mesure où ces dernières ont l'obligation de saisir la Cour de justice, à titre de préjudiciel, de toute difficulté relative à l'interprétation ou à la validité du droit de l'Union. En plus, les parties ne peuvent se plaindre d'une violation du droit de l'Union, par une décision de premier ou de deuxième degré, si elles n'ont pas exercé les voies de recours offertes par le droit national. Interrogé sur l'objection de l'indépendance du juge national, soulevé souvent par les États, le juge de Luxembourg affirmait que :

> « *le principe de responsabilité visé concerne, non pas la responsabilité personnelle du juge, mais celle de l'État. Or, il n'apparaît pas que la possibilité de voir engager, sous certaines conditions, la responsabilité de l'État pour des décisions juridictionnelles contraires au droit communautaire comporte des risques particuliers de remise en cause de l'indépendance d'une juridiction statuant en dernier ressort* »[313].

Cette jurisprudence a été maintes fois rappelée[314]. C'est ainsi que dans un arrêt du 13 juin 2006[315], la Cour de justice a indiqué que le droit de l'Union s'oppose à une législation nationale qui exclut de manière générale la responsabilité de l'État membre pour les dommages causés aux particuliers du fait d'une violation du droit communautaire imputable à une juridiction suprême. Dans un arrêt plus récent du 28 juillet 2016, la Cour a confirmé la jurisprudence *Köbler* en engageant la responsabilité extracontractuelle de l'État du fait d'une juridiction statuant en dernier

---

[312] CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Republik Österreich*, Aff. C-224/01, *Rec. CJCE,* 2003, p. I-10239 ; *Europe* 2003, chron. 12, D. SIMON ; *RDUE,* 2003, p. 763, B. KOTSCHY ; *AJDA*, 2003, p. 2146, S. GERVASONI, C. LAMBERT ; *JCP A* 2003, p. 1384, O. DUBOS ; *RJS,* 2004, p. 12, F. MICHEA ; *Gaz. Pal.* 2004, 2, doctrine. p. 2, I. PINGEL; *Gaz. Pal*. 2004, n° 1, p. 34, J.-G. HUGLO ; *JDI,* 2004, p. 552, R. MEHDI; Voir aussi CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, *Rec. CJCE*, p. I. 5177.

[313] *Idem*, point 42.

[314] Voir CJCE, 30 septembre 2003, *Traghetti*, Aff. C-224/01, *Rec. CJCE,* 2003, p. I.10239 ; CJUE, 24 novembre 2011, *Commission c/ Italie*, Aff. C-379/10.

[315] CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c/ République italienne,* Aff. C-173/03, *Rec. CJCE*, 2006, p. I-05177. Voir également, CJUE, 25 novembre 2010, *Fuß*, Aff. C-429/09, point 46. Voir encore, plus récemment, CJUE, 9 septembre 2015, *Ferreira Da Silva e Brito e.a.*, Aff. C-160/14 et CJUE, 6 octobre 2015, C-69/14, CJUE, Gde Ch., 6 octobre 2015, *Dragoș Constantin Târșia contre Statul român et Serviciul public comunitar regim permise de conducere și înmatriculare a autovehiculelor*, Aff. C-69/14.

ressort[316]. Dans ses conclusions, l'avocat général P. Léger justifie cette solution par le fait qu'admettre le contraire reviendrait à « *vider de sa substance ou priver d'effet utile le principe de la responsabilité de l'État du fait des juridictions suprêmes, qui a été posé par la Cour dans l'arrêt Köbler* »[317].

C'est cette même logique que l'on retrouve dans le contentieux des manquements. Cela relève, pour une grande part, de la position de la Commission[318]. Mais, même si la position de la Commission est assez claire, ainsi que celle de la doctrine[319], ce n'est que progressivement que la Cour a explicitement admis un manquement d'État du fait de ses organes juridictionnels. Par une démarche assez timide, la Cour admet, pour la première fois, le principe du manquement étatique du fait de ses organes judiciaires, dans l'affaire *Commission c/ Italie* du 9 décembre 2003[320]. Elle affirme, en effet, la possibilité d'un manquement pour une violation du droit de l'Union imputable à une juridiction nationale, mais s'abstient, pourtant, de condamner l'Italie du chef d'un tel manquement. Elle préfère en effet imputer la responsabilité du manquement au législateur national pour n'avoir pas su empêcher une interprétation non conforme aux exigences du droit communautaire devenu droit de l'Union. Elle juge, en effet, que :

> *« Lorsqu'une législation nationale fait l'objet d'interprétations juridictionnelles divergentes pouvant être prises en compte, les unes aboutissant à une application de ladite législation compatible avec le droit communautaire, les autres aboutissant à une application incompatible avec celui-ci, il y a lieu de considérer qu'à tout le*

---

[316] CJUE, 1ère Ch., 28 juillet 2016, *Milena Tomášová contre Slovenská republika - Ministerstvo spravodlivosti SR et Pohotovosť s.r.o*, Aff. C-168/15.

[317] Conclusions présentées le 11 octobre 2005, *Rec. CJCE*, 2005, p. I-05180, points 49 et s

[318] *JOCE,* n° C/270, 8 novembre 1967, question n° 100/67 ; question n° 608/78, *JOCE*, n° C/28, 31 janvier 1979 ; question n° 526/83, *JOCE*, n° C 268, 6 octobre 1983 ; question n° 1907/85, *JOCE*, n° C/137, 4 juin 1986.

[319] V. notamment J. MERTENS de WILMARS et I.M.VEROUGSTRAETE, « Proceedings against Membre States for failure to fulfil their obligations », *C.M.L. Rev*, 1970, p. 385 ; D. SIMON, « Article 169 », in V Constantinesco, J.P. Jacqué, R. Kovar et D. Simon (*dir.*), *Traité instituant la CEE, commentaire article par article*, Paris, *Economica* 1992 ; D. SIMON, « Recours en constatation de manquement », *JCL Europe*, Fasc. 380, sp. § 26 ; D. SIMON, « La condamnation indirecte du manquement judiciaire : le juge national doit être asservi par le législateur au respect du droit communautaire », *Europe*, n° 3, mars 2004, chron. 4.

[320] C.J.C.E., *9 décembre 2003, Commission c/ Italie, aff. C-129/00, Rec. CJCE,* 2003, p. I-14637.

moins, cette législation n'est pas suffisamment claire pour assurer une application compatible avec le droit communautaire »[321].

Cette stratégie de contournement, qui incite à penser que la Cour condamne un manquement jurisprudentiel plus que juridictionnel[322], ne masque guère une lente évolution vers la reconnaissance explicite et autonome d'un manquement étatique du fait de ses organes juridictionnels[323]. C'est ainsi que la Cour parachèvera sa consécration des « manquements judiciaires »[324] dans une affaire mettant en cause le Tribunal Suprême espagnol[325]. Il s'agissait d'un arrêt du Tribunal suprême considérant que les services fournis par les *registradores-liquidadores* aux Communautés autonomes ne devaient pas être soumis à la TVA. La Commission, qui ne partage pas cette analyse du Tribunal suprême, ni la modification subséquente de la pratique de l'administration fiscale, convainc la Cour de constater un manquement, auquel l'Espagne ne peut échapper en arguant de « *la difficulté […] de remédier au manquement allégué par la Commission, dès lors que celui-ci trouve son origine dans l'arrêt du Tribunal Supremo* »[326]. C'est cette même démarche qu'on retrouve aussi dans l'application de l'article 107 TFUE relatif à l'interdiction des aides d'État. Une mesure d'aide est imputable à l'État, lorsque, par exemple, le juge national, dans l'application des procédures judiciaires de redressement des entreprises en difficulté, viole l'article 107 TFUE, en procédant à des inégalités de fait

---

[321] *Idem*, point 33.

[322] ISAAC et BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *Sirey*, 2012, 10e éd., p. 582.

[323] D'ailleurs, la Cour reviendra sur cette affaire de manière plus directe dans un arrêt du 24 novembre 2011. L'arrêt du 24 novembre 2011 a été l'occasion pour la Cour de constater une seconde fois, mais cette fois-ci de manière directe, la non-conformité de la réglementation italienne avec le droit de l'Union européenne. La Cour arrive à la conclusion qu'en maintenant cette réglementation la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du principe général de responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union par l'une de leurs juridictions statuant en dernier ressort. Par cet arrêt, la Cour conforte l'autorité des arrêts rendus sur renvoi préjudiciel, puisqu'en condamnant l'Italie, elle rappelle implicitement que l'absence de prise en compte des conséquences d'un arrêt préjudiciel par les juridictions nationales peut donner lieu à un recours en manquement contre l'État. Cet arrêt permet surtout à la Cour de justice de réaffirmer les principes posés dans le cadre de sa jurisprudence *Köbler* à propos de la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers du fait d'une violation du droit de l'Union européenne imputable à une juridiction nationale statuant en dernier ressort. Voir CJUE, 24 novembre 2011, *Commission c/ Italie*, Aff. C-379/10; notes D. DERO-BUGNY, *JDI (Clunet),* 2012-2, pp.767-771.

[324] Terme emprunté à D. SIMON, *supra* note 319.

[325] CJCE, 12 novembre 2009, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-154/08, *Rec. CJCE*, 2009, p. I. 187, pub. Sommaire.

[326] Pour plus de détail sur cette affaire, voir V. MICHEL, « Recours en constatation de manquement », *Répertoire de droit communautaire*, septembre 2012.

dans la réglementation générale. Si le juge dispose, en effet, d'un pouvoir discrétionnaire dans l'application de celle-ci, l'interdiction des aides pèse sur l'exercice de son pouvoir[327].

De même, dans le domaine plus particulier des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme expédie assez vite, dans son arrêt *Loukanov c. Bukgarie* du 20 mars 1997[328], une objection du gouvernement défendeur, qui attribuait les mesures dénoncées par le requérant à des autorités étatiques indépendantes (le procureur général et la Cour suprême) sur lesquelles il prétendait n'avoir aucune prise. Selon la Cour EDH, « *les gouvernements répondent au regard de la Convention des actes de ces autorités, comme de tout autre organe étatique. Dans toutes les affaires devant la Cour, c'est la responsabilité internationale de l'État qui se trouve en jeu* »[329].

La Cour européenne des droits de l'homme est allée encore plus loin, en ayant une conception extensive de l'autorité judiciaire comme organe de l'État. En effet, aux fins de l'application du volet civil de l'article 6 de la Convention, la Cour étend la notion d'autorité judiciaire à tout organe national particulier ne relevant pas de l'ordre judiciaire aux fins de l'application du test exposé dans l'arrêt *Vilho Eskelinen*[330]. La Cour a récemment fait application de cette règle dans son arrêt *Oleksands Volkov c/ Ukraine* du 9 janvier 2013[331]. Appliquant le critère de l'activité juridictionnelle, elle qualifie un ensemble d'organes comme constitutifs d'autorité judiciaire, et partant d'organes de l'État. C'est ainsi que, dans le cas d'espèce, la Cour qualifie le Conseil supérieur de la Magistrature et une Commission parlementaire ayant statué sur la révocation du requérant, d'organes judiciaires au sens substantif du terme, devant ainsi être soumis aux exigences d'impartialité et d'indépendance conformément à l'article 6 de la Convention. Étant considéré comme des autorités judiciaires, leurs actes sont imputables à l'État ukrainien et relèvent donc de l'article 1er de la Convention. De ce fait, la Cour souscrit, ainsi, pleinement, à

[327] CJCE, 1er décembre 1998, *Ecotrade*, Aff. C-200/97, *Rec. CJCE*, 1998, I. 7907, et les conclusions de l'avocat général FENELLY.
[328] Cour EDH, arrêt, 20 mars 1997, *Loukanov c/ Bulgarie, Rec*., 1997-II, p. 529.
[329] *Ibid*., point 40.
[330] Cour EDH, arrêt, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande,* req. N°63235/00.
[331] Cour EDH, arrêt, 9 janvier 2013, *Oleksandr Volkov c/ Ukraine*, req. N° 21722/11 ; voir notes A. BREJON, *JDI (Clunet)*, 2014-3, pp. 952-953.

une définition organique de l'État incluant toute autorité exerçant une activité juridictionnelle. Cette position est aussi défendue endroit international.

2. Les autorités juridictionnelles, composante organique de la notion d'État en droit international

C'est la même logique qu'on retrouve en droit international. En effet, dans l'ordre juridique international, l'État assume la responsabilité des jugements rendus par ses tribunaux. Ce principe a été, maintes fois, rappelé par les instances internationales : « *les principes de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de l'autorité de la chose jugée, ou de l'irrévocabilité des décisions judiciaires, n'ont de valeur que dans l'ordre interne, et ne peuvent pas, par eux-mêmes, faire obstacle à la responsabilité de l'État pour des actes de son autorité judiciaire* »[332]. De ce fait, la sentence rendue par l'autorité judiciaire est « *une émanation d'un organe de l'État, tout comme la loi promulguée par l'autorité législative ou la décision prise par l'autorité exécutive* »[333]. Certains ont pu soutenir que la particularité de la fonction judiciaire, ainsi que son indépendance par rapport à l'autorité centrale, doivent être prises en compte, afin que l'opération d'imputation ne soit pas automatique. L'argument est bien connu, et est régulièrement soulevé en défense, notamment devant les arbitres. Les arbitres ont, à cet effet, rappelé, avec constance, que les agissements d'un juge ne sont pas évalués en tant que tels, mais en tant que comportements de l'État, confrontés au droit international. Il semble donc acquis, contrairement à ce qui avait pu être avancé à une certaine époque, que les actes des organes judiciaires ne font pas l'objet d'un examen particulier par rapport à ceux des autres organes étatiques[334]. C'est ainsi que la CIJ a engagé la responsabilité d'un État en raison d'une décision judiciaire contraire aux règles internationales. Il s'agissait d'un juge belge, disposant de la compétence universelle lui permettant de poursuivre des personnes suspectées de crimes contre l'humanité, qui a émis un

[332] Tribunal arbitral *ad hoc* États-Unis/ Colombie, sentence du 28 juillet 1875, *Affaire du « Monjito »*, *Moore*, 1898, II, p. 2083.
[333] Commission de conciliation franco-italienne, *différend concernant l'interprétation de l'article 79 du traité de paix*, *supra* note 155, p. 438.
[334] CIRDI, sentence sur la compétence et sur le fond, 19 décembre 2013, *Teco Guatemala Holdings LLC c. Guatemala*, n° ARB/10/17, §. 483.

mandat d'arrêt contre le ministre congolais des Affaires étrangères alors en exercice, pour violations graves au droit humanitaire. Selon la Cour, le juge belge a violé le principe de l'immunité de juridiction attachée à la fonction de M. Yerodia, en délivrant ce mandat d'arrêt, et en procédant à sa diffusion[335]. Ces faits, internationalement illicites, engagent la responsabilité de la Belgique, celle-ci devant « *mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé* »[336]. Plus récemment, la CIJ a condamné l'État italien en raison d'une décision de justice refusant l'immunité de juridiction de l'État allemand. La Cour a, en effet, « *considéré que le refus des tribunaux italiens de reconnaître l'immunité à laquelle elle a conclu que l'Allemagne pouvait prétendre au titre du droit international coutumier, constitue un manquement aux obligations auxquelles l'État italien était tenu envers celle-ci* »[337], réaffirmant ainsi la vision organique de l'État incluant ses autorités judiciaires. Dans le cadre de l'OMC, l'ORD reprend la même formulation pour attribuer à l'État tous les actes de ses autorités judiciaires, faisant de cette dernière une composante organique de la première. En effet, un groupe spécial a, récemment, considéré qu'une décision judiciaire constitue un « *instrument normatif, a priori capable de constituer une mesure imputable aux États-Unis* »[338]. *In fine*, les règles d'attribution ou d'imputation, telles que codifiées par la CDI dans son projet d'articles sur la responsabilité internationale des États, et reprises par les juridictions internationales et européennes, militent en faveur d'une définition organique de la notion d'État incluant toute autorité exerçant une fonction juridictionnelle.

L'application des normes internationales et européennes implique une vision organique de la notion d'État, incluant toutes les autorités issues de la séparation horizontale des pouvoirs. Une telle compréhension de la notion d'État ne pose pas de problème particulier, et relèverait même de l'évidence. D'une part, les autorités visées sont naturellement celles qui sont chargées, au premier plan, de l'application des normes internationales et européennes. D'autre part, le droit international, de même que le droit européen, rappellent, avec constance, leur indifférence par

[335] Voir notre analyse *supra* p. 62.
[336] CIJ, *affaire du mandat d'arrêt*, *supra* note 211.
[337] CIJ, arrêt, 3 février 2012, *Immunité juridictionnelle de l'État (Allemagne c/ Italie), Rec. CIJ*, 2012, p. 109.
[338] Voir le rapport du groupe spécial, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/R, 15 septembre 2011, §. 7.20.

rapport à l'autonomie ou l'indépendance de telle ou telle autorité par rapport à l'exécutif. L'analyse reste donc purement organique. Autrement dit, dès lors qu'un organe quelconque relève du pouvoir exécutif, judiciaire ou législatif, son caractère étatique est établi. La notion d'État est donc, avant tout, une question d'organes statutaires. Toutefois, cette approche organique de base, largement partagée au regard des règles d'expression de la volonté de l'État et des règles d'imputation, n'en cache pas moins une certaine variabilité lorsqu'on évoque le cas des collectivités territoriales comme composante ou non de la notion d'État. Cette question ne se satisfait pas d'une solution uniforme. En fonction des domaines et des objectifs poursuivis, le périmètre organique de la notion d'État varie. Il est donc, dans ce cadre, différencié, ce qui renforce l'impression d'une impossible approche conceptuelle de la notion d'État.

Chapitre 2. Le périmètre organique différencié : le cas des collectivités territoriales

Il convient, tout d'abord, de faire quelques précisions d'ordre terminologiques. La pratique, tant nationale, européenne, qu'internationale, s'illustre par la diversité des qualifications utilisées en vue de rassembler, sous une terminologie unique, l'ensemble des subdivisions politico-territoriales des États. Textes, jurisprudences et doctrine parlent indifféremment de « collectivités infra-étatiques » [339], de « collectivités locales » [340], de « collectivités publiques territoriales », de « démembrements territoriaux » [341], de « régions », etc. Face à cette diversité terminologique, renvoyant à la même réalité, la doctrine s'est attachée à rechercher une qualification adéquate et suffisamment englobante[342]. Sans entrer dans le débat consistant à rechercher la qualification la plus pertinente, nous utiliserons, dans la présente étude, l'expression "collectivité territoriale". Par le terme générique «collectivité territoriale », nous entendons l'ensemble des démembrements territoriaux d'un État, quel que soit son modèle d'organisation politique (État unitaire, État fédéral, État régional). Plus précisément, il s'agit de toute composante territoriale d'un État disposant, en droit interne, de la personnalité morale de droit public, et ainsi, du droit et de la capacité effective de régler et de gérer une part importante des affaires publiques sous sa propre responsabilité et au profit de sa population[343]. La notion regroupe ainsi les collectivités décentralisées, les régions autonomes, ainsi que les entités fédérées.

Les collectivités territoriales sont-elles une composante organique de la notion d'État ? En évoquant le cas des collectivités territoriales, on note d'emblée une certaine variabilité. On ne peut affirmer *in abstracto* qu'elles font partie du périmètre

---

[339] Par exemple, R. COLAVITTI, *Le statut des collectivités infra-étatiques européennes : entre organe et sujet,* Bruxelles, *Bruylant*, 2015, 805 p.

[340] Par exemple, G. MARCOU, « Les collectivités locales en Europe », *Regards sur l'actualité*, 2007, n° 31; voir aussi, *Protocole additionnel à la Charte européenne de l'Autonomie locale sur le Droit de participer aux Affaires des Collectivités locales, in Council of Europe treaty series*, 207, 2009.

[341] C'est le cas en droit de l'OMC : voir G. LE FLOCH, « OMC et démembrements de l'État », *in l'OMC et les sujets de droit, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2009*, Bruxelles, *Bruylant*, 2011, pp. 47-77.

[342] Voir à ce propos, N. LEVRAT, *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques*, Paris, *PUF*, 1994, p. 5 et ss.

[343] R. COLAVITTI, *Le statut des collectivités infra-étatiques européennes : entre organe et sujet, supra* note 339*,* p. 26.

organique de la notion d'État, ni les en exclure d'office. Le droit international et le droit européen les saisissent avec une certaine prudence, en fonction des cas d'espèce et des objectifs poursuivis par telle ou telle branche. C'est ce qui justifie l'idée d'une approche organique différenciée de la notion d'État. Tandis que la notion d'État, au sens organique, est, dans certains domaines, étendue aux collectivités territoriales (vision organique extensive) (section 1), dans d'autres domaines, une telle extension n'est pas retenue (section 2).

Section 1. L'inclusion des collectivités territoriales dans la notion organique d'État

Les collectivités territoriales constituent des subdivisions internes dans l'État. Sous ce terme générique, on retrouve une assez grande diversité selon l'architecture constitutionnelle de tel ou tel État. En effet, on y regroupe les entités fédérées et les collectivités décentralisées, y compris les régions autonomes. Quoi qu'il en soit, aux fins de l'application de certaines normes du droit international et du droit européen, ces entités sont considérées comme des composantes de la notion organique d'État, quel que soit le degré d'autonomie que le droit interne puisse leur consacrer. La première justification à cette définition extensive de la notion organique d'État se trouve dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'article 29 de ladite convention dispose qu' « *à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs clairement établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire* »[344]. L'article 27 du même instrument ajoute qu' « *une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution du traité* »[345]. Ces deux dispositions conjuguées, ne font que codifier la règle classique du droit international public de l'unité de l'État : l'État est un tout, indifféremment de toute considération relative à son organisation interne.

Au regard des règles d'imputation, l'assimilation desdites collectivités aux organes de l'État, en vertu du principe d'unité de l'État, est une règle traditionnelle. Énoncée il y'a plus de 100 ans lors de « *l'affaire Monjito »*[346]*,* elle a depuis été régulièrement réaffirmée, tant par la jurisprudence que par la doctrine et, « *ne semble pas susceptible de remise en cause théorique* »[347]. Dans le projet d'articles de la CDI, adopté en première lecture en 1996, la mention des collectivités territoriales dans un alinéa spécifique laissait penser qu'il s'agissait d'une catégorie particulière au sein de l'État. En seconde lecture, le cas des collectivités territoriales

---

[344] *Supra*, note 184.
[345] *Ibidem*.
[346] Tribunal arbitral *ad hoc* États-Unis/ Colombie, sentence du 28 juillet 1875, *Affaire du « Monjito* », *supra* note 332*,* p. 1421.
[347] J. CRAWFORD, « les collectivités territoriales non étatiques et le droit de la responsabilité internationale», *in* colloque SFDI, *les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris*, Pedone,* 2002, p.157.

n'est plus traité à part, mais inséré dans la liste de l'ensemble des organes de l'État *de jure*[348]. En effet, selon l'article 4 du projet d'article de la CDI :

> *« Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe agissant en cette qualité, que cet organe exerce les fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité publique territoriale »*[349].

Ce principe vaut quelle que soit la forme de l'État et son organisation verticale du pouvoir. Il est à observer pour les entités fédérées, pour les régions autonomes ainsi que pour les collectivités décentralisées dans un État unitaire. Si une telle approche ne pose réellement pas de difficultés concernant les collectivités territoriales au sein d'un État unitaire (Paragraphe 1), le cas des entités fédérées mérite une attention particulière (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le cas des collectivités non fédérées

Par collectivité non fédérée, nous entendons à la fois la catégorie des démembrements territoriaux dans le cadre d'un État unitaire de manière large incluant les régions autonomes[350]. Toutes ces collectivités sont considérées comme des organes de l'État au regard des règles d'imputation. Une telle approche ne pose réellement pas de difficultés théoriques ou pratiques et est perceptible dans la jurisprudence internationale (A), de la Cour de Justice de l'Union européenne (B) et de la Cour européenne des droits de l'homme (C).

A. Dans la jurisprudence internationale

[348] Voir J. CRAWFORD, P. BODEAU, J. PEEL, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États de la Commission du Droit International : évolutions ou bouleversements ? », *RGDIP*, 2000, vol. 104, n° 4, pp. 911-938.
[349] *Supra*, note 111.
[350] Nous n'entrons pas dans le débat de théorie de droit constitutionnel consistant à classer ou non l'État régional dans la catégorie de l'État unitaire. Voir à ce propos : J. FOUGEROUSE, *L'État régional, une nouvelle forme d'État?*, Bruxelles, *Bruylant*, 2008, 405 p.

La définition organique extensive de l'État incluant les collectivités non fédérées est largement reconnue dans la jurisprudence et la pratique internationale. Cette position a été vigoureusement défendue au cours des travaux préparatoires de la Conférence de 1930 pour la codification du droit international. Les gouvernements avaient été expressément invités à dire que la responsabilité de l'État se trouvait engagée à la suite des « *actes ou omissions de collectivités (communes, provinces, etc.) qui exercent des fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif* ». Tous les gouvernements ont répondu par l'affirmative[351].

Une telle vision des choses n'a pas réellement soulevé de problème, lors de la codification des règles coutumières en matière de responsabilité internationale des États par la CDI. Conformément à l'article 4 du projet d'articles de la CDI, le recours au droit interne permet d'établir aisément le fait que l'État central ait attribué la personnalité morale de droit public à ses collectivités composantes. Saisie de cette hypothèse, le juge international se réfèrera alors à cette qualité dévolue par le droit interne, afin d'assimiler le comportement de la collectivité et fait international de l'État. Car, la règle, découlant de l'article 4 du Projet, veut que le comportement d'un organe soit *ipso facto* assimilable à un comportement de l'État, du fait même que s'étant « auto-organisé » comme bon lui semble, il a à assumer pleinement les conséquences internationales des actes des entités de droit public qu'il a lui-même décidé d'instituer. C'est ainsi que dans l'affaire des *Héritiers de S.A.R. Monseigneur le Duc de Guise,* où était en cause une mesure de réquisition prise par le président de la région sicilienne, la Commission de conciliation franco-italienne conclue assez facilement qu' :

> *« Il importe peu pour décider dans la présente affaire que le décret du 29 août 1947 émane non pas de l'État italien, mais de la région sicilienne. L'État italien est responsable, en effet de l'exécution du Traité de paix même pour la Sicile,*

[351] Société des Nations, Conférence pour la Codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 90. Supplément au Tome III : *Réponses des États à la liste de points : Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique* (doc. C.75(a).M.69(a).1929.V), p. 90.

nonobstant l'autonomie accordée à celle-ci dans les rapports internes, par le droit public de la République italienne »[352].

L'assimilation jouera donc pleinement dans la majorité des cas où un acte émanant d'une collectivité non fédérée constituera un manquement à une règle de droit international engageant l'État central[353]. Elle jouera, de même, dans le cadre de la coopération transfrontière entre collectivités non fédérées issues d'États distincts. À ce niveau, deux cas de figure peuvent se présenter. D'une part, deux collectivités issues d'États distincts peuvent créer un organisme doté de la personnalité juridique et investi de prérogatives de puissance publique. Dans ce cas, le droit international procédera selon la même méthode d'assimilation. Les actes de cet organe seront réputés actes des collectivités-mères, donc actes des États d'où sont issues lesdites collectivités. D'autre part, dans le cas où la coopération entre collectivités issues d'États distincts ne va pas jusqu'à instituer un organisme particulier, le rôle que la collectivité contractante joue dans le domaine des prérogatives de puissance publique de l'État dont est issue la collectivité partenaire peut très bien engendrer un rattachement de ses actes à celui-ci[354]. À cet effet, l'article 6 du projet d'articles de la C.D.I. prévoit que « *le comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier État d'après le droit international* ». Cette solution n'a d'ailleurs rien

---

[352] Commission de conciliation franco-italienne, 15 septembre 1951, *Héritier de SAR MGR le duc de guise*, décision n° 107, *RSA.*, vol 13, p.161. Pour des décisions antérieures, voir par exemple Sentence arbitrale du 14 août 1905, *Affaire Pieri Dominique and Co*, *RSA.*, 1905, vol. X, p. 156.

[353] L. Condorelli observe à cet effet que « *l'État doit, pour des raisons attenant essentiellement à la bonne foi dans les relations internationales, supporter les conséquences de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, se trouvant ainsi empêché de s'abriter derrière son droit interne pour se dégager de la responsabilité internationale lors des faits de personnes auxquelles il a librement octroyé le statut d'organe, c'est-à-dire qu'il a lui-même étiquetées, souverainement et publiquement, comme les moyens par le biais desquels il agit. Un État ayant joui de son droit à l'auto-organisation doit en payer le prix sur le plan des relations internationales, ce prix étant représenté par le fait d'être astreint à endosser les conséquences internationales de l'exercice dudit droit. Dans ce sens, si la preuve est donnée qu'un comportement déterminé est le fait de l'un de ses organes, l'État peut certes contester que ce comportement soit à qualifier comme illicite, mais ne peut pas nier de bonne foi qu'il s'agit de son propre fait* ». L CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, t. 109, 1984, p. 54.

[354] Ce qui n'est pas une hypothèse d'école, lorsque l'on songe aux nombreuses coopérations entre collectivités destinées à construire ou à gérer les infrastructures exploitant les ressources en eau et aux conséquences qu'une gestion hasardeuse pourrait générer en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement. Voir, N. LEVRAT, *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques*, *supra* note 342, 458 p.

de choquant, dans la mesure où l'État, à qui l'organe a été mis à la disposition, a explicitement ou implicitement, permis la mise en place de la coopération ayant engendré une violation du droit international[355].

Cette assimilation que le droit de la responsabilité internationale opère entre l'État et ses collectivités composantes est tellement ancrée qu'elle semble impossible d'être remise en cause, quelle que soit l'étendue des compétences que le droit interne confère à de telles collectivités. Il est vrai que l'assimilation État et collectivités composantes trouve son fondement dans le seul fait que le droit interne consacre l'existence de ces dernières en tant qu'organes étatiques. Mais, l'étendue des compétences que le droit interne aménage à leur profit ne peut jouer d'aucune manière en vue de rompre ce lien d'assimilation. À ce stade, le droit international ignore le droit interne, qui lui a pourtant fourni la base d'une définition extensive de l'État, incluant l'ensemble de ses collectivités composantes. En effet, l'article 7 du projet d'articles de la CDI dispose que :

> *« Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions »*[356].

Ainsi, il importe peu qu'une collectivité ait agi en dehors du champ de compétence que lui aménage le droit interne. Dès l'instant qu'il est établi qu'elle constitue un organe étatique, son comportement peut constituer un acte engageant la responsabilité internationale de l'État. Cette solution vise à garantir une application dynamique du droit de la responsabilité internationale et n'est pas aujourd'hui remise en question. Elle est logique, comme l'affirmait la CPJI,

> *« Si, d'une part, d'après les principes généralement admis, un État ne peut, vis-à-vis d'un autre État, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier, mais seulement du droit international et des engagements internationaux valablement contractés, d'autre part, et inversement, un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un*

[355] R. COLAVITTI, *supra* note 339, p. 494.
[356] *Supra*, note 111.

autre État sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur »[357].

L'analyse des règles d'imputation conduit donc à une définition organique extensive de l'État incluant (et sans réelles difficultés théoriques ou pratiques) les collectivités non fédérées. La même remarque peut être faite en droit de l'UE, à quelques aménagements près.

B. Dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE

En droit de l'Union européenne, l'assimilation des collectivités non fédérées aux organes de l'État est consacrée dans le contentieux des manquements (1), de l'opposabilité des directives (2) ou encore dans l'application des règles du marché intérieur ou de l'interdiction des aides d'État (3).

1. Dans le contentieux des manquements

La notion d'État, au sens des articles 258 à 260 du TFUE, visant à « *sanctionner les violations du droit communautaire imputables aux États membres et d'assurer le rétablissement effectif de la légalité communautaire* » [358], est extensive. La notion d'État, au sens de ces dispositions, ne se limite pas aux organes centraux. Elle est étendue à toutes les composantes territoriales, quel que soit leur degré d'autonomie[359]. Une autre définition ne permettrait pas de garantir l'application efficace et dynamique des règles du droit primaire et du droit dérivé.

En effet, dans le contentieux des manquements, même si le recours est dirigé contre le gouvernement, seule partie possible au litige, le manquement reproché

[357] CPJI, avis consultatif, 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais de Dantzig*, *supra* note 287, p. 24.
[358] D. SIMON, « Recours en constatation de manquement », *supra* note 319, p.1; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, *PUF*, 2001, p. 511 et ss.
[359] D. SIMON*, (dir.), Contentieux de l'Union européenne. Renvoi préjudiciel, recours en manquement*, t.3, Paris, *Lamy*, 2011, p. 174 et ss; F. ZAMPINI, « De l'État responsable à la responsabilisation des régions : l'exemple italien », *in Réalisations et défis de l'Union européenne, Droit-Politique-Économie*, *Mélanges en hommage au Professeur Panayotis Soldatos*, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, p. 424 et ss.

peut procéder de l'État central, mais également des États fédérés[360], des régions autonomes[361] ou des collectivités décentralisées[362]. Cette démarche des juges de Luxembourg s'inscrit dans la droite lignée du droit de la responsabilité internationale qui, nous l'avons vu, postule l'inopposabilité internationale de la répartition interne des compétences[363]. Les principes d'identité nationale, d'autonomie institutionnelle et procédurale des États[364] engendrent alors, *mutatis mutandis*, des conséquences juridiques similaires, car il s'agit, dans ce cadre, d'assurer une application uniforme du droit dans l'ensemble de l'espace juridique de l'UE. Ainsi, même dans le cas où l'État central bénéficierait d'une très faible capacité de contrôle des actes accomplis par l'une de ses collectivités composantes, l'ensemble des actes commis par ces dernières, en méconnaissance du droit de l'UE, lui sera imputable, car il reste le garant de l'application uniforme du droit sur son territoire.

Dans l'affaire *Commission contre Italie* du 10 mars 1987[365], la CJCE a affirmé que la République italienne a manqué à ses obligations en vertu de la directive sur la passation des marchés publics de travaux, du fait d'un marché de gré à gré adjugé par la commune de Milan. La commune de Milan est donc une composante organique de l'État italien, et de ce fait, les manquements imputables à la commune sont *ipso facto* imputables à l'État. Ainsi, en cas de violation de leurs obligations, lesdites collectivités ne s'exposent pas, elles-mêmes, au risque d'une procédure en manquement devant le juge de l'Union, mais engagent leur État national.

Pourtant, même si la solution paraît claire, cette affaire cache en soi un certain « *flottement* »[366]. La Commission, partie requérante, avait enjoint directement la Commune de Milan, et non le gouvernement italien, à se conformer aux règles pertinentes du droit de l'Union. Une telle attitude n'est pas caractéristique de la définition monolithique de l'État qui n'implique qu'un seul interlocuteur à savoir le gouvernement central. Quoi qu'il en soit, la Cour relèvera cette aspérité dans son

[360] CJCE, 17 octobre 1991, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-58/89, *Rec. CJCE*, 1991, p. I. 4983. – CJCE, 15 octobre 1998, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-326/97, *Rec. CJCE,* 1998, I. 6107 ; CJCE, *21 janvier 1999, Commission. c/ Belgique,* Aff. C-347/97*, Rec. CJCE.,* 1999, p. I-309.
[361] CJCE, 10 juin 2004, Commission c/ Italie, Aff. C-87/02, *Rec. CJCE*, 2004, p. I. 5975.
[362] CJCE*, 10 mars 1987, Commission. c/ Italie,* Aff. 199/85*, Rec. CJCE,* 1989, p. 1039.
[363] Voir *supra,* p. 98 et ss.
[364] R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, *Bruylant*, 2007, p. 685 et ss.
[365] *Ibidem*.
[366] D'après l'expression de COLAVITTI, *supra* note 339, p. 511.

arrêt *Commission c/ Allemagne* de 1990[367]. Dans cet arrêt, elle demandait à la Commission de ne plus enjoindre les collectivités territoriales, mais d'en faire seulement part aux autorités centrales de l'État qui sont en vertu du principe de l'unité de l'État, l'interlocuteur unique et le garant de l'application uniforme du droit de l'Union.

Dans un autre arrêt de 1991, la Cour a encore rappelé cela, en ces termes :

> « *La circonstance qu'un État membre ait confié à ses régions le soin de mettre en œuvre des directives ne saurait avoir aucune incidence sur l'application de l'article 169. En effet, il résulte d'une jurisprudence constante qu'un État membre ne saurait exciper de situations de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations et des délais résultant des directives communautaires. Si chaque État membre est libre de répartir, comme il l'entend, les compétences normatives sur le plan interne, il n'en demeure pas moins qu'en vertu de l'article 169 il reste seul responsable, vis-à-vis de la Communauté, du respect des obligations qui résultent du droit communautaire* »[368].

Cette approche est tout aussi valable pour les organismes issus de coopération entre collectivités décentralisées. Il en est ainsi des entités intercommunales. Dans l'affaire *Commission c/ France* du 14 octobre 2004[369], la Cour a conclu à un manquement de l'État français du fait d'un marché attribué par la Communauté urbaine du Mans, sans avoir procédé à la publication d'un avis de marché. C'est aussi le cas pour un groupement européen de coopération territoriale (G.E.C.T.)[370].

La définition unitaire et extensive de l'État est donc une nécessité systémique dans le contentieux des manquements de l'Union européenne. Les États membres ne doivent pas se cacher derrière la répartition interne des compétences pour échapper à l'application pleine et entière du droit de l'Union. Le principe de l'unité de l'État, consacré en droit international, est donc fidèlement transposé au droit de l'Union. Cette même lecture peut aussi être faite en matière d'opposabilité des directives.

---

[367] CJCE, 12 juin 1990, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-8/88, *Rec. CJCE*., 1990, p. I-2321.
[368] CJCE, 13 décembre 1991, *Commission c. Italie*, Aff. C-33/90, *Rec. CJCE,* 1991, p. I-6001.
[369] CJCE, 14 octobre 2004, *Commission c/ France*, Aff. C-340/02, *Rec. CJCE*, 2004, p. I-9845.
[370] Voir Règlement (CE) n° 1082/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relatif au GECT, *JOUE,* 31 juillet 2006, L 210/19.

2. En matière d'opposabilité des directives

Dans la même lancée que le contentieux des manquements, concernant plus exactement l'opposabilité des directives, la Cour énonce que l'exigence d'appliquer les directives pèse également sur les collectivités territoriales, en tant que subdivision organique de l'État. En effet, selon la Cour,

« *lorsque sont remplies les conditions requises par la jurisprudence de la Cour pour que les dispositions d' une directive puissent être invoquées par les particuliers devant les juridictions nationales, tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées, telles les communes, sont tenus de faire application de ces dispositions* »[371].

Il est donc ici fait mention des collectivités décentralisées comme organes de l'État. C'est d'ailleurs ce qu'explique l'avocat général J. Mischo dans l'affaire *Commission des Communautés européennes c/ Espagne*[372] :

> *« Le gouvernement espagnol observe que la mise en œuvre de la directive s'est trouvée retarder en raison, d'abord, de difficultés techniques et, également, en raison du fait que, dans ce domaine, l'État et les communautés autonomes disposent de compétences concurrentes. À cet égard, il suffit de relever que, selon une jurisprudence constante, d'une part, la nature obligatoire des directives implique l'obligation pour tous les États membres de respecter les délais qu'elle fixe afin que l'extension en soit uniformément assurée dans la Communauté tout entière, et que, d'autre part, un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne pour justifier l'inobservation des obligations et délais prescrits par une directive »*[373].

[371] CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo*, *Spa c. Commune de Milan*, Aff. C-103/88, *Rec. CJCE,* 1989, p. I- 1839, point 31; *AJDA,* 1990. 281, chron. T. Debard et C. Alibert; D. 1990. 61, obs. P. TERNEYRE.

[372] CJCE, 1er octobre 1998, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, Aff. C-71/97, *Rec. CJCE*, 1998, p. I-05991.

[373] Conclusions présentées le 26 mars 1998, *Rec. CJCE.*, 1998, p. I-5994, points 7 et 8.

La même position sera plus tard défendue par l'avocat général A. Tizzano dans ses conclusions sur l'affaire *Commission c/ France*[374]., à propos des difficultés rencontrées par les autorités françaises :

> *« Nous devons rappeler, par ailleurs, la jurisprudence constante de la Cour, confirmée à plusieurs reprises, même à propos de la transposition des directives en question, selon laquelle, un État membre ne saurait exciper des situations internes, telles les difficultés d'application apparues au stade de l'exécution de l'acte communautaire, pour justifier le non-respect des obligations et des délais résultant des normes du droit communautaire »*[375].

La Cour de Justice est donc restée constante avec cette position. Elle l'a encore rappelé, à propos d'une collectivité à statut spécial, notamment les institutions autonomes des îles d'Alland [376] . Le défendeur, dans cette affaire, soulevait l'autonomie dont disposait la région en question. Le juge a encore manifesté son indifférence quant à l'organisation interne de la répartition des compétences. La définition monolithique d'État est la seule valable en matière de transposition des directives. Toute solution contraire conduirait à porter atteinte à l'efficacité du système.

La Cour de Justice justifie cette affirmation par la recherche d'une symétrie entre les obligations mises à la charge des juridictions et celles des administrations[377]. C'est sur cette même base que la Cour engage la responsabilité de l'État pour les agissements de ses collectivités territoriales.

3. <u>L'application des règles du marché intérieur, du droit des aides d'État et des marchés publics</u>

[374] CJCE, 2 mai 2002, *Commission c/ République française*, Aff. C-292/99*, Rec. CJCE*, 2002, p. I-4097.
[375] Conclusions présentées le 5 juillet 2001, *Rec. CJCE*, 2002, p. I-4099.
[376] CJCE., 26 octobre 2006, *Commission c/ Finlande*, Aff. C-159/06, *Rec. CJCE*, 2006, p. I-114.
[377] Selon l'analyse de C.-M. CARPENTIER, « Le statut des collectivités infra-étatiques devant les institutions de l'Union européenne », *RFDA*, 2010, p. 1035.

La même approche peut aussi être relevée dans l'application des règles relatives au marché intérieur. L'affaire *Ville de Biarritz*[378] est illustrative. Elle concernait l'application des règles relatives au droit d'établissement. La ville de Biarritz avait défini les dispositions relatives aux modalités d'attribution par voie d'adjudication de locaux appartenant au domaine public de la commune. Elle subordonnait l'admission des candidatures à une condition de nationalité. Un ressortissant allemand, ayant vu sa candidature rejetée, forma un recours devant le Tribunal administratif de Pau, qui saisit la Cour d'une question préjudicielle relative à la compatibilité de cette réglementation avec l'article 52 du traité CE. Celle-ci a explicitement jugé que « *toute pratique ou réglementation discriminatoire, à l'égard des ressortissants des autres États membres, édictée par des collectivités décentralisées tombe sous le coup de l'interdiction de l'article 52* »[379]. Cette même Cour a aussi jugé que les règles relatives à la libre circulation des marchandises s'appliquent aux collectivités territoriales considérées comme des composantes organiques de l'État. C'est ainsi qu'une taxe régionale perçue sur des produits en provenance d'une autre région du même État a été jugée contraire au traité[380].

La jurisprudence sur la question est encore plus abondante dans le domaine des aides d'État. Dans ce dernier, la notion d'État doit être comprise dans son sens le plus large possible de pouvoirs publics, ce qui regroupe les autorités publiques centrales comme les collectivités décentralisées, à quelque niveau que ce soit régional, provincial, départemental, local, quel que soit le statut ou la désignation de l'entité[381]. C'est le cas d'une région qui prélève un impôt sur les sociétés moins élevé

---

[378] CJCE, 18 juin 1985*, Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, Aff. 197/84, *Rec. CJCE*, 1985, p. I-1819.
[379] *Ibidem*.
[380] CJCE, 14 septembre 1995, *Simitzi*, Aff. Jtes C-485/93 et C-486/93*, Rec. CJCE*, 1995, p. I-2655
[381] CJCE, 14 novembre 1984, Aff.323/82, *Intermills c/ Commission européenne*, *Rec. CJCE,* 1984, p.3809 ; C.J.C.E, 14 octobre 1987, Aff. 248/84, *Allemagne c/ Commission européenne*. *Rec. CJCE,* 1987, p. 4013 ; CJCE, 11 février 1987, *Seeadle*r, *JOCE* 1. 295 du 20 octobre 1987 ; CJCE, 13 avril 1994, *République fédérale d'Allemagne et Pleuger Worthington GmbH contre Commission des Communautés européennes*, *Rec. CJCE,* 1994, p. I-1173.

que dans le reste de l'État[382], ou lorsqu'une collectivité ne déclare pas une aide financière en estimant qu'elle sera tolérée en raison de son faible montant[383].

Enfin, la directive européenne relative à la coordination des procédures de passation de marché public[384] retient une interprétation extensive du périmètre organique de la notion d'État, incluant les collectivités territoriales[385]. C'est, en effet, de façon lapidaire que le juge affirme que telle collectivité territoriale est, en raison de son statut, un pouvoir adjudicateur, donc soumise aux règles de la « directive marchés publics » et en tant que tel, elle constitue une composante organique de la notion d'État. C'est le cas, par exemple, dans l'affaire *Teckal* où le juge affirmait, tout simplement, que, « *la commune de Viano, en tant que collectivité territoriale, est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er, sous b), de la directive 93/36* »[386]. La même définition de l'État est aussi retenue dans la jurisprudence de la Cour EDH.

C. Dans la jurisprudence de la Cour EDH

Au niveau de la jurisprudence de la Cour EDH, les collectivités territoriales sont, aussi, considérées comme une composante organique de la notion d'État. Une telle approche est confirmée dans la détermination de la compétence *ratione personae* de la Cour au sens de l'article 34 de la Convention (1) et dans la détermination de la responsabilité d'un État partie (2).

1. Dans la détermination de la compétence *ratione personae* de la Cour

[382] Les illustrations sont nombreuses, voir en particulier, les décisions : CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal c. Commission*, Aff. C-88/03, *Rec. CJCE*, I-7115 ; *AJDA,* 2005. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *ibid*. 2006. 2271, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; et CJCE, 11 septembre 2008, *Ugt-Rioja*, Aff. Jtes C-428/06 à 438/06; *RTDE*, 2010. 159, chron. D. BERLIN.

[383] Voir: TPICE, 4 avril 2001, *Région Friuli Vénézia Giulia c. Commission*, Aff. T-288/97, relatives à des aides régionales versées à des petites entreprises de transports routiers exerçant le plus souvent au moyen d'un seul véhicule et qui n'avaient pas été notifiées à la Commission pour cette raison.

[384] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, *JOUE*, 28 mars 2014, L 94/65.

[385] Voir article 1 (9) de la directive.

[386] *CJCE,* 18 novembre 1999, *Teckal*, Aff. C-107/98*, Rec. CJCE,* 1996, p. I- 8154, point 46.

Dans le premier cas de figure, déjà, dès l'origine, la jurisprudence de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme soutenait que les entités publiques infra-étatiques, et donc les collectivités décentralisées, devaient être considérées comme des organisations gouvernementales, au motif qu'elles exercent des missions qui leur sont confiées par la Constitution ou par la loi, et participent donc à l'exercice de la puissance publique. Dès lors, elles ne disposent d'aucun droit d'agir devant les organes de la Convention, et, de ce fait, toute requête introduite par elles serait irrecevable[387]. La Cour précise clairement dans l'affaire *Assanidzé c. Géorgie* que « *l'expression 'organisation gouvernementale' ne saurait désigner exclusivement le gouvernement ou les organes centraux de l'État. Là où il y a décentralisation du pouvoir, elle désigne toute autorité nationale qui exerce des fonctions publiques* »[388]. C'est sur cette base, qu'elle est arrivée à la conclusion qu'en l'espèce, les autorités régionales adjares ne peuvent être qualifiées d'organisation non gouvernementale ou de groupement de personnes ayant un intérêt commun, au sens de l'article 34 de la Convention. Dès lors, elles entrent dans le cercle organique de l'État géorgien et n'ont pas, de ce fait, la faculté de saisir la Cour d'une requête, pas plus que le droit de présenter devant elle une plainte dirigée contre les autorités centrales de l'État géorgien.

Cette définition extensive du cercle organique de l'État ou de l' « organisation gouvernementale » au sens de la Convention est d'autant plus ancrée que la Cour exclut toute considération relative à l'autonomie des collectivités décentralisées[389] ou à la nature des actes mis en cause. Sur ce dernier point, la Cour a expressément indiqué que les actes à « caractère privé » des communes, ou les actes pour lesquels elles n'ont pas fait usage de leur pouvoir public, ne peuvent constituer un argument qui permettrait de les considérer comme des « requérants potentiels »[390]. La nature de l'acte concerné n'a donc pas d'incidence sur ce point, car une

[387] Commission EDH, 14 décembre 1988, *Commune de Rothenthurm c. Suisse*, req. N° 13252/87.
[388] Cour EDH, arrêt, 8 avril 2004, *Affaire Assanidzé c/ Georgie*, req. N° 71503/01, §. 148.
[389] Voir sur ce point, Cour EDH, décision sur la recevabilité, 3 février 2004, *Gouvernement de la Communauté autonome du pays Basque c. Espagne*, req. N° 29134/03 ; Cour EDH, décision sur la recevabilité, 27 septembre 2007, *Karagiannis c. Grèce*, req. N° 33408/05 ; Cour EDH, décision sur la recevabilité, 26 août 2003, *Breisacher c. France,* req. N° 76976/01 ; Cour EDH, décision sur la recevabilité, 23 novembre 1999, *Section de commune d'Antilly c. France*, req. N° 45129/98 ; Cour EDH, décision sur la recevabilité, 1er février 2001, n° 55346/00, *Ayuntamiento de Mula c./ Espagne.*
[390] Cour EDH, décision sur la recevabilité, 23 mars 2010, *Döşemealtı Belediyesi c. Turquie*, req. N° 50108/06 ; Cour EDH, décision sur la recevabilité, *Christos Hatzitakis et les maires de Thermaikos et Mikra c/ Grèce*, req. N° 48391/99 et 48392/99.

organisation gouvernementale détient toujours une partie de la puissance publique. Donc, nulle considération matérielle n'entre en jeu. Les collectivités décentralisées sont, par nature, et aux fins de l'application de l'article 34 de la Convention, des organes de l'État.

Plus récemment, la Cour a eu à se prononcer sur la question de la qualité pour agir d'une commune, par le biais de personnes physiques, c'est-à-dire des membres constituant le Conseil municipal[391]. En l'espèce, il s'agissait de la dissolution du Conseil municipal de Sur par le Conseil d'État turc (sur requête du ministre de l'Intérieur) au motif qu'il avait utilisé des langues non officielles dans ses activités. Le maire et son adjoint ont saisi la Cour de Strasbourg pour violation de leur droit à la liberté d'expression, et considéraient que la mesure de dissolution du Conseil municipal n'avait pas été prise à l'égard de la commune en tant que personne morale, mais plutôt à leur égard à titre individuel. Or, d'après le Gouvernement, la Cour n'est pas compétente *ratione personae* dans la mesure où les requérants, membres d'un Conseil municipal, et ainsi détenteurs de la puissance publique, avaient des devoirs et responsabilités envers l'État, et, de ce fait, ne peuvent être considérés comme des requérants individuels, mais comme des membres d'une organisation gouvernementale.

Ainsi, pour établir sa compétence *ratione personae*, la Cour doit déterminer s'il y a eu atteinte au droit à la liberté d'expression dans le chef de la commune ou des requérants eux-mêmes. À cet effet, elle précise que c'est la « liberté d'expression » de la personne morale, dont faisaient partie les requérants, qui est en cause ici en raison de sa dissolution. La liberté invoquée est donc attribuable à cette personne morale, et non pas aux requérants eux-mêmes[392]. Cette solution s'avère d'autant plus justifiée qu'elle est conforme à la position traditionnelle de la Cour. La solution inverse ouvrirait aux membres des collectivités locales, ou à toute autre organisation gouvernementale, la possibilité d'introduire ce genre de requêtes, par le biais des personnes physiques qui les constituent ou qui les représentent, pour tout acte réprimé par le gouvernement défendeur dont ils dépendent, et au nom duquel ils

[391] Cour EDH, 2e sect.,9 novembre 2010, *Demirbas c/ Turquie*, , n° 1093/08, n° 301/08, n° 303/08, n° 306/08, n° 309/08, n° 378/08, n° 382/08, n° 410/08, n° 421/08, n° 773/08, n° 883/08, n° 1023/08, n° 1024/08, n° 1036/08, n° 1260/08, n° 1353/08, n° 1391/08, n° 1403/08 et n° 2278/08.
[392] *Idem*, pt. 3 a).

exercent la puissance publique[393]. Ainsi, il est clairement établi que l'interprétation de la qualité pour agir au sens de l'article 34 de la Convention EDH milite en faveur d'une notion extensive de l'État incluant dans son cercle organique les collectivités décentralisées, position qui contraste par ailleurs avec celle de la CJUE sur la question de la recevabilité des recours en annulation au sens de l'article 263 al. 2 du TFUE[394]. Ceci n'est valable que pour les requêtes individuelles et non pour les requêtes interétatiques, dans lesquelles, les collectivités ne peuvent pas exprimer la volonté de l'État[395].

2. Dans la détermination de la responsabilité de l'État partie

S'agissant de la définition organique de l'État au sens des règles d'imputation, la Cour européenne reste dans la même logique extensive. Elle s'aligne aux solutions retenues par le droit de la responsabilité internationale des États, telles que codifiées par la CDI dans son projet d'articles. En effet, pour des besoins d'efficacité et de protection optimale des droits protégés par la Convention EDH, l'État partie est responsable des agissements de ses entités décentralisées, quel que soit leur degré d'autonomie. C'est ainsi que dans l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*[396], le Royaume-Uni a été jugé responsable d'une violation de l'article 3 du fait de l'exécution de châtiment corporel par les autorités locales de l'île de Man. De même, dans l'affaire *Assanidzé c. Géorgie*, la Cour affirme clairement que « *l'État recouvre toute autorité nationale qui exerce des fonctions publiques, y compris les autorités locales* »[397]. Ainsi, même si les faits sont imputables aux autorités locales selon le droit interne géorgien, seule la responsabilité de l'État géorgien peut être engagée à raison des

[393] Voir commentaires d'A. DRESSAYRE, *JDI, (Clunet),* n° 4, octobre 2011, pp. 1292-1294.
[394] Voir notre analyse, *infra*, p. 132.
[395] Voir *infra*, p. 135.
[396] Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. N° 5856/72.
[397] Cour EDH, 8 avril 2004, *Assanidzé c. Géorgie, supra*, note 388, § 146 ; On peut faire la même analyse dans l'affaire *Toonen c. Australie* devant le Comité des droits de l'homme (CDH, n° 488/1992).

faits d'une collectivité territoriale. La Cour reste donc fidèle à son adhésion au principe de l'unité de l'État dans l'application des règles de responsabilité[398].

On voit, ainsi, que d'une manière générale, l'application des normes européennes et internationales nécessite une vision organique large de l'État, incluant la catégorie des collectivités non fédérées. Si la même analyse peut être faite concernant le cas spécifique des entités fédérées, cela ne va pas sans quelques précisions qui les particularisent.

Paragraphe 2. Le cas des entités fédérées

Au regard des règles d'imputation, les entités fédérées constituent, en vertu du principe de l'unité de l'État, une composante organique de la notion d'État. Si cette règle est bien ancrée dans les solutions prétoriennes concernant l'application des règles d'imputation (A), elle est restée longtemps controversée en droit des immunités (B).

A. Une solution ancrée dans la jurisprudence et la pratique internationales et européennes

L'extension organique de la notion d'État aux entités fédérées, comme pour le cas des autres collectivités territoriales, en matière d'imputation ne fait plus de doute. Ayant une vision unitaire de l'État, le droit international, de même que le droit européen, impute à l'État le fait de ses entités fédérées. C'est en vertu d'une telle règle que dans l'affaire du *"massacre des Italiens de la Nouvelle-Orléans"*[399], les États-Unis ont fini par reconnaître leur responsabilité, et présenté leurs excuses au gouvernement italien, en octroyant une indemnité aux familles des onze victimes qui avaient été emprisonnées en Louisiane, à la suite du meurtre du chef de la police de la Nouvelle-Orléans, puis lynchés par la population locale. L'Italie avait alors pris fait

[398] Cour EDH, arrêt, 10 décembre 1982, *Foti et autres c. Italie*, *série A* n° 56, p. 21, § 63 ; Cour EDH, arrêt, 13 juillet 1983, *Zimmermann et Steiner c. Suisse*, *série A* n° 66, p. 13, § 32 ; Cour EDH, arrêt, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, *série A* n° 103, p. 28, § 46.
[399] Affaire réglée à l'amiable.

et cause pour ses ressortissants et exercé la protection diplomatique pour obtenir réparation. Même si l'État de Louisiane était le seul en cause pour ne pas avoir accordé de protection suffisante et ne pas avoir poursuivi les auteurs du lynchage, seul le représentant des États-Unis pouvait être tenu pour responsable des dommages causés, l'État de Louisiane n'étant pas reconnu internationalement, sinon que comme un organe de l'État américain. Cette affaire, réglée à l'amiable, montre déjà le caractère coutumier d'une telle règle de responsabilité de l'État du fait de ses entités fédérées[400], règle impliquant une définition organique extensive de la notion d'État. La pratique jurisprudentielle internationale (1) ainsi que celle européenne (2) et le traitement de la question en matière d'immunités, nous permettent de confirmer une telle assertion.

1. Dans la jurisprudence internationale

La jurisprudence internationale est assez constante en la matière. Dans l'affaire *Pellat*, la Commission de réclamation France/Mexique affirmait clairement *« le principe de la responsabilité internationale d'un État fédéral pour tous les actes des États particuliers qui donnent lieu à des réclamations des États étrangers* » et notait, en particulier, que cette responsabilité « (…) *ne saurait être niée, pas même dans le cas où la Constitution fédérale dénierait au gouvernement central le droit de contrôle sur les États particuliers ou le droit d'exiger d'eux qu'ils conforment leur conduite aux prescriptions du droit international* »[401]. Depuis lors, cette règle a été appliquée avec constance. La CIJ a suivi le mouvement. Elle a reconnu dans l'affaire *LaGrand* que « *la responsabilité internationale de l'État est engagée par l'action des organes ou autorités compétentes agissant dans cet État, quels qu'ils soient* »[402] . Il s'agissait dans cette affaire de l'exécution de Mr LaGrand à la peine capitale par les autorités d'une entité fédérée, l'Arizona. La Cour a engagé la responsabilité des

[400] Mais cela n'ampêche pas l'existence d'affaires dans lesquelles une telle règle a été vivement contestée, voir notre analyse*, infra*, p. 481.
[401] Commission de réclamation France-Mexique, *succession de Hyacinthe Pella c/ Mexique*, 7 juin 1929, *RSA*, vol. V, p. 536.
[402] CIJ, ordonnance du 3 mars 1999, *Rec. CIJ*, 1999, p.16 ; voir aussi CIJ, ordonnance du 9 avril 1998, *Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, (Paraguay c/ États-Unis d'Amérique), Rec. CIJ*, 1998, p. 272.

États-Unis pour cette décision émanant d'une autorité fédérée, notant que cette dernière constitue un organe du premier. Plus récemment, la CIJ a eu à affirmer encore ce même principe dans un litige mettant en cause le même État défendeur dans l'affaire *Avena*[403].

Le CIRDI retient la même position extensive de la notion organique d'État incluant les entités fédérées. C'est du moins ce qui ressort de son interprétation de l'article 25 de la Convention de Washington. En effet, aux fins d'établir sa compétence *ratione personae*, le Centre a jusqu'à présent adopté une attitude tendant à admettre, sans apporter une véritable démonstration juridique, que les entités fédérées (et d'une manière générale toutes les collectivités territoriales) sont des émanations organiques de l'État, quelle que soit l'organisation interne de ce dernier. L'affaire *compania de aguas de Aconquija et compagnie générale des eaux / République d'Argentine*[404] en fournit un exemple très significatif. Dans cette affaire, il s'agissait d'un litige portant sur l'exécution d'un contrat de concession entre une filiale argentine de la CGE (devenue Vivendi) et la province argentine de Tucumán. La *Compania d'Aguas del Aconquija* avait signé avec la Province argentine de Tucuman un contrat de concession pour la fourniture d'eau potable. Après de nombreuses difficultés dans l' exécution du contrat, la Compagnie Générale des Eaux et sa filiale argentine *Compania de Aguas del Aconquija*, assignèrent l' État argentin devant le Centre, sur le fondement du Traité de protection des investissements étrangers conclu entre la France et l' Argentine en 1991. Or, pour reprendre la sentence arbitrale, qui reprend elle-même les propos d'un rapporteur spécial de la Commission du droit international, *« un État fédéral ne peut limiter le champ de sa responsabilité internationale en arguant de son caractère fédéral ou décentralisé »* [405]. Le Centre se réfère également aux travaux du Professeur Sorensen, selon lequel il existe un *« generally accepted principle of international law that a federal State is responsible for the conduct of its political sub-divisions and cannot evade that responsibility by alleging that its constitutional powers of control*

---

[403] CIJ, mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003 *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c/ États-Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 2003, p. 77 ; CIJ, Affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique et États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 31 mars 2004, *Rec. CIJ*, 2004, p. 12.

[404] CIRDI, sentence du 21 novembre 2000, *Compania de aguas de Aconquija et compagnie générale des eaux c/.République d'Argentine*, Aff. N° ARB/97/3., *ILM*, 2001, vol 40, p. 246.

[405] *Idem*, §. 49.

over them are sufficient for it to enforce compliance with international obligations »[406] avant d'ajouter qu'il ressort des négociations, ayant abouti à la mise en place de la Convention, que les articles 25(1) et 25(3) ont été rédigés de telle sorte qu'ils puissent permettre « *the expansion of the scope of ICSID arbitration ratione personae to include subdivision and agencies if a Contracting State,) »*[407].

C'est également cette même logique qui a conduit, au Groupe spécial dans l'affaire *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, d'imputer les mesures du Rio Grande do Sul, État de la République fédérative du Brésil au Brésil en tant que Membre de l'OMC. De telles mesures devraient ainsi être considérées comme des « mesures étatiques » aux fins de l'article 3 :3 du Mémorandum d'accord[408]. De même, dans l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons – Recours du Canada à l'article 21 :5*, le Groupe spécial rappelle que « *les mesures sanitaires prises par le gouvernement de la Tasmanie, qui est une institution autre que du gouvernement central* » sont visées par l'accord SPS et relèvent de la responsabilité de l'Australie, en tant que Membre de l'OMC[409]. C'est cette même logique que défendent aussi les juridictions européennes, à quelques aménagements près.

2. <u>Dans la jurisprudence européenne</u>

Au niveau européen, on note un alignement sur les solutions retenues en droit international, à quelques aménagements près. Cet alignement peut être illustré, d'une part, à travers la jurisprudence de la Cour EDH (a) et, d'autre part, celle de la Cour de Justice (b).

---

[406] M. SORENSEN, *Manual of Public International Law,* 1968, p. 557.
[407] §. 52 de la décision.
[408] Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/R, 12 juin 2007, § 7.400.
[409] Rapport du Groupe spécial*, Australie – Mesures visant les importations de saumons- Recours du Canada* à l'article 21 :5, WT/DS18/RW, 18 février 2000, § 7.13

a. Devant la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme a souscrit à la définition organique extensive de l'État lorsqu'elle considère les actes des entités fédérées comme des actes imputables à l'État fédéral au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a eu à préciser sa jurisprudence en la matière dans des affaires mettant en avant les rapports entre l'État fédéral belge et ses entités fédérées, en l'occurrence la Région flamande. C'est ainsi que dans l'affaire *Marien contre Belgique*[410], l'État belge avait invoqué la qualité de partie au procès de la Région flamande pour exclure sa responsabilité du chef d'une éventuelle violation de la Convention. La Cour rejette une telle argumentation, ne considérant l'État belge que dans son unité, faisant de la Région flamande (entité fédérée) une composante organique de l'État fédéral belge. Sur ce fondement, une violation de la Convention par les autorités flamandes engagerait la responsabilité de l'État fédéral. L'État fédéral belge a également été invité à répondre d'actes de violation de la Convention matériellement imputables, en tout ou partie, à une Communauté ou à une Région[411].

Plus illustrative encore a été la position de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *RMD c/ Suisse*[412]. Dans cette affaire, le requérant était soupçonné d'être mêlé à divers vols commis dans plusieurs cantons suisses. Immédiatement après son arrestation, il avait été transféré à de multiples reprises, pour de courtes périodes, dans sept cantons différents. Durant les deux mois qu'avait au total duré sa détention préventive, toutes ses demandes de remise en liberté furent déclarées irrecevables, car son transfert dans un autre canton était intervenu entretemps. Les juridictions cantonales, successivement saisies estimaient systématiquement qu'elles étaient devenues incompétentes *ratione loci* pour statuer sur la demande. Une pareille situation était donc liée selon la Cour « *à la structure fédérale de la Confédération helvétique, où chaque canton dispose de son propre code de procédure pénale* »[413]. À cet égard, seule une définition unitaire et

[410] Cour EDH, arrêt, 3 novembre 2005, *Marien c/ Belgique*, req. N° 46046/99.
[411] Cour EDH, décision sur la recevabilité, 10 mars 2005, *Dewinne c/ Belgique*, Req. n° 56024/00 ; Cour EDH, arrêt, 27novembre 2007, *Hamer c/ Belgique*, req. N° 21861/03.
[412] Cour. EDH, arrêt, 26 septembre 1997, *RMD c/ Suisse*, req. N° 19800/92.
[413] *Idem*, point 53.

monolithique de l'État permet à la Cour de garantir 'application dynamique de la Convention, notamment en son article 5 § 4. En disposer autrement, reviendrait à cautionner des procédures juridictionnelles anormalement longues, car dépendant de chaque canton. Ainsi, seule une définition unitaire de l'État ignorant le fait que « *chaque canton dispose de son propre code de procédure pénale* » était de nature à permettre à la Cour d'engager la responsabilité de l'État fédéral suisse, en considérant les cantons comme étant des composantes organiques de ce dernier. En effet, la Cour concluait que les choix posés par la Confédération dans le cadre de son organisation fédérale,

> « *ne sauraient justifier que le requérant soit privé des droits que lui reconnaît l'article 5 § 4 de la Convention. Si, comme en l'espèce, une personne en détention est transférée continuellement d'un canton à l'autre, il appartient à l'État d'agencer son système judiciaire de manière à permettre à ses tribunaux de répondre aux exigences de cet article* »[414].

Donc, on voit à travers ce précédent la pertinence de la définition organique extensive de l'État, reposant sur le principe de l'unité de l'État, au regard de la protection internationale et européenne des droits de l'homme, est prouvée. La même analyse peut être faite au regard de la jurisprudence de la CJUE.

b. Devant la Cour de Justice de l'UE

La même définition unitaire et extensive de la notion d'État se dégage aussi du contentieux des manquements de l'UE[415], de l'opposabilité des directives ou dans le cadre de la détermination du caractère étatique d'une aide.

Dans le contentieux des manquements, la définition unitaire de l'État s'aligne pour l'essentiel sur les solutions retenues en droit de la responsabilité internationale des États. Elle apparaît clairement dans la prise de position de la Cour quant à la démarche de la Commission de s'adresser directement à la collectivité territoriale,

[414] *Ibidem*.
[415] *Supra* note 360.

auteur du manquement[416]. En effet, dans un arrêt du 12 juin 1990[417], la Cour recadre la Commission. Elle lui indique que son rôle dans le cadre du contrôle qu'elle exerce sur la mise en œuvre du droit de l'Union ne l'autorise pas à s'immiscer au sein de la structure institutionnelle des États membres, et qu'en conséquence elle n'a pas à s'adresser directement aux collectivités territoriales. En l'espèce, il s'agissait d'une entité fédérée allemande. Selon la Cour :

> *« Il incombe à toutes les autorités des États membres, qu'il s'agisse du pouvoir central de l'État, d'autorités d'un État fédéré ou d'autres autorités territoriales, d'assurer le respect des règles du droit communautaire dans le cadre de leurs compétences. En revanche, il n'appartient pas à la Commission de se prononcer sur la répartition des compétences opérées par les règles institutionnelles de chaque État membre et sur les obligations qui, dans un État doté d'une structure fédérale, peuvent incomber respectivement aux autorités fédérales et aux autorités des États fédérés. Elle ne peut que contrôler si l'ensemble des mesures de surveillance et de contrôle établi selon les modalités de l'ordre juridique national est suffisamment efficace pour permettre une application correcte des principes communautaires »*[418].

Cette injonction adressée à la Commission met ainsi un terme au développement que l'on voyait esquisser de l'observation de la pratique de la Commission, à savoir une intervention directe de la Commission au sein de l'ordre juridique des États membres, et des injonctions de comportement adressées directement à des collectivités fédérées. En somme, la Cour estime que la Commission n'est plus en position d'enjoindre directement les collectivités récalcitrantes, mais d'en référer uniquement à l'État membre (aux autorités centrales), qui lui, se doit d'adopter des structures institutionnelles propres à assurer une application efficace du droit de l'UE.[419]. Une telle position cadre avec le principe de l'unité de l'État et l'indifférence du droit européen par rapport à la répartition interne des compétences. Par là, le juge de l'Union affirme son adhésion à une définition organique extensive de l'État, incluant les entités fédérées.

---

[416] Voir CJCE, 10 mars 1987, *Commission c/ Italie*, *supra* note 362.
[417] CJCE, 12 juin 1990, *Commission c/ Allemagne*, *supra* note 367.
[418] *Idem*, p. I-2359, point 13.
[419] Voir Y. MONJAL, « L'accès aux avis motivés de la Commission européenne par les collectivités locales. Remarques sur les manquements locaux imputables à l'État ou comment justifier certains silences coupables… », *RMCUE*, n° 550, 2011, p. 424 et ss.

L'assimilation des entités fédérées à des organes de l'État, en vertu du principe de l'unité de l'État, prend une autre dimension dans le contentieux de la responsabilité. En effet, il est de jurisprudence constante que la Cour de Justice s'aligne sur les solutions dégagées en droit de la responsabilité internationale des États. Il est clairement admis qu'une violation du droit de l'Union imputable à une entité fédérée engage la responsabilité de l'État fédéral. Toutefois, pour des raisons d'effectivité, le juge de Luxembourg ne pousse pas jusqu'au bout la logique du principe de l'unité de l'État au stade de la réparation. Certes, tout acte d'une entité fédérée engage la responsabilité de l'État fédéral, pris dans son unité, mais, le juge admet la possibilité, en raison de l'autonomie dont bénéficient certaines entités fédérées, que la réparation des dommages puisse incomber à l'entité fédérée elle-même, en plus de celle de l'État fédéral[420]. La considération de l'autonomie ou de la structure fédérale particulière brise la définition unitaire et large de l'État reposant sur l'indifférence quant à la répartition interne des compétences, et introduit une distinction entre le niveau fédéral et le niveau fédéré (distinction ignorée en droit de la responsabilité internationale). Sur ce point, la définition organique de l'État au sens de l'Union européenne, éminemment empreinte de pragmatisme, se démarque de celle retenue en droit de la responsabilité internationale[421]. La question a aussi connu une certaine variation lorsqu'on l'aborde sous l'angle du droit des immunités.

B. <u>La question en droit des immunités de l'État</u>

Un des points les plus controversés sur la définition de l'État, au sens de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, a été le traitement des États fédéraux[422]. À la question de savoir si les

[420]CJCE, 1er juin 1999, *Konle*, Aff. C-302/97, *Rec. CJCE,* p. I-3099 : La Cour note que : « *En effet, s'agissant des États membres à structure fédérale, la Cour a déjà jugé que, si les modalités procédurales existant dans l'ordre interne permettent une protection effective des droits que les particuliers tirent de l'ordre communautaire sans qu'il soit plus difficile de faire valoir ces droits que ceux qu'ils tiennent de l'ordre juridique interne, la réparation des dommages causés aux particuliers par des mesures d'ordre interne prises en violation du droit communautaire ne doit pas nécessairement être assurée par l'État fédéral pour que les obligations communautaires de l'État membre concerné soient remplies* » (point 63 et 64).

[421] La même remarque peut être faite concernant le cas des organismes publics, voir *infra*, p. 370.

[422] G. HAFNER et L. LANGE, « La Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *AFDI*, 2004, n° 50, p. 54.

entités fédérées constituent une composante organique de la notion d'État au sens du droit des immunités, la réponse ne relevait pas de l'évidence. Les pratiques nationales ont longtemps été divergentes sur la question (1). La codification internationale est venue éclairer (2).

1. La pratique des juridictions nationales

La pratique des juridictions nationales révèle une divergence des points de vue quant à la question de la définition de l'État au sens du régime des immunités internationales de l'État. Par exemple, en droit français, contrairement à certaines pratiques étrangères (notamment en Grande-Bretagne et aux États-Unis), les démembrements de l'État ou les États fédérés ne pouvaient invoquer l'immunité, car seuls les États eux-mêmes bénéficient de la personnalité internationale. Il y a donc dans cette hypothèse, une différenciation entre l'État central et ses démembrements, seul le premier répondant à la définition de l'État au sens du régime des immunités. Le juge français a développé, en effet, une jurisprudence constante et non équivoque, refusant systématiquement d'élargir le privilège immunitaire aux collectivités territoriales, plus particulièrement les entités fédérées. Dès la fin du XIXe siècle, dans l'affaire *Ville de Genève c. Consorts de Cirvy*, la Cour d'appel de Paris[423], puis la Cour de cassation[424], ont refusé de reconnaître le bénéfice de l'immunité à une autorité locale, au motif que seul l'État suisse pourrait s'en prévaloir. Cette jurisprudence n'est pas restée isolée, et a même été généralisée à l'ensemble des collectivités fédérées. Dans l'affaire *État de Ceara c/ Dorr* et autres, la Cour de cassation a, en effet, refusé de reconnaître le bénéfice de l'immunité à une collectivité fédérée brésilienne[425]. Par la suite, dans l'affaire *État de Hesse c/ J. Neger,* la Cour d'appel de Paris a réitéré cette position et formulé un attendu de principe prévoyant que « *l'immunité de juridiction n'existe qu'au profit des États*

[423] Cour d'appel de Paris, 19 juin 1894, *Ville de Genève c. Consorts de Civry*, *Sirey*, 1896-I, p. 225.
[424] Cass. Civ., ch. Req., 1er juillet 1895, *Ville de Genève c. Consorts de Civry, Sirey, 1896-I, p. 225.*
[425] Cass. Civ., 24 octobre 1932, *État de Ceara c. Dorr et autres, Rec. Dalloz*, 1933-I, p. 196, note A. GROS; voir aussi, *JDI*, 1933, p. 644. Une analyse comparable prévaut pour l'immunité d'execution. Voir par exemple en France, Trib. Civ. Toulon, 26 avril 1938, Socrifos c/ URSS, *RGDIP*, 1940-1945, p. 127; à l'étranger, Bruxelles, 7 juillet 1937, *Urrutia et Amollobieta c./ Martiarena et autres*, *JCP,* 1938, II, p. 609.

souverains », « *tel n'est pas le cas pour les États membres d'une fédération, qui sont soumis à la tutelle de l'État fédéral* »[426]. Cette lecture[427] implique une différenciation entre l'État fédéral et ses composantes fédérées, ce qui est aux antipodes du principe de l'unité de l'État tel que retenu en droit de la responsabilité internationale des États[428].

La Cour d'appel américaine a aussi à un moment donné souscrit à cette lecture, mais en adoptant le chemin inverse. Au lieu de refuser (comme l'a fait le juge français) l'immunité de juridiction aux entités fédérées, elle l'a reconnu, mais non pas en tant qu'organe de l'État. Cette reconnaissance se fondait sur la consécration d'une personnalité juridique internationale propre de l'entité fédérée. En effet, dans l'affaire *Sulivan c/ État de Sao Polo*[429], la Cour a conclu à une immunité propre de l'entité fédérée en cause sans aucune référence à l'État fédéral dans lequel elle se trouve. Le Juge C.-E. Clark a procédé par analogie : puisqu'il ressort d'une jurisprudence constante que les collectivités fédérées américaines ne peuvent se juger entre elles, le juge américain ne saurait entendre d'un litige impliquant une collectivité fédérée étrangère. Cette argumentation suggère alors que la collectivité fédérée de São Paulo bénéficie, dans l'ordre juridique international, du même privilège que celui dont bénéficient les collectivités fédérées américaines dans l'ordre juridique interne des États-Unis. Une telle vision implique, de même que l'approche de la jurisprudence classique française, une différenciation organique entre l'État fédéral et l'entité fédérée au niveau international. Un tel raisonnement a d'ailleurs été

---

[426] Cour d'appel de Paris, 5 novembre 1696, *État de Hesse c/ J. Neger*, *Rev. Crit. DIP*, 1970, p. 703.

[427] Voir aussi G. HAFNER et L. LANGE, « La Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *AFDI*, 2004, n° 50, p. 54.

[427] T. civ. Seine, 11 décembre 1922, *Crédit foncier d'Algérie et de Tunisie c/ Restrepo et Dpt d'Antioquia*, *JDI* 1923. p. 857 ; Lyon-Caen, *État de Céara c/* Dorr et a. : Civ. 24 octobre 1932, D. 1933, n°1, p. 196, note GROS. - T. civ. Seine, 2 mars 1948, *dame Dumont c/ État de l'Amazone*, D. 1949, p. 428, note Colliard ; TGI Paris, 15 janvier 1969, *Neger c/ gouvernement du land de Hesse, Rev. crit. DIP* 1970, p. 98, 1re esp., note BOUREL. - Paris, 5 novembre 1969, *gouvernement du land de Hesse c/ Neger*, *Rev. crit. DIP,* 1970, p. 703, note LOUSSOUARN.

[428] Toutefois, une exception est admise en droit français, lorsque le démembrement de l'État étranger obtient une extension de l'immunité conférée à l'État fédéral. C'est ce que la France a fait pour la province du Québec, par lettre du 1er décembre 1964, en lui octroyant une extension des privilèges et immunités accordés au Canada. Cet accord a fait l'objet d'une application par la Cour de cassation en 2009 (Soc. 4 nov. 2009, n° 08-60.593).

[429] United States Court of Appel, 4 août 1941, *Sulivan c/ Etat de Sao Paulo*, *Annual Digest*, vol.10, 1945, p. 178. Pour un commentaire, voir, « *Immunity from suit of foreign instrumentalities* », *Yale Law Journal*, n° 50, 1940-1941, p. 1058.

vigoureusement critiqué par le juge L. Hand dans son opinion dissidente et n'a pas été suivi par la jurisprudence ultérieure[430].

Ce serait, aujourd'hui, s'inscrire à rebours d'une pratique constante, que de reconnaître que les entités fédérées bénéficient d'une immunité propre distincte de celle de l'État, ou n'en bénéficient pas du tout, parce qu'elles ne sont pas l'État. Toutes les deux hypothèses évoquées conduisent à une notion restrictive d'État, excluant ses composantes territoriales. En effet, la reconnaissance de l'immunité de juridiction constitue l'expression interne d'un privilège accordé dans l'ordre juridique international à une entité souveraine, ou, en tout cas, un sujet de droit international. Or, les collectivités territoriales, y compris les entités fédérées, constituent des organes de leurs États, et ne disposent donc pas d'une personnalité juridique pleine et entière. Par conséquent, comme dans le cas de la responsabilité internationale des États, une atteinte portée à leurs droits par une autorité étrangère est considérée comme une atteinte portée à la souveraineté de leur État. C'est ce qu'a affirmé la Cour Suprême du Queensland dans l'affaire *Van Heyningen c/ Netherlands Indies Government*[431]. Dans cet arrêt, le président de la Cour a déclaré qu' :

> *« Une action ne peut être intentée devant nos tribunaux contre une partie intégrante d'un État étranger souverain. Lorsqu'un État étranger souverain établit un organe relevant de son gouvernement en lui confiant le contrôle administratif d'une partie de son territoire qu'il constitue en entité juridique, il me semble que cette entité juridique ne peut faire l'objet de poursuites, car cela reviendrait en dernière analyse à assujettir l'autorité et le territoire d'un souverain étranger à la juridiction et au pouvoir d'exécution de ce tribunal »*[432].

Cette position ressort, aujourd'hui, de la pratique des États, au point qu'on peut en déduire une norme coutumière. En effet, le bénéfice du privilège immunitaire ne peut appartenir en propre à la collectivité territoriale. Cette immunité ne lui est

[430] Il convient peut être de signaler un cas dans un autre contexte. La Cour d'appel d'Amsterdam a reconnu le bénéfice de l'immunité à la Lettonie, dans une affaire datant du 3 décembre 1942 (*Poortensdijk Ltd. c/ République soviétique de Lettonie*, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1943, p.340). À l'époque, l'annexion des trois États baltes par l'URSS en 1940 avait été déclarée sans effets par certains États alors que d'autres considéraient ces territoires comme faisant partie généralisée, d'autant plus qu'elle reconnaissait l'indépendance de la Lettonie et le fait qu'elle faisait partie intégrante de l'URSS. D'ailleurs, cette position restera aussi sans suite.

[431] Cour suprême du Queensland, *Van Heyningen c/ Netherlands Indies Government, Annual Digest,* 1953, vol. 15, p. 138.

[432] Nous traduisons.

reconnue qu'en tant que partie intégrante de l'État [433]. Autrement dit, la reconnaissance d'un pouvoir de juridiction à l'égard d'un acte d'une collectivité territoriale, peut constituer, une atteinte à la souveraineté de l'État étranger, justement parce que le privilège immunitaire protège l'État et l'ensemble de ses organes centraux, fédéraux ou décentralisés[434].

2. La codification internationale

Au niveau international, les positions retenues ne font pas œuvre de clarté non plus[435]. La Convention du Conseil de l'Europe sur les immunités des États de 1972[436], par exemple, ne reconnaît pas les collectivités territoriales comme organes de l'État. L'assimilation n'est pas automatique à la lecture combinée des articles 27 § 1 et 28 § 1 de ladite convention, selon lesquels :

> *« Aux fins de la présente Convention, l'expression «État contractant» n'inclut pas une entité d'un État contractant distincte de celui-ci et ayant la capacité d'ester en justice, même lorsqu'elle est chargée d'exercer des fonctions publiques.*
>
> *Les États membres d'un État fédéral ne bénéficient pas de l'immunité, sans préjudice des dispositions de l'art. 27 »[437].*

Donc la solution retenue est une définition restrictive de la notion d'État excluant les collectivités territoriales, y compris les entités fédérées. Il y a, tout de même, une exception. Les États parties peuvent décider de notifier au Secrétaire général leur intention de considérer leurs entités fédérées comme leurs propres organes, et à cet effet de bénéficier du régime des immunités[438]. L'Allemagne, l'Autriche et la Belgique ont toutes les trois émis une déclaration précisant que l leurs

[433] Voir à cet effet, Tribunal civil de la Seine, 2 mars 1948, *Dame Dumont c/ État de l'Amazone*, *Dalloz*, 1949-II, p. 428; Tribunal civil de Florence, 8 juin 1906, *Somigli c/ État de Sao Paulo du Brésil*, Cour d'appel de Bruxelles, 22 novembre 1907, *Fedman c/ État de Bahia*, C*ourt of appeal United Kingdom*, 16 février 1971, *Mellenger et autres c/ Development corporation of New Brunswick*.
[434] R. COLAVITTI, *supra* note 339, p. 536.
[435]Voir C. KESSEDJIAN, « Immunités », *Répertoire de droit international, Dalloz*, juin 2011, point 40.
[436] Convention de l'Europe sur les immunités de l'État, Bale, 16 mai 1972, *Série des Traités Européens*, n° 74.
[437] *Ibidem*.
[438] Article 28 § 2 de la Convention.

collectivités fédérées pourront invoquer à leur profit le bénéfice des dispositions de la Convention.

Le premier projet d'articles de la CDI ne mentionnait pas, non plus, les États fédérés parmi les démembrements de l'État bénéficiant de l'immunité juridictionnelle, excluant donc ceux-ci du cercle organique de la notion d'État. Toutefois, au cours de la seconde lecture, une disposition incluant les éléments constitutifs d'un État fédéral dans la définition de l'État a été ajoutée à la suite d'une proposition de l'Allemagne et de l'Australie dans leurs commentaires écrits sur le premier projet. La Convention de 2004 est toutefois plus limpide. Elle regroupe la disposition sur les États fédéraux avec celle qui concerne les subdivisions politiques de l'État. Ce refus d'un traitement particulier atteste la consécration du principe de l'unité de l'État avec comme corollaire l'indifférence quant aux considérations d'ordre interne. Autrement dit, l'État est monolithique, quelle que soit l'autonomie dont puissent se prévaloir ses subdivisions politiques. En effet, selon l'article 2 § 1 de la Convention, « *le terme État désigne* » aussi « *les composantes d'un État fédéral ou les subdivisions politiques de l'État, qui sont habilitées à accomplir des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine et agissent à ce titre* »[439]. Des voix s'étaient, toutefois, élevées pour inclure des conditions supplémentaires, pour que les entités fédérées soient considérées comme des organes de l'État, et à ce titre, habilitées à bénéficier du régime des immunités. C'est le cas de la proposition avancée par la Suisse, selon laquelle une déclaration du gouvernement de l'État fédéral devrait être une condition supplémentaire pour que ses entités fédérées puissent bénéficier de l'immunité. Une telle proposition avait reçu l'approbation d'un certain nombre d'États[440]. Le président du groupe de travail établi par l'Assemblée générale, R. Calero-Rodriguez, proposa d'adopter une solution similaire à celle qui est suivie à l'article 28 de la Convention européenne sur les immunités des États de 1972 : l'immunité d'une entité fédérée dépendrait d'une déclaration préalable faite par cet État, selon laquelle ses entités fédérées pourraient invoquer les dispositions de la convention applicables aux États contractants, et auraient les mêmes obligations qu'eux. En l'absence d'une déclaration de ce genre, les entités fédérées ne bénéficieraient pas de l'immunité, comme organes de l'État. R. Calero-Rodriguez estimait qu'une solution de ce type

[439] *Supra* note 88.

[440] Groupe de travail sur la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, deuxième réunion, 29 septembre 1992, p. 1.

permettait une plus grande flexibilité face aux différences dans les lois nationales, tout en facilitant l'application des dispositions de la convention par les tribunaux nationaux en réduisant les incertitudes dans le traitement des entités fédérées[441]. Mais, le groupe de travail n'a pas finalement retenu la solution préconisée par R. Calero-Rodriguez. Une telle solution signifierait que la définition de l'État au sens de la Convention n'est pas, en soi, une opération autonome. Elle dépendrait du bon vouloir des États de faire ou non la déclaration permettant de considérer leurs entités fédérées comme composante de la notion organique d'État, et à ce titre, habilitées à bénéficier du régime de la Convention. De ce fait, pour cadrer davantage avec le principe de l'unité de l'État, le groupe de travail ne retient pas l'exigence de déclaration préalable, et mieux, il omet délibérément toute indication quant à l'origine de l'autorité souveraine, comme l'y invitait certains[442]. Donc, que les entités fédérées exercent des prérogatives de puissance publique de l'État fédéral ou leurs propres prérogatives, au regard de la répartition constitutionnelle des compétences, elles sont considérées comme des organes de l'État fédéral. Le droit des immunités adopte ainsi, à l'image du droit de la responsabilité internationale des États, une définition monolithique de l'État, ne laissant pas de place aux considérations internes relatives à l'autonomie des entités fédérées par rapport à leur État d'appartenance.

En conclusion, on peut soutenir que la notion d'État est interprétée de façon large, afin d'y inclure toutes les entités qui statutairement exercent des fonctions de nature étatique. Toutefois, cette vision d'ensemble ne doit pas cacher le fait que dans d'autres hypothèses, lesdites collectivités sont exclues de la notion d'État.

---

[441] Sixième Commission de l'Assemblée générale, consultations informelles tenues en application de la décision de l'Assemblée générale 48/413, 4 octobre 1994, p. 2, UN-Doc. A/C.6/49/L.2.
[442] Voir *supra* note 422, p. 55.

Section 2. L'exclusion des collectivités territoriales de la notion d'État

La considération des collectivités territoriales comme composante organique de la notion d'État, au sens de l'application de certaines règles générales d'imputation, ne cache pas le fait que l'application d'autres règles internationales et européennes interpelle une solution différente. Les collectivités territoriales peuvent, en effet, être exclues du cercle organique de la notion d'État. Cette perspective trouve appui dans un certain courant doctrinal classique. En effet, des auteurs, comme Hauriou[443], ont souligné, par exemple, l'aporie caractéristique du statut des collectivités territoriales, « *manière d'être de l'État* », tout en restant « *autrui* » par rapport à lui. Le maître de Toulouse observait que *« le régime d'État est une superstructure, il se rapporte à des institutions politiques déjà existantes ; et il a besoin de conserver au-dessous de lui des institutions différentes de lui* »[444]. Certes, en tant qu'entités juridiques « voulues »[445] par l'État, les collectivités territoriales ne peuvent être totalement isolées par rapport à lui. Mais, le libre exercice de leurs missions d'intérêt général et de leurs prérogatives de puissance publique nécessite la prise en compte de leur personnalité juridique distincte. Une telle vision s'impose en droit interne, mais aussi dans certains régimes spécifiques du droit international et du droit européen. Il convient d'analyser à cet égard les règles d'expression de la volonté de l'État (Paragraphe 1) et l'application de certains régimes spéciaux (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Au regard des règles d'expression de la volonté de l'État

Les règles d'expression de la volonté de l'État offrent une vision organique de la notion d'État, excluant a priori les collectivités territoriales. Il en est ainsi, lorsque l'État exerce sa volonté contractuelle (A) ou sa volonté à exercer un recours (B).

---

[443] Voir M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, *Dalloz*, 2010; Voir également F. FOURNIE, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Paris, *LGDJ*, 2005.
[444] *Idem*, p. 229.
[445] Expression retenue dans l'avant-propos du Professeur Jacques Moreau à la thèse doctorale de F. Fournié, *supra* note 443.

A. La notion d'État au sens de l'expression de la volonté contractuelle des États

En raison des exigences de preuve particulière, aux fins de l'opposabilité d'un engagement à l'État, la notion organique d'État est moins large dans ce domaine qu'en matière d'application des règles d'imputation. Illustrons à travers des considérations générales en droit des traités d'abord (1), ensuite le cas des territoires douaniers autonomes en droit de l'OMC (2), et enfin en droit des investissements internationaux (3).

1. Généralités

Au regard des règles d'expression de la volonté de l'État sur la scène internationale, seul l'État central est visé comme pouvant l'exprimer au sens de la conclusion des traités internationaux. Les collectivités territoriales ne peuvent pas exprimer la volonté de l'État. Cela ne veut pas dire qu'elles ne peuvent contracter sur la scène internationale. Mais, lorsque certaines d'entre elles, notamment les entités fédérées, le font, elles le font en leur nom propre et dans le domaine de leurs compétences exclusives, ce qui rompt la logique de la définition organique unitaire de la notion d'État. En effet, dans la pratique, l'autonomie d'une collectivité peut être poussée à son degré ultime lui permettant de conclure des accords avec d'autres États ou organisations internationales[446]. Certaines constitutions fédérales prévoient de telles hypothèses, et le droit international les prend comme telles[447]. Par exemple, en Allemagne, l'article 32 §3 de la Loi fondamentale prévoit que les *Länder* peuvent

[446] F. COULEE, « Collectivités territoriales non étatiques et champ d'application des traités internationaux », *in* SFDI, *Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international*, *supra* note 347, p.110.

[447] Voir à ce propos, L. WILDHABER, *Treaty-Making Power and Constitution. An International and comparative Study*, Bâle et Stuttgart, 1971; O. LISSITZYN, "*Territorial entities other than States in the law of treaty*", *RDADI,* T. 125 (1968 III), p. 5; Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, *LGDJ,* 1994. Article 16 de la Constitution fédérale.

avec l'approbation du gouvernement fédéral conclure des traités internationaux[448]. En Autriche, la compétence de conclure des traités avec des États voisins est également reconnue aux *Länder*, dans les matières relevant de leur domaine de compétence[449]. Il en va de même en Suisse, où les *cantons* peuvent conclure des traités avec l'étranger dans les domaines relevant de leur compétence, mais à condition que ces traités ne soient contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit d'autres *cantons*[450]. De même que les États-Unis reconnaissent ce pouvoir aux États (*States*), mais en subordonnant son exercice à l'assentiment du Congrès[451]. Et le plus jeune État fédéral, la Belgique, se dote également du même système, reconnaissant aux gouvernements de communauté et de régions, ce pouvoir de conclure des accords, sauf opposition du gouvernement central[452]. On observe que ces quelques exemples offrent des traits communs, et leur prise en compte par le droit international n'est possible que si l'État fédéral (seul acteur doté de la personnalité juridique internationale) ne s'y oppose pas. Cela était d'ailleurs prévu par l'article 5 du projet d'articles de la CDI sur le droit des traités dans sa version de 1966, traitant de la capacité des États à conclure des traités. On pouvait lire dans le second paragraphe de cette disposition que « *les États membres d'une Union fédérale peuvent avoir la capacité de conclure des traités si cette capacité est admise par la constitution fédérale et dans les limites indiquées par*

---

[448] L'article est rédigé comme suit : « *Dans la mesure de leur compétence législative, les Länder peuvent, avec l'approbation du gouvernement fédéral, conclure des traités avec des États étrangers* », disponible sur http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/FR/Dossiers/LoiFondamentale/loiFondamentale_dossier.html?nn=394010&docId=104072&docId=104072#doc104072bodyText14

[449] Article 16 al. 1 de la loi constitutionnelle fédérale du 1er octobre 1920 selon lequel : « *Dans les matières qui relèvent de leur domaine d'action autonome, les Laender peuvent conclure des traités avec des États limitrophes de l'Autriche ou avec leurs États fédérés* » (disponible sur http://mjp.univ-perp.fr/constit/aut1920.htm).

[450] Article 56 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 selon lequel : « *Les cantons peuvent conclure des traités avec l'étranger dans les domaines relevant de leur compétence* »(disponible sur https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html).

[451] Article I, section X de la Constitution américaine du 17 septembre 1787 selon lequel « Aucun État ne pourra sans le consentement du Congrès (…) conclure des accords ou des pactes avec un autre État ou une puissance étrangère » (disponible sur www.constitutionfacts.com/content/US constitutionfrenchpdf).

[452] Article 167 al. 3 de la Constitution belge du 7 février 1831, selon lequel « es Gouvernements de communauté et de région visés à l'article 121 concluent, chacun pour ce qui le concerne, les traités portant sur les matières qui relèvent de la compétence de leur Parlement. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment du Parlement » (disponible sur www.senat.be/doc/const).

ladite constitution »[453]. Ce paragraphe a disparu du texte de l'article 6 de la Convention de Vienne de 1969[454], mais à considérer le débat au sein de la CDI sur l'article 5 (actuel article 6 de la Convention), il est clair que l'énoncé de son paragraphe 2 précité paraissait si fondé qu'il n'avait suscité aucune discussion au sein de la Commission[455]. Ainsi, la particularité fédérale est prise en compte. Et une telle démarche traduit une remise en cause de la définition unitaire de la notion d'État. La même logique se déduit aussi de l'analyse du cas des territoires douaniers autonomes en droit de l'OMC.

2. Le cas des territoires douaniers autonomes en droit de l'OMC

On retrouve une telle pratique en droit de l'OMC. En effet, le statut de Membre n'est pas réservé aux seuls États. Peut également en faire partie « *tout territoire douanier distinct jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures et pour les autres questions traitées dans le présent Accord et dans les Accords commerciaux multilatéraux* »[456]. C'est en cette dernière qualité que Hong Kong, Macao et Taiwan sont parties aux Accords de Marrakech. En effet, la loi fondamentale de la Région administrative spéciale de Hong Kong, inspirée de la déclaration conjointe sino-britannique de 1984, reconnaît compétence à la Région administrative spéciale pour conclure des accords avec des États ou des organisations internationales dans les affaires économiques extérieures et dans les autres domaines qui relèvent de sa compétence[457]. Faisant usage de cette compétence, Hong Kong devient ainsi partie à l'Accord de Marrakech ayant créé l'OMC. En admettant ainsi la qualité de Membre à une région administrative spéciale,

[453] *Annuaire de la CDI,* 1966, vol. II, p. 208.
[454] *Supra* note 115.
[455] Voir M. KAMTO, « la volonté de l'État en droit international », *supra note* 16, p. 85.
[456] Voir les articles XI et XII de l'Accord instituant l'OMC.
[457] L'autorisation est visée à l'annexe I de la Déclaration commune et reprise à l'article 151 de la Loi fondamentale qui établit en effet que la Région spéciale de Hong Kong peut « *de sa propre initiative, sous le nom de Hong Kong Chine, entretenir et développer des relations et conclure et mettre en œuvre des accords avec des États, des régions et des organisations internationales compétentes dans les domaines appropriés, et notamment en matière économique, commerciale, financière et monétaire, de navigation marchande ainsi qu'en matière de télécommunications, de tourisme, de culture et de sports* ». La Déclaration commune sino-portugaise reconnaît les mêmes compétences à Macao.

l'énoncé conventionnel intègre la spécificité de l'organisation interne de l'État pour en répercuter les effets sur le plan international d'une façon extrêmement originale[458]. Et même bien avant, une telle possibilité était prévue par les accords du GATT, qui, aux termes de l'article XXVI : 5 disposait que :

> *« si un territoire douanier pour lequel une partie contractante a accepté le présent Accord jouit d'une autonomie complète dans la conduite de ses relations extérieures et pour les autres questions qui font l'objet du présent Accord s'il acquiert cette autonomie, ce territoire sera réputé partie contractante responsable qui établira les faits susvisés par une déclaration ».*

C'est sur ce fondement que Hong Kong et Macao furent parties aux accords du GATT : depuis le 23 avril 1986 pour Hong Kong et depuis le 11 janvier 19991 pour Macao. Quant à Taiwan, l'entité a dû attendre l'entrée de la Chine le 11 décembre 2001 pour devenir à son tour Membre de l'OMC, en tant que territoire douanier autonome, le 1er janvier 2002[459]. Ce traitement spécial d'entités politiques et administratives traduit donc une remise en cause de la définition unitaire de l'État. Une telle remise en cause est aussi présente en droit des investissements internationaux.

3. En matière d'investissements internationaux

Dans le contentieux CIRDI, il est clair qu'au regard des règles d'imputation, les collectivités territoriales sont considérées comme une composante organique de la notion d'État. Mais, quand il s'agit de l'opposabilité à l'État d'un engagement souscrit

[458] Ce qui ne signifie pas qu'il n'y a pas de précédents. L'histoire donne, en effet, quelques exemples de traités constitutifs d'organisations internationales admettant la qualité de membres associés, voire de membres, des collectivités territoriales ; voir J.-M. SOREL, « La prise en compte des collectivités territoriales non-étatiques par les organisations internationales à vocation universelle », *in* SFDI, *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, *supra*, note 347, pp. 125-156.

[459] Voir P.-L.HSIEH, " Facing China: Taiwan's Status as a separate customs Territory in the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, 2005, n° 6, pp. 1200 et ss; J. HU, "Closer Integration, controversial rules: issues arising from the CEPA between mainland China, Hong Kong and Macao", *Pace International Law Review*, 2006, vol. 18, p.391; Q. KONG, "Cross-Taiwan Strait Relations: what are the legitimacy expectations from the WTO?", *Minnesota Journal of Global Trade*, 2004, vol. 14/1, pp.91-110; B.-A. LINDEMANN, "Cross-strait relations and international organizations: Taiwan's participation in IGO's in the context of its relationship with China", *Wiesbaden*, 2014, 365 p.

par les collectivités avec des investisseurs étrangers, le référentiel définitionnel de l'État change. L'approche n'est plus la même. À la logique extensive de la notion d'État aux fins de la responsabilité et de la détermination de la compétence du Centre, se substitue une logique restrictive, rendant quasiment impossible l'opération d'opposabilité d'un engagement d'une collectivité territoriale à l'État. Cette question a été soulevée dans l'affaire *Cable Television*[460]. Dans cette affaire, l'investisseur prétendait qu'un engagement juridictionnel conclu par une entité fédérée était opposable à la Fédération dont elle était le démembrement politique. La subdivision, n'ayant pas été désignée au Centre comme capable d'être partie à la procédure, l'investisseur cherchait à poursuivre l'État fédéral devant le Tribunal. Pour ce faire, il soutenait que le gouvernement local représentait la Fédération dans la conclusion de la clause compromissoire. Le Tribunal retient que la personnalité propre de l'entité fédérée lui confère une autonomie qui empêche que son engagement puisse être celui de l'État. En effet, selon le Tribunal: "*It would therefore appear that NIA, as juridical body, has the power to enter into the Agreement on its own and independently of the Federation*"[461]. La convention d'arbitrage conclue par la collectivité ne lie ainsi pas l'État. Allant plus loin, le Tribunal affirme que même si l'engagement de la collectivité suppose la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, il n'est pas attribuable à l'État de ce seul fait. Selon le Tribunal:

> *"Even if it can held that several of the undertakings by the Government (l'entité fédérée) under the Agreement could not be performed directly by the Government (…), this does not mean that automatically the Federation should be substituted for the Government as the party to the Agreement or that the Government of Nevis is a party to the Agreement purely as agent of the Federation"*[462].

De même, dans l'*affaire Vivendi*, le Comité ad hoc a souligné que *« l'État argentin n'a pas à répondre de l'exécution des contrats conclus par la province de Tucuman, dotée selon son droit, d'une personnalité juridique séparée, et qui est responsable de l'exécution de ses propres contrats* »[463], alors qu'elle n'a pas retenu la même argumentation lorsqu'il statuait sur l'engagement de la responsabilité de

[460] Sentence du 13 janvier 1997, *Cable television of Nevis, Ltd. et al. c/ Fédération de Saint Christopher et Nevis, ICSID Rev*., 1998.
[461] *Idem*, §. 2.08.
[462] *Idem*, §. 2.17.
[463] CIRDI, décision d'annulation, 3 juillet 2002, *Compania de Agua del Aconquja s.a et Vivendi Universal (ex- Compagnie générale des eaux) c/ République d'Argentine*, *JDI* (clunet), p. 201, note 17.

l'État argentin[464]. On voit ainsi toute la distance avec le droit de la responsabilité internationale de l'État. La personnalité distincte de l'entité joue pleinement dans le cadre de l'opposabilité alors qu'elle est neutralisée dans le cadre de la responsabilité. La mention de l'autonomie de la collectivité atteste, ainsi, une rupture de la vision unitaire et large de l'État qui repose sur le postulat de l'indifférence du droit international par rapport à l'organisation interne d'un État. Ainsi, il en résulte une notion d'État qui exclut de son cercle organique les collectivités territoriales autonomes, lorsqu'elles s'engagent avec d'autres entités. Cette approche ne peut être remise en cause que dans l'hypothèse où l'investisseur apporte la preuve d'un mandat permettant la représentation de l'État par la collectivité territoriale[465], ou de l'existence d'un accord-cadre souscrit par l'État coiffant les contrats entre la collectivité[466] et l'investisseur, ou encore de l'existence d'une clause de couverture figurant dans un traité bilatéral d'investissement[467].

Cette vision restrictive peut, par ailleurs, être confirmée lorsqu'on évoque la volonté de l'État à exercer un recours.

B. La notion d'État au sens de l'expression de la volonté de l'État à exercer un recours

Deux catégories de recours nous permettent d'illustrer la vision restrictive de la notion d'État excluant de son champ organique les collectivités territoriales. Il s'agit, d'une part, de l'application de l'article 263 al. 2 du TFUE relatif au recours en annulation devant le juge de Luxembourg (1), et, d'autre part, du recours interétatique devant la Cour EDH (2).

---

[464] Voir *supra*, p. 113.

[465] CIRDI, Sentence du 22 décembre 2003, *Affaire Consortium RFCC c/ Royaume du Maroc*, Aff. N° ARB/00/6 (disponible sur www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm).

[466] Sentence CCI, 16 février 1983, *Affaire SPP*, *Revue de l'arbitrage*, 1986, p.109.

[467] CIRDI, décision sur la compétence, 6 aout 2003, *Société Générale de surveillance s.a. c/ République islamique de Pakistan*, Aff. N° ARB/01/13, *JDI (Clunet)*, 2004, p.262 ; voir pour une analyse détaillée Y. NOUVEL, « les entités paraétatiques dans la jurisprudence CIRDI », *in* Ch. LEBEN (*dir.*), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *Anthemis*., 2006, p.43 et ss.

1. Le terme État au sens de la recevabilité des recours en annulation devant la CJUE

Le terme « État », au sens de l'article 263 al. 2 du TFUE, n'est pas interprété de la même manière que dans le cadre du contentieux des manquements, de la responsabilité des États membres, ou de l'opposabilité des directives. Alors que ces derniers privilégient une vision organique large de la notion d'État, la Cour de Luxembourg privilégie une définition restrictive dans le cadre du recours en annulation (article 263 al.2 TFUE). En effet, selon l'article 263 al. 2, « *la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission* »[468]. Que faut-il entendre par « État » dans cette disposition ? La Cour a eu l'occasion de répondre à une telle question.

Il convient de remarquer préalablement que dans le cadre du recours en annulation, il existe trois catégories de requérants : les requérants privilégiés (Etats-Membres, Parlement, Conseil Commission), la Cour des comptes et la BCE, et enfin la catégorie des particuliers. Les requêtes des particuliers (personnes physiques et morales) doivent être portées devant le Tribunal de l'Union européenne, alors que celles des États et des institutions européennes relèvent de la compétence de la Cour de Justice. Au regard de cette catégorisation, la question s'est posée sur le cas des collectivités territoriales. En effet, la Région wallonne a saisi le 25 février 1997 la Cour, afin d'obtenir l'annulation d'une décision de la Commission européenne[469]. La Commission soutenait l'incompétence de la Cour, car le recours ne provient pas d'un État membre au sens des dispositions du traité. La Région wallonne défendait, à son tour, que la notion d'État membre, au sens des dispositions des traités, doit être étendue aux autorités publiques fédérées qui ont succédé aux responsabilités de l'État fédéral pour l'exercice des compétences faisant l'objet de la décision attaquée. La Cour adopte une approche restrictive, rompant avec la ligne de sa jurisprudence

[468] TFUE, *supra* note 118.

[469] Il s'agissait en l'espèce de la décision de la Commission du 18 décembre 1996, intitulée *Acier CECA — Forges de Clabecq*.

en matière d'imputation, aux fins de l'engagement de la responsabilité de l'État, ou de la détermination d'un manquement d'État. Elle retient en effet que :

> *« La notion d'État membre, au sens des dispositions institutionnelles, et en particulier, de celles portant sur les recours juridictionnels, ne vise que les seules autorités gouvernementales des États membres des Communautés européennes et ne saurait être étendue aux gouvernements de régions ou de communautés autonomes, quelle que soit l'étendue des compétences qui leur sont reconnues »*[470].

Ainsi, les collectivités territoriales sont exclues de la notion organique d'État au sens des dispositions institutionnelles, notamment celles portant sur les recours juridictionnels. La notion d'État est, ici, réduite aux seules autorités gouvernementales. Une telle position se justifie de l'avis de la Cour, car « *admettre le contraire conduirait à porter atteinte à l'équilibre institutionnel prévu par les traités* »[471]. Ainsi, les recours des collectivités territoriales relèvent du domaine des recours des personnes physiques ou morales, donc de l'article 263 al. 4 du TFUE. Un tel statut contentieux des collectivités infra étatiques a été largement critiqué par la doctrine[472]. Néanmoins, la même logique a aussi conduit à exclure les PTOM de la notion d'État membre, en les considérants comme des États tiers. C'est ce qu'affirme la Cour dans son arrêt *Emesa Sugar* en énonçant que : «*bien que les PTOM soient des pays et territoires associés ayant des liens particuliers avec la Communauté, ils ne font pas partie de cette dernière et se trouvent à son égard dans la même situation que les pays tiers*»[473].

---

[470] CJCE, ordonnance, 21 mars 1997, *Région wallonne c/ Commission*, Aff. C-95/97, *Rec. CJCE*, 1997, p. I-1787, point 6.

[471] Voir aussi, CJCE, ordonnance, 1er octobre 1997, *Regione Toscana/Commission*, Aff. C-180/97, Rec. p. I- 5245 ; TPICE, 30 avril 1998, Vlaams Gewest/Commission, Aff. T-214/95, *Rec*. p. II-717, point 28; TPI, ordonnance, 16 juin 1998, *Comunidad Autónoma de Cantabria/ Conseil*, T-238/97, Rec. p. II-2271; TPI, 10 février 2000, *Nederlandse Antillen/Commission*, aff. Jointes T-32 et 42/98, Rec. p. II-201, point 43 ; TPICE, ordonnance, 8 juillet 2004, *Regione Siciliana/Commission*, Aff. T-341/02, *Rec*. p. II-2877 ; CJCE, 2 mai 2006, *Regione Siciliana/Commission*, Aff. C-417/ 04, *Rec.CJCE*, 2006, p. I-3881.

[472] Voir, J. RIDEAU, « Le statut des collectivités infra-étatiques devant les juridictions communautaires », *RAE,* 2006/3, pp. 405-431 ; C. MAYEUR-CHARPENTIER, « Le statut des collectivités infra-étatiques devant les institutions de l'Union européenne », *RFDA*, 2010, p.1035 ; L. MALO, *Autonomie locale et Union européenne*, Bruxelles, *Bruylant*, 2010, 719 p ; C. BLUMANN, « les collectivités territoriales face au droit de l'Union européenne : quelle responsabilité ? Rapport de synthèse », *Revue de l'Union Européenne,* 2015, n° 590, pp. 425-432.

[473] CJCE, 8 février 2000, *Emesa Sugar*, Aff. C-17/98, *Rec. CJCE,* 2000, p. I- 675 ; voir aussi, CJCE, 22 novembre 2001, *Nederlandse Antillen/Conseil*, Aff. C-452/98, *Rec. CJCE*, 2001, p. I-8973, point 50.

L'étude du contentieux de l'annulation montre ainsi toute la variabilité de la notion d'État au sens du droit de l'Union et le dynamisme que permet l'approche fonctionnelle. Cette même définition organique restrictive est aussi de mise, devant le juge de Strasbourg lorsqu'il fait face à une requête interétatique.

2. Le terme État au sens de la volonté d'exercer un recours interétatique devant la Cour EDH

Aux termes de l'article 33 de la Convention EDH, « *Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante* ». Cette disposition fait appel à une précision sur la notion d'État ou « *Haute Partie contractante* »[474], en tant qu'entité habilitée à saisir la Cour.

En ce qui concerne l'article 34 (requêtes individuelles), on a vu que le Cour y développe une notion large d'État dans la mesure où elle vise toute organisation gouvernementale, y compris les collectivités territoriales. Ainsi, une requête émanant d'une collectivité territoriale est irrecevable afin d'éviter que l'État soit, à la fois, requérant et défendeur. Cette définition rapportée à l'article 33 signifierait qu'une collectivité territoriale, en tant qu'organe de l'État, peut introduire un recours au nom de cet État contre un autre État. Autrement dit, puisque la collectivité territoriale est l'État au sens de l'article 34 (requêtes individuelles), elle doit logiquement être considérée comme l'État au sens de l'article 33 (requête interétatique). Pourtant tel n'est pas le cas. **La notion d'État change de figure d'un article à l'autre, d'une disposition à l'autre**. Une telle solution retenue en matière de requêtes individuelles ne saurait être pertinente en matière de requêtes interétatiques. Dans ce dernier cas, on revient à la logique de l'expression de la volonté de l'État. La notion d'État y est définie de façon restrictive, en se concentrant sur les autorités supérieures habilitées à exprimer sa volonté. Ainsi, une collectivité territoriale ne peut pas attaquer un autre État partie devant la Cour, au motif qu'elle agit au nom de son État de rattachement. L'affaire *Ljubljanska banka*[475] est à ce titre illustratif, même si elle ne concerne pas

[474] Convention EDH, *supra* note 33.
[475] Cour EDH, 12 mai 2015, *Ljubljanska banka,* req.n° 29003/07.

en soi une collectivité territoriale. La Cour a laissé entendre dans cette affaire clairement que les organisations gouvernementales d'un État ne sont pas en droit d'introduire une requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme, même lorsqu'ils ne dépendent pas de l'État défendeur en l'espèce.

Ces quelques exemples illustrent la prise en compte de l'organisation interne de l'État en droit international et en droit européen, ce qui rompt la logique du principe d'unité de l'État avec son corollaire la définition extensive de la notion organique d'État. La même analyse peut être faite en dehors des règles d'expression de la volonté de l'État.

Paragraphe 2. Dans quelques régimes spéciaux

Par régimes spéciaux, nous entendons l'application de certaines règles assez spécifiques remettant en cause la vision extensive de la notion organique d'État. On analysera, à cet égard, les clauses fédérales bien connues dans les Accords OMC (A) et l'exclusion des collectivités territoriales de la notion d'État pour l'application de certaines règles du droit de l'Union européenne (B).

A. La technique des clauses fédérales

La clause fédérale est une technique conventionnelle visant à atténuer, dans un traité donné, la responsabilité de l'État fédéral autrement prévue par le droit international général, en vertu du principe de l'unité de l'État[476]. Même s'il est vrai que d'une manière générale les collectivités territoriales sont considérées comme des organes de l'État, au sens de l'application des règles d'imputation[477], certaines dispositions posent une exception, à travers des clauses dites fédérales, pour prendre en compte la particularité du fédéralisme comme organisation politique et

[476] Voir, J. SALMON (*dir.*), *Dictionnaire de droit international public*, *supra,* note 274, pp. 183-184 ; voir aussi, A. DECOUFLE, « La clause fédérale dans les traités internationaux », *Revue de droit contemporain*, 1958, pp. 81-92.
[477] Voir notre analyse *supra*, p. 114.

administrative[478]. De telles clauses tendent à « *faciliter la participation des États fédéraux à la vie internationale en limitant l'ampleur de leurs obligations* »[479]. Il n'y a pas de modèle unique de clause fédérale[480]. Il y en a certaines qui excluent du champ d'application du traité certaines parties du territoire étatique. On devrait alors parler de clauses territoriales[481]. C'est, par exemple, le cas de l'article 93 de la Convention des Nations unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises[482] dans lequel on peut lire :

> « *Tout État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles, selon sa constitution, des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration* »[483].

---

[478] I. BERNIER, " *International Legal aspects of federalism",* Londres, *Langman*, 1973, p. 269; A. SCHAUS, "L'exécution fédérale des obligations internationales: le cas de la Belgique et du Canada », *in*, *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie*, J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS et F. GELINAS (*dirs.*) Bruxelles/Cowansville, *Bruylant/E. Y. Blais*, 2005, p. 328.

[479] Voir R. DEHOUSSE, *Fédéralisme et relations internationales,* Bruxelles, *Bruylant*, 1991, p.184 ; F. COULEE, « Collectivités territoriales non étatiques et champ d'application des traités internationaux », *supra*, note 446, pp. 95-124.

[480] Et de telles clauses s'attirent souvent des critiques : voir à ce propos, B. R. OPENSKIN, " Federal States and the International legal order*"*, *Netherlands International Law Review*, 1996, p. 373.

[481] Ce que réfute d'ailleurs l'application d'autres régimes comme le droit de la Convention EDH qui interdit les réserves d'exclusion territoriale ; voir à ce propos, la décision de la Commission du 4 mars 1991, *Chrysostomos et autres c. Turquie*, DR 68, p. 284, puis l'arrêt *Matthews c. le Royaume-Uni* du 18 février 1999, *Rec.* 1999-I, p. 29, la décision sur la recevabilité dans l'affaire *Ilascu et autres c. Moldova et Fédération de Russie* du 4 juillet 2001, confirmée par l'arrêt rendu dans cette affaire le 8 juillet 2004. Voir encore l'arrêt *Assanidze c. Georgie* du 8 avril 2004, *supra, note 397,* §.140. Voir aussi l'analyse de J.-P. COSTA, « L'Etat, le territoire et la Convention européenne des droits de l'homme », *in*, M.-G. KOHEN (*ed.*), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, *Koninklijke Brill NV*, 2007, pp. 179-195.

[482] Texte de la Convention disponible sur http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf.

[483] En application de cette disposition, la Cour de cassation française a considéré que cette convention n'était pas applicable au territoire de Hong Kong alors même que la Chine y est partie : Cour de Cassation, 2 avril 2008, Aff. N° 04-17.726, version originale en français accessible à partir de l'adresse: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080402f1.html ("[l]a République populaire de Chine a accompli auprès du dépositaire de la Convention, une formalité équivalente à celle prévue par son article 93 de sorte que, ce traité n'étant pas applicable à la région administrative spéciale de Hong Kong [...]"). Voir la note de note C. SANTULLI, *RGDIP*, 2008, pp. 432-437 ; voir aussi U.S. District Court, Eastern District of Tennessee, États-Unis, 20 octobre 2010, *America's Collectibles Network,*

En vertu de cette disposition, les États fédéraux peuvent ainsi adhérer à la Convention pour certaines de leurs unités territoriales alors qu'ils seraient autrement légalement empêchés de l'appliquer à la totalité de leurs unités territoriales. C'est ce qu'ont fait par exemple l'Australie[484], le Canada[485], le Danemark[486] et la Nouvelle-Zélande[487]. De ce fait, les entités territoriales, exclues du champ d'application du traité, ne peuvent, au regard des règles d'imputation, être considérées comme des organes de l'État qui les y a exclus. Se dessine ainsi une conception modulable de la notion d'État, aux fins de l'application de ce régime.

Une autre catégorie de clauses fédérales se contente de demander au gouvernement central qu'il porte les dispositions de la convention à la connaissance

---

Inc. c. Timlly (HK), 746 F. Supp. 2d 914), accessible sur l'Internet: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/101020u1.html; U.S. District Court ; Northern District of Georgia, États-Unis, 17 décembre 2009 *Innotex Precision Limited c. Horei Image Products, Inc.,* accessible sur l'Internet: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091217u1.html: « *La CVIM ne figurait pas parmi les 127 traités énumérés [sur la liste], ce qui montrait que le Gouvernement de la Chine n'entendait pas appliquer la CVIM à Hong Kong* ».; Haute cour populaire de Hubei, République populaire de Chine, 19 mars 2003, traduction en anglais accessible sur l'Internet: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030319c1.html « *Hong Kong n'est pas un État contractant de la CVIM. La CVIM n'y est donc pas applicable* ».

[484] « La Convention s'appliquera à tous les États et territoires australiens et à tous les territoires extérieurs, à l'exception de l'île Christmas, des îles Cocos (Keeling) et des îles Ashmore et Cartier » ; déclaration disponible sur : http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&lang=en#10.

[485] « *Le Gouvernement canadien déclare, conformément à l'article 93, que la Convention s'étend à l'Alberta, à la Colombie-Britannique, à l'Île-du-Prince-Édouard, au Manitoba, au Nouveau-Brunswick, à la Nouvelle-Écosse, à l'Ontario, à Terre-Neuve et aux Territoires-du Nord-Ouest* » ; 9 avril 1992 « *La Convention [...] s'applique également au Québec et à la Saskatchewan* » ; 29 juin 1992. « *La Convention [...] s'applique également au Territoire du Yukon* » ; 18 juin 2003. « *Le Gouvernement du Canada déclare, en vertu de l'article 93 de la Convention, qui s'applique aux provinces de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, du Manitoba, du Nouveau-Brunswick, de Terre Neuve-et-Labrador, de la Nouvelle-Écosse, de l'Ontario, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Québec et de la Saskatchewan, ainsi qu'aux Territoires du Nord-Ouest et au Territoire du Yukon, s'applique également au territoire du Nunavut* ». Le Gouvernement du Canada déclare également que la déclaration déposée lors de son adhésion à la Convention le 23 avril 1991, celle déposée le 9 avril 1992, celle déposée le 29 juin 1992 ainsi que, celle déposée le 31 juillet 1992, demeurent en vigueur. Voir http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&lang=en#10.

[486] À la ratification, le Danemark a déclaré que la Convention ne s'appliquera pas aux îles Féroé et au Groenland. Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 11 avril, 1980, 1489 U.N.T.S. 3, voir note 10. Accessible à l'adresse: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&lang=en

[487] La Nouvelle-Zélande a adhéré à la Convention avec une déclaration de non-application aux îles Cook, à Nioué et à Tokélaou (22 septembre 1994) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises , 11 avril, 1980, 1489 UNTS 3. Accessible sur l'Internet à l'adresse:http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&lang=en

des démembrements territoriaux. C'est le cas de l'article 34 de la Convention de l'UNESCO sur le patrimoine mondial culturel et naturel du 23 novembre 1972[488] repris en termes identiques par l'article 30 de la Convention de l'UNESCO du 20 octobre 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions selon lequel :

> *« En ce qui concerne les dispositions de cette convention dont l'application relève de l'action législative de chacun des États, pays, provinces ou cantons constituants, qui ne sont pas en vertu du système constitutionnel de la Fédération tenue à prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera, avec son avis favorable, lesdites dispositions à la connaissance des autorités compétentes des États, pays, provinces ou cantons »*[489].

On voit ainsi que dans le libellé de cet article, les difficultés liées à la forme fédérale sont prises en compte, technique conventionnelle qui ne cadre pas avec le principe de l'unité de l'État qui permet une définition extensive et globale de ce dernier[490].

Une dernière catégorie de clauses, très en vogue dans les Accords OMC, exige à l'État fédéral de prendre toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux observent les dispositions de tels accords. Une telle formulation est née avec l'article XXIV : 12 du GATT de 1947[491], et a, par la suite, été étendue à d'autres Accords[492].

---

[488] Texte de la Convention disponible sur http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

[489] Texte de la Convention disponible sur http://whc.unesco.org/archive/convention-fr.pdf.

[490] Voir les analyses de B. BOER, "Article 34: the federal clause", *in The 1972 World Heritage Convention: a commentary*, Oxford, *Oxford University Press*, 2008, pp. 355-360.

[491] Selon cette disposition *« chaque partie contractante prendra toutes les mesures raisonnables en son pouvoir pour que sur son territoire, les gouvernements ou administrations régionaux ou locaux observent les dispositions du présent accord* ». La disposition a été maintenue

[492] Une disposition similaire avait également été consacrée à l'article 104 :3 de la Charte de la Havane : « *chaque État membre assurera, à l'aide de toutes les mesures qu'il lui sera raisonnablement possible de prendre, l'observation des dispositions de la présente Charte par les autorités gouvernementales ou administratives régionales et locales de son territoire* ». De même on retrouve une telle clause, à l'article 1 :3 de *l'Accord général sur le commerce des services* (AGCS), selon lequel « *dans la mise en œuvre de ses obligations et engagements au titre de l'Accord, chaque Membre prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux et les organismes non gouvernementaux le respectent* », à l'article 13 de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)* qui énonce que « *les Membres élaboreront et mettront en œuvre des mesures et mécanismes positifs pour favoriser le respect des dispositions du présent accord par les institutions autres que*

Introduite à l'initiative des États fédéraux, afin qu'il soit tenu compte de leur structure interne en cas de difficulté de mise en œuvre de leurs engagements par les entités fédérées qui les composent[493], les clauses fédérales dissocient nettement les « parties contractantes » et « les gouvernements et administrations régionaux et locaux » qui agissent sur leur territoire[494], comme si ces derniers ne sont pas des composantes organiques des premières. Ces clauses introduisent, ainsi, une logique d'exclusion des entités fédérées du cercle organique de la notion d'État. En effet, elles semblent indiquer que, le comportement des entités fédérées engagerait la responsabilité de l'État fédéral, que si ce dernier n'a pas pris les mesures raisonnables en leur pouvoir pour les empêcher[495]. Cette conditionnalité, incluant une obligation de moyen de la part de l'État fédéral, est en contradiction avec le principe d'unité de l'État[496] (avec son corolaire une notion extensive d'État) qui, on le rappelle se suffit de la seule analyse organique pour imputer un acte d'une collectivité territoriale à l'État[497], et exige seulement une obligation de résultat. Ainsi de telles clauses semblent restreindre, a priori, le cercle organique de la notion d'État au sens de l'application des règles d'imputation en droit de l'OMC. Toutefois, force est de constater qu'elles n'ont pas eu les résultats escomptés. Les groupes spéciaux

---

celles du gouvernement central. Ils prendront toutes les mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que les entités non gouvernementales de leur ressort territorial, ainsi que les organismes régionaux dont des entités compétentes de leur ressort territorial sont membres, se conforment aux dispositions pertinentes du présent accord » et à l'article 4 :1 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC)* selon lequel *« Les Membres prendront toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que les institutions publiques locales et organismes non gouvernementaux à l'activité normative de leur ressort territorial, ainsi que les organismes régionaux à l'activité normative dont eux-mêmes ou l'un ou plusieurs des institutions ou organismes de leur ressort sont membres acceptent et respectent ce Code de pratique* ».

[493] Pour l'historique de la clause fédérale, Voir, E.-T. HAYES, "Changing Notions of Sovereignty and Federalism in the International Economic System: a reassessment of WTO Regulation of Federal States and the Regional and local Governments within their territories", *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2004, p. 21 et ss.

[494] Voir P. JACOB, « Les organes de l'État : de deux apparences trompeuses », *in OMC et responsabilité, Colloque de Nice des 23 et 24 juin 2011*, Paris, *Pedone*, 2014, p. 163.

[495] Cette interprétation est envisagée dans le rapport du groupe spécial, Canada – Mesures affectant la vente des pièces de monnaie en or, L/5863, 17 septembre 1985, §.60 ; voir aussi, P.-J. KUYPER, "The law of GATT as a special field of International Law : ignorance, further refinement of self-contained system of International Law ? ", *NYIL*, 1994, pp. 222-257.

[496] C.-E. COTE, « Les difficultés d'application du principe de l'unité de l'État fédéral… », *supra* note 347, p. 783.

[497] Voir article 4 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite et notre analyse, *supra* p. 112.

en ont retenu une interprétation neutralisante[498], de sorte qu'elles apparaissent, aujourd'hui comme de simples clauses de style[499], ce qui réduit tout de même leur propension à remettre en cause la vision organique large de la notion d'État aux fins des règles d'imputation[500]. Néanmoins, rien que l'existence de telles clauses permet, *prima facie*, d'exclure les entités fédérées du cercle organique de la notion d'État. La même analyse peut être faite dans l'application de certaines règles du droit de l'UE.

B. Le terme « État » au sens de la détermination de la sélectivité d'une aide d'État et de l'interdiction de la discrimination

Déterminer la sélectivité d'une aide d'État au sens de l'article 107 du TFUE et l'interdiction de la discrimination qui est un principe général du droit de l'Union, supposent de définir au préalable un cadre de référence pertinent. Ce cadre de référence pertinent est-il forcément étatique ? Une réponse positive serait plus en conformité avec le principe d'unité de l'État. Mais le droit de l'Union apporte une solution innovante, remettant en cause la définition unitaire de l'État. Il convient d'analyser une telle solution à travers la détermination de la sélectivité d'une aide d'État (1) et l'interdiction de la discrimination (2).

1. Le terme « État » au sens de la détermination de la sélectivité d'une aide d'État

[498] Selon l'expression de G. LE FLOCH, « OMC et démembrements de l'État », *supra* note 341, p. 60.

[499] *Idem*, p. 70 : « *en définitive, les clauses fédérales contenues aux articles XXIV : 12 du GATT et 13 de l'Accord SPS ne sont que de simples clauses de style qui ont, en outre, pour effet de créer une obligation pour l'Etat central de prendre toutes les mesures raisonnables en son pouvoir afin que les entités fédérées observent lesdits accords. Elles ne remettent donc pas en cause le principe posé à l'article XVI : 4 de l'accord instituant l'OMC et à l'article X du GATT de 1994 en application de quoi les États doivent garantir le respect du droit de l'OMC*».

[500] Sur cette interprétation neutralisante, voir : Rapport du Groupe Spécial, *Canada- Pièces de monnaie en or*, *supra* note 495, §§. 64 ; Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, DS23/R – 39S/233, 19 juin 1992, § 5.79.

La Cour a été amenée à prendre en considération les difficultés liées à l'organisation interne de l'État, aux fins de déterminer le caractère sélectif ou non d'une aide d'État[501]. Rien que le fait de s'intéresser à la répartition des compétences entre l'État central et les collectivités territoriales remet en cause la définition extensive de la notion d'État qui se fonde sur l'indifférence quant à l'organisation interne d'un État. Une telle approche traduit la prise en compte d'une possible dissociation entre l'État et les collectivités territoriales, excluant ainsi ces dernières du cercle organique de la notion d'État. C'est ce que fait la Cour de Justice, dans l'affaire des *Açores*[502] (a) et confirmée par la jurisprudence ultérieure (b).

a. Dans l'affaire des *Açores*

L'affaire visée sous le nom « *arrêt Açores*» concernait la situation portugaise à l'égard de la région autonome des Açores qui, par la compétence fiscale lui étant spécifiquement reconnue, avait notamment procédé à des réductions du taux de l'impôt sur les sociétés. Ces réductions appliquées sans l'autorisation de la Commission ne furent que tardivement et sur sa demande soumise à son contrôle au terme duquel elle les qualifia, en référence au cadre national dans son entier, d'aide d'État[503]. Le Portugal, attaquant cette décision de la Commission et soutenue par le Royaume-Uni, exhorta la Cour de prendre en compte la décentralisation asymétrique à laquelle il avait procédé en faveur des Açores. Il arguait en ce sens que cette dernière « *prenait ses origines directement dans les textes constitutionnels et légaux établissant les principes fondateurs du système fiscal portugais ainsi que l'autonomie des régions ultrapériphériques* », pour qu'un cadre de référence limité à cette région et non un cadre national puisse être pris en compte[504].

---

[501] Voir J. BOUSIN and J. PIERNAS, « Developments in the notion of selectivity », *European State Aids Quaterly*, 2008, n° 4, pp. 634-653; A. BARTOSCH, "The concept of selectivity", Research Handbook on European State Aid Law, 2011, pp. 176-792.

[502] CJCE, 6 septembre 2006*, République Portugaise c/ Commission,* Aff. *C-88/03, Rec. CJCE,* 2006, p. I--7115.

[503] Il s'agit de la décision 2003/442/CE - Mesures fiscales adoptées par une collectivité régionale ou locale - Réduction des taux de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et morales ayant leur résidence fiscale aux Açores.

[504] Idem, points 38 et 40 de l'arrêt.

La détermination du cadre juridique de référence pour apprécier la sélectivité d'une mesure fiscale a permis ainsi à la Cour de redéfinir le statut des collectivités territoriales, qui sont, au regard des règles d'imputation, considérées comme une composante de la notion organique d'État. Il ne s'agissait pas, dans le cas d'espèce, de question d'imputation de l'aide (mesure fiscale) à l'État. Sous ce registre, la logique extensive de la notion d'État, incluant les collectivités territoriales, continue de prévaloir. Mais il s'agissait de déterminer si les mesures fiscales en question avaient ou non un caractère sélectif pour être qualifiées d'aides d'État. Rappelons que, la notion de sélectivité ou de spécificité d'une mesure constitue l'une des caractéristiques de la notion d'aide d'État[505].

En l'espèce, la Cour devait déterminer si une mesure fiscale, prise par une collectivité infra-étatique autonome dans les limites de sa compétence territoriale et dépourvue de spécificité sectorielle, pouvait ne pas être qualifiée de mesure spécifique ou sélective, et partant, d'aide d'État. Ainsi, il fallait au préalable déterminer le cadre juridique de référence pour apprécier la sélectivité de l'aide. Si, le cadre juridique de référence est le territoire national, toute mesure fiscale ne visant qu'une partie du territoire serait, de ce seul fait, sélective. Et une telle interprétation cadre le mieux avec le principe de l'unité de l'État qui renvoie aussi bien à une unité organique que territoriale de l'État. Si, par contre, le cadre juridique de référence est le territoire, de la collectivité, une mesure fiscale octroyant un avantage aux entreprises établies sur le territoire de cette collectivité, n'est pas, de ce seul fait, sélective[506]. La Cour a suivi cette dernière approche, comme l'y invitaient le Portugal et le Royaume-Uni, en érigeant le territoire de la collectivité comme cadre de référence pour apprécier la sélectivité d'une aide. En effet, selon la Cour, « *le cadre de référence ne doit pas être nécessairement défini dans les limites du territoire de l'État membre concerné, en sorte qu'une mesure, octroyant un avantage dans une partie seulement du territoire national, n'est pas, de ce seul fait, selective* »[507]. Elle poursuivit ensuite qu' :

---

[505] CJCE, 1er décembre 1998, *Ecotrade, supra* note 327, point. 40 et 41 ; voir L. GRARD, « *La notion d'aide d'État* », *jurisclasseur, Lexis Nexis,* avril 2011. Voir aussi, C. MICHEAU, "Tax selectivity in european law of state aid: legal assessment and alternative approaches", *European Law Review*, vol. 40, n° 3, 2015, p. 323.

[506] CJCE, 6 septembre 2006*, Rép. Portugaise c/ Commission, supra note 502*, point 57.

[507] *Ibidem*.

« il ne saurait être exclu qu'une entité infraétatique dispose d'un statut de droit et de fait la rendant suffisamment autonome par rapport au gouvernement central d'un État membre pour que, par les mesures qu'elle adopte, ce soit cette entité, et non le gouvernement central, qui joue un rôle fondamental dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel opèrent les entreprises. En pareil cas, c'est le territoire sur lequel l'entité infraétatique, auteur de la mesure, exerce sa compétence, et non le territoire national dans son ensemble, qui constitue le contexte pertinent pour rechercher si une mesure adoptée par une telle entité favorise certaines entreprises par rapport à d'autres se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable, au regard de l'objectif poursuivi par la mesure ou le régime juridique concerné »[508].

Néanmoins, la Cour, suivant sur ce point son avocat général[509], précise qu'il faut que la collectivité soit suffisamment autonome pour que la mesure ne soit pas considérée comme sélective. Il faut pour cela la réunion de trois conditions cumulatives garantissant la réelle autonomie institutionnelle, procédurale et financière de l'autorité locale adoptant la mesure à l'égard de son État central. Ces conditions impliquent donc, d'une part, que la mesure en cause soit *« prise par une autorité régionale ou locale dotée, sur le plan constitutionnel, d'un statut politique et administratif distinct de celui du gouvernement central* », d'autre part, que celle-ci soit « *adoptée sans que le gouvernement central puisse intervenir directement sur son contenu* » et enfin, que « *les conséquences financières d'une réduction du taux d'imposition nationale ne soient pas compensées par des concours ou subventions en provenance des autres régions ou du gouvernement central* »[510].

En s'intéressant ainsi à l'autonomie des collectivités territoriales par rapport à l'État[511], la Cour opère officiellement une distinction entre l'entité étatique et l'entité locale, faisant de cette dernière non pas une composante organique de la première,

---

[508] *Idem*, point 58.

[509] Voir Conclusions de l'avocat général M.-L.-A. Geelhoed, présentées le 20 octobre 2005 dans l'affaire C-88/03.

[510] Point 67 de l'arrêt.

[511] A la fois autonomie institutionnelle, procédurale et financière, voir CJCE, arrêt, 11 septembre 2008, *UGT Rioja c/ Juntas Generales del Territorio Historico de Vizcaya*, Aff. Jointes, C-428/06 à C-434/06, *Rec. CJCE, 2008, p. I-06747*, pt. 84 et ss. Voir commentaires : J. DAVID, « Les collectivités territoriales et le droit communautaire », *JCP A* (Administrations et collectivités territoriales), n° 11, 2009, pp. 69-71 ; J.-P. KOVAR, « la prise en compte des autonomies locales dans la qualification d'aide d'Etat », *Droit administratif*, n° 12, décembre 2008, comm. 161, pp. 38-42.

mais « *un sujet de droit de l'UE* »[512], du moins dans ce domaine (détermination du caractère sélectif d'une aide). Cette jurisprudence sera, par la suite, confirmée par une série d'affaires ultérieures.

b. Dans la jurisprudence ultérieure

La remise en cause de la vision monolithique de l'État, en matière de détermination de la sélectivité d'une aide, a été confirmée dans la jurisprudence ultérieure de la Cour.

Ce fut le cas dans l'arrêt emblématique de l'*Unión General de Trabajadores de la Rioja*[513]. Cette affaire impliquait dans le cadre d'un recours préjudiciel le système asymétrique espagnol pratiqué à l'égard des communautés autonomes en matière fiscale, et l'adoption par ces dernières de mesures comparables à celle des Açores. Il n'est pas nécessaire de revenir sur les faits, mais plutôt de mettre en exergue l'idée que la Cour a complètement reconduit son argumentaire dans *l'affaire des Açores* au cas d'espèce[514], à cela près qu'elle n'appliqua pas ici les conditions de l'autonomie qu'elle définit toutefois longuement[515]. En effet, à ce propos, la Cour renvoya, compte tenu de la nature préjudicielle du recours, à la juridiction nationale le soin d'appliquer les critères pertinents pour déterminer le cadre de référence à retenir.

Une autre affaire s'est, par la suite, présentée à la Cour, opposant la Commission et l'Espagne au Royaume-Uni et au gouvernement de Gibraltar au moyen d'un pourvoi en annulation d'une décision du Tribunal, portant elle-même annulation d'une décision de la Commission « *relative au régime d'aide que le*

---

[512] O. DUBOS, « L'Union européenne et la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales : une tectonique à quatre dimensions », *in* J.-F. BRISSON *(dir.), Les transferts de compétence de l'État aux collectivités locales, l'Harmattan, 2009,* p. 293.

[513] CJCE, arrêt, 11 septembre 2008, *UGT Rioja c/ Juntas Generales del Territorio Historico de Vizcaya*, *supra* note 511. Voir l'analyse de H. BIELESZ, « Annotation to judgement of 11 september 2008 in joined cases C-428/06 to C-434/06 *UGT Rioja c/ Juntas Generales del Territorio Historico de Vizcaya*, *European Aid States Quaterly*, 2009, n° 3, pp. 383-389.

[514] *Idem*, point 49-51.

[515] Voir C. MICHEAU, "Tax selectivity in European Law of State Aid: legal assessment and alternative approach", *European Law Review*, 2015, vol. 40, n° 3, pp. 323-348.

Royaume-Uni envisageait de mettre en exécution concernant la réforme de l'impôt sur les sociétés par le gouvernement de Gibraltar »[516]. Le Tribunal, dans sa décision, eut, d'une part, à déterminer si le gouvernement de Gibraltar devait selon le droit de l'Union être envisagé comme une entité territoriale du Royaume-Uni[517], et, d'autre part, si tel était le cas, à préciser quel cadre de référence prendre en compte pour l'appréciation d'une mesure fiscale qualifiée de sélective (et donc d'aide d'État) par la Commission. Reconnaissant le rattachement de Gibraltar au Royaume-Uni, le Tribunal appliqua les critères de la jurisprudence Açores pour enfin conclure que, « *le rôle joué par le Royaume-Uni dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel les entreprises opèrent à Gibraltar ne suffit pas pour permettre de considérer que le territoire du Royaume-Uni constitue le cadre de référence approprié en l'espèce* »[518].

Après l'analyse de la sélectivité matérielle, le Tribunal conclut au rejet de la qualification d'aide d'État faite par la Commission, et fit donc démonstration de la prise en compte de l'organisation territoriale interne de l'État, remettant en cause sa définition unitaire. De cette solution, découle ainsi le pourvoi de la Commission et de l'Espagne devant la Cour. L'avocat général a suivi, dans ces conclusions, exactement le même raisonnement que le Tribunal. Pourtant, la Cour s'en écartera, mais non pas sur la qualification du cadre de référence (qui reprend la jurisprudence Açores), mais sur la base du critère de sélectivité matérielle. En ce sens, la Cour n'a pas remis en question la prise en considération de l'organisation interne du pouvoir, afin de déterminer la sélectivité d'une aide.

---

[516] CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne c/ Governement of Gibraltar et Royaume-Uni*, aff. Jointes C-106/09 et C-107/09; note L. SCHICHO, *Revue du Droit de l'Union Europeenne*, 2012, n° 1, pp. 172-176.

[517] à propos de cette question, voir N. SUSANI, « Sur quelques singularités territoriales européenne », *AFDI*, 2007, n° 53, pp. 182-210; L. LOMBART, « Gibraltar et le droit à l'autodétermination : perspectives actuelles », *AFDI*, 2007, n° 53, pp. 157-181; L. BURGORGUE-LARSEN, « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale trentenaire : quand le statut de Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne (CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c/ Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, Aff. C-145/04) », *RTDE,* 2007, n° 1, pp. 25-45.

[518] TPICE, 18 décembre 2008, *Government of Gibraltar et Royaume-Uni c/ Commission*, Aff. T-211/04 et T-215/04, point 114.

Ainsi, à travers ces affaires répertoriées et analysées, on remarque une tendance contraire à la logique d'indifférence quant à l'organisation interne des États. Une telle tendance contraste avec la vision monolithique et extensive de la notion d'État développée en matière d'imputation, renforçant ainsi le caractère modulable, voire variable, de la notion. Cette même logique, a, par ailleurs, a été étendue dans la détermination du cadre de référence pour apprécier l'existence d'une discrimination.

2. Le terme « État » et l'application du principe de non-discrimination

Le principe de non-discrimination est un principe cardinal du droit de l'Union, qui lie pratiquement toutes les politiques européennes[519]. Sans revenir sur les différentes implications de ce principe[520], notons que l'interprétation de l'interdiction de discrimination peut faire appel à une opération de détermination du cadre de référence pertinent, comme en matière de sélectivité d'aide. C'est le cas dans l'affaire *Horvath* du 16 juillet 2009[521].

Dans cette affaire, était en cause la mise en œuvre d'une réglementation agricole communautaire qui chargeait les États membres de définir des exigences minimales en matière de bonnes conditions agricoles et environnementales. La demanderesse au principal se plaignait d'une discrimination résultant de la disparité des normes adoptées au Royaume-Uni en raison de la répartition constitutionnelle de compétences législatives consentie en la matière à l'Écosse, à l'Irlande du Nord et au Pays de Galles. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour devait donc déterminer si, lorsque le système constitutionnel d'un État membre prévoit que les autorités régionales disposent d'une compétence législative, la seule adoption, par lesdites autorités, de normes différentes en matière de BCAE au sens de l'article 5 et de l'annexe IV du règlement n° 1782/2003, constitue une discrimination contraire au

[519] Voir à ce propos, F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTHIER (*dirs.*), *La non-discrimination entre les européens*, Paris, *Pedone*, 2012, 286 p.
[520] Voir à ce propos la thèse de M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre droits européens*, Clermont Ferrand, *Collection des thèses*, 2015, 512 p.
[521] CJCE, 16 juillet 2009, *Marc Horvath c/ Secretary of States for Environment, Food and Rural* Affair, Aff. C-428/07, *Rec. CJCE*, 2009, p. I-06355.

droit communautaire. Alors il s'agit, dans ce cas, de déterminer le cadre de référence pertinent pour apprécier l'existence ou non d'une discrimination. Si le cadre de référence est étatique, l'existence de législations régionales disparates peut être source de discrimination. Une telle solution cadrerait parfaitement avec le principe d'indifférence du droit international quant à l'organisation interne des États. Toutefois, comme l'a souligné à juste titre le gouvernement allemand dans cette affaire, le cadre de référence pour apprécier une inégalité de traitement dans un cas concret n'est pas obligatoirement défini par les frontières d'un État membre, mais peut se limiter à une partie de son territoire. Ainsi, il est permis d'appliquer la solution *UGT Rioja*[522] au cas d'espèce. L'avocat général a souscrit à cette analyse en suggérant de transposer le raisonnement développé pour décider de la sélectivité d'une mesure fiscale locale dans le cadre de l'opération de qualification d'aide d'État, et de retenir, aux mêmes conditions, les collectivités infra étatiques dotées de compétences législatives comme cadre de référence pertinent pour apprécier l'existence d'une inégalité de traitement[523]. C'est, ce que fera au final la Cour qui considère que,

> *« lorsque le système constitutionnel d'un État membre prévoit que des autorités régionales disposent d'une compétence législative, la seule adoption, par lesdites autorités, de normes différentes en matière de BCAE au sens de l'article 5 et de l'annexe IV du règlement n° 1782/2003 ne constitue pas une discrimination contraire au droit communautaire »*[524].

La Cour prend ainsi en compte les exigences d'ordre interne pour apprécier le cadre de référence pertinent de définition de la non-discrimination, ce qui conduit à relativiser la vision unitaire de la notion d'État. La Cour fait preuve de pragmatisme et se distingue ainsi de l'application de la règle de l'unité de l'État du droit international. Dans cette hypothèse, la notion d'État manifeste une certaine variabilité de son contenu qui lui dénie au final toute rationalité abstraite.

---

[522] *Supra* note 511.
[523] Voir conclusions de l'avocat général VERICA Trstenjak, présentées le 3 février 2009.
[524] Point 58 de l'arrêt.

Conclusion du Titre

L'État est défini du point de vue organique comme un ensemble d'autorités publiques, ayant ce statut d'après le droit interne. Cette maxime de base, codifiée par le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États, trouve à s'appliquer dans de nombreux domaines du droit international et du droit européen. Mais la simplicité apparente de la proposition ne doit pas cacher le caractère modulable du cercle organique de la notion d'État. En effet, ce dernier n'a pas le même périmètre d'un domaine à l'autre, aussi bien en droit international qu'en droit européen. Par exemple, les règles d'imputation (droit de la responsabilité international, droit de l'OMC, droit des investissements internationaux, contentieux de la responsabilité en droit de l'UE, en droit de la Convention EDH, contentieux des manquements en droit de l'UE) et les règles de rattachement d'une entité à l'État (droit des immunités, opposabilité des directives) militent en faveur d'une définition organique extensive de la notion d'État incluant autorités exécutives, juridictionnelles, parlementaires, agents publics subalternes, collectivités territoriales, autorités administratives indépendantes, organismes corporatifs, *etc*. Mais, d'autres règles telles que celles relatives à l'expression de la volonté de l'État, du contentieux de l'annulation en droit de l'UE, de la qualification d'une aide sélective en droit de l'UE, conduisent à une définition restrictive de l'État excluant de son cercle organique les collectivités territoriales. La notion organique d'État est ainsi appréhendée à l'image d'un jeu de miroir, se déformant peu à peu suivant la posture qu'on épouse. Cela implique qu'elle ne puisse faire l'objet d'une approche conceptuelle, au point de pouvoir être transposée d'un domaine à l'autre. L'étendue variable de la notion organique d'État repousse ainsi la cohérence d'ensemble qui doit caractériser une notion conceptuelle.

Par ailleurs (et cela renforce davantage l'impossible approche conceptuelle de la notion d'État), le critère organique s'avère parfois inopérant. Le besoin d'application efficace et effective de la norme postule parfois un dépassement du critère organique pour appréhender la notion d'État. C'est à ce titre que certaines branches du droit international et du droit européen se tournent vers des critères matériel et factuel de définition de l'État.

Titre 2. Le dépassement du critère organique

L'État n'est pas seulement un ensemble d'organes statutaires à géométrie variable, comme cela vient d'être démontré. Cette définition, à elle seule, peut s'avérer réductrice, car elle ne garantirait pas l'application pleine et entière des normes internationales et européennes. Il convient, en effet, d'aller au-delà des apparences et de déceler les différentes manifestations de la notion d'État en dehors de son cercle organique. À ce titre, le critère matériel[525] permet d'englober dans la notion d'État un ensemble d'organes qui n'étant pas statutairement étatique, n'en exerce pas moins des activités de nature étatique (Chapitre 1). Le critère factuel, quant à lui, conforte la dimension réaliste de la notion d'État, en permettant d'y englober des organes qui n'étant pas statutairement étatiques, agissent effectivement pour son compte ou sous son contrôle (Chapitre 2).

[525] Nous intégrons ici la dimension structurelle aussi.

Chapitre 1. L'usage d'un critère matériel

Sous l'angle matériel, l'État apparaît comme un ensemble de missions. L'État est, ici, non pas une affaire d'organes, mais une affaire d'activités : activités souveraines, activités de puissance publique, activité de régulation économique, etc. La notion d'État ne renvoie donc pas seulement à un ensemble d'organes statutaires. Elle est aussi la traduction d'un ensemble de missions. Les textes internationaux et européens, et surtout la jurisprudence internationale et européenne ont effectivement mis en lumière qu'à côté de l'État des institutions, il y'a l'État des missions. Autrement dit, l'État n'est pas toujours « ce qu'il est », c'est-à-dire des autorités ayant ce statut d'après le droit interne. Il est aussi « ce qu'il fait », c'est-à-dire des activités qui relèvent naturellement du domaine étatique. Donc, indépendamment du critère organique, les juges internationaux et européens, de même que les arbitres, ont, grâce au critère matériel, dégagé une notion d'État déterminée par ses missions ; ils ont mis en évidence les missions constitutives de la notion internationale et européenne d'État. À cet égard, en parcourant les branches pertinentes du droit international et du droit européen, les missions de l'État se répartissent essentiellement en deux blocs. D'une part, il s'agit de l'État des missions traditionnelles ou régaliennes : c'est l'État dans son rôle de souveraineté ou d'autorité (Section 1). D'autre part, il s'agit de l'État dans ses missions économiques : c'est l'État dans son rôle d'intervention (Section 2).

Section 1. L'État régalien

L'approche matérielle de la notion d'État est doublement défensive. Elle est, d'une part, utilisée pour étendre la notion d'État à des entités qui en sont statutairement étrangères. Une telle approche permet de neutraliser les qualifications qui dépendent du droit interne des États. Dans cette perspective, l'usage du critère matériel permet une notion extensive d'État (Paragraphe 1). D'autre part, elle est utilisée pour circonscrire la notion matérielle d'État lorsqu'elle sert de dérogation aux normes internationales et européennes. Une telle approche permet de neutraliser les hypothèses de dérogation à l'application des normes internationales et européennes. Dans cette perspective, le critère matériel permet une notion restrictive d'État (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'État régalien comme fondement de l'application des normes internationales et européennes

Partout où il y'a activité de puissance publique ou de souveraineté, il y a État, que de telles activités soient exercées par des organes de l'État ou par des entités qui ne font pas partie de l'appareil étatique *stricto sensu* d'après le droit interne. C'est ainsi que, l'usage du critère matériel ou de la nature des activités, permet d'étendre la notion d'État à un ensemble d'entités qui n'en font pas formellement partie. Une telle interprétation extensive est perceptible en droit international (A), mais aussi en droit européen (B).

A. En droit international

L'application réaliste des normes internationales implique un dépassement du seul cadre organique pour appréhender la notion d'État. C'est la raison pour laquelle, certaines de ses branches voient à côté de l'État des institutions, l'État des missions régaliennes. Mais à ce niveau, même si les branches du droit international pertinentes parlent de la même chose, elles n'utilisent pas forcément le même

langage. Prenons par exemple le droit de la responsabilité des États et le droit des immunités. Pour le premier, la notion d'État renvoie à toute entité qui exerce des prérogatives de puissance publique (1), alors que pour l'autre, c'est l'exercice de l'autorité souveraine qui particularise la notion d'État au sens matériel du terme (2). Quelle que soit la terminologie employée, ce qui est visé, c'est ce qui fait l'État au sens matériel du terme : l'*imperium*.

1. Le critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique en droit de la responsabilité

En droit de la responsabilité internationale des États, au-delà de la dimension strictement organique de la notion d'État[526], elle y est définie du point de vue matériel comme toute entité exerçant des prérogatives de puissance publique. Il convient ainsi de voir comment les textes consacrent cette approche (a) avant d'étudier son traitement jurisprudentiel (b).

a. Le cadre textuel

L'article 5 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États, étend la notion d'État à « toutes les entités » ne faisant pas formellement partie de l'appareil d'État *stricto-sensu*, dès l'instant qu'elles sont habilitées par le droit interne à, « exercer des prérogatives de puissance publique » et agissent effectivement à ce titre. L'objet de cet article est de faire en sorte que soit pris en compte le phénomène de plus en plus répandu des entités paraétatiques qui exercent des prérogatives de puissance publique à la place d'organes statutaires de l'État. Il s'agit aussi de prendre en compte les situations dans lesquelles d'anciennes entreprises publiques ont été privatisées, mais conservent certaines prérogatives de puissance publique ou réglementaire. Plus exactement, il peut s'agir d'entreprises publiques, d'entités parapubliques ou d'institutions publiques diverses, voire dans certains cas particuliers, de sociétés privées, pour autant qu'elles exercent des

[526] Voir article 4 du Projet d'articles de la CDI *supra* note 111.

fonctions à caractère public. Quelle que soit donc la dénomination retenue, dès lors que l'entité est dotée d'une personnalité juridique distincte et exerce des prérogatives de puissance publique, elle entre dans le giron de la notion d'Etat et ses faits lui sont imputables. Il est, de ce fait, clairement établi qu'au sens de l'article 5 du projet d'article de la CDI, le fait qu'une entité puisse être qualifiée de publique ou de privée, le fait que l'État détienne une part plus ou moins grande de son capital ou, de manière plus générale, de ses actifs, et le fait qu'elle soit ou non soumise au contrôle du pouvoir exécutif ne sont pas des critères décisifs pour fonder le rattachement de l'entité à l'État et l'imputabilité de ses actes à ce dernier[527]. La vraie caractéristique de la notion d'État au sens de l'article 5 du projet d'articles de la CDI reste l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Mais, la question fondamentale demeure l'identification de ces prérogatives de puissance publique, comme critère matériel de la notion d'État, permettant son extension à d'autres entités (publiques, parapubliques ou privées). La difficulté de cerner ce qui relève des prérogatives de puissance publique, n'est pas à ignorer, du fait du caractère variable de ce concept, selon les différents systèmes et traditions juridiques. D'après le dernier Rapporteur spécial sur le thème de la responsabilité de l'État, plusieurs éléments doivent être pris en compte, comme le contenu des prérogatives, les fins auxquelles ces prérogatives doivent être exercées, ainsi que la mesure dans laquelle l'entité délégataire doit rendre compte à l'État. C'est ainsi qu'en guise d'exemple, dans certains pays, des employés d'entreprises de sécurité privées peuvent être chargés d'assurer des fonctions de gardien de prison, et en cette qualité, d'exercer des prérogatives de puissance publique comportant par exemple un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire. De même, des compagnies aériennes privées ou publiques peuvent se voir déléguer certains pouvoirs ayant trait à l'exercice de prérogatives de puissance publique, notamment le contrôle de l'immigration ou de la mise en quarantaine. Ou encore, une entreprise de chemin de fer qui exerce certains pouvoirs de police comme des contrôles d'identité ou attribution d'amendes. Partout où il y a de telles prérogatives, il y a État. Ce qui revient à dire qu'un tel critère ne peut être défini *in abstracto*. C'est au cas par cas que le juge établira si les actes en question relèvent ou non de l'exercice de

[527] J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité des États*, *supra*, note 156, p. 120.

prérogatives de puissance publique, et donc, d'une présence matérielle de la notion d'État. Il convient maintenant de voir comment la jurisprudence internationale interprète un tel critère.

b. Le traitement jurisprudentiel

La définition de l'État par le biais de l'exercice de prérogatives de puissance publique a été au cœur de la sentence du Tribunal des réclamations irano-américain rendue dans l'affaire *Hyatt*[528]. Dans le cadre de l'établissement de sa compétence, le Tribunal devait déterminer si les actes de la « Fondation pour les opprimés » étaient attribuables à l'Iran. Il s'agissait, donc, de vérifier si les activités de la Fondation, une entité autonome avec une personnalité juridique distincte de l'État, pouvaient être qualifiées de prérogatives de puissance publique, et donc, d'y voir une notion matérielle d'État aux fins d'engager la responsabilité de l'État iranien. À cet effet, la sentence commence par observer que la Fondation a été créée sur ordre de l'Imam Khomeini avec l'approbation du Conseil révolutionnaire. Le Tribunal examine ensuite les dispositions du statut de la Fondation relatives à son but, la gestion des biens appartenant à l'ex-famille régnante au bénéfice des « opprimés » et aux moyens qui lui sont attribués. À l'issu de cette analyse, il apparaît que la Fondation avait notamment pour pouvoir d'identifier des biens, de procéder à des expropriations et d'avoir recours aux autorités judiciaires et policières pour mener à bien ses missions. L'ensemble de ces pouvoirs est qualifié par le Tribunal de prérogatives de puissance publique et dès lors il y a présence de la notion d'État, du moins au sens matériel du terme. L'expropriation relève, par excellence, des missions régaliennes de l'État. De ce fait, toute entité qui en la charge, fût-elle autonome, agit pour le compte de l'État. Ainsi ce n'est pas l'entité autonome qui est État, mais plutôt l'activité qu'elle exerce qui est étatique.

Le Comité des droits de l'homme a eu, aussi, à interpréter la notion d'État aux fins de l'engagement de la responsabilité d'un État. Dans l'affaire *Hertzberg et*

[528] Tribunal des réclamations États-Unis – Iran, 17 septembre 1985, *Hyatt International Corporation v. Goverment of the Islamic Republic of Iran* (1985) 9 *Iran-U.SCTR* 72, p. 88 à 94.

consorts c/ Finlande[529], le Comité s'est penché sur la question de l'imputation du comportement d'une société publique (en l'espèce la radio-télévision publique finlandaise) à l'État. Cette question se situait dans le cadre de l'examen de plaintes individuelles dirigées contre la Finlande alléguant la violation de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[530]. Les plaignants prétendaient que la radiotélévision finlandaise avait censuré des émissions portant sur le thème de l'homosexualité en application de la disposition du Code pénal réprimant « *la violation publique de la moralité sexuelle* ». Un tel acte est-il étatique ?

Le Comité estime qu'un tel acte est étatique si un organe de l'État en est l'auteur, à défaut s'il relève des prérogatives de puissance publique (État matériel). L'analyse du droit interne ne permet pas de considérer la radiotélévision finlandaise comme un organe de l'État au sens de l'article 4 du projet d'articles de la CDI. La société dispose d'une autonomie juridique et on ne peut déduire de son seul caractère public l'imputation de ses actes à l'État. La notion d'État n'étant donc pas présente au sens organique du terme, il convient, en deuxième lieu, de voir si les actes litigieux relèvent des attributs régaliens de l'État, à savoir l'exercice de prérogatives de puissance publique. À cet effet, le Comité fait remarquer qu'au-delà du fait que l'État finlandais participe majoritairement au capital de la compagnie, l'acte en question, à savoir le contrôle du contenu des émissions pouvant être diffusées sur le territoire, relève d'un attribut étatique, d'une prérogative de puissance publique. Ainsi, en l'espèce s'il n'y a pas État au sens organique du terme, il n'en reste pas moins qu'au plan matériel la présence de la notion d'État aux fins du droit de la responsabilité est bien justifiée.

---

[529] Affaire *Hertzberg et consort c/ Finlande*, *ILR,* vol. 70, p. 302.

[530] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966 selon lequel : « *1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.*
2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.
3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:
a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ».

Il convient ainsi de conclure qu'en droit de la responsabilité internationale des États, la notion d'État s'entend au sens matériel comme un ensemble d'attributs régaliens, quelle que soit l'entité qui les exerce. La même analyse peut être faite avec quelques aménagements terminologiques en droit des immunités.

2. Le critère de « l'autorité souveraine » en droit des immunités

Pour étendre la notion d'État aux organismes publics et autres entités, la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens[531], a recours au critère matériel de « l'autorité souveraine »[532]. Dans cette hypothèse, la notion d'État fait l'objet d'une qualification matérielle, comme en droit de la responsabilité qui utilise le critère de l'exercice de prérogatives de puissance publique. Il n'est pas certain que la différence de terminologie (autorité souveraine/prérogatives de puissance publique) ait de véritables implications[533]. Les termes utilisés renvoient tous à l'exercice de fonctions régaliennes ou souveraines, qui font l'État *ratione materiae*[534]. Si le droit des immunités précise « l'autorité souveraine » comme critère *ratione materiae* de la notion d'État, c'est certainement parce que la *ratio* de cette branche est la protection de l'égalité souveraine des États relatée à l'article 2 § 1 de la Charte des Nations unies. Ainsi, est État, toute entité qui exerce une autorité souveraine. Un tel critère rappelle, par ailleurs, la distinction bien connue en droit administratif français entre actes d'autorité et actes de gestion[535].

Une analyse des articles 2 et 10 de la Convention de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États, ainsi que la jurisprudence y relative, nous permet d'apprécier le contenu de la notion d'autorité souveraine comme critère matériel de la notion d'État au sens du droit des immunités.

---

[531] *Supra* note 142.

[532] Article 2, b) iii) : « Les établissements ou organismes d'État ou autres entités, dès lors qu'ils sont habilités à accomplir et accomplissent effectivement des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'État; ».

[533] M. FORTEAU, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *supra*, note 24, p. 752.

[534] Pourtant dans son projet d'articles de 1991 sur les immunités juridictionnelles des États, la CDI avait retenu à l'image du droit de la responsabilité, le critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique : *Annuaire CDI*, 1991, vol. II, p. 13.

[535] G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, *M. Giard*, 3e éd.

a. L'exercice de l'autorité souveraine au regard de l'article 2 de la Convention sur les immunités

Quel acte pourrait être rapporté à l'autorité souveraine au regard de la Convention de 2004 ? La Convention, elle-même, ne donne pas d'indications pour définir une telle notion. La jurisprudence internationale, non plus, n'a pas encore fourni les éléments de réponse. Les juridictions internes, faisant application des règles coutumières du droit des immunités, en ont apporté quelques éclaircissements qui reflètent l'esprit de la Convention, même si elles n'utilisent pas la même terminologie de « l'autorité souveraine ». C'est ainsi que, pour faire bénéficier les organismes publics et entités privées de l'immunité juridictionnelle, les juridictions françaises recherchent, au-delà la personnalité de ces derniers et leur indépendance réelle ou fictive par rapport aux autorités centrales, la nature des activités. Le juge national vérifie, en effet, si l'acte en cause est rattachable à l'État. Pour ce faire, il faut qu'il soit lié à l'exercice de la souveraineté de ce dernier, de prérogatives de puissance publique ou de pouvoirs exorbitants. C'est sur la base d'une telle analyse matérielle, que le juge français a reconnu l'immunité pour les banques centrales dans la mesure que leurs activités (notamment sur le plan monétaire) se rapportent à l'exercice de la souveraineté[536]. La Cour d'appel de Rouen, a, sur cette base, refuser l'immunité à l'Office des céréales de Tunisie, dans la mesure où ses activités ne se rapportaient pas à des actes de puissance publique ou d'autorité souveraine. La Cour jugea, en effet, que l'organisme en question est « *réputé commerçant dans ses relations avec les tiers [et] il est régi par les dispositions du code de commerce dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le décret-loi du 3 avril 1962* »[537]. C'est la même logique qui a aussi conduit à la Cour de cassation, d'analyser les activités

[536] Cass. 1re civ., 19 mai 1976, *Zavicha Blagojevic c/ Banque du Japon*, *JDI (clunet)* 1976, p. 687, voir note Ph. Kahn, *Rev. crit. DIP,* 1977, p. 359 ; note H. Batiffol ; *RGDIP*, 1976, p. 334, note Ch. Rousseau, *AFDI* 1977, p. 1004 ; Cass. 1re civ., 28 mai 2002, n° 99-19.247, *Cts Daninos c/ Sté tunisienne de banque, la Banque Centrale de Tunisie, la société Banque franco-tunisienne, l'État tunisien*, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 296, note H. Muir Watt. Voir aussi, Cass. 1re civ., 14 déc. 2004, n° 01-15.471 et n° 01-15.472, *AXA Courtage IARD et a. c/ ASECNA et a.* ; *JurisData* n° 2004-026144 ; D. 2005, p. 1199, obs. P. Courbe et H. Chanteloup, *RTD com*. 2005, p. 639, obs. P. Delebecque ; *Rev. crit. DIP,* 2005, p. 468, note I. Pingel.

[537] Rouen, 20 juin 1996, *Sté Bec frères c/ Office des céréales de Tunisie*, *JDI (Clunet),* 1996, p. 968, 2e esp., note Kahn.

exercées par l'Agence pour la sécurité de la navigation en Afrique (ASECNA), et d'en conclure que ce sont des activités étatiques (Etat *ratione materiae*) dans la mesure où elles se rapportent à « *une mission de service public ayant trait à la sécurité des transports aériens nationaux et à la maintenance des aéroports sous le contrôle administratif et financier du ministre de l'Aviation civile de cet État* »[538]. De même, le prélèvement de redevances de survol d'un territoire se rattache directement et nécessairement à des prérogatives propres liées à la souveraineté nationale et internationale[539]. Finalement, ce qui fait l'État dans cette hypothèse, ce n'est pas le statut de l'entité en cause, mais plutôt la nature des activités. Une lecture de l'article 10 de la Convention nous permet aussi d'éclairer le contenu de la notion d'autorité souveraine.

b. Autorité souveraine et article 10

La détermination d'une « transaction commerciale » au sens de l'article 10 de la Convention de 2004 peut faire intervenir le critère matériel de la notion d'État, l'exercice de l'autorité souveraine. Ce critère peut permettre de conférer la nature étatique à une transaction commerciale, qui en est en principe exclue du bénéfice des immunités. Mais, dès l'instant qu'une transaction commerciale comporte des éléments liés à l'autorité souveraine de l'État, soit par son contenu ou par son but, elle devient étatique (Etat *ratione materiae*) et peut, donc, bénéficier du régime des immunités de l'État. Ainsi, conformément à la pratique des juridictions françaises, pour bénéficier du régime des immunités, il faut que le but de la transaction soit d'assurer le fonctionnement d'une mission traditionnelle de l'État ou de ses services administratifs ou qu'il y ait une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit commun[540]. L'immunité de juridiction est encore reconnue lorsque, lors de la signature du contrat, le signataire a fait un acte de puissance publique ou a agi dans l'intérêt d'un service

[538] Civ. 1re, 14 décembre 2004, nos 01-15.471 et 01-15.472 ; voir aussi Civ. 1re, 14 nov. 2007, no 04-15.388 ; Paris, 25 mai 2011, RG no 11/06213, *Romak contre État de la république d'Ouzbékistan et Uzdon.*

[539] TGI Paris, réf., 3 juillet 1985, *république socialiste de Yougoslavie c/ SEEE, BFCE, BNP, Société générale, Crédit Lyonnais, Air France et a.*, *JDI(Clunet)* 1985. 911, note OPPETIT.

[540] Rouen, 13 novembre 1984, *SEEE c/ Banque mondiale, république de Yougoslavie, État français*, *JDI (Clunet)*, 1985. 473, note OPPETIT, *Rev. arb.*, 1985 , p. 115 ; note DELVOLVE, *RGDIP,* 1986, p. 707.

public. On voit qu'ainsi dans l'exemple français que le juge utilise les notions de « clauses exorbitantes de droit commun »[541] « actes de puissance publique »[542] pour qualifier le contenu étatique d'une transaction, et la notion d'« activités exercées dans l'intérêt d'un service public » [543] pour qualifier la finalité étatique d'une transaction.

La notion d'« activité publique » a reçu une définition dans deux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, qui, pour n'avoir pas été rendus en matière d'immunité, sont intéressants puisqu'ils reprennent des critères connus en droit français des immunités[544]. Dans les deux premières affaires, l'Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol) demandait le recouvrement de créances dues par des compagnies aériennes. Dans la troisième affaire, le gouvernement néerlandais réclamait à M. Rüffer le remboursement de frais d'enlèvement d'un bateau coulé dans la baie de Watum. La question posée à la Cour consistait à savoir si ces actions relèvent de la matière civile et commerciale (entrant ainsi dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles) ou si, au contraire, il s'agissait d'affaires relevant du droit public qui sont exclues de cette Convention. La Cour relève d'abord qu'une action ressort du droit public lorsqu'elle met en cause une activité comprenant une « *intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique* »[545]. Dans les deux espèces, la Cour relève que

---

[541] Cass., 8 décembre 1964, *Entreprise Pérignon et a. c/ États-Unis d'Amérique* : Civ. 1re, 8 décembre 1964, *Sté Transshipping c/ État du Pakistan* ; Civ. 1re, 2 mars 1966, *JCP*, 1966. II. 14831, 2e esp., note M. Ancel.

[542] Une décision de nationalisation est un acte de puissance publique (Civ. 1re, 20 octobre 1987, *Sté internationale de plantations d'hévéas c/ Sté Lao Import Export et a.*). « *L'attribution de biens nationalisés est un acte de puissance publique de l'État ne pouvant être imputé à l'organisme bénéficiant de cette attribution* » (Civ. 1re, 2 mai 1978, *Sté algérienne de commerce Alco et a. c/ Sempac et a.* ;, Civ. 1re, 20 octobre 1987, *Sté internationale de plantations d'hévéas c/ Sté Lao Import Export et a.*, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 344, note P. LAGARDE).

[543] « *Agit dans le cadre d'un service public une banque centrale chargée du contrôle des changes »* (Paris, 16 mars 1974, *Zavicha Blagojevic c/ Banque du Japon* ; Civ. 1re, 19 mai 1976, *AFDI*, 1977, p. 1004 s.). *« La fourniture et l'installation de protection pour des gazoducs sont des activités dans l'intérêt d'un service public* » (Civ. 1re, 2 mai 1990, *Sté nationale algérienne du gaz c/ Sté Pipeline service et a.*, no 88-14.363).

[544] CJCE, 14 octobre 1976, *LTU c/ Eurocontrol*, Aff. 29/76, *Rec. CJCE*, 1976, p. I- 1541, concl. Reischl ; notes : DROZ *, Rev. crit. DIP*, 1977, p. 776 ; HUET*, JDI,* 1977. p. 707 ; LELEUX *CDE,* 1977, p. 146. CJCE, 14 juillet 1977, *Bavaria Fluggesellschaft et Germanair c/ Eurocontrol*, Aff. Jointes C-9 et 10/77, *Rec. CJCE*, 1977, p. I-1517, concl. MAYRAS ; note HUET *JDI*, 1978, p. 393. CJCE, 16 décembre 1980, *État néerlandais c/ R. Rüffer,* Aff. C-814/79, *Rec. CJCE*, 1980, p. I- 3807, concl. WARNER; note BISCHOFF*, JDI,* 1982, p. 463.

[545] *Idem., Affaire Eurocontrol.*

les organismes publics en cause ont exercé des prérogatives de puissance publique et que, dès lors, leurs actions relèvent du domaine régalien de l'État et échappent à la Convention de Bruxelles de 1968 (désormais transformée en Règlement Bruxelles I)[546]. Finalement, quel que soit la terminologie retenue, tout se rapporte à l'exercice des missions de souveraineté qui caractérise la notion *ratione materiae* d'État. Ceci dit, le contenu de la transaction ou sa finalité doit refléter la présence de la souveraineté étatique (Etat *ratione materiae*) pour que la transaction puisse bénéficier du régime des immunités[547].

In fine, le droit de la responsabilité internationale des États et le droit des immunités des États ne se satisfont pas entièrement de la définition organique de la notion d'État. Ils se tournent vers des critères matériels de qualification. Ce faisant, la notion d'État renvoie aussi à l'ensemble des missions régaliennes, se rattachant à l'exercice de prérogatives de puissance publique ou d'autorité souveraine, bref à l'*imperium*. La même analyse peut aussi être faite en droit européen.

B. En droit européen

Le droit européen offre aussi une vision matérielle de la notion d'État, entendue comme un ensemble de missions régaliennes au-delà des qualifications organiques. Une telle hypothèse peut se vérifier, au regard, d'une part, de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (1) et d'autre part, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2).

1. Dans la jurisprudence de la CJUE

Dans la plupart des domaines contentieux devant le juge de l'Union, l'application des traités ou du droit dérivé dépend de la qualification étatique de l'entité en cause. Naturellement, si l'approche organique ne permet pas de conclure

[546] Règlement (CE) no 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, L 12, 16.1.2001

[547] Voir J.-D. MOUTON, « l'Etat selon le droit international : diversité et unité », *supra* note 36, p. 97.

à la nature étatique d'une telle entité, le juge va rechercher la manifestation matérielle du concept d'État, afin d'appliquer ou non le droit de l'Union. On peut illustrer une telle démarche mettant en lumière la notion *ratione materiae* d'État, à travers le cas des concessionnaires de service public en matière d'invocabilité des directives (a) et le cas des ordres professionnels en matière de liberté de circulation (b).

a. L'État régalien et le cas des concessionnaires de service public

Le contentieux de l'invocabilité des directives permet à la Cour de préciser la notion d'État au sens des traités. Une directive n'est invocable qu'à l'encontre d'un État membre, quelle que soit la qualité en laquelle il agit, autorité publique ou employeur[548]. L'identification de l'État ne pose pas de problèmes particuliers dans le cas des autorités qui ont ce statut d'après le droit interne[549]. Mais s'agissant des organismes distincts de l'appareil d'État *stricto sensu*, la Cour va chercher leur nature étatique dans les pouvoirs que détiennent de telles entités. Ces pouvoirs se rapportent à l'exercice des missions traditionnelles et régaliennes de l'État. Ainsi, comme en droit de la responsabilité internationale des États, c'est l'activité qui fait l'État et non pas l'organe. La notion d'État renvoie à l'exercice de fonctions régaliennes ou de souveraineté. En matière d'invocabilité des directives, c'est la jurisprudence *Foster*[550] qui pose le principe (i) et on verra les applications qui en sont faites (ii).

i. La jurisprudence *Foster*

Interpellée sur une question préjudicielle posée par la *House of Lord* (juridiction britannique), la Cour devait préciser si la directive 76/207 [551] était opposable à l'entreprise BGC, une personne morale instituée par la loi. La Cour

[548] CJCE, 26 février 1986, *Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Aff. C-152/84, *Rec. CJCE*, p. 723.

[549] Voir notre analyse, titre 1.

[550] CJCE, 12 juillet 1990, *Foster e.a. c/ British Gas*, Aff. C-188/89, *Rec. CJCE,* 1990, p. I-3313.

[551] Directive 76/207/C.E.E. du Conseil, du 9 février 1976, relative à *la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail*, *JOCE*, L. 39, p. 40.

rappelant sa jurisprudence *Marshall*[552] sur l'opposabilité des directives à toute autorité publique, pose des critères matériels pour apprécier si un organisme ou une entité quelconque peut ou non être considéré comme autorité publique, et donc, comme composante de la notion d'État au sens des traités. La démarche confirme que ce n'est pas la nature juridique de l'entité qui confère le caractère d'autorité publique donc d'État, mais plutôt la recherche de critères matériels permettant de voir derrière cette entité, la notion d'État (*ratione materiae*). Au point 22 de l'arrêt, la Cour pose la règle selon laquelle, une directive peut être invoquée

> « *en vue d'obtenir des dommages-intérêts à l'encontre d'un organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre les particuliers* ».

Jugeant que le seul fait qu'une entité soit chargée d'une mission de service d'intérêt public est insuffisant pour la considérer comme une émanation de l'État, le rattachement de l'entité à l'État est à rechercher dans une analyse matérielle à double niveau : l'existence d'un lien juridique entre l'État et l'entité, et l'existence de pouvoirs exorbitants rappelant le critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique en droit de la responsabilité internationale. Même si le juge n'est pas allé, dans le cas d'espèce, jusqu'à chercher si l'organisme en question est une autorité étatique au regard des critères posés, le *test Foster* devient ainsi la référence permettant de définir la notion matérielle d'État au sens de l'invocabilité des directives. Il convient, à cet égard, de voir l'application ultérieure qui en sera faite.

ii. Les applications de la jurisprudence *Foster*

La Cour de Justice a récemment fait application du *test Foster* pour déterminer la nature étatique d'une entité, *a priori*, privée, aux fins de l'invocabilité des directives européennes. Ce fut le cas dans l'arrêt *Portgás*[553] .

Dans cette affaire, la question posée était celle de savoir si un État n'ayant pas transposé une directive pouvait néanmoins l'invoquer à l'encontre d'un particulier concessionnaire de service public. En principe, la réponse est négative. Il est de

[552] Supra note 548.
[553] CJUE, 12 décembre 2013, *Portgás*, Aff. C-425/12.

jurisprudence constance qu'une directive même si ses dispositions sont claires, inconditionnelles et précises, ne peut, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée, en tant que telle, à l'encontre d'une telle personne devant une juridiction nationale[554], à plus forte raison par l'État qui ne l'a pas transposée, en raison du principe *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*[555].

Toutefois, cette présomption peut être renversée en appliquant le *test Foster*, c'est-à-dire lorsqu'est mise en cause une entité concessionnaire de service d'intérêt public sous le contrôle de l'État et exerçant des pouvoirs exorbitants[556]. Si un tel test est avéré, l'entité passe ainsi d'un simple particulier à une autorité publique au sens matériel du terme, et donc, une composante de la notion d'État. Comme dans l'arrêt *Foster*, la Cour renvoie au juge national le soin de vérifier si l'entité en question pourrait être considérée comme une émanation de l'État. Mais, elle va plus loin. Parce que, d'une part, le juge de l'Union affirme qu'un tel renvoi au juge national est motivé par l'incertitude des éléments de fait et de droit lui permettant de procéder à une telle analyse[557]. Ce qui signifie qu'à contrario, si de telles certitudes relevaient du dossier, la Cour pourrait procéder à une telle analyse. D'autre part, et malgré les incertitudes du dossier relevées par le juge, ce dernier pose, néanmoins, les indices de ce qui constitue le *test Foster*. En effet, en affirmant que le dossier ne permettait pas de savoir si, à l'époque des faits au principal, le capital social de Portgás était ou non tenu majoritairement ou exclusivement par l'État portugais, ou si ce dernier pouvait désigner des membres de ses organes de gestion et de contrôle ou donner des instructions touchant à la gestion de son activité de service public[558], le juge met en avant les éléments permettant d'apprécier l'existence d'un lien juridique entre l'entité et l'État, c'est-à-dire, le critère du contrôle. Elle va encore plus loin dans un

---

[554] CJCE, 8 octobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, Aff. C-80/86, *Rec. CJCE,* 1987 p. 3969, pt 9 ; CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori c/ Recreb*, Aff. C-91/92, *Rec. CJCE*, 1994, I, p. 3325, pt 20 ; voir plus récent, CJUE, 27 février 2014, *OSA*, Aff. C-351/12, pt. 47.

[555] S. PLATON, « chronique de droit administratif européen », *Droit administratif*, avril 2014, n° 4, chron. 4.

[556] Voir aussi, CJCE, 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, Aff. C-343/98, *Rec. CJCE,* p. I-6659, point 23; CJCE, 5 février 2004, *Rieser Internationale Transporte,* aff. C-157/02, *Rec. C.J.C.E*, 2004, p. I-1477, point 24; CJCE, 19 avril 2007, *Farrell*, C-356/05, *Rec. CJCE*, 2007, p. I-3067, point 40 ; CJUE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, Aff. C-282/10, point 39.

[557] Point 28 de l'arrêt *Portgás*, *supra* note 553.

[558] *Idem*, pt. 29.

arrêt ultérieur[559] pour préciser que le critère du contrôle « *vise à appréhender des manifestations du concept d'État au sens large qui soit le mieux à même de réaliser les buts de la réglementation concernée*»[560], et en redéfinit l'étendue en y excluant la simple existence d'une réglementation nationale. En affirmant aussi que le fait de bénéficier de droits spéciaux et exclusifs n'est pas constitutif d'un pouvoir exorbitant et ne suffit pas à impliquer que l'entreprise dispose de tels pouvoirs et donc qualifiable d'autorité étatique, le juge procède à une analyse des activités qui sont liées aux missions régaliennes de l'État. Ainsi, l'arrêt *Foster* est repris et précisé.

Mais, là où la définition extensive de l'autorité publique, et donc de la notion d'État, au sens de l'invocabilité des directives, prend tout son sens, c'est au niveau de l'admission d'une invocabilité descendante des directives non transposées. La Cour pousse, en effet, jusqu'au bout la logique de l'assimilation à l'État de toute entité exerçant des missions régaliennes et admet une invocabilité descendante des directives non transposées. Autrement dit, si « l'État normateur » a failli à ses obligations de transposition d'une directive, il peut néanmoins s'en prévaloir devant « l'État exécutant » (un concessionnaire chargé d'une mission d'intérêt public et doté de pouvoirs exorbitants). La notion d'État est donc entendue au sens très large incluant une gamme variée d'autorités (État normateur, État employeur, État exécutant). Une telle définition de l'État permet d'assurer une effectivité pleine et entière des normes européennes, au point que les carences de l'État normateur pourraient être compensées au stade de l'exécution d'une directive[561]. L'impératif d'effectivité du droit de l'Union l'emporte donc, dans cette configuration, sur le principe *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*[562]. Il est évident que cela peut être choquant, comme l'affirme L. Coutron, qu'un concessionnaire de service public puisse être condamné au motif qu'il dispose de prérogatives de puissance publique dont la consistance est parfois sujette à caution, d'autant plus qu'il n'avait aucune prise sur le processus de transposition de la directive et qu'il pouvait en ignorer l'existence. Néanmoins, la rigueur du droit et les exigences d'effectivité sont ici implacables, car la possession de telles prérogatives ne peut obéir qu'à une logique

[559] CJUE, 19 décembre 2013, *Fish Legal et Shirley*, Aff. C-279/12 (publié au Recueil numérique).
[560] *Idem*, point 64.
[561] Voir, L. COUTRON, « Ultime conséquence de la conception unitaire de l'Etat en matière d'invocabilité des directives », *RTDE*, 2014-4, p. 903.
[562] S. PLATON, *supra*, note 555.

binaire : soit le concessionnaire de service public en dispose et il devient autorité publique, soit il en est dépourvu et il reste une personne privée. De surcroît, le droit international public assimile à l'État quiconque détient des prérogatives de puissance publique[563]. Cette analyse matérielle de la notion d'État permet ainsi d'y inclure toute entité exerçant des missions régaliennes. On peut aussi illustrer cette démarche à travers l'assimilation de l'activité des ordres professionnels à des activités étatiques.

b. L'État régalien et le cas des ordres professionnels et fédérations sportives

La nature juridique incertaine des ordres professionnels en droit de l'UE conduit parfois à des interrogations devant la Cour de Justice. De telles requêtes interpellent une certaine appréciation de la notion d'État. En effet, étant statutairement distincts de l'appareil d'État, les ordres professionnels sont souvent appelés à exercer des activités de nature étatique. Dans ce cas, il peut y avoir manifestation du concept d'État, et donc, application du droit de l'Union. Ainsi, ce n'est pas le statut juridique de l'organisme qui importe, mais la nature des fonctions qu'il exerce lorsqu'elles sont assimilables à des activités étatiques. C'est la conclusion à laquelle la Cour est parvenue dans l'affaire *Auer c/ ministère public*[564].

Dans un litige opposant un ressortissant autrichien, le sieur Auer, à l'ordre national des vétérinaires pour exercice illégal de la médecine et de la chirurgie vétérinaires en France, alors même que titulaire de diplômes étrangers, l'Ordre avait refusé son inscription au tableau. La Cour de justice a jugé qu' :

> « *on ne saurait refuser l'inscription au tableau de l'ordre professionnel pour des motifs qui méconnaissent la validité d'un titre professionnel obtenu dans un autre État membre, alors que ce titre figure parmi ceux que tous les États membres, ainsi que leurs ordres professionnels, en tant qu'organismes chargés d'une fonction publique, sont tenus de reconnaître*»[565].

[563] Voir notre analyse en droit de la responsabilité

[564] CJCE, 22 septembre 1983, *Auer c/ Ministère public*, Aff. C-271/82, *Rec. CJCE,* 1983, p. 2727.

[565] *Idem*. Point 19.

Ainsi l'ordre professionnel, en vertu de sa mission régalienne (en l'espèce l'inscription au tableau de l'ordre professionnel et autorisation d'exercice de la profession), est une autorité publique, et en tant que telle, soumise aux obligations de l'État en vertu des traités. Cette jurisprudence a été confirmée en termes strictement identiques, dans une affaire opposant un vétérinaire néerlandais installé en Italie[566].

La Cour a étendu cette jurisprudence aux fédérations sportives, comme en atteste l'arrêt *Bosman*[567]. Dans ce dernier, la Cour a considéré que la réglementation édictée par une fédération sportive était, par sa nature, susceptible d'entraver la liberté de circulation des personnes, et entre de ce fait, dans le giron des mesures étatiques au sens de l'ex article 48 du traité.

Tout compte fait, à chaque fois qu'il y a un doute sur le caractère étatique d'une entité quelconque, la Cour recherche si ses activités se rattachent à la notion d'État pour en déduire l'applicabilité ou non du droit de l'Union. Une telle opération permet, donc, de mettre en lumière la notion matérielle d'État à travers sa dimension régalienne. Cette démarche se confirme si l'on se tourne du côté du juge de Strasbourg.

2. Dans la jurisprudence de la Cour EDH

Dans la jurisprudence de la Cour EDH, notamment en matière d'engagement de la responsabilité de l'État pour violation de la Convention, le juge de Strasbourg reste dans la même logique que le droit de la responsabilité internationale des États. Il se fonde, en effet, sur l'imputation à l'État des actes accomplis par des entités distinctes, mais exerçant des fonctions de nature étatique. Dans ce cadre, la Cour interprète extensivement de telles fonctions étatiques, ce qui contraste avec sa

[566] CJCE, 15 décembre 1983, *Rienks*, Aff. C-5/83, *Rec.CJCE*, 1983, p. 4233.

[567] CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman c/ Royal club liégeois SA*, Aff. C-415/93, *Rec. CJCE*, 1995, p. I-5040.

logique restrictive lorsqu'il s'agit d'identifier l'État, au sens matériel du terme, dans le cadre de l'application de l'article 34 (requêtes individuelles)[568].

Au final, la notion d'État peut être définie, du point de vue matériel, comme un ensemble d'activités régaliennes, c'est-à-dire, des activités faisant appel à l'exercice de prérogatives de puissance publique, de pouvoirs exorbitants de droit commun ou d'autorité souveraine. De telles prérogatives renvoient à l'exercice des missions traditionnelles de souveraineté et se caractérisent par leur unilatéralité et leur caractère exceptionnel. Dès lors, partout où il y a de telles prérogatives, de tels pouvoirs, il y a État, et ce faisant, application du droit international ou du droit européen, selon le cas, et quel que soit le statut de l'entité ou l'organisme qui l'exerce. Toutefois, il y a aussi une hypothèse dans laquelle, la présence de l'État régalien conduit à une inapplication du droit international et du droit européen. Dans ce cas, l'interprétation de la notion matérielle d'État est plus restrictive.

Paragraphe 2. L'État régalien comme fondement de l'inapplication des normes internationales et européennes

Les missions régaliennes de l'État peuvent parfois être brandies comme motif d'inapplication des normes internationales et européennes. La question est cependant plus présente en droit européen, notamment en droit de l'Union européenne. En effet, les traités européens prévoient un certain nombre de dérogations qui tiennent lieu à un aménagement des pouvoirs souverains de l'État, ce qui fait son essence, l'*imperium*. Dans cette hypothèse, conformément à une ligne de conduite partagée à la fois par le juge de l'UE et celui de la Cour EDH, consistant à interpréter restrictivement les dérogations aux traités, la notion *ratione materiae* d'État fait l'objet d'une interprétation stricte. Il en va ainsi pour garantir l'effet utile des dispositions qui font appel à la notion d'État comme motif d'inapplication du traité. On essayera de vérifier cette hypothèse en droit de l'UE, d'une part (A), et en droit de la Convention EDH, d'autre part (B).

[568] Voir *infra*, p. 191.

A. L'État régalien comme fondement de l'inapplication des normes en droit de l'UE

Le droit de l'UE a toujours porté une attention particulière aux fonctions régaliennes de l'État et d'une manière générale à sa souveraineté. Il aborde les fonctions régaliennes de l'État comme pouvant constituer des dérogations à l'application des règles du traité. Ce faisant, elles sont interprétées restrictivement. Il en résulte une notion matérielle d'État circonscrite. Il en est ainsi lorsque L'État régalien fonde l'inapplication des règles de liberté de circulation. C'est le cas en matière de libre circulation des travailleurs (article 45 TFUE) (2) et en matière de liberté d'établissement (article 51 TFUE) (3). Il convient avant de les analyser tour à tour, de mettre en évidence leur lien avec la notion d'État (1) et de finir par une lecture combinée de ces deux dispositions et leurs intérêts pour la définition fonctionnelle de l'État (4).

1. Les articles 45 § 4 du TFUE et 51 § 1 du TFUE et leurs liens avec la notion d'État

La jurisprudence de la Cour de Justice relative aux dérogations prévues par les articles 45 § 4 (emploi dans l'administration publique) et 51 § 1 (exercice de l'autorité publique) du TFUE, permet de mettre en lumière l'approche matérielle restrictive de la notion d'État. Elle a fourni à la Cour l'occasion d'affirmer la permanence des fonctions régaliennes de l'État et de comprendre que la notion d'État ne renvoie pas toujours à un ensemble d'autorités. Elle peut aussi renvoyer à un ensemble de fonctions ou missions, indépendamment de l'organe ou l'entité qui en a la charge[569]. Donc, le lien des notions d'emploi dans l'administration publique et d'exercice de l'autorité publique avec la notion d'État est évident, même s'il n'est pas clairement établi à proprement parler par le Traité.

[569] M. HECQUARD-THERON, « la notion d'État en droit communautaire », *supra* note 69, p. 697.

Concernant la notion d'administration publique de l'article 45 § 4 du TFUE, nul doute que l'intention des auteurs des Traités était de permettre aux États de réserver à leurs ressortissants les emplois qui mettent leur titulaire en situation de participer directement à l'exercice de l'autorité publique ou de faire usage de prérogatives de puissance publique à l'égard des administrés. En ce sens, on peut dire que l'expression « administration publique » implique un pouvoir directement exercé par l'État[570]. L'interprétation matérielle de la notion d'administration publique renvoie à ce qui fait l'essence de l'État, son *imperium*. Comme le rappelle M. Hecquard-Théron, « *il s'agit bien de la puissance publique ou des intérêts généraux de l'État comme caractéristiques de la notion d'État auxquels les titulaires de certains emplois dans l'administration publique sont appelés à participer* »[571].

Concernant la notion d'autorité publique, au sens de l'article 51 § 1 du TFUE, elle renvoie essentiellement aux États membres et à leurs attributs. Dans d'autres domaines, la notion d'autorité publique renvoie à la notion organique d'État, comme l'ensemble des autorités qui ont ce statut d'après le droit interne (voir en matière d'opposabilité des directives, de responsabilité, de manquement, etc.). Mais, étant donné que dans l'article 51 TFUE, la notion ne fonde pas l'application du droit de l'Union, mais plutôt une exclusion de son champ d'application, elle est interprétée de façon restrictive, renvoyant essentiellement à certaines compétences de l'État. Selon l'avocat général M. Mayras, la notion d'autorité publique « *découle de la souveraineté, de l'impérium de l'État* », d'où son lien évident avec la notion d'État. L'avocat général P. Cruz Villalón, dans *l'affaire des notaires*, soutient clairement que :

> « *définir ce qui est visé par la notion d'autorité publique au sens de l'article 45, premier alinéa, CE (devenu art. 51 TFUE) implique forcément de s'appuyer sur une conception prédéterminée du concept d'autorité publique en tant que catégorie*

[570] Voir conclusions de l'avocat général H. Mayras présentées le 5 décembre 1973 dans l'affaire *Sotgiu*, aff. C-152/73. Dans le commentaire de J. Mégret, *Le Droit de la CEE*, vol. III, 1971, p. 6, M.-J.-V. LOUIS écrit: «aux termes d'une réponse faite à une question parlementaire par le ministre belge des affaires étrangères (session extraordinaire 1968, Sénat, *Bull. Quest et Rép*., 30 juillet 1968, n° 6, question de M. Bascour du 27 juin 1968), l'expression 'administration publique' implique le pouvoir directement exercé par l'État.

[571] M. HECQUARD-THERON, « la notion d'État en droit communautaire », *supra* note 69, p. 698.

générale de la théorie de l'État dans laquelle l'Union, en tant que communauté d'États, doit nécessairement trouver sa place »[572].

T. Hamoniaux, après une étude sur la notion d'autorité publique et la souveraineté de l'État reconnaît, clairement, que la notion d'autorité publique contribue à la clarification de la notion d'« États membres »[573]. Le lien avec la notion d'État paraît donc aller de soi. Ce lien est d'ailleurs aussi souligné par M. Hecquard-Théron, lorsqu'elle tente de démontrer la conception spécifique de la notion d'État en droit de l'Union européenne. Elle note en effet que l'interprétation que donne la Cour à propos de l'article 51§ 1 TFUEmet en relief les missions d'autorité de l'État[574]. Toutefois, on remarque que la Cour n'associe jamais autorité publique et souveraineté, administration publique et souveraineté. Le lien paraît pourtant évident, comme l'a souligné l'avocat général, M. Mayras. Mais la raison est simple. La notion de souveraineté a une forte connotation politique et « fait peur » dans la perspective d'un processus « *créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe* »[575], ou « *de franchir une nouvelle étape dans le processus d'intégration européenne engagé par la création des Communautés européennes* »[576]. On préfère donc l'utiliser sans en parler. En effet, la notion de souveraineté et l'expression d'*impérium* font penser à une autorité toute puissante et renvoient à la puissance absolue de l'État à laquelle sont soumis tous ses « sujets », lesquels sont « *assujettis à son impérium* »[577]. La souveraineté implique en outre un « *contenu... de plénitude* »[578] auquel les États membres ne peuvent plus prétendre. Il serait, cependant, exagéré de soutenir que l'autorité publique ou l'administration publique serait, pour le juge de l'Union, dépourvue de tout lien avec l'État « souverain » : c'est, en effet, l'État et lui seul qui, s'il a délégué son autorité publique à l'un de ses « sujets », sera sanctionné en cas de carence de ce dernier. L'absence de toute référence à l'État souverain répond donc à un motif intelligible[579]. Finalement c'est de la définition

[572] Conclusions présentées le 14 septembre 2010, dans l'affaire *Commission c/ France*, Aff. C-50/08.
[573] T. HAMONIAUX, « l'autorité publique nationale : entre souveraineté de l'État et intégration communautaire », *LPA,* 27 février 2002, n° 42, p. 15.
[574] M. HECQUARD-THERON, « la notion d'État en droit communautaire », *supra* note 69, p. 698.
[575] Voir Préambule TUE.
[576] *Ibidem*.
[577] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *Montchrestien*, *supra* note 18., p. 228.
[578] *Ibidem*.
[579] T. HAMONIAUX, « l'autorité publique nationale : entre souveraineté de l'État et intégration communautaire », *supra* note 573, p. 6.

matérielle de l'État qu'il s'agit, la notion d'État étant ici érigée en motif d'inapplication du Traité. C'est ce qui fait que la logique extensive qui prévaut lorsque la notion d'État fonde l'application du droit de l'Union cède, ici, la place à une approche restrictive.

2. L'État régalien au sens de l'article 45 § 4 TFUE (les emplois dans l'administration publique)

L'article 45 TFUE détermine, dans ses paragraphes 1 à 3, le contenu de la libre circulation des travailleurs avant d'affirmer dans le quatrième que ses dispositions sont inapplicables « aux emplois dans l'administration publique ». Les commentateurs s'y accordent et soulignent sans ambiguïté que cette libre circulation est «*un principe fondamental de l'ordre juridique communautaire* »[580], ou encore «*l'un des objectifs essentiels du Traité de Rome du 25 mars 1957 et l'un des "fondements de la Communauté*»[581]. Elle « *implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail* »[582]. Elle n'a toutefois pas un caractère absolu, comme en atteste la dérogation prévue au paragraphe 4 dudit article, ce qui relativise l'interdiction de discrimination fondée notamment sur la nationalité. Mais, la rédaction de l'article 45 TFUE ne garantit pas une compréhension claire de la dérogation ou de l'exception. Or, cette clarté est subordonnée à la détermination du contenu de la notion d'administration publique, ce qui renvoie au contenu de la notion d'État. Annonçant la voie d'une approche fonctionnelle ou matérielle et non institutionnelle ou organique, dès 1974, la Cour voit dans la notion d'emploi dans l'administration publique, dans son arrêt remarqué du 17 décembre 1980, « *un ensemble d'emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités*

[580] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *supra* note 358, p. 52.
[581] G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne, supra* note 322, p. 83.
[582] *Ibidem*.

publiques »[583]. Il en résulte deux critères : l'exercice de la puissance publique (a) et la sauvegarde des intérêts généraux de l'État (b).

a. L'exercice de la puissance publique

L'exercice de la puissance publique paraît, ainsi, être un premier critère décisif pour définir la notion d'emploi dans l'administration publique. Qui parle de puissance publique, parle d'attributs de l'État, appelés communément prérogatives de puissance publique[584], expression que la Cour emploie parfois[585]. Une étude sur la dimension théorique et critique de la puissance publique démontre que celle-ci se rapporte à l'État et à son monopole de contrainte[586]. Jean Bodin en fait la marque de la souveraineté de l'État[587]. À la suite de cet auteur, la doctrine juridique assimile souvent puissance publique et souveraineté [588]. Pour certains auteurs, cette puissance est identifiée au pouvoir[589] et même tenue pour synonyme incontestable de l'autorité publique[590].

---

[583] CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-149/79, *Rec. CJCE*, 1980, p. I-03881, point 10. Voir analyses de cette décision, J. BOULOUIS, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en 1980 », *AJDA,* 1981, p. 137 ; G. DRUESNE, « La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les "emplois dans l'administration publique" (sur un arrêt du 17 décembre 1980 de la Cour de justice des Communautés européennes) », *RTDE,* 1981, p. 286 ; J.-C. SECHE, « L'apport de l'arrêt de la Cour de justice du 17 décembre 1980 (Commission c/ Belgique, 149-79) », *Administration publique*, 1981, p. 249 ; A. BLECKMANN, « L'arrêt de la Cour de justice du 17 décembre 1980 et le droit allemand des fonctionnaires », *Administration publique*, 1982, p. 36 ; G. LYON-CAEN, « Un arrêt d'une interprétation difficile : l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire des "Chemins de fer belges" confronté au droit français », *in Mélanges P.-H. Teitgen*, *Études de droit des Communautés européennes*, Paris, *Pedone*, 1984, p. 273 ; L. DUBOUIS, « La notion d'emplois dans l'Administration publique (art. 48, § 4 Traité CEE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics », *RFDA,* 1987, p. 949.

[584] O. DUBOS, « L'Union européenne est-elle une puissance publique ? », *in* P. Raimbault (*dir.*), *La puissance publique à l'heure européenne,* paris, *Dalloz*, 2006, p. 54.

[585] CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, Aff. C-66/85, *Rec. CJCE*, 1986, p. I-02121.

[586] J.-A. MAZERES, « Qu'est-ce que la puissance publique ? », *in* P. RAIMBAULT (*dir.*), *La puissance publique à l'heure européenne*, *supra* note 584, p. 9.

[587] J. BODIN, « Six Livres de la République », *in Corpus des œuvres philosophiques en langue française*, Paris, *Fayard*, 1986, vol. 1, p. 222.

[588] Par exemple G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif, », p. 21 et ss. ; O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *PUF*, 1994, p. 1. L'assimilation est parfois contestée : lire F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, *thèse Bordeaux*, 1960, p. 45 et ss. ; C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, *LGDJ*, 2004, p. 9 et ss ; J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs,* n° 67, 1993, p. 47.

[589] Le Vocabulaire juridique définit la puissance publique comme l'« ensemble des pouvoirs de l'État et des autres personnes publiques », G. CORNU (*dir.*), p. 730. Pour J. Rivero, c'est « la traduction, au

Face à la difficulté d'identifier la substance des attributs concernés, d'utiles précisions ont été apportées par la Commission européenne. La Commission est intervenue en 1988 et en 2002 par des communications pour indiquer qu'il s'agit des activités ordonnées autour de l'élaboration des actes juridiques, de leur exécution, du contrôle de leur application et des organismes dépendants[591]. Les fonctions énumérées coïncident avec les activités de commandement et de contrainte[592], et sont imprégnées de l'unilatéralité, marque de la puissance publique[593]. À cet égard, la Cour ne considère pas les activités ayant pour objet l'organisation des enseignements, l'évaluation par l'affectation de notes et la participation à la décision de la promotion des élèves en classe supérieure, comme des emplois dans l'administration publique, car ne comportant pas l'exercice de prérogatives de puissance publique[594]. En revanche, au regard des tâches et des responsabilités qui

---

plan administratif, de la réalité politique qu'est le Pouvoir », cité par A. VAN-LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, *Dalloz-Sirey*, 5e éd., 2008, p. 321-322. Voir aussi M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public, Sirey*, 12e éd., 1933, rééd., *Dalloz*, 2002, pp. 8-11 ; M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, *Dalloz*, 1960, p. 99.

[590] G. DRUESNE, « La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les emplois dans l'administration publique », *supra* note 583, p. 291 et rejoint sur ce point l'Avocat général Mayras, concl. sous CJCE, 21 juin 1974, *Reyners c/ Belgique*, Aff. C-2/74, *Rec. CJCE,* 1974, p. 631.

[591] Commission des Communautés européennes, « Libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des États membres — Action de la Commission en matière d'application de l'article 48, paragraphe 4 du traité CEE », n° 88/C-72/02, *JOCE,* 18 mars 1988, p. 2 ; « Communication de la Commission relative à la libre circulation des travailleurs — en tirer pleinement les avantages et les potentialités », COM (2002) 694 final du 11 décembre 2002, p. 21. Dans le même ordre d'idée, le Conseil d'État français aborde dans le même sens en ajoutant des éléments nouveaux : « les fonctions de puissance publique consistent *à l'élaboration d'actes juridiques, au contrôle de leur application, à la sanction de leur violation, à l'accomplissement de mesures impliquant un recours possible à l'usage de la contrainte, enfin à l'exercice de la tutelle* » *in* Conseil d'État Ass. (Avis), 31 janv. 2002, *Rapport d'activités 2003,* Paris, *La Documentation française*, *EDCE*, n° 54, p. 190.

[592] Voir. G. ALBERTON, « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne », *R.F.D.A.,* 2003, p. 1196 ; J. CHEVALLIER, « Les fondements du droit administratif à l'épreuve de l'Europe », *in* P. RAIMBAULT (*dir.*), *La puissance publique à l'heure européenne, supra, note* 584, p. 42.

[593] Pour J.-F. BRISSON et A. ROUYERE, « *L'unilatéralité est l'élément caractéristique majeur de toute prérogative de puissance publique* », *in Droit administratif*, *Montchrestien*, 2004, p. 130. J. Chevallier situe le principe d'unilatéralité *« au cœur de la conception traditionnelle de la puissance publique »*, Les fondements du droit administratif à l'épreuve de l'Europe, *in* P. RAIMBAULT (*dir.*), *La puissance publique...*, *supra* note 584, p. 42. O. Dubos pense que « *l'action unilatérale (...) est en droit administratif le prototype même de la prérogative de puissance publique* », *L'Union européenne est-elle une puissance publique* ?, *in* P. RAIMBAULT (*dir.*), *ibid.*, p. 58.

[594] S'agissant des emplois d'enseignant stagiaire : CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, *supra* note 585, point 28, de lecteur de langue étrangère : CJCE, 2 août 1993, *Pilar Allué*, aff. C-259/91 et C-332/91, *Rec. CJCE*, 1993, p. I-04309, point 9, de professeur du secondaire : CJCE, 27 novembre 1991, *Annegret Bleis*, Aff. C-4/91, *Rec. CJCE*, 1991, p. I-05627, point 7.

leur sont inhérentes, la Cour a considéré qu'un ensemble d'emplois de contrôleurs, de veilleurs de nuit et d'architectes dans des administrations communales participait à l'exercice des prérogatives de puissance publique. Au final, ce qui se rapporte à l'exercice de prérogatives de puissance publique renvoie à l'activité d'édiction de normes qui s'impose aux particuliers (unilatéralité) et les activités coercitives pouvant nécessiter l'usage de la contrainte physique envers des particuliers.

Mais, là où cela devient plus intéressant, c'est lorsque la Cour intègre les exigences temporelles et quantitatives pour qualifier l'exercice de prérogatives de puissance publique. C'est à ce niveau que la Cour fait preuve d'un dynamisme supplémentaire, qu'on ne voit pas en droit international, ni dans les autres domaines du droit de l'UE qui font appel à une définition extensive de la notion d'État. La logique restrictive inclut donc des critères supplémentaires pour qualifier une activité comme relevant de la notion d'État. Ainsi, l'exercice de prérogatives de puissance publique, en elle-même, ne suffit pas pour rattacher une activité à la notion d'État. Il faut, en outre, que de telles activités soient exercées de façon habituelle et doivent représenter une part substantive des activités de l'entité en question. C'est ce qu'affirme la Cour, dans ses deux arrêts du 30 septembre 2003, lorsqu'elle déclare que

> «*Le recours à la dérogation à la libre circulation des travailleurs (...) ne saurait être justifié du seul fait que des prérogatives de puissance publique sont attribuées par le droit national aux titulaires des emplois en cause. Encore faut-il que ces prérogatives soient effectivement exercées de façon habituelle par lesdits titulaires et ne représentent pas une part très réduite de leurs activités".*[595]

Ce filtre supplémentaire induit une notion restrictive d'État. L'État est donc celui qui exerce des prérogatives de puissance publique, de façon habituelle ou permanente et de telles prérogatives représentent une part substantielle de ses activités. Ce faisant, contrairement au droit coutumier de la responsabilité ou au contentieux des manquements, toute entité qui exerce effectivement dans un cas concret des prérogatives de puissance publique n'est pas forcément étatique. Si, l'exercice concret des prérogatives de puissance publique suffit dans ces derniers

[595] CJCE, 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, Aff. C-405/01, *Rec. CJCE,* 2003, p. I-10391, point 50; CJCE, 30 septembre 2003, *Albert Anker*, Aff. C-47/02, *Rec. CJCE*, 2003, p. I-10447, point 69.

exemples, l'application de l'article 45 § 4 du TFUE exige une certaine permanence et un caractère non résiduel de l'exercice de telles prérogatives.

Dans les arrêts *Colegio de Oficiales* et *Anker e.a*, la Cour ne dénie pas aux officiers de la marine marchande la détention de prérogatives de puissance publique liées précisément à la certification publique et à l'établissement d'actes d'état civil. La Cour juge que ces officiers occupent des emplois assimilables à ceux dans l'administration publique, car il s'agit de fonctions comportant une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique[596]. Néanmoins, la Cour n'en déduit pas la qualification d'emploi dans l'administration publique. Elle conclut que « *les emplois de capitaine et de second de la marine marchande espagnole constituent des emplois dans lesquels l'exercice de la fonction de représentation de l'État du pavillon est, en pratique, occasionnel* »[597], ce qui permet à la Cour de dénier la qualité étatique à une telle activité. La Cour intègre donc, désormais, l'exigence d'habitude dans l'exercice de la puissance publique afin que la fonction en cause corresponde à la définition de l'administration publique, à la notion matérielle d'État. La doctrine apprécie positivement cette position jurisprudentielle qui se fonde sur l'évolution observable dans l'exercice des fonctions des officiers de la marine marchande : « *les arrêts du 30 septembre 2003 sonnent le glas du régime spécifique applicable au capitaine de navire, tant il est patent qu'aujourd'hui le capitaine n'exerce pas de manière habituelle de prérogatives de puissance publique*»[598] . D'autres auteurs par contre y ont vu « *une très grande hypocrisie du juge communautaire* » [599] considérant que « *la puissance publique, avatar de la*

[596] La Cour note dans l'affaire *Colegio de Oficiales qu' « En l'occurrence, il y a lieu de constater que le droit espagnol confère aux capitaines et aux seconds des navires marchands battant pavillon espagnol, d'une part, des prérogatives liées au maintien de la sécurité et à l'exercice de pouvoirs de police, notamment en cas de danger à bord, assorties, le cas échéant, de pouvoirs d'enquête, de coercition ou de sanction, allant au-delà de la simple contribution au maintien de la sécurité publique à laquelle tout individu peut être tenu, et, d'autre part, des attributions en matière notariale et d'état civil, qui ne sauraient s'expliquer par les seules nécessités du commandement du navire. De telles fonctions constituent une participation à l'exercice de prérogatives de puissance publique aux fins de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État du pavillon* », point 42 de l'arrêt, *Ibid*.

[597] *Idem*., point 45.

[598] A. CUDENNEC, obs. sous, *Commission c/ France*, Aff. C-89/07, *DMF,* n° 693, 2008.514.

[599] O. DUBOS, « Avis de tempête par temps calme : la Cour de Justice, le capitaine et a notion d'emploi dans l'administration publique », *JCP A*, 2003, 2052, p. 1565.

souveraineté, n'est en effet a priori pas susceptible de degré, de plus ou de moins ; elle est ou n'est pas »[600].

Concernant, l'exigence quantitative de l'exercice des prérogatives de puissance publique, l'arrêt *Anker*, de même qu'un arrêt plus récent du 10 septembre 2014[601], en constituent des illustrations. Dans l'arrêt *Anker*, la Cour reconnaît la participation à l'exercice des prérogatives de puissance publique des capitaines de la marine marchande, sans pour autant conclure que leurs activités se rattachent au domaine de l'administration publique. Cette position ne manque pas de pertinence :

> « *les emplois de capitaine de navires pratiquant la petite pêche hauturière, qui consistent pour l'essentiel à diriger des bateaux de petite taille, comportant un équipage réduit, et à participer directement à la pêche et à la transformation des produits de pêche, constituent des emplois dans lesquels la fonction de représentation de l'État du pavillon occupe, en pratique, une place insignifiante* »[602].

La Cour abonde, ainsi, dans le sens des demandeurs au principal :

> « *Même s'il existait des cas dans lesquels des capitaines auraient fait usage de prérogatives de puissance publique, celles-ci revêtiraient une importance à ce point secondaire qu'elles ne pourraient en aucun cas constituer le cœur de leur activité* »[603] .

L'avocat général est plus incisif en considérant que le capitaine d'un bateau de petite navigation maritime a « *un emploi (...) dans le cadre duquel l'exercice de fonctions de représentation de l'État ne joue en pratique qu'un rôle très marginal, voire aucun* »[604]. En clair, les prérogatives de puissance publique octroyées aux capitaines de navires de pêche représentant une part très réduite de leurs activités, il n'y a pas d'administration publique, il n'y a pas État. Dans l'affaire *Haralambidis* du 10 septembre 2014[605], la Cour a fait application de cette exigence. Dans cet arrêt, la Cour avait à se prononcer sur la qualification d'emploi dans l'administration publique

---

[600] *Ibidem*.
[601] CJUE, 10 septembre 2014, *Iraklis Haralambidis c/ Calogero Casilli*, Aff. C-270/13, (non encore publié dans le recueil général).
[602] CJCE, 30 septembre 2003, *Anker*, *supra* note 595 , point 64.
[603] *Ibid,* point 20.
[604] Conclusions présentées par Stix-Hackl, le 12 juin 2003, *Rec*. I-10464, point 76.
[605] CJUE, 10 septembre 2014, *Iraklis Haralambidis c/ Calogero Casilli*, *supra* note 601 ; Voir aussi CJCE, 11 mars 2008 *Commission c/ France*, Aff. C-89/07, *Rec*. *CJCE*, 2008, p. I-00045.

de l'emploi du président d'une autorité portuaire. La Cour a, certes, constaté l'existence de prérogatives de puissance publique, notamment manifestées par le pouvoir de police permettant d'ordonner à un occupant illégal du domaine maritime, situé dans l'enceinte du port, de remettre les lieux en état. Mais, elle a ensuite considéré que leur exercice par le président de l'autorité portuaire constitue « *une part marginale de son activité, laquelle présente en général un caractère technique et de gestion économique* » [606] s'opposant à la qualification d'emploi dans l'Administration publique, donc n'entrant pas dans la définition matérielle de la notion d'État au sens de l'article 45 § 4 du TFUE.[607]

b. La sauvegarde des intérêts généraux de l'État

La sauvegarde des intérêts généraux de l'État est considérée comme l'autre critère d'identification de la notion d'emploi dans l'administration publique. La position de la Cour n'est toutefois pas claire sur son caractère cumulatif ou alternatif avec le critère de l'exercice de la puissance publique[608]. Force est également de constater qu'il reste affecté d'un fort coefficient d'incertitude. Et, la doctrine ne s'y trompe pas, lorsqu'elle souligne la difficulté de définir[609], de cerner la notion d'intérêts généraux, ou d'en préciser la nature[610] . Cette dernière est souvent assimilée aux « *intérêts majeurs de l'État* »[611]. G. Pekassa Ndam a essayé d'en dresser une typologie opérant une distinction entre intérêts sécuritaires de ceux qui ne le sont pas

[606] *Idem,* point 60.
[607] Voir commentaires : C. FROGER, *JCP A.,* 2015-5, p. 24 ; E. DANIEL, *Revue Europe*, n° 11, 2014, pp. 24-25.
[608] Parfois alternatives (CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*), les conditions sont cumulatives dans l'immense majorité des arrêts. La thèse du cumul emporte l'opinion de L. Dubouis, *in « La notion d'emplois dans l'Administration publique* (art. 48, § 4 traité CEE)... », *supra* note 583, p. 949. En revanche, E. Spiliotopoulos relève l'ambiguïté de la question et s'en remet à la Cour de justice pour une clarification, *in* « L'article 48 (4) du Traité de Rome : ambiguïté de la jurisprudence », *RFDA*, 1997, pp. 583-584.
[609] E. SPILIOTOPOULOS, « L'article 48 (4) du Traité de Rome : ambiguïté de la jurisprudence », *Idem*, p. 583.
[610] G. DRUESNE, « La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les emplois dans l'administration publique ..., » *supra note* 583*,* p. 291.
[611] L. DUBOUIS, « La notion d'emplois dans l'Administration publique..., » *supra* note 583*,* p. 956.

englobant les finances publiques, la justice et la diplomatie[612]. Mais, l'étude de la jurisprudence ne permet pas d'affirmer de telles certitudes. L'approche casuistique nous interdit, d'avance, toute systématisation abstraite. Une chose est sûre ; le critère régalien semble faire l'unanimité et la synonymie est généralement admise entre l'activité de caractère régalien et l'exercice de la souveraineté. Il ressort d'un avis consultatif du Conseil d'État que « *doit être regardé comme inséparables de l'exercice de la souveraineté (...) l'exercice de fonctions traditionnellement qualifiées de régaliennes* »[613]. La haute juridiction française considère comme ayant cette nature « *les missions confiées aux ministères chargés de la défense, du budget, de l'économie et des finances, de la justice, de l'intérieur, de la police et des affaires étrangères* »[614]. La Commission s'inscrit également dans la même perspective et relève les activités régaliennes comme étant de nature à satisfaire les intérêts généraux de l'État. Dans sa communication du 18 mars 1988, elle citait des activités telles que « *les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre, la magistrature, l'administration fiscale et la diplomatie (...) et les banques centrales*»[615]. Quoi qu'il en soit, la Cour a retenu que la sécurité intérieure et extérieure de l'État constitue une activité mettant en cause les intérêts nationaux[616]. Cela signifie que les activités de police (sécurité intérieure) et de défense nationale (sécurité extérieure) relèvent de l'*imperium* étatique. La mention de la sécurité intérieure renvoie à l'activité de police bien connue en droit administratif français. La Cour ne s'est d'ailleurs pas réservée d'en faire mention dans l'affaire *Colegio de Oficiales*[617] en la considérant comme une activité au service des intérêts généraux de l'État. La Cour a, en effet, considéré que les capitaines et seconds des navires marchands participent, en qualité de représentants de l'État et en dehors de leurs attributions liées à la certification publique et à l'établissement d'actes d'état civil, à l'exercice des

---

[612] Voir P. PEKASSA NDAM, « les emplois dans l'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne », *R.D.P*, 2012, n° 2, p. 347-377.
[613] Conseil d'État, avis, 11 septembre 2014, req. N° 389022.
[614] *Ibidem*.
[615] Commission des Communautés européennes, « Libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des États membres — Action de la Commission en matière d'application de l'article 48, paragraphe 4 du traité CEE », no 88/C-72/02, *JOCE*, 18 mars 1988, p. 2 ; voir aussi « Communication de la Commission relative à la libre circulation des travailleurs — en tirer pleinement les avantages et les potentialités », COM (2002) 694 final du 11 décembre 2002, p. 21.
[616] Voir les conclusions de l'avocat général M. MAYRAS, Aff. C-152/73, présentées le 12 février 1974, *Rec. CJCE*, 1974, p.172.
[617] *Supra* note 595.

fonctions de sécurité et de police, notamment en cas de danger à bord. Ces fonctions « *sont constitutives d'une participation à l'exercice de prérogatives de puissance publique aux fins de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État* »[618]. Cette même logique se retrouve dans l'arrêt *Anker*. Notant qu'il soit raisonnable de douter que les fonctions auxiliaires en matière d'état civil comportent exercice de prérogative de puissance publique, un tel doute n'est pas permis s'agissant de savoir si l'exercice des pouvoirs de police relève des intérêts généraux de l'État. La Cour part, en effet, du constat que le droit allemand confère aux capitaines des navires de pêche battant pavillon allemand des prérogatives liées au maintien de la sécurité et à l'exercice de pouvoirs de police, notamment en cas de danger à bord, assorties, le cas échéant, de pouvoirs d'enquête, de coercition ou de sanction, allant au-delà de la simple contribution au maintien de la sécurité publique à laquelle tout individu peut être tenu[619]. On remarque, ainsi, qu'il fait référence à la fois à la police administrative (prérogatives liées au maintien de la sécurité et à l'exercice de pouvoirs de police, notamment en cas de danger à bord) et police judiciaire (pouvoirs d'enquête, de coercition ou de sanction, allant au-delà de la simple contribution au maintien de la sécurité publique). La Cour conclut que ces deux activités de police « *constituent une participation à l'exercice de prérogatives de puissance publique aux fins de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État du pavillon* »[620]. Ces deux décisions ignorent le fait que les officiers de la marine soient employés par une personne physique ou morale de droit privé, l'exigence essentielle est que, pour l'accomplissement des missions publiques qui leur sont dévolues, ils agissent en qualité de représentants de la puissance publique, au service des intérêts généraux de l'État.

La notion d'État, au sens de l'article 45 § 4 du TFUE, renvoie donc à l'exercice de façon habituelle et substantielle des prérogatives de puissance publique et à l'exercice de missions de sauvegarde des intérêts généraux de l'État. Elle est donc substantiellement restrictive. Peut-on en déduire de même à l'analyse de l'article 51 § 1 du TFUE.

---

[618] *Idem*, point 42.
[619] *Anker*, *supra* note 595, point 61.
[620] *Ibidem*.

3. L'État régalien au sens de l'article 51 § 1 TFUE (exercice de l'autorité publique)

L'article 49 TFUE, vise « *à assurer le bénéfice du traitement national à tout ressortissant d'un État membre qui s'établit dans un autre État membre pour y exercer une activité non salariée et interdit toute discrimination fondée sur la nationalité résultant des législations nationales en tant que restriction à la liberté d'établissement* »[621]. À cet effet, la notion d'établissement, au sens de cette disposition, est une notion très large, impliquant la possibilité pour un ressortissant de l'Union de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État membre d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de l'Union européenne dans le domaine des activités non salariées[622]. Cette liberté d'établissement reconnue aux ressortissants d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre comporte notamment l'accès aux activités non salariées et leur exercice dans les conditions définies par la législation de l'État membre d'établissement pour ses propres ressortissants[623]. En d'autres termes, l'article 49 TFUE interdit à chaque État membre de prévoir dans sa législation, pour les personnes qui font usage de la liberté de s'y établir, des conditions d'exercice de leurs activités différentes de celles définies pour ses propres ressortissants. Nous sommes donc encore au cœur des libertés caractéristiques du droit de l'Union, « *un principe cardinal* » comme le souligne L. Defalque[624].

Toutefois, cette liberté n'est pas absolue. Tout comme la liberté de circulation des travailleurs, elle peut faire l'objet d'une dérogation. En effet, l'article 51 § 1 du TFUE prévoit que « *sont exceptées de l'application des dispositions (de l'article 49), en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique* ». Partant de la logique de l'interprétation restrictive des notions constituant une dérogation au champ d'application du traité, la Cour a souligné itérativement que la dérogation prévue à

[621] Voir, notamment, CJCE, 22 décembre 2008, *Commission/Autriche*, Aff. C-161/07, *Rec. CJCE*, p. I-10671, point 24.
[622] *Ibidem*.
[623] Voir, CJCE, 28 janvier 1986, *Commission/France*, 270/83, *Rec.CJCE*, 1986, p. 273, point 13, CJCE, 22 décembre 2008, *Commission/Autriche*, *supra* note 621 , point 27.
[624] L. DEFALQUE, « Les arrêts du 24 mai 2011 et le droit d'établissement des notaires », *Journal des tribunaux,* 2012, n° 4, p. 15.

l'article 51, premier alinéa, du TFUE doit être restreinte « *aux seules activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique* »[625]. Elle se refuse ainsi à une définition abstraite de la notion d'autorité publique et préfère adopter une démarche casuistique[626]. On peut comprendre, à la suite de M. Hecquard-Théron, qu'entrent dans le champ de l'application de cette disposition, seules les activités qui traduisent l'*imperium*, c'est-à-dire « *qui concourent à la formation de la volonté de l'État ou à l'exercice pour son compte d'un véritable pouvoir de puissance publique* »[627]. À cet égard, la jurisprudence antérieure à l'affaire des notaires de 2011 a posé un certain nombre de critères (a) que cette dernière complétera par la suite (b).

a. La jurisprudence antérieure

Un inventaire de la jurisprudence relative à l'interprétation de la notion d'autorité publique permet de voir qu'il s'agit globalement de l'exercice d'un pouvoir de contrainte, voire de coercition et d'un pouvoir de décision finale au nom de l'État. Donc constitue une activité d'autorité publique, du coup une activité étatique, celle qui se rapporte à l'exercice de l'*imperium*, « *un pouvoir décisionnel exorbitant du droit commun se traduisant par la capacité d'agir indépendamment de la volonté d'autres sujets et même contre cette volonté* »[628]. À cet égard, la Cour a eu l'occasion de considérer que sont exclues de la dérogation prévue à l'article 51, premier alinéa, du TFUE, certaines activités auxiliaires ou préparatoires par rapport à l'exercice de

[625] *Reyners*, point 45; CJCE, 28 avril 1977, *Thieffry*, Aff. 71/76, *Rec. CJCE*, 1977, p. 765. *Thijssen*, point 8; Commission/Espagne, point 35; *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, point 46; *Commission/Allemagne*, point 38, et Commission/Portugal, point 36 references exactes.

[626] Comme l'affirme l'avocat général Cruz Villalón « *depuis l'arrêt Reyners, il est clair que les caractéristiques nécessaires à l'application de l'article 45, premier alinéa, CE doivent être appréciées séparément, pour chaque État membre, au regard des dispositions nationales applicables à l'organisation et à l'exercice de cette profession. Cette caractéristique fait de la jurisprudence une casuistique, peu expressive et fort liée aux spécificités de chaque activité* », *in* conclusions sous affaire des notaires.

[627] M. HECQUARD-THERON, « la notion d'État en droit communautaire », *supra* note 69, p. 698.

[628] N. SCANDINAMIS, « l'État dans l'Union européenne, passion d'un grand acteur », *supra* note, 70, p. 1165.

l'autorité publique[629]. De même, sont également exclues certaines activités dont l'exercice, bien qu'il comporte des contacts réguliers et organiques avec des autorités administratives ou judiciaires, voire un concours obligatoire, laisse intacts les pouvoirs d'appréciation et de décision desdites autorités[630]. Il s'agit aussi de certaines activités qui ne comportent pas d'exercice de pouvoirs décisionnels[631], de pouvoirs de contrainte[632] ou de pouvoirs de coercition[633]. Au regard de ces éléments, la profession d'avocat [634], l'enseignement ou la direction de centres privés d'enseignement[635], l'élaboration de systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique[636], la fonction de commissaire agréé auprès des entreprises d'assurances[637], l'inspection technique des véhicules[638], la vente de paris et de loteries[639], les services de sécurité privée[640], les services publics de secours[641] ou encore les organismes de contrôle des produits de l'agriculture biologique[642] ont été considérées comme des activités ne participant pas à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'ancien article 45, premier alinéa, CE.

---

[629] Voir, en ce sens, arrêts précités Thijssen, point 22; *Commission c/ Espagne*, point 38; Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, point 47; *Commission c/ Allemagne*, point 38, et *Commission/Portugal*, point 36.

[630] Voir, en ce sens, arrêt *Reyners*, *supra* note 590 , points 51 et 53

[631] (Voir, en ce sens, arrêts précités Thijssen, points 21 et 22; du 29 novembre 2007, *Commission/Autriche*, points 36 et 42; *Commission c/ Allemagne*, points 38 et 44, ainsi que *Commission/Portugal*, points 36 et 41).

[632] Voir en ce sens, notamment, arrêt *Commission c/ Espagne*, point 37.

[633] Voir, en ce sens, arrêts du 30 septembre 2003, *Anker e.a.*, Aff. C-47/02, *Rec. CJCE*, 2003, p. I-10447, point 61, ainsi que *Commission/Portugal*, point 44.

[634] Arrêt *Reyners*, *supra* note 590.

[635] Arrêt *Commission/Grèce*, précité.

[636] CJCE, 5 décembre 1989, *Commission/Italie*, Aff. C-3/88, *Rec. CJCE,* 1989, p. I-4035.

[637] CJCE, 13 juillet 1993, *Thijssen*, Aff. C-42/92, *Rec. CJCE*, 1993, p. I-4047, *supra* note 625.

[638] Arrêts *van Schaik*, précité, et du 22 octobre 2009, *Commission/Portugal*, Aff. C-438/08, *Rec. CJCE*, 2009, p. I-10219.

[639] CJCE, 26 avril 1994, *Commission/Italie*, Aff. C-272/91, *Rec. CJCE*, 1994, p. I-1409.

[640] Arrêts du 29 octobre 1998, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-114/97, *Rec. CJCE,* p. I-6717; du 9 mars 2000, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-355/98, *Rec.CJCE*, p. I-1221; du 31 mai 2001, *Commission c/ Italie*, Aff. C-283/99, *Rec. CJCE*, p. I-4363, et du 13 décembre 2007, *Commission c/ Italie* , Aff. C-465/05, *Rec. CJCE,* 2007, p. I-11091.

[641] Arrêt du 29 avril 2010, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-160/08, publié au Recueil numérique.

[642] Arrêts du 29 novembre 2007, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-404/05, *Rec. CJCE*, 2007, p. I-10239 et *Commission c/ Autriche*, Aff. C-393/05, *Rec. CJCE*, 2007, p. I-10195.

b. L'affaire des notaires

L'affaire récente des notaires a permis à la Cour de faire une application inédite de ces critères. Les arrêts du 24 mai 2011 peuvent être comptabilisés comme une seule affaire, car ils adoptent tous une motivation quasi identique face à une même question[643]. En l'espèce, la Commission a introduit un recours en constatation de manquement. Elle soutient que les États défendeurs en réservant l'accès à la profession de notaire à leurs propres ressortissants violaient les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement. L'argumentation des États tenait en un seul point : les activités des notaires participeraient à l'exercice de l'autorité publique, au sens de l'article 51 TFUE, ce qui autoriserait les États à maintenir une condition de nationalité dans le cadre de l'accès à cette profession. Le raisonnement de la Cour tend donc à vérifier, de manière circonstanciée, si l'exercice de cette profession correspond effectivement à une mise en œuvre de l'autorité publique. Dire que l'activité notariale participe à l'exercice de prérogatives de puissance publique, c'est reconnaître le caractère étatique de cette activité, car relevant de l'*imperium*. Pourtant, les conclusions de l'avocat général P. Cruz Villalón aboutissent à un tel constat. Se fondant sur l'activité principale des notaires consistant à

[643] CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-47/08 ; CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ France*, aff. C-50/08 ; CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Luxembourg*, Aff. C-51/08 ; CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Portugal,* Aff. C-52/08 ; CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Autriche*, aff. C-53/08 ; CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-54/08 ; CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Grèce*, Aff. C-61/08 ; voir notes et commentaires : S. FRANCQ, « Les arrêts du 24 mai 2011 : une approche de la notion d'autorité publique au sens du droit européen » Journal des tribunaux, 2012, pp.19-22 ; D. GOBERT, *La régulation des professions libérales par le droit de l'Union européenne*, Thèse soutenue le 6 juillet 2011, Université Picardie Jules Verne, non encore publiée, p. 64-78 ; N. POLI, « Les restrictions à la libre circulation dans l'Union européenne et l'activité notariale », *Rép. Defrénois* 1998, n° 9, art. 36798, p. 561 ; D. FASQUELLE, « Le notaire saisi par le droit communautaire », *Rép. Defrénois* 2006, n° 17, art. 38347, p. 1251 ; F. ROME, « L'Europe et les notaires : même pas peur », *Rec. Dalloz,* 2011, p. 1401 ; F. PICOD, « Les notaires ne participent en rien à l'exercice de l'autorité publique », *JCP E*, 2011, n° 23 p. 43 ; M. AUBERT, E. BROSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE : liberté d'établissement, autorité publique et notariat », *L'actualité juridique - Droit administratif*, 2011, pp. 1615-1617 ; H. CASMAN, « Les arrêts du 24 mai 2011 et l'accès à la profession de notaire en Belgique », *Journal des tribunaux*, 2012, pp. 23-26 ; L. DEFALQUE, « Les arrêts du 24 mai 2011 et le droit d'établissement des notaires », *Journal des tribunaux*, supra note 624. On pourrait y ajouter l'arrêt du 1er décembre 2011, *Commission c/ Pays-Bas*, Aff. C-157/09, qui consacre sans surprise la même solution que les arrêts du 24 mai 2011 (voir commentaires : V. MICHEL, « Les notaires ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique », *Revue Europe*, n° 2, février 2012, comm. 80.

« *l'établissement, avec les solennités requises, d'actes authentiques* »[644], avec les effets qui y sont attachés (force probante et force exécutoire), l'avocat général l'interprète comme une activité participant directement à l'exercice de l'autorité publique[645]. La même activité, exercée, cette fois-ci, par les capitaines de navire marchand, a aussi été considérée comme une activité de puissance publique, mais exercée seulement de façon occasionnelle, au titre de l'article 45 § 4 du TFUE sur la qualification d'emploi dans l'administration publique.

Toutefois, le juge de l'Union ne suit pas une telle analyse. Elle constate que, tant pour les activités principales des notaires que pour leurs autres activités, il ne peut être fait application de l'article 51 TFUE. Cela tient au fait que, pour l'activité d'authentification, l'élément clé est le consentement des parties, lesquelles décident, elles-mêmes, la portée de leurs droits et obligations, le notaire ne faisant alors que constater ce consentement préalable[646]. Ce rôle essentiel de la volonté des parties explique le fait que la force exécutoire des actes authentiques ne soit pas considérée par la Cour comme un signe de la participation des notaires à l'exercice de l'autorité publique[647]. En outre, la force probante des actes authentiques ne permet pas davantage de déceler une participation à l'exercice de l'autorité publique, car elle n'empêche pas le juge, en cas de contestation, de statuer d'après son intime conviction en tenant compte, en application du principe de libre appréciation des preuves, de l'ensemble des faits et preuves recueillis en cours de procédure. Les autres activités des notaires, à savoir l'apposition et la levée de scellés, l'établissement d'inventaires, ne traduisent aucune participation à l'exercice de l'autorité publique aux motifs qu'elles sont exercées sous la surveillance du juge, de sorte qu'il ne s'agit là que d'activités auxiliaires ou préparatoires à celles du juge. La cause est donc entendue : les notaires exercent leur profession dans des conditions de concurrence, ce qui n'est pas caractéristique de l'exercice de l'autorité publique.

---

[644] Voir Aff. C-47/08, point 89.

[645] Voir conclusions supra note, point 111. À cet effet, l'avocat général ne se fonde pas sur les critères d'unilatéralité et d'exercice de la contrainte, mais se soumet à une analyse reposant sur la capacité d'une activité donnée d'avoir une incidence sur la configuration d'un ordre juridique (voir point 115 et suite).

[646] Voir Aff. C-50/08, point 40.

[647] Aff. C-47/08, point 90 ; Aff. C-50/08, point 80; Aff. C-51/08, pt 90; Aff. C-53/08, pt 89 ; Aff. C-54/08, point 91.

Concernant le caractère obligatoire, dans certains cas, de l'authentification, la Cour considère qu'il ne change pas la conclusion. Elle affirme qu'il s'agit là d'une action conduite dans un but d'intérêt général – garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers – circonstance qui « *ne suffit pas en soi, pour qu'une activité donnée soit considérée comme participant directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique* »[648]. Elle distingue donc l'intérêt général de la puissance publique, ce qui se comprend tant au plan théorique que pratique, car, sous cet angle pratique, le refus d'authentification, pour obligatoire qu'il soit lorsque l'acte est illégal, ne confère pas au notaire le pouvoir de décision ultime. Comme l'observe la Cour, les parties conservent leur pouvoir de décision pour remédier à l'illégalité, modifier l'acte ou y renoncer[649]. Les effets des actes authentiques, mêmes'ils sont obligatoires, ne sont donc pas le reflet d'une participation à l'autorité publique.

Cette solution fait appel à un certain nombre de remarques. Tout d'abord, le juge redynamise les critères d'appréciation de l'exercice de l'autorité publique, donc de la notion d'État aux fins de l'application de l'article 51. En plus des critères positifs d'identification (pouvoir de contrainte ou de coercition, pouvoir de décision unilatérale), le juge introduit des critères négatifs, c'est-à-dire des critères permettant d'évincer les activités en cause de la sphère d'intervention de l'article 51 TFUE. Il s'agit, dans le cas d'espèce, de l'autonomie de la volonté des parties et les conditions de concurrence entourant l'activité[650]. En effet, selon la Cour, la volonté des parties conditionne l'intervention et le contenu des actes posés par les notaires, ce qui est incompatible avec l'exercice de l'autorité publique. De même, la Cour souligne qu'« *en dehors des cas où la désignation d'un notaire est prévue par voie de justice, chaque partie a le libre choix d'un notaire [...]* »[651]. Elle poursuit :

> *« S'il est vrai qu'une partie des honoraires des notaires est fixée par la loi, il n'en reste pas moins que la qualité des services fournis peut varier d'un notaire à l'autre en fonction, notamment, des aptitudes professionnelles des personnes concernées. Il s'ensuit que, dans les limites de leurs compétences territoriales respectives, les notaires exercent leur profession, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 18*

[648] Aff. C- 47/08, point 96 ; Aff. C-50/08, point 86.
[649] Aff. *C- 47/08,* point 98 *;* Aff. *C-50/08, point 88*.
[650] Voir l'analyse de S. FRANCQ, *JDI (Clunet),* 2012, n°2, pp. 767-771.
[651] Aff. C-50/08, point 99.

de ses conclusions, dans des conditions de concurrence, ce qui n'est pas caractéristique de l'exercice de l'autorité publique »[652].

Ces deux critères négatifs, mis bout à bout, donnent une image de la fonction de notaire plus proche du conseiller que de l'officier public[653] .

Une fois analysée séparément, on peut essayer de dresser une lecture combinée de ces deux dispositions (article 45 § 4 et 51 § 1 du TFUE).

4. Lecture combinée : une notion variable et restrictive d'État

À la lumière des domaines étudiés (article 45 § 4 et 51 § 1 du TFUE), on peut avancer un certain nombre de remarques.

La première remarque est relative à la dimension variable de la notion matérielle d'État. Cette dimension variable est perceptible à travers les différences, voire même divergences d'interprétation, entre la notion d'emploi dans l'administration publique et l'exercice de l'autorité publique. Il est clairement établi que l'exercice de la puissance publique est dans l'un comme dans l'autre domaine le critère pertinent de qualification. Mais il ressort de la jurisprudence de la Cour de Justice qu'une activité peut, dans un cas, être considérée comme relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique, alors qu'elle ne l'est forcément pas dans l'autre. C'est du moins ce qui relève de l'analyse en parallèle de *l'affaire des notaires* (application de l'article 51 §1) et de *l'affaire des capitaines de navire marchand* (application de l'article 45 § 4). Dans le premier cas, l'activité notariale a été considérée comme ne faisant pas partie des prérogatives de puissance publique, caractéristiques de la notion matérielle d'État. Dans le second cas, la Cour s'était prononcée sur l'applicabilité de l'article 39, paragraphe 4, CE (art. 45, § 4, TFUE) aux capitaines de navires exerçant des « *attributions en matière notariale et d'état civil* ». Parce qu'ils sont habilités à dresser des actes de naissance, de décès et de filiation, à recevoir des testaments et à dresser des actes de mariage, ainsi qu'à exercer des fonctions de police à bord du navire, les fonctions de capitaine de navire ont été

[652] *Ibidem.*
[653] *Idem*, points 89 et 100.

considérées comme participant à l'exercice de la puissance publique, au sens des dispositions précitées, à charge pour les juridictions de fond d'évaluer si ces prérogatives étaient exercées de manière habituelle et substantielle. La Cour semble un peu mal à l'aise lorsqu'elle doit distinguer la situation des notaires de celle des capitaines de navires. Elle estime qu'elle n'a, à l'époque, « *pas examiné l'unique attribution en matière notariale confiée aux capitaines et aux seconds de navires, à savoir la réception, la garde et la remise de testaments, séparément de leurs autres compétences, telles que, notamment, les pouvoirs de coercition ou de sanction dont ils sont investis* »[654]. Mais en réalité, le raisonnement général suivi dans les arrêts portant sur les activités des notaires permet au mieux d'identifier la distinction entre les notaires et les capitaines de navires. Le capitaine de navire reçoit les actes en question par nécessité, alors que le notaire intervient à la suite d'un choix des parties. Quelle que soit la logique qui sous-tend l'une ou l'autre solution, force est de constater qu'il résulte de la lecture combinée de ces deux mouvements jurisprudentiels, une conception variable de la notion d'État. L'activité notariale du capitaine de navire est considérée comme relevant de la sphère de l'exercice des prérogatives de puissance publique, donc de l'*imperium*, au sens de l'article 45 §4, mais n'est exercée qu'à titre occasionnel par le capitaine de navire. L'activité notariale (du notaire) n'est pas considérée comme relevant de l'exercice de l'autorité publique, donc exclue de l'*imperium*, au sens de l'article 51 premier alinéa du TFUE. Finalement, le caractère étatique d'une même activité peut varier selon la disposition à appliquer, ce qui renforce la géométrie variable de la notion d'État qu'évoquait M. Forteau[655].

La deuxième remarque renvoie au critère d'appréciation de l'exercice de la prérogative de puissance publique. En effet, dans l'application de l'article 45 § 4 du TFUE, le juge de l'Union a introduit le critère de la permanence ou de l'usage habituel et non occasionnel desdites prérogatives. En effet, dans les arrêts *Colegio de Oficiales* et *Anker e.a*[656], la Cour ne dénie pas aux officiers de la marine marchande la détention de prérogatives de puissance publique liées précisément à la certification publique et à l'établissement d'actes d'état civil. La Cour juge que ces officiers occupent des emplois assimilables à ceux dans l'administration publique, car

[654]Aff. C-50/08, *point 104*.
[655] *Supra* note 24.
[656] *Supra* note 595.

il s'agit de fonctions comportant une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique. Néanmoins, la Cour n'en déduit pas la qualification d'emploi dans l'administration publique. Elle conclut que « *les emplois de capitaine et de second de la marine marchande espagnole constituent des emplois dans lesquels l'exercice de la fonction de représentation de l'État du pavillon est, en pratique, occasionnel* »[657], ce sur quoi se fonde la Cour pour dénier la qualité étatique à une telle activité.

En revanche, une telle exigence ne paraît pas lorsqu'il s'agit de l'exercice des prérogatives de puissance publique au sens de l'article 51 § 1 du TFUE. En effet, ladite disposition vise « *les activités participant,* ***même à titre occasionnel****, à l'exercice de l'autorité publique* »[658]. Ainsi, pour relever de l'*impérium* ou des missions régaliennes de l'État, les prérogatives de puissance publique doivent être exercées de façon substantielle et habituelle au sens de l'article 45 § 4 du TFUE. Une telle gradation n'est pas requise au sens de l'article 51 § 1. Au sens de cette disposition, le seul exercice de prérogative de puissance publique suffit pour qualifier telle activité de régalienne. Il en résulte, au final, une intensité variable de l'exercice des prérogatives de puissance publique pour que ces dernières soient caractéristiques de l'*impérium étatique* ou de ses fonctions régaliennes.

La troisième remarque est relative à la notion d'intérêt général. Alors que l'article 45 § 4 du TFUE inclut « *les fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques* » dans ce qui relève de l'*imperium*, l'article 51 § 1 du TFUE est longtemps resté silencieux sur ce point. Ce n'est qu'en 2011, dans *l'affaire des notaires* que le juge a apporté des précisions sur la qualification étatique des activités ayant pour objet la satisfaction de l'intérêt général. En effet, dans cette affaire , les États défendeurs soulevaient que le notaire exerce les vérifications nécessaires aux fins de l'authentification des actes, en poursuivant un objectif d'intérêt général, à savoir garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers. La Cour n'y voit pas pour autant un exercice de l'autorité publique. Elle note que le fait d'agir en poursuivant un objectif d'intérêt général ne suffit pas, en soi, pour qu'une activité donnée soit considérée

[657] CJCE, 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, *supra* note 595 point 45.
[658] Nous soulignons.

comme participant directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique. En effet, il est constant que les activités exercées dans le cadre de diverses professions réglementées impliquent fréquemment, dans les ordres juridiques nationaux, l'obligation pour les personnes qui les exercent de poursuivre un tel objectif, sans que ces activités relèvent pour autant de l'exercice de cette autorité[659]. En statuant de la sorte, le juge de l'Union n'a fait qu'entériner, la remarque qu'avait faite l'avocat général, M. Mayras, dans l'affaire *Sotgiu* lorsqu'il notait que :

> *« (…)à vouloir étroitement limiter le sens de la notion d'administration publique en la liant ainsi exclusivement à celle d'autorité de l'État, on méconnaîtrait le fait que, dans tout État moderne, nombre de fonctions ne comportant pas l'usage direct de prérogatives exorbitantes du droit commun ne doivent pas moins, pour des motifs de sécurité intérieure ou de défense par exemple, être réservées aux nationaux »*[660].

Il est clair qu'il vise des missions d'intérêt général, n'emportant pas obligatoirement l'exercice de prérogatives de puissance publique. Ce qui revient à dire que l'intérêt général est un critère matériel d'appréciation de la notion d'État au sens de l'article 45 § 4 du TFUE, mais ne l'est pas aux fins de l'article 51 § 1 du TFUE. De ce point de vue, la seconde disposition parait plus restrictive dans sa conception de l'État que la première[661].

Ainsi, au regard des règles de liberté d'établissement et de liberté de circulation des travailleurs, l'interprétation matérielle de la notion d'État dans sa dimension régalienne est plutôt restrictive, ce qui contraste avec la logique étudiée précédemment lorsque la notion matérielle d'État doit servir de base à l'application effective de la norme internationale ou européenne. La même analyse peut être faite en droit de la Convention EDH.

---

[659] Aff. C-47/08, point 96.

[660] Conclusions de l'avocat général M. MAYRAS, Aff. C-152/73, présentées le 12 février 1974, *supra,* note 616 p.170.

[661] C'est d'ailleurs ce que soutient l'avocat général M. Mayras dans l'affaire *Commission c/ Belgique* du 17 décembre 1980: *« La Commission reconnaît par ailleurs que le texte de l'article 48, paragraphe 4, est moins limitatif que celui de l'article 55, alinéa 1. Un indépendant peut ne pas occuper un emploi dans l'administration publique, tout en participant néanmoins à l'exercice de l'autorité publique; un travailleur peut occuper un tel emploi sans que cela entraîne nécessairement l'exercice de tels pouvoirs. Inversement, même un salarié recruté par une personne ou un organisme privés, chargés d'une mission de service public ou associés à un tel service, pourra, le cas échéant, compte tenu de la nature de cette mission ou de ce service, être considéré comme «occupé dans l'administration publique»*.

B. L'État régalien comme fondement de l'inapplication des normes en droit de la Convention EDH

Dans sa jurisprudence, la Cour européenne est aussi amenée à se prononcer sur la dimension régalienne de la notion matérielle d'État. C'est le cas, lorsqu'elle est interpellée au stade des exceptions préliminaires, sur la recevabilité d'un recours, au sens de l'article 34 de la Convention (1). C'est aussi le cas, lorsqu'elle est interpellée sur l'application de l'article 6 de la Convention (2).

1. L'État régalien au sens de l'article 34 de la Convention

L'article 34 de la Convention EDH exclut les autorités étatiques du cercle des personnes ayant qualité pour agir devant la Cour[662]. Ce faisant, lorsque la nature juridique exacte d'un requérant (organisation non gouvernementale ou organisation gouvernementale) est sujette à équivoque, l'État défendeur brandit l'argument d'irrecevabilité. Ainsi, s'il est prouvé que le requérant est, par ses activités et la nature de ses pouvoirs, une émanation de l'État, la requête est irrecevable. Dans cette perspective, la manifestation de la notion d'État fait échec à l'application des droits de la Convention. C'est pourquoi elle est d'interprétation stricte.

Dans la jurisprudence de la Cour EDH, l'analyse matérielle de la notion d'État, dans sa dimension régalienne, est perceptible à travers la définition de l'organisation gouvernementale au sens de l'article 34 de la Convention. Il est clair, comme l'a rappelé la Cour européenne, que « *la notion d'organisation gouvernementale ne saurait désigner, en droit international, exclusivement le gouvernement ou les organes centraux de l'État* »[663]. Elle peut inclure d'autres organismes qui n'ont pas ce statut d'après le droit interne. Dans cette hypothèse, tout

[662] En effet selon cette disposition : « *La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit* ».

[663] Cour EDH, *Assanidzé c. Géorgie, supra* note 388.

comme dans le contentieux de la responsabilité internationale des États, le droit des immunités de l'État ainsi que le contentieux de l'opposabilité des directives en droit de l'UE, le juge de Strasbourg part à la recherche d'un critère matériel de l'État, en mettant en avant un certain nombre d'indices qui se rapporte soit à l'existence d'un lien juridique de dépendance entre l'État et l'entité en cause, soit à l'exercice de prérogatives de puissance publique, attestant de la nature étatique des activités de l'entité. L'idée qui sous-tend cette démarche est d'empêcher une Partie contractante (donc un État) d'être, à la fois, requérante et défenderesse devant la Cour[664]. Ainsi, il faut, à chaque fois qu'est mise en cause une personne morale, s'assurer qu'elle n'est pas une composante de l'État du point de vue matériel. À cet effet, la Cour utilise la notion d'organisation gouvernementale.

La Cour retient une définition de l'organisation gouvernementale qui se rapproche de celle de l'autorité publique nationale en droit de l'Union européenne. Dans son arrêt *Radio France c/ France* [665], la Cour définit l'organisation gouvernementale comme « *toute personne morale qui participe à l'exercice de la puissance publique ou qui gère un service public sous le contrôle des autorités* »[666]. C'est ainsi que dans l'affaire *RENFE c/ Espagne*[667], l'ancienne commission avait privilégié le rapport de dépendance entre la société nationale des chemins de fer (requérante) et l'État espagnol pour rejeter la requête au motif que ladite société est une organisation gouvernementale. En effet, la Commission note que l'organisme en question est responsable devant le gouvernement et que sa structure et son organisation sont réglementées par la loi. De ce fait, c'est une organisation gouvernementale et n'a, dès lors, pas la qualité pour agir au sens de l'article 34 de la Convention E.D.H. Dans une autre affaire, la Commission se fonde sur la nature des activités du conseil général des ordres officiels d'économiste d'Espagne pour y voir une émanation de l'État espagnol[668]. Selon la Commission, toute entité exerçant des

---

[664] En effet, seul les États peuvent être attraits devant le Cour européenne des droits de l'homme. Ce faisant, si l'entité requérante est une organisation gouvernementale au regard des critères dégagés par la Cour, on se trouverait en face d'une requête opposant deux autorités d'un même État. Or seuls les particuliers peuvent être requérants au sens de la Convention et non des États.

[665] Cour EDH, 23 septembre 2003, *Radio France et autres c/ France*, req. N° 53984/00.

[666] *Idem*.

[667] Commission EDH, 8 septembre 1997*, RENFE c/ Espagne, n° 35216/97, Décisions et rapports (DR) 90, p. 179.*

[668] Commission EDH*,* 28 juin 1995, *Consejo General de Colegios Oficiales de Economistas de España c/ Espagne, req.* N° 26114/95 et n° 26455/95.

fonctions publiques officielles est de toute évidence une organisation gouvernementale. Ainsi, dans ce cadre, la notion d'État se manifeste dans l'exercice des fonctions publiques (Etat *ratione materiae*). On voit qu'ainsi sur la base de l'un ou l'autre critère (contrôle ou nature des activités), la Commission en arrive à identifier, au cas par cas, les manifestations de la notion d'État aux fins de la recevabilité des recours.

La Cour européenne est allée plus loin dans l'appréciation de la notion d'État au sens de l'article 34 de la Convention. Dans l'affaire des *Saints Monastères c/ Grèce*[669], la Cour a fondé son analyse sur l'exercice de prérogatives de puissance publique afin d'identifier le caractère étatique ou non d'un organisme religieux, à la différence de la Commission qui s'appuyait, elle, sur l'idée de fonctions publiques[670]. Mais l'un n'exclut pas l'autre[671]. Toute activité qui nécessite la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique est une fonction étatique, et *vice versa*.

En l'espèce, le gouvernement grec soutenait que les Saints Monastères (les requérants) étaient, d'après le droit interne, des personnes morales de droit public, et que l'Église orthodoxe et ses institutions participaient directement et activement à l'exercice de la puissance publique. Ainsi l'État défendeur contestait la recevabilité de la demande au sens de l'article 34 de la Convention, car le requérant est, d'après le droit interne, un organe de l'État grec. En tant que tel, l'État grec serait à la fois requérant et défendeur. Revient ainsi la question de la manifestation de la « notion d'État » pour donner suite à la requête des Saints Monastères. Sommes-nous en présence d'une émanation de l'État ?

Pour répondre à cette question, la Cour se fonde sur le critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique. Elle ne pouvait nullement se fier exclusivement aux qualifications internes, car les États se cachent souvent derrière de telles qualifications pour échapper aux obligations conventionnelles. Et d'ailleurs, la Cour a rappelé de jurisprudence constante, que le système de la Convention développe des notions autonomes, afin d'assurer l'application uniforme de la Convention. Elle ne saurait, dès lors, se fier aux qualifications internes. C'est la

[669] Cour EDH, 9 décembre 1994, *Saints Monastères c/ Grèce*, Série A, n° 301-A.
[670] Nous comprenons par là des fonctions de nature étatique et non pas « fonction publique » au sens strict du terme qui renvoie à l'ensemble des fonctionnaires de l'Etat.
[671] Voir, commentaires, *JDI*, 1995, n° 3, p. 794.

raison pour laquelle, elle se tourne vers une analyse matérielle de la notion d'État. Est « État » toute activité qui requiert l'exercice de prérogatives de puissance publique. Appliquant son analyse, la Cour note que les Monastères n'exercent pas de prérogatives de puissance publique, car, d'une part, leurs objectifs sont essentiellement ecclésiaux et spirituels (la loi les qualifie d'institutions religieuses d'ascétisme) et, d'autre part, leurs pouvoirs de décision concernent leur administration interne et la tutelle qui s'exerce sur eux est une tutelle spirituelle (celle de l'archevêque) et non une tutelle administrative [672]. Ainsi, quoiqu'étant des personnes morales de droit public, les Monastères ne peuvent, dans le cas d'espèce, être assimilés à un organe de l'État au regard de la nature de leurs activités. N'exerçant pas de prérogatives de puissance publique, leur activité sort du cadre des fonctions régaliennes de l'État. En l'absence de manifestation matérielle de la notion d'État dans le cas d'espèce, la requête fut déclarée recevable.

Dans la même logique, la Cour a dénié le statut d'autorité gouvernementale à la Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran au motif qu'elle ne jouit d'aucun pouvoir allant au-delà de ceux conférés par le droit commun dans l'exercice de ses activités[673]. Ce qui signifie qu'à contrario, les pouvoirs attachés à l'exercice des fonctions de nature étatique se manifestent par leur caractère exceptionnel. Il ne saurait dès lors, y avoir de manifestation du concept « État » lorsqu'il n'y a aucun pouvoir exorbitant de droit commun. Ceci est d'autant plus vrai que la Cour, dans l'affaire *Radio France c/ France*, a affirmé qu'il y avait lieu de prendre en considération « *le statut juridique de la personne morale et, le cas échéant, les prérogatives qui lui sont données, la nature de l'activité qu'elle exerce et le contexte dans lequel s'inscrit celle-ci, ainsi que son degré d'indépendance par rapport aux autorités politiques* »[674].

Toutefois, force est de constater que la Cour de Strasbourg développe une conception très stricte de l'exercice des prérogatives de puissance publique. Parfois même, ce critère peut être neutralisé par d'autres éléments qui sont liés à

[672] Voir également Commission EDH, 11 avril 1996*, Finska Församlingen I Stockholm, Hautaniemi c/ Suède, n° 24019/94, DR 85, p. 94. – Commission EDH, 12 juill. 1989, Rommelfanger c/ République fédérale d'Allemagne,* n° 12242/86, DR 62, p. 151.
[673] Cour EDH, 13 décembre 2007, *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c/ Turquie*, req. N° 40998/98.
[674] Cour EDH, *supra* note 666.

l'autonomie de l'entité en question ou à sa position économique et financière. Par exemple, dans l'affaire *Radio France c/ France*, la Cour s'est fondée sur le régime mis en place pour garantir l'indépendance éditoriale et l'autonomie institutionnelle de la société nationale de radiodiffusion, pour en déduire qu'il s'agit d'une organisation non gouvernementale en dépit de la loi qui lui assigne des missions de service public, et malgré le fait que celle-ci dépend, pour beaucoup, de l'État pour son financement[675]. La Cour a appliqué les mêmes critères de liberté éditoriale et d'autonomie institutionnelle accordée par le législateur pour conclure que la chaine de radiodiffusion autrichienne, pourtant publique, avait elle aussi, la qualité d'organisation non gouvernementale au sens de l'article 34. Dans une affaire du 2 juillet 2013[676], la Cour a neutralisé le critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique au profit de la situation de monopole dans laquelle se trouvait un organisme. En effet, notant que l'organisme en question n'exerçait pas de prérogatives de puissance publique, la Cour en conclut, pour autant, qu'il s'agit d'une organisation gouvernementale dans la mesure où il occupe une position dominante dans le secteur de la production et de la distribution de l'eau et est totalement dépendant des autorités publiques locales[677]. Donc, ce qui fonde le caractère étatique de l'organisme, ce n'est nullement sa propension à exercer des pouvoirs de nature étatique (prérogatives de puissance publique), mais plutôt la situation de monopole dans laquelle il se trouve.

Cette position du juge de Strasbourg s'explique par des raisons systémiques. S'il adoptait une conception souple de l'État régalien, la plupart des requêtes mettant en cause un organisme public (d'après le droit interne) serait déclarée irrecevable. L'objectif de protection efficace des droits garantis par la Convention le pousse ainsi à développer une vision restrictive de la notion d' « État régalien » à l'image de son homologue de Luxembourg.

2. <u>L'État régalien et le champ d'application de l'article 6 de la Convention</u>

[675] *Idem*., point 26.
[676] Cour EDH, 2 juillet 2013, *Východoslovenská vodárenská spoločnosť, a.s. c/ Slovaquie*, req. n° 40265/07.
[677] *Idem.* § 37.

L'article 6 de la Convention exclut de son champ d'application toute contestation relative à l'exercice de l'*impérium* étatique, c'est-à-dire ce qui relève des missions régaliennes de l'État. Autrement dit, les matières qui relèvent essentiellement de l'exercice du pouvoir souverain de l'État ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 6[678]. Ainsi, la notion d'État s'interprète dans ce cadre restrictivement, dans la mesure où elle fonde une dérogation au traité européen. Le système de la Convention EDH répond, à ce niveau, à la même logique que le droit de l'Union européenne. Le juge de Strasbourg a l'occasion de préciser ce qui fait le noyau dur de la notion d'État, notamment dans des contestations ayant un rapport avec la fonction publique (a), et dans d'autres domaines comme la fiscalité et la police des étrangers (b).

a. L'État régalien dans les contestations se rapportant à la fonction publique

Les contestations mettant en cause des agents de l'État à l'État permettent à la Cour de Strasbourg de préciser aussi sa conception de la notion d'État. Il est clair que dans ce genre de contentieux, la distinction qu'avait opérée la Cour de Luxembourg entre État-employeur et État autorité publique[679] constitue le fil conducteur. De ce fait, dans le premier cas (État-employeur), le bénéfice de protection de l'article 6 de la Convention s'applique pleinement. Dans le second cas (État-autorité publique), l'article 6 § 1 de la Convention n'est pas applicable. L'État employeur est assimilé à tout employeur de droit privé[680], alors que l'État-autorité publique est le détenteur par excellence de l'*impérium* ou de la souveraineté. Ce qui revient à dire qu'en réalité, la notion d'État ne renvoie qu'à la deuxième hypothèse. Il en résulte que la notion d'État n'est pas interprétée de façon organique. L'État n'est

[678] Voir, L.-A. SICILIANOS, « Convention EDH, article 6 : la protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Répertoire de droit européen, Dalloz*, septembre 2014.
[679] Voir arrêt *Marshall*, *supra* note 548.
[680] C'est ce que fît la Cour dans l'affaire *Francesco Lombardo*, dans laquelle la Cour jugeait qu' «*en s'acquittant de l'obligation de payer les pensions litigieuses, l'État italien n'usait pas de « prérogatives discrétionnaires » et pouvait se comparer à un employeur partie à un contrat de travail régi par le droit privé* » et l'article 6 § 1 n'était dès lors pas applicable en l'espèce : Cour EDH, 26 novembre 1992, *Francesco Lombardo c. Italie,* série A n° 249-B.

pas l'ensemble des organes ayant ce statut d'après le droit interne[681]. Une telle définition serait inopérante dans ce cadre, où la *ratio* reste la protection de l'individu. Elle conduirait en effet à un déni de protection de toutes les personnes employées par l'appareil étatique, quels que soient leur statut et la nature des fonctions qu'elles exercent. C'est la raison pour laquelle, l'interprétation de la notion d'État se fonde sur un critère matériel, suivant dans ce cadre la même solution dégagée par la Cour de Justice de l'UE (i). Toutefois, ce critère retenu a été récemment remis en cause par la Cour de Strasbourg (ii).

i. L'adoption du critère matériel

Dans les affaires portées devant la Cour européenne opposant des agents de l'État à ce dernier, les arguments développés, de part et d'autre, par les parties au procès consistent à justifier ou à nier la présence d'activités se rapportant à l'*imperium* pour fonder l'applicabilité ou non de l'article 6 §1 de la Convention européenne.

Par exemple, dans l'affaire *Pellegrin*[682], le requérant soutenait que son statut d'agent contractuel non titulaire de la fonction publique est plus proche de celui d'un salarié de droit privé que de celui d'un fonctionnaire et qu'il ne participait pas à l'exercice d'une activité étatique en tant que telle. Il ajoutait que la mission qu'il a effectuée en Guinée équatoriale n'était pas une mission relevant de la puissance publique, car elle pouvait être accomplie par un consultant privé. Le gouvernement, quant à lui, faisait valoir que le statut d'agent contractuel du requérant est assimilable à celui d'un fonctionnaire. Il ajoutait que la décision critiquée est intervenue dans des conditions qui dérogent au droit commun en prenant appui sur la jurisprudence *Francesco Lombardo c. Italie*[683]. Cette situation exorbitante du droit commun s'explique, selon le Gouvernement, par la spécificité de la mission diplomatique confiée au requérant. Cette mission l'amena à participer, dans les deux États concernés, à l'exercice de fonctions qui relevaient de la souveraineté nationale et qui ne pouvaient donc être déléguées par l'administration. En qualité de coopérant du ministère de la Coopération et du Développement, le requérant participa à une mission de service public de l'État français ; en qualité de conseiller technique auprès

[681] Comme en droit de la responsabilité.
[682] Cour EDH, 8décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, req. N° 28541/95.
[683] Cour EDH, 26 novembre 1992, *Francesco Lombardo c. Italie*, *supra* note 680, pp. 26-27, § 17.

du ministre de l'Économie, de la Planification et du Commerce de la Guinée équatoriale, il participa à l'exercice de la souveraineté de cet État.

Dans l'affaire *Vilho Eskelinen*[684], les requérants insistaient sur le fait que leurs fonctions et salaires n'ont pas de rapport avec l'exercice de la puissance publique, tandis que le Gouvernement contestait l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention au motif que les postes des requérants, excepté celui de l'assistante administrative, impliquaient une participation directe à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'État.

Afin de trancher ses différentes prétentions, un premier mouvement jurisprudentiel se fondait, non pas sur la nature étatique des activités en cause pour en déduire l'applicabilité ou non de l'article 6 § 1, mais plutôt sur l'objet des contestations[685]. En effet, la Cour jugeait que « *les contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activité des fonctionnaires sortent, en règle générale, du champ d'application de l'article 6 § 1* »[686]. Cette jurisprudence n'apportait donc aucun éclairage sur la notion d'État[687]. Elle se fondait exclusivement sur l'objet de la contestation (recrutement, carrière et cessation d'activité ou encore

---

[684] Cour EDH, arrêt, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande,* req. N° 63235/00.

[685] L'arrêt König du 28 juin 1978 explicite en ces termes ces principes : « *Si la contestation oppose un particulier à une autorité publique, il n'est donc pas décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique. En conséquence, pour savoir si une contestation porte sur la détermination d'un droit de caractère civil, seul compte le caractère du droit qui se trouve en cause* ».

[686] Cour EDH, 24 août 1993, *Massa c. Italie*, série A n° 265-B, p. 20, § 26. Voir aussi la décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 7 janvier 1991, *Rouit et Navarro c. France*, *D.R.* 68, p. 67: *« La Commission rappelle que, conformément à sa jurisprudence constante, les litiges concernant notamment l'accès à la fonction publique, la promotion et le licenciement des fonctionnaires, n'emportent pas détermination de droits et obligations de caractère civil* ».

[687] Et au-delà de cette dimension qui nous intéresse dans la présente étude, ce premier mouvement jurisprudentiel a été largement critiqué. jurisprudence « fortement impressionniste », non exempte de « contorsions » pour Jean-François Flauss (*in* « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 1998, p. 987.), « d'une cohérence douteuse » pour Henri Labayle et Frédéric qui estiment qu'elle instaure une ligne de partage « difficilement tenable » entre ce qui relève ou non de l'article 6 (*in* « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », *RFDA*, 1999, p. 792), M. Soyer y voit l'image d'un labyrinthe à la sortie duquel « *on se trouve tout... désorienté* » (*in* « Retour discret de la raison d'Etat dans ces Etats soumis à la raison du droit (La fonction publique nationale) », *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruylant*, 1998, p.671) , tandis que Paul Tavernier écrit qu'elle « *semble, pour le moment, manquer totalement de cohérence* » (*in Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti,* p. 715) et que M. Mahoney le qualifie de « somewhat confused and contradictory » (*in* « How Civil Is the Civil Service ? », *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti,* p. 567), pour se limiter à quelques citations doctrinales.

nature patrimoniale ou non de la contestation)[688]. C'est par la suite que la Cour accentuera son analyse sur la nature des fonctions exercées par les requérants en cause. De telles activités devraient se rapporter à l'exercice de l'*imperium* étatique pour être exclues du champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention. C'est ce mouvement inauguré avec l'arrêt *Pellegrin*[689] qui apporte un éclairage sur la notion matérielle d'État renvoyant à un ensemble de missions régaliennes.

Ainsi, pour déterminer l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention aux agents publics, qu'ils soient titulaires ou contractuels, la Cour estime qu'il convient d'adopter un critère matériel fondé sur la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent. Ce faisant, il faut retenir, conformément à l'objet et au but de la Convention, une interprétation restrictive des exceptions aux garanties offertes par l'article 6 § 1. La Cour relève qu'au sein des administrations nationales, certains postes comportent une mission d'intérêt général ou une participation à l'exercice de la puissance publique. Leurs titulaires détiennent ainsi une parcelle de la souveraineté de l'État. Celui-ci a donc un intérêt légitime à exiger de ces agents un lien spécial de confiance et de loyauté. Par contre, pour les autres postes, qui ne présentent pas cette dimension « étatique », cet intérêt fait défaut. Par conséquent, la Cour décide que sont seuls soustraits au champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'État comme autorité publique, dans la mesure où, celui-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des

---

[688] Voir, Cour EDH, 26 novembre 1992, *Francesco Lombardo c. Italie, supra* note 680 ; Cour EDH, 17 mars 1997, *Neigel c. France*, *Recueil* 1997-II, p. 411, § 44 ; Cour EDH, 2 septembre 1997, De *Santa c. Italie*, *Lapalorcia c. Italie* et *Abenavoli c. Italie*, *Recueil*1997-V, respectivement p. 1663, § 18, p. 1677, § 21, et p. 1690, § 16 ; Cour EDH, 2 septembre 1997, *Nicodemo c. Italie*, *Recueil* 1997-V, p. 1703, § 18 ; Cour EDH, 24 août 1998, *Benkessiouer c. France*, *Recueil* 1998-V, pp. 2287-2288, §§ 29-30, Cour EDH, 24 août 1998, *Couez c. France*, *Recueil* 1998-V, p. 2265, § 25, Cour EDH, 29 juillet 1998, *Le Calvez c. France*, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V, pp. 1900-1901, § 58 ; Cour EDH, 9 juin 1998, *Cazenave de la Roche c. France*, *Recueil* 1998-III, § 43.

[689] Supra note 682 ; voir commentaires F. MELLERAY, « L'adoption d'un critère fonctionnel d'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention EDH au contentieux des agents publics », *LPA*, 2000, n° 98, pp.7-20 ; P. LAMBERT, « note sous Cour EDH, 8décembre 1999, *Pellegrin c/ France »,* La Gazette du Palais, 2000, n° 142, pp.30-31 ; X. PRETOT, « Le contentieux de la fonction publique et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2000, n° 3, pp. 617-632 ; P. WACHSMANN, « Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique , obs. sous *Pellegrin »*, *R.T.D.H.*, 2000, n° 44, pp. 819-850 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Thémis droit*, Paris, *P.U.F.* 2007, 4e éd , n° 22.

intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. Un exemple manifeste de telles activités est constitué par les forces armées et la police.

En pratique, la Cour examinera, dans chaque cas, si l'emploi du requérant implique – compte tenu de la nature des fonctions et des responsabilités qu'il comporte – une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques[690]. Dès lors, la totalité des litiges opposant à l'administration des agents qui occupent des emplois impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique échappe au champ d'application de l'article 6 § 1 puisque la Cour entend faire prévaloir un critère matériel.

De cette interprétation, il en ressort que la notion matérielle d'État renvoie, comme avait conclu la Cour de Justice de l'UE dans l'application de l'article 45 § 4 du T.F.U.E., aux activités qui interpellent l'exercice de prérogatives de puissance publique et orientées vers la sauvegarde des intérêts généraux de l'État. Il s'agit donc de l'exercice des missions régaliennes qui donne à la notion d'État sa consistance et en constitue son noyau dur. De telles missions se rapportent, comme le dit la Cour, à la souveraineté[691]. Il en est ainsi des tâches conférant d'importantes responsabilités dans le domaine des finances publiques, considérées par la Cour comme un domaine régalien par excellence[692]. Dans l'affaire *Kępka c. Pologne*, que la Cour souligne que toute tâche relevant du domaine de la défense nationale est par sa nature étatique, car relevant de l'autorité souveraine de l'État ou de ses missions régaliennes[693]. Dans l'affaire *Kanaïev c. Russie*, où le requérant était un officier d'active dans la marine russe, un capitaine de troisième rang qui, à ce titre « *détenait une parcelle de la souveraineté de l'État* », la Cour a jugé que l'article 6 § 1 n'était

[690] Voir point 66 de l'arrêt *Pellegrin supra* note 682.
[691] Formule que ne reprend pas la CJUE qui préfère éviter le terme souveraineté tout en en évoquant l'idée (voir notre analyse p. 429).
[692] §. 70 arrêt Pellegrin, *supra* note 682.
[693] Cour EDH, 11 juillet 2000, *Kepka c/ Pologne*, req. nos 31439/96 et 35123/97 : « *En l'espèce, la Cour constate que le requérant était membre du corps des sapeurs-pompiers, qui en Pologne fait partie des forces de maintien de la sécurité publique (…) ses fonctions lui conféraient non seulement des responsabilités considérables dans le domaine de la défense nationale – domaine où l'État exerce l'autorité souveraine – mais impliquaient aussi une participation au moins indirecte à l'exécution d'une mission visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'État. De plus, compte tenu de la nature de ses recherches – qui l'obligeaient à avoir accès à des informations jugées confidentielles ou secrètes – l'État polonais pouvait légitimement exiger de lui un lien particulièrement fort de confiance et de loyauté* ».

pas applicable, même si le litige portait sur la non-exécution d'un jugement rendu en faveur de l'intéressé au sujet de frais de déplacement contestés[694]. Dans la décision *Verešová*, la Cour a écarté l'application de l'article 6 § 1 de la Convention à l'égard d'une juriste travaillant pour la police, en raison de la nature des fonctions et responsabilités de l'ensemble du service de police, la sécurité intérieure étant considérée comme une mission régalienne de l'État[695].

Néanmoins, le critère matériel semble être abandonné par la jurisprudence plus récente.

ii. L'arrêt *Vilho Eskelinen* ou l'abandon du critère matériel ?

Dans son arrêt *Vilho Eskelinen*[696], la Cour abandonne l'analyse de l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention, qui se fondait essentiellement sur un critère fonctionnel (la nature des fonctions exercées) permettant de mettre en lumière la définition matérielle de la notion d'État comme un ensemble de missions régaliennes. Autrement dit, l'exercice des fonctions régaliennes de l'État n'est plus le critère pertinent d'exclusion du contentieux de la fonction publique du champ d'application de l'article 6 §1 de la Convention. La Cour s'en explique en mettant en avant les incohérences et difficultés d'application générées par la jurisprudence *Pellegrin*[697]. Mais, on sait que l'objectif ultime est de réduire au maximum la

---

[694] Cour EDH, 27 juillet 2006, *Kanaïev c. Russie*, req. N° 43726/02, §.18: "*In the present case the applicant was an active officer of the Russian navy, a third rank captain, and thus in this capacity, "wielded a portion of the State's sovereign power" within the meaning that could reasonably be conferred on this notion in the light of the Pellegrin judgment.*

19. In the light of the above the Court concludes that Article 6 § 1 of the Convention is not applicable to the dispute between the applicant and his command and the ensuing enforcement proceedings, which must be regarded as an integral part of the "trial" for the purposes of Article 6".

[695] *Cour EDH, 1er février 2005, Verešová c. Slovaquie, no 70497/01 : "In so far as any determination of the applicant's civil right and obligations may be relied upon, the Court notes that the applicant is serving in the Police. Having regard to the nature of the functions and responsibilities which it incorporates, the applicant's employment can be regarded as a direct participation in exercise of the public authority and functions aiming at safeguarding the general interests of the State. Against this background the Court considers that Article 6 § 1 of the Convention in its civil limb is not applicable in the instant case*".

[696] Cour EDH, arrêt, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande*, *supra* note 684.

[697] On peut en effet lire au paragraphe 51 et 52 de l'arrêt que : « *Cependant, le cas d'espèce fait apparaître que l'application du critère fonctionnel peut en soi déboucher sur des anomalies. À l'époque considérée, les requérants relevaient du ministère de l'Intérieur. Cinq d'entre eux étaient policiers, emploi illustrant parfaitement les activités spécifiques de l'administration publique telles que définies ci-dessus. Leur poste impliquait une participation directe à l'exercice de la puissance publique et à des fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'État. Quant aux fonctions de*

consistance matérielle de la notion d'État lorsqu'elle sert de dérogation à l'application de la Convention. L'*imperium* étatique ne ferait donc plus écran entre la Convention et les individus qu'elle est censée protégée. Désormais, pour que l'État défendeur puisse devant la Cour invoquer le statut de fonctionnaire d'un requérant afin de le soustraire à la protection offerte par l'article 6 § 1, deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, le droit interne de l'État concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'État. Le simple fait que l'intéressé relève d'un secteur ou d'un service qui participe à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi déterminant. Pour que l'exclusion soit justifiée, il ne suffit pas que l'État démontre que le fonctionnaire en question participe à l'exercice de la puissance publique ou qu'il existe – pour reprendre les termes employés par la Cour dans l'arrêt *Pellegrin* – un « *lien spécial de confiance et de loyauté* » entre l'intéressé et l'État employeur. Autrement dit, l'exercice de fonctions régaliennes n'est plus en soi un motif d'inapplicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention. L'accent est mis sur la nature de la contestation et non des fonctions exercées. Ainsi, rien en principe ne justifie de soustraire aux garanties de l'article 6 les conflits ordinaires du travail, tels ceux portant sur un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type, à raison du caractère spécial de la relation entre le fonctionnaire concerné et l'État en question. En effet, il y aura présomption que l'article 6 trouve à s'appliquer et il appartiendra à l'État défendeur de démontrer, premièrement, que d'après le droit national un requérant fonctionnaire

---

l'assistante, elles étaient purement administratives, dépourvues de compétence décisionnelle ou d'exercice direct ou indirect de la puissance publique ; elles ne pouvaient donc être distinguées de celles de n'importe quelle autre assistante administrative travaillant dans le secteur public ou dans le secteur privé. Comme cela a été observé plus haut, l'arrêt Pellegrin mentionnait expressément la police comme exemple manifeste d'activités relevant de l'exercice de la puissance publique, et soustrayait ainsi toute une catégorie de personnes du champ d'application de l'article 6. Il découlerait d'une application stricte de l'« approche Pellegrin » que, dans la présente affaire, l'assistante administrative bénéficie des garanties de l'article 6 § 1 alors que ce n'est assurément pas le cas pour les requérants policiers, même si le litige est identique pour l'ensemble des intéressés.

En outre, l'examen des affaires tranchées depuis l'arrêt Pellegrin montre qu'il n'est pas aisé de déterminer quels sont la nature et le statut des fonctions d'un requérant ; de même, la catégorie à laquelle celui-ci appartient au sein de la fonction publique n'est pas toujours facile à distinguer sur la base de son rôle effectif. Dans certains cas, le degré d'appartenance à un secteur spécifique de la fonction publique qui suffit pour exclure l'applicabilité de l'article 6 indépendamment de la nature des responsabilités de l'intéressé n'apparaît pas clairement».

n'a pas le droit d'accéder à un tribunal, et, deuxièmement, que l'exclusion des droits garantis à l'article 6 est fondée s'agissant de ce fonctionnaire[698].

Cette solution, qui n'emporte pas la conviction de tous les juges[699], ignore tout simplement l'analyse des activités qui, par leur nature, caractérisent la notion matérielle d'État. En procédant de la sorte, la Cour n'est-elle pas en train de vider la notion matérielle d'État de tout son sens, dans la mesure où l'exercice de l'*imperium* ou des fonctions régaliennes n'est plus pris en compte ? Tout laisse à le croire. L'objectif de protection des individus prend le dessus sur les considérations liées à l'exercice de l'autorité souveraine, du moins dans ce cas précis d'application du droit d'accès au juge consacré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

b. L'État régalien dans d'autres domaines

[698] La Cour a fait application de cette jurisprudence. Dans l'affaire *"Sukut c/ Turquie"*, relative à l'impossibilité pour un militaire d'attaquer la décision prise par le conseil supérieur militaire de le révoquer pour actes d'indiscipline, la Cour juge l'article 6 inapplicable au double motif que le requérant n'avait pas accès à un tribunal en vertu du droit national et que la remise en cause du lien spécial de confiance et de loyauté entre l'intéressé et l'État employeur est au cœur du litige, le comportement et les agissements de l'intéressé étant considérés comme portant atteinte à la discipline militaire et au principe de laïcité (Cour EDH, 11 septembre 2007, *Sukut c/ Turquie,* n° 59773/00 ; Cour EDH, 11 décembre 2007, *Apay c/ Turquie*, n° 3964/05).

[699] Voir à ce titre les opinions dissidentes communes des juges COSTA, WILDHABER, TÜRMEN, BORREGO BORREGO et JOČIENĖ : on peut lire au paragraphe 6 des opinions « *nous ne voyons pas quelle nécessité, théorique ou pratique, obligeait à abandonner en l'espèce la jurisprudence Pellegrin. Celle-ci a été depuis sept ans appliquée par la Cour, sans réelles difficultés et, comme on pouvait s'y attendre et le souhaiter, elle n'a pas restreint, mais plutôt étendu l'application des garanties de l'article 6 § 1. Les catégories d'agents soustraits à ces garanties, telles que la police dans son ensemble, sont limitées par rapport à la totalité des agents publics (pour des exemples, voir le paragraphe 52 de l'arrêt). La certitude juridique a certainement progressé, si on compare la situation avec celle antérieure à l'arrêt Pellegrin. Quant à se fonder sur l'argument tiré de l'existence d'un accès à un tribunal interne, il ne nous convainc pas. Comme l'indique à juste titre l'article 53 de la Convention, rien n'interdit à une Haute Partie contractante de reconnaître dans son droit des libertés ou des garanties supérieures à celles conférées par la Convention ; en outre, comme les systèmes juridiques varient d'un État à l'autre, le raisonnement du présent arrêt risque d'avoir pour effet de faire dépendre l'applicabilité de l'article 6 § 1 aux litiges entre l'État et ses agents de l'accès à un tribunal pour ces litiges, tel qu'il existe ou non selon le droit national. En somme, au lieu de l'« interprétation autonome » (par la Cour), que celle-ci estimait important de dégager, aux fins de l'article 6 § 1 (voir l'arrêt Pellegrin, § 63), le présent arrêt pousse à une interprétation dépendante et variable, pour ne pas dire aléatoire, c'est-à-dire arbitraire. C'est à nos yeux un retour en arrière peu opportun* ».

La Cour européenne a, aussi, dans d'autres domaines, exclu l'applicabilité de l'article 6 de la Convention en raison d'activités se rapportant à l'exercice des fonctions régaliennes de l'État. Elle précise ainsi, de façon isolée certes, les différents éléments constitutifs de la notion matérielle d'État, comprise comme son *imperium* ou son noyau dur. Il est ainsi du contentieux fiscal (i), du contentieux de l'éloignement des étrangers et du contentieux électoral (ii).

i. L'État régalien dans le contentieux fiscal

De jurisprudence constante, l'article 6 de la Convention est inapplicable aux procédures relatives aux taxations fiscales[700] et, par assimilation, aux droits de douane et aux taxes frappant les marchandises importées[701]. De l'avis de la Cour, cela se justifie parce que la matière fiscale ressort encore au noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public du rapport entre le contribuable et la collectivité restant prédominant[702]. L'existence d'une obligation fiscale d'un individu à l'égard de l'État relève du domaine régalien de l'État[703]. Et cette présomption n'est pas renversée du seul fait de la démonstration qu'un litige est de nature « patrimoniale »[704]. Mais la Cour précise, en même temps, le caractère mouvant du noyau dur des prérogatives de puissance publique. Autrement dit, l'*impérium* étatique, ou les fonctions régaliennes de l'État, n'est pas statique. Le contenu de la notion d'État est donc interprété en fonction des évolutions qui peuvent

[700] Cour EDH, 9 décembre 1994, *Shouten et Meldrum c/ Pays-Bas,* req. N° 19005/91, n° 19006/91, § 50 ; note : *JCP G* 1995, I, 3823, chron. F. Sudre. – Cour EDH, 5 octobre 1999, *Grantzner c/ France*, série A, n° 304.

[701] Cour EDH, 13 janvier 2005, *Emesa Sugar N.V. c/ Pays*-Bas, req. N° 62023/00 (inapplicabilité de l'article 6 à une procédure sommaire d'injonction relative aux droits ou frais de douane)

[702] Cour EDH, 12 juillet 2001*, Ferrazzini c/ Italie,* req. N° 44759/98, § 29.

[703] Voir argument du gouvernement dans l'affaire *Ferrazzini.*

[704] Selon la jurisprudence constante de la Cour : « *Il peut exister des obligations « patrimoniales » à l'égard de l'Etat ou de ses autorités subordonnées qui, aux fins de l'article 6 § 1, doivent passer pour relever exclusivement du domaine du droit public et ne sont, en conséquence, pas couvertes par la notion de "droits et obligations de caractère civil ". Hormis les amendes imposées à titre de " sanction pénale", ce sera le cas en particulier lorsqu'une obligation qui est de nature patrimoniale résulte d'une législation fiscale ou fait autrement partie des obligations civiques normales dans une société démocratique* ». (Voir, entre autres, Cour EDH, 9 décembre 1994, *Schouten et Meldrum c. Pays-Bas*, *supra* note 700, p. 21, § 50, *Société S. et T. c. Suède*, req. N° 11189/84, décision de la Commission du 11 décembre 1986, Décisions et rapports (DR) 50, pp. 121 à 161, et *Kustannus oy Vapaa-ajattelija AB, Vapaa-ajattelijain liitto – Fritänkarnas Förbund r.y. et Kimmo Sundström c. Finlande*, no 20471/92, décision de la Commission du 15 avril 1996, DR 85-B, pp. 29 à 46 ; Cour EDH, 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c. France*, *Rec.* 997-VI, p. 2223, § 51, Cour EDH, 26 mars 1992, *Editions Périscope c. France*, série A no 234-B, p. 66, point 40).

affecter une société démocratique. Ce faisant, il peut subir une variabilité *ratione temporis* : ce qui fait partie aujourd'hui du noyau dur étatique peut demain appartenir à la sphère privée ou de la société civile. En effet, dans l'affaire *Ferrazzini*, le juge procède à une telle analyse *ratione temporis* pour voir si l'existence d'une obligation fiscale d'un individu à l'égard de l'État relève du domaine régalien de l'État. À cet effet, elle relève que les évolutions qui ont pu avoir lieu dans les sociétés démocratiques ne concernent toutefois pas la nature essentielle de l'obligation pour les individus ou les entreprises de payer des impôts. Par rapport à l'époque de l'adoption de la Convention, il n'y a pas là d'intervention nouvelle de l'État dans le domaine « civil » de la vie des individus. La Cour estime que la matière fiscale ressort donc encore du noyau dur des prérogatives de la puissance publique, ce qui fait qu'elle échappe au champ des droits et obligations de caractère civil, en dépit des effets patrimoniaux qu'il a nécessairement quant à la situation des contribuables[705].

Par cette interprétation, le juge de Strasbourg intègre clairement la relativité dans la définition matérielle de l'État, qui à l'image de toutes les notions autonomes contenues dans la Convention, doit être interprété à la lumière des conditions de vie actuelles dans les sociétés démocratiques[706].

ii. L'État régalien dans le contentieux de l'éloignement des étrangers

L'étude de l'application de l'article 6 au contentieux relatif à l'éloignement des étrangers permet à la Cour de préciser davantage ce qui relève de l'*imperium* étatique. En effet, l'analyse de la jurisprudence de la Cour permet d'affirmer que la police des étrangers relève des fonctions régaliennes de l'État, en ce sens que c'est une mission visant la sauvegarde des intérêts généraux de l'État. On a vu qu'en droit de l'UE, les activités de police administrative et judiciaire, d'une manière générale, relève des missions régaliennes de l'État dans la perspective de l'application de l'article 45 § 4 du TFUE. La Cour européenne des droits de l'homme vise aussi

[705] Voir point 29 de l'arrêt *Ferrazzini, supra note 702.*
[706] *Idem*, point 30.

l'activité de police administrative comme relevant de la sphère matérielle de la notion d'État, lorsqu'elle parle de « *mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers* »[707]. En effet, dans l'affaire *Maaouia*, le gouvernement contestait l'applicabilité de l'article 6 de la Convention au motif que les actes contestés à l'occasion de telles procédures (procédure en relèvement de l'interdiction du territoire) sont des actes régis par le droit public, et qu'ils manifestent l'exercice de prérogatives de puissance publique, et en tant que tel, constituent une des manifestations de l'*imperium* étatique[708]. La Cour souscrit à la même analyse en considérant que les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers relève, par leur nature, des fonctions régaliennes de l'État, et à ce titre, n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil du requérant ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention[709].

Du point de vue matériel, l'État est un ensemble d'activités régaliennes qui fait appel à l'exercice de prérogatives de puissance publique (ou de pouvoirs exorbitants de droit commun, d'autorité souveraine…) et à la réalisation des intérêts généraux. La notion d'État a donc un contenu, au regard du droit international et du droit européen. Toutefois, l'appréciation de ce contenu peut varier d'un domaine à l'autre, d'une branche à l'autre, en fonction du contexte et des objectifs poursuivis. C'est pourquoi tantôt la notion d'État régalien est interprétée extensivement (droit de la responsabilité, droit des immunités, contentieux de l'opposabilité des directives), tantôt restrictivement (marché intérieur, libre concurrence, article 34 Convention E.D.H., article 6 Convention E.D.H…). Toutefois, aujourd'hui, il est nécessaire de relever que le contenu de la notion d'État dépasse la dimension traditionnelle de missions régaliennes. L'État dans son rôle économique doit aussi être pris en compte. Il s'agira de sa mission interventionniste, comme critère matériel de la notion d'État aux fins de l'application des règles internationales et européennes.

[707] Cour EDH, gde ch., 5 octobre 2000, *Maaouia c/ France*, req. N° 39652/98, *Rec*. 2000, X.
[708] *Idem*, point 28.
[709] *Idem*, point 40.

Section 2. L'État interventionniste

L'intervention de l'État en matière économique n'est pas interdite, mais elle est contrôlée. Elle est contrôlée, parce qu'elle est de nature à fausser le jeu de la libre concurrence ou de la libéralisation des échanges, selon les cas. C'est la raison pour laquelle, les branches concernées du droit international et du droit européen, construisent une notion large de l'État afin d'identifier au maximum les hypothèses dans lesquelles l'État intervient en matière économique. Cette opération d'identification de l'État interventionniste permet de lutter contre les tentations que pourraient avoir certains États d'éluder les règles et contraintes du droit international et du droit européen en se « cachant » derrière des entités internes qui n'y seraient pas soumises. Un certain nombre de critères est, à cet effet, mis en avant afin d'identifier les différentes manifestations de la notion d'État aux fins d'une application effective des normes en question. L'analyse portera, d'une part sur le droit international (Paragraphe 1) et, d'autre part sur le droit européen (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'État interventionniste en droit international

En matière économique, l'intervention de l'État reste encadrée par les règles pertinentes du droit international, afin de garantir au mieux la libéralisation des échanges. À cet effet, il faudrait se doter d'outils d'analyse permettant d'identifier les différentes manifestations du concept d'État dans les relations économiques internationales. Les États peuvent, en effet, intervenir par le biais d'entités diverses qui n'ont pas un statut organique les rattachant à l'État en droit interne. C'est au juge ou plutôt à l'arbitre d'aller chercher la main de l'État derrière les agissements de telle ou telle entité. On parle alors d'émanations de l'État. Une telle opération se fait à l'aune de critères matériels, édifiant par là même la notion d'« État interventionniste ». On analysera d'abord la question en droit des investissements internationaux (A) et ensuite, en droit du commerce international (B).

A. En droit des investissements internationaux

La particularité de la matière conduit à une conception de l'État assez spécifique, témoignant toute la géométrie variable caractéristique de la notion d'État en droit international[710]. Pour étendre la notion d'État à des entités qui n'en font pas organiquement parties, les sentences CIRDI développent un certain nombre de critères, eux mêmes variables d'un domaine à l'autre. Par exemple, l'appréhension de la notion d'État au stade de l'analyse de la recevabilité est différente de celle développée au stade de l'imputation. Et encore, même au stade de la recevabilité, la question n'est pas abordée de la même manière, selon qu'on doit rattacher une entité à l'État hôte ou à l'État d'accueil. Tout compte fait, la notion d'État suit à bon droit une démarche pragmatique évaluée en fonction de la règle à appliquer. On analysera, d'une part, la notion d'État au stade de la recevabilité ou de la détermination de la compétence *ratione personae* de l'arbitre (1) et d'autre part, celle connue au stade de l'examen de fond afin d'engager ou non la responsabilité de l'État (2).

1. Notion d'État au sens de l'opération de rattachement.

Selon la Convention de Washington de 1965, « *la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État partie* »[711]. La réclamation introduite devant le Centre doit donc porter sur un litige entre un particulier d'un État contractant et un autre État contractant. Le différend doit donc avoir un caractère de mixité, c'est-à-dire mettre aux prises un investisseur privé et un État. Ainsi, la recherche de la manifestation de la notion d'État peut s'opérer de deux façons aux fins de déterminer la compétence du Centre. D'une part, elle peut être recherchée de « façon positive », car la présence de la notion d'État conduit à l'admission de la compétence du Centre et de la recevabilité de la réclamation. C'est le cas, lorsqu'il faut déterminer si l'entité

[710] M. FORTEAU, *supra* note 24.
[711] Article 25 (1), supra note 116.

contractante en face de l'investisseur privé se rattache à l'État hôte (a). D'autre part, elle peut être recherchée de « façon négative », car la présence de la notion d'État conduit à une incompétence du Centre et donc l'irrecevabilité de la réclamation. C'est le cas lorsqu'il faut déterminer si l'investisseur lui-même présente les caractéristiques d'une émanation de l'État et non d'un ressortissant étranger (b).

a. La détermination positive de la notion d'État

Par « détermination positive », nous entendons, l'hypothèse selon laquelle la présence de la notion d'État conduit à la compétence du Centre. C'est donc la recherche de la qualité étatique de la partie qui s'oppose à l'investisseur privé. Il faut qu'une telle partie soit étatique pour que la compétence du Centre puisse être établie. À défaut, il s'agirait d'un différend entre deux particuliers, ce qui relève des juridictions internes[712]. Donc se pose, au stade de la recevabilité, la question de la définition de l'État.

En effet, il est fréquent que les États agissent dans le cadre des relations économiques internationales, notamment celles ayant trait aux investissements, par le biais d'entités distinctes d'eux-mêmes. Soit qu'ils restent marqués par un passé encore récent d'économie dirigée, soit qu'ils aient la volonté persistante de garder la main sur la gestion de secteur d'intérêt général, beaucoup d'États ont, aujourd'hui encore, recours à des émanations dans le contexte des relations qu'ils établissent avec des investisseurs privés étrangers[713]. À cet effet, face à une requête qui met aux prises un investisseur privé et une entité distincte de l'État, l'État hôte brandit souvent l'incompétence *ratione personae* du Centre. Selon cette exception d'incompétence, la réclamation de l'investisseur ne viserait pas l'État, mais précisément une entité distincte de lui, ayant une personnalité propre. Un tel argument de défense amène l'arbitre à s'interroger sur l'appartenance de l'entité à l'État. Il y a deux voies par lesquelles une telle appartenance peut être établie.

[712] " *Just as the Center has no jurisdiction to arbitrate disputes between two States, it also lacks jurisdiction between two privates entities*", *in Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, decision sur la compétence du 25 janvier 2000, Aff. N° ARB/97/7, *ICSID Rev.*, vol. 5, p. 434 § 74.

[713] P.-M. DUPUY, « L'Etat et ses émanations dans le contentieux du droit international des investissements », *in Common values in International Law, Essays in Honour of Christian Tomuschat*, *N.P. Engels*, 2006, p. 299.

La première est celle de la reconnaissance étatique de l'appartenance. Cette voie est prévue par la Convention de Washington elle-même et témoigne du pragmatisme et de la souplesse dont ont fait preuve les négociateurs de ladite Convention. La Convention a, en effet, prévu un mécanisme, rarement utilisé en pratique, par lequel un État contractant peut désigner au Centre un organisme dépendant de lui. Par cette manifestation de volonté, l'État pose la reconnaissance aux fins de la Convention d'un rattachement de l'entité considérée à lui-même. Cette reconnaissance est soumise à deux conditions. En premier lieu, il ressort des travaux préparatoires de la Convention que l'entité concernée doit assurer des missions publiques au nom de l'État contractant *(- performs public functions on behalf of the Contracting State)*[714]. En second lieu, cette procédure suppose un acte positif de désignation de la part de l'État, sans que la Convention n'exige de forme particulière. Une telle procédure a toutefois un double effet. Dans un premier temps, elle permet d'assimiler l'entité à l'État, c'est-à-dire d'en faire une composante de la notion d'État aux fins de la convention. Dans un second temps, il produit un effet contraire dans la mesure où elle distingue l'entité de l'État du point de vue de sa capacité processuelle. Cela veut dire qu'en dernier ressort, la désignation a pour but d'élever une émanation de l'État à un rang équivalent à l'État lui-même[715]. Autrement dit, l'État octroie la personnalité internationale à un de ses démembrements en vue d'une action déterminée[716]. Il délègue à l'entité une personnalité internationale aux fins du procès devant le CIRDI. De ce fait, le recours dont dispose l'investisseur privé peut s'exercer directement sur une entité ayant fait l'objet d'une désignation. La réclamation se cantonnera ainsi à l'entité désignée et à la mise en jeu de sa responsabilité personnelle pour son fait propre. Dans ce premier niveau d'analyse, on aperçoit la variabilité caractéristique de la notion d'État, son élasticité et sa prétention à s'adapter notamment dans des domaines techniques comme celui des investissements. En effet, l'acte de désignation prévu par l'article 25 de la Convention de Washington signifie que l'entité est dépendante de l'État, c'est-à-dire, est considérée comme une composante de la notion d'État. Mais au niveau processuel, l'acte de désignation a une autre signification. Il signifie que l'entité est

[714] C. SHREUR, "Commentary on the ICSID convention: article 25", *ICSID Rev*., 1996, p.383, §. 148.
[715] J.-M. LONCLE, J.-B. SOREL, « Les émanations des États et l'arbitrage CIRDI », *RIDA*, n° 29, 2008, p. 32.
[716] Y. NOUVEL, *supra* note 467, p. 28.

distincte de l'État et ne fait pas partie de son périmètre organique. De ce fait, sa responsabilité peut être engagée en dehors de celle de l'État. Finalement, comme l'affirme Yves Nouvel, *« l'assimilation à l'État apparaît (…) comme la condition préalable de l'individualisation de l'entité dans le procès* »[717].

La seconde voie est celle dans laquelle l'appartenance de l'entité à l'État est établie par l'arbitre aux vues de critères objectifs. C'est une opération qui consiste à intégrer une entité dans la notion d'État à travers le maniement de critères structurel et fonctionnel, afin d'établir la compétence *ratione personae* du Centre. En effet, ici il ne s'agit pas de reconnaissance formelle par un État, comme dans le cadre de la procédure spéciale, mais plutôt d'une opération jurisprudentielle de qualification reposant sur l'usage alternatif de critères structurel et fonctionnel[718]. Le critère structurel comporte l'analyse de la personnalité juridique de l'organisme et de son contrôle. Le Tribunal recherche si l'organisme a été créé selon une forme de droit public doté ou non d'une personnalité propre, si l'État possède directement ou indirectement son capital, si enfin les agents de l'État disposent d'un pouvoir effectif de direction sur cet organisme. Ce critère structurel repose, en définitive, sur la combinaison d'une analyse capitalistique et organisationnelle[719]. Sur le plan capitalistique, une participation majoritaire de l'État dans le capital de la société, doublée d'une représentation au sein de l'assemblée générale et du conseil d'administration, témoignent de l'engagement prononcé de l'État dans le fonctionnement de la société, et donc d'un contrôle prédominant. Sur ce fondement, et en toute logique, la question capitalistique et de gouvernance ne se pose même plus lorsqu'elle porte sur une société 100 % nationale. Sur le plan organisationnel, l'arbitre cherche les liens de dépendance juridiques : si par exemple les agents de l'État disposent d'un pouvoir effectif de direction sur l'entité ou si l'entité rend directement compte à l'État de sa gestion[720]. Le critère fonctionnel, quant à lui,

---

[717] *Idem*., p. 27.

[718] D. CARREAU, « Etat », *Répertoire de droit international, Dalloz*, septembre 2010, point 103.

[719] Voir *supra*, note 715, p. 38.

[720] Hors du cadre CIRDI, dans le cadre de la CCI par exemple, différentes espèces confirment cette démarche. Ainsi, une « Instrumentality of the State » a été définie par la sentence CCI n° 9762 du 22 décembre 2000 lorsque le tribunal declare que la responsabilité de l'Etat sera engagée lorsque cet Etat *« is engaging in transactions of an economic nature through one of its administrative bodies, or even through a separate legal entity provided, in this last case, that the State has full control over it* » (§.418) Voir aussi, *SPP (Middle East)Ltd an Southern Pacific Properties Ltd. V. Arab Republic of Egypt and the Egyptian General Company for Tourism an Hotels ("EGOTH"),* ICC case n° 3493,

s'attache aux buts, missions et prérogatives de l'organisme public. Il s'agit là d'apprécier *in concréto* si l'État n'a pas agi par délégation ou par personne interposée. Donc, le Tribunal cherche si l'activité de l'organisme en question est orientée vers « *la réalisation de tâches de nature étatique* »[721]. Dans l'affaire *Salini*, « *la construction, la gestion et l'exploitation de biens relevant du service public répondant aux besoins structurels du Royaume du Maroc en matière de réseaux de communication efficaces* »[722] ont été considérées comme relevant des fonctions de l'État. De même dans l'affaire *Maffezini*, l'octroi de subventions et d'incitations financières aux opérateurs économiques en vue du développement industriel de la Galice, constitue « *by their very nature typically governmental tasks* »[723]. Au terme de cet examen structurel ou fonctionnel, l'organisme est rattaché à l'État. Les arbitres y voient une « émanation » ou une « société de l'État ». La notion d'émanation fait la démonstration que « *l'État peut agir à travers une société ayant une personnalité juridique propre* »[724]. De ce fait, quoiqu'ayant une nature publique, l'organisme de droit public n'est pas assimilé à l'État. Il demeure organiquement dissociable de ce dernier.

On constate qu'ainsi, l'usage alternatif des critères structurels et fonctionnels aux fins de répondre à une exception d'incompétence conduit à une notion souple et extensive d'État[725]. L'État est toute entité contrôlée par les autorités statutaires, ou, exerçant des fonctions de nature étatique. Si une telle souplesse est caractéristique de la démarche de l'arbitre dans ce qu'on a appelé « la détermination positive de la notion d'État », il n'en va pas de même dans la logique inverse, c'est-à-dire, si la présence de la notion d'État conduit à une incompétence de l'arbitre.

b. La détermination négative de la notion d'État

---

sentence du 16 février 1983, ILM 22 (1983), pp. 762-784. Voir également, E. SILVA ROMERO, "Are States liable for the conduct of their instrumentalities? A study of the ICC case law", *in I.A.I. Colloquium*, 2005, n°2, *Juris Publishing Inc*, 2006.

[721]CIRDI, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, Affaire *Salini, Costruttori SpA and Italstrade SpA c. Royaume du Maroc,* Aff. N° ARB/00/4, *JDI,* 2002, p. 204, §33.

[722] *Ibidem*.

[723] Affaire *Maffezini*, *supra*, note 712, p. 416, § 86.

[724] *Affaire Salini*, décision sur la compétence, *supra*, note 721, p. 204, §. 35.

[725] Voir aussi CIRDI, 12 octobre 2005, *Affaire Noble Ventures, Inc c/fRomania,* ARB/01/11.

Par « détermination négative », nous entendons, l'hypothèse dans laquelle la présence de la notion d'État conduit à une incompétence du Centre. Il s'agit de la recherche de l'absence de qualité étatique de l'investisseur privé. En effet, si l'investisseur s'identifie à son État de nationalité, l'arbitre n'est pas compétent, car il n'a pas le pouvoir de connaître d'un litige entre deux États. Il faut, en effet, que l'investisseur réponde à la définition de « ressortissant d'un État contractant » au sens de l'article 25 § 2 de la Convention de Washington[726]. La question s'est posée dans l'affaire *C.S.O.B.*, opposant une banque tchèque à l'État slovaque[727]. L'État défendeur soulevait, à titre d'exception d'incompétence, que la réclamation ne provenait pas d'un ressortissant d'un État, mais de l'État lui-même. Il fondait son argumentation sur le fait qu'il y avait des liens capitalistiques étroits entre la banque et l'État tchèque, faisant que la première n'est qu'une émanation de la seconde.

Face à cette question, la Cour aura une interprétation différente de celle déjà évoquée se rapportant à la détermination positive de la présence de la notion d'État. Le Tribunal opte ici pour une interprétation de la notion d'État reposant essentiellement, sinon exclusivement, sur l'exercice de fonctions gouvernementales. Est « État », toute entité qui exerce des fonctions gouvernementales, quels que soient les liens juridiques de dépendance et de contrôle entre l'entité et les autorités étatiques statutaires. Le Tribunal refuse dans ce cadre de recourir au critère structurel comme critère pertinent d'analyse. Il note que, bien que contrôlée par l'État, la société ne s'assimile pas à celui-ci « *unless it is acting as an agent for the governement or is discharging an essentially governemental function* »[728]. En l'espèce, le tribunal note que le capital de la CSBO était détenu à hauteur de 65 % par l'État tchèque, le reste étant détenu par le défendeur, à savoir l'État slovaque. Il

[726] Article 25 (2) « ''*Ressortissant d'un autre Etat contractant'' signifie : (a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend ; (b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers* », *in* Convention CIRDI, *supra* note 116.

[727] CIRDI, décision sur la compétence, 1er décembre 2000, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c./ République Slovaque*, Aff. N° ARB/97/4, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 2000, p. 48, §. 17.

[728] *Ibidem.*

en tira la conclusion que la banque était avant tout un établissement du secteur public. Seulement, un tel constat ne permet pas de faire de la CSBO une émanation de l'État tchèque. Il faut en effet s'attarder sur les missions remplies par la banque. Or, si cette dernière intervient pour le compte de l'État tchèque, ce n'est que pour assurer des activités essentiellement commerciales. Le Tribunal conclut que l'activité de la banque cherchant à renforcer sa position financière se confond avec celle d'une banque privée et « *can not be characterized as governmental in nature* »[729]. Son objet social n'étant pas tourné vers la recherche de l'intérêt général, l'entité est rejetée hors de la sphère étatique.

Ainsi l'analyse structurelle qui est pourtant un des critères de la notion d'État au sens de la détermination positive n'est pas ici un critère décisif pour établir l'appartenance d'une entité à l'État. Le contrôle exercé par l'État en tant qu'actionnaire sur une société ne suffit pas à la ranger dans la catégorie des entités étatiques. Ainsi, ce n'est que lorsque le critère fonctionnel est rempli que d'un contentieux entre un État et un ressortissant d'un autre État, on passe à un contentieux entre deux États.

La même démarche a été reprise récemment dans l'affaire *Tulip c/ Turquie*[730]. confrontés aux agissements d'une entreprise possédée par l'État, les arbitres jugèrent que l'entreprise en question avait, d'après ses statuts, une personnalité juridique de droit privé[731], qu'elle était entièrement soumise au droit privé comme en avait d'ailleurs jugé la Cour suprême turque[732] et que la seule possession du capital par l'État n'était pas un élément dans le sens d'une présomption d'« étaticité » (*statehood*) face à une société dont l'objet était clairement commercial[733].On voit ainsi, que lorsqu'il s'intéresse la notion d'État, non plus du point de vue de l'État hôte, mais de celui de l'investisseur, seul importe le critère fonctionnel, le critère structurel ayant une moindre pertinence[734]. La notion d'État est, donc dans ce cadre, plus

[729] *Idem.* §. 7.
[730] CIRDI, sentence du 10 mars 2014, *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. c. Turquie*, Aff. N° ARB/11/28.
[731] *Idem*., §. 287.
[732] *Idem*., §. 288.
[733] *Idem*. §. 289.
[734] J.-M. LONCLE, J.-B. SOREL, « Les émanations des États et l'arbitrage CIRDI », *supra* note 289, p. 43.

restrictive, car même si l'entité est étatique au regard du critère structurel, l'arbitre peut arriver à une conclusion contraire sur la base de l'analyse fonctionnelle.

L'étude des règles de rattachement d'une entité à l'État en droit des investissements internationaux a permis de mettre en évidence les critères structurels et fonctionnels avancés. À la lumière de ces qualifications, est absorbée dans l'orbite étatique, toute entité qui est du point de vue capitalistique et organisationnel sous le contrôle de l'État et/ou qui exerce des tâches de nature étatique, c'est-à-dire orientées vers la réalisation de l'intérêt général. De telles entités sont considérées comme des outils d'intervention de l'État dans les relations économiques internationales, malgré le fait qu'elles soient étrangères du point de vue statutaire à l'appareil étatique. Toutefois au regard des règles d'imputation d'un fait l'État, le référentiel de définition peut changer.

2. Notion d'État au sens de l' opération d'imputation

Lorsqu'on quitte, le champ de la compétence *ratione personae* de l'arbitre pour s'intéresser à la question de l'imputation des actes d'une entité à l'État en matière d'investissements internationaux, la définition de l'État n'est plus la même. Les critères changent et on revient sur le terrain de la responsabilité de l'État. Le critère pertinent devient l'exercice des prérogatives de puissance publique. En effet, le rattachement d'une entité à l'État (aux fins de la détermination de la compétence du Tribunal) ne se confond pas avec l'imputation d'un comportement de ladite entité audit État (aux fins de l'engagement de la responsabilité de ce dernier)[735]. Il ne s'agit plus de voir si l'organisme en question a une nature étatique, mais plutôt de savoir si ce que fait l'organisme a un caractère étatique. Vu sous cet angle, seules les conduites qui expriment des prérogatives de puissance publique peuvent être rapportées à la notion d'État. Donc l'État est affaire d'activité. Toute activité se rapportant à l'exercice de prérogatives de puissance publique, quel qu'en soit

[735] R. AGO distinguait clairement ces deux opérations : « *d'une part, celle qui consiste à établir l'organisation de l'État c'est-à-dire déterminer quels sont les organes individuels et collectifs qui, dans leur ensemble, forment l'appareil d'État et, d'autre part, celle qui revient à attribuer à l'État, à certaines fins ou à d'autres, le comportement adopté dans certaines conditions par les personnes qui relèvent de son organisation* », *in Troisième rapport sur la responsabilité des États*, R. AGO, Rapporteur spécial, *Annuaire CDI,* 1971, vol. II, première partie, p. 246, § 110.

l'auteur, est étatique. C'est à partir de ce critère que, dans l'affaire *Maffezini*[736], le débit du compte bancaire de l'investisseur étranger sans son consentement a été considéré comme le résultat d'un fait étatique. En l'espèce, l'ordre de virement a été donné par un agent de l'émanation de l'État. Le Tribunal souligne qu'une telle irrégularité ne pouvait se réaliser sans les pouvoirs exorbitants de droit commun dont était investi l'organisme public. Quand le comportement litigieux a donc trait aux fonctions publiques, il prend par là son caractère étatique. On retourne ainsi à la définition matérielle de l'État en droit de la responsabilité internationale : l'État est un ensemble de missions régaliennes se rapportant à l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Récemment, le Centre a apporté quelques précisions sur l'exercice des prérogatives de puissance publique, permettant de déterminer le caractère étatique d'une entité qui n'en fait pas statutairement partie. Dans l'affaire *Tulip*[737], le Centre a adopté une interprétation plus rigoureuse du critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique. En effet, la décision révèle une certaine exigence de la part de la jurisprudence en la matière : le requérant invoquait, au soutien de l'exercice de telles prérogatives, que l'entreprise en question intervenait dans la procédure de délivrance de certains documents d'urbanisme et d'occupation des sols. Ce fait était avéré, et pourtant les arbitres jugèrent qu'il ne s'agissait que d'une participation et non d'un exercice plénier de prérogatives de puissance publique. Ainsi un examen attentif de la législation interne a conduit le tribunal à constater que rien ne conduit la société en question « *actually to exercise any kind of governmental authority* »[738]. Ceci dit, la participation à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi, à elle seule, révélatrice du caractère étatique d'une entité. Il faut en réalité un exercice plénier desdites prérogatives pour que le rattachement à la notion d'État soit établi aux fins des règles d'imputation. Ceci rappelle la position de la Cour de Luxembourg à propos des « emplois dans l'administration publique »[739]. C'est donc la spécialité de la matière qui conduit à la vision spéciale qu'on a du critère matériel de la notion d'État. Ce constat se renforce lorsqu'on l'aborde sous l'angle du droit de l'OMC.

---

[736] Voir *supra*, note 712.
[737] CIRDI, sentence du 10 mars 2014, *supra* note 730
[738] *Idem*, §. 293
[739] Voir notre analyse, *supra*, p. 173 et ss.

B. **En droit de l'OMC**

En droit de l'OMC, la définition matérielle de la notion d'État prend une dimension encore plus particulière. Elle permet, en effet, d'identifier les interventions ou incursions de l'État dans les relations commerciales. C'est à tout le moins la tâche à laquelle s'attèle l'Organe de Règlement des différends. Aux termes de l'article 3 :3 du Mémorandum d'accord, un Membre peut saisir l'Organe de Règlement des différends lorsqu'il considère « *qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre* ». Ainsi, seules les politiques et actions étatiques peuvent être considérées comme contraires aux obligations résultant des accords. De ce fait, conscient que les États mènent bien souvent leur politique économique par l'intermédiaire d'entités distinctes qui agissent dans le domaine commercial, l'ORD avance un certain nombre de critères afin de déterminer si la main de l'État peut se retrouver derrière les comportements ou mesures prises par de tels opérateurs économiques. Donc ce qui est recherché, c'est l'État dans sa dimension interventionniste. Mais, là, contrairement au droit coutumier de la responsabilité internationale, il convient de distinguer deux phases. Tout d'abord, l'opération de rattachement d'une entité à l'État est distinguée de l'opération d'imputation. Si le premier se fonde sur une analyse des critères structurels et fonctionnels comme devant le CIRDI, la seconde épouse une certaine spécificité propre au droit du commerce international et témoigne d'une notion plus souple, voire plus pragmatique d'État que les autres branches du droit international.

1. La notion d'État au sens de l'opération de rattachement

Lorsqu'est en cause une mesure ou une subvention de la part d'un organisme dont on douterait de sa qualité étatique, l'ORD vérifie un tel rattachement : l'organisme en cause se rattache-t-il à l'État ? Le cas échéant, il en constitue un démembrement ou une composante. Dans cette opération de qualification préalable, l'ORD est guidé par le fait que l'État peut se cacher derrière des opérateurs

économiques, des intermédiaires, qui ne sont pas des organes de l'État au regard du droit interne, mais qui disposent d'une personnalité juridique distincte, pour intervenir dans les relations commerciales internationales. Il en résulte une définition extensive de la notion d'État à l'aide de critères structurels et fonctionnels. Les organes spéciaux et l'organe d'appel procèdent à une telle analyse, soit pour déterminer la nature étatique d'une mesure prise par une entité qui s'en distingue *ratione personae* (a), soit pour déterminer l'existence d'une subvention au sens de l'article 1er de l'ASMC (b) ou tout simplement pour qualifier les entreprises d'État et autres monopoles et entreprises privilégiées (c).

a. La nature étatique d'une mesure prise par une entité distincte de l'État *ratione personae*

Aux termes de l'article 3 :3 du Mémorandum d'accord, un Membre peut saisir l'Organe de Règlement des différends lorsqu'il considère qu' « *un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre*». Dès lors, lorsque l'ORD est saisi sur un tel fondement, il doit déterminer si la mesure en question est étatique. Il peut arriver que la mesure litigieuse soit l'œuvre des pouvoirs publics officiellement reconnus comme organes de l'État d'après le droit interne. Dans ce cas de figure, la qualification étatique de la mesure ne pose pas de difficultés particulières. Elle repose sur une analyse organique. En revanche, la question peut paraître plus difficile à résoudre si l'auteur de la mesure ne saurait être qualifié d'organe de l'État au sens du droit interne. Dans ce cas, c'est à l'ORD de rechercher le caractère étatique de la mesure à travers un rattachement de l'organisme auteur de la mesure litigieuse à l'État. Même si une telle hypothèse est rare en pratique, on peut dégager d'emblée l'usage de deux critères de rattachement : un critère fonctionnel et un critère structurel. Dans l'affaire *Canada – Certaines mesures concernant les*

périodiques[740], le groupe spécial devait déterminer si la mesure prise par la société canadienne des postes devait être considérée comme des mesures gouvernementales. Il s'agissait, en l'espèce, de la fixation des tarifs de distribution des périodiques étrangers. Bien que dotée d'une personnalité distincte de celle de l'État et agissant dans le domaine commercial, le groupe spécial retient tout de même l'existence de liens structurels de rattachement à l'État canadien. En effet, il se fonde sur le mode de création de la société, c'est-à-dire par une loi et le fait qu'elle soit détenue par le gouvernement qui conserve en outre un pouvoir général de direction sur ces activités[741]. Ces indices liés aux origines de la société et à son organisation permettent de conclure à son rattachement à l'État et de considérer la mesure en question comme étatique.

La même question se pose lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère étatique d'une subvention au sens de l'ASMC.

b. La nature étatique d'une subvention accordée par une entité distincte de l'État *ratione personae* au sens de l'ASMC

La nécessité de retrouver la main de l'État dans les relations commerciales se retrouve dans le domaine plus spécifique des subventions. En effet, la mise en œuvre de ce régime implique de définir la notion d'État et d'identifier ses différentes manifestations.

Les subventions sont définies par l'article 1er de l'ASMC comme étant « *une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre* ». Ainsi, les dispositions relatives aux subventions impliquent d'identifier non seulement les pouvoirs publics[742], mais encore les organismes publics, notion dont les groupes spéciaux et les organes d'appel considèrent qu'elle est plus large que la première. Elles impliquent aussi d'identifier les organismes privés dont les pouvoirs publics chargent d'exécuter des missions qui relèvent

[740] Rapport du groupe spécial, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, 14 mars 1997.
[741] *Idem*. §. 5.33-5.36.
[742] Notion qui renvoie aux organes ayant le statut étatique d'après le droit interne conformément au projet d'articles de la CDI.

normalement du domaine étatique (mission de gestion, mission de contrôle, mission de régulation)[743]. La question se pose cependant de savoir comment rattacher de tels organes à l'État. La réponse ne paraît pas relever de soi, du moins au regard de la pratique jurisprudentielle. En effet, certains groupes spéciaux se sont contentés d'admettre les qualifications opérées par les autorités nationales, en relevant qu'elles n'étaient pas contestées, pour conclure au statut étatique d'un organisme indépendant. En effet, dans le Rapport du groupe spécial, *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*[744], la Communauté européenne avait qualifié les organismes en cause d'étatiques. Il s'agissait de la Banque coréenne pour le développement et de la société coréenne d'assurance à l'exportation. Le groupe spécial s'est fondé sur l'absence de contestation pour conclure que lesdits organismes sont rattachés à l'État coréen. D'autres groupes spéciaux ont pu qualifier certains organismes de publics sans pour autant motiver leur conclusion. Il en est ainsi dans l'affaire *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*[745]. Dans cette affaire, le groupe spécial a considéré que la Commission japonaise des pratiques loyales était « *un organisme public indépendant* » sans motiver d'une quelconque façon son affirmation, et ainsi, en tant que tel, relève de la définition de l'État au sens de l'ASMC.[746]. De même, dans l'affaire, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, le groupe spécial a qualifié la Société pour l'expansion des exportations, d'organisme public sans apporter une quelconque justification, car cela ne faisait selon lui « *aucun doute* »[747].

En revanche, dans l'affaire, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*[748], l'organe d'appel a du rompre avec la logique précédente en essayant d'étayer son analyse à l'aide de critères qui rappellent la position de la CDI sur son projet d'articles sur la responsabilité des États ou encore

[743] Voir article 1.1 a) 1) iv) de l'ASMC.(https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/24-scm.pdf).

[744] Rapport du groupe spécial, *CE - Mesures compensatoires visant les semi conducteurs pour DRAM*, WT/DS299/R, 17 juin 2005, § 7.87 et 7.90.

[745] Rapport du groupe spécial, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, WT/44DS/R, 31 mars 1998.*

[746] Idem. *§2.31.*

[747] Rapport du groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, 14 avril 1999, §. 9.160.

[748] Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS10/R, 13 octobre 1999.

la jurisprudence CIRDI en matière d'investissements internationaux. Dans cette affaire, l'organe d'appel adopte un critère fonctionnel, afin de rattacher l'organisme public à la notion d'État. Il retenait d'un organisme public « *une entité qui exerce des pouvoirs que lui ont conférés les pouvoirs publics dans le but d'exercer des fonctions d'un caractère public, c'est-à-dire réglementer, discipliner, superviser ou contrôler la conduite des particuliers* »[749]. L'organe d'appel se réfère donc au critère fonctionnel, bien connu dans la jurisprudence CIRDI. En l'espèce, il avait qualifié de public les offices provinciaux de commercialisation de lait après avoir constaté non seulement qu'ils agissent en vertu de pouvoirs qui leur ont été expressément délégués par la loi, mais encore que ces pouvoirs leur ont été délégués afin de remplir une fonction gouvernementale, consistant à règlementer un secteur particulier de l'économie à savoir le secteur laitier[750]. Qu'ils disposent d'une grande marge de manœuvre dans l'exercice de leur pouvoir n'est d'aucune incidence[751]. Dans l'affaire *États-Unis - Droits antidumping et compensateur*[752], l'organe d'appel a confirmé sa position se référant à un critère fonctionnel de rattachement. En s'appuyant sur le sens ordinaire de l'expression « organisme public », sur le contexte, sur l'objet et le but du traité et en faisant référence aux articles de la CDI sur la responsabilité des États, il a alors confirmé qu' « *un organisme public au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'ASMC doit être une entité qui possède ou exerce un pouvoir gouvernemental, ou en est investie* »[753]. Par cette interprétation, la notion d'État est étendue à toute entité possédant ou exerçant un pouvoir gouvernemental ou en étant investie[754].

Dans d'autres affaires, des groupes spéciaux ont privilégié un critère structurel de rattachement d'un organisme indépendant à l'État. C'est le cas dans l'affaire

---

[749] *Idem.* §. 97.
[750] *Idem,* §. 98-102.
[751] *Idem*, §. 97.
[752] Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, 11 mars 2011.
[753] *Idem*, §. 317.
[754] Telle était d'ailleurs la position de la Chine dans cette affaire, soutenue notamment par le Brésil : « *l'expression 'organisme public' désigne plutôt une entité qui est assimilée de près aux pouvoirs publics eux-mêmes, c'est-à-dire, qui exécute des fonctions et exerce des attributions qui sont caractéristiques des pouvoirs publics », Idem. §. 8.3-8.18. Ce fut aussi la position défendue par l'Inde qui relatait que « pour pouvoir considérer qu'une entité est étroitement liée aux pouvoirs publics, ses liens doivent aller au-delà de la simple possession et l'entité doit exécuter des fonctions ou exercer des attributions normalement dévolues aux pouvoirs publics* », *Idem.* §. 8.48.

Corée – Navires de commerce[755] dans laquelle le groupe spécial s'est principalement concentré sur le contrôle exercé par les pouvoirs publics sur la KEXIM afin de le rattacher à l'État. Pour ce faire, il a eu recours à un faisceau d'indices, notamment capitalistiques et organisationnels. Il a ainsi révélé que *« la KEXIM appartient 100% aux pouvoirs publics coréens ou à d'autres organismes publics* »[756], que « *ses activités sont placées sous l'autorité d'un Président nommé et révoqué par le Président de la République de Corée et que le Président de la KEXIM est assisté par un vice-président et des directeurs exécutifs (…) qui sont nommés et révoqués par le ministre de l'Économie et des Finances, sur recommandation de la KEXIM* »[757]. Cet ensemble d'indices capitalistiques et organisationnels a suffi, en l'espèce, pour rattacher la KEXIM à l'État coréen. Le groupe spécial dans l'affaire *États-Unis antidumping compensateur* a même été plus loin en considérant qu'en l'absence d'éléments de preuve supplémentaires fournis par la Chine, les États-Unis avaient pu s'appuyer sur la participation majoritaire de cet État dans les entreprises en cause pour conclure qu'il s'agissait là d'organismes publics. Cette participation majoritaire des pouvoirs publics était, en l'espèce, considérée comme un élément de preuve clair qui met en évidence le contrôle exercé par les pouvoirs publics et qui permet donc de répondre à la question de savoir si une entité est un organisme public aux fins de l'ASMC.[758] . Ainsi le critère du contrôle peut être pertinent aux fins de rattacher une entité indépendante à l'État aux fins de l'application du régime juridique de l'interdiction des subventions en droit de l'OMC.

Au final, une entité quelconque peut être rattachée à l'État à travers l'usage de critères structurels ou fonctionnels, rappelant ainsi les critères développés par les arbitres en matière d'investissements internationaux.

c. La détermination des entreprises d'État et autres monopoles et entreprises privilégiées

[755] Rapport du groupe spécial, *Corée – Navires de commerce*, WT/S273/R, 7 mars 2005.
[756] *Idem*, §. 7.50.
[757] *Ibidem*.
[758] Rapport du groupe spécial, *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs*, WT/DS379/R, 22 octobre 2010, §. 8.135 et 8.142.

En raison de sa technicité particulière, le droit de l'OMC comporte des dispositions spécifiques consacrées aux entreprises d'État et autres monopoles et entreprises privilégiées. De telles dispositions ont été insérées dans les Accords de l'OMC, qu'il s'agisse du GATT de 1994[759] ou de l'Accord sur l'agriculture[760]. La qualification d'entreprise d'État permet de rattacher une telle entité à l'État. Sans prétendre définir la notion d'entreprise d'État, le groupe spécial sur les entreprises commerciales d'État a dégagé certaines caractéristiques permettant de les rattacher à l'État. Il a remarqué qu'elles sont liées aux pouvoirs publics dans des proportions variables[761]. Une entreprise d'État peut ainsi « *faire partie du gouvernement ou être entièrement intégrée d'une autre manière à l'appareil d'État* »[762], ce qui inclut les entreprises qui appartiennent en tout ou partie à l'État[763], ou être organiquement distincte de l'État, mais entretenant avec lui des liens de nature et d'intensité variables qui donnent lieu à leur tour à un contrôle étatique de degré variable , soit parce que les pouvoirs publics l'ont spécialement autorisée ou mandatée pour exercer certaines fonctions[764], soit parce qu'ils la soutiennent dans un but non commercial[765]. C'est ainsi que le groupe spécial a considéré, l'Office coréen de commercialisation des produits de l'élevage comme une entreprise d'État[766]. Il se fonde sur le fait que l'office a été chargé d'administrer les importations de viande de

[759] Ainsi, suivant l'article XVII :1, « *a) chaque partie contractante s'engage à ce que, si elle fonde ou maintient une entreprise d'État, en quelque lieu que ce soit, ou si elle accorde à une entreprise, en droit ou en fait, des privilèges exclusifs ou spéciaux, cette entreprise se conforme, dans ses achats ou ses ventes se traduisant par des importations ou des exportations, aux principes généraux de non-discrimination prescrits par le présent Accord pour les mesures d'ordre législatif ou administratif concernant les importations ou les exportations qui sont effectuées par des commerçants privés ». Voir aussi la note additionnelle aux articles XI, XII, XIII, XIV et VVIII selon laquelle « dans les articles XI, XII, XIII, XIV et XVIII, les expressions 'restrictions à l'importation' ou 'restrictions à l'exportation'' visent également les restrictions appliquées par le moyen de transaction relevant du commerce d'État* » (cité par P. JACOB, *supra* note 494, p.170.)

[760] L'article 4 :2 de l'Accord sur l'agriculture prévoit ainsi que « *les Membres ne maintiendront pas de mesures du type de celles qui ont dû être converties en droits de douane proprement dits », la note de bas de page n° 1 indiquant que ces mesures comprennent « les mesures non tarifaires appliquées par l'intermédiaire d'entreprises commerciales d'État* » (cité par P. JACOB, *supra* note 494, p.170.).

[761] Voir groupe spécial sur les entreprises commerciales d'État, *Note d'information du Secrétariat sur les opérations des entreprises commerciales d'État qui ont trait au commerce international*, G/STR/2, 26 octobre 1995, §. 9.

[762] Idem. §. 94.

[763] *Liste exemplative des relations entre pouvoirs publics et entreprises commerciales d'État et des types d'activités auxquelles se livrent ces entreprises*, G/STR/4, 30 juillet 1999, §. 8.

[764] *Ibidem.*

[765] *Ibidem.*

[766] Voir le rapport du groupe spécial, *Corée – Diverses mesures affectant les importations de viande de bœuf fraiche, réfrigérée et congelée*, WT/S161 et 169/A/R, 11 décembre 2000.

bœuf et bénéficiant à ce titre d'un monopole puis d'un droit exclusif et, dont l'activité était réglementée et supervisée par le ministère de l'Agriculture et des forêts dans le but de stabiliser les prix des produits de l'élevage[767]. De même, la Commission canadienne de blé, chargée d'organiser, dans le cadre du marché interne et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada, et bénéficiant à ce titre d'un monopole et de privilèges, et dont l'activité était globalement supervisée par les pouvoirs publics a été considérée comme une entreprise d'État, donc entrant dans le périmètre de la notion d'État[768]. C'est donc à l'analyse d'un certain nombre de faisceaux d'indices qu'une entité est qualifiée d'entreprise d'État, et de ce fait, une extension de la notion d'État.

Toutefois, si l'opération de rattachement d'une entité quelconque à l'État se suffit de critères fonctionnel et structurel, il n'en est pas ainsi de l'opération d'imputation au sens du droit de l'OMC.

2. La notion d'État au sens de l'opération d'imputation

Une fois qu'une entité est rattachée à l'État à l'aide de critères structurel et fonctionnel prend place l'opération d'imputation. C'est à ce niveau que le droit de l'OMC fait œuvre de *lex specialis*, du moins en apparence[769]. Le droit coutumier de la responsabilité internationale, de même que le droit des investissements internationaux, n'attribue le comportement d'une entité rattachable à l'État que si cette dernière a agi effectivement dans l'exercice des prérogatives de puissance publique. Ce filtre supplémentaire n'est pas pris en compte dans le cadre de l'OMC. Il suffit tout simplement de démontrer que l'entité est rattachée à l'État pour imputer directement son comportement à l'État, sans qu'il soit nécessaire d'établir que ledit comportement a été adopté dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ou à l'instigation de l'État. C'est ainsi qu'en droit de l'OMC, l'ensemble des comportements des entités qualifiées d'entreprises d'État ou encore d'organismes publics est directement imputé à l'État. L'organe d'appel a d'ailleurs admis cette

[767] *Idem*., §§. 14-18et 763-769.
[768] Voir le rapport du groupe spécial, *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, WT/DS276/R, 6 avril 2004, §. 6.39.
[769] P. JACOB, « Les organes de l'État : de deux apparences trompeuses », *supra* note 494.

différence d'approche. En effet, dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs*[770], il a admis que la notion d'organisme public, tel qu'il a été interprété se rapproche de celle d'entité habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique dont il est question à l'article 5 du projet d'articles de la CDI, mais qu'il existe des « différences dans l'approche » dans la mesure où « *le facteur d'imputation conformément aux articles de la CDI est le comportement particulier tandis que les facteurs d'imputation à l'article 1.1 a) 1) de l'ASMC sont à la fois le comportement particulier (lorsque l'entité en cause est un organisme privé) et le type d'entité (lorsqu'il s'agit d'un organisme public)* »[771]. Autrement dit, une fois qu'une entité est qualifiée d'organisme public, donc rattachable à l'État à l'aide de critères structurel et fonctionnel, l'ensemble de ses comportements sont dans l'absolu attribuable à l'État. La même analyse pourrait s'appliquer lorsqu'une entité est qualifiée d'entreprise d'État[772]. Il en résulte ainsi une notion plus souple d'État qu'en droit de la responsabilité internationale et en droit des investissements internationaux.

En revanche, lorsqu'à l'analyse des critères structurels et fonctionnels, une entité n'est pas rattachée à l'État, la logique de l'imputation change. On revient à l'analyse du comportement particulier de l'entité pour voir s'il se rapporte à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Donc, au final, la notion d'État retenue au regard des règles d'imputation dépend du type d'entité en question. La notion d'État est plus souple s'il s'agit d'organisme public ou d'entreprises d'État. Elle est moins souple (rejoignant le droit de la responsabilité internationale et le droit des investissements internationaux) s'il s'agit d'un organisme privé non rattachable à l'État au regard des critères structurel et fonctionnel. Le droit de l'OMC illustre, ainsi, parfaitement la géométrie variable caractéristique de la notion d'État en droit international[773].

En conclusion, l'État interventionniste est au regard des règles de rattachement, celui qui agit par le biais d'entités qu'il contrôle d'un point de vue capitalistique ou organisationnel. Au regard des règles d'imputabilité, c'est toute

---

[770] *Supra note 758.*
[771] *Idem*., §.309.
[772] Voir S.-M. VILLALPANDO, "Attribution of Conduct to the State: how the rules of State responsibility may be applied within the WTO dispute settlement system", *JIEL,* 2005, n° 2, p. 406.
[773] M. FORTEAU, *supra* note 24.

entité qui, dans ses activités économiques, a recours à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Cette apparente simplicité ne doit pas non plus cacher une souplesse variable dans l'appréciation de la notion d'État interventionniste, en fonction des domaines. La dimension interventionniste de la notion matérielle d'État est aussi présente en droit européen, en particulier en droit de l'UE.

Paragraphe 2. L'État interventionniste en droit européen

La dimension interventionniste de la notion d'État présente une importance particulière en droit de l'Union européenne. C'est la dynamique même des traités fondateurs qui justifie une telle particularité. La dimension économique est, en effet, ce pourquoi ou grâce à quoi l'Europe est née. L'identification de l'État dans sa mission interventionniste est ainsi une opération clé aux fins de l'application des normes européennes, notamment, celles relatives aux aides d'État (A) et celles relatives aux marchés publics (B).

A. L'État interventionniste et l'application du droit des aides d'État

La jurisprudence relative aux « aides d'État », dans le cadre de l'article 107 du TFUE, permet à la fois de mesurer la dimension interventionniste que la Cour de Justice reconnaît aux États membres et de cerner le concept d'État et certaines de ses limites en droit de l'UE. L'article 107 du TFUE interdit aux États de fausser le jeu de la libre concurrence par l'octroi d'aides qui favoriseraient certaines entreprises aux dépens d'autres[774]. Aussi bien le contrôle exercé par la Commission et la Cour de Justice a pour but soit de permettre le maintien de l'équilibre en considérant que telle aide étatique est incompatible avec le principe de libre concurrence, soit de rétablir

[774] Selon cet article : « *1. 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* », *supra* note 113.

l'équilibre, donc l'égalité entre entreprises en admettant la compatibilité de telle autre aide avec le Traité[775].

L'application de cette disposition implique une notion extensive d'État, afin de couvrir le plus largement possible les interventions publiques de l'État dans l'économie, quelle qu'en soit la forme juridique. La Cour de Justice a, très tôt, souscrit à une telle interprétation extensive de la notion d'État. L'évolution de la jurisprudence montre que la Cour, par l'utilisation d'un critère fonctionnel ou finaliste, donne une interprétation large de l'aide étatique, tant en ce qui concerne les modalités de l'aide que les autorités « étatiques » distributrices de l'aide. Ceci conduit à limiter les interventions des États membres, mais, par ricochet, à étendre la notion d'État au sens du droit de l'Union. Cette dernière doit, en effet, être entendue dans son sens le plus large possible de pouvoirs publics, ce qui recoupe les autorités publiques centrales comme les collectivités décentralisées à quelque niveau que ce soit, régional, provincial, départemental, local, quel que soit le statut ou la désignation de l'entité[776]. Mieux, l'interprétation donnée par la Cour permet d'englober dans la notion d'État tous les organismes publics ou privés que l'État institue en vue de gérer l'aide »[777], « *tous les organismes financiers ou autres (par ex. entreprise publique) dont les fonds proviennent de ressources de l'État ou sur lesquels les pouvoirs publics exercent une influence dominante* »[778]. L'utilisation du critère fonctionnel permet d'intégrer la mission remplie par un certain nombre d'organismes démembrés, dans la notion d'État au sens du droit de l'Union ; cette mission étant assimilée, indépendamment du statut juridique public ou privé de l'organisme, à une action (en l'espèce, une aide) de l'État[779].

Ce faisant, au sens du droit des aides d'État, la notion d'État englobe les organismes indépendants placés sous le contrôle des pouvoirs publics et ceux

[775] M. HECQUARD-THERON, « la notion d'Etat en droit communautaire », *supra note*, 69, p. 704.
[776] CJCE, 14 novembre 1984, aff. 323/82, *Intermills c/ Commission*, *Rec. CJCE*, 1984 p. 3809; CJCE, 14 octobre 1987, Aff. 248/84, *Allemagne c/ Commission*, *Rec. CJCE*, 1987, p. 4013.
[777] CJCE, 30 janvier 1985, *Commission c/ Rép. française*, Aff. C-290/83, *Rec. CJCE*, 1985, p. 439. Il s'agissait en l'espèce de « l'allocation de solidarité » aux agriculteurs financés par les excédents de gestion de la Caisse nationale de crédit agricole.
[778] M. HEQUARD-THERON, « la concept d'État en droit communautaire », *supra note* 69, p. 704.
[779] *Ibidem.*

institués par l'État pour accomplir une mission d'intérêt général[780]. C'est du moins ce qui résulte de la position de la Cour lorsqu'elle rappelle que *« l'article 92 [CEE] englobe l'ensemble des aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que l'aide est accordée directement par l'État ou par des organismes publics ou privés qu'il institue ou désigne pour gérer l'aide* »[781].

Il est ainsi bien établi que la qualification d'aide d'État fait appel à l'opération normative d'imputation. Pour être étatique, il faut que l'aide soit imputable à l'État[782]. Il se pose ainsi, la question de la définition de l'État au sens de cette opération normative d'imputation, tout comme, on l'a vu dans certaines branches du droit international. La Cour de Justice, à travers l'application de l'article 107 TFUE, a développé une conception particulière de l'imputation, et logiquement de la notion d'État. Alors qu'à un moment donné, une interprétation souple de la notion extensive d'État a pu prévaloir au regard de l'opération d'imputation d'une mesure d'aide à l'État (1), la jurisprudence *Stardust* a permis de revenir à une perception plus pragmatique de l'imputabilité et donc de la notion d'État (2).

1. D'une analyse souple de la notion extensive d'État

L'extension de la notion d'État à des entités qui en sont formellement distinctes, au sens de l'application de l'article 107 du TFUE, est consécutive à l'opération d'imputation. Une aide versée par un organisme indépendant est qualifiée d'aide d'État lorsqu'elle est imputable à l'État. À un moment donné, le juge de l'Union a retenu une interprétation très souple, voire même libérale de l'imputation, traduisant par là même, une notion souple d'État. Une telle souplesse a été poussée à son terme lorsque le TPICE a retenu une approche purement statutaire de l'imputation. Dans son arrêt remarqué du 12 décembre 1996, le Tribunal de première instance s'est contenté de constater que l'entreprise ayant accordé l'aide appartenait

[780] F. BERROD, « Aides (notion) », *Répertoire de droit européen*, *Dalloz*, janvier 2008 (mise à jour avril 2015).
[781] CJCE, 22 mars 1977, *Steinike*, Aff. C-78/76.
[782] Le terme "imputabilité" a été utilisé pour la première fois dans l'arrêt du 2 février 1988 *"Van der Kooy",* Aff. C-67/85, 68/85 et 70/85, *Rec. CJCE*, 1988, p. 219.

au secteur public pour imputer l'aide à l'État[783]. Le Tribunal de première instance s'est donc concentré sur le caractère public ou privé de l'entité en cause et n'a pas examiné si celle-ci avait pris ses décisions, au cas particulier ou même en général, sous l'influence déterminante des pouvoirs publics. Le caractère public d'un organisme serait ainsi un critère suffisant pour imputer à l'État toute aide qu'un tel organisme octroie. Ce faisant, tout organisme appartenant au secteur public serait dans l'absolu une composante organique de la notion d'État, au regard des règles d'imputation. Une telle solution paraît rejoindre la notion extensive d'État que développe la Cour de Justice en matière d'opposabilité des directives[784]. Mais elle a été très tôt décriée par la doctrine qui a fait remarquer qu'une vision organique extensive de la notion d'État ne saurait répondre efficacement aux exigences des dispositions du traité en matière d'aides d'État[785]. En effet, inclure les organismes publics dans la notion d'État du seul fait de leur appartenance au secteur public pourrait conduire à une discrimination, par exemple, entre entreprises publiques et entreprises privées, aux fins de l'application des règles du traité relatives à la libre concurrence. Dès lors, une telle notion d'État développée dans le contentieux de l'opposabilité des directives ne saurait être accueillie en matière d'aides d'État[786]. C'est ce que soutient l'avocat général dans l'affaire Stardust lorsqu'il déclare que :

> *« Il est vrai que la Cour a fait à d'autres fins une interprétation large de la notion d'État. Par exemple, lorsque la question est de savoir si une directive a un effet direct et peut être invoquée à l'encontre d'un État, l'« État » est interprété de manière très large, et toutes les autorités publiques, même les entreprises publiques, peuvent être considérées comme relevant de cette notion. Mais cette*

[783] TPICE, 12 décembre 1996, *Air France c/ Commission*, Aff. T-358/94 ; on peut lire aux points 58 à 62 de l'arrêt que « *le Tribunal a constaté que la mesure qui avait été formellement mise en œuvre par une société anonyme de droit privé l'avait été en réalité «sur l'impulsion déterminante de son actionnaire majoritaire», la Caisse des dépôts et consignations. La Caisse avait elle-même été instituée par la loi, elle était placée sous la surveillance et la garantie de l'autorité législative, elle avait pour mission l'administration de fonds publics et privés constitués par des dépôts obligatoires, elle était régie par des dispositions légales et réglementaires et son directeur général ainsi que ses autres dirigeants étaient nommés par le président de la République et le gouvernement français. Ces éléments suffisaient pour justifier que la Caisse soit considérée comme relevant «du secteur public» et la Commission pouvait à juste titre qualifier la Caisse "d'établissement appartenant au secteur public, dont le comportement est imputable à l'État". Le caractère public de la Caisse n'était pas contredit par les arguments tirés de l'autonomie juridique de la Caisse vis-à-vis des autorités politiques étatiques* ».

[784] « *Une directive est opposable à l'État quel que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, autorité publique ou employeur* », arrêt *Marshall*, *supra* note 548.

[785] Voir L. GRARD, *supra* note 505.

[786] Voir les conclusions de l'avocat général dans *l'affaire Stardust*, *supra* note 93, p. I-4417, §. 56.

approche ne peut être automatiquement transposée aux dispositions du traité en matière d'aides d'État ».[787]

Un autre mouvement jurisprudentiel a retenu une approche structurelle de l'imputation. Le juge vérifie d'abord le rattachement de l'entité à l'État par une analyse de liens de contrôle entre l'entité distributrice de l'aide et les pouvoirs publics. Une fois l'entité rattachée à l'État, il en déduit une imputation des mesures d'aide qu'elle adopte à l'État. C'est ce qu'il fait dans l'arrêt du 2 février 1988 *"Van der Kooy"*[788]. Dans cet arrêt, la Cour a constaté, dans un premier temps, que l'État détenait 50 % des actions et nommait la moitié des membres du conseil des commissaires de l'organisme en cause (Gasunie). Ensuite, elle fait remarquer que le gouvernement néerlandais disposait du pouvoir d'approbation des tarifs appliqués par l'entreprise et qu'il pouvait donc faire obstacle à un tarif qui ne lui conviendrait pas. Enfin, qu'à deux reprises le gouvernement néerlandais avait exercé avec succès son influence sur l'entreprise pour obtenir une modification des tarifs de celle-ci. Ces éléments, considérés dans leur ensemble, démontraient que dans le domaine de la fixation des tarifs du gaz, l'entreprise en cause ne disposait nullement d'une pleine autonomie, mais agissait «*sous le contrôle et les directives*» des pouvoirs publics. Il était établi que l'entreprise en cause ne pouvait pas fixer ce tarif «sans tenir compte des exigences des pouvoirs publics»[789]. Cette démarche a été confirmée dans deux affaires italiennes dans lesquelles des holdings publics ont agi manifestement pour le compte de l'État italien à qui il convient d'imputer les comportements en cause. Dans ces deux affaires, la Cour a constaté que les membres de leurs conseils et comités de gestion étaient nommés par décret et qu'ils ne disposaient pas d'une autonomie pleine et entière, puisqu'ils devaient tenir compte des directives émanant du comité interministériel pour la programmation économique. Ces éléments, «considérés dans leur ensemble», démontraient que l'ENI et l'IRI agissaient sous le contrôle de l'État italien.

On note dans ce mouvement jurisprudentiel que le critère mis en avant pour identifier une manifestation de la notion d'État est celui du contrôle. Mais il convient de relever qu'il ne s'agit pas du contrôle effectif du comportement particulier ou de la

---

[787] *Supra* note 97.
[788] CJCE, 2 février 1988 *Van der Kooy, Supra* note 782.
[789] *Ibidem.*

mesure particulière, faisant l'objet du litige, mais un contrôle d'ensemble des pouvoirs publics sur l'entité auteur du comportement ou de la mesure litigieuse. En effet, dans l'arrêt « *Van der Kooy* », la Cour a déduit des circonstances, considérées dans leur ensemble, que les mesures en cause avaient été le résultat de l'implication de l'État. Dans les deux affaires italiennes, la Cour a simplement constaté que l'ENI et l'IRI opéraient de manière générale sous le contrôle de l'État. Une telle démarche rappelle celle connue dans l'opération de rattachement d'une entité à l'État qui est distincte de l'opération d'imputation d'un comportement particulier d'une entité à l'État. Il en résulte une conception de l'imputation plus souple que celle connue en droit de la responsabilité internationale telle que codifiée par la CDI et encore plus souple que celle développée dans la jurisprudence CIRDI. Un tel écart sera, toutefois, revu par la Cour qui retient une conception plus pragmatique de l'imputation dans sa jurisprudence *Stardust.*

2. À une analyse plus pragmatique de la notion extensive d'État

Dans son arrêt du 16 mai 2002, dit *l'affaire Stardust*[790], la Cour a réorienté sa conception de l'imputation d'une mesure d'aide à l'État, adoptant par là même une notion plus pragmatique d'État, aux fins de l'application de l'article 107 du TFUE. En effet, même si l'État est en mesure de contrôler une entreprise publique et d'exercer une influence dominante sur les opérations de celle-ci, l'exercice effectif de ce contrôle dans un cas concret ne saurait être automatiquement présumé. Il est ainsi nécessaire d'examiner si les autorités publiques doivent être considérées comme ayant été impliquées, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de la mesure[791]. À cet égard,

> « *l'imputation à l'État d'une mesure d'aide prise par une entreprise publique ou un organisme quelconque, peut être déduite d'un ensemble d'indices tels que, notamment, son intégration dans les structures de l'administration publique, la nature de ses activités et l'exercice de celles-ci sur le marché dans des conditions normales de concurrence avec des opérateurs privés, le statut juridique de*

[790] CJCE, 16 mai 2002*, France c/ Commission (arrêt dit "Stardust"),* Aff. C-482/1999*, supra* note 92.
[791] Voir L. GRARD, *supra note 505.*

l'entreprise, celle-ci relevant du droit public ou du droit commun des sociétés, l'intensité de la tutelle exercée par les autorités publiques sur la gestion de l'entreprise ou tout autre indice indiquant, dans le cas concret, une implication des autorités publiques ou l'improbabilité d'une absence d'implication dans l'adoption d'une mesure, eu égard également à l'ampleur de celle-ci, à son contenu ou aux conditions qu'elle comporte »[792].

Cette technique du « faisceau d'indices » permet de mesurer l'implication de l'État dans l'adoption de la mesure d'aide pour en déduire l'imputation. Il en résulte qu'est étatique toute mesure d'aide prise par une entité quelconque dans laquelle l'implication des autorités publiques est prouvée. Toutefois, la Cour ne pousse pas jusqu'au bout sa logique de l'analyse concrète de l'implication étatique. Elle note, en effet, qu'il ne saurait être exigé qu'il soit démontré, sur le fondement d'une instruction précise, que les autorités publiques ont incité concrètement l'entreprise publique à prendre les mesures d'aide en cause. En effet, d'une part, eu égard au fait que les relations entre l'État et les entreprises publiques sont étroites, il existe un risque réel que des aides d'État soient octroyées par l'intermédiaire de celles-ci de façon peu transparente et en méconnaissance du régime des aides d'État prévu par le traité. D'autre part, en règle générale, il sera très difficile pour un tiers, précisément à cause des relations privilégiées existant entre l'État et une entreprise publique, de démontrer dans un cas concret que des mesures d'aide prises par une telle entreprise ont effectivement été adoptées sur instruction des autorités publiques. Pour ces raisons, l'imputation à l'État d'une mesure d'aide prise par une entreprise publique peut être déduite d'un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue. Cette jurisprudence a pour finalité d'éviter que les États se soustraient à l'application de l'article 107 du TFUE en créant des institutions autonomes chargées d'allouer les aides et ainsi garantir l'effet utile de la disposition[793]. À cet égard, la seule circonstance qu'une entreprise publique a été constituée sous la forme d'une société de capitaux de droit commun ne saurait, eu égard à l'autonomie que cette forme juridique est susceptible de lui conférer, être considérée comme suffisante pour exclure qu'une mesure d'aide prise par une telle société soit imputable à l'État. En effet, l'existence d'une situation

[792] *Idem*, point 56; voir aussi TPICE, 26 juin 2008, *SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA c/ Comm. CE,* Aff. T-442/03, *Rec. C.J.C.E.,* 2008, II, p. 1161.
[793] TPICE, 11 février 2009, *IRride SPA*, Aff.T-25/07.

de contrôle et les possibilités réelles d'exercice d'une influence dominante qu'elle comporte en pratique empêchent d'exclure d'emblée toute imputation à l'État d'une mesure prise par une telle société et, par voie de conséquence, le risque d'un contournement des règles du traité relatives aux aides d'État, nonobstant la pertinence en tant que telle de la forme juridique de l'entreprise publique comme indice, parmi d'autres, permettant d'établir dans un cas concret l'implication ou non de l'État. Récemment, dans un arrêt du 17 septembre 2014, la Cour a précisé le critère de l'implication directe ou indirecte de l'État[794]. Il s'agissait d'une affaire pour le moins atypique[795], dans la mesure où étaient en cause des actes, semble-t-il de corruption, à l'occasion de ventes de matériel militaire à Taïwan. Après avoir rappelé les principes de la jurisprudence *Stardust*, la Cour note qu'en l'espèce, l'existence de liens organiques entre la ville de Rotterdam et l'entreprise portuaire tend à établir, en principe, une implication des autorités publiques et le seul fait que l'administrateur de l'entreprise publique a agi de manière irrégulière est insuffisant pour écarter l'imputation. Toutefois, le fait que l'administrateur ait agi de manière secrète et que l'autorité publique se serait opposée à l'octroi des garanties si elle en avait été informée, peut être nature à exclure une telle imputation, même si elles ne sont pas suffisantes à elles seules. Il appartient au final au juge national de procéder à la pesée de tous les éléments[796].

Cette réorientation de l'imputation opérée par la Cour ne répond nullement à un souci de rester cohérent avec les règles d'imputation du droit coutumier de la responsabilité. D'ailleurs, elle s'en écarte toujours. Alors qu'en droit de la responsabilité, la notion d'État est étendue à toute entité qui exerce effectivement, dans un cas concret, des prérogatives de puissance publique, le droit des aides d'État développe une notion d'État étendue à toute entité dont les mesures attestent une implication des pouvoirs publics. La position de la Cour est aussi différente de

[794] CJUE, 2e ch., 17 septembre 2014, *Commerz Nederland contre Havenbedriff Rotterdam*, Aff. C-242/13.

[795] D'après l'avocat général Wathelet dans ses conclusions, présentées le 8 mai 2014. (Disponible sur http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=151975&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=447492).

[796] Voir l'analyse de L. IDOT, « notion d'aide et imputabilité des garanties à l'État », *Revue Europe*, n° 11, novembre 2014, pp. 40-41 ; voir aussi E. BROUSSY, « entreprise publique-imputabilité à l'État de l'octroi d'une aide », *AJDA*, 2014, n°40, pp. 2302-2303.

celle développée en droit de l'OMC qui se suffit d'une approche organique de l'imputation.

Finalement, le droit des aides d'État développe une conception intermédiaire de l'imputation et du coup de la notion d'État : plus souple qu'en droit de la responsabilité internationale et moins souple qu'en droit de l'OMC. La démarche est inspirée par des préoccupations propres à la matière des aides d'État, ce qui fait qu'elle n'est superposable ni en droit international, ni même dans d'autres matières du droit de l'Union (par exemple l'opposabilité des directives, le contentieux des manquements, de la responsabilité ou de l'annulation). La démarche est donc fonctionnelle, et en tant que telle, elle laisse la voie ouverte à d'éventuels aménagements des critères d'imputation, donc de la notion d'État[797]. Il convient par ailleurs de l'analyser sous l'angle du droit des marchés publics.

B. L'État interventionniste en droit des marchés publics

La directive 2014/24/UE définit les marchés publics comme des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services. Cette définition met avant tout l'accent sur la qualité des parties : opérateurs économiques et pouvoirs adjudicateurs. La notion de pouvoir adjudicateur renvoie à la notion d'État aux fins du droit des marchés publics. Selon l'article 2 (1) (1) de la directive, « *on entend par pouvoirs adjudicateurs, l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou une ou plusieurs de ces organismes de droit public »*[798].

Dans ce domaine aussi, comme en droit des aides d'État ou en matière d'opposabilité des directives, la notion d'État est interprétée de façon large. Le but d'une définition générale de la notion de pouvoir adjudicateur, donc d'État, est précisément d'imposer l'obligation de procéder par adjudication à un maximum

[797] M. FORTEAU, « la notion d'État en droit international : une figure à géométrie variable », *supra,* note 24, p. 766.
[798] *Supra* note 384.

d'organismes qui font partie en réalité du secteur public. Ainsi, la notion inclut les pouvoirs publics, au sens d'autorités ayant ce statut d'après le droit interne, c'est-à-dire, les autorités centrales exerçant les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire et les collectivités territoriales. La notion d'État englobe également tous les organismes qui, quoique disposant d'une certaine autonomie, relèvent, par leurs fonctions, leur composition ou l'origine de leur financement, de l'entité étatique[799]. Une telle définition extensive de l'État répond à une logique fonctionnelle[800] et non conceptuelle. En effet, la notion d'État est interprétée à la lumière des objectifs poursuivis par la réglementation européenne en matière de marchés publics[801], c'est-à-dire, principalement, la suppression des entraves à la libre circulation des services et des marchandises, et la protection des intérêts des opérateurs économiques établis dans un État membre et désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre[802]. D'une façon générale, l'objectif de la réglementation européenne est d'exclure le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de la passation des marchés[803]. Au regard de ce double objectif d'ouverture et de transparence, la notion d'État doit être comprise dans un sens large. C'est pourquoi la Cour de Luxembourg confère à la notion d'État la portée la plus étendue, en interprétant chaque critère afin de soumettre le plus d'entités possible à la réglementation en matière de marchés publics.

L'extension de la notion d'État à des entités autonomes dotées d'une personnalité juridique propre se fait, ici, par le biais de la notion d'organisme de droit public. La qualification d'organisme de droit public permet de rattacher une entité quelconque à l'État. Toute entité, quelle que soit sa forme juridique, relève de la notion d'État lorsqu'elle remplit les critères d'un organisme de droit public et devient ainsi un pouvoir adjudicateur au sens de la directive. Ce n'est donc pas la même

[799] CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes c/ État des Pays-Bas*, Aff. C-31/87, *Rec. CJCE*, 1988, p. I-4635, point 12.

[800] CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV*, Aff. C-360/96, *Rec. CJCE,* 1998, p. I. 6821, point 62.

[801] CJCE, 15 mai 2003, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-214/00, *Rec. CJCE*, 2003, p. I. 4667, point 76 ; CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, Aff. C-373/00, *Rec. CJCE*, 2003, p. I-1931, point 40.

[802] C.J.C.E, 27 février 2003, *Adolf Truley*, *supra* note 801, point 41; C.J.C.E, 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.,* Aff. C-470/99, *Rec. CJCE*, 2002, p. I-11617, point 51.

[803] C.J.C.E, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, Aff. C-380/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. I-8035, point 16 ; C.J.C.E, 1er février 2001, *Commission c/ France*, Aff. C-237/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, I. 939, point 14.

logique que l'opération d'imputation. En effet, en droit des marchés publics, il ne s'agit pas d'imputation d'un comportement ou d'une mesure à l'État (comme en matière de responsabilité ou d'aides d'État), mais, plutôt, la recherche de la nature étatique d'une entité, quelle que soit sa forme juridique. On revient donc, ici, à l'opération de rattachement. À cet effet, le législateur européen retient une conception extensive de la notion d'organisme de droit public considéré comme démembrement fonctionnel de l'État. À la différence des autres branches du droit européen où la définition de l'organisme de droit public est jurisprudentielle (aides d'État, opposabilité des directives, contentieux de la responsabilité, des manquements…), le législateur européen a défini, lui-même, la notion d'organisme de droit public[804]. Toute entité est organisme de droit public (donc, pouvoir adjudicateur) lorsqu'elle remplit trois critères. Tout d'abord, elle doit être créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général, en ayant un caractère autre qu'industriel et commercial. Ensuite, elle doit être dotée de la personnalité juridique. Enfin, elle doit être contrôlée soit par les pouvoirs publics, soit par un ou plusieurs autres organismes de droit public. Ces trois critères sont cumulatifs[805]. Cette définition fait ressortir deux critères principaux de rattachement d'une entité à l'État : fonctionnel (1) et structurel (2).

1. Le critère fonctionnel de rattachement

Le législateur européen montre bien qu'il milite en faveur d'une conception fonctionnelle et extensive de l'organisme de droit public, en faisant abstraction de la forme juridique de l'entité. Ainsi, même un organisme ayant un statut de droit privé,

[804] La notion a été introduite dans la directive à l'initiative du Parlement européen ; voir Proposition de modification n° 4, Rapport du comité économie, monnaie et politique industrielle, documents de séance du Parlement européen, 1988-89, document A 2 - 37/88, p. 6, ainsi que les motifs, p. 31. Voir en revanche la proposition de la Commission de modification de la directive du Conseil 71/305/CEE, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [COM(86)679, final] du 23 décembre 1986, dans laquelle la Commission suggérait la notion de «personne juridique».

[805] Sur le caractère cumulatif des critères, voir CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*, Aff. C-44/96, *Rec. CJCE,* 1998, p. I-73, point 21; C.J.C.E., 10 novembre 1998, *BFI Holding*, *supra* note 800 ; CJCE, 10 mai 2001, *Agorà et Excelsior*, Aff. Jtes, C-223/99 et C-260/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-3605, point 26; CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e*.a., aff. C-337/06, *Rec.CJCE*, I- 11215point 48 ; CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, Aff. C-393/06, *Rec. CJCE*, 2008, p. I-2339, point 36.

peut être qualifié d'organisme de droit public, donc rattachable à l'État et soumis aux règles de passation de marchés publics, au regard de sa mission d'intérêt général[806]. Concrètement, le juge doit vérifier, au cas par cas, d'une part, si l'activité de l'organisme est bien orientée vers la satisfaction de l'intérêt général et, d'autre part, si elle est exercée dans des conditions autres qu'industrielle et commerciale.

La première difficulté qui a été soulevée devant la Cour a été même le référentiel d'interprétation de la notion de « besoin d'intérêt général ». La notion relève-t-elle en soi du droit de l'Union ou doit-elle renvoyer aux qualifications nationales ? Telle était une des branches de la question préjudicielle soulevée dans l'affaire *Adolph Truley*[807]. Fidèle à sa ligne jurisprudentielle et recherchant l'effet utile des dispositions de la directive en matière de marchés publics, le juge de l'Union considère la notion de « besoin d'intérêt général » comme une « *notion autonome du droit de l'Union* »[808]. Ainsi, les besoins d'intérêt général sont, selon la Cour, ceux qui, *« d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché et que, d'autre part, l'État choisit de les satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* »[809]. La Cour étudie donc, au cas par cas, si les activités en cause relèvent de cette définition. C'est ainsi, qu'elle a jugé que l'impression de documents officiels tels que passeports, permis de conduire et cartes d'identité[810], l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères[811], l'entretien des forêts nationales et le soutien de

---

[806] CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesman Anlagenbau, supra note 805*; CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding*, *supra* note 800, point 63 ; CJCE, 15 mai 2003, *Commission c/ Espagne*, *supra* note 801 ; CJCE, 13 janvier 2005, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-84/03, *Rec. CJCE,* 2005, p. I-139.

[807] *Supra* note 801.

[808] *Idem*, §. 45. L'avocat général notait dans ses conclusions qu' « *une acception purement communautaire est souhaitable non seulement à cause de l'autonomie du droit communautaire, mais aussi pour des motifs d'application uniforme de celui-ci. L'unité de l'ordre juridique communautaire serait menacée si la notion de «besoins d'intérêt général*» faisait l'objet d'interprétations différentes selon les États membres. Il n'est pas concevable qu'une même activité soit considérée comme d'intérêt général dans un État membre mais pas dans un autre État membre. En effet, dans ce cas, un organisme situé dans un État membre pourrait être tenu de procéder par adjudication alors qu'un organisme situé dans un autre État membre, chargé de la même mission, ne le serait pas. Des distorsions de concurrence pourraient s'ensuivre, ce qui irait précisément à l'encontre du but poursuivi par la directive, qui est de créer une concurrence dans le domaine des marchés publics » (§. 42 des conclusions, *Rec.*, p. I-1948).

[809] CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, *supra* note 801, pt. 50; voir aussi, CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding*, Aff. C-360/96, *supra*, note 800, pt. 50 et 51 ; CJCE, 10 mai 2001, *Agora et Excelsior*, *supra note 805, Rec. C.J.C.E., 1999*, point 37.

[810] CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a*, *supra* note 805, point 24.

[811] CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding*, *supra* note 800, point 52.

l'industrie forestière[812] , la gestion d'une université[813] , la gestion de réseaux publics de télécommunications[814] , l'activité des «Offices d'aménagement et de construction» et d'une «Société anonyme d'habitations à loyer modéré», qui gèrent la construction de logements sociaux[815] , l'organisation de foires et d'expositions[816] et les activités mortuaires et de pompes funèbres [817] constituent des activités répondant effectivement à un besoin d'intérêt général. En outre, il résulte d'une jurisprudence constante que la qualité d'organisme de droit public ne dépend pas de l'importance relative de la satisfaction des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme concerné [818] . La circonstance que l'activité d'intérêt général ne représente qu'une part négligeable de l'activité de l'entreprise ne saurait à elle seule suffire à considérer que celle-ci ne répond pas à un besoin d'intérêt général[819].

Quant au caractère autre qu'industriel et commercial, il peut être déduit à partir de l'environnement concurrentiel ou non sur lequel s'exerce l'activité, et à partir de considérations juridiques et factuelles pouvant guider l'activité en question. Le fait qu'une activité d'intérêt général s'exerce dans un environnement concurrentiel peut, en effet, être considéré comme un indice que l'activité soit effectivement à caractère industriel ou commercial, mais n'est pas un indice suffisant[820]. Il convient, en outre, de prendre en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce son activité[821]. Si l'organisme opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, il est peu probable que les besoins qu'il vise à satisfaire soient d'une nature autre qu'industrielle ou commerciale. En revanche, s'il a bénéficié

---

[812] CJCE, du 17 décembre 1998, *Commission/Irlande*, Aff. C-353/96, *Rec. CJCE*, 1998, p. I-8565, point 37 et *Connemara Machine Turf* C-306/97, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-8761, point 32.
[813] CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, *supra* note 803, point 19.
[814] CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, Aff. C-324/98, *Rec. CJCE*, 2000, p. I-10745, points 35 à 37.
[815] CJCE, 1er février 2001, *Commission/France*, Aff. C -237/99, *Rec. CJCE,* p. I-961.
[816] CJCE, 10 mai 2001, *Agorà et Excelsior, supra* note 805, point 33.
[817] CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, *supra* note 801.
[818] CJCE, 15 janvier 1998*, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., supra* note 805 *,* points *25, 26 et 31 ;* CJCE,10 novembre 1998, *BFI Holding BV, supra* note 800 *,* points 55 et 56 ; CJCE, 27 février 2003*, Adolf Truley, supra* note 801*,* point 56.
[819] CJCE, 22 mai 2003, *Riitta Korhonen,* aff. C-18/01, *Rec. CJCE*, p. I-5321, point 57.
[820] CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV, supra,* note 800.
[821] CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley, supra note* 801*, point 66.*

d'un financement public pour la réalisation de son projet, le juge pourra considérer qu'il répond à un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. C'est ainsi qu' une entité chargée de l'organisation de foires, expositions et autres initiatives semblables, opérant dans un environnement concurrentiel, n'ayant pas de but lucratif, mais dont la gestion repose sur des critères de rendement, d'efficacité ainsi que de rentabilité, ne sera pas considérée comme un organisme de droit public[822]. En revanche, si la société Taitotalo présente, sur le plan juridique, peu de différences avec les sociétés anonymes détenues par des opérateurs privés, la collectivité territoriale à laquelle elle appartient permettra rarement que l'entreprise soit déclarée en faillite en procédant, le cas échéant, à une recapitalisation de la société afin qu'elle puisse continuer à assumer sa mission d'amélioration des conditions générales d'exercice de l'activité économique dans la collectivité territoriale concernée. Même s'il n'est pas exclu que les activités de la société engendrent des bénéfices, la recherche de tels bénéfices ne peut, en aucun cas, constituer l'objectif principal de la société, qui vise à promouvoir prioritairement l'intérêt général des habitants de la collectivité territoriale concernée. Au regard de ces indices juridiques et factuels, la Cour conclut qu' une société créée et détenue par une collectivité territoriale, dont l'objectif est de créer des conditions favorables au développement des entreprises privées, mais qui bénéficie de la part de la collectivité d'une garantie de recapitalisation, ne supporte pas le risque financier lié à son activité, doit être qualifiée d'organisme de droit public et être soumise au respect de la réglementation en matière de marchés publics[823].

2. Le critère structurel de rattachement

Du point de vue structurel, le critère de la personnalité juridique ne pose pas de problème particulier dans la mesure où elle est facile à établir. Le dernier critère qui est celui du contrôle étatique conserve toute son importance, notamment dans a jurisprudence de la Cour. L'entité doit être « contrôlée » soit par les pouvoirs publics, soit par un ou plusieurs autres organismes de droit public. Ce contrôle sur l'entité peut s'exercer de trois manières alternatives. Il suffit que l'une d'elles soit avérée

[822] CJCE, 10 mai 2001, *Agorà et Excelsior, supra*, note 805.
[823] CJCE, 22 mai 2003, *Korhonen E.A.*, *supra* note 819.

pour que le critère de dépendance soit satisfait. Il doit s'agir, soit d'un contrôle financier, soit d'un contrôle sur la gestion, soit d'un contrôle administratif. Chacun d'eux doit refléter l'étroite dépendance de l'organisme vis-à-vis de l'État[824].

Le contrôle financier renvoie à l'existence d'une part majoritaire de financement public dans l'assiette globale de l'organisme. À cet effet, le juge procède à une analyse détaillée des ressources de l'entité concernée pour vérifier si les financements publics sont majoritaires ou non. Le financement majoritaire est interprété par la Cour comme étant constitué de plus de la moitié des ressources de l'organisme[825]. Toutefois, le critère du financement majoritaire n'a pas une portée absolue. Il convient également de prendre en compte le mode de financement. En effet, tout versement au profit d'une entité, par un pouvoir adjudicateur, ne traduit pas nécessairement un lien de dépendance étroit. La qualification de financement public est réservée aux seuls versements sans contrepartie spécifique. Le juge vérifie notamment que les ressources provenant des pouvoirs publics ne correspondent pas à des rémunérations qui constitueraient la contrepartie de prestations de services. C'est ainsi que, dans l'affaire *University of Cambridge*[826], le juge a estimé que ne constituent pas des financements publics d'une université au sens de la directive « services », les versements effectués par des pouvoirs adjudicateurs en contrepartie de travaux de recherches, d'expertises ou d'organisation de conférences[827]. Par ailleurs, il n'est pas exigé que le financement soit nécessairement direct. Le critère relatif au financement majoritaire par les pouvoirs publics englobe également un mode de financement indirect. Mais, le financement indirect n'est considéré comme financement public que s'il est révélateur d'un lien de dépendance étroit entre les pouvoirs publics et l'organisme en question, à l'aune d'un faisceau d'indices concordant. Cette « question délicate »[828] a été soulevée dans un certain nombre d'affaires récentes. Dans l'affaire *Bayerischer Rundfunk e.a.*[829], la Cour était interrogée sur le point de savoir si les organismes publics de radiodiffusion en

[824] CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, *supra*, note 803, point 20 ; CJCE, 1er février 2001, *Commission c/ France*, *supra note* 803, point 44 ; CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, *supra note* 801, point 67.
[825] CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, *supra note* 803.
[826] *Ibidem.*
[827] *Idem*, point 21.
[828] De l'avis de l'avocat général Paolo Mengozzi dans ses conclusions présentées le 30 janvier 2013, dans l'affaire C-526/11, point 40.
[829] CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e*.a. *supra* note 805.

Allemagne constituaient des pouvoirs adjudicateurs, alors que leur activité était majoritairement financée par des redevances télévisuelles auxquelles les particuliers qui détenaient un appareil récepteur étaient assujettis. En l'espèce, les pouvoirs publics accordaient à l'organisme en question le droit de percevoir lui-même la redevance. Néanmoins, la Cour se fonde sur le fait que le financement trouvait sa genèse dans un acte de l'État, était garanti par l'État et était assuré par un mode d'imposition et de perception qui relevait de prérogatives de puissance publique pour conclure qu'il s'agit d'un financement public indirect, permettant ainsi de rattacher l'organisme à l'État allemand[830]. Dans l'affaire *Hans et Christophorus Oymanns*[831], la juridiction nationale demandait en substance, si, eu égard à leur mode de financement, les caisses publiques d'assurance maladie pouvaient être considérées comme étant financées majoritairement par l'État au sens de l'article 1er, paragraphe 9, deuxième alinéa, sous c), de l'ancienne directive 2004/18[832]. À cet effet, la Cour note que le financement des caisses publiques d'assurance maladie était assuré dans sa large majorité par les cotisations obligatoires des assurés. De telles cotisations trouvaient leur origine dans un acte législatif, donc acte de l'État[833]. Ensuite, bien que, le taux des cotisations était fixé par les caisses elles-mêmes, la Cour retient que ces dernières avaient une marge d'appréciation extrêmement réduite à cet égard dans la mesure où elles avaient pour mission d'assurer les prestations prévues par la réglementation en matière de sécurité sociale[834]. Mieux, la fixation d'un tel taux nécessitait, en tout état de cause, l'autorisation de l'autorité de tutelle de sorte que ce taux était dans une certaine mesure juridiquement imposé[835]. Enfin, pour ce qui est de la perception des cotisations et de leur recouvrement, la Cour a relevé que la première se faisait sans aucune possibilité d'intervention de l'assuré, tandis que la seconde était aussi effectuée de manière contraignante sur la base de dispositions de droit public[836]. Sur la base de ces considérations, la Cour conclut que les caisses publiques d'assurance maladie étaient, quoiqu'indirectement,

---

[830] *Idem,* point 74.
[831] CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns,* aff. C-300/07, *Rec. CJCE,* 2009, p. I-04779.
[832] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.
[833] *Idem*, points 52 et 53.
[834] *Idem*, point 54.
[835] *Idem*, point 55.
[836] *Idem,* point 56.

pour l'essentiel, majoritairement financées par les pouvoirs publics, et donc, relevaient de la notion d'État au sens de la « directive marché public ». En revanche, dans une affaire récente du 12 septembre 2013[837], la Cour a soulevé que l'absence de marge d'appréciation de l'organisme faisait échec à l'établissement d'un financement indirect. En l'espèce, la loi habilitait à l'ordre des médecins de percevoir des cotisations, sans pour autant en déterminer le montant exact, ni l'affectation. La Cour soulève, au regard de cela, que la loi laisse à l'ordre des médecins une certaine marge d'appréciation qui traduit son autonomie par rapport aux pouvoirs publics. Ainsi, le juge soutient que le critère du financement n'est pas rempli si c'est l'organisme en question qui en fixe les modalités, même sous contrôle de l'autorité publique. *In fine*, les indices, sur lesquels se fonde la Cour pour déterminer l'existence d'un financement public indirect, reposent essentiellement sur l'origine publique et contraignante de la ressource en question, le caractère autoritaire de son prélèvement auprès des assujettis et de ses modalités de fixation, ainsi que, le cas échéant, l'étendue et l'intensité du contrôle opéré sur ces dernières par les autorités publiques de tutelle et, enfin, les prérogatives de puissance publique accordées aux organismes en cause pour assurer le recouvrement de cette ressource[838].

Le contrôle sur la gestion est celui qui permet aux pouvoirs publics d'influencer les décisions de l'organisme concerné, notamment en ce qui concerne l'attribution des marchés. Il doit révéler une dépendance étroite entre l'organisme et les pouvoirs publics, afin d'attirer ledit organisme dans l'orbite étatique. La Cour a apporté quelques précisions sur l'interprétation de ce critère. En effet, selon la Cour, l'appréciation de contrôle de la gestion de l'organisme par les pouvoirs publics s'effectue *in concreto*. Tel est le cas lorsque le pouvoir adjudicateur est l'actionnaire majoritaire de l'entité en cause, lorsqu'il a le pouvoir de s'immiscer dans la direction par le biais d'instructions ou d'ordres écrits, ou lorsqu'il dispose d'outils de contrôle, de surveillance ou de sanction[839]. La même solution a été consacrée à propos d'un office des forêts, lorsque la Cour déclare que :

---

[837] CJCE, 5e ch, 12 septembre 2013, *IVDGmbH & Co KG c./ Arztekamer westfallen-Lippe*, Aff. C-526/11; notes, Marie MEISTER, *Europe*, n° 11, novembre 2013, comm.. 459; Sévenine Chavarochette-Boufferet, *in Le Moniteur -Contrats* Publics n° 137, 1er novembre 2013, p.12 ; Willy Zimmer, *in Contrat et Marchés Publics*, n° 11, 1er novembre 2013, pp. 23-26.
[838] Voir conclusions de l'avocat général, *supra* note 828, point 58.
[839] CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*, *supra* note 805.

« La faculté du ministre d'adresser à l'Office des forêts des instructions, notamment afin de l'obliger à respecter les grandes lignes de la politique de l'État sur les activités forestières ou à aménager des services ou des installations déterminées, ainsi que les pouvoirs conférés à ce ministre et au ministre des Finances en matière financière donnent à l'État la possibilité de contrôler l'activité économique de l'Office des forêts »[840].

Dans l'affaire *Commission c/ France* du 1er février 2001[841], la Cour a été interrogée sur l'intensité du contrôle. Il était question de la qualification d'organisme de droit public des sociétés anonymes d'habitation à loyer modéré en France. La Commission soutenait qu'une simple vérification de la régularité de la gestion de l'organisme par les pouvoirs publics suffisait pour que le critère du contrôle de gestion soit rempli. La République française rétorquait que ce critère n'est rempli que s'il est constaté l'existence d'un contrôle incluant une forme d'immixtion dans la gestion. Suivant les conclusions de l'avocat général, le juge de l'Union confirme la démarche casuistique et fonctionnelle, évitant d'apporter une réponse générale et absolue sur l'intensité du contrôle de gestion. Ainsi, un même contrôle peut faire l'objet d'une appréciation différente suivant le contexte dans lequel il s'insère. Un certain type de contrôle n'aura pas le même impact suivant que, de par les textes qui le régissent, l'organisme contrôlé dispose d'une très grande liberté quant à sa gestion ou qu'au contraire ces mêmes textes encadrent très strictement son activité et lui imposent une ligne de gestion prédéterminée. De ce fait, dès lors que les règles de gestion sont très détaillées, la simple surveillance de leur respect peut, à elle seule, aboutir à conférer une emprise importante aux pouvoirs publics[842]. Autrement, il convient de se référer à un degré supplémentaire d'implication des autorités. Ce fut le cas en l'espèce, dans la mesure où l'activité de l'entité concernée est étroitement encadrée et soumise à un double contrôle du ministre chargé de la construction et de l'habitation, d'une part, et d'une mission interministérielle, d'autre part[843]. Dans

---

[840] CJCE, 17 décembre 1998, *Commission c/ Irlande*, *supra* note 812, points 37 à 39.
[841] *Supra* note 803.
[842] *Idem*, point 50.
[843] *« D'autre part, en ce qui concerne les contrôles prévus sur l'activité des SA HLM, il y a lieu de constater, tout d'abord, que, conformément aux articles L. 451-1 et R. 451-1 du code, les organismes d'habitations à loyer modéré sont soumis au contrôle de l'administration et plus précisément du ministre chargé des finances ainsi que du ministre chargé de la construction et de l'habitation. Ces dispositions ne précisent pas dans quelles limites un tel contrôle est exercé ni si celui-ci se borne à une simple vérification de comptabilité, ainsi que le prétend le gouvernement français, lequel n'a*

l'affaire *Adolph Truley*[844], le juge était interpellé, cette fois-ci, non pas sur l'intensité du contrôle, mais sur le moment du contrôle. C'est ainsi qu'il fait observer qu'un contrôle exercé *a posteriori* ne permet pas d'établir un lien de dépendance étroit entre un organisme quelconque et les pouvoirs publics. Selon le juge, un tel contrôle, par sa nature, limite nécessairement l'influence des pouvoirs publics[845]. Par contre, lorsqu'une entité est soumise, par une collectivité locale, à la vérification annuelle de son bilan et de sa gestion en cours, ainsi qu'à des visites inopinées, le critère du contrôle de gestion est rempli[846].

---

toutefois assorti cette allégation d'aucun élément de preuve susceptible d'en établir la véracité. Ensuite, il y a lieu de rappeler le pouvoir que détient le ministre chargé de la construction et de l'habitation, en vertu de l'article L. 422-7 du code, de prononcer la dissolution d'une SA HLM et de nommer un liquidateur, ainsi que I -978 Commission / France son pouvoir de suspendre les organes dirigeants et de nommer un administrateur provisoire, qui lui est conféré par l'article L. 422-8 dudit code.

55 Ces pouvoirs sont prévus pour des cas d'irrégularités graves, de faute grave dans la gestion ou de carence du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance. Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 72 à 75 de ses conclusions, les deux derniers cas d'intervention de l'administration relèvent de la politique de gestion de la société concernée et non pas du simple contrôle de la régularité.

56 En outre, en admettant même que, ainsi que le soutient le gouvernement français, l'exercice des pouvoirs conférés au ministre compétent par lesdites dispositions demeure effectivement exceptionnel, il implique néanmoins un contrôle permanent qui seul permet la découverte de fautes graves ou de carences de la part des organes dirigeants.

57 En outre, il ressort des articles L. 423-1 et L. 423-2 du code que le ministre chargé de la construction et de l'habitation peut imposer aux SA HLM un profil de gestion déterminé soit en les contraignant à un minimum de dynamisme, soit en limitant leur activité considérée comme excessive.

58 Enfin, il y a lieu de relever que la mission interministérielle d'inspection du logement social créée par le décret n° 93-236 peut être chargée, outre des contrôles sur pièces et sur place des opérations des organismes d'habitations à loyer modéré, d'études, d'audits ou d'évaluations dans le domaine du logement social et peut formuler des propositions sur les suites à donner à ses rapports I-979 ARRÊT du 1er février 2001 Aff. C-237/99 d'inspection. Elle s'assure également de la mise en œuvre par les personnes contrôlées des mesures prises par les ministres dont elle relève. 59 Il découle de l'ensemble des dispositions mentionnées aux points 51 à 58 du présent arrêt que la gestion des SA HLM est soumise à un contrôle des pouvoirs publics qui leur permet d'influencer les décisions de ces dernières en matière de marchés publics », *in* CJCE, 1er février 2001, *Commission c/ France*, *supra* note 803.

[844] *Supra* note 801

[845] *Idem*, point 73. Voir aussi CJUE, 5e ch, 12 septembre 2013, *IVDGmbH & Co KG c./ Arztekamer westfallen-Lippe*, *supra* note 837, point 38,

[846] *Ibidem* point. 73 : *«(…)répond en revanche à un tel critère une situation dans laquelle, d'une part, les pouvoirs publics contrôlent non seulement les comptes annuels de l'organisme concerné, mais également sa gestion en cours sous l'angle de l'exactitude des chiffres cités, de la régularité, de la recherche d'économies, de la rentabilité et de la rationalité et, d'autre part, ces mêmes pouvoirs publics sont autorisés à visiter les locaux d'exploitation et les installations dudit organisme et à rapporter les résultats de ces contrôles à une collectivité territoriale détenant, par le biais d'une autre société, le capital de l'organisme en question* ».

Enfin, le contrôle administratif soulève moins de problèmes d'interprétation. Il renvoie au pouvoir de nomination de la part des autorités publiques, de direction ou de surveillance de l'entité concernée.

Ces critères alternatifs traduisent tous l'idée d'une dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics.

Le recours au critère matériel de définition de l'État permet ainsi de dépasser la seule vision organique qui peut être pertinente (on l'a vu) pour l'application de certaines règles. Ce critère permet de définir la notion d'État comme un ensemble de missions et corrobore l'idée selon laquelle à côté de l'État des institutions, subsiste l'État des missions. De telles missions sont soit de nature régalienne, soit de nature interventionniste. Dans le premier cas, l'État est en droit de la responsabilité internationale un ensemble d'organes investi de prérogatives de puissance publique. En droit des immunités, c'est un ensemble d'organes chargés de l'exercice de l'autorité souveraine. En droit de l'UE, en matière d'opposabilité des directives ou dans le contentieux en manquement, la notion d'État renvoie à tout organe chargé d'un service d'intérêt général et disposant de pouvoirs exorbitants de droit commun à cette fin. Le droit de la Convention EDH s'inscrit également dans le même registre en mettant en avant le critère de l'exercice de prérogatives de puissance publique. Mais les choses ne sont pas aussi simples que cela ne parait. En effet, lorsque la notion matérielle d'État sert de dérogation à l'application des normes internationales et européennes, elle devient restrictive. Par exemple, au sens de l'article 45 du TFUE, la notion d'État renvoie à toute autorité qui exerce de façon permanente et substantive des prérogatives de puissance publique et qui concoure à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État. La même logique est aussi valable en droit de la Convention EDH.

Eu égard à ce périmètre variable de la notion matérielle d'État, tout comme la notion organique d'État, l'impossible approche conceptuelle de la notion d'État se précise (en raison de son contenu variable), lorsqu'on se place du point de vue de

l’application concrète des normes. Un tel constat se confirme, d’ailleurs, lorsqu’on évoque l’hypothèse d’un critère factuel de définition de l’État.

Chapitre 2. L'usage d'un critère factuel

L'identification factuelle de l'État permet de compléter le tableau. Ignorer cette dimension, c'est laisser un vide et rendre inopérationnel un certain nombre de normes qui ne peuvent se suffire de la seule approche organique ou matérielle pour définir l'État. Le critère factuel est donc nécessaire pour prendre en compte d'autres hypothèses de manifestations de la notion d'État afin de rendre applicables certaines normes.

L'État est, à cet effet, tout ce qu'il contrôle. Il ne s'agit pas d'un contrôle juridique, c'est-à-dire mettant en évidence des liens juridiques entre une entité et les autorités étatiques (contrôle organisationnel, contrôle capitalistique ; cette hypothèse renvoie à l'État interventionniste), mais d'un contrôle factuel. Autrement dit, c'est la présence factuelle de l'État qui est recherchée derrière des actes de particuliers. Les règles d'imputation, mais aussi les règles de rattachement, permettent la transformation légale d'un fait de particulier en fait de l'État, suivant le degré de contrôle que ce dernier exerce sur le premier. Ce degré de contrôle renseigne sur la variabilité de la notion d'État. On parle d'État, aux fins des règles d'imputation et de rattachement, si le contrôle est global (Section 1) ou si le contrôle est restreint (Section 2).

Section 1. Vision souple de la notion d'État avec le critère du contrôle global

Selon cette perspective factuelle, la notion d'État est étendue à toute entité sur laquelle les autorités statutaires exercent un contrôle global. Le critère du contrôle global est mis en avant dans deux cas précisément : il s'agit, d'une part, de la détermination de la nature d'un conflit armé (Paragraphe 1) et, d'autre part, de la détermination de la juridiction d'un État au sens de la Convention EDH (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Notion d'État et détermination de la nature d'un conflit armé

L'identification factuelle de l'État est une opération clé dans la qualification d'un conflit armé, d'interne ou d'international. Après avoir montré l'importance de la notion d'État dans cette distinction (conflit armé interne/conflit armé international) (A), on identifiera la notion d'État qui en résulte au regard de la jurisprudence du TPIY et de la CPI (B).

A. L'importance de la notion d'État dans la distinction conflit armé interne et conflit armé international

La distinction entre conflits armés internationaux et conflits armés internes est certainement un des piliers du droit humanitaire contemporain, et cela depuis fort longtemps. L'utilité de faire cette distinction[847] a toutefois été mise en doute par certains universitaires[848] et praticiens[849], ainsi que dans une certaine ligne

[847] P. TAVERNIER, « Le principe de la distinction entre conflits armés internes et international », *in* V. CHETAIL (*dir.), Permanence er mutation du droit des conflits armés*, Bruxelles, *Bruylant*, 2013, p. 73.
[848] J. STEWART, « Vers une définition unique des conflits armés dans le droit international Humanitaire : une critique des conflits armés internationalisés », *Revue internationale de la Croix - Rouge*, 2003, vol. 85; D. SCHINDLER, ''The Different Types of Armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols'', *RCADI*, vol. 163, II (1979); W.-M. REISMAN et J. SILK, « Which Law Applies to the Afghan Conflict? », *AJIL*, vol. 82(3) (1988); H.-P. GASSER,

jurisprudentielle des tribunaux *ad hoc*[850], en particulier en raison de la nature changeante des conflits. Néanmoins, on ne peut douter de sa présence aussi bien en matière conventionnelle qu'en matière contentieuse. Selon le TPIY, *« un conflit armé existe chaque fois qu'il y'a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État* »[851]. La distinction est donc si clairement établie[852] et fait appel à la notion d'État. Un conflit armé est, comme le note la chambre préliminaire de la CPI, « *établi dès lors que des hostilités ouvertes opposent des États à travers leurs armées respectives ou à travers d'autres acteurs agissant*

"Internationalized Non- international armed conflicts: Case Studies of Afghanistan, Kampuchea, and Lebanon", *Auckland University Law Review*, 1983, vol. 33, p. 479; W.-M. REISMAN, "Application of Humanitarian Law in non-international armed conflicts: Remarks by W. Michael Reisman", Proceedings of the Annual Meeting, *AJIL*, 1991, vol. 85; R. CRYER, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2014, p. 586.

[849] En 1947, le CICR a proposé l'ajout du paragraphe suivant à l'article 2 du projet de Conventions de Genève : « *Dans tous les cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international, notamment dans les cas de guerres civiles, conflits coloniaux, guerres de religion, qui surgiraient sur le territoire d'une ou plusieurs Hautes Parties contractantes, chacun des adversaires sera tenu d'appliquer les dispositions de la présente Convention* ». Bien que cette disposition n'ait pas été adoptée, elle révèle que dès le début, la distinction entre les conflits armés internationaux et non internationaux posait problème : voir J. PICTET (*dir.) Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*. Vol. III.- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers s de guerre, 2002, p. 49. Une étude plus récente, menée sous les auspices du CICR, fait référence à un ensemble considérable de règles coutumières, dont la majorité s'applique de la même manière, quelle que soit la qualification du conflit armé concerné : voir J.-M. HENCKAERTS, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2005, vol. 87, pp. 198 à 212.

[850] Arrêt *Tadić* relatif à la compétence, points 96 à 98, et 119. La Chambre d'appel du TPIY a traité la question émergente de la difficulté de distinguer en droit les conflits armés internationaux des conflits armés non internationaux. Elle a indiqué que « *l'effacement progressif de la dichotomie susmentionnée n'est que naturel* ».

[851] TPIY, 2 octobre 1995, *Tadic*, aff. IT-94-1-AR 72, §. 70.

[852] Cette distinction a été constamment reprise dans les textes conventionnels ultérieurs, notamment l'article 19 de la Convention de la Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954 qui utilise comme l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève, l'expression « conflits armés de caractère non international ». On retrouve la distinction également dans les deux Protocoles additionnels du 8 juin 1977 relatifs à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et des conflits armés non internationaux (Protocole II). Il en est de même dans le deuxième Protocole à la Convention de 1980 sur les armes classiques, tel que modifié le 3 mai 1996 (Protocole sur les limitations ou l'interdiction de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs) et dans le Statut de la C.P.I. du 17 juillet 1998 adopté à Rome (article 8 § 2. La distinction réapparaît aussi dans le deuxième Protocole de la Haye sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 26 mars 1999 (article 22).

en leur nom »[853]. Le TPIY affirmait qu'il y a conflit armé international « *chaque fois qu'il y'a recours à la force armée entre États* »[854]. Ainsi, un conflit armé ne présente pas un caractère international, lorsque le recours à la force armée n'est pas le fait d'États[855]. Autrement dit, lorsqu'un État entre en conflit avec un groupe armé non gouvernemental situé sur le territoire d'un État voisin et que le groupe armé agit sous le contrôle de son État de résidence, « *les affrontements relèvent alors d'un conflit armé opposant les deux États concernés* »[856]. Si par contre, le groupe armé n'agit pas au nom du gouvernement, on ne saurait parler de conflit armé international en l'absence d'opposition entre États. Identifier l'État devient donc une opération clé dans la distinction. Les règles d'imputation entrent donc en jeu, renvoyant ainsi à la définition de l'État au sens de cette opération particulière.

Certains auteurs ont pourtant nié la pertinence d'un tel recours à cette catégorie de règles aux fins de cette opération spéciale. Ils considèrent que la question de l'imputation est inutile, voire artificielle en droit des conflits armés[857]. Mieux, des juges, tels que le juge McDonald a relevé dans ses opinions dissidentes dans l'affaire *Tadic* que les règles d'imputation à l'État font partie du droit de la responsabilité de l'État et ne sauraient être transposées dans le contexte de la responsabilité de l'individu[858]. Pour illustrer ce propos, ils invoquent le précédent de la CIJ dans *l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*[859]. En effet, dans cette affaire, nonobstant l'absence d'imputation directe des actes des Contras

---

[853] CPI, chambre préliminaire, 15 juin 2009, *Bemba*, §. 223 ; Voir aussi Commission of Inquiry on Lebanon, *Report pursuant to Human Rights Council resolution* S-2/1, A/HRC/3/2, 23 November, 2006, point 51.

[854] TPIY, chambre de 1ere instance, *Le Procureur c/ Dordevic,* aff. N° IT-05-87/1-T.

[855] TPIY, chambre de 1ere instance, *Le procureur c/ Limaj et consorts*, Aff. N° IT-03-66-T ; T.P.I.Y., chambre de 1ere instance, *Le procureur c/ Mrkšić et consorts*, aff. N° IT-95-13/1-T.

[856] S. VITE, « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2009, vol. 91, pp. 70, 71 et 90 ; G.-D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2010, pp. 154-155 ; J. PEJIC, ''Status of Armed Conflicts'', *in* E. WILMSHURST, (*dir.), Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law,* Cambridge, *Cambridge University Press*, 2007, pp. 92-93.

[857] T. MERON, "Classification of armed conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's fallout", *AJIL,* 1998, pp.239-241; R. KLOB, "The jurisprudence of the Yugoslavian and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes", *BYIL.,* 2000, pp. 277-278; T. MERON, "Cassese's Tadić and the law of non-international armed conflict", *in,* L. C. VOHRAH (*éd*.), *Man's inhumanity to man: essay on international law in honour of Antonio Cassese*, The Hague*, Kluwer Law International*, 2003, pp. 533-538.

[858] *Infra* note 867, opinions dissidentes, p. 27, §. 5.

[859] CIJ, arrêt, 27 juin 1986, *affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, (Nicaragua c/ États-Unis d'Amérique), Rec. CIJ*, 1986, p. 14.

aux États-Unis, la CIJ a néanmoins décidé que dans les rapports entre les États-Unis et le Nicaragua, le conflit était international, par opposition au conflit entre le gouvernement Nicaraguayen et les Contras qui lui était interne. Cette conclusion est erronée à deux titres. Premièrement, le droit international humanitaire n'offre pas toutes les solutions à la question de la détermination du caractère interne ou international d'un conflit armé. Par conséquent, lorsque cette *lex specialis* est muette sur certaines questions de responsabilité, il faudra s'en remettre à la *lex generalis*, à savoir les règles d'imputation du droit coutumier de la responsabilité internationale. La question d'imputation est donc une question incontournable en droit des conflits armés et est régie tant par cette discipline que par celle du droit de la responsabilité internationale. Deuxièmement, l'arrêt Nicaragua, en qualifiant le conflit armé États-Unis/ Nicaragua d'international, n'a pas non plus pu se passer des règles d'imputation : il s'agissait d'une responsabilité de l'État en raison de ses organes de droit, ce qui a conduit à la qualification de conflit armé international et d'intervention dans les affaires intérieures d'un État. La question de l'imputation constitue ainsi un préalable à la détermination du caractère interne ou international d'un conflit, donc à la détermination des règles de droit pénal international applicable aux accusés. C'est la raison pour laquelle Claus Kress répondait à ces critiques qu'elles *« semblent ignorer que l'imputation d'un fait à l'État peut parfaitement être une question préliminaire dans le cadre de la responsabilité pénale de l'individu et ne doit pas être confondue avec ce qu'on pourrait appeler l'imputation d'un crime à l'individu* »[860]. La caractérisation d'un conflit d'international ou d'interne est nécessaire dans le contexte et de la responsabilité de l'État et de la responsabilité de l'individu. La règle et, par conséquent, le résultat de l'opération juridique requise (imputation) ne peuvent changer selon les contextes. Au final, la question de la présence de la notion d'État aux fins des règles d'imputation revient sur la table pour l'application du droit des conflits armés. La présence factuelle de l'État doit être déterminée afin d'en déduire la norme applicable.

En guise d'exemple, l'étude de la jurisprudence du TPIY nous permet de mesurer l'importance de la notion d'État en matière de qualification de conflits armés au regard des règles d'imputation. Le TPIY a eu, en effet, à se prononcer sur l'identification factuelle de l'État aux fins de la détermination du régime applicable,

[860] C. KRESS, *supra* note 236, p. 113.

dans les affaires *Tadic*[861], *Aleksovski*[862] *et Celebici*[863]. Cette question était fondamentale dans un contentieux qui implique, non une responsabilité d'un État, mais une responsabilité pénale d'individus impliqués à un moment ou à un autre dans le conflit yougoslave. En effet, une des premières questions qu'un juriste confronté à l'allégation d'un crime de guerre doit se poser est de savoir si celui-ci a été commis par la personne physique dans le cadre d'un conflit armé interne ou international. Pour pouvoir répondre à cette question, le Tribunal a eu à vérifier si des faits commis par les forces serbes de Bosnie étaient imputables à la République fédérale de Yougoslavie. Qualifier un conflit armé d'interne ou d'international a des répercussions sur le champ d'incrimination des faits allégués et, plus particulièrement, sur le champ d'application du statut du TPIY à l'égard des personnes accusées de crime de guerre devant ce Tribunal. L'importance de la qualification étatique étant établie, se pose ainsi la question de la notion d'État, telle que définie à l'issu de cette opération préalable.

B. La notion factuelle d'État issue de la détermination de la nature du conflit armé

Les juridictions pénales internationales sont souvent interpellées pour déterminer la nature d'un conflit armé. À cet effet, elles s'intéressent à la manifestation factuelle de la notion d'État pour en conclure le caractère international ou non international d'un conflit armé. On illustrera à travers la jurisprudence du TPIY (1) et celle plus récente de la CPI (2).

1. La jurisprudence du TPIY : les affaires Tadic et Celebici

Le TPIY, appelé à déterminer le droit applicable et, par conséquent, la nature du conflit armé, a mis en évidence des critères pour identifier la présence factuelle de l'État. Au regard de sa jurisprudence, l'État est tout ce qu'il contrôle de façon globale.

[861] Voir *infra*, notes 866 et 867.
[862] TPIY, 24 mars 2000, *Aleksovski*, Aff. IT-95-14/1-A.
[863] Voir *infra*, notes 870 et 877.

Le critère du contrôle global a été érigé pour imputer à l'État les faits de particuliers. Ce qui revient à dire que tout fait de particuliers sous le contrôle global des autorités publiques est étatique. Donc, il n'est pas question d'État *de jure*, ni d'État *ratione materiae* (exercice de missions étatiques ou de prérogatives de puissance publique), mais plutôt de présence factuelle de la notion d'État. Toutefois, cette systématisation de la notion factuelle d'État n'a pas toujours été d'une telle clarté. Il convient, à ce niveau, d'en retracer l'évolution au regard de l'affaire *Tadic* (a), suivie et éclairée par l'affaire *Celebici* (b).

a. L'affaire *Tadic*

Dans cette affaire, le TPIY s'est demandé s'il y'a une présence factuelle de l'État yougoslave dans le conflit opposant les forces serbes de Bosnie aux forces gouvernementales de la République bosniaque. Si la réponse est positive, le conflit armé opposant les forces serbes de Bosnie aux forces gouvernementales de la République bosniaque devra être réputé international et l'article 2 du statut du TPIY sera applicable aux personnes accusées de crime de guerre devant le Tribunal[864]. Dans le cas contraire, le conflit armé sera réputé interne et seul l'article 3 du statut sera applicable à ces mêmes personnes[865].

Deux décisions de fond ont été rendues dans cette affaire. Il s'agit de la décision du 7 mai 1997 de la Chambre de première instance[866] et de celle de la Chambre d'appel du 15 juillet 1999.[867]

Dans la première, la Chambre de première instance adopte un critère de l'imputation qui se rapproche de celui du contrôle effectif développé par la CIJ. L'État y est tout ce qu'il contrôle de façon effective. La définition retenue est donc stricte. Et c'est ce qui a conduit à la conclusion selon laquelle le conflit, qui oppose les forces serbes de Bosnie aux forces du gouvernement bosniaque depuis le retrait officiel des forces armées yougoslaves du territoire bosniaque, est interne et non international.

[864] L'article 2 est relatif aux infractions graves aux conventions de Genève de 1949
[865] L'article 3 est relatif aux violations des lois et coutumes de guerre.
[866] TPIY, 7 mai 1997, *Le Procureur c/ Dusco Tadic alias « Dule »,* Aff. N° IT-94-1-T.
[867] TPIY, 15 juillet 1999, *Le Procureur c. / Dusco Tadic*, Aff. N° IT-94-1-A.

L'analyse effective et non globale des rapports entre l'État yougoslave et l'entité en question (forces serbes de Bosnie) a conduit la Chambre à y voir « *des rapports de coordination et d'alliance plutôt que de subordination* ». Autrement dit, pour que les actes des particuliers en question soient imputables à l'État, il faut que ces derniers soient dans un rapport de subordination avec celui-ci. La notion d'État regroupe donc au regard des règles d'imputation, tout fait commis par des particuliers qui lui sont subordonnés. Ce critère, assez inédit, se rapproche de celui du contrôle effectif de la CIJ[868]

Ce jugement a, tout de même, fait l'objet de critiques. En premier lieu, il n'est pas une référence en termes de clarté. En effet, il traite de la question de l'imputation et, par voie de conséquence, de l'internationalisation du conflit armé dans une partie consacrée au statut des victimes. Or, ces deux questions sont différentes et devraient faire l'objet d'un traitement séparé[869]. En second lieu, le critère d'imputation utilisé renvoyant à une notion factuelle et restrictive d'État n'a pas séduit la Chambre d'appel qui reformera l'arrêt de la Chambre de première instance, afin de garantir une application dynamique du droit international pénal.

La Chambre d'appel aura une autre perception de l'identification factuelle de la notion d'État. Et pourtant, avant même l'arrêt de la Chambre d'appel, on notait déjà dans d'autres jugements de la Chambre de première instance un changement de perspective[870]. Toutefois, l'arrêt *Tadic* du 15 juillet 1999 constitue indéniablement l'arrêt de principe dans la conceptualisation de la notion de contrôle global comme critère de l'identification factuelle de la notion d'État au regard des règles

---

[868] Voir, N. CROQUET, « La responsabilité internationale de l'Etat du fait des particuliers et la notion d'organe de fait à la lumière de l'affaire Celebici : innovation ou continuité ? », *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, 2002, n° 43, p. 55.

[869] *Ibidem*.

[870]TPIY, chambre de première instance, 16 novembre 1998*, Le Procureur c/ Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias « Pavo », Hazim Delic et Esad Lanzo alias « Zenga » (affaire du camp de Celebici),* Aff. N° IT-96-21-T. Dans cette affaire, réfutant l'application du critère du contrôle effectif retenu par la Chambre de première instance dans Tadic du 7 mai 1997, la même Chambre affirme au paragraphe 230 de l'arrêt : « *Il est toujours important de signaler le danger qu'il y a à se prévaloir des raisonnements d'un organe judiciaire extrêmement différent, qui s'occupe d'affaires très différentes de la nôtre. Le Tribunal international est un organe judiciaire pénal, créé pour poursuivre et punir les responsables de violations du droit international humanitaire, et non pour déterminer les responsabilités d'un État dans des actes d'agression ou dans des interventions illégales. Il est dès lors inapproprié de transposer en bloc dans la présente affaire le test énoncé par la CIJ destiné à déterminer la responsabilité des États-Unis pour les actes posés par les contras au Nicaragua* ».

d'imputation et dans la présentation d'une théorie générale de la responsabilité internationale de l'État du fait de particuliers[871].

Dans cet arrêt, la Chambre d'appel fait la distinction entre deux critères qui permettraient l'imputation à l'État du fait d'un particulier[872]. Le premier critère est celui du contrôle effectif développé auparavant par la CIJ. Ce critère est à appliquer, lorsqu'on est dans l'hypothèse d'actes d'individus ou de groupes d'individus qui ne sont pas organisés ou hiérarchiquement structurés. Ainsi à ce niveau, pour prouver la présence factuelle de l'État, il doit être établi que l'État ait exercé une autorité sur les individus ou groupes d'individus, mais en outre qu'il ait émis des instructions à leur égard, aux fins de commettre le fait présenté comme internationalement illicite. Le second critère est celui du contrôle global. Ce critère est opérationnel dans l'hypothèse d'actes posés par un groupe d'individus hiérarchiquement structuré et organisé. Dans ce cadre, nul besoin de démontrer un lien effectif avec l'État. Ce dernier doit seulement exercer un contrôle global sur le groupe armé structuré, afin de rendre le conflit international et les actes du groupe attribuables à l'État[873]. Autrement dit, les autorités étatiques doivent « *jouer un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires du groupe armé, en plus de le financer, l'entraîner, l'équiper ou lui apporter son soutien opérationnel* », pour que leurs présences factuelles soient établies dans le conflit afin de le rendre international[874].

En appliquant ces deux critères au cas d'espèce, la Chambre considère le critère du contrôle global comme pertinent, puisque les forces serbes en Bosnie-Herzégovine forment un groupe hiérarchiquement structuré. Mais, on peut quand

---

[871] Voir à ce propos, T. GAL, "Unexplored outcome of Tadic: applicability of the law of occupation to war by proxy", *Journal of International Criminal Justice*, 2014, n° 1, pp. 59-80; M. SWART, "Tadic revisited: some critical comments on the legacy and the legitimacy of the ICTY", *Goettingen Journal of International Law*, 2011, n° 3, pp. 985-1009.

[872] Il existe toutefois un troisième critère mais qui n'est pas formulé avec la même clarté que les précédents. On parle ici d'un comportement de l'individu dans le cadre ou en connexion ou en collusion avec les autorités étatiques.

[873] TPIY, jugement de la Chambre d'appel, *supra* note 867, point 120.

[874] Arrêt *Tadić*, *supra* note 867, point 137 « [*L]e contrôle exercé par un État sur des forces armées, des milices ou des unités paramilitaires subordonnées peut revêtir un caractère global (mais doit aller au-delà de la simple aide financière, fourniture d'équipements militaires ou formation)* », Voir aussi TPIY, *Le Procureur c/ Aleksovski*, Aff. n° IT-95-14/1-A, Chambre d'appel, arrêt, 24 mars 2000, points 131 à 134 ; TPIY, *Le Procureur c/ Delalić et consorts,* Aff. N° IT-96-21-A, Chambre d'appel, Arrêt, 20 février 2001, par. 26; TPIY, Le *Procureur c/ Kordić et Čerkez*, Aff. N° IT-95-14/2-A.

même s'interroger sur cette distinction entre groupe organisé et groupe non organisé, pour déterminer le critère applicable. Une telle pédagogie n'a pas été explorée par la CIJ. On peut, sans doute, l'expliquer par un argument d'opportunité, dans le sens où il est plus difficile de prouver que l'acte a été accompli pour le compte de l'État dans le cadre d'un groupe non hiérarchisé. Ainsi dans cette perspective, seul un contrôle effectif permettra de lever le doute. Inversement, il y'aurait une présomption d' « étaticité » dans le cadre d'une structure hiérarchisée, d'où la pertinence d'un simple contrôle global.

En tout état de cause, c'est sur le fondement de données factuelles que la Chambre d'appel en arrive à expérimenter son critère du contrôle global. Elle relève, tout d'abord, que la distinction entre l'armée yougoslave et les forces serbes n'est que pure apparence. Elles ont les mêmes objectifs militaires et stratégiques, les mêmes structures de commandement et des grades identiques. Il n'a pas, ainsi, été retenu, comme l'affirmait la Chambre de première instance, que la relation entre les deux armées soit plus qu'une simple alliance ou coordination, mais était plutôt caractérisée par le commandement général de la République fédérale de Yougoslavie[875]. La Chambre d'appel affirme que la Chambre de première instance a eu tort d'accorder un poids démesuré aux apparences d'indépendance des deux armées, apparences matérialisées notamment par leurs restructurations superficielles et les déclarations des belligérants. Elle aurait dû procéder à une analyse plus nuancée de la relation entre les deux armées. C'est sur cette base que la Chambre d'appel attribue les faits de l'entité serbe à la République fédérale de Yougoslavie, reconnaissant ainsi le caractère international du conflit et l'application de l'article 2 du Statut du TPIY. *In fine*, le critère du contrôle global permet au Tribunal de prouver la présence factuelle de l'État dans un conflit armé a priori non international, et le transformer en conflit armé international.

Ainsi, cet arrêt de la Chambre d'appel a permis de clarifier qu'un certain nombre de conflits armés, qui sont a priori non internationaux, sont en réalité internationaux lorsqu'un État exerce un contrôle global sur un groupe armé non étatique[876]. Donc, aux fins de cette opération, la présence factuelle de l'État doit être établie et elle se fonde sur son implication générale dans la planification des

[875] *Supra* note 867, point 152.
[876] *Ibid*, p. 59.

opérations. Cette orientation sera, par la suite, poursuivie et précisée par la jurisprudence postérieure du Tribunal.

b. L'affaire *Celebici*

La décision rendue par la Chambre d'appel dans l'affaire *Celebici*, le 20 février 2001[877] vient consolider le test du contrôle global comme critère d'identification factuelle de l'État aux fins de la détermination d'un conflit armé international. Elle apporte, en outre, quelques précisions sur le critère du contrôle global retenu et les raisons de la distance prise par rapport à l'arrêt de la CIJ sur le Nicaragua. En effet, selon la Chambre d'appel,

> *« Il est toujours important de signaler le danger qu'il y a à se prévaloir des raisonnements d'un organe judiciaire extrêmement différent, qui s'occupe d'affaires très différentes de la nôtre. Le Tribunal international est un organe judiciaire pénal, créé pour poursuivre et punir les responsables de violations du droit international humanitaire, et non pour déterminer les responsabilités d'un État dans des actes d'agression ou dans des interventions illégales. Il est dès lors inapproprié de transposer en bloc dans la présente affaire le test énoncé par la CIJ destiné a déterminer la responsabilité des Etats-Unis pour les actes posés par les contras au Nicaragua ».*

C'est donc la nature du contentieux en cause qui justifie une approche différente de la notion de contrôle, permettant d'identifier la présence factuelle de l'État. Fort de ce constat, et en vertu de la règle du précédent, la Chambre d'appel a décidé qu'elle n'apercevait aucune raison impérieuse la poussant à se départir de l'enseignement *Tadic* du 15 juillet 1999. Relativement à l'argument des accusés selon lesquels la Chambre d'appel serait liée par l'arrêt *Nicaragua*, celle-ci répond qu':

> *« elle ne peut pas se comporter comme si l'état général du droit dans la communauté internationale dont elle sert les intérêts ne la concerne pas (...). Néanmoins, ce Tribunal est une juridiction internationale indépendante, et bien que*

[877] TPIY, chambre d'appel, 20 février 2001, *Le Procureur c/ Mucic et consorts (affaire Celebici*), Aff. N° IT-96-21-A.

la C.I.J. soit le principal organe judiciaire au sein du système des Nations unies auquel le tribunal appartient, il n'y a pas de lien hiérarchique entre les deux juridictions. Bien que la Chambre d'Appel prendra *nécessairement en compte des décisions d'autres juridictions internationales, il se peut qu'après un examen attentif, elle arrive* à *une conclusion différente »*[878].

La Chambre d'appel consolide ainsi l'approche retenue dans l'arrêt *Tadic*. Elle s'appuie sur les éléments factuels retenus par la Chambre de première instance pour étayer l'existence *in concreto* d'un contrôle global[879].

Pour expliquer sa conception de l'imputation, et donc, de la notion factuelle d'État, la Chambre avance un argument téléologique et critique le critère du contrôle effectif comme étant trop restrictif. En effet, le *ratio* du contrôle global serait d'empêcher l'État d'échapper à la responsabilité pour des actes qu'il fait perpétrer par des particuliers au lieu d'utiliser son appareil institutionnel[880]. La CIJ, dans *l'affaire de l'application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*[881], réplique en soutenant que ce n'est pas à un tribunal pénal international de poser les règles d'imputation applicables au droit de la responsabilité internationale, et que le critère du contrôle global développé par le TPIY est seulement appliqué dans un domaine particulier, par un juge particulier. Quoi qu'il en soit, cette attitude témoigne de la fragmentation du droit international largement mise en évidence par la doctrine[882]. Et, l'entrée en scène de a CPI renforce le constat.

---

[878] *Idem*, point 24.
[879] *Supra*, note 870.
[880] *Supra* note 867, point 117.
[881] CIJ, arrêt, 26 février 2007, *supra* note 240
[882] Voir, Voir Rapport final de la CDI sur *la fragmentation du droit international* du 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, *Annuaire de la CDI*, 2006, §. 184 ; R. HUESA-VINAIXA, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, *Bruylant*, 2006, 280 p ; E.-L. COMTOIS-DINEL, « la fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *Lex electronica,* vol.11, n° 2, automne 2006, pp. 1-22 ; Travaux du 34e congrès annuel du Conseil canadien de droit international, *Fragmentation : la diversification et l'expansion du droit international*, Ottawa, octobre 2005 ; I. BUFFARD (*dir.*), *International Law between universalism and fragmentation : festschrift in honour of Gerhard Hafner*, *Leiden ; Boston : Martinus Nijhoff Publishers*, 2008, 1083 p ; A.-L. PAULUS, « Between constitutionalization and fragmentation : concepts and reality of International Law in the 21st Century », *in Justice and peace : interdisciplinary perspective on a contested relationship*, *Campus Verlag*, Frankfurt, pp. 163-172; H. HARMANT, « La fragmentation du droit international sous l'angle de la multiplication des juridictions internationales », *in Justice et solidarité*, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, pp. 17-27.

2. La jurisprudence de la CPI: l'*affaire Lubanga*

Dans son jugement rendu en application de l'article 74 du Statut de Rome[883], la Chambre de première instance I de la CPI devait déterminer s'il existait ou non un conflit armé lié à l'espèce et, dans l'affirmative, si celui-ci présentait ou non un caractère international. C'est une question préalable permettant de déterminer si les faits en cause relèvent de la compétence de la Cour et lequel des deux articles pertinents du Statut serait applicable en l'espèce. S'il s'agit d'un conflit armé non-international, l'article 8 (2) (e) (vii) serait applicable. Si le cas d'espèce révèle un conflit armé international, l'article 8 (2) (b) (xxvi) serait applicable. Il se pose, dès lors, la question de la nature du conflit, question qui fait appel à la recherche de l'implication d'un État tiers dans le conflit. C'est la raison pour laquelle, la Chambre a recherché la présence factuelle d'un État tiers pouvant rendre le conflit international.

Partant du postulat que le conflit opposant des groupes armés organisés et les forces armées congolaises est non international, la Chambre recherche si l'intervention des États voisins était de nature à l'internationaliser. À cet effet, à défaut d'une intervention directe des forces armées des États voisins, la Chambre devait déterminer si les groupes armés (l'UPC/FPLC, l'APC et la FRPI) ont été utilisés comme des agents ou « intermédiaires » dans le cadre d'affrontement entre deux États ou plus (à savoir l'Ouganda, le Rwanda ou la RDC). Selon la Chambre de première instance, de même que la Chambre préliminaire dans sa décision sur les confirmations de charge, le critère pertinent permettant de mesurer une implication factuelle de l'État pouvant internationaliser le conflit, est celui qu'avait développé le TPIY dans les affaires *Tadic* et *Celebici*. En effet, les deux chambres ont considéré « *qu'en ce qui concerne le degré de contrôle que doit exercer un État sur un groupe armé agissant en son nom, le critère du contrôle global est à retenir* »[884]. Ce critère permet de déterminer si un conflit armé ne présentant pas un caractère international pourrait avoir été internationalisé par l'intervention de forces armées agissant au nom d'un autre État. À cet égard, la présence factuelle d'un État tiers dans le conflit est déterminée à chaque fois qu'il joue un rôle dans l'organisation, la coordination ou la

[883] CPI, Chambre de 1ere instance I, 14 mars 2012, *Le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, aff. N° ICC-01/04-01/06. Voir aussi CPI, chambre préliminaire (décision sur les confirmations de charge) I, 29 janvier 2007, Aff. N° ICC- 01/04-01/06.
[884] *Idem*, point 541.

planification des actions militaires, en plus de le financer, l'entraîner, l'équiper ou lui apporter son soutien opérationnel. Cependant, et c'est là où la Chambre de première instance a renversé la décision de la Chambre préliminaire, l'analyse des faits en l'espèce n'a pas permis de conclure à une présence factuelle d'États voisins dans le conflit[885]. Mais, ce qu'il faut retenir tout de même, c'est la définition souple de la notion factuelle d'État : aux fins de la détermination de la nature d'un conflit armé, est État, tout ce qui est sous son contrôle global.

Au final, la détermination de la nature d'un conflit, opération faisant appel nécessairement à la notion d'État, retient une définition autonome et factuelle de cette dernière. Une définition organique ou matérielle ne permettrait pas de garantir l'effet utile des dispositions du droit international humanitaire et du droit international pénal. En effet, dans les conflits opposant un État à un groupe armé non étatique, l'engagement d'un État voisin est rarement assumé officiellement. De ce fait, il faut aller au-delà des apparences et voir s'il y'a un engagement factuel de l'État à travers le contrôle qu'il exercerait d'une manière globale sur les activités du groupe armé opposé à un autre État. Le critère du contrôle global est donc ici le critère de la notion factuelle d'État. Il y a toutefois lieu de relever que ce critère n'est pas exclusif à la détermination de la nature d'un conflit. Il est aussi utilisé dans un autre contexte : celui de la détermination de la juridiction de l'État aux fins de l'article 1er de la Convention EDH.

Paragraphe 2. Notion d'État et application du droit de la Convention EDH

Le droit de la Convention EDH fait appel à la notion factuelle d'État pour assurer sa pleine et entière application. À cet égard, il convient, d'une part, de déterminer les opérations qui font appel à cette notion factuelle d'État (A), avant de déterminer, d'autre part, le ou les critères d'appréciation d'une telle notion (B).

[885] Voir S. VITE, "Between consolidation and innovation: the international criminal court's trial chamber judgement in the Lubanga case", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2012, vol. 15, p. 70; Voir aussi, T. GAL, *supra* note 871, p. 61.

A. Les opérations faisant appel à la notion factuelle d'État dans la jurisprudence de la Cour EDH

Dans la jurisprudence de la Cour EDH, deux opérations, au moins, font appel à une définition factuelle de la notion d'État. Il s'agit de l'opération consistant à déterminer la juridiction d'un État partie et celle consistant à imputer un fait à l'État. La jurisprudence de la Cour ne permettait pas toujours de faire la part des choses. Elle a largement été critiquée comme source d'ambiguïté et de confusion (1). La Cour a récemment apporté des éclaircissements à ce niveau (2).

1. L'ambigüité de la distinction juridiction et imputation de responsabilité.

La jurisprudence de la Cour n'a pas toujours été claire. Elle permettait tantôt de distinguer la question de l'imputation de celle de la juridiction, tantôt de les confondre.

Dans certains arrêts, la question de la juridiction reste séparée de celle de la responsabilité. Un exemple de ce type de décision est, sans aucun doute, l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Bankovic* en 2001[886]. Dans cette affaire, la Cour était appelée à se prononcer sur l'application de la Convention aux violations des droits de l'homme dues au bombardement du siège de la Radio-Télévision serbe à Belgrade de la part de dix-sept États membres. L'argument principal des requérants, selon lequel lesdites violations étaient l'effet du contrôle effectif de l'espace aérien de la Yougoslavie de la part de ces États, fut rejeté. La Cour retenait en fait que cet argument équivaudrait « *à considérer que toute personne subissant des effets négatifs d'un acte imputable à un État contractant relève ipso facto, quel que soit l'endroit où l'acte a été commis ou que ses conséquences aient été ressenties, de la juridiction de cet État aux fins de l'article 1 de la Convention* »[887]. La Cour explique une telle conception par des raisons fonctionnelles.

[886] Cour EDH, 12 décembre 2001, *Bankovic et Co c/ Belgique, République Tchèque, Danemark, France, Allemagne, Portugal, Espagne, Turquie et le Royaume-Uni*, req. N° 52207/99.
[887] *Idem*, point 75.

En effet, selon la Cour, une telle solution extensive aurait abouti à dénouer de toute finalité la notion de juridiction figurant à l'article 1 de la Convention, résultant ainsi dans une équation incorrecte de cette disposition avec l'article 1, commun aux quatre Conventions de Genève de 1949[888]. Au contraire, les cas d'extension extraterritoriale de la juridiction des États contractants doivent être qualifiés d'*exceptionnels*, étant limités en principe aux hypothèses traditionnelles d'exercice extraterritorial des compétences étatiques relevant de l'ordre juridique international. Au-delà du fondement des conclusions auxquelles la Cour aboutit en ce qui concerne la définition de la notion de juridiction, cet arrêt est fondamental du point de vue des relations entre cette notion et le concept d'attribution ou d'imputation des violations extraterritoriales. En effet, dans cette décision, la logique de l'imputation des violations, basée sur l'attribution à l'État d'un fait illicite déterminé, est clairement distincte de la question de la juridiction. Cela est plus manifeste dans l'affirmation selon laquelle *« la question de savoir si un individu «relève de la juridiction d'un État contractant et celle de savoir si l'intéressé peut être réputé victime d'une violation de droits garantis par la Convention ne peuvent pas être confondues* »[889]. Un tel ordre d'idées est reproduit dans un certain nombre de décisions postérieures, notamment dans les affaires récentes *Al-Saadoon*[890], *Medvedyev*[891] et *Al-Skeini*[892].

---

[888] *Ibidem*.

[889] *Ibidem*.

[890] Cour EDH, 30 juin 2009, *Al-Saadoon and Mufdhi c. Royaume-Uni*, req. No. 61498/08 ; Voir commentaires : P. FRUMER, « le transfert des détenus dans le cadre d'opérations militaires multinationales : la peine de mort dans le collimateur de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, *Al-Saadoon and Mufdhi c. Royaume-Uni,* 30 juin 2009 et 2 mars 2010) », *RTDH*, 2010, vol. 21, n° 84, pp. 959-985 ; J. CORNELIA, ''when Soering went to Iraq… : Problems of jurisdiction, extraterritorial effect of norms conflicts in light of the European Court of Human Rights' Al Saadoon case'', *Goettingen Journal of International Law*, 2009, vol. 1, n° 3, pp. 439-457 ; N.-C BHUTA, ''Conflicting International obligations and the risk of torture and unfair trial : critical comments on Al Saadoon and Mufdhi vs United Kingdom'', *Journal of international Criminal Justice*, 2009, vol. 7, n° 5, pp. 1133-1147 ; M.-E. CROSS and S. WILLIAMS, "Between the Devil and the Deep blue sea: conflicted thinking in the *Al Saadoon affair*", *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, vol.58, n° 3, pp. 689-702.

[891] Cour EDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. No. 3394/03. Voir commentaires : J.-P. PIERINI, G. BREDA, ''Legal issues surrounding maritime counterdrug operations and the related question of detention highlighted in the *Medvedyev and other v. France*", *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, 2008, vol. 47, n° 1-2, pp.167-198.

[892] Cour EDH, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume Uni*, req. No. 55721/07; Voir commentaires : S. GHANDHI, ''Al-Skeini and the extra-territorial application of the European Convention on Human Rights'', *in* A. BURROWS, D. JOHNSTON and R. ZIMMERMANN (*eds.), Judge and jurist: essay in memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, *Oxford University Press*, 2013, pp. 575-590; B. MILTNER, "Revisiting extraterritoriality after Al Skeini: the ECHR and its

Dans d'autres arrêts, la question de la juridiction reste confondue avec celle de l'imputation. Il en est ainsi dans l'arrêt *Loizidou c/ Turquie*, auquel on reviendra. C'est le cas aussi dans la décision sur la recevabilité de l'affaire *Isaak*[893]. Dans cette affaire, il s'agissait des violations de la Convention commises par les militaires de la « République turque de Chypre du Nord » dans la zone connue comme « buffer zone», contrôlée par la Force des Nations unies. Bien que la Turquie n'exerçait aucun contrôle dans la zone, les violations alléguées ont été considérées imputables à cet État pour la simple raison qu' un État *« may also be held accountable for a violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State »*[894]. Quelques années auparavant, le même critère avait été établi : en 2004 dans la décision *Issa*[895], et en 2003 dans l'affaire *Ocalan*[896]. Dans ce dernier arrêt, l'arrestation du leader du PKK par des agents turcs dans la zone internationale de l'aéroport de Nairobi fut considérée suffisante pour imputer à la Turquie toutes les violations commises à partir de ce moment. Ces exemples montrent une tendance jurisprudentielle à absorber la question de la juridiction dans celle de l'imputation. Autrement dit, l'existence de la juridiction semble aboutir à une sorte de présomption d'imputabilité des violations à l'État[897].

---

lessons", *Michigan Journal of International Law*, 2012, vol. 33, n° 4, pp. 627-691; I.-K. PANOUSSIS, "L'application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme en Irak: arrêts *Al Skeini et Al Jedda c/ Royaume-Uni*, 7 juillet 2011", *RTDH*, 2012, vol. 23, n° 91, pp. 647-670; M. MILANOVIC, "*Al Skeini and Al Jedda* in Strasbourg", *European Journal of International Law*, 2012, vol.23, n° 1, pp. 121-139; P.-F. LAVAL, "A propos de la jurisdiction extraterritoriale de l'État : observations sur l'arrêt Al Skeini de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *RGDIP*, 2012, vol. 116, n° 1, pp. 61-88 ; F. NAERT, « The European Court of Human Rights Al Jedda and Al Skeini judgements : an introduction and some reflections », *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, 2011, vol. 50, n° 3-4, pp. 315-320.

[893] Cour EDH, 28 septembre 2006, *Isaak c. Turquie*, req. No 44587/98.

[894] *Idem*, point 103 et ss.

[895] Cour EDH, 16 novembre 2004, *Issa c. Turquie*, req. No. 31821/96 (concernant des violations de la Convention prétendument subies par des citoyens irakiens d'origine kurde en territoire irakien auprès de la frontière turque). Au para. 71 de l'arrêt on trouve la même affirmation citée dans le texte; cependant, selon la Cour, ladite situation n'avait pas été étayée par les requérants (voir paras. 78-81).

[896] Cour EDH, 12 mars 2003, *Ocalan c. Turquie*, requête No. 46221/99.

[897] Voir à ce propos, l'analyse de P. DE SENA, « juridiction étatique et imputation des violations extraterritoriales des droits de l'homme : quelques observations », *in* D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUILLE et J.-E. VINUALES (*éds*.), *Unité et diversité du droit international, écrits en l'honneur du Professeur Pierre Marie Dupuy, supra* note 62, p. 796.

Cet état de la jurisprudence a conduit la Cour à apporter quelques éclaircissements.

2. Éclaircissements sur la distinction juridiction et imputation de responsabilité

C'est finalement avec l'arrêt *Catan*[898] que le juge a éclairci sa position, jadis ambiguë et largement critiquée par la doctrine. La Cour a, en effet, cherché à expliquer en quoi les concepts de juridiction et d'attribution de responsabilité sont distincts. Au point 115 de l'arrêt *Catan*, la Cour affirme que « *Les critères permettant d'établir l'existence d'une juridiction au sens de l'article 1 de la Convention n'ont jamais été assimilés aux critères permettant d'établir la responsabilité d'un État concernant un fait internationalement illicite au regard du droit international général »*[899].

En d'autres termes, la Cour ne peut partir du principe qu'un État ayant juridiction est automatiquement responsable à raison des violations alléguées des exigences de la Convention. À l'inverse, l'absence de juridiction territoriale ne signifie pas que l'État ne portera jamais de responsabilité s'agissant des actes qu'il a provoqués, au moins au regard du droit international général. La jurisprudence de la Cour a été critiquée parce qu'elle créerait une incertitude, voire une confusion entre ces deux concepts. L'argument de la Cour a été de dire qu'elle ne peut procéder autrement dans le cadre de l'article 1 de la Convention, car, selon le sens ordinaire de cette disposition, la question préalable à remplir pour qu'elle recherche s'il y a responsabilité est qu'il soit établi que l'État défendeur a juridiction. Dans cette logique, la juridiction est une condition *sine qua non* à l'examen de l'attribution de responsabilité. Elle doit avoir été exercée pour qu'un État contractant puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention.

[898] Cour E.D.H., 19 octobre 2012, *Catan et autres c/ Moldavie et Russie*, req. N° 43370/04, 8252/05 et 18454/06.
[899] *Idem*, point 115. Voir aussi Cour EDH, 20 novembre 2014, *Jaloud c/ Pays-Bas*, req. N° 47708/0, point 154.

Les deux opérations sont distinctes, quoique parfois confondues. La notion de juridiction[900] revient à se poser la question suivante : une personne se prétendant victime d'une violation de la Convention EDH se trouvait-elle au moment des faits sous le contrôle des autorités de l'État défendeur[901], que cet État ait agi par l'entremise d'une organisation internationale avec ou sans personnalité juridique[902], d'un organe commun à un autre État, de ses organes de droit situés en territoire national ou à l'étranger[903], ou de ses organes de fait situés en territoire national[904] ou étranger[905]? Cela revient pour la Cour EDH à se poser la question de sa compétence *ratione loci* et ratione personae. La question de l'imputation, quant à elle, est une question non plus de recevabilité, mais de responsabilité, donc de fond : un fait (indépendamment de l'examen de son illicéité) qui affecte une personne se trouvant sous la juridiction de l'État défendeur peut-il lui être attribué ? En droit de la responsabilité, lorsqu'un État veut mettre en œuvre la responsabilité d'un autre État, il devra prouver que le fait en cause lui est imputable, donc à l'exclusion de toute question de juridiction. Les deux questions interviennent donc à des stades différents de raisonnement : est-ce que tel fait relève de la juridiction de l'État (question de

[900] Sur des études doctrinales sur la notion de juridiction d'une manière générale, voir T. MERON, "Extraterritoriality of Human Rights Treaties", *AJIL*, 1995, vol. 89, pp. 78-82 ; E. DECAUX, *Le territoire des droits de l'homme*, *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, *Bruylant*, 1995, pp. 65-78 ; M. GONDEK, "Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?", *Netherlands International Law Review*, 2005, vol. 52, p. 349-387 ; O. DE SCHUTTER, "Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights", *Baltic Yearbook of International Law*, 2006, vol. 6, pp. 185-247 ;; H. KING, "The Extraterritorial Human Rights Obligations of States", *Human Rights Law Review*, 2009, vol. 9, n° 4, pp. 521-556 ; S. MILLER, "Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention", *European Journal of International Law*, 2009, vol. 20, n° 4, pp. 1223-1246 ; G.-S. GOODWIN-GUILL, "The Extra-Territorial Reach of Human Rights Obligations", *in* L. BOISSON DE CHAZOURNES & M.-G. KOHEN (*dir.*), *International Law and the Quest for its Implementation/Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre*: Liber amicorum *Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2010, p. 293 ; R. NIGRO, "The Notion of "Jurisdiction" in Article 1: Future Scenarios for the Extra- Territorial Application of the European Convention on Human Rights", *Italian Yearbook of International Law*, 2010, vol. 20, pp. 11-30 ; P. DE SENA, "The notion of contracting parties jurisdiction under article 1 of the ECHR: some marginal remarks on Nigro's paper", *Italian Yearbook of International Law*, 2010, vol. 20, pp. 75-82; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, *Oxford University Press*, 2011.

[901] L.-E. PETTITI, *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, *Economica*, 1999, 2e éd, p. 136.

[902] Voir Cour. EDH, 4 juillet 2000, *Senator Lines c/ 15 Etats-Membres de l'Union européenne*, req. N° 56672/00.

[903] Commission EDH, req. N° 1611/62, *Ann.*, vol. VIII, p. 159 et 169.

[904] Commission EDH, 23 novembre 1993, *Affaire A c/ France,* A. 277 B, point 168.

[905] Commission EDH, 19 mars 1991, *Affaire Stocké c. / RFA*, A. 199, point 168.

recevabilité)? Si oui, un tel fait est-il imputable à l'État (question de fond) ? Les deux questions sont donc complémentaires et non synonymes, même si la Cour, dans sa jurisprudence, n'a pas toujours distingué entre les deux étapes[906]. Par conséquent, on peut envisager que la victime d'une violation soit sous la juridiction d'un État défendeur sans que le fait en cause lui soit imputable.

Il convient maintenant de soulever que ces deux opérations font appel à la notion d'État. Déterminer la juridiction de l'État permet d'étendre le bénéfice de la protection des droits de l'homme partout où un État partie exerce en droit ou en fait des prérogatives de puissance publique. Si l'exercice en droit de telles prérogatives ne pose pas de problème, car étant circonscrit dans les limites territoriales de l'État, l'exercice en fait permet d'étendre la notion spatiale d'État. Ce qui compte dans cette opération c'est la présence factuelle de l'État au-delà de ses propres limites territoriales. Et, cette présence ne saurait être présumée. Elle doit résulter de l'analyse d'un certain nombre de critères, notamment celui du contrôle. Dans le même sens, la deuxième opération (déterminer la responsabilité de l'État au regard des règles d'imputation) fait appel également (et logiquement) à la notion factuelle d'État. En effet, un État ne peut être tenu responsable des violations de la convention commises en dehors de son territoire que si de telles violations lui sont imputables. On revient, dans ce cadre, aux règles coutumières du droit de la responsabilité. Mais, la Cour en fait un traitement qui le particularise par rapport à la CIJ. Au final, il convient de s'intéresser à la notion factuelle d'État issue de l'opération d'imputation et de celle consistant à déterminer la juridiction de l'État.

B. La notion factuelle d'État issue de la jurisprudence de la Cour EDH

La jurisprudence européenne fournit un terrain sur lequel la notion factuelle de l'État est extensive. À cet effet, la Cour adopte un critère large permettant, à chaque fois que de besoin, d'identifier la présence factuelle de l'État, fut-ce au-delà de ses frontières. Il s'agit du critère du contrôle global. La notion d'État est, dans ce cadre, étendue à toutes les activités non étatiques en apparence, mais que les autorités étatiques contrôlent de manière globale. Toutefois, il convient de préciser que

[906] Voir Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, req. N° 14038/88, points 86 et 91.

l'hypothèse dont il est question est relative à celle dans laquelle un État agit au-delà de ses frontières non pas à travers ses propres organes *de jure,*[907] mais à l'aide d'une administration locale subordonnée. La définition de l'État résultante de cette hypothèse peut être mise en lumière à travers l'analyse d'un certain nombre d'affaires relatives à la Turquie (1), à la Russie (2) et récemment le conflit au Haut-Karabakh (3).

1. Les affaires chypriotes : une approche très souple de la notion factuelle d'État

On peut soulever deux affaires contre la Turquie interpellant une définition factuelle de l'État : il s'agit de l'affaire *Loizidou*[908]*(*a), puis de l'affaire interétatique Chypre c/ Turquie[909] (b).

a. L'affaire *Loizidou*

L'affaire *Loizidou* est l'acte 1 du mouvement jurisprudentiel impliquant une définition factuelle de l'État au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. La requérante dans cette affaire, Mme Loizidou, a demandé à la Cour de déclarer (entre autres) que la Turquie a violé son droit de propriété prévu par l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention EDH. La requérante s'est plainte d'être encore empêchée de retourner dans le nord de Chypre où elle serait propriétaire d'un certain nombre de parcelles. Dans un passage intitulé « la question de l'imputabilité », la Cour s'est demandé si l'empêchement allégué était imputable à la Turquie. Face à l'argumentation de l'État défendeur consistant à prétendre que les faits ont été commis par la RTCN, qui est selon lui un État indépendant, la Cour s'est référée « aux principes de la responsabilité de l'État en droit international ». Pour

[907] Hypothèse d' *Al Skeini,*et d' *Al Jedda*.
[908] Cour EDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie (exceptions préliminaires)*, *supra* note 120, pp. 4-34 et Cour EDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c/ Turquie (fond*), req. N° 15318/89, *Rec*. 1996-IV, pp. 2217-2240.
[909] Cour EDH, 10 mai 2001, *Chypre c/ Turquie*, req. N° 00025781/94.

déterminer la présence factuelle de la Turquie par l'entremise de la RTCN, la Cour fait donc recours aux règles d'imputation. Déjà, elle note que :

> « *La notion de juridiction au sens de l'article 1 de la Convention ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes. (..) Une partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire, elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. (...) L'obligation d'assurer, dans une telle région, le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement par l'intermédiaire des forces armées de l'État concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée »*[910].

Elle ajoute que :

> *« Il ne s'impose pas de déterminer si, comme la requérante et le gouvernement chypriote l'avancent, la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions des autorités de la RTCN. Le grand nombre de soldats participants à des missions actives dans le nord de Chypre atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île. D'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la RTCN. Les personnes touchées par cette politique ou ces actions relèvent donc de la juridiction, de la Turquie aux fins de l'article 1 de la Convention »*[911].

On voit dans ces deux passages que la Cour traite, simultanément, des questions de responsabilité et la juridiction. Mais, ce n'est pas ce qui nous occupe. Ce qu'il convient de relever, c'est la logique d'imputation d'un fait de particuliers à un État. C'est bien de cela qu'il s'agit au regard d'une précision ultérieure apportée dans une affaire interétatique entre la Chypre et la Turquie[912]. L'interprétation du critère

---

[910] Cour EDH, *Loizidou c/ Turquie (exceptions préliminaires)*, *supra* note 120, p. 6, point 62.

[911] Arrêt du 18 décembre 1996 (fond), *supra n*ote 908 , point 56.

[912] Cour EDH, 10 mai 2001, *Chypre c/ Turquie*, *supra*, note 909. Aux paragraphes 76 et 77, le juge revenant sur l'affaire *Loizidou* précise que « certes, dans l'affaire Loizidou, la Cour traitait du grief d'un particulier relatif au refus continu des autorités de l'autoriser à accéder à ses biens. Il convient toutefois de noter que le raisonnement de la Cour revêt la forme d'une déclaration de principe quant a la responsabilité de manière générale de la Turquie au regard de la Convention à raison des mesures et actes des autorités de la RTCN. Étant donné que la Turquie exerce en pratique un contrôle global sur le Nord de Chypre, sa responsabilité ne saurait se circonscrire aux actes commis par ses soldats ou fonctionnaires dans cette zone mais s'étend également aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire et autres ».

d'imputation est, dès lors, souple, prenant le contre-pied de la jurisprudence de la CIJ. Toutefois, ce critère souple du contrôle global avancé dans cette affaire reste flou et imprécis dans son contenu. En particulier, la Cour n'a pas clarifié si son affirmation de l'imputation était fondée sur un simple pouvoir de la Turquie de contrôler la politique des autorités de la RTCN ou plutôt sur l'exercice du contrôle global dans la planification ou de la participation à la planification des agissements de la RTCN. Si l'on opte pour la première branche, la conclusion sera que le critère de contrôle global adopté par la Cour est plus souple que celui adopté par le TPIY dans l'affaire *Tadic*[913]. La rapidité du raisonnement est un peu surprenante à ce niveau. En tout état de cause, on assiste à une définition extensive de la notion factuelle d'État au sens de la Convention EDH. Il suffit qu'il ait un contrôle global des autorités étatiques (sans pour autant définir les modalités de ce contrôle) pour que la présence factuelle de l'État soit établie aux fins des règles d'imputation.

b. L'affaire Chypre c/ Turquie

L'affaire *Chypre c/ Turquie*[914] est la première affaire interétatique ayant abouti à un arrêt, après l'entrée en vigueur du protocole n° 11 à la Convention. Au-delà de ce poids symbolique, elle présente un intérêt particulier au regard du droit international, à travers la question des disparitions forcées, des personnes déplacées, des effets de la discrimination au regard de l'article 3 de la Convention[915]et, plus récemment, des questions de satisfaction équitable[916]. Elle

[913] En effet, dans l'affaire Tadic, le TPIY a spécifié très clairement, que le contrôle global « va au-delà du simple financement et équipement de ces forces et comporte également une participation à la planification et à la supervision des opérations militaires » (*supra* note 867, point 154) alors qu'il semble que dans l'affaire Loizidou, le contrôle global de la part de la Turquie est fondé de façon tout à fait générique sur la présence militaire turque dans le territoire de Chypre du Nord. A ce propos, voir P. DE SENA, « juridiction étatique et imputation des violations extraterritoriales des droits de l'homme : quelques observations », *supra* note 897, p. 798; M. MILANOVIC, « from compromise to principle : clarifying the concept of State jurisdiction in Human Rights Treaties », *Human Rights Law Review*, 2008, vol. 8, n° 3, pp. 438-441 et 444-445.

[914] *Supra* note 909.

[915] Voir commentaires: E. DELAPLACE, « Note sous Cour EDH, 10 mai 2001, *Chypre c/ Turquie* », *JDI*, 2002, n° 1, pp. 289-292; F. HOSMESTER, *in AJIL*, 2004, vol. 96, n° 2, pp.445-452; L.-G. LOUCAIDES, "The judgement of the European Court of Human Rights in the case of Cyprus vs Turkey", *Leiden Journal of International Law*, 2002, vol. 15, n° 1, pp. 225-236.

n'est pas innovante en ce qui concerne l'identification factuelle de l'État. Elle ne fait que reprendre le précédent *Loizidou*, qu'il qualifie d'arrêt de principe. En effet, selon la Cour,

> « *Il convient toutefois de noter que le raisonnement de la Cour revêt la forme d'une déclaration de principe quant à la responsabilité de manière générale de la Turquie au regard de la Convention à raison des mesures et actes des autorités de la RTCN étant donné que la Turquie exerce en pratique un contrôle global sur le nord de Chypre, sa responsabilité ne saurait se circonscrire aux actes commis par ses soldats ou fonctionnaires dans cette zone, mais s'étend également aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire et autres* »[917].

S'appuyant sur la notion d'« ordre public européen » à laquelle elle avait fait référence dans l'affaire *Loizidou* (exceptions préliminaires), la Cour considère que toute solution contraire introduirait une « *lacune regrettable dans le système de protection des droits de l'homme dans cette région* »[918]. Cette argumentation fondée sur la notion de *vacuum juris*, même si elle vise à assurer l'effectivité des mécanismes de protection de la Convention, ne nous paraît pas très convaincante pour justifier l'imputation des actes à la Turquie[919]. La Cour ne s'adonne pas à une analyse factuelle du contrôle global comme l'avait fait le TPIY. La logique reste donc extensivement souple. Peut- être, c'est le cas spécifique des rapports entre la Turquie et l'État fantoche de la RTCN qui nécessite ce traitement spécifique. En est-il de même lorsque la Cour a eu à faire avec un autre État, en l'occurrence la Russie ?

---

[916] Cour EDH, 12 mai 2014, *Chypre c/ Turquie, (satisfaction équitable*), req. N° 25781/94; voir commentaires : S. PLATON, « quand les racines internationales de la Cour européenne des droits de l'homme lui donnent des ailes : la consécration du droit à l'indemnisation dans les affaires interétatiques », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2014, n° 17; A.-D. LOTT, ''Cyprus vs Turkey : just satisfaction and acts of agression'', 2014, vol. 18.

[917] Arrêt du 10 mai 2011, *supra* note 912, points 76 et 77.

[918] *Idem*, point 78.

[919] Voir P. TAVERNIER, « en marge de l'arrêt *Chypre contre la Turquie* : l'affaire chypriote et les droits de l'homme devant la Cour de Strasbourg », *RTDH*, 2002, vol. 13, n° 52, p. 820.

2. Les affaires contre la Russie: une approche souple de la notion factuelle d'État.

Il s'agit principalement des affaires transnistriennes à savoir *Ilascu*[920] (a) et Catan[921] (b). Il convient de noter que récemment une requête interétatique a été introduite par l'Ukraine contre la Russie et soulevant la question de l'identification factuelle de la Russie dans le conflit ukrainien (c).

a. L'affaire *Ilascu*

Il s'agit, en l'espèce, d'une requête de quatre ressortissants moldaves dirigée contre la République de Moldavie et la Fédération de Russie, visant essentiellement des actes commis par les autorités de la « République moldave de Transnistrie [922]» (RMT), une entité séparatiste contrôlant une partie du territoire de la Moldavie. Là aussi, il s'agissait de l'imputation à la Russie d'actes commis par les séparatistes transnistriens sous contrôle russe. La Cour s'est notamment rapportée aux affaires *Loizidou*[923] et *Chypre c. Turquie*[924] pour réitérer la pertinence du contrôle global, dans l'imputation à l'État d'actes illicites commis par des particuliers sous son contrôle. La réitération de ce critère souple d'identification factuelle de l'État sert à éviter, comme en l'espèce, des situations de non-droit et, surtout, répondre à des exigences spécifiques à certaines matières, dont particulièrement la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à la fois en temps de guerre et en temps de paix. Selon la quasi-totalité des juges, il n'y a aucun doute raisonnable sur le fait que l'armée russe stationnée sur le territoire moldave a combattu avec et pour le compte des forces séparatistes et que la RMT survivait et continue de survivre grâce au soutien militaire, économique, politique et financier de la Fédération de Russie.

[920] Cour EDH, 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c/ Moldavie et Russie*, *supra* note 481.
[921] *Supra* note 898.
[922] République autoproclamée à Tiraspol en 1990, mais jamais reconnue par la communauté internationale.
[923] Voir *supra*, note 120.
[924] Voir *supra*, note 909.

Il faut soulever dans cet arrêt, que la démarche est un peu différente de celle développée dans *les affaires Loizidou et Chypre c/ Turquie.* On a tantôt évoqué la trop grande souplesse du contrôle global opéré par le juge dans les précédentes affaires. En effet, la Cour n'avait pas cherché dans les détails l'implication de la Turquie. Elle avait évoqué dans ces affaires, le contexte général se rapportant aux opérations militaires menées par la Turquie dans le nord de Chypre. La Cour s'était bornée à relever la forte présence militaire turque sur le Territoire du nord de Chypre, ce qui lui avait permis de conclure à l'existence d'un contrôle suffisant pour imputer au gouvernement défendeur la responsabilité des faits allégués[925]. Mais, dans l'affaire *Ilascu*, le juge s'est engagé, cette fois-ci, dans une analyse de faits extrêmement minutieuse, qui met l'accent à la fois sur l'assistance fournie par l'armée russe et sur la participation effective des militaires russes aux évènements concrets dénoncés par les requérants. Presque, la moitié de la décision, déjà exceptionnellement longue, est consacrée aux questions de fait qui sont détaillées sur la base des documents fournis par les parties, mais aussi des témoignages directement recueillis suite à une enquête sur place ordonnée par la Cour[926]. Ainsi la Cour redresse les aspérités de *Loizidou*, en raison de l'imprécision du contrôle global qui a été expérimenté dans ledit arrêt, et du coup, elle se rapproche du TPIY. On constate qu'ainsi à l'approche très souple développée dans les affaires contre la Turquie, la Cour adopte une approche moins souple qui se rapproche davantage de celle développée par Le TPIY. L'identification factuelle de l'État passe donc par le canal du critère du contrôle global, mais un contrôle global plus circonscrit, se fondant essentiellement sur des données factuelles et non sur des considérations générales. Cette nouvelle ligne jurisprudentielle sera reprise dans l'affaire *Catan*.

[925] Voir notre analyse, *supra* p. 266 et ss.

[926] Voir, I. PETCULESCU, « droit international de la responsabilité et droits de l'homme : à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire *Ilascu et autres c. la République de Moldova et la Fédération de Russie* », *RGDIP*, 2005-3, p. 581 et ss.

b. L'affaire *Catan*

L'arrêt *Catan*[927] s'inscrit dans la droite ligne de l'arrêt *Ilascu*, mais avec une nette amélioration qualitative de taille : celle du traitement différent de la question de la juridiction et de l'imputation. Un autre élément est aussi à noter : l'usage du terme « contrôle effectif ». Toutefois, les apparences peuvent paraitre trompeuses. En effet, la nette distinction entre imputabilité et juridiction n'a pourtant pas conduit à un rapprochement avec la jurisprudence de la CIJ concernant les critères d'imputation. La Cour procède à une attribution en bloc de l'ensemble des violations dès l'instant que la juridiction de l'État a été établie. En effet, de l'avis de la Cour, même s'il n'y a aucune preuve de participation directe des autorités russes dans le comportement visé comme violant la Convention, la responsabilité de la Russie est engagée dès l'instant qu'il est établi qu'elle exerce sa juridiction en raison de son soutien militaire, économique et continu à la « RMT ». Il n'y a donc pas lieu de déterminer si la Russie exerçait un « contrôle précis » sur les politiques et les actes de l'administration locale subordonnée, comme l'aurait fait la CIJ. Il s'agit donc d'une imputation basée sur le contrôle global qu'exerce la Russie sur les autorités transnistriennes. En d'autres termes, en l'espèce, il y'a une présence factuelle de l'État, donc il y a juridiction de l'État et imputabilité à l'État[928].

Par ailleurs, l'usage dans l'arrêt du terme « contrôle effectif » ne renvoie pas au contrôle effectif tel que l'a défini la CIJ. Ceci n'est d'ailleurs pas nouveau. Le juge de Strasbourg utilise l'expression « contrôle effectif » depuis l'arrêt *Bankovic*[929].

---

[927] *Supra*, note 898.

[928] On peut en effet lire aux points 149 et 150 de l'arrêt que : « *149. La Cour observe qu'il n'y a aucune preuve d'une participation directe d'agents russes aux mesures prises contre les requérants. De même, rien n'indique que la Fédération de Russie soit intervenue dans la politique linguistique de la « RMT » en général ou qu'elle l'ait approuvée. De fait, c'est grâce aux efforts de médiateurs russes, agissant de concert avec des médiateurs ukrainiens et de l'OSCE, que les autorités de la « RMT » ont autorisé les écoles à rouvrir en tant qu'« établissements scolaires privés étrangers » (paragraphes 49, 56 et 66 ci-dessus). 150. Cela étant, la Cour a établi que la Russie exerçait un contrôle effectif sur la « RMT » pendant la période en question. Eu égard à cette conclusion, et conformément à la jurisprudence de la Cour, il n'y a pas lieu de déterminer si la Russie exerçait un contrôle précis sur les politiques et les actes de l'administration locale subordonnée (paragraphe 106 ci-dessus). Du fait de son soutien militaire, économique et politique continu à la « RMT », laquelle n'aurait pu survivre autrement, la responsabilité de la Russie se trouve engagée au regard de la Convention à raison de l'atteinte au droit des requérants à l'instruction. Dès lors, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 2 du Protocole no 1 à la Convention par la Fédération de Russie* ».

[929] Voir *supra*, note 886.

Toutefois, la Cour emploie la terminologie du « contrôle effectif » tout en lui prêtant une définition plus proche de celle du « contrôle global » et de ses effets (attribution « en bloc » à l'État de tous les comportements de l'autorité locale subordonnée), ce qui est différent de l'approche de la CIJ qui utilise la même expression. Une fois le « contrôle effectif » établi, elle engage la responsabilité de l'État pour tous les actes commis par l'entité locale subordonnée. Il n'est pas question de rechercher, comme le fait la CIJ, la preuve d'un contrôle spécifique sur chacun des actes en question afin de pouvoir les attribuer et *in fine*, en faire porter la responsabilité à l'État.

Au final, l'arrêt *Catan* précise et confirme la définition factuelle extensive de l'État. L'État est tout ce qu'il contrôle de manière globale. Il suffit qu'il apporte un soutien militaire, politique, économique et financier à une entité au-delà de sa frontière, pour étendre sa juridiction et se voir appliquer les règles d'imputation de responsabilité. L'État n'est donc pas seulement ce qu'il est. Il est aussi ce qu'il contrôle, au regard de l'article 1 de la Convention EDH. Cette définition factuelle de l'État ne devrait pas être abandonnée. La Cour est, en effet, appelée à l'appliquer de nouveau dans les requêtes introduites contre la Russie et portant sur le conflit ukrainien.

c. Affaires en instance : *Ukraine c/ Russie*

Trois requêtes interétatiques introduites par l'Ukraine contre la Russie sont actuellement pendantes devant la Cour. L'affaire *Ukraine c. Russie*[930] introduite le 13 mars 2014, a trait aux événements ayant abouti et faisant suite à la prise de contrôle de la péninsule de Crimée par la Fédération de Russie à compter de mars 2014, ainsi qu'aux développements ultérieurs dans l'est de l'Ukraine jusqu'au début du mois de septembre 2014. L'affaire *Ukraine c. Russie (II)*[931] introduite le 13 juin 2014, porte, quant à elle, sur l'enlèvement allégué de trois groupes d'enfants dans l'est de l'Ukraine et leur transfert temporaire en Russie à trois occasions entre juin et août 2014. Une autre affaire interétatique, *Ukraine c. Russie (III)*[932] a, quant à elle, été

[930] Req. N° 20958/14 ; voir communiqué de presse Cour. EDH, 345 (2014) du 6 novembre 2014.
[931] Req. N° 43800/14.
[932] Req. N° 49537/14.

rayée du rôle de la Cour le 1er septembre 2015. La décision a été adoptée après que le gouvernement ukrainien eut informé la Cour qu'il ne souhaitait plus maintenir la requête, dans la mesure où une requête individuelle (n° 49522/14) portant sur le même sujet était pendante devant la Cour. L'affaire concernait la privation de liberté ainsi que les allégations de mauvais traitements d'un ressortissant ukrainien appartenant au groupe ethnique des Tatars de Crimée, dans le cadre de poursuites pénales conduites à son encontre par les autorités russes.

Outre les requêtes interétatiques, plus de 1400 requêtes individuelles manifestement liées aux événements en Crimée ou aux hostilités dans l'est de l'Ukraine sont actuellement pendantes devant la Cour[933].

Dans ses observations dans *l'affaire Ukraine c. Russie (IV)*[934] qui porte principalement sur la période postérieure à septembre 2014, le gouvernement ukrainien soutient que la Russie a exercé et continue d'exercer un contrôle effectif sur la Crimée et – en y contrôlant les séparatistes et groupes armés – un contrôle *de facto* sur les régions de Donetsk et Louhansk. Selon le gouvernement ukrainien, la Russie est, à ce titre, responsable de multiples violations de la Convention européenne des droits de l'homme dans ces zones relevant de sa juridiction. Cette argumentation rappelle, à juste titre, l'identification factuelle de l'État russe dans le conflit opposant l'armée ukrainienne aux forces séparatistes de l'est du pays. La Cour est ainsi appelée, une fois de plus, au regard des règles d'imputation d'identifier la présence factuelle de la Russie dans le conflit à travers le critère du contrôle global.

[933] Voir état du rôle de la Cour sur http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fra (consulté le 09 octobre 2015).

[934] Req. N° 42410/15 qui est la dernière requête en date, introduite par le gouvernement ukrainien contre la Fédération de Russie, le 27 août 2015 ; voir Communiqué de presse Cour EDH 296 (2015) du 1er octobre 2015.

3. Les affaires récentes sur le conflit au Haut-Karabakh

La Cour EDH a rendu le 16 juin 2015 ses deux premiers arrêts concernant le Haut-Karabakh. Il s'agit d'un conflit vieux de presque trente ans qui soulève devant la Cour, la question de la juridiction des États. Alors que l'arrêt *Minas Sargsyan*[935] est venu clarifier la question des réserves d'exclusion territoriale, l'arrêt *Chiragov*[936], a apporté quelques éclaircies sur l'identification factuelle de l'État en dehors de son territoire, par le biais d'une administration locale subordonnée. Prouver la présence factuelle de l'Arménie revient pour la Cour à recourir au critère du contrôle, comme elle l'a fait dans sa jurisprudence antérieure. Dès l'entame de son analyse sur la juridiction[937], la Cour rappelle les principes généraux, tout en reliant la question de la juridiction et celle de l'imputation comme deux opérations complémentaires. En effet, on peut lire au point 167 de l'arrêt que :

> « *Si la compétence juridictionnelle d'un État est principalement territoriale, la notion de juridiction au sens de l'article 1 de la Convention ne se circonscrit pas au seul territoire national des Hautes Parties contractantes ; la responsabilité de l'État peut entrer en jeu à raison d'actes ou d'omissions imputables à ses organes et déployant leurs effets en dehors de son territoire national* »[938].

Ainsi établie, la Cour part à la recherche d'un « contrôle global » des autorités arméniennes sur le Haut-Karabakh. Seulement, l'impression qui se dégage de cet arrêt, c'est une certaine distanciation par rapport à la jurisprudence antérieure. Tout d'abord, la technique de détermination du « contrôle effectif »[939] n'est plus la même. Dans le mouvement jurisprudentiel inauguré par la jurisprudence *Loizidou*, l'élément principal était l'ampleur de la présence militaire de l'État sur place. On se rappelle, en effet, dans l'affaire *Loizidou*, la Cour s'était fondée sur le grand nombre de soldats participants à des missions actives dans le nord de Chypre pour conclure que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île[940]. Dans l'affaire *Ilascu*, la Cour avait relevé la présence d'unité militaire de la 14e armée

[935] Cour EDH, 16 juin 2015*, Minas Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, req. N° 40167/06.
[936] Cour EDH, 16 juin 2015, *Elkan Chiragov et autres c. Arménie*, req. N° 13216/05.
[937] Partie IV de l'arrêt, points 167 et ss.
[938] *Ibidem.*
[939] Qui comme on l'a rappelé est en effet un contrôle global.
[940] *Supra* note 120.

de l'URSS en Transnistrie[941]. La même analyse a été reprise dans les affaires *Chypre c/ Turquie*[942] et *Catan*[943]. À cet élément principal qui est d'ordre quantitatif, le juge de Strasbourg ajoutait, comme éléments complémentaires permettant d'identifier la présence factuelle de l'État, le soutien militaire, économique et politique apporté à l'administration locale subordonnée. Cette démarche est résumée par la Cour comme suit:

> *« La question de savoir si un État contractant exerce ou non un contrôle effectif hors de ses frontières est une question de fait. Pour se prononcer, la Cour se réfère principalement au nombre de soldats déployés par l'État sur le territoire en cause. D'autres éléments peuvent aussi entrer en ligne de compte, par exemple la mesure dans laquelle le soutien militaire, économique et politique apporté par l'État à l'administration locale subordonnée assure à celui-ci une influence et un contrôle dans la région »*[944].

Toutefois, même si la même formule est reprise dans l'arrêt *Chiragov*[945], le juge s'en écarte sensiblement. En effet, la Cour reconnaît que les documents dont elle dispose ne lui permettent pas de déterminer de manière certaine la composition des forces armées qui ont occupé et contrôlé le Haut-Karabakh et les sept districts voisins. De ce fait, de façon lapidaire sans réelle justification, elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire de trancher cette question[946]. Or, comme le souligne le juge P. De Albuquerque dans ses opinions séparées, *« cet élément factuel est crucial* »[947] et la Cour ne saurait le balayer d'un revers de main. Quoi qu'il en soit, ce qui fut l'élément principal permettant d'identifier la présence factuelle d'un État fait défaut en l'espèce. Et le juge ne s'en réjouit pas pour affirmer

---

[941] Dans l'arrêt *Ilascu* et autres (supra note 481), la Grande Chambre a estimé établi « *au-delà de tout doute raisonnable » (§ 26) que le soutien manifesté par les troupes de la 14e armée aux forces séparatistes et le transfert massif d'armes et de munitions de l'arsenal de la 14e armée aux séparatistes plaçaient l'armée moldave dans une situation d'infériorité l'empêchant de reprendre le contrôle de la Transnistrie. Elle a noté que le 1er avril 1992, le président de la Fédération de Russie avait officiellement transféré la 14e armée sous le commandement de la Fédération de Russie, la 14e armée devenant ainsi le « Groupement opérationnel des forces russes dans la région transnistriennes de la Moldova* » (GOR). Elle a ensuite décrit les activités militaires menées par le GOR pour soutenir les séparatistes.

[942] *Supra* note 909, point 113.

[943] *Supra* note 898 , points 19 et 118.

[944] *Idem*, point 107.

[945] Voir point 107 de l'arrêt *Chiragov*, *supra* note 936.

[946] Voir point 180 de l'arrêt.

[947] Voir opinions séparées, jointes à l'arrêt, p. 149.

l'absence de « contrôle global» de l'État sur l'administration locale hors de son territoire. Elle se fondera sur les éléments *jadis* supplémentaires, qui seront en l'espèce décisifs, car supplétifs. Ceux-ci comblent, en effet, la carence de la preuve de la présence militaire importante. Ainsi, la Cour s'appuie sur les rapports et déclarations d'organisations internationales et d'autorités officielles ainsi que sur l'Accord de coopération militaire entre l'Arménie et le Haut-Karabakh » pour conclure à un soutien militaire et logistique important, ainsi qu'à un soutien économique et politique de taille. C'est sur cette base que la Cour reconnaît la juridiction extraterritoriale de l'Arménie.

Ensuite, le second écart est à relever au niveau du vocabulaire. La Cour ne se limite pas à dire que « *le Haut-Karabakh est sous le contrôle effectif de l'Arménie* », formule qu'elle utilisait dans les arrêts précédents. Elle va plus loin. Elle considère que les deux entités sont « hautement intégrées ». Ce changement de vocabulaire n'est pas anodin, notamment si on le confronte au droit international général et à la jurisprudence récente de la CIJ. Depuis la décision *Bankovic*, la Cour EDH a abandonné le terme « contrôle global » et exige que le contrôle exercé par l'État étranger soit « effectif ». Mais la Cour emploie la terminologie du « contrôle effectif » tout en lui prêtant une définition (plus proche de celle du « contrôle global ») et des effets (attribution « en bloc » à l'État de tous les comportements de l'autorité locale subordonnée) différents de ceux du « contrôle effectif » tel qu'interprété par la CIJ[948]. Une fois le « contrôle effectif » établi, elle engage la responsabilité de l'État pour tous les actes commis par l'entité locale subordonnée. Il n'est pas question de rechercher, comme le fait la CIJ[949], la preuve d'un contrôle spécifique sur chacun des actes en cause, afin de pouvoir les attribuer (et *in fine*, en faire porter la responsabilité) à l'État.

Dans l'affaire *Chiragov*, la Cour emploie encore la terminologie du « contrôle effectif », tout en semblant en réalité appliquer un autre critère : celui de la « totale dépendance » distinguée du contrôle effectif avec une très grande netteté par la CIJ dans l'affaire du *Génocide* (la Cour y définit la « totale dépendance » comme « *un degré particulièrement élevé de contrôle de l'État sur les personnes ou entités en*

[948] Voir notamment l'affaire *Catan, supra* note 898.
[949] Voir *infra* p. 279.

cause »)[950]. En effet, tout au long de son raisonnement, la Cour démontre « *la haute intégration* » du Haut-Karabakh et de l'Arménie afin de conclure que cette dernière exerce sa juridiction sur le premier. Les expressions, telles que « *hautement intégrées* » ou « *dépendance politique (…) flagrante* », témoignent d'un basculement d'un contrôle matériellement global (*Ilasçu*, *Catan*) à la constatation d'une « *totale dépendance* » de l'entité locale à l'État. La Cour ne semble pas convaincue que l'Arménie ne fait que « soutenir » les autorités de la « RKH », bien que sur une base factuelle, celles-ci doivent être considérées comme des organes *de facto* de l'Arménie.

Rien n'indique, cependant, qu'il s'agisse là d'un abandon définitif du « contrôle global » (bien qu'appelé effectif) par la Cour ; ce sont les circonstances de la présente affaire qui lui permettent de retenir cette qualification. La démarche est, d'un point de vue théorique, satisfaisante dans la mesure où l'assimilation de particuliers à des agents de l'État par le biais de la « *totale dépendance* » permet, si l'on en croit les propos de la CIJ dans l'affaire du *Génocide*, une attribution « en bloc » de tous les comportements d'organes *de facto*, sans qu'il soit besoin de démontrer, comportement par comportement, le contrôle étatique. Si la Cour ne se réfère, à aucun moment, à l'arrêt de la CIJ rendu dans l'affaire du *Génocide* et qu'elle ne dit pas, non plus, de manière explicite, qu'il faut assimiler les autorités de la « RHK » à un organe de fait de l'Arménie, c'est bien le message qui semble ressortir de cet arrêt. C'est, en tout cas, ce qui relève de l'opinion concordante de la juge Motoc dans cette affaire lorsqu'elle affirme que : « *le présent arrêt représente l'un des retours les plus marqués au droit international général ou, pour l'exprimer d'une manière plastique, au monde d'Oppenheim* »[951].

[950] *Ibidem*.
[951] Opinions concordantes de la juge Motoc dans l'affaire *Chiragov et autres c/ Arménie*, p.92.

Section 2. Vision restrictive de la notion d'État avec le critère de la totale dépendance

La Cour Internationale de Justice n'apprécie pas l'identification factuelle de l'État selon les mêmes critères que les tribunaux pénaux internationaux et la Cour européenne des droits de l'homme. Contrairement à sa consœur européenne ou aux juridictions pénales internationales, la CIJ milite en faveur d'une approche restrictive, se fondant sur le critère de la totale dépendance. Il convient, d'une part, de mettre en exergue le choix du critère de la totale dépendance (Paragraphe 1), avant de s'intéresser, d'autre part, à la notion d'État issue de l'application de ce critère (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le choix du critère de la totale dépendance par la CIJ

Du point de vue de la CIJ, seul le critère de la totale dépendance permet une définition factuelle de l'État au regard des règles d'imputation. Le choix de ce critère est justifié par la Cour qui s'éloigne ainsi de celui du « contrôle global » développé par les juridictions pénales internationales et la Cour EDH (A) et de celui du contrôle effectif qu'il considère comme inopérant pour définir l'État (B).

A. La totale dépendance n'est pas le contrôle global

La Cour n'a pas manqué de saisir l'occasion, dans son arrêt de 2007 sur le génocide[952], pour apporter quelques précisions quant à l'écart entre sa conception de l'organe *de facto* et celle développée par d'autres juridictions internationales. Cette tendance a revigoré le débat sur la fragmentation du droit international. Quoi qu'il en soit, dans notre perspective, elle renforce l'idée d'une impossible définition conceptuelle de l'État, car le critère de définition change d'un domaine à l'autre, d'un juge à l'autre.

[952] CIJ, *supra* note 240.

Dans son arrêt de 2007, le demandeur avait contesté le critère de la totale dépendance comme critère pertinent permettant une assimilation d'organes n'ayant pas le statut d'État *de jure* à l'État. Ce dernier soulevait, à cet effet, le critère du contrôle global, plus large et retenu par le TPIY dans l'affaire *Tadic*. Donc, seul l'exercice d'un contrôle global sur une entité quelconque permet l'assimilation de celle-ci à l'État et, par conséquent, une attribution en bloc de ses comportements à l'État. Mais, la CIJ ne l'entend pas de cette oreille. En effet, selon le juge mondial, elle n'est pas en mesure d'adhérer à cette « doctrine ». Tout d'abord, parce que la question ne se pose pas de la même façon. Le TPIY était appelé à se prononcer sur la notion factuelle d'État aux fins de la détermination de la nature d'un conflit armé, alors que la CIJ se prononce aux fins du droit de la responsabilité internationale; des questions différentes qui appellent donc des solutions différentes. À ce niveau, la Cour ne juge pas opportun de se prononcer sur la pertinence du critère du contrôle global. Toutefois, elle constate aussi que le TPIY utilise le même critère comme ayant vocation à s'appliquer dans le droit de la responsabilité internationale. C'est à ce niveau que se situe la discorde. Selon la Cour, le critère du contrôle global présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des États bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un État n'est responsable que de son propre comportement, c'est-à-dire de celui des personnes qui, à quelque titre que ce soit, agissent en son nom. Tel est le cas des actes accomplis par ses organes officiels et aussi par des personnes ou entités qui, bien que le droit interne de l'État ne les reconnaisse pas formellement comme tels, doivent être assimilées à des organes de l'État, parce qu'elles se trouvent placées sous sa totale dépendance. En dehors de ces cas, les actes commis par des personnes ou groupes de personnes, qui ne sont ni des organes de l'État, ni assimilables à de tels organes, ne peuvent engager la responsabilité de l'État, que si ces actes lui sont attribuables en vertu de l'article 8 du projet d'articles de la CDI. Tel est le cas lorsqu'un organe de l'État a fourni les instructions ou donné les directives sur la base desquelles les auteurs de l'acte illicite ont agi. À cet égard, le critère du contrôle global est considéré par la CIJ comme inadapté, car il distend trop, jusqu'à le rompre presque, le lien qui doit exister entre le comportement des organes de l'État et la responsabilité internationale de ce dernier.

Évacuant ainsi le critère du contrôle global comme critère pertinent de définition factuelle de l'État, la Cour apprécie aussi celui du contrôle effectif.

B. La totale dépendance n'est pas le contrôle effectif

Contrairement à ce que l'on a pu avancer, le critère du contrôle effectif ne permet pas une extension de la notion d'État à des organes *de facto*. La Cour a pris le soin de préciser que seul le critère de la totale dépendance permet l'assimilation d'un organe a priori non étatique à l'État. Le critère du contrôle effectif joue sous un autre registre.

Dans l'arrêt de 2007, la Cour a fait preuve de pédagogie, en distinguant clairement les critères de totale dépendance et de contrôle effectif. Si le premier permet une assimilation à l'État, le second ne permet nullement une telle assimilation. En effet, l'hypothèse du contrôle effectif soulève l'application de l'article 8 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États. Selon la Cour, il s'agit dans cette hypothèse de savoir si des personnes ou groupes de personnes ont agi selon les instructions ou sous le contrôle des organes officiels de l'État. À cet égard, si tel est le cas, il n'en résulterait nullement que de telles personnes ou groupes de personnes soient qualifiés d'organes de l'État, ou assimilés à de tels organes. Il en résulterait seulement que la responsabilité internationale de l'État serait engagée à raison du comportement de ses propres organes qui ont donné les instructions ou exercé le contrôle ayant entrainé la commission d'actes contraires à ses obligations internationales. En d'autres termes, il n'est pas question de rechercher si les personnes ayant directement commis l'acte litigieux agissaient en tant qu'organes de l'État ou pourraient être assimilées à de tels organes. Il s'agit de se demander si des organes *de jure* de l'État ont pu être à l'origine de l'acte litigieux en donnant des instructions aux auteurs directs ou en exerçant un contrôle effectif sur ces derniers. Le critère du contrôle effectif ne permet donc pas une assimilation d'organes non officiels à l'État, mais plutôt un engagement de la responsabilité de l'État pour le fait de ses propres organes.

Une fois ces éclaircissements faits, le juge précise ainsi sa définition factuelle de l'État qui résulte de l'application des règles de la responsabilité internationale.

Paragraphe 2. La notion factuelle d'État à travers la totale dépendance

Le critère de la totale dépendance permet d'assimiler un organe quelconque qui n'a pas le statut étatique d'après le droit interne à un organe étatique, aux fins de l'engagement de la responsabilité de l'État. La CIJ parle dans cette hypothèse d'organes *de facto*. À la différence de l'hypothèse du contrôle effectif, le critère de la totale dépendance permet donc une assimilation systématique d'une entité quelconque à l'État, faisant entrer celle-ci dans le périmètre de la notion d'État. Donc, selon la CIJ, la notion factuelle d'État regroupe toute entité qui est sous la totale dépendance des autorités officielles, contrairement au TPIY et la Cour EDH pour qui la notion d'État renvoie à toute entité sous le contrôle global desdites autorités. Une telle vision de l'État trouve ses racines dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (A) et a été raffinée par l'affaire de *l'application de la Convention sur le génocide* (B).

A. Le critère de la totale dépendance dans l'affaire des activités militaires

Dans *l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour a fait une première application du critère de la totale dépendance, permettant d'assimiler juridiquement une entité a priori non étatique à un organe de l'État. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer la responsabilité des États-Unis d'Amérique pour les actes des Contras, un groupe d'opposition armée opérant au Nicaragua. À cet égard, il revenait à la Cour de déterminer si les liens entre les Contras et le gouvernement des États-Unis étaient à tel point marqué par la dépendance, d'une part, et l'autorité, de l'autre, qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les *Contras* à un organe du Gouvernement des États-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement. Pour vérifier cette totale dépendance qui est le critère permettant d'étendre la notion d'État à des entités qui lui sont formellement étrangères, la Cour avance un certain nombre de facteurs.

Le premier est la création de l'entité en question par l'État. En effet, le fait qu'un État ait conçu, créé et organisé une entité en dehors de son territoire, semble établir, aux yeux de la Cour, une forte présomption qu'une telle entité est complètement dépendante de l'État (dont elle serait la création) et n'est que son instrument ou agent. En l'espèce, note la Cour, « *en dépit de la masse de moyens de preuves documentaires et testimoniales qu'elle a examinés, la Cour n'est cependant pas parvenue à s'assurer que l'État défendeur a "créé" la force Contras au Nicaragua* »[953]. En revanche, il ne suffit pas que l'État ait profité de l'existence d'un groupe armé irrégulier établi dans un autre État et l'ait utilisé dans ses politiques vis-à-vis de cet autre État. Il faut qu'il l'ait créé. C'est du moins la conclusion à laquelle on peut arriver à la lecture de l'arrêt lorsque la Cour souligne que :

> *« Il parait certain que des membres de l'ancienne garde nationale de Somoza ainsi que des opposants civils au régime sandiniste s'étaient repliés hors du Nicaragua peu après l'installation de ce régime à Managua et avaient tenté de continuer leur lutte contre lui, même si c'était de façon désorganisée et avec des moyens limités et inefficaces, avant que le défendeur ne tire parti de l'existence de ces opposants et n'intègre cette donnée à sa politique à l'égard du régime du demandeur »*[954].

Le second facteur est lié au caractère déterminant de l'assistance fournie par un État à la survie de l'entité en question et à la poursuite de ses activités. Il ne suffit pas que cette assistance existe. Il faut, en plus, qu'elle soit le moyen exclusif de survie de l'entité, afin que cette dernière puisse être considérée comme un organe de l'État. Cette assistance peut être multiforme : militaire, économique financier, etc. En l'espèce, la Cour relève qu'une telle assistance existe, mais elle n'est pas de nature à attester une totale dépendance des *Contras* aux États-Unis. À cet effet, la Cour part du constat que l'aide militaire des États Unis aux Contras a été interrompue après le 1er octobre 1984. Cette interruption n'a pourtant pas empêché aux *Contras* de survivre et de poursuivre leurs activités. Ce qui signifie que l'aide apportée par les États-Unis n'est pas en soi déterminante pour attester une totale dépendance des Contras sur l'État américain. La Cour tient compte du seul fait qu'à un moment donné cette aide a été interrompue sans pour autant que les Contras continuent de survivre. Autrement dit, l'assistance apportée par un État pour se voir

[953] CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *supra*, note 859, point 108.
[954] *Ibidem.*

imputer les actes d'un organe de fait est telle qu'elle soit la source de survie (économique, financière, militaire) de ce dernier. C'est ainsi que, conclut la Cour, « *Tout compte fait, les éléments dont la Cour dispose donnent à penser que les diverses formes d'assistance accordées par les États-Unis aux contras ont été essentielles pour permettre à ceux-ci de poursuivre leur activité, mais ne suffisent pas à démontrer leur totale dépendance par rapport à l'aide des États-Unis* »[955]. Ces éléments caractéristiques de l'organe *de facto*, donc de l'assimilation factuelle et juridique d'une entité établie en dehors des territoires d'un État comme organe de l'État, qui ressortent de cet arrêt ont été repris, précisés et développés dans l'affaire sur *l'application de la Convention sur le génocide*.

B. Le critère de la totale dépendance dans l'affaire sur le génocide

La Cour, dans son arrêt du 26 février 2007[956], est revenue en détail sur la notion factuelle d'État au regard des règles d'imputation. L'arrêt était très attendu[957] en raison du caractère inédit des questions qu'elle soulevait. D'une part, c'est la

[955] *Ibidem*.
[956] *Supra*, note 240.
[957] Voir d'ailleurs le foisonnement des commentaires à son sujet : Pour une analyse détaillée de cet arrêt voir : P.-M. DUPUY, « crime sans châtiment ou mission accomplie ? », *RGDIP,* 2007,n°2 pp. 243-257 ; J.-M. SOREL, « les multiples lectures d'un arrêt : entre sentiment d'impunité et sentiment de cohérence, une décision à relativiser », *RGDIP,* 2007, n° 2, pp. 259-272 ; H. ASCENSIO, « la responsabilité selon la CIJ dans l'affaire du génocide bosniaque », *RGDIP*, 2007-2, pp.285-303 ; O. CORTEN, « l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du crime de génocide (*Bosnie -Herzégovine c/ Serbie*) : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité de l'Etat pour génocide », *supra,* note 231 ; E. DAVID, « l'arrêt de la CIJ en l'affaire de l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide », *RTDH,* 2008, n° 74, pp.573-593 ; E. SAVARESE, « Complicité de l'État dans la perpétration d'actes de génocide : les notions contiguës et la nature de la norme ; en marge de la décision application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c/ Serbie Monténégro), *AFDI,* 2007, pp. 280-290. Voir aussi du côté de la littérature anglaise : A. SEIBERT-FOHR, "The ICJ judgement in the Bosnian Genocide case and beyond : a need to reconceptualise ?", *in* C-J-M. SAFFERLING and E.-A. CONZE (*eds.*), *The Genocide Convention sixty years after its adoption,* The Hague, *TMC Asser Press*, pp. 245-258; S. CLEARWATER, "Holding States accountable for the crime of crimes: an analysis of direct State responsibility for genocide in light of the ICJ's 2007 decision in *Bosnia v. Serbia*", *Auckland University law review,* 2009, n° 15, pp. 1-41; M. OTTOLENGHI and P. PROWS, "Res Judicata in the ICJ's genocide case: implication for other courts and tribunals", *Pace International Law Review*, 2009, vol. 21, n° 1, pp. 37-54; N. M. RAJKOVIC, "On bad law and good politics: the politics of the ICJ genocide case and its interpretation", *Leiden Journal of International Law*, 2008, vol. 21, n° 4, pp. 885-910.

première fois que la haute juridiction accepte de rendre, au fond, une décision portant sur une accusation aussi grave que le crime de génocide[958] (et mieux), qui serait commis par un État. D'autre part, la Cour était très attendue sur la question du critère applicable à l'extension factuelle de la notion d'État au regard des règles d'imputation, notamment après la doctrine *Tadic* et *Loizidou*[959].

Dans un premier temps, la Cour se demandait si les actes commis à Srebrenica l'ont été par des organes de l'État défendeur, c'est-à-dire par des personnes ou entités dont le comportement est nécessairement attribuable à ce dernier, parce qu'elles sont les instruments de son action. À cet égard, évacuant l'hypothèse de l'organe *de jure* (qui est juridiquement l'État), la Cour explore l'hypothèse de l'organe *de facto*. Elle s'est alors posé la question de savoir si des personnes ou groupes de personnes, qui sans avoir le statut légal d'organes de l'État, agissent en fait sous un contrôle tellement étroit d'un État qu'elles devraient être assimilées à des organes de cet État, aux fins de l'attribution nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Dans cette perspective, la Cour s'est appuyée exclusivement sur le célèbre précédent des *Activités militaires et paramilitaires du Nicaragua*[960] et plus précisément sur les passages consacrés à l'attribution des actes des *contras* aux États-Unis d'Amérique. Mais, l'analyse qu'elle en fait dans cette affaire est plus rigoureuse et plus limpide.

La Cour précise l'extension factuelle de la notion d'État aux fins du droit de la responsabilité des États[961]. En effet, selon la Cour, une personne, un groupe de personne ou une entité quelconque peut être assimilé, aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale, à un organe de l'État même si une telle qualification ne résulte pas du droit interne , lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait sous la totale dépendance de l'État dont il n'est en somme, qu'un simple instrument. En pareil cas, il convient d'aller au-delà du seul statut

[958] Elle l'avait pourtant refusé bien des années plutôt en 1966 face à l'accusation d'apartheid dirigé contre l'Union sud-africaine. CIJ, du 18 juillet 1966, *affaire du sud-ouest-africain*, *Rec. CIJ*, 1966, p. 6.
[959] Voir notre analyse *supra* p. 252 et 266.
[960] *Supra* note 859.
[961] Voir B. SAN-AKCA, ''States in disguise: causes of state support for rebel groups'', New York, *Oxford University Press*, 2016, p. 54.

juridique, pour appréhender la réalité des rapports entre la personne qui agit et l'État auquel elle se rattache[962]. La réalité l'emporte donc sur l'apparence.

En effet, selon la Cour, toute solution contraire permettrait aux États d'échapper à leur responsabilité internationale en choisissant d'agir par le truchement de personnes ou d'entités dont l'autonomie à leur égard serait une pure fiction[963]. Toutefois, une telle possibilité doit être circonscrite. En effet, la Cour souligne son caractère exceptionnel. Selon la Cour, « *l'assimilation aux organes de l'État de personnes ou entités auxquelles le droit interne ne confère pas ce statut ne peut que rester exceptionnelle* »[964]. Fort de ce constat, le juge international définit le critère de la totale dépendance ; ce qu'elle n'avait pas fait dans *l'affaire Nicaragua*. La totale dépendance suppose, en effet, que soit établi « *un degré particulièrement élevé de contrôle* » de l'État sur les personnes ou entités en cause[965]. Et, un tel degré de contrôle est apprécié à l'aune du critère de l'autonomie. En effet, de l'avis de la Cour, il suffit qu'il y ait une « *relative marge d'autonomie* » pour que le critère de la totale dépendance soit inopérationnel. À cet égard, la dépendance totale signifie que l'entité en question est « *dépourvue de toute réelle autonomie* » et qu'elle est simplement un instrument ou un agent de l'État qui agit à travers elle. L'utilisation de la monnaie ou le fait qu'une partie importante de la population de l'entité en question ait eu, ait, ou puisse revendiquer la nationalité ou la citoyenneté de l'État, ne sont pas, en eux-mêmes, des éléments suffisants pour permettre de conclure que l'entité est un « organe » de l'État. Il en va de même pour ce qui est du paiement des salaires, des pensions et d'autres avantages que peuvent percevoir les dirigeants de ladite entité.

Par ailleurs, ce qui est intéressant dans cet arrêt, c'est sa lecture parallèle à l'arrêt *Nicaragua* quant à la caractérisation de la totale dépendance. Non seulement dans l'affaire Nicaragua, le juge n'utilisait pas l'expression « réelle autonomie » comme synonyme de la totale dépendance, mais dénature aussi les facteurs d'appréciation de la totale dépendance. D'une part, le juge ne fait pas mention de l'argument de la création de l'entité par l'État. Cet argument a été déterminant dans

[962] Voir point 392 de l'arrêt (*supra* note 240).
[963] *Ibidem.*
[964] *Idem*, point 393.
[965] *Ibidem*.

l'affaire Nicaragua et a été l'un des facteurs d'appréciation de l'existence d'une totale dépendance. D'autre part, il ignore le caractère déterminant du soutien multiforme qu'apporte l'État à l'entité. Le juge note, en effet, que « *les liens politiques, militaires et logistiques entre les autorités fédérales de Belgrade et celles de Pale, entre l'armée yougoslave et la VRS, avaient été puissants et étroits et ces liens étaient sans nul doute demeurés forts* »[966]. En plus, il ajoute que le très important appui accordé par le défendeur à la République Sprska était tel que celle-ci n'aurait pu « *mener ses activités militaires et paramilitaires les plus cruciales ou les plus significatives* » [967] . Pourtant, un tel aspect avait été considéré comme « fondamental »[968] dans *l'affaire Nicaragua* pour prouver une totale dépendance. La Cour avait rejeté l'argument du caractère déterminant de l'assistance fournie par les États-Unis aux contras en se fondant sur le fait qu'à un moment donné les contras ont pu poursuivre leurs activités sans pour autant bénéficier de cette assistance américaine. En 2007, tout en reconnaissant le caractère déterminant de l'assistance fournie par la RFY aux groupes armés en question, assistance sans laquelle ces derniers n'auraient pu « *poursuivre leurs activités les plus cruciales et les plus significatives* », le juge n'en tire pas, néanmoins, la conclusion d'une totale dépendance. À cet égard, les facteurs clés de la totale dépendance de l'arrêt *Nicaragua* n'ont-ils pas été dénaturés par l'arrêt de 2007 ? Même si cet aspect n'a pas été soulevé jusque-là en doctrine, tout laisse à le croire.

Finalement, ce sur quoi s'est fondé le juge, c'est une apparence d'autonomie. En effet, il note qu' « *il est même apparu, à cette époque, des divergences entre les responsables yougoslaves et les dirigeants serbes de Bosnie quant à certains choix stratégiques qui témoignaient, à tout le moins, d'une relative, mais réelle, marge d'autonomie de la part de ceux-ci* »[969]. La Cour fait ici référence au refus de la République Sprska de signer plusieurs plans de paix pourtant soutenus par Belgrade, ce qui avait amené la Yougoslavie à décider de sanctions en 1994 contre les Serbes de Bosnie[970]. On comprend, dès lors, que seul serait susceptible d'être

---

[966] *Idem,* point 394.
[967] *Ibidem.*
[968] Voir CIJ, *affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *supra* note 859, point 63.
[969] *Supra*, note 240 , point 394.
[970] Voir à ce sujet, T. CHRISTAKIS, *L'ONU, le chapitre VII et la crise yougoslave*, Paris, *Montchrestien*, 1996, pp. 144-145.

qualifié d'organe de fait une entité non seulement dépendante financièrement, mais aussi systématiquement alignée sur les positions de l'État concerné[971].

L'approche de la totale dépendance est donc plus stricte dans l'arrêt de 2007 que celle de 1986.

Mais, cette définition factuelle de l'État, à travers le critère de la totale dépendance, permet-elle au final de rendre dynamique l'application de la norme en question à savoir le droit de la responsabilité internationale des États ? Le critère de la totale dépendance permet a priori de garantir l'application dynamique du droit de la responsabilité internationale des États. Il permet, comme le dit la Cour, d'aller au-delà du seul statut juridique pour appréhender la réalité des rapports entre la personne qui agit et l'État auquel elle se rattache si étroitement qu'elle en apparaît comme le simple agent. Toute autre solution permettrait aux États d'échapper à leur responsabilité internationale en choisissant d'agir par le truchement de personnes ou d'entités dont l'autonomie à leur égard serait une pure fiction. Néanmoins, la totale dépendance inclut un degré de contrôle tellement élevé qu'elle parait impossible à démontrer. Il suffit que l'entité fasse mine d'échapper à l'État, et voilà tout le mécanisme de la responsabilité grippée.

Quoi qu'il en soit, le critère de la totale dépendance, comme le critère du contrôle global, permet une attribution en bloc des actes d'une entité à l'État. Il permet donc de considérer l'entité comme un organe de fait de l'État, donc entrant dans sa définition aux fins de l'opération normative d'imputation. Cette hypothèse est différente de l'organe agissant sous le contrôle effectif de l'État.

[971] O. CORTEN, « l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du crime de génocide (*Bosnie -Herzégovine c/ Serbie*) : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité de l'Etat pour génocide », *supra* note 231, p. 266.

Conclusion du Titre

Le dépassement du critère organique est donc opportun pour appréhender les manifestations réelles du concept d'État, pour une bonne application du droit international et du droit européen. À travers les critères matériel et factuel, le droit international et le droit européen font preuve de pragmatisme, pour aller au-delà les apparences et chercher, à chaque fois, la main de l'État, soit parce qu'il exerce un contrôle de droit ou de fait sur les activités de différentes entités ayant un statut non étatique. À ce niveau également, on se rend compte que la variabilité est au rendez-vous. D'une branche à l'autre, d'un domaine à l'autre, la notion d'État est tantôt interprétée de façon extensive, tantôt de façon restrictive. Ce constat renforce donc la conclusion d'une impossible définition conceptuelle de l'État et du coup, une notion au contenu variable.

Conclusion de la 1ere partie

La notion d'État est insusceptible de définition conceptuelle. C'est une notion contingente ou pour reprendre la formule de M. Forteau, « *une figure à géométrie variable* ». Elle n'a, en effet, pas une essence immuable, lui permettant d'avoir la même signification d'une branche du droit international ou européen à l'autre. Les critères utilisés ne sont pas les mêmes. Ils changent selon la norme à appliquer. Son étendue n'est pas fixe. Tantôt elle est restrictive, tantôt elle est extensive. Au final, tout dépend de la branche concernée et de la norme à appliquer. Il en résulte que la notion d'État est contingente, variable et donc insusceptible d'une appréhension conceptuelle au sens vedelien du terme. Elle ne peut, dès lors, qu'être fonctionnelle. Doit-on alors conclure, que la notion d'État appréhendée par le droit international et européen ne peut être qu'ambivalente sinon ambiguë, qu'il y'a donc « deux poids, deux mesures » absence de symétrie et de cohérence ? En d'autres termes, faut-il se résoudre à admettre que le droit international et le droit européen ne manquent pas de « cynisme » parce que pour exister, ils ne réfutent pas des solutions qui ne révèlent pas une logique consubstantielle ?

Se limiter à ce constat, c'est s'arrêter là où le problème commence à devenir intéressant. Au-delà de cette variabilité consécutive de toute notion fonctionnelle, il convient dans une deuxième phase de l'analyse, de voir quelle fonction joue la notion d'État, ce qui lui permet d'être flexible pour s'adapter d'un domaine à l'autre. **Nous allons donc chercher l'unité de la notion d'État dans cette fonction singulière qui est d'être un outil au service des nécessités systémiques de l'ordre juridique international et européen**. C'est seulement, dans cette perspective, qu'on verra émerger un facteur explicatif du contenu variable de la notion d'État. La rationalité est à chercher dans le fait que la notion d'État est interprétée non pas pour en donner une consistance abstraite, mais pour atteindre un certain nombre d'objectifs propres aux ordres juridiques étudiés. Ainsi, même si les critères de définition de l'État changent constamment, les objectifs restent invariants, ce qui permet d'assigner une fonction singulière à la notion d'État.

2e partie. Une notion aux fonctions invariantes

> « *Je ne verrai les choses que dans la mesure où elles correspondent à un certain intérêt* », *in* G. FOUREZ, *La construction des sciences : les logiques des inventions scientifiques. Introduction à la philosophie et à l'étude des sciences,* Bruxelles*, De Boeck Université,* p. 32.

Le constat de la variabilité de la notion d'État, en droit international et en droit européen, n'est pas une fin en soi. Il justifie l'idée selon laquelle, l'État est, en droit international et en droit européen, une notion fonctionnelle et non une notion conceptuelle. En effet, à la suite de Georges Vedel, on peut soutenir que, comme « la voie de fait », la notion d'État nous paraît appartenir à cette espèce de catégories juridiques dont l'unité est plus fonctionnelle que conceptuelle. Toutes les branches du droit international et du droit européen possèdent ou ont possédé des catégories que l'on est en peine de définir logiquement. En tant que concepts, elles sont vagues, contradictoires et sans unité. Un logicien est tenté de leur dénier tout droit à l'existence. Pourtant, si on les envisage, non au point de vue de leur pur contenu logique, mais du point de vue de la fonction qu'elles jouent, on s'aperçoit que leur unité est réelle. Elles permettent au juge de résoudre un certain nombre de problèmes du même type, au jour le jour, tout en réservant l'avenir. Elles ne sont pas un pur mot, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler. Elles constituent des notions "ouvertes", prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur. Les doutes qu'inspire la cohérence logique de la notion d'État et la difficulté d'en offrir une définition rigoureuse à partir des textes et décisions juridictionnelles empêchent de la considérer comme une notion conceptuelle. Son unité n'apparaît qu'à travers la fonction qui est la sienne. De ce fait, ranger l'État dans la catégorie des notions fonctionnelles est une chose, mais rechercher la fonction qu'elle joue dans ces ordres juridiques en est une autre et permet de saisir son unité. Quelle est,

dès lors, l'unité fonctionnelle de la notion d'État? C'est l'objet de cette deuxième partie.

À cet égard, en explorant les différentes branches étudiées du droit international et du droit européen, on se rend compte qu'au-delà de la variabilité décrite dans la première partie, il en découle une unité. Et, c'est d'ailleurs cette unité qui explique la variabilité. En effet, la notion d'État est tout simplement utilisée comme un instrument flexible appelé à s'adapter en fonction du contexte et de la règle à appliquer, ainsi que de l'objectif poursuivi. La notion d'État ne peut ainsi être appréhendée qu'à travers ce à quoi elle sert. **Elle est donc un outil au service des nécessités systémiques de l'ordre juridique international et de l'ordre juridique européen**. À ce titre, la notion d'État apparaît comme un outil d'intégration dans l'ordre juridique de l'Union européenne (Titre 1) et un outil de protection au regard du droit international et du droit de la Convention EDH (Titre 2).

Titre 1. Un outil d'intégration

La notion d'État a une signification particulière et autonome en droit de l'Union européenne. Elle ne se rapporte ni à la conception internationale, ni à la conception constitutionnelle[972]. En tant qu'« *objet politique non identifié* »[973], l'Union européenne et son droit ne peuvent que se doter d'outils conceptuels propres, opérants, qui ne se réduiraient pas aux qualifications classiques de droit interne ou de droit international. La Cour, ayant lancé les bases d'un droit de l'intégration[974], se fondait principalement sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union[975]. À partir de là, elle ne pouvait construire que des « notions autonomes »[976]. Il est donc logique de voir émerger une vision autonome de l'État membre de l'Union européenne, « *différente donc à la fois de celle que l'État a de lui-même et de celle que le droit international donne de l'État* » [977]. Elle se distingue aussi de celle de l'État dans les organisations internationales que, faute de mieux, on qualifie de classiques. Elle est au final interprétée dans le seul dessein de servir l'intégration.

Les signataires de l'Acte unique européen, « *animés de la volonté de poursuivre l'œuvre entreprise par les traités instituant les Communautés et de transformer l'ensemble des relations entre leurs États en une Union européenne* »[978], ont réaffirmé, en la complétant, l'idée fondatrice de l'Europe, « *créer une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens* »[979]. L'objectif d'intégration est ainsi proclamé. En tant que tel, il implique à l'évidence, l'émergence d'un ordre juridique évolutif, en permanence orientée vers « l'Union » à réaliser[980].

---

[972] M. HECQUARD-THERON, *supra* note 69. ; J.-D. MOUTON, "l'Etat et le droit international public", *supra* note 17.
[973] Pour parler comme Jacques Delors.
[974] P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Leiden, *Nijhoff*, 1972, (réimpression, *Bruylant* 2005) 99 p.
[975] R. LECOURT, « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 *?, in l'Europe et le droit, Mélanges en hommage de Jean Boulouis*, Paris, *Dalloz*, 1991, p. 349.
[976] D. SIMON, « les notions autonomes en droit de l'Union », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff, Lextenso*, 2015, pp. 93-106.
[977] H. GAUDIN, « L'État vu de la Communauté et de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen*, vol. 2, 2004, p. 233.
[978] Voir le préambule.
[979] *Ibidem.*
[980] Voir M. HECQUARD-THERON, *supra* note 69.

L'intégration n'est donc pas « *un être, mais un devenir; elle n'est pas une situation acquise, mais un processus, elle n'est pas un résultat, mais l'action devant mener à ce résultat* »[981]. Cet objectif transparaît de façon générale ou spécifique dans les traités, qu'il s'agisse des traités communautaires appelant à « *une union sans cesse plus étroite entre les peuples* » dans leur préambule, ou du traité sur l'UE présenté dans la même perspective comme « *une nouvelle étape vers le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples d'Europe* »[982].

Dans cette perspective, la Cour de Justice a très tôt traduit en droit positif les choix fixés par les traités. Dès 1964, elle a considéré que les traités créant les Communautés européennes avaient institués « *un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres* »[983]. Ces deux caractéristiques principales de l'ordre juridique communautaire, le caractère autonome d'une part, et le caractère intégré d'autre part, ont inéluctablement conduit la Cour à donner, dès l'origine, une place privilégiée à la méthode téléologique d'interprétation du droit de l'Union[984]. Comme le relève Maryvonne Hecquard Théron, « *il ne s'agit pas, en effet, pour le juge de l'Union de maintenir un équilibre entre les systèmes juridiques nationaux et le système juridique de l'Union, mais de poursuivre un but, l'intégration voulue par les traités* »[985]. Et pour qu'il y'ait intégration, il y'a des nécessités systémiques interprétées par la Cour sous forme de principes ou d'objectifs sectoriels. L'intégration ne peut se réaliser sans recours aux principes de primauté, d'application directe, d'application uniforme, d'équilibre institutionnel, de liberté de circulation, de libre concurrence, etc. À cet égard, la rationalité de la notion d'État dans l'UE devrait être appréciée à l'aune de cet objectif, l'intégration et des principes permettant une telle intégration. C'est du moins ce qui ressort de la jurisprudence de l'Union, car à chaque fois que la Cour est confrontée à une interprétation de la notion d'État, elle choisit celle qui permettra le plus grand degré d'intégration.

De façon schématique, on peut avancer que l'intégration comporte une double dimension. Elle comporte d'une part, une dimension structurelle. En effet,

[981] L.-J. CONSTANTINESCO, « la nature juridique des Communautés Européennes », conférence P.-H. SPAAK, liège 1980.
[982] Article 1er, al. 2 du TUE, *supra* note 113.
[983] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, *supra* note 109.
[984] Voir, J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexion sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Cahiers de droit européen*, n° 22, 1986, pp. 5-20.
[985] *Supra* note 69, p. 10.

l'intégration ne peut se réaliser sans la mise en place d'un cadre juridique propice et uniquement conçu à cette fin, c'est-à-dire d'un ordre juridique d'intégration[986]. L'ordre juridique d'intégration n'est, comme l'affirme P. Pescatore, ni un ordre fédéral, ni un ordre international[987]. C'est un ordre juridique atypique qui mobilise un certain nombre de principes, a priori paradoxal, mais maintenant l'équilibre du système. C'est ainsi que les rapports entre États membres et Union européenne sont organisés autour des principes de coopération loyale, d'équilibre institutionnel, de respect de l'identité nationale et des fonctions essentielles de l'État, de principe d'autonomie institutionnelle, etc. Tous ces principes concourent à la mise en place d'une intégration structurelle, caractéristique de « l'unité dans la diversité ». La notion d'État en droit de l'Union est, de ce fait, interprétée dans le sens de ne pas fausser ou compromettre cette intégration structurelle (chapitre 1).

L'intégration comporte, d'autre part, une dimension matérielle. On vise ici l'application effective et efficace des normes européennes et la réalisation des politiques de l'Union. En effet, une fois un cadre structurel d'intégration établi, les règles matérielles produites dans ce cadre devraient pleinement s'appliquer, afin de réaliser l'objectif ultime d'intégration. De telles règles matérielles doivent permettre l'établissement d'un marché intérieur dans lequel la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux est garantie, ainsi qu'un environnement concurrentiel libre. La notion d'État est également mobilisée pour permettre la pleine application de ces règles matérielles de l'Union européenne (Chapitre 2).

[986] Voir la thèse de L. GUILLOUD, *La loi dans l'Union européenne : contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration*, Paris, *L.G.D.J.*, 2010, 589 p.
[987] *Supra* note 974; voir aussi L. GRARD et J.-C. GAUTRON, « propos introductifs », *in colloque de Bordeaux, droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, Paris, *Pedone*, 2000.

Chapitre 1. Un outil d'intégration structurelle

L'analyse de la structure de l'Union européenne a longtemps opposé la doctrine. Certains, tout en admettant le caractère fort singulier de l'Union, estiment qu'elle revêt bien la qualité d'une organisation internationale, car elle est fondée sur des traités internationaux et ne remet nullement en cause la souveraineté des États[988]. Pour d'autres, sans être qualifiée d'État, du moins au sens traditionnel du terme, l'Union ne relèverait pas ou plus de la catégorie des organisations internationales. Dès lors de « l'État européen », à la « fédération », jusqu'au tentateur « *sui generis* », les qualifications abondent[989]. C'est la raison pour laquelle, le Professeur Olivier Dubos la compare à la chauve-souris de La Fontaine face aux deux belettes de la fable[990]. Quoi qu'il en soit, l'originalité de la structure ne peut être niée. Comme le notent, en effet, J. Combacau et S. Sur, l'Union européenne,

> *« tend à l'intégration, par un processus dynamique qui développe progressivement l'exercice en commun de leurs compétences, voire leur substitue les compétences propres de l'organisation elle-même. Ce processus transforme l'organisation autant*

---

[988] Voir C. LEBEN, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *in L'Europe et le droit*, *Droits*, n° 14, p. 60; A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1994, vol. 2, p. 231 et ss.

[989] Voir J.-M. FERRY, *La question de l'État européen*, Paris, *Gallimard*, 2000; O. BEAUD, « Hans Kelsen : théoricien constitutionnel de la fédération », *in* C.-M. HERRERA (*dir.*), *Actualité de Kelsen en France*, Bruxelles, *Bruylant*, 2001, p. 54; J.-L. QUERMONNE, « Existe-t-il un modèle politique européen? », *RFSP*, 1990, p. 192; V. CONSTANTINESCO, « Europe fédérale ou fédération d'États-nations? », *in* R. DEHOUSSE (*dir.*), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, *Presse de Sciences Po*, 2002, p. 115; G. RICHARD6NIHOUL, *Pour une fédération européenne d'États-nation : la vision de Jacques Delors*, Bruxelles*, Larcier*, 2012, 203 p; M. POIARES-MADURO, ''Contrapunctual Law : Europe's constitutional pluralism in action'', *in* N. WALKER (*éd.*), *Sovereignty in transition*, Oxford, *Hart Publishing*, 2003, p. 501; M. POIARES-MADURO, ''Europe and the Constitution : what is this a good as it gets ?'', *in* J.-H.-H. WEILER and M. WIND, *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2003, p. 75 ; N. WALKER, ''The idea of constitutionnal pluralism'', *Modern Law Review*, n° 3, 2002, p. 357 ; M. KOUM, ''who is the final arbiter of constitutionnality in Europe ? three conceptions of the relationship between the German federal constitutionnal court and the European Court of Justice'', *C.M.L. Rev*., 1999, p. 351.

[990] O. DUBOS, « l'Union Européenne : sphynx ou énigme ? », *in les dynamiques du droit européen au début du XXIe siècle*, Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Paris, *Pedone*, 2004, p. 29. Dans une autre étude, l'auteur affirme que : « *l'Union européenne est toujours suspendue entre deux mondes : le droit international public et le droit étatique : elle n'est pas un État, elle n'est pas une organisation internationale classique et pourtant son génie réside dans la conjugaison des deux logiques* », O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'execution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *in* E. NEFRAMI (*dir.*), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, p. 293.

que les États membres eux-mêmes. (…) la conception de la construction communautaire tend à dépasser radicalement l'interétatisme par une forme nouvelle d'organisation politique »[991].

Elle est l'expression d'une « *pluralité constitutive* »[992], dont l'un des traits caractéristiques est le maintien d'une dualité des ordres juridiques dans une perspective d'intégration. La construction européenne constitue donc un exemple inédit d'ordre juridique d'intégration[993]. En d'autres termes, la nature de la construction européenne consiste à unir les États pour bâtir une nouvelle société politique dans laquelle ces derniers conserveraient leur qualité étatique[994].

La notion d'État se présente avant tout comme un outil au service de cette intégration structurelle. En tant que telle, elle est mobilisée pour maintenir la dualité et l'intégration des ordres juridiques en présence. Ainsi, la notion d'État est interprétée d'une part, dans le sens de préserver l'existence politique des États membres dans cet ordre juridique d'intégration. L'État est donc, dans cette perspective, un outil défensif des « États-membres »[995] (Section 1). D'autre part, la notion d'État est interprétée dans le sens de renforcer l'Union en tant qu'entité politique, afin d'assurer sa survie et son dynamisme. L'État est dans cette perspective un outil défensif de l'Union (Section 2). Cette double perspective, a priori paradoxale, confirme la fonction de la notion d'État, qui n'est rien d'autre qu'un outil mobilisé au service de l'intégration.

---

[991] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *supra* note 18 , p. 705.

[992] Selon la formule de M. POIARES-MADURO dans ses conclusions sous CJCE, 15 mars 2005, *Espagne c/ Eurojust*, aff. C-160/03, *Rec. CJCE*, 2005, p. I-2077, point 35.

[993] Voir L. AZOULAY, « la constitution et l'intégration : les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, septembre-octobre 2003, pp. 859-874; L.-J. CONSTANTINESCO, « Fédéralisme, constitutionnalisme ou fonctionnalisme? Réflexions sur la méthode d'intégration européenne », *in Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 2, *La construction européenne*, Paris, *Nathan*, 1979, pp. 19-27; J.-P. JACQUE, « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », *Philosophie politique*, n° 1, 1991, pp. 119-132.

[994] Voir D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *in* J.-D. MOUTON (*dir.*), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne? Réflexion à partir des notions d'identité et de solidarité*, *supra* note 68, p. 22.

[995] Il convient à ce niveau de faire la distinction entre l'État comme notion ou concept et l'État membre comme réalité ontologique. La notion ou le concept d'État est interprétée dans le sens de préserver l'existence politique de la réalité « État membre ».

Section 1. Un outil défensif de « l'État membre »

La notion d'État est interprétée dans le sens de défendre le statut d'État membre dans le processus d'intégration européenne. Elle est dans ce cadre teintée d'un poids politique, parce qu'elle vise à maintenir ou à réaffirmer la souveraineté des États membres que n'altère pas leur participation à l'Union européenne. Une telle interprétation de la notion d'État permet de remarquer que, paradoxalement, au moment où les États fondateurs de l'Union européenne veulent faire évoluer la construction européenne vers une dimension politique, ils éprouvent le besoin de réaffirmer fermement qu'ils restent souverains[996]. À cet égard, le droit de l'Union développe, d'une part, une vision identitaire de la notion d'État (paragraphe 1) et, d'autre part, une vision égalitaire de la notion d'État (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une conception identitaire de la notion d'État

Le droit de l'Union développe une conception identitaire de la notion d'État. Cette vision lui est propre[997]. On ne la retrouve ni en droit international, ni en droit interne. Cette vision est matérialisée dans le droit primaire par l'introduction d'une clause de respect de l'identité nationale des États et de leurs fonctions essentielles[998]. C'est d'abord le traité de Maastricht qui, d'une manière relativement timide[999], faisait allusion au respect de l'identité nationale des États membres[1000]. L'introduction de cette clause en 1992 s'explique selon M.-C. Ponthoreau pour deux raisons principales :

---

[996] J.-D. MOUTON, « La mondialisation et la notion d'État », *supra* note 32, p. 31.

[997] E. LEVITS, « L'identité nationale des États membres selon l'article 4 § 2 du TUE en tant qu'élément de la structure constitutionnelle de l'Union européenne », *in La Cour de Justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015)*, Bruxelles, *Bruylant*, 2015, pp. 387-399.

[998] Voir la thèse de P.-E. LEHMANN, *Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir du respect de l'identité nationale des États membres*, Thèse*, Université Lorraine*, 2013.

[999] D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *in L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L.-B. LARSEN (*dir.*), *Pedone*, Paris, 2011, p.28.

[1000] On peut lire à l'article F§1du Traité de Maastricht que « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur des principes démocratiques». La formule a été rendue plus lapidaire par le Traité d'Amsterdam qui pose que : « L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres ».

« *La première réside dans le contexte historique spécifique de 1992. La fondation de l'Union européenne a eu lieu au moment même de la renaissance de l'État-nation en Europe puisqu'en 1989 le mur de Berlin tombe et entraîne dans les années qui suivent la chute des régimes communistes de l'est. […] la seconde explication d'ordre psychologique est étroitement liée à la première : il s'agit de préserver les États membres* »[1001].

De façon plus énergétique, le TECE, repris par le traité de Lisbonne, consacre ce qui est désormais devenu l'article 4 § 2 du TUE :

« L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre »[1002].

La lecture combinée de cet article avec la jurisprudence pertinente de la Cour laisse apparaître que la notion d'État au sens du droit de l'UE renvoie à une identité politico-institutionnelle (A), une identité culturelle (B) et une identité fonctionnelle (C).

A. L'État, une identité politico-institutionnelle

La notion d'État, au sens du droit de l'Union européenne, renvoie à une identité politico-institutionnelle qu'il convient de préserver afin de garantir l'intégration structurelle. À défaut, l'Union ne serait plus, à proprement parler, un ordre juridique d'intégration, mais une fédération. Cette identité politico institutionnelle se manifeste

[1001] M.-C. PONTHOREAU « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales», *VIIe Congrès mondial de l'AIDC*, Athènes, 11-15 juin 2007.

[1002] Un tel dispositif est encore rappelé dans le Préambule de la Charte des droits fondamentaux selon lequel :

« L'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics au niveau national, régional et local ».

d'abord à travers les principes d'autonomie institutionnelle des États et de neutralité des traités vis-à-vis du régime de propriété des États (1). Elle se manifeste ensuite à travers la lecture politico-institutionnelle de la clause de l'identité nationale proprement dite, inscrite dans les traités (2).

1. Le principe de l'autonomie institutionnelle et de neutralité

Si le principe d'autonomie institutionnelle vise une certaine conception politique de l'État, libre de s'organiser comme il l'entend, le principe de neutralité des traités vis-à-vis du régime de propriété des États renvoie à une liberté dans les choix économiques. Il convient dès lors de les analyser séparément.

a. Le principe d'autonomie institutionnelle.

Le principe d'autonomie institutionnelle des États membres vise à garantir le respect des souverainetés étatiques. Corollaire de la liberté d'auto-organisation des États bien connue en droit international public, il confère aux États membres une compétence exclusive sur leur territoire pour ce qui concerne l'établissement et l'organisation de l'État (mise en place des organes, répartition des compétences et prérogatives, établissement des règles de fonctionnement) [1003]. Caractéristique fondamentale de l'architecture de l'Union, ce principe jalonne la jurisprudence de la Cour de Luxembourg relative au rôle des États membres et traduit l'option initiale des rédacteurs des traités en faveur d'un renvoi aux formes et procédures nationales pour l'exécution du droit de l'Union[1004]. Ce principe a ainsi été dégagé par la Cour de Justice[1005] et identifié par la doctrine[1006]. C'est ainsi que d'après la Cour de Justice,

[1003] Voir A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationale*, *Dalloz*, 2002, p.38.
[1004] M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale : les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », *in Liber Amicorum J. Raux*, Rennes, *éd. Apogée*, 2006, p. 421.
[1005] *Ibidem*.
[1006] Voir J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire » *AFDI* 1972, p. 864; voir également, M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie

lorsque les États membres se voient reconnaître des pouvoirs et imposer des obligations pour l'application du droit de l'Union, « *la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes déterminés relève uniquement du système constitutionnel de chaque État* »[1007]. Elle confirme plus tard que *« chaque État membre est libre de répartir comme il juge opportun les compétences sur le plan interne et de mettre en œuvre les normes communautaires au moyen de mesures prises par les autorités régionales ou locales* »[1008]. Plus prosaïquement, les conclusions du Conseil européen de Birmingham d'octobre 1992 affirment qu' « *il appartient à chaque État membre de décider comment ses pouvoirs doivent être exécutés chez lui* »[1009].

En d'autres termes, le droit de l'UE laisse l'organisation étatique et la répartition interne des compétences à la discrétion des États membres. Cela signifie que « *les organes compétents pour la mise en œuvre du droit de l'Union sont déterminés par les prescriptions constitutionnelles étatiques* »[1010]. Par conséquent, l'organisation du pouvoir ne peut se concevoir que dans un cadre national et les « règles constitutives » de l'État échappent à l'emprise de l'ordre juridique de l'Union[1011].

Si du point de vue institutionnel, l'Union laisse aux États le libre choix de s'organiser, le principe de neutralité vient renforcer cette liberté en matière économique.

---

institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », *supra* note 1004, p. 419.

[1007] CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company,* Aff. C-51 à 54/71, *Rec. CJCE*, 1971, p. 1116; voir également CJCE, 11 février 1971, *Fleischkontor*, Aff. C-39/70, *Rec. CJCE*, 1971, p. 49.

[1008] C.J.C.E., 25 mai 1982, *Commission c/ Pays Bas*, Aff. C-97/81, *Rec. CJCE*, 1982, p. 1833, pt. 12; voir aussi, C.J.C.E., 27 septembre 1979, *Eridania,* Aff. C-230/78, *Rec. CJCE*, 1979, p. 2749.

[1009] Agence Europe, n° 5839, 18 octobre 1992, p. 3.

[1010] J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *supra* note 1006, p. 864.

[1011] A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, *supra* note 1003, p. 39; voir aussi la thèse de Bernadette Le Baut-Ferrarèse, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Université de Lyon 3, 1996.

b. Le principe de neutralité

Le principe de neutralité du traité vis-à-vis du régime de propriété est consacré à l'article 345 du TFUE[1012] selon lequel : « *les traités ne préjugent en rien le régime de propriété dans les États membres* ». Autrement dit, le droit de l'Union n'a aucune incidence sur le choix du régime de la propriété opéré par les États membres. Ainsi comprise, cette disposition renforce le libre choix des États membres relativement à leur organisation interne. Elle garantit, en effet, leurs options tenant à la dimension et à la composition de leurs secteurs publics ou parapublics respectifs en ce qu'il ne préjuge pas, par exemple, d'éventuelles nationalisations et privatisations. C'est dans cette optique que l'avocat général H. Mayras soulevait dans ses conclusions sous l'arrêt *Sotgiu* que :

> « *tout État a le pouvoir de délimiter le champ d'action de son administration, de prendre en charge soit directement, soit par l'intermédiaire d'organismes décentralisés de droit public des activités qui, ailleurs sont laissées à l'initiative privée. En cela, il fait prévaloir sa propre conception de l'intervention publique dans la vie de la nation* »[1013].

Ces « *actes de souveraineté économique* » expriment, selon Olivier Beaud, « *une sorte de droit d'autodétermination économique* » [1014] qui constitue « *une forme décisive du droit d'autodétermination politique des États* » [1015]. En effet, selon l'auteur, il permet de trancher la question du choix entre un modèle socialiste ou capitaliste de société. Toutefois, il est légitime de s'interroger sur le libre choix des États membres en cette matière dans la mesure où les traités prévoient que la politique économique européenne fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des États membres doit être conduite dans le respect d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre. Quoi qu'il en soit, il convient de retenir à la suite d'E.-M. Milanesi, ancien directeur de la Direction générale de la Concurrence de la Commission européenne, que « *de l'ordre communautaire ne provient aucune pression, explicite ou implicite sur les autorités des États membres*

[1012] Ex article 295 TCE.
[1013] *Supra* note 570.
[1014] O. BEAUD, « Nationalisation et souveraineté : la nationalisation comme acte de puissance publique », *LPA*, 24 novembre 1995, n° 141, p. 14.
[1015] *Ibidem*.

pour qu'ils renoncent à leurs participations dans les entreprises procédant à des privatisations »[1016]. Il en découle que la décision d'ouverture du capital social d'une entreprise publique et a fortiori de privatisation de celle-ci relève de la décision souveraine des États membres. La Commission rappelle ainsi « *que le passage d'une entreprise du secteur public au secteur privé est un choix de politique économique qui, en tant que tel, relève de la compétence exclusive des États membres, découlant du principe de neutralité du traité vis-à-vis du régime de la propriété* »[1017].

Une telle vision de l'État ne fait que confirmer l'idée selon laquelle, l'Union se fonde sur la diversité et le pluralisme des États membres. Elle n'a pas vocation à remettre en cause l'organisation politico-institutionnelle des États membres, telle que l'ont choisi leurs peuples respectifs. Depuis le XVIe siècle, c'est, en effet, dans le cadre national que le pouvoir s'incarne démocratiquement sous l'expression de « souveraineté »[1018]. Chaque peuple s'est forgé démocratiquement une identité ou culture spécifique et des institutions correspondantes cristallisées par les Constitutions nationales. Ainsi, l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « *le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation; nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* ». Cette disposition trouve de nombreux échos dans les Constitutions nationales des États membres. L'article 3 de la Constitution française de 1958 énonce, par exemple, que « *la souveraineté nationale appartient au peuple* »[1019] tandis que la Loi fondamentale allemande prévoit que *« toute forme d'action de l'État est soumise à l'approbation populaire et doit être légitimée par elle* »[1020]. Rien de tel n'est encore réellement en place dans le cadre de l'Union[1021]. C'est pourquoi, vu que le cadre national reste, par excellence, le lieu de prédilection

[1016] E. MOAVERO MILANESI, « Les services d'intérêt économique général, les entreprises publiques et les privatisations », *RDUE,* 2000, p. 137.
[1017] Communication de la Commission du 19 juillet 1997 concernant certains aspects juridiques touchant aux investissements intracommunautaires, *JOCE,* n° C-220, 19 juillet.
[1018]La nation est le lieu où bat le cœur de la démocratie, l'ensemble où se nouent les solidarités les plus profondes » (L. JOSPIN, « Déclaration de politique générale en date du jeudi 19 juin 1997 », *Le Monde*, Samedi 21 juin 1997, p. 8).
[1019] Constitution française du 4 octobre 1958, disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf.
[1020] Voir article 20 al.2 de la Loi Fondamentale allemande du 23 mai 1949, *Journal Officiel Fédéral*, p. 1.
[1021] A. RACLET, *supra* note 1003 p.37.

de la démocratie, il incombe à l'UE de garantir la spécificité institutionnelle et politique des États membres, telle que les peuples l'ont voulue et forgée. Ainsi, l'UE doit veiller à ce que le processus d'intégration engagé préserve et respecte toutes les diversités et, notamment, les diverses organisations démocratiques du pouvoir dans le cadre étatique[1022]. En principe, les peuples conservent leurs droits à l'autodétermination et à l'autogouvernement. Ainsi, la consécration des principes d'autonomie institutionnelle et de neutralité des traités vis-à-vis du régime de propriété des États répond directement à l'ensemble de ces exigences. Cette vision est renforcée, par ailleurs, par la lecture politico-institutionnelle de la clause de l'identité nationale inscrite à l'article 4 § 2 du Traité sur l'UE.

2. La lecture politico institutionnelle de la clause de l'identité nationale

À la lecture de l'article 4 § 2 du TUE, la dimension politico-institutionnelle de la clause de l'identité nationale[1023] peut d'emblée être décelée. Cet article dispose que l'identité nationale comprend « *les structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale*». Ainsi, l'Union a donc un devoir de respecter « *les systèmes de gouvernement des États membres fondés sur des principes démocratiques* ». La lecture politico-institutionnelle de la clause de l'identité nationale traduit une double perspective : le respect de l'ordonnancement politico-institutionnel des États et l'indifférence de l'Union quant à cette organisation interne[1024]. Il convient, toutefois, de voir que cette vision identitaire de l'État en droit de l'UE est initialement le fruit d'une revendication des juridictions constitutionnelles nationales (a), avant de faire l'objet d'une protection de la part du juge de Luxembourg (b).

[1022] *Idem*, p. 38.
[1023] Voir M.-C. PONTHOREAU, « identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europe à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales », *Diritto Publico Comparato Ed Europeo*, 2007, p. 1576.
[1024] Voir D. RITLENG, « Droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *supra* note 994, p. 33.

a. La conception identitaire de l'État, une revendication des juridictions constitutionnelles nationales

La vision identitaire de la notion d'État en droit de l'Union a une signification symbolique et une portée politique non négligeable[1025]. Elle fait écho à « *l'anxiété des parties contractantes et de leur volonté de préserver l'État-nation face aux avancées du processus d'intégration européenne* »[1026]. Cette anxiété est davantage matérialisée par les jurisprudences constitutionnelles nationales. Dans leur rapport avec l'intégration européenne, la plupart des États membres ont développé une conception défensive de la souveraineté à travers l'approche matérielle[1027]. Chose naturelle, puisque cette approche est celle qui répond le mieux au « réflexe de protection »[1028] qui procède indéniablement d'une forme d'introspection de l'État, à la recherche de ce qui peut faire sa quintessence dans la poursuite du mouvement d'intégration régionale. Cette revendication peut être illustrée à travers les exemples allemand, français et espagnol.

En Allemagne, face à une *« Union sans cesse plus étroite entre les peuples* », le passage d'un marché commun à un marché unique, d'une union économique à une union politique, la Cour constitutionnelle a développé une jurisprudence défensive de « *la structure fondamentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité* ». C'est du moins ce que l'on peut lire dans sa décision *Solange 1* de 1974[1029] . Par la suite, elle a confirmé que la clause d'ouverture de l'article 24 de la Loi fondamentale[1030] n'autorise pas à aliéner, par le biais de l'attribution de droits

[1025] Voir, D. SIMON, *supra* note 999.

[1026] M.-C. PONTHOREAU, « Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europe à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales », *supra* note 1023.

[1027] A noter que l'approche formelle de la souveraineté se fonde sur une conception de la souveraineté selon laquelle c'est une qualité de l'Etat, la liberté qu'à tout Etat de s'auto-limiter; voir à ce propos, J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *supra* note 588.

[1028] Voir X. MAGNON, « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principes et conséquences d'une lecture nationale des cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *Annuaire de droit européen*, 2004, vol. II, 2006, p. 119.

[1029] CCF, arrêt dit *Solange I* du 29 mai 1974, *RTDE*, 1975, p. 316, note M. FROMONT.

[1030] Selon cet article : « *(1) La Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales. (1 a)Lorsque les Länder sont compétents pour l'exercice des pouvoirs étatiques et l'accomplissement des missions de l'État, ils peuvent, avec l'approbation du Gouvernement fédéral, transférer des droits de souveraineté à des institutions de voisinage frontalier. (2) Pour sauvegarder la paix, la Fédération peut adhérer à un système de sécurité*

souverains à des institutions interétatiques, « *l'identité de l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne* », dont la garantie des droits fondamentaux constitue un élément essentiel [1031]. Dans cette perspective, un contrôle de constitutionnalité du droit de l'Union s'imposerait dans l'hypothèse où l'ordre juridique de l'Union n'assurerait pas une protection équivalente des droits fondamentaux[1032]. De plus, la Cour constitutionnelle fédérale a vérifié que la mise en place du mandat d'arrêt européen, quoiqu'emportant des dérogations à l'interdiction constitutionnelle d'extrader des nationaux, ne portait pas atteinte à l'identité constitutionnelle nationale[1033].

Ainsi, même si la démarche de la Cour traduit l'idée d'une certaine défense de la Constitution comme norme fondamentale de la hiérarchie, cela inclut dans le fond une certaine conception identitaire et défensive de la notion d'État. C'est donc dire qu'il y a un noyau dur inaliénable et intransférable qui fait en soi l'État ou la quintessence de sa souveraineté. C'est ainsi que la structure fédérale ainsi que la protection des droits fondamentaux rentrent dans ce noyau dur faisant l'identité de l'État allemand. Ce noyau dur, verrouillé par la clause d'éternité[1034], permet au juge constitutionnel de garantir la qualité d'État souverain de l'Allemagne face à l'intégration européenne[1035]. C'est ce que la Cour exprime clairement dans sa décision de 2009 [1036] lorsqu'elle soutient que : *« l'habilitation à participer à l'intégration européenne autorise un aménagement de la formation de la volonté politique différent de l'organisation que la Loi fondamentale prévoit pour l'ordre*

---

mutuelle collective ; elle consentira à cet effet aux limitations de ses droits de souveraineté qui établissent et garantissent un ordre pacifique durable en Europe et entre les peuples du monde.(3) En vue de permettre le règlement de différends entre États, la Fédération adhérera à des conventions établissant une juridiction arbitrale internationale ayant une compétence générale, universelle et obligatoire », supra note 1020.

[1031] CCF, arrêt dit *Solange II* du 22 octobre 1986, *RTDE,* 1987, p. 537, note V. Constantinesco.

[1032] Voir, S. PLATON, "The equivalent protection test: from European Union to United Nation, from Solange II to Solange I (with reference to the Al-Dulimi and Montana management inc v.Switzerland judgement of the European Court)", *European constitutional law review*, vol. 10, 2014, pp. 226-262.

[1033] CCF, 18 juillet 2005, 2 B.V.R., 2236/04, point 75 à 77.

[1034] Article 79 al.3 de la Loi Fondamentale allemande selon lequel : « *Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite* », supra note 1020.

[1035] M. POLZIN, ''Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: the development of the doctrine of constitutional identity in German Constitutional law'', *International Journal of Constitutional Law*, 2016, n° 2, p. 411.

[1036] CCF, 30 juin 2009*, Traité de Lisbonne,* 2 BVE 2/08.

constitutionnel allemand. Ceci vaut jusqu'à ce que soit atteinte la limite de l'identité constitutionnelle inaliénable (art.79 al. 3) »[1037].

Plus loin, elle ajoute que :

> *« La loi fondamentale habilite certes le législateur à procéder à un transfert étendu de droits souverains à l'Union européenne, mais cette habilitation est liée à la condition que soit, d'une part, respectée la qualité d'État constitutionnel souverain sur le fondement d'un programme d'intégration régi par le principe d'attribution et respectant l'identité constitutionnelle des États membres et, d'autre part, conservée la capacité des États membres d'aménager politiquement et socialement et sous leur propre responsabilité les conditions de vie* »[1038].

Il en ressort que « *l'obligation faite par le droit de l'Union de respecter le pouvoir constituant des États membres en tant que maîtres des traités correspond à l'identité constitutionnelle non transférable et soustraite à l'intégration* »[1039]. Ainsi, selon la haute juridiction allemande, l'UE devra respecter un ensemble de « *domaines essentiels du choix démocratique* », comme la citoyenneté, le monopole civil et militaire des forces armées, les finances publiques, les droits fondamentaux[1040].

En France, le Conseil constitutionnel s'est également inscrit dans la même perspective défensive, érigeant une substance intransférable sous la formule encore floue de « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté* »[1041] ou de « *règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* »[1042]. Sans pour autant dire quels sont ces règles et principes[1043], le juge constitutionnel érige une

---

[1037] *Idem*, § 219.
[1038] *Idem* § 226.
[1039] *Idem* §235.
[1040] *Ibid*, § 249.
[1041] Voir CC, 25 juillet 1991, *Convention d'application de l'Accord de Schengen*, Décision n° 91-924 DC; CC, 10 juin 2004, *Loi pour le financement de l'économie numérique*, Décision N° 2004-496 DC.
[1042] CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information,* Décision n° 2006-540 DC. Pour commentaire *:* D. SIMON, « l'obscure clarté de la jurisprudence du conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, octobre 2006, alerte n° 42.
[1043] Voir à ce propos, J. ROSSETTO, « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », *in Constitution et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, *Montchrestien*, 2008, p. 447; L. DECHATRE, « l'identité constitutionnelle : limite à l'ouverture au droit international et européen en Allemagne et en France », *in Si proche, si loin, la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, *Société de législation comparée*, 2012, p. 57.

barrière « infranchissable » sauf en cas de révision de la Constitution, dans les rapports entre la France et son engagement dans l'Union. Tout compte fait, c'est la Constitution française, elle-même, qui milite en faveur d'une approche identitaire de la notion d'État dans la mesure où l'article 54 de ladite Constitution interdit la ratification ou l'approbation d'un texte comportant une clause contraire à la Constitution, c'est-à-dire, et ce à quoi l'on pense d'abord, aux dispositions relatives à l'organisation des pouvoirs publics ou aux règles et principes de valeur constitutionnelle garantissant des droits et libertés fondamentaux[1044].

Le Tribunal espagnol, quant à lui, raisonnant à partir de l'article 93 de la Constitution espagnole[1045], juge que l'intégration du droit de l'Union dans le droit espagnol n'est acceptable que dans la mesure où la norme européenne est compatible avec le respect des structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et principes fondamentaux de l'État démocratique et social de droit consacré par la Constitution espagnole[1046]. De cette acceptation identitaire de l'État espagnol, il en découle que le juge constitutionnel espagnol pourrait faire obstacle à l'application d'une norme de l'Union adoptée en méconnaissance des principes et droits fondamentaux reconnus par la Constitution espagnole. Ce même mouvement jurisprudentiel a aussi été développé par le juge italien[1047], polonais[1048], tchèque[1049]

[1044] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit International Public*, *Supra* note 18, p. 257.

[1045] Cet article est considéré comme la clause d'ouverture de l'Espagne à l'Union européenne. Il indique que : « *La loi organique peut autoriser la conclusion de traités qui attribuent à une organisation ou à une institution internationale l'exercice de compétences provenant de la Constitution. Il incombe aux Cortès générales ou au gouvernement selon le cas, de garantir l'exécution de ces traités et des résolutions émanant des organisations internationales ou supranationales bénéficiaires de la cession* », *in* Constitution du 27 décembre 1978, disponible sur http://www.universalis.fr/encyclopedie/constitution-espagnole-de-1978.

[1046] Voir Déclaration DTC n° 1/2004 du 13 décembre 2004, *RFDA*, 2005, p. 43, note F. MODERNE; L. BURGOGUE-LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 : un Solange II à l'espagnole », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 18/2005, p. 205. Voir aussi .Tribunal Constitutionnel Espagnol, 4 janvier 2005, *TECE*, n° DTC 1/2004.

[1047] Cour Constitutionnelle italienne, Décision *Frontini*, n° 183/1973 et *Granital* n° 170/1984.

[1048] Tribunal Constitutionnel polonais, 24 novembre 2010, *constitutionnalité du traité de Lisbonne*, K32/09; Tribunal Constitutionnel Polonais, 11 mai 2005*, appartenance de la Pologne à l'Union européenne,* n° K 18/04.

[1049] Cour Constitutionnelle Tchèque, 26 novembre 2008, *Lisbonne 1,* n° Pl. ÚS 19/08 et Cour Constitutionnelle Tchèque, 3 novembre 2009, *Lisbonne 2*, n° Pl. ÚS 29/09.

et letton[1050] et fait échos ainsi à l'introduction dans le droit primaire de la clause de l'identité nationale[1051].

Cette vision défensive de la notion d'État, à travers une identité politico-institutionnelle propre[1052], développée par les juridictions constitutionnelles nationales recevra un écho favorable au niveau de l'Union. La Cour de Luxembourg fera de la protection de cette identité de l'État, un principe d'interprétation du droit de l'Union. Comme le note J.-D. Mouton,

> « *l'intégration de la clause de l'identité nationale par la Haute juridiction de Luxembourg, dans sa jurisprudence, provient aussi certainement de ce que l'on peut qualifier d'une stratégie externe à celle-ci : à savoir la position développée par les plusieurs juridictions constitutionnelles des États membres de l'Union dans la dernière décennie* »[1053].

Une telle politique jurisprudentielle ne fait que préserver la dualité des ordres juridiques, donc l'intégration structurelle. Néanmoins, le changement de terminologie n'est pas anodin (même si les notions d'identité nationale et d'identité constitutionnelle renvoient à la même réalité)[1054]. En effet, alors que le juge national utilise l'expression « identité constitutionnelle », le droit de l'Union préfère la terminologie « identité nationale »[1055]. Ce choix permet d'abord de ne pas cristalliser la notion autour de la Constitution des États et de leur identité constitutionnelle. Il permet ensuite d'en faire une notion autonome, « européenne », laissée à la seule appréciation du juge de l'Union en tant qu'interprète authentique des traités. C'est ainsi que le juge de l'Union fonde sa propre vision identitaire de la notion d'État.

[1050] Cour Constitutionnelle de Lettonie, 7 avril 2009, *Lisbonne*, n° 2008-35-01.

[1051] Voir à ce propos, M. POIARES-MADURO, Conclusions présentées le 8 octobre 2008 dans l'affaire C-213/07, point 31 ; J.-P. DEROSIER, « Le noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne. Contribution à une étude normativiste et comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne », *VIIIe Congrès de l'AFDC*, Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011.

[1052] M. DELMAS-MARTY, « Principes d'attribution, de subsidiarité et d'identité nationale des États membres », *in* Y. BOT, E. LEVITS et A. ROSAS, *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haye, *TMC Asser Press*, 2013, p. 330 et 331.

[1053] J. D. MOUTON, « La mondialisation et la notion d'État », *supra* note 32, p. 33.

[1054] Voir S. MARTIN, « l'identité de l'État dans l'Union européenne : entre ''identité nationale'' et ''identité constitutionnelle'' », *RFDC,* 2012, pp. 13-44.

[1055] Certains auteurs utilisent toutefois l'expression « identité constitutionnelle nationale" voir D. RITLENG, *supra* note 994.

b. La conception identitaire de l'État, une protection juridictionnelle européenne

La Cour de Justice de l'Union européenne, dans le but de préserver l'essence de l'intégration, c'est-à-dire « être uni dans la diversité », développe une vision identitaire de l'État, faisant échos aux revendications des juridictions constitutionnelles nationales. L'identité de la notion d'État est avant tout politico-institutionnelle[1056].

Tout d'abord, dans l'arrêt *Omega* [1057] est soulevée la question de la compatibilité avec le droit de l'Union d'une mesure d'interdiction, par l'autorité de police de la ville de Bonn, d'une activité considérée comme contraire au respect de la dignité humaine. Une telle mesure a pour effet de restreindre les libertés fondamentales que sont la libre prestation de services[1058] et la libre circulation des marchandises[1059]. La Cour de Justice, se référant aux traditions constitutionnelles communes aux États membres, soutient que le respect de la dignité humaine constitue *« un intérêt légitime de nature à justifier une restriction aux libertés fondamentales* »[1060]. Certains auteurs y notent les prémisses de la jurisprudence sur l'identité nationale dans sa dimension politico-institutionnelle[1061]. De façon plus emblématique, dans un arrêt du 12 septembre 2006 relatif au droit de vote aux élections au Parlement européen pour des ressortissants du Commonwealth résidant

---

[1056] Voir E. CLOOTS, *National identity in European Union*, Oxford, *Oxford University Press*, 2015, p. 207.

[1057] C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Omega pielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn,* Aff. C-36/02, *Rec. CJCE,* 2004, p. I-9609.

[1058] Selon l'article 56 du TFUE, *« les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation* », *supra* note 118.

[1059] Selon l'article 28 du TFUE, « *l'Union comprend une union douanière qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises et qui comporte l'interdiction, entre les États membres, des droits de douane à l'importation et à l'exportation et de toutes taxes d'effet équivalent, ainsi que l'adoption d'un tarif douanier commun dans leurs relations avec les pays tiers* », *supra* note 118.

[1060] CJCE, *arrêt Omega, supra* note 1057.

[1061] Voir à ce propos, J.-D. Mouton, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelledes États membres de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin : l'Union européenne : Union de droit, Unions des droits,* Paris, *Pedone*, 2010, p. 145 et ss. D'autres, par contre, considèrent l'arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003 comme point de départ : voir D. RITLENG, *supra* note 994, p. 31.

à Gibraltar et ne possédant pas la citoyenneté de l'Union[1062], la Cour de justice a estimé conforme au droit de l'Union,

> « *pour des raisons liées à sa tradition constitutionnelle (le choix fait par le Royaume-Uni), tant pour les élections nationales au Royaume-Uni que pour les élections à la Chambre législative de Gibraltar, d'octroyer le droit de vote et d'éligibilité aux [citoyens du Commonwealth] remplissant des conditions exprimant un lien spécifique avec le territoire au titre duquel les élections sont organisées* »[1063].

Ensuite, dans un arrêt du 22 décembre 2010, portant sur un contentieux opposant l'Autriche à une de ses ressortissantes concernant l'utilisation de titres de noblesse sur des papiers d'identité[1064], le juge a affirmé qu' :

> « *il y [avait] lieu d'admettre que, dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale pouvait être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union*»[1065].

Enfin, la conception identitaire de la notion d'État dans sa dimension politico-institutionnelle sera plus présente dans les conclusions d'avocats généraux. La première référence directe apparaît dans l'affaire *Marrosu*[1066], dans laquelle est posée la question de la conformité d'un décret, lequel a été juge conforme à la Constitution italienne par la *Corte Constituzionale*, avec une directive qui vise à prévenir les abus d'utilisation par des employeurs de contrats à durée déterminée successifs. Par ce décret, le gouvernement italien avait différencié l'administration publique du secteur privé, en justifiant cette différence par le souci de préserver l'accès par voie de concours dans l'administration, exigence constitutionnelle. L'avocat général va admettre que,

> *« sans doute doit-on reconnaître aux autorités nationales, et notamment aux juridictions constitutionnelles, la responsabilité de définir la nature des spécificités*

[1062] CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Aff. C-145/04, *Rec. CJCE*, 2006, p. I-7917.
[1063] *Idem*., point 63.
[1064] CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien,* Aff.C-208/09.
[1065] *Idem*, point 83.
[1066] CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu*, Aff. C-53/04, *Rec. CJCE*, 2006, p. I-7213.

nationales pouvant justifier une telle différence de traitement. Celles-ci sont, en effet, les mieux placées pour définir l'identité constitutionnelle des États membres que l'Union européenne s'est donné pour mission de respecter »[1067].

Dans l'affaire *UGT-Rioja*[1068], l'avocat général a rappelé que la clause de l'identité nationale *« implique que l'Union ne porte pas atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État membre, que celui-ci soit centralisé ou fédéral et n'influence pas la répartition des compétences au sein de l'État membre* »[1069]. Il ajoutera que, « *la nouvelle version de cette disposition adoptée par le traité de Lisbonne souligne expressément le respect des structures constitutionnelles des États membres de l'Union* »[1070].

Dans l'affaire *Umweltanwalt von Kärnten*[1071], l'avocat général se réfère au respect de l'identité constitutionnelle des États pour conclure à la capacité d'un organe institué par la Loi fondamentale autrichienne, à poser une question préjudicielle à la juridiction de Luxembourg. Il soutient qu' :

> « *en ouvrant les portes au dialogue entre les juges à ceux qui sont en marge du pouvoir judiciaire au sens strict, la Cour admet que les États de l'Union sont souverains quant à la définition de la composition et de la répartition des pouvoirs voulue par leur constitution. Si un pays membre attribue des fonctions juridictionnelles à des organes parajudiciaires, et entérine cette attribution au moment constituant, il y a là une volonté intimement liée à l'identité et à l'autonomie constitutionnelle nationale que la Cour respecte* »[1072].

Enfin, une affaire récente devant le Tribunal de l'Union européenne, opposant la Région Nord-Pas-De-Calais et la Commission, mérite d'être soulevée[1073]. La région Nord-Pas-De-Calais demandait au Tribunal l'annulation d'une décision de la Commission qualifiant d'aide d'État incompatible avec le marché commun deux

---

[1067] Conclusions POIARES MADURO, sous CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu*, Aff. C-53/04, *Rec. CJCE*, 2006, p. I-7213, point 40.
[1068] *Supra* note 382.
[1069] Conclusions présentées par Me Juliane Kokott, le 8 mai 2008, point 54. Voir notre analyse *supra*, p. 145 et ss.
[1070] *Ibidem*.
[1071] CJCE, 25 juin 2009, *Umweltanwalt von Kärnten et Alpe Adria Energia SpA*, Aff. C-205/08.
[1072] Conclusions présentées par M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 25 juin 2009 dans l'affaire C-205/08, point 47.
[1073] Tribunal UE, 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-De-Calais c/ Commission*, Aff. Jointes T-267/08 et T-279/08.

avances financières qu'elle avait accordées à une entreprise. Elle reprochait notamment le non-respect de ses droits de la défense en ce que la Commission ne l'aurait pas consultée lors de la procédure d'examen desdites avances, s'en tenant à s'entretenir avec les autorités centrales françaises. Or, selon elle, en procédant ainsi, « *la Commission aurait violé les principes de bonne administration et de respect de l'identité constitutionnelle des États membres, en portant atteinte à la libre administration des collectivités territoriales garantie par la Constitution française du 4 octobre 1958*[1074] »[1075].

Le Tribunal soutient à ce propos qu'il ne saurait être exclu qu' :

> « *une entité infra-étatique dispose d'un statut de droit et de fait la rendant suffisamment autonome par rapport au gouvernement central d'un État membre pour que, par les mesures qu'elle adopte, ce soit cette entité, et non le gouvernement central, qui joue un rôle fondamental dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel opèrent les entreprises* »[1076].

Ainsi, le Tribunal adhère à cette vision identitaire de la notion d'État, qu'elle tente de préserver en échos à l'article 4 § 2 du TUE qui inclut l'autonomie locale comme une composante de la dimension politico-institutionnelle de la clause de l'identité nationale.

Au final, à travers ces quelques affaires répertoriées, il est indiscutable que le droit de l'UE développe une vision identitaire de l'État dans sa dimension politico-institutionnelle. Cette vision identitaire contribue à une protection de la qualité d'État dans un ensemble plus large, l'Union européenne. Autrement dit, en se dotant de cette notion identitaire d'État, l'UE confirme qu'elle est une organisation internationale d'intégration. Cette vision identitaire peut aussi se développer sous une dimension culturelle.

[1074] Notamment en son article 72 al. 3 selon lequel « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ».
[1075] Point 62 de l'arrêt.
[1076] *Idem*, point 74.

B. L'État, une identité culturelle

En droit de l'UE, dans l'optique de préserver l'intégration structurelle, la notion d'État renvoie aussi à une identité culturelle. J.-M. Pontier affirme que « *l'identité nationale est faite, pour une large part, d'un héritage culturel* »[1077]. Pourtant, rien dans le texte des traités ne laissait présager une telle interprétation. En effet, le traité de Maastricht ne faisait aucune référence à l'identité culturelle[1078]. Le TECE et le Traité de Lisbonne qui lui ont succédé, offrent des précisions sur le contenu de la notion d'identité nationale, mais restent également muets sur l'existence d'une possible dimension culturelle[1079]. Face au silence des traités, un fondement peut être trouvé dans les constitutions des États membres (1), entériné par la jurisprudence de la Cour (2).

1. Les constitutions nationales des États, fondement de l'identité culturelle

Malraux écrivait que « *nous savons mal pourquoi nous tenons à notre passé, mais nous savons bien que nous y tenons et que toutes les nations tiennent aujourd'hui au leur* »[1080]. C'est ainsi que certains États de l'Union ont introduit dans leur constitution des dispositions ayant trait à la préservation de leur identité culturelle. En effet, la Constitution, acte qui « informe » la société dans le sens de donner « *une forme, une structure, une signification à la société* »[1081], accorde une place symbolique et une force juridique à la culture. Étant donné que le droit de l'Union se fonde sur les valeurs constitutionnelles communes des États membres

---

[1077] J.-M. PONTIER, « Les données juridiques de l'identité culturelle », *RDP,* n° 5, 2000, p.1275.

[1078] Rappelons que l'article 6 § 2 du TUE énonçait de façon laconique que « l'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres ».

[1079] Voir J.-C. BARBATO, « Le respect de l'identité culturelle des États devant la juridiction communautaire », *in* J.-D. MOUTON (*dir.*), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne? Réflexion à partir des notions d'identité et de solidarité*, *supra* note 68, p. 49.

[1080] A. MALRAUX, *discours à l'Assemblée nationale*, juillet 1962, cité par A. HERITIER, « Le respect du patrimoine culturel des Etats membres dans le droit de l'Union européenne », *in* J.-D. MOUTON (*dir.*), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne? Réflexion à partir des notions d'identité et de solidarité*, *supra* note supra note 68 , p. 89.

[1081] D. ROUSSEAU, « Constitution », *in* O. DUHAMEL, Y. MENI, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, *PUF*, 1992, p. 211.

pour fonder une conception européenne d'État dans un ordre juridique d'intégration, il ne pouvait ignorer cette identité culturelle retracée dans les différentes constitutions des États membres.

En France, le préambule de la Constitution de 1946, qui fait, depuis 1971, partie du bloc de constitutionnalité[1082], proclame en son alinéa 13 le libre accès à la culture. Un peu avant ce texte, le projet d'avril 1946 de la Première assemblée constituante proclamait à l'article 25 de la déclaration des droits : « *La culture la plus large doit être offerte à tous sans autre limitation que les aptitudes de chacun. Tout enfant a droit à l'instruction et à l'éducation dans le respect de la liberté*»[1083]. Même si les travaux préparatoires des Constitutions en question laissent croire que la culture n'est qu'un appendice de l'éducation, il faut réfléchir à l'interprétation qu'en a faite le législateur[1084].

En Espagne, l'article 46 de la Constitution dispose que « *les pouvoirs publics garantiront la conservation et encourageront l'enrichissement du patrimoine historique, culturel et artistique des peuples d'Espagne* »[1085]. La Constitution italienne prévoit quant à elle en son article 9 que *« la République fera tout ce qui est en son pouvoir pour promouvoir le développement de la culture (…). Elle veillera également à protéger et à préserver les régions rurales et les monuments historiques et artistiques qui sont l'héritage de la Nation* »[1086]. La Constitution portugaise, en son article 9 consacré aux « Tâches fondamentales de l'État » indique que *« l'État doit protéger et mettre en valeur le patrimoine culturel du peuple portugais, défendre la nature et l'environnement, préserver les ressources naturelles et assurer un*

[1082] C.C., 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, n° 71/44 DC.

[1083] Voir, C. PATRIAT, « Utopique politique culturelle : l'intervention publique dans la culture, entre incantation et métaphore *», in Études en hommage à Claude Courvoisier*, *EUD*, 2005, p. 413 ; P. MOULINIER, *Les politiques publiques de la culture en France*, *PUF, coll. Que sais-je* ?, 3e éd., 2006; M. CORNU, « Droit de la culture », *in Dictionnaire des politiques culturelles*, E. de Waresquiel, Larousse, CNRS, 2001 ; G. GENTIL, P. POIRRIER, *La politique culturelle en débat, anthologie 1955-2005, La Documentation française*, 2006 ; A.-H., MESNARD, *Droit et politique de la culture*, *PUF, coll. Droit fondamental*, 1990 ; Ministère de la Culture, *Patrimoine*, *La Documentation française*, *coll. État et culture*, 1992.

[1084] Voir, J.-P. COSTA, « alinéa 13 », *in* G. CONAC, X. PREVOT et G. TEBOUL, (*dir.*), *Le préambule de la constitution de 1946, Histoire, analyse et commentaires*, Paris, *Dalloz*, 2001, pp. 313-325.

[1085] Supra note 1045.

[1086] Constitution italienne du 27 décembre 1947, disponible sur http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_francese.pdf.

aménagement correct du territoire »[1087], tandis qu'un chapitre est consacré aux *« Droits et devoirs culturels* ». En Allemagne, l'autonomie culturelle des Lander est garantie par la Loi fondamentale[1088] et en Belgique, les articles 127, 129 et 130 de la Constitution prévoient l'administration de la culture par les communautés flamande et wallonne[1089]. L'article 24 de la deuxième partie de la Constitution hellénique consacrée aux « *libertés publiques et droits sociaux* » précise que « *la protection de l'environnement naturel et culturel est une obligation de l'État et un droit de chacun. L'État est tenu de prendre des mesures préventives ou répressives particulières, dans le cadre du principe de durabilité, pour assurer sa préservation* »[1090]. Il précise enfin que « *les monuments et les sites et éléments traditionnels sont placés sous la protection de l'État* »[1091].

Ainsi, la plupart des Constitutions des États membres[1092] consacre une ou des dispositions à la culture, soit vue comme un élément identitaire de l'État, soit comme un droit dont peuvent se prévaloir les citoyens[1093]. Ces différentes consécrations nationales, à l'image de la revendication des différentes cours constitutionnelles pour consacrer une identité constitutionnelle (politico-institutionnelle) des États, recevront un écho favorable au niveau européen. Le droit de l'Union, se fondant sur les traditions constitutionnelles communes des États membres, développera alors, une vision identitaire, au sens culturel du terme, de la notion d'État.

[1087] Constitution portugaise du 2 avril 1976, disponible sur http://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1976.htm.
[1088] Voir V. CHARLETY, « Politique du patrimoine en Allemagne : un fédéralisme de coopération », *Culture et Musée*, 2007, vol. 9, pp. 69-98.
[1089] Constitution belge, *supra* note 452.
[1090] Constitution de la Grèce du 9 juin 1975, disponible sur http://mjp.univ-perp.fr/constit/gr.htm.
[1091] *Ibidem.*
[1092] Voir aussi, pour le Royaume-Uni, E. CRAIG, "A right to a cultural identity in the UK Bill of Rights", *European Public Law*, 2013, vol. 19, pp. 689-714.
[1093] V. PIERGIGLLI, "The right to cultural identity", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2013, vol. 29, pp. 597-619.

2. La consécration de l'identité culturelle par le juge de l'Union

Face au silence des traités et en se fondant sur les traditions constitutionnelles communes des États membres[1094], la Cour de Justice a confirmé dans l'arrêt *Anita Groener* du 28 novembre 1989 [1095] que l'identité culturelle constituait une composante de l'identité nationale. En l'espèce, il s'agissait d'une législation irlandaise qui obligeait les enseignants titulaires à maîtriser le gaélique. L'Irlande justifiait cette mesure en arguant que l'usage du gaélique constitue un moyen d'expression de l'identité et de la culture nationale. La Cour a validé cette assertion, considérant que la législation litigieuse poursuivait un motif d'intérêt général. La référence à l'identité culturelle des États allait, dès lors, devenir très fréquente.

Dans l'affaire *Commission c/ Luxembourg* du 2 juillet 1996[1096], la Commission avait engagé un recours en manquement contre le Luxembourg, dont la législation exigeait la possession de la nationalité pour accéder aux emplois de fonctionnaires ou d'employés publics dans divers secteurs. Or, pour le secteur de l'éducation, les autorités luxembourgeoises faisaient valoir que « *la nationalité des enseignants est nécessaire pour assurer la transmission des valeurs traditionnelles et constitue donc une condition essentielle à la sauvegarde de l'identité nationale* ». La Cour accueillera cet argument en se référant à la clause du respect de l'identité nationale introduite par le traité de Maastricht. Toutefois, en l'espèce, la Cour jugera la condition de nationalité comme une mesure disproportionnée par rapport à l'objectif recherché[1097].

La jurisprudence ultérieure ne fera que confirmer le lien entre identité nationale et spécificité culturelle des États membres. En effet, ce lien sera mis en

[1094] Voir F. MODERNE, « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne », *in* F. SUDRE (*dir.), Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, *Bruylant*, 2000, pp. 35-84.

[1095] CJCE, 28 novembre 1989, *Anita Groener c/ Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee*, aff. C-379/87, *Rec. CJCE*, 1989, p. I-3967.

[1096] CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec.CJCE*, 1996, p. I-3207.

[1097] Pour une étude plus récente, voir M.-R. MADSEN, ''The clash : legal culture, national identity and European law'', Copenhagen, *icourts working paper series*, 2016, n° 71, p. 37; voir aussi, O. DUBOS, « Babel mise en abîme: l'UE et les langues minoritaires », *in, Europe (s), droit (s) européen (s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco,* Bruxelles*, Bruylant,* 2015, p.145 et ss.

lumière par certains avocats généraux. Il fut utilisé, en premier lieu, par M. Poiares Maduro à propos de la procédure de recrutement d'agents par Eurojust et des exigences linguistiques pouvant être imposées dans un tel cadre[1098]. En l'espèce, il définit la langue comme un élément de l'identité nationale des États membres. En effet, dans ses conclusions, il insiste sur le fait que « *dans une union conçue en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice visant l'établissement d'une société caractérisée par le pluralisme, le respect de la diversité linguistique est l'un des aspects essentiels de la protection accordée à l'identité nationale des États membres, ainsi qu'il résulte des articles du traité »*[1099].

Dans l'affaire *UTECA*[1100], était mise en cause une législation espagnole imposant à des opérateurs de télévision de consacrer un pourcentage de leurs recettes au financement de films en version originale dans une des langues officielles reconnues en Espagne (dont le catalan). L'avocat général justifiait cette mesure comme répondant à un objectif légitime, indiquant que le Traité de Maastricht avait fortement rehaussé l'importance de l'aspiration à la diversité culturelle « *en dernière analyse expression du respect de l'Union européenne pour l'identité nationale de ses États membres* »[1101]. La Cour de Justice lui donne raison en insistant sur le fait que « *la diversité linguistique est un élément fondamental de la diversité culturelle* »[1102] par référence à la décision 2006/515/CE du Conseil du 18 mai 2006 qui approuve la

---

[1098] M. Poiares Maduro, conclusions présentées le 16 décembre 2004 dans le cadre de l'affaire C-160/03, *Royaume d'Espagne c. Eurojust*.

[1099] *Idem* point 24. Plus loin dans ses conclusions, il réitère sa position en affirmant que le principe du respect de la diversité linguistique « *est un attribut essentiel de l'identité personnelle et, en même temps, un élément fondamental de l'identité nationale* » (point 36). Cet argument sera repris par l'Espagne dans une affaire jugée par le Tribunal, le 20 novembre 2008 (*République italienne c. Commission des Communautés européennes*, Aff. T-185/05). L'avocat général eut l'occasion de réutiliser cette clause dans l'affaire *Michaniki* relative à l'ajout par le droit national d'une cause d'exclusion de la participation aux procédures de passation des marchés publics de travaux. À cette occasion, son approche se révèle être plus large puisqu'il n'identifie pas une caractéristique pouvant entrer dans le champ de l'identité nationale mais affirme « qu'un État membre peut, dans certains cas et sous le contrôle bien évidemment de la Cour, revendiquer la préservation de son identité nationale pour justifier une dérogation à l'application des libertés fondamentales de circulation (M. Poiares Maduro, conclusions présentées le 8 octobre 2008 dans l'affaire C-213/07, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias, Elliniki Technodomiki* (TEVAE), point 32.

[1100] CJCE, 5 mars 2009, *Union de Televisiones Comerciales Asociades (UTECA) c/ Administracion General del Estado*, Aff. C-222/07, *Rec. CJCE*, 2009, p. I-1407.

[1101] Conclusions présentées par Me Juliane Kokott, le 4 septembre 2008, Aff. C-222/07, point 94.

[1102] Point 33 de l'arrêt.

Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles par l'UNESCO.

Cette construction jurisprudentielle est, aujourd'hui, complétée par les références culturelles dans les traités. Le traité de Lisbonne hisse, au moyen de son article 3 TUE, le respect de la diversité culturelle au rang des objectifs de l'Union[1103]. De même, la Charte des droits fondamentaux de l'Union réserve spécifiquement un article à la diversité, dans lequel il est précisé que « *l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique* »[1104]. Or, l'entrée en vigueur de la Charte concomitante à celle du traité de Lisbonne consacre ainsi directement le respect de la diversité culturelle parmi les principes fondamentaux de l'Union.

La vision européenne de l'État comme identité culturelle offre donc une perspective intéressante permettant de renforcer l'intégration structurelle voulue par les traités. L'État est, en effet, « *un personnage imaginaire et abstrait qu'il est nécessaire de placer dans une dimension scénique et temporelle ; il nécessite que son estrade soit construite et son échafaudage dressé* »[1105]. Le patrimoine culturel permet l'existence de l'État dans l'ordre du groupe et dans l'ordre du temps. Comme on a pu l'écrire : « *il n'y a pas de nation sans culture* »[1106], il n y a pas d'État sans patrimoine culturel. La préservation de cette identité culturelle peut être vue comme une fonction essentielle de lÉtat[1107]. D'ailleurs l'article 4§ 2 du TUE, traite en plus du respect de l'identité nationale, de respect des fonctions essentielles de l'État, ce qui laisse croire que la notion d'État renvoie aussi à une identité fonctionnelle.

[1103] Article 3 § 3 du TUE : « *L'Union respecte la richesse de sa diversité culturelle er linguistique et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen* »

[1104] Article 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2012/C 326/02, *JOUE*, C 326/391 du 26 octobre 2012.

[1105] A. HERITIER, « Le respect du patrimoine culturel des États membres dans le droit de l'Union européenne », *supra* note 1080, p. 88.

[1106] A.-H. MESNARD, *Droit et politique de la culture*, Paris, *PUF*, 1990, p. 33.

[1107] C'est ce que soutient A. HERITIER, « Le respect du patrimoine culturel des États membres dans le droit de l'Union européenne », *supra* note 1080, p. 88.

C. L'État, une identité fonctionnelle

L'article 4 § 2 du TUE complète la clause du respect de l'identité nationale des États par une clause de respect des fonctions essentielles de l'État selon laquelle, l'Union « *respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre »*.

Cette disposition renforce le caractère défensif de l'article 4§ 2 du TUE, interprété comme la marque du « *retour des États* » dans le traité de Lisbonne[1108]. Avant de mettre en lumière la quintessence de cette identité fonctionnelle de la notion d'État de l'UE. (2), il convient au préalable, pour des raisons méthodologiques, de la relier à la clause de l'identité nationale afin de démontrer qu'elle en est une composante (1).

1. « Les fonctions essentielles de l'État »: une composante de l'identité nationale

Au regard de l'intérêt défensif que « les fonctions essentielles de l'État » présentent pour la protection de l'identité constitutionnelle, et de leur proximité ontologique avec la notion de souveraineté, il persiste une question qui se doit d'être posée sur l'éventualité d'une inclusion matérielle de ces fonctions essentielles dans le champ couvert par la clause du respect de l'identité nationale des États. Autrement dit, le respect des fonctions essentielles de l'État est-il une composante du respect de l'identité nationale ? Ou plus exactement, la conception identitaire de l'État, matérialisée par la clause du respect de l'identité nationale, inclut-elle une identité fonctionnelle ?

[1108] R. KOVAR, « La souveraineté nationale est-elle soluble dans l'intégration *», in Europe (s), Droit(s) européen (s), Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, *Bruylant*, 2015, p.283.

À ce propos, si l'on s'attache à une lecture littérale de l'article 4 § 2 du TUE, la formulation semble distinguer par deux énoncés différents, d'une part, le respect de l'identité nationale et, d'autre part, celui des fonctions essentielles. Les deux éléments font l'objet de deux phrases distinctes. La littérature abondante sur l'identité nationale (au sens de l'identité politico-institutionnelle et de l'identité culturelle) et rare sur les fonctions essentielles, semble corroborer implicitement la séparation des deux clauses. Toutefois, si l'on se fie, dans une interprétation téléologique, aux recommandations du groupe de travail à l'origine de la formule inscrite dans le TECE,

> « *les éléments essentiels de l'identité nationale comprennent, entre autres, les structures fondamentales et fonctions essentielles d'un État membre, notamment la structure politique et constitutionnelle, y compris l'administration autonome aux niveaux régional et local; leurs choix concernant les langues; la citoyenneté nationale; le territoire; le statut légal des églises et des sociétés religieuses; la défense nationale et l'organisation des forces armées*»[1109].

Cette lecture paraît pertinente. Si l'identité renvoie à ce qui fait la particularité d'une chose et en même temps l'essence de cette chose [1110], l'adjectif « essentielles » caractérisant les « fonctions de l'État membre» fait de ces fonctions la particularité et l'essence de l'État. C'est donc dire que l'État de l'Union européenne a, en plus de l'identité politico-institutionnelle et culturelle propre, une identité fonctionnelle propre, renvoyant à un ensemble de fonctions que seul l'État peut exercer. De telles fonctions revêtent un caractère essentiel, en ce qu'elles déterminent l'existence politique de l'État. Sur cette base, A. Levade observera que « *l'Union reconnaît et respecte deux aspects, structurel et fonctionnel de l'identité nationale* »[1111], tout en présentant le plan fonctionnel comme « *une vision régalienne minimaliste de l'État* » [1112]. Assurant ainsi le respect de certaines fonctions régaliennes, le traité fournit sous l'impulsion des États membres la garantie que le cœur de la substance étatique continue de battre, c'est-à-dire que le seuil critique du transfert de compétences au-delà duquel la souveraineté formelle serait menacée,

[1109] Recommandation du groupe de travail V, rapport final « *compétences complémentaires* », du 4 novembre 2002, CONV 375/1/02 Rev.1, p. 12.
[1110] Voir G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, *PUF*, 2005.
[1111] Nous ajouterons un troisième aspect qui est culturel, voir nos développements *supra* p. 314 et ss.
[1112] A. LEVADE, « Quelle identité nationale préservée face à l'Union européenne? », *Annuaire de droit européen,* 2004, vol. 2, p. 187.

n'est pas atteint[1113]. Ces fonctions, étant l'exclusivité des États, sont toujours pleinement exploitables et opposables à l'Union, notamment dans l'objectif de préserver au niveau interne leur identité constitutionnelle. Elles deviennent ainsi une composante de l'identité nationale des États que protège le Traité sur l'Union européenne. Il convient maintenant de s'intéresser à ce que recouvrent ces fonctions essentielles de l'État.

2. « Les fonctions essentielles de l'État » : l'exercice effectif du monopole de la contrainte

Selon l'article 4 § 2 du TUE, « *L'Union respecte les fonctions essentielles de l'État notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre* ».

Par cette disposition, le Traité de Lisbonne confirme ce qui est au soubassement de la notion de souveraineté, de sa nature empirique. En effet, est ainsi rappelé ce qui est à la base de la formation de l'État, à savoir le monopole des compétences dites régaliennes[1114]. Certains commentateurs du traité y voient justement le respect du « *cœur des fonctions régaliennes* »[1115] de l'État membre, du « *noyau dur des fonctions étatiques* »[1116], allant jusqu'à l'envisager comme une « *condition de la préservation des États et des valeurs constitutionnelles garantes des identités constitutionnelles dont ils sont dépositaires* »[1117]. Ces fonctions, substance de la souveraineté, seraient, à ce point, essentielles pour l'État que leur négation entraînerait dans son sillage celle de la qualité d'État. Ainsi, comme le note J.-D. Mouton, les États ne seraient pas liés par les matières pour lesquelles le droit international doit les laisser libres de déployer l'autonomie qui leur appartient en tant qu'organisations humaines qui se gouvernent elles-mêmes (existence et forme de

[1113] P.-E. LEHMANN, *Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir du respect de l'identité nationale des États membres*, *supra* note 998, p. 63.
[1114] J.-D. MOUTON, « La mondialisation et la notion d'État », *supra* note 32, p. 32.
[1115] Voir F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZIKY, *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européen*, Paris, *Documentation française*, 2008, p. 39.
[1116] A. LEVADE, *supra* note 1112, p. 187.
[1117] *Ibidem*.

l'État, régime politique, subdivision de l'État, gouvernement sur le territoire et la population)[1118].

Mieux, la conception identitaire de l'État reste essentiellement concentrée sur le monopole de la contrainte par les États. C'est pourquoi A. Levade parle de « *vision régalienne minimaliste de l'État* ». En effet, l'article 4 § 2 du TUE ne se limite pas à évoquer dans l'abstrait l'expression « fonctions essentielles de l'État ». Il précise cette expression par l'énumération d'une liste non exhaustive desdites fonctions, à travers l'usage de l'adverbe « notamment ». En effet, l'article 4 § 2 renvoie « *notamment aux fonctions qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale* ». En d'autres termes, il s'agit avant tout des fonctions policières et militaires, c'est-à-dire, les fonctions par lesquelles l'État est susceptible, d'agir (« assurer, maintenir et sauvegarder ») par la puissance matérielle de contrainte[1119]. Ainsi, l'article réaffirme dans le prolongement du TECE, deux aspects liés à la qualité d'État souverain, à savoir la maîtrise des éléments constitutifs et le monopole de la contrainte[1120]. De ce fait, on remarque alors que les auteurs des traités n'ont pas entendu être exhaustifs. Dès lors, on peut considérer que les éléments de l'identité fonctionnelle de l'État énumérés correspondent seulement à un « noyau dur » des fonctions étatiques et que ces dernières sont susceptibles d'évoluer. En ce sens, le groupe de travail V recommandait que figurent parmi les fonctions de l'État :

> « *les choix fondamentaux en matière de politiques publiques et valeurs sociales (…), par exemple : a) politique de distribution des revenus ; b) imposition et collecte des impôts et taxes individuelles ; c) système de prestation de sécurité sociale ; d) système éducatif ; e) système public de soins de santé ; f) préservation et développement culturels ; g) service militaire ou civil obligatoire* »[1121].

Le caractère sensible de certains thèmes ainsi évoqués a conduit à préférer une vision plus traditionnelle et moins controversée.

[1118] J.-D. MOUTON, « La mondialisation et la notion d'État », *supra* note 32, p. 32.
[1119] R. MAISON, « Les fonctions essentielles de l'État », *in Les mots de la Constitution européenne*, Paris, *PUF*, 2005, p. 225.
[1120] J.-D. MOUTON, « La mondialisation et la notion d'État », *supra* note 32, p.32.
[1121] Voir *supra* note 1109, p. 11.

Néanmoins, la clause du respect des « fonctions essentielles de l'État », dans sa formulation actuelle, reste ouverte. Ainsi, de « nouvelles fonctions essentielles de l'État » pourront toujours être identifiées par la Cour de Justice, notamment en application de sa jurisprudence relative aux dérogations figurant dans les traités, notamment les entraves à la liberté de circulation pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique[1122]. Par exemple, dans l'affaire *Diego Cali*, la Cour a procédé à l'identification d'une mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'État en matière de protection de l'environnement[1123].

En conclusion, la vision identitaire de l'État repose sur trois aspects, selon le texte de l'article 4 § 2 du TUE et l'exploitation de la jurisprudence y afférente. L'État (de l'Union européenne) est tout d'abord une identité politico-institutionnelle, lui conférant par là une liberté dans son organisation interne. L'État est ensuite une identité culturelle, lui permettant de conserver son authenticité dans l'Union. L'État est enfin une identité fonctionnelle, renvoyant au noyau dur des fonctions étatiques que l'intégration n'altère pas. Le respect de l'identité nationale, dans ses différentes facettes, participe donc au projet européen, lequel « *consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États* »[1124]. Cette vision identitaire de l'État est propre à l'Union européenne et s'explique par la nature intégrationniste de l'organisation. Elle est par ailleurs complétée par une vision égalitaire autonome qui particularise davantage la notion d'État en droit de l'UE, ou tout simplement l'outil d'intégration structurelle.

Paragraphe 2. Une conception égalitaire de l'État

Le droit de l'Union secrète une conception identitaire de la notion d'État qui lui est propre, mais aussi une conception égalitaire de la notion d'État au service de l'intégration structurelle. Il affirme, ainsi, davantage son autonomie par rapport au

[1122] Articles 36, 52 par. 1, 62 et 65 TFUE.
[1123] CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali*, Aff. C-343/95, *Rec. CJCE*, 1997, p. I-1447.
[1124] Conclusions M. Maduro sous CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki*, Aff. C-213/07, *Rec.CJCE,* 2008, p. I-9999.

droit international classique[1125]. L'article 4 § 2 du TUE affirme que « *l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités* ». L'insertion de cette disposition dans le droit primaire est le fruit d'une revendication des « petits États »[1126], afin de limiter, autant que possible, la prise en compte par le droit de l'Union du poids des « grands États »[1127]. L'intégration ne peut, en effet, se faire sans recours à ce principe d'égalité statutaire des États, mais aussi, elle ne peut se faire en ayant recours au principe d'égalité souveraine connue en droit international classique[1128]. Les ressorts de l'intégration conditionnent une conception particulière de l'égalité statutaire, donc de la conception égalitaire de l'État. À ce propos, la doctrine a tendance à distinguer égalité dans les traités et égalité devant les traités. La première, aussi appelée égalité fonctionnelle par les internationalistes[1129], renvoie à la question de l'égalité dans la représentation des États membres dans le système institutionnel de l'UE. La seconde renvoie à l'égale application du droit de l'Union. On analysera la conception égalitaire de l'État dans ces deux dimensions : dans les traités (A) et devant les traités (B).

A. La conception égalitaire de l'État dans les traités

L'égalité dans les traités renvoie donc à l'égale représentation des États dans le système institutionnel de l'Union. La revendication des ''petits'' et la ténacité des ''grands'' ont conduit à une conception de l'égalité alternant un caractère correctif ou tourné vers l'équité (1) et un caractère strict ou absolu (2).

[1125] Pour l'égalité en droit international, voir U.-K. PREUB, ''Equality of States: its meaning in a constitutionalized global order'', *Chicago Journal of International Law*, 2008, n° 1, p. 17.

[1126] L. GRARD, « Les petits Etats et la Constitution européenne », *in* C. FRANCK et S. BOLDRINI (*dirs*.), *Une constitution pour un projet et des valeurs*, Bruxelles, *Bruylant*, 2007, p. 83; L. GRARD, « l'Union européenne et ses petits Etats », *in Les petits Etats et la construction européenne : Actes de la VIIe Chaire Glaverbel d'études européennes 2001-2002*, Bruxelles, *Bruylant*, 2002, p. 47; voir aussi, S. BUNSE, *Small States and EU governance : leadership throught the Council presidency, Basingstoke*, 2009, 290 p.

[1127] J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, *LGDJ,* 2010, 6e éd., p. 80.

[1128] Ce n'est pas pour rien que l'expression « égalité statutaire » a été préférée à « égalité souveraine » utilisée dans la Charte des Nations unies.

[1129] Voir R. DRAGO, « La pondération dans les organisations internationales », *AFDI,* 1956, p. 530.

1. Une conception corrective de l'égalité des États

La particularité structurelle de l'ordre juridique de l'Union européenne justifie l'idée d'une conception corrective de l'égalité des États membres dans les traités. L'Union n'est pas uniquement comme dans les organisations internationales classiques, une « union d'États ». Elle est aussi, une « union de citoyens »[1130]. Cette double perspective rend nécessaire l'idée d'une représentation institutionnelle égalitaire qui ne se suffirait pas d'une égalité stricte ou absolue entre États membres. C'est la raison pour laquelle, le principe de pondération reposant sur un critère démographique est apparu comme un élément correctif[1131], adaptant la conception égalitaire de l'État aux exigences systémiques du droit de l'intégration structurelle.

En effet, en se fondant sur la doctrine française de l'égalité selon laquelle une situation équivalente justifie un traitement équivalent[1132], force est de constater que l'adoption d'une égalité stricte ou absolue entre États, quelle que soit leur taille, conduit inévitablement à un déséquilibre sur la représentation des citoyens de l'Union. Dans le but de trouver l'équilibre entre l'égalité stricte des États et égalité des citoyens, les deux légitimités du système d'intégration, les rédacteurs du traité ont jeté leur dévolu sur le critère « objectif » de la démographie. C'est le cas au Parlement européen, avec la proportionnalité dégressive. Le critère démographique qui vient ici en premier est corrigé par des seuils (minimum et maximum) allant dans le sens d'une moindre inégalité des États membres. C'est le cas aussi au Conseil avec la formule de la double majorité, mais en sens inversé, puisque l'égalité stricte que traduit le premier « vote théorique » est corrigée par un critère démographique lors du second « vote théorique »[1133]. Ainsi, les « grands États » sont satisfaits, car la majorité des citoyens est prise en compte. Les « petits » sont contents, puisqu'une décision ne peut être imposée à une majorité d'États membres. Par ailleurs pour avoir 60% en terme de population, il faut obligatoirement associer des « grands » et

[1130] F. HERVOUET, « La nature de l'ordre juridique communautaire », *in Droit constitutionnel, droit communautaire : vers un respect réciproque mutuel?, Presse Universitaire d'Aix Marseille*, 2001, p. 19.

[1131] S. JOLIVET, « L'égalité des Etats membres de l'Union européenne : vers une conception de l'égalité étatique autonome du droit international? », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2015, n° 3, p. 388.

[1132] Voir F.-M. SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, *Economica*, 1997, p. 32 et ss.

[1133] Voir J. ZEMANEK, "Voting in the Council: a compromise, no revolution", *EUConst,* 2005, p. 62-67.

pour avoir 50% des États, il faut associer immanquablement des « petits »[1134]. De plus, toujours en ce qui concerne le Conseil, le passage du régime des quotas de voix au système de la double majorité traduit bien la volonté d'une application fidèle du critère démographique[1135]. En effet, la détermination des quotas de voix était le fruit d'une négociation intergouvernementale qui les rendait peu représentatifs du poids démographique réel de chaque État membre. Lors de la dernière période d'application de ce système, par exemple, l'Espagne et la Pologne jouissaient chacune d'un nombre de voix à peine inférieur aux quatre « grands » (27 contre 29) alors même que leur population représente la moitié de celle de l'Allemagne et les deux tiers de la France, de l'Italie et du Royaume-Uni[1136].

Dans cette perspective, on peut soutenir que l'usage du critère démographique traduit l'émergence d'une conception spécifique de l'égalité entre États membres de l'Union[1137]. **Cela veut dire que la notion d'État en droit de l'Union n'est pas seulement appréhendée comme une « unité juridique », reposant essentiellement sur la notion de souveraineté. L'État est aussi une unité démographique, nécessitant la prise en compte de sa composante « population » dans le système de représentation institutionnelle.** À cet égard, l'Union européenne se distingue autant de la pratique des organisations internationales classiques[1138] qu'elle se rapproche du système fédéral, dans lequel la pondération en fonction de la taille démographique est une technique caractéristique. Toutefois, force est de noter que ce critère démographique favorise davantage les « grands États » sur les « petits États ». Néanmoins, le critère reste légitime si on se place dans un système intégré au sein duquel la qualité de sujets de droit a été reconnue aux individus[1139], avant que le statut de citoyen de l'Union ne le soit à son

---

[1134] Voir L. GRARD, « Les petits États et la construction européenne », *supra* note 1126, p.93.
[1135] Voir C. BLUMMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, *Lexis Nexis*, 2016, 6e éd., p. 543.
[1136] Voir S. JOLIVET, *supra* note 1131, p. 390.
[1137] *Ibidem.*
[1138] Même si on sait que le système de pondération existe dans certaines organisations internationales de type classique mais repose sur d'autres critères que démographique. Par exemple, dans les institutions financières internationales (Banque Mondiale, Fonds Monétaire International), la pondération des voix s'y fait en fonction du montant des participations financières, donc un critère financier qui reflete la puissance économique respective des Etats.
[1139] CJCE, 5 fevrier 1963, *Van Gen En Loos*, *Rec. CJCE*, 1963, p. 3 ; voir aussi, N. DORRA JAIBI et W. LANDOLSI, « L'Union européenne : d'une communauté économique à une communauté de

tour avec le traité de Maastricht[1140]. Qui plus est, l'égalité citoyenne est, aujourd'hui, mentionnée sous forme de principe à l'article 9 du TUE[1141]. À cet égard, on notera que la tentative de conciliation de l'égalité des États membres avec l'égalité des citoyens, caractéristique de l'intégration structurelle, était un but expressément visé par les rédacteurs de la Convention sur l'avenir de l'Europe. Pour eux,

> « *de même qu'on ne peut pas proposer une Europe où les droits des États seraient méconnus, de même, il ne serait pas acceptable d'imaginer une Europe où le dogme de l'égalité entre les États aboutirait à une situation d'inégalité entre les citoyens* »[1142]. Dès lors, en ce qui concerne plus précisément le Conseil, « *le recours à la double majorité a paru constituer la meilleure manière de prendre en compte la double légitimité de l'Union européenne : union des citoyens et union des États* »[1143].

La correction de l'égalité stricte par le critère démographique renforce la particularité de la conception égalitaire de la notion d'État en droit de l'UE. Mais cette conception, on l'a vu, favorisant davantage les grands États, est dans certains domaines contrebalancée par le retour d'une conception absolue de l'égalité, plus favorable aux petits États. Ainsi se conçoit la recherche de l'équilibre dans un système en mouvement.

2. <u>Une conception absolue de l'égalité des États</u>

Comme le note L. Grard, « *le principe d'égalité structurelle se manifeste de la manière la plus stricte dans un certain nombre de données constitutionnelles qui n'ont pas prêtées à discussion* »[1144]. Les « petits États » ont cherché à maintenir

---

citoyens », *in Les droits de l'homme : une nouvelle cohérence pour le droit international ?,* Paris, *Pedone*, 2008, pp. 249-265.

[1140] Voir T. BLANCHET, "from workers to citizens: the evolution of European citizenship", *New Journal of European Criminal Law,* 2016, n° 2, pp. 142-150.

[1141] On peut lire dans cet article que « *dans toutes ses activités, l'Union respecte le principe de l'égalité de ses citoyens, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions, organes et organismes* ».

[1142] G. AMATO, J.-L. DEHAENE et V. GISCARD-D'ESTAING, « l'Europe, demain : la fausse querelle des ''petits'' et des ''grands'' », *Le Monde*, 14 novembre 2003.

[1143] *Ibidem*.

[1144] L. GRARD, « Les petits États et la construction européenne », *supra* note1126, p. 90.

dans un certain nombre de domaines une égalité stricte, vue comme une soupape de sécurité face au processus d'intégration.

En effet, pendant la négociation constitutionnelle, l'article 1-28 de l'avant-projet de Traité constitutionnel du 18 juillet 2003 retenait la formule simple selon laquelle « *la Cour de Justice européenne est formée d'un juge par État membre* ». Le TECE, puis le traité de Lisbonne reprendront cette solution faisant de chaque État membre un acteur à part entière de l'Europe du droit. L'actuel article 19 du TUE dispose, en effet, que la Cour de Justice « *est composée d'un juge par État membre* ». Une formule semblable est employée à propos de la Cour des comptes, laquelle est composée *« d'un ressortissant de chaque État membre* »[1145]. Avec cette règle, la Cour de Justice serait comme « rattrapée » par le poids des États, alors qu'elle est l'une des rares institutions à en avoir été traditionnellement épargnée[1146]. Ce poids sera encore d'autant plus présent lorsque la reforme en cours, consistant à porter à 56 le nombre de juges (soit deux juges par État), sera adoptée[1147].

Après la Cour de Justice, la conception absolue de l'égalité revient lorsqu'on évoque le cas de la Commission. En effet, les règles de composition de la Commission européenne adoptées lors du traité de Nice et reprises par celui de Lisbonne caractérisent, une véritable progression de l'égalité stricte. Trois éléments traduisent ce mouvement en faveur de l'égalité. Le premier est l'abandon, par le traité de Nice, de la pondération facultative qui avait abouti en pratique, à la nomination systématique de deux commissaires de la nationalité de chacun des États membres les plus peuplés. Le deuxième est paradoxalement la prévision, par le traité de Lisbonne, à travers la clause de rendez-vous, de la disjonction entre le nombre d'États membres et le nombre de commissaires[1148]. A priori, cette réforme devrait traduire un recul de l'égalité stricte. Toutefois, ce constat mérite d'être nuancé, car, dans le même temps, il est indiqué que les membres de la Commission sont choisis « *selon un système de rotation strictement égale entre les États membres permettant de refléter l'éventail démographique et géographique de*

[1145] Article 285 du TFUE.
[1146] H. GAUDIN, « L'État vu de la Communauté et de l'Union européennes », *supra* note 977, p. 252.
[1147] CJUE, communiqué n° 44/15 du 28 avril 2015, *Réforme du système judiciaire de l'Union européenne*, *JCP A,* 2015, act. 417.
[1148] En effet, à partir du 1er novembre 2014, la Commission était censée être composée d'un nombre de membres correspondant à 2/3 des Etats membres, voir aticle 17 § 5 du TUE.

l'ensemble des États membres »[1149]. S'il était sans doute exagéré de voir dans cette stipulation une progression de l'égalité stricte, du moins manifeste-t-elle la volonté de maintenir l'égalité selon d'autres modalités[1150].

De toute façon, et c'est le troisième élément, le Conseil européen a, comme le lui permet le traité de Lisbonne, décidé à l'unanimité de conserver le principe d'un commissaire par État membre, au moins jusqu'à l'adhésion du trentième État. Cette attitude de « *remettre au lendemain ce qu'on peut pas faire le jour même* »[1151] traduit pour l'instant une conception stricte de l'égalité, au détriment de l'efficacité de l'exécutif européen et de son effectif pléthorique. Les considérations qui entrent en jeu sont donc plus politiques que réalistes. L'approche fonctionnelle de la notion d'État rend concevable une adaptation de la conception de l'égalité statutaire au service d'un cadre institutionnel permettant une intégration efficace et efficiente en faisant abstraction des querelles d'opportunités politiques de part et d'autre.

Par ailleurs, dans un domaine déjà étudié comme l'assise de l'égalité corrective, à savoir la représentation au Conseil et au Parlement, on note une certaine tendance vers l'égalité absolue dans la pratique[1152]. Au Conseil d'abord, « *une lecture attentive du processus de vote fait apparaître que la composante étatique l'emporte sur la composante démographique dans le système issu du traité de Lisbonne* »[1153]. La nécessaire présence, lors du premier vote théorique, parmi les 55% d'États membres de quinze d'entre eux est un premier coefficient correcteur en faveur des petits et moyens États[1154]. Il en va de même de l'exigence qu'une minorité de blocage comporte au moins quatre États[1155]. Dans ces conditions, « *deux ou trois*

[1149] S. JOLIVET, *supra* note 1131, p 395.

[1150] *Ibidem*. Voir aussi, J.-P. JACQUE, « La Commission européenne après Lisbonne : declin ou changement de paradigme ? », *in, Europe (s), droit (s) européen (s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, *Bruylant*, 2015, p. 241 ; J.-P. JACQUE, ''Lost in transition : the European Commission between intergovernmentalism and integration'', *in, Independance and legitimacy in the institutional system of European Union*, Oxford, *Oxford University Press*, 2016, p. 15.

[1151] L. GARD, *supra* note 1126, p. 96.

[1152] Voir en ce sens, J. FUSEAU, « Le traité de Lisbonne, reflet de l'emprise des Etats membres sur l'Union européenne », *in* J. ROSETTO (*dir.*), Quel avenir pour l'Union européenne?, Tours, *Presses Universitaires François-Rabelais*, 2010, p. 133.

[1153] C. BLUMMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *supra* note 1135, p. 267.

[1154] S. JOLIVET, *supra* note 1131 , p. 392.

[1155] Article 238 § 3 du TFUE.

grands États membres qui atteindraient 35 % de la population, soit le seuil démographique de la minorité de blocage, devront avoir le renfort d'un ou de plusieurs États pour s'opposer à toute décision »[1156]. Au Parlement européen, le système de proportionnalité dégressive produit finalement une inégalité assez forte entre citoyens des « grands » et des « petits » États. Ces derniers sont, en effet, surreprésentés[1157]. Les seuils haut et bas ont tendance à écraser la représentation proportionnelle : un électeur maltais dispose par exemple d'un poids environ douze fois supérieur à un électeur allemand. On peine, ainsi, à assurer une égalité des citoyens au Parlement européen, qui est par ailleurs le siège par excellence de la démocratie européenne.

Ceci dit, la vision égalitaire de l'État dans les traités reste ambiguë et autonome et est interprétée en fonction des exigences de l'intégration, mais aussi de considérations politiques. C'est une vision propre qui allie égalité corrective et égalité stricte, afin de trouver un équilibre entre les deux légitimités de l'Union : Union des États et Union des citoyens. Cette spécificité de la vision égalitaire de l'État en droit de l'Union européenne se retrouve aussi lorsqu'on évoque l'égalité devant les traités.

B. La vision égalitaire de l'État devant les traités

À l'instar du droit international, le droit de l'Union se dote également d'une vision égalitaire de la notion d'État devant les traités. Il ne s'agit pas ici de la représentation des États dans les institutions européennes, mais de l'application des traités aux États membres de manière égalitaire. Seulement, on verra à ce niveau que le droit de l'Union se dote d'une conception autonome, en combinant exigence d'égalité et intégration de plus en plus poussée. À ce niveau, nous analyserons d'une part l'affirmation prétorienne de l'égalité devant les traités (1) avant de voir comment le droit de l'Union tente de concilier égalité et différenciation (2).

[1156] C. BLUMMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *supra* note 1135, p. 267.

[1157] Voir L. GRARD, *supra* note 1126, p. 93. Voir aussi, J. ZEMANEK, ''The principle of equality'', *in* C. KADDOUS et P. MERCIER (*dirs.*), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Paris, *LGDJ*, 2006, p. 242.

1. L'affirmation prétorienne de l'égalité devant les traités

Avant même son inscription dans le droit primaire, le juge de l'Union avait fait de l'égalité des États membres devant les traités, un principe général du droit de l'Union[1158]. Le juge de l'Union estime en effet depuis fort longtemps qu' :

> « *en permettant aux États membres de profiter des avantages de la Communauté, le Traité leur fait aussi l'obligation d'en respecter les règles; que le fait , pour un État, de rompre unilatéralement, selon la conception qu'il se fait de son intérêt national, l'équilibre entre les avantages et les charges découlant de son appartenance à la Communauté, met en cause l'égalité des États membres devant le droit communautaire et crée des discriminations à charge de leurs ressortissants et en tout premier lieu, de ceux de l'État même qui se place en dehors de la règle communautaire;*
>
> *Que ce manquement au devoir de solidarité accepté par les États membres du fait de leur adhésion à la Communauté affecte jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire* »[1159].

Dans un autre arrêt, après avoir analysé une dérogation soulevée par l'État défendeur, le juge de l'Union concluait qu'« *une telle interprétation conduirait à des conséquences indésirables du point de vue de l'égalité des États membres à l'égard de certaines règles essentielles pour le fonctionnement du marché commun* »[1160].

La Cour considère donc l'égalité de traitement entre États membres comme un principe sur lequel se fonde l'application du droit de l'Union. Une application discriminatoire des traités conduirait, en effet, à une remise en cause du système tout entier et de sa raison d'être, à savoir l'intégration. Elle fait, ainsi, un parallèle entre égalité des États et égalité entre homme et femme ou interdiction de discrimination fondée sur la nationalité[1161] . Sa conception de l'égalité reste

---

[1158] J. ZEMANEK, *ibid.,* p. 243

[1159] CJCE, 7 fevrier 1973, *Commission c/ Italie*, Aff. C-39/79, *Rec. CJCE*, 1973, points 24 et 25; voir aussi CJCE, 7 fevrier 1979, *Commission c/ Royaume-Uni et Irlande*, Aff. C-128/78, *Rec. CJCE*, 1979, point 12.

[1160] CJCE, 29 mars 1979, *Commission c/ Royaume-Uni et Irlande du Nord (pomme de terre)*, aff. C-231/78, *Rec. CJCE,* 1979, point 9.

[1161] K. LEANAERTS and P. VAN-NUFFEL, "Advanced integration and the principle of equality of member States within the European Union", *in,* C. KADDOUS (*dir.*), *supra* note 1157, p. 248.

fondamentalement tournée vers la conception française. Ainsi, elle considère que : « *L'interdiction de discrimination n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire; que ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différentiation ne soit objectivement justifiée* »[1162].

Au regard de ces différents extraits jurisprudentiels, il convient de faire un certain nombre de remarques, permettant de démontrer l'autonomie de la conception égalitaire de la notion d'État du droit de l'Union, par rapport notamment au droit international.

D'abord, l'observation de l'égalité entre États est non seulement une obligation pour les États dans leurs rapports réciproques, mais aussi une obligation pour les institutions européennes, à l'image de la clause de l'identité nationale. Ainsi, le droit de l'Union interdit à la Commission de traiter différemment des États membres si leur situation est identique, à moins de se fonder sur des critères légitimes et objectifs[1163].

Ensuite, la vision égalitaire de la notion d'État se fonde sur la prise en compte de la différence de situation. La Cour a fait application de cette technique dans différents arrêts dont l'affaire des quotas de pêche dans les eaux du Groendland constitue une illustration pertinente. En l'espèce, un Règlement européen avait totalement exclu l'Espagne et le Portugal de la répartition desdits quotas, ce que les deux pays ont contesté. Le juge conclut cependant à l'absence de discrimination : l'exclusion du Portugal et de l'Espagne résultant initialement de leurs actes d'adhésion respectifs, ces pays se trouvaient dans une situation qui n'était « pas comparable » à celle des autres États membres. Dès lors, la différence de traitement n'avait pas à être objectivement justifiée. Dans une autre affaire, à propos de l'application de dispositions particulières dérogeant aux mesures antidumping instaurées par un règlement, la Cour affirme encore plus clairement que « *la différence du traitement relevée a un fondement normatif dans un protocole qui fait partie intégrante du Traité, et ne saurait par conséquent, être considérée comme une*

[1162] CJCE, 19 octobre 1977, *Albert Ruckdeschel*, Aff. Jointes C-117/76 et 16/77, *Rec. CJCE*, 1977, point 7.

[1163] Voir CJCE, 2 juillet 1974, *Holtz and Willemsen c/ Conseil et Commission*, Aff. C-153/73, *Rec. CJCE*, 1974, p. I-00675, point 13; CJCE, 13 décembre 1984, *Sermides et autres*, Aff. C-106/83, *Rec. CJC*E, 1984, p. I-04209, point 28

discrimination »[1164]. Ainsi, si le droit primaire justifie une différence de situation, à travers, soit les clauses d'*opting out*, soit les conditions particulières mentionnées dans les actes d'adhésion, l'égalité des États membres est corrigée pour tenir compte de ces éléments[1165].

Enfin, la Cour fait reposer l'égalité devant le droit de l'Union sur la solidarité entre États membres, ce qui lui donne un fondement autonome de l'égalité souveraine connue en droit international. En effet, la possibilité de fonder l'égale application du droit sur la solidarité entre États membres, « v*éritable principe structurel de l'ordre juridique de l'Union* »[1166], est par rapport au droit international classique un trait distinctif du système intégré de l'Union qui devrait théoriquement aider à contenir les demandes de différenciation intempestives[1167].

Au final, l'égalité devant les traités n'est pas une égalité forcément stricte ou absolue. Elle est corrective et tient compte des différences de situations[1168]. Cette vision particulière de l'égalité se renforce lorsqu'on évoque le cas des coopérations renforcées.

2. <u>La conciliation entre égalité devant les traités et coopérations renforcées</u>

La coopération renforcée est une procédure par laquelle un minimum de neuf États membres de l'Union européenne (UE) est autorisé à établir une intégration ou une coopération accrue dans un domaine, dans le cadre des structures de l'UE, mais sans la participation des autres États membres. Elle leur permet de progresser selon des rythmes et des objectifs différents de ceux qui ne font pas partie des

---

[1164] CJCE, 11 juillet1990, *Sermes c. Directeur des douanes de Strasbourg*, Aff. C-323/88, *Rec. CJCE*, 1990, p. I-003027, point 47.
[1165] S. JOLIVET, *supra* note 1131, p. 389.
[1166] Selon J.-D. MOUTON, « vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, *supra* note 990, p. 473. Voir aussi à ce propos, A. LEVADE, « La valeur constitutionnelle du principe de solidarité », *in La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Paris, *Dalloz*, 2011, pp. 41-52.
[1167] S. JOLIVET, *supra* note 1131, p. 399.
[1168] Voir à titre d'exemple la « correction britannique » instituée par les décisions relatives au système des ressources propres (Décision 85/257/CEE, Euratom du Conseil du 7 mai 1985, *JOCE*, L 128, pp. 15-17).

domaines de coopération renforcée. La procédure est conçue pour remédier à la paralysie qui survient lorsqu'une proposition est bloquée par un État membre ou un petit groupe d'États membres qui ne souhaitent pas s'associer à une initiative[1169]. La *ratio* est donc de favoriser la réalisation des objectifs de l'Union, préserver ses intérêts et renforcer son processus d'intégration[1170]. Ainsi définie, cette procédure est, a priori, aux antipodes de l'égalité entre États membres devant les traités[1171]. Mais, un certain nombre d'instruments est mis en place pour ne pas dénaturer l'égalité des États membres devant les traités et concilier ainsi « intégration avancée » et « égalité de traitement ».

Le premier instrument est la fixation à neuf du nombre minimal d'États membres requis pour initier une coopération renforcée. Même si le TECE avait choisi un seuil proportionnel d'un tiers des États membres[1172], ce nombre relativement élevé protège « *à la fois l'intégrité de l'Union ainsi que l'égalité relative des États membres* »[1173].

Ensuite, dans un esprit de non-discrimination et même de solidarité entre États membres, aucun d'entre eux ne peut être exclu a priori d'une coopération renforcée, ni au moment de son instauration, ni au moment de son fonctionnement. L'article 328 § 1 du TFUE dispose en effet que les coopérations renforcées sont ouvertes à tous les États. La non-exclusion d'office renforce l'idée d'une égalité statutaire des États membres. L'article va plus loin, en incitant à la participation du plus grand nombre possible d'États membres. C'est dans cet esprit que la Cour a, dans le cadre de la coopération renforcée dans les domaines relevant de l'acquis Schengen, permis la possibilité pour l'Irlande et le Royaume-Uni (États non participants) de participer à cet acquis. En effet, selon la Cour,

> « *Dans le cadre de la coopération renforcée dans les domaines relevant de l'acquis de Schengen, l'article 4 du protocole de Schengen s'applique en lieu et place de l'article 331 TFUE et doit, dès lors, être lu comme ayant pour objet de permettre à*

[1169] Depuis février 2013, cette procédure est utilisée dans les domaines du droit applicable au divorce et aux brevets, et elle est approuvée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières.
[1170] Article 20 § 1 du TUE.
[1171] K. LEANAERTS and P. VAN-NUFFEL, « Advanced integration and the principle of equality of member States within the European Union », *supra* note 1161.
[1172] Article I-44.
[1173] M. BEULAY, « L'État membre dans l'Union européenne », *in Union européenne et droit international, en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, *Pedone*, 2012, p. 131.

l'Irlande et au Royaume-Uni d'être placés, en ce qui concerne certaines dispositions en vigueur de l'acquis de Schengen, dans une situation équivalente à celle des États membres participant à cet acquis et non de régir les droits et les obligations de ces deux États membres lorsqu'ils font le choix de demeurer, dans certains domaines, en dehors de cette coopération renforcée »[1174].

Enfin, la coopération renforcée ne peut être activée qu'en dernier ressort, c'est-à-dire, lorsqu'il est établi que les objectifs recherchés ne peuvent être atteints dans un délai raisonnable par l'Union dans son ensemble[1175]. Il en est ainsi parce que c'est « *l'intérêt suprême de l'Union qui justifie cette atteinte aux grands principes d'unité du droit de l'union et d'égalité devant les traités* »[1176]. De plus, la Commission peut s'opposer au déclenchement d'une coopération renforcée, car elle n'est pas tenue de donner suite à la demande des États en ce sens[1177]. Cet encadrement strict se justifie par le souci de ne pas dénaturer complètement l'égalité entre États membres au profit de l'intégration avancée. L'intégration structurelle nécessite toujours la recherche d'un équilibre.

La vision égalitaire de la notion d'État conformément à l'article 4 § 2 du TUE est donc particulière au droit de l'UE. Combinant égalité stricte et égalité corrective et se fondant sur le principe de solidarité, elle contribue à particulariser une notion fonctionnelle d'État en droit de l'Union européenne, tournée essentiellement vers la réalisation de l'objectif d'intégration.

En conclusion, la vision identitaire et égalitaire de l'État en droit de l'Union contribue, d'une part, à singulariser la notion d'État en droit de l'UE qui ne se réduit ni à l'acception internationale, ni à l'acception interne, et, d'autre part, à définir cette dernière comme un outil d'intégration structurelle. C'est en effet, l'intégration qui guide cette vision authentique de la notion d'État. Il ne faut pas perdre de vue que l'intégration repose sur une double logique a priori paradoxale, mais essentiellement équilibriste : des « *États souverains* » et une « *union sans cesse plus étroite entre les*

[1174] CJUE, 8 septembre 2015, *Royaume d'Espagne c/ Parlement et Conseil*, Aff. C-44/14, points 47-49.
[1175] Article 20 § 2 du TUE.
[1176] C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *supra* note 1135, p. 484.
[1177] Article 329 § 1 du TFUE.

peuples ». Sans « *États souverains* », l'Union ne serait plus un ordre juridique d'intégration, mais plutôt fédéral. Sans « *union sans cesse plus étroite entre les peuples* », elle ne serait plus dans une logique d'intégration, mais plutôt d'organisation internationale de type classique. Ainsi, la notion d'État, étant au final un outil au service de l'intégration, doit tenir compte de ces deux paramètres. C'est dans cette perspective que la notion d'État, en tant qu'élément identitaire et égalitaire, contribue à préserver « l'État souverain », donc la notion d'État s'érige en outil défensif de « l'État membre ». Ainsi l'outil sert à préserver la boîte « État membre ». Mais, il doit aussi servir à préserver l'autre boîte, celle d'une union « *sans cesse plus étroite entre les peuples* ».

Section 2. Un outil défensif de l'Union

La notion d'État, dans le discours juridique de l'Union européenne, a pour fonction de défendre une « *union sans cesse plus étroite entre les peuples* », donc, ce pour quoi l'Union européenne est née. La notion d'État, n'étant qu'un outil au service du projet européen, il est logique qu'elle soit mobilisée pour renforcer l'intégration structurelle, en préservant ce qui fait l'essence de l'Union européenne en tant qu'organisation internationale d'intégration[1178]. Et, l'intégration structurelle ne saurait se faire sans recours à deux principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union, à savoir la coopération loyale et l'équilibre institutionnel. À ce titre, et c'est ce qui fait qu'elle se singularise davantage du droit international et du droit interne, la notion d'État est, d'une, part un outil de coopération loyale et, d'autre part, un outil d'équilibre institutionnel.

Paragraphe 1. Un outil de coopération loyale

Après avoir consacré la vision identitaire et égalitaire de l'État, l'article 4 § 3 du TUE évoque aussitôt un principe de coopération loyale. Selon cet article,

« *En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union* ».

La place de cette disposition dans le traité est en soi révélatrice. Elle vient juste après l'affirmation de l'égalité des États et du respect de leur identité constitutionnelle, et juste avant le principe d'attribution des compétences. Le rôle

[1178] Voir E. BERBARD, « la disticntion entre organisation de coopération et organisation d'intégration : l'Union européenne au carrefour des méthodes », *in* L. DUBIN et M-C RUNAVO *(dirs.), Le phénomène institutionnel dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Paris, *Pedone*, 2014, p. 103 ; voir aussi, Y. PETIT, « la capacité d'intégration de l'Union européenne », *in* C. BLUMMAN *(dir.), Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, *Bruylant*, 2013, p. 215 ; O. DELAS, « Vingt ans de l'Union européenne : que reste t-il du modèle communautaire d'intégration ? », *RQDI*, (hors serie), 2012, p. 5.

central du principe dans les rapports entre États et Union, donc l'intégration structurelle, va de soi[1179]. En tant que principe structurel de l'ordre juridique de l'Union, la notion d'État est interprétée dans le sens de sa préservation. Il convient, ainsi, d'analyser le principe de coopération loyale en droit de l'UE (A) avant de s'intéresser à la notion d'État que son application induit (B).

A. Le principe de coopération loyale en droit de l'UE

La centralité du principe de coopération loyale[1180] doit être mise en avant, afin de comprendre sa propension à orienter l'interprétation que le droit de l'Union fait de la notion d'État. C'est un principe qui singularise l'ordre juridique de l'Union, et par voie de conséquence, la notion d'État qui y sert d'outil d'intégration. À cet égard, il serait judicieux de faire la genèse et la signification du principe (1), avant d'évaluer sa portée au regard notamment des principes défensifs de l'État membre (2).

1. Genèse et signification du principe

Afin de relever la centralité et l'importance du principe de coopération loyale, comme moteur de l'intégration structurelle, il convient de revenir sur l'historique (a) et le sens particulier qu'il évoque en droit de l'UE (b).

a. Genèse du principe.

« Pierre angulaire de l'acquis communautaire »[1181], le principe de coopération loyale n'est certes pas totalement absent du droit originaire, puisque contenu en

[1179] T. ROES, ''Limits to loyality : the relevance of article 4 (3) TEU'', *Cahiers de Droit Européen*, 2016, n° 1, p. 253.
[1180] E. NEFRAMI, « Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union », *Cahiers de Droit Européen*, 2016, n° 1, p. 222.
[1181] Voir D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités constitutifs d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, *Pedone*, 1981, p. 539.

filigrane dans l'article 10 du TCE[1182], qui précisait le rôle dévolu aux États membres dans le cadre communautaire, et aux termes duquel :

> *« Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.*
>
> *Ils s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».*

C'est, toutefois, à la Cour de Justice que l'on doit d'avoir identifié dans le texte de cette disposition l'expression d'un principe par ailleurs commun aux droits privé, international public, constitutionnel et fédéral et de l'avoir nommé « principe de coopération loyale »[1183]. La valeur explicative du fonctionnement du système de l'Union de cette disposition ne fait aucun doute, eu égard à sa place dans les dispositions liminaires du traité, qui synthétisent à la fois la volonté des fondateurs et les finalités assignées aux institutions qu'ils créent[1184]. Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, puis le traité de Lisbonne sont venus renforcer un tel principe en le mentionnant expressément. En effet, on peut lire dans l'actuel article 4 § 3 du TUE que :

> *« En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».*

[1182] Traité instituant les Communauté européennes, *JOCE*, 24 décembre 2002, C 325/1.

[1183] Quoique les formulations retenues varient dans la jurisprudence de la Cour, il semble bien qu'il s'agisse là de la formule moyenne utilisée pour la première fois dans l'ordonnance du 6 décembre 1990, *Procédure pénale contre Zwartveld ea.*, Aff. C-2/88, *Rec. CJCE*, 1990, p. I-4405 ; pour une étude exhaustive de la jurisprudence relative à l'application de cette formulation, voir M. BLANQUET, L'article 5 du traité CEE : recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté, Paris, *LGDJ*, 1994, p. 413 et ss.

[1184] V. CONSTANTINESCO, « L'article 5 CEE : de la bonne foi à la loyauté communautaire », *in Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, *Nomos Verlagsgesellschaft, Badden-Baden*, 1987, p.97 et ss.

Cependant, le principe, ainsi dégagé, dépasse largement le strict cadre de l'article 4§ 3 du TUE. On retrouve ce même esprit dans le cadre de la politique extérieure et de sécurité commune. Révélant un indéniable souci de cohérence[1185], l'article 24 § 3 du TUE prévoit en effet que « *les États membres appuient activement et sans réserve la politique extérieure et de sécurité de l'Union dans un esprit de loyauté et de solidarité mutuelle et respectent l'action de l'Union dans ce domaine* ». C'est sur cette lancée que la Cour a, d'ailleurs, construit la théorie des compétences externes implicites. Les arrêts postérieurs à l'affaire *AETR*[1186], confirment que le devoir de coopération loyale est la base de l'autonomisation de l'action extérieure de l'Union. En effet, les arrêts *de « ciel ouvert »*[1187] et l'avis 1/03 *relatif à la conclusion de la convention de Lugano*[1188] mettent en évidence cette donne. C'est ainsi que, dans un arrêt plus récent du 4 mars 2010, la Cour note que :

« Le devoir de coopération loyale, prévu à l'article 10 CE, est d'application générale et ne dépend ni du caractère exclusif ou non de la compétence communautaire concernée ni du droit éventuel, pour les États membres, de contracter des obligations envers des États tiers. Lorsqu'il apparaît que la matière d'un accord ou d'une convention relève pour partie de la compétence de la Communauté et pour partie de celle des États membres, il importe d'assurer une coopération étroite entre ces derniers et les institutions communautaires tant dans le processus de négociation et de conclusion que dans l'exécution des engagements assumés. Cette obligation de coopération découle de l'exigence d'une unité de représentation internationale de la Communauté »[1189].

Même en l'absence d'occupation du terrain par des règles communes, les États membres ont l'obligation de s'abstenir d'une action externe qui pourrait affecter l'application des règles de l'Union. L'exclusivité de la compétence externe de l'Union, qui lui permet d'agir comme un sujet du droit international doté de compétences

---

[1185] M. LE BARBIER LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale : les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres » *supra* note 1004, p. 421.

[1186] CJCE, 31 mars 1971, *Commission/Conseil*, Aff. C-22/70, *Rec. CJCE*, 1971, p. 263.

[1187] CJCE*, 5 novembre 2002*, *Commission c./Danemark*, Aff. C-467/98, *Rec.CJCE*, 2002, p. 1-9519; *Commission c./Suède*, Aff. C-468/98, *Rec*. p. 1-9575*; Commission c./Finlande*, Aff. C-469/98, *Rec*. p.1-9627*; Commission c./Belgique*, Aff. C-471/98, *Rec.* p.1-9681*; Commission c./Luxembourg*, Aff. C-472/98, *Rec. CJCE,* p. 1-9741*; Commission c./Autriche*, Aff. C-475/98, *Rec. CJCE,* p. 1-9797*; Commission c./Allemagne*, Aff*. C-476/98*, *Rec. p. 1-9855 ;* CJCE*,* 24 avril 2007, *Commission c./ Pays-Bas*, Aff. C-523/04*, Rec. CJCE,* 2007, *p. 1-3267.*

[1188] CJCE, 7 février 2006, *Rec. CJCE*, 2006, p. 1-1145.

[1189] CJUE, 4 mars 2010, *Commission c/ Irlande*, Aff. C-222/08, *Rec. CJUE*, 2010, p. I-1669, point 62.

propres, ne découle ainsi pas automatiquement d'un parallélisme des compétences internes et externes[1190]. Indépendamment de l'exclusivité de la compétence interne, les États membres ont un devoir d'abstention de l'action internationale en vue de préserver l'application effective des règles communes, ce qui correspond à l'obligation de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. La Cour de justice a même étendu l'obligation d'abstention au cas d'affectation potentielle des règles communes, se référant explicitement au devoir de coopération loyale[1191].

Étendant encore son champ d'application, la Cour a également fait peser cette obligation de coopération sur les institutions de l'Union dans leurs rapports mutuels[1192]. En effet, pour la Cour, dans le cadre des relations interinstitutionnelles « *prévalent les mêmes devoirs réciproques de coopération loyale, qui comme la Cour l'a reconnu régissent les relations entre les États et les institutions de (l'Union)* »[1193]. Ce même principe vaut aussi dans les relations mutuelles entre États membres[1194]. Cependant, pour notre analyse c'est la dimension « verticale ascendante »[1195] du principe, autrement dit en tant qu'exigence s'imposant aux États membres vis-à-vis de l'Union, qui nous intéresse. Il convient d'en préciser le sens.

b. Signification du principe

Le contenu du principe de coopération loyale est progressivement déterminé par le juge de l'Union en tant qu'interprète authentique des traités. S'agissant

---

[1190] Voir E. NEFRAMI, « le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *RUE*, 2012, n° 556, p. 197.
[1191] CJCE, 12 février 2009, *Commission c./République hellénique*, Aff. C-45/07, *Rec. CJCE*, p. 1-701.
[1192] Voir à ce propos C. DELCOURT, « le principe de coopération loyale entre les institutions dans le traité établissant une constitution pour l'Europe », *in Le droit de l'Union européenne en principes*, supra note 1004 ; voir aussi, C.J.C.E., ord., 13 juillet 1990, *Zwartveld*, Aff. C-2/88, *Rec. CJCE*, 1990, p. 3365 ; CJCE, 10 juillet 1990, *Hansen*, Aff. C-326/88, *Rec. CJCE*, 1990, p. 2911.
[1193] CJCE, 27 septembre 1988, *Grèce c/ Conseil*, Aff. C-204/86, *Rec. CJCE*, 1988, p. 5323.
[1194] Voir M. BLANQUET, « acceptation ou consécration d'un concept communautaire : la fidélité communautaire », *in* S. POILLOT-PERUZZETTO (*dir.*), *Vers une culture juridique européenne ?*, Paris, *Montchrestien*, 1998, pp. 145-158.
[1195] M. LE BARBIER LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale : les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres » *supra* note 1004, p. 421.

spécifiquement des obligations de coopération loyale des États membres envers l'Union, il découle du traité même que les États doivent prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit de l'Union. En effet, dans son avis n° 1/09 du 8 mars 2011, la Cour rappelle 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 leur territoire respectif, l'application et le respect du droit de l'Union. De plus, en vertu du deuxième alinéa de cette même disposition, les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Dans ce cadre, il incombe aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit* »[1196].

Les États membres doivent également collaborer avec les institutions de l'Union, et notamment fournir à la Commission toutes les informations qu'elle sollicite[1197]. De même, ce principe vise un comportement négatif des États membres, lesquels doivent s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité. La Cour en a déduit qu'ils devaient renoncer à appliquer toute mesure nationale qui pourrait limiter la pleine efficacité des normes produites par l'Union européenne ou la protection effective des droits que ces normes reconnaissent[1198].

Il semble ainsi que ce principe demeure le fil conducteur des relations entre les États membres et l'Union et contribue à singulariser, d'une part, l'Union en tant que projet politique particulier[1199] et, d'autre part, le statut d'État membre[1200]. On

---

[1196] CJUE, avis, 8 mars 2011, *Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire*, Avis 1/09.

[1197] Voir CJCE, 25 mai 1982, *Commission c/ Pays-Bas*, Aff. C-96/81, *Rec. CJCE*, 1982, p. 1863; CJCE, 22 mars 1994, *Commission c/ Espagne,* Aff. C-375/92, *Rec. CJCE*, 1994, p. 923; CJCE, 24 mars 1994, *Commission c/ Royaume-Uni*, Aff. C-40/92, *Rec. CJCE*, 1994, p. 989.

[1198] CJCE, 5 mai 1981, *Commission c/ Royaume-Uni,* Aff. C-807/79, *Rec. CJCE*, 1981, p.1075.

[1199] E. NEFRAMI, « le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *supra* note 1190, p. 197; voir aussi M. FARTUNOVA, « La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle : quelques reflexions sur les fondements de la construction européenne », *Cahiers de Droit Européen*, 2016, n° 1, pp. 193-219.

[1200] J.-D. MOUTON, « Le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne et la fragmentation de l'Etat », *supra* note 68, p.135.

peut, en effet, soutenir sans ambages qu'il se distingue de la fidélité fédérale connue en droit constitutionnel fédéral et de la bonne foi, chère au droit international. La particularité de la notion de coopération loyale en droit de l'Union, par rapport à la fidélité fédérale, vient de ce que ce principe ne régit pas les rapports entre entités fédérées et fédération, mais des rapports d'une nature différente tout à fait originale entre États membres et institutions européennes. La loyauté dont doivent faire preuve les États membres et les institutions européennes n'est pas de même nature que celle qui prévaut dans un État fédéral, pour la simple raison que les relations entre ces entités ne s'inscrivent pas dans un cadre étatique. Les intérêts sont donc différents de même que le degré de transfert de compétences. À l'instar des principes de subsidiarité et d'intérêt général, le principe de coopération loyale constitue un instrument permettant au juge de l'Union d'assurer la cohérence du système[1201].

La particularité de la coopération loyale est encore plus marquée par rapport à la notion de bonne foi qui existe en droit international. Le juge K. Lenaerts a mis en évidence cette spécificité en remarquant que « *la loyauté communautaire est une expression de la solidarité au sein de la Communauté* »[1202]. Elle ne saurait, dès lors, être assimilée purement et simplement au principe de droit international selon lequel les États exécutent de bonne foi leurs engagements, mais s'impose en tant que telle à toutes les autorités des États membres[1203]. La bonne foi du droit international ne nécessite pas un engagement aussi important et aussi complet que la coopération loyale du droit de l'UE. Cette différentiation s'explique là encore par la nature spécifique de l'ordre juridique de l'Union par rapport à l'ordre juridique international.

Le principe contribue aussi à particulariser le statut d'État membre. C'est en effet ce que soutient J.-D. Mouton qui note que « *passant d'une fonction de disposition liminaire qui conditionne l'application des dispositions matérielles à une véritable disposition matérielle au champ d'application étendu, le devoir de loyauté, plus qu'un principe général de droit de l'Union exprime une obligation inhérente au*

[1201] Voir en ce sens, D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités constitutifs d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, *supra* note 1181, p. 621 et ss.

[1202] CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, Aff. C-6/69 et 11/69, *Rec. CJCE*, 1969, p. 523, point. 16.

[1203] CJCE, 8 octobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, Aff. C-80/86, *Rec. CJCE*, 1987, p. 3969, pt. 12

statut de membre »[1204]. Ainsi, selon l'auteur, le principe de coopération loyale devenu fondement des obligations de l'État membre de l'Union « *peut être considéré comme l'élément fondamental du statut de l'État intégré pour ce qui concerne ses obligations* »[1205]. À cet égard, la portée du principe doit être lue en rapport avec les principes défensifs de l'État déjà évoqués, notamment l'autonomie institutionnelle et procédurale et le principe de neutralité.

2. Portée du principe : une limite aux principes d'autonomie institutionnelle et de neutralité

S'il convient de garder à l'esprit que toute compétence qui n'est pas attribuée à l'Union relève, par principe, des États membres, il faut, en même temps, prudemment relativiser l'ampleur de la marge de liberté dont jouissent ces derniers dans l'exercice de leurs compétences retenues. La neutralité du droit de l'Union, à cet égard, n'est souvent qu'apparente. Certes, le traité impose à l'Union de respecter l'identité nationale des États membres et leur autonomie institutionnelle, de prendre également acte du maintien de certaines questions dans la sphère régalienne des États ou d'aménager à leur profit, diverses dérogations justifiées par la sauvegarde de leurs intérêts essentiels. Cependant, aucune de ces prérogatives ou de cette marge de liberté ne pourra être mise en œuvre sans considération pour les exigences les plus fondamentales du droit de l'Union. Dit autrement, tout en se situant clairement en dehors du champ d'application matériel du traité, l'exercice de ces compétences est contraint par la nécessité de tenir compte de l'influence connexe du droit de l'Union. Même partielle, l'intégration conduit donc à des incursions constantes du principe de coopération loyale sur les principes défensifs de l'État, conduisant à la relativité de ces derniers. Il convient, à cet égard, de mettre en lumière les raisons théoriques d'une telle relativité (a) et sa consécration pratique (b).

[1204] J.-D. MOUTON, « Le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne et la fragmentation de l'Etat », *supra* note 68, p. 135 ; voir aussi E. NEFRAMI, « L'Etat membre au service de l'Union européenne », *Annuaire de Droit Eurorpéen,* 2004, vol. II, p. 72.
[1205] *Ibidem*.

a. Raisons théoriques

Une consécration absolue des principes défensifs de l'État ouvrirait une boite de pandore quant au non-respect de leurs obligations par les États membres. En effet, il leur suffirait, par exemple, d'invoquer les dispositions de droit interne relatives à l'organisation institutionnelle de l'État pour échapper aux obligations qu'ils ont contractées dans le cadre des traités. L'efficacité du droit de l'Union dépendrait alors exclusivement de la bonne ou mauvaise volonté des autorités nationales chargées de son application dans l'ordre juridique interne. À l'instar des traités internationaux classiques, les traités sur l'Union européenne et le fonctionnement de l'Union européenne ne seraient appliqués que tant que les États membres y trouveraient leur intérêt. Dès lors qu'il en irait autrement, ces derniers pourraient violer leurs engagements en invoquant quelques contrariétés relatives à leur organisation ou à leur structure institutionnelle. En d'autres termes, ils pourraient faire obstacle à la pleine réalisation du droit de l'Union de manière quasi discrétionnaire. Soumis au bon vouloir des États membres et victime de leurs intérêts particuliers, le droit de l'Union ne tarderait pas à tendre vers l'inexistence[1206]. Très rapidement, nous aboutirons à la remise en cause intégrale du processus d'intégration européenne.

Si la reconnaissance illimitée des principes d'autonomie institutionnelle et de neutralité des traités vis-à-vis du régime de propriété des États membres va directement à l'encontre des effets recherchés par les auteurs des traités, elle ne peut être consacrée par l'ordre juridique de l'Union. Cette attitude est d'ordre existentiel. Il n'est en effet pas concevable que les États membres puissent décider seuls du degré d'efficience du système juridique. Une simple constatation résume cette contradiction :

> *« Si plusieurs États se sont unis dans un dessein commun, s'ils ont institué à cet effet des structures, inventé des instruments, imaginé des procédures, il faut qu'en toute circonstance ce projet soit pratiquement opérant. Plus concrètement, il faut que les rapports du pouvoir qui s'établissent entre la Communauté et ses États*

[1206] P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes : étude des sources du droit communautaire*, *Presse Universitaire de Liège*, 3e éd., 1975, p. 227.

membres fonctionnent de manière à conduire à des résultats utiles et non pas à des conflits sans fin, ni à des blocages de système »[1207].

Admettre l'attitude d'un pouvoir normatif qui à la fois rechercherait l'efficacité de la norme qu'il édicte et en même temps fournirait consciemment les moyens de la paralyser serait juridiquement saugrenu[1208]. Une telle contradiction ne peut se concevoir en droit. C'est ainsi qu'il devient légitime que le principe d'efficacité ainsi que le principe de coopération loyale infléchissent souvent la mise en œuvre des principes défensifs de la souveraineté des États face à l'intégration européenne.

b. Consécration pratique

Dès l'origine, la Cour de Justice affirme expressément « la secondarité » des principes d'autonomie institutionnelle et de neutralité des traités vis-à-vis du régime de propriété des États, lorsque l'efficacité du droit de l'Union est compromise par l'application de solutions nationales hétérogènes[1209]. L'Avocat général H. Mayras lorsqu'il reconnaît le principe d'autonomie institutionnelle[1210], précise aussitôt que, « *comme membre de la Communauté, il ne peut dépendre de l'État de restreindre, de ce fait, la portée réelle* »[1211] du droit de l'Union. En d'autres termes, l'autonomie institutionnelle n'est pas et ne peut jamais faire obstacle à l'intégration européenne en cours. Ainsi les États membres ne peuvent pas exciper de leur ordre juridique interne ou de l'organisation de leur puissance publique nationale en cas d'inexécution de leurs obligations[1212]. Il est d'ailleurs intéressant de constater que la Cour de Luxembourg ne met jamais en avant le principe d'autonomie institutionnelle dans ses arrêts, alors qu'elle évoque souvent le devoir de coopération loyale des

[1207] P. PESCATORE, *Compétence et pouvoir dans les Communautés européennes,* Paris, *LGDJ*, 1974, p.11; Voir aussi à ce propos, R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire », *in La Communauté et ses États membres*, *supra* note 1310, p. 201.
[1208] A. RACLET, *supra* note 1003, p. 65.
[1209] CJCE, 27 mai 1993, *Peter,* aff. C-290/91, *Rec. CJCE*, 1993, p. 2981.
[1210] Conclusions sous CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, *supra* note 570, p. 162.
[1211] *Ibidem*. Voir aussi, J. RIDEAU, « Communauté de droit et États de droit, le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI,* 1972, p. 864.
[1212] CJCE, 2 février 1982, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-68 à 73/81, *Rec. CJCE*, 1982, p. 153.

États membres[1213]. De plus, dans l'arrêt *Schlüter*[1214], elle indique expressément que le principe d'autonomie institutionnelle « *doit se concilier avec les nécessités d'une application uniforme du droit communautaire* »[1215]. En conséquence, l'État membre doit toujours adapter ses structures internes pour que les règles de l'Union puissent s'appliquer efficacement dans l'ordre juridique interne. L'organisation étatique s'en trouve souvent influencée, soit par l'institution d'autorités spécifiques, soit par l'attribution de compétences communautaires à des autorités existantes[1216].

Dans le même ordre d'idées, les institutions européennes relativisent la portée du principe de neutralité des traités vis-à-vis du régime de propriété des États pour des raisons d'efficacité du droit de l'Union. Ainsi, le Tribunal de première instance a déjà affirmé qu' « *un État membre ne saurait privilégier un type déterminé d'entreprises dans son organisation économique, aux seules fins de permettre aux entreprises en cause de se soustraire des règles communautaires de la concurrence* »[1217]. De même, la Commission européenne développe une politique d'encouragement à la privatisation, remettant substantiellement en cause le principe de neutralité des traités vis-à-vis du régime de propriété des États. Certaines décisions sont à cet égard emblématiques. Ainsi, une décision du 7 juin 1995 relative à l'aide accordée par le gouvernement italien à l'entreprise *Iritecna Spa*[1218], la Commission européenne indique clairement que « *l'engagement pris par les autorités italiennes de procéder à la vente de l'entreprise dans un délai raisonnable est mis comme condition à l'approbation du plan de restructuration »*[1219]*. Selon ses propres termes, une telle privatisation « permet davantage d'escompter qu'une entreprise sera viable, c'est-à-dire qu'elle opérera à un niveau de rentabilité*

[1213] Voir, CJCE, 30 mai 1989, Commission c/ Conseil, Aff. C-242/87, *Rec. CJCE*, 1989, p. 1425, pt 10. La Cour de Justice révèle que « *la mise en œuvre des programmes généraux de la politique communautaire de formation professionnelle (en l'occurrence le programme Erasmus) incombe aux États membres et aux institutions communautaires dans le cadre d'une coopération* ». Voir aussi, J. MERTENS de WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE*, 1977, p. 383 et ss.

[1214] CJCE, 6 juin 1972, *Schlüter*, Aff. C-94/71, *Rec. CJCE*, 1972, p. 307.

[1215] *Ibidem*.

[1216] C. LEQUESNE, « L'adaptation des administrations nationales à l'existence des Communautés européennes, le cas des ministères français », *RFAP,* 1987, p.275.

[1217] TPICE, 2 juillet 1972, *Dansk Pelsdysavlerforening*, Aff. T-61/69, *Rec*. II, p. 1937, point.51.

[1218] Décision du 7 juin 1995, *JOCE*, n° L. 300 du 13 décembre 1995, p. 92.

[1219] *Idem*, p. 33, pt. 5.

normal »[1220]. Cette doctrine de la Commission démontre à tout le moins la relativité du principe de neutralité des traités vis-à-vis du régime de propriété des États. En effet, comme le note L. Idot, « *on peut s'interroger sur ce qu'il reste de l'article 222 du traité lorsque l'on constate que l'approbation des plans de restructuration est liée à la privatisation des entreprises en cause* »[1221].

Si les principes d'autonomie institutionnelle et de neutralité des traités vis-à-vis du régime de propriété des États laissent une grande liberté à l'État membre de s'organiser, il apparaît rapidement que celle-ci ne saurait être totale. En effet, les principes permettant à l'État de s'autodéterminer ne peuvent pas jouer de manière autonome. Leur exercice doit toujours être relativisé, c'est-à-dire mis en relation avec d'autres principes d'essence supérieure comme la coopération loyale[1222]. À cet égard, la liberté des États se trouve réduite à l'exacte mesure de ce qu'exige l'efficacité du droit de l'Union.

Dès lors, nous pouvons conclure que la notion d'État est appréhendée en droit de l'Union en prenant en compte des principes contradictoires, mais centrés essentiellement sur l'objectif d'intégration. Le besoin d'intégration par le droit fait que le droit de l'Union doit se doter d'une notion autonome et fonctionnelle d'État aux fins de l'application des normes. Cette notion d'État est interprétée donc dans le seul but de renforcer l'intégration. Et puisque la coopération loyale est un levier d'intégration, la notion d'État en devient un outil.

B. Notion d'État et application du principe de coopération loyale

En application du principe de coopération loyale, la notion d'État est instrumentalisée. Cela renvoie à une réalité consubstantielle au droit de l'Union :

[1220] Voir aussi décision *Air France* du 27 juillet 1994, *JOCE* n° L 254 du 30 septembre 1997, p.73 et décision *Crédit Lyonnais* du 26 juillet 1995, *JOCE,* n° L 308 du 31 décembre 1995 p. 92. Dans cette dernière décision, la Commission précise qu'elle « apprécie la volonté de privatisation des autorités françaises parce qu'une telle privatisation supporte la réussite du plan de redressement et diminue les distorsions de concurrence » (p. 116, pt 7.2.5).

[1221] L. IDOT, note sur les décisions *Iritecna Spa* et *Crédit Lyonnais, Europe* février 1996, n° 85.

[1222] V. SKOURIS, ''The principle of procedural autonomy and the duty of loyal cooperation of national judges under article 10 EC'', *in* M.-T. ANDENAS (*ed.*), *Tom Bingham and the transformation of law: a liber amicorum*, New York, *Oxford University Press*, 2009, p. 493.

l'administration indirecte[1223]. En effet, l'orientation décentralisatrice est l'une des caractéristiques frappantes du droit de l'intégration. Il est ainsi remarquable que les autorités européennes s'appuient pleinement sur les États membres, qui en tant que tels, participent pleinement et intensément à l'exécution du droit de l'UE. Pour paraphraser P. Pescatore, nous pouvons ainsi affirmer que si l'organisation institutionnelle de l'UE est centralisée du point de vue législatif (puisque les institutions européennes monopolisent l'édiction des normes), elle est en revanche extrêmement dispersée sur le plan exécutif[1224]. L'État membre est donc un rouage indispensable du processus d'intégration européenne. Comme le note toujours P.Pescatore,

« *les États membres ne sont pas tiers par rapport à la Communauté; ils sont dans la Communauté, ils sont de la Communauté. La Communauté est une manière d'être des États membres, plus précisément, une manière d'être collective, inspirée d'un esprit de solidarité* »[1225].

Dans cette perspective, l'application du principe de coopération loyale et son avatar le système d'administration indirecte, font de l'État dans l'Union européenne, un outil de coopération exécutive (1) et un outil de coopération judiciaire (2).

1. L'État, un outil de coopération exécutive

La réalisation des objectifs de l'Union est inconcevable sans concours étatique. La jurisprudence de la Cour témoigne de l'affectation des fonctions étatiques à l'intérêt de l'Union, de telle sorte que l'État membre n'a pas seulement une obligation de résultat consistant dans l'exécution des obligations issues des traités et du droit dérivé, mais en même temps une obligation de comportement au profit de la réalisation des objectifs de l'Union. Cela implique

[1223] Voir B. DUBEY, « Administration indirecte et fédéralisme d'execution en Europe », *Cahiers de droit européen*, 2003, vol. 39, p. 87; C. FRANCHINI, « les notions d'administration indirecte et de coadministration », *in* J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE et E. CHEVALIER (*dirs*.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, *Bruylant*, 2014, 2e éd., p. 335.
[1224] P. PESCATORE, *in La Communauté et ses Etats membres*, *actes du VI e colloque de l'IEJE de Liège*, La Haye, *Nijhoff*, 1973, p.78.
[1225] *Ibidem*.

une « instrumentalisation de la notion d'État »[1226], qui devient ainsi un outil de coopération exécutive, visant par là une exécution normative et administrative du droit de l'Union.

À cet égard, toutes les institutions, qui concourent à l'édiction d'actes normatifs dans l'ordre interne, sont considérées comme des organes étatiques au sens du principe de coopération loyale. Il en est ainsi du législateur, qui n'est plus à proprement parler un organe délibérant, mais plutôt un organe d'exécution du droit de l'Union, lorsqu'il transpose une directive européenne[1227]. C'est donc l'État, dans sa fonction d'exécution normative du droit de l'Union[1228]. En matière d'exécution administrative, toutes les autorités de l'État sont concernées pour une application matérielle des normes européennes ou des normes nationales d'application du droit de l'Union.

Ainsi, dans sa dimension exécutive, le principe de coopération loyale vise l'État en tant qu'outil d'application du droit de l'Union. La notion d'État invoquée dans cette disposition (article 4§3) se démarque de celle inscrite dans l'article 4 § 2 du TUE (vision identitaire, vision égalitaire). L'article 4 § 3 du TUE appréhende l'État dans sa globalité, en tant qu'appareil d'exécution du droit de l'Union. En effet, lorsqu'elle interprète le principe de coopération loyale, la Cour de Justice prend en compte l'État dans sa globalité, gommant ainsi la diversité des organisations étatiques nationales. Selon une jurisprudence constante, « *toutes les autorités des États membres* »[1229] doivent participer à la réalisation du droit de l'Union dans l'ordre interne. Cette conception large ou extensive de l'État en tant qu'outil de coopération loyale inclut, tout d'abord les autorités centrales des États membres, telles que les parlements nationaux, gouvernements, et administrations dans toutes les dimensions de leur action. Dans les arrêts *Harz*[1230] et *Van Colson*[1231], la Cour de Justice précise d'ailleurs que « *l'obligation des États membres, découlant d'une directive d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir en vertu de l'article 5 du TCE (devenu article 10, puis 4§ 3 du TUE), de prendre toutes mesures générales ou*

[1226] E. NEFRAMI, « l'État membre au service de l'Union européenne », *supra* note 1204, p. 51.
[1227] C. SPRUNGK, ''Legislative transposition of directive: exploring the other role of national parliament in the European Union", *Journal of Common Market Studies*, 2013, n° 2, p. 298.
[1228] Voir CJCE, 28 avril 2005, *Commission c/ Italie*, Aff. C-410/03, *Rec. CJCE*, 2005, p. I-3510.
[1229] CJCE, 10 avril 1984, *Harz*, Aff. C-79/83, *Rec. CJCE*, 1984, p. 1921.
[1230] *Ibidem*.
[1231] CJCE, 10 avril 1984, *Van Colson e.a.*, Aff. C-14/83, *Rec. CJCE*, 1984, p. 1891.

particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des États membres ».

Cette formulation est devenue monnaie courante dans la jurisprudence de la Cour[1232]. Cette conception de la notion d'État implique que les États membres ne peuvent pas justifier des manquements à leurs devoirs de coopération loyale, du fait de leur organisation interne[1233].

L'outil de coopération exécutive englobe aussi les entités qui participent indirectement à l'exercice du pouvoir législatif ou exécutif. Ainsi, dans l'arrêt *Thieffry*, le juge de Luxembourg décide que « *les corporations professionnelles légalement reconnues peuvent être assimilées à l'État au regard de l'article 10 du TCE (actuel article 4 § 3 du TUE)*»[1234]. Elles doivent donc, dans le cadre de leurs compétences respectives, assurer l'application conforme du droit de l'Union dans l'ordre juridique interne.

Au-delà de l'institution étatique, la Cour de Justice recherche donc la sphère réelle d'intervention ou d'influence de l'État. Cela explique le développement, parallèlement à l'approche organique, d'une approche fonctionnelle. Ainsi, lorsque l'État intervient par l'intermédiaire d'une entreprise soumise à son influence dominante, il reste lié par l'obligation de coopération loyale. Cette jurisprudence n'est donc cohérente que si elle est rapportée à sa finalité. La logique de l'article 4 § 3 du TUE est d'impliquer le plus largement possible l'État membre notamment dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Le principe de coopération loyale impose donc l'activation de toute la machine étatique, à quelque niveau que ce soit, pour assurer une pleine réalisation du droit de l'Union. C'est pourquoi la Cour de Justice dépasse le critère organique pour viser effectivement tous les détenteurs de la puissance publique, chargée de mission d'intérêt général, permettant un rattachement à l'État. La Cour ne se satisfait donc pas ici d'une approche identitaire ou égalitaire. L'État y est vu, comme un appareil entendu au sens large, au service de la réalisation des

---

[1232] Voir CJCE, 8 octobre 1987, *Kollpinghuis Nijmegen*, Aff. C-80/86, *Rec. C.CE*, 1987, p. 3969; CJUE, 12 décembre 2013, *Portgas*, *supra* note 553; CJUE, 30 juin 2016, *Silvia Georgiana Câmpean c/ Administrația Finanțelor Publice a Municipiului Mediaș et Administrația Fondului pentru Mediu*, Aff. C-200/14, points 31 et 52 ;

[1233] Voir à ce propos, CJCE, 18 mars 1986, *Commission c/ Belgique*, Aff. C- 85/85, *Rec. CJCE*, 1986, p. I-1149.

[1234] CJCE, 28 avril 1977, *Thieffry*, Aff. C-71/76, *Rec. CJCE*, 1977, p. 765.

obligations découlant des traités, du droit dérivé et de la jurisprudence de Luxembourg.

L'État en tant qu'outil de coopération exécutive se double, pour assurer la pleine portée de l'article 4 § 3 du TUE, d'un outil de coopération judiciaire.

2. L'État, un outil de coopération judiciaire

L'autorité judiciaire est considérée comme une autorité de l'État, étant au service de la pleine application du droit de l'Union, en vertu du principe de coopération loyale. En effet selon la Cour, dans un arrêt du 6 septembre 2012,

> « *Le juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, l'obligation, par application du principe de coopération énoncé à l'article 10 CE, d'appliquer intégralement le droit de l'Union directement applicable et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition de la loi nationale contraire à une disposition du droit de l'Union* »[1235].

Dans ce cadre, il est clair que l'autorité judiciaire est en vertu du principe de coopération loyale une composante de la notion d'État au service de la réalisation du droit de l'Union.

Dans le cadre restreint de la coopération judiciaire entre les juridictions nationales et la juridiction européenne, l'approche est fondamentalement identique[1236]. Cela ne saurait surprendre, si l'on admet que l'obligation de renvoyer à la Cour de Justice prévue à l'article 267 du TFUE n'est qu'une application spéciale de l'obligation de coopération loyale[1237] inscrite à l'article 4 § 3 du TUE. En effet, l'article 267 du TFUE permet aux juridictions des États membres de surseoir à

[1235] CJUE, 6 septembre 2012, *Philips electronics UK*, Aff. C-18/11, point 38.
[1236] Voir J. PETRECK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de Justice de l'Union européenne*, Bruxelles, *Bruylant*, 2013, p. 167; N. FENGERM. P. BROEBERG, *Le renvoi prejudiciel à la Cour de Justice de l'Union européenne*, Bruxelles, *Larcier*, 2013, p. 309; A. BARAV, *Etudes sur le renvoi prejudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, *Bruylant*, 2011, p. 154.
[1237] L. COUTRON, *L'obligation de renvoi prejudiciel à la Cour de Justice : une obligation sanctionnée?*, Bruxelles, *Bruylant*, 2014, p. 261.

statuer et d'interroger la Cour de Justice sur l'interprétation ou la validité des règles de l'Union à appliquer. Afin de déterminer l'étendue de cette coopération, la juridiction de l'Union a dû définir la notion de « juridiction nationale » ayant qualité pour renvoyer la question. Ce terme a ainsi acquis un sens purement européen.

Dans le cadre de cette définition, la Cour de Justice recourt à un faisceau de critères. Elle vérifie par exemple l'origine légale de l'organisme, la permanence de son organisation, le mode de désignation et l'indépendance de ses membres, le respect du contradictoire, le caractère obligatoire de sa saisie et l'absence de recours contre ses décisions. Cependant, il semble qu'aucun de ces critères ne soit absolument nécessaire, comme en témoigne la plupart des arrêts de la Cour. En réalité, le seul critère fondamental serait le pouvoir de statuer en droit sur les litiges, c'est-à-dire de « *rendre des décisions de caractère obligatoire* »[1238]. C'est ainsi que les ordres professionnels, lorsqu'ils interviennent en matière disciplinaire, peuvent être considérés comme des organes de l'État exerçant une fonction juridictionnelle [1239] . Or, le pouvoir de statuer ou « l'exercice de fonctions juridictionnelles » correspond à la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, puisque l'acte juridictionnel acquiert, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée. Il devient exécutoire et s'impose à tous en vertu de la force obligatoire qui lui est attachée. C'est ainsi une fonction de l'État, et en tant que telle, qui doit être au service de la réalisation du droit de l'Union.

L'État est donc un outil de coopération judiciaire, en ce sens que sa fonction juridictionnelle, largement définie par la Cour, doit être au service de l'intégration[1240].

En conclusion, l'application du principe de coopération loyale, par la Cour de Justice, fait ressortir toute la dimension instrumentale de la notion d'État en droit de l'UE. L'État n'est donc à ce propos qu'un outil permettant aux « États membres » en tant que « rouage »[1241] du système, de participer pleinement à l'intégration. À cet égard, les fonctions exécutive, législative et judiciaire sont mises au service de l'intégration. L'Union dessine donc l'image d'un État comme outil de coopération

[1238] CJCE, 12 novembre 1998, *Victoria Film A/S*, Aff. C-134/97, *Rec. CJCE*, 1998, p. 7023, point 15.
[1239] CJCE, 10 juin 1980, *Borker*, Aff. C-138/80, *Rec. CJCE*, 1980, p. 1975.
[1240] Voir O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union*, Paris, *Dalloz*, 2001, p. 889.
[1241] J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union*, *supra* note 1127, p. 782.

loyale sous le prisme de l'article 4 § 3 du TUE, conception nécessaire pour arriver à une intégration structurelle. De même, une telle intégration passe nécessairement par un équilibre institutionnel, ce qui suppose une ré-adaptation de la notion d'État.

Paragraphe 2. Un outil d'équilibre institutionnel

Si l'on raisonne à partir de la notion d'équilibre institutionnel, règle de droit que la Cour a élevée au rang de principe général de droit, les arrêts du Tribunal et de la Cour peuvent être analysés sous deux angles. Suivant une première lecture traditionnelle, horizontale, le principe d'équilibre traditionnel, « créé par les traités », assure l'autonomie organique des institutions de l'Union, et la Cour agit alors en « *sa qualité de juridiction constitutionnelle* »[1242]. La haute juridiction protège effectivement l'équilibre institutionnel, en tant que principe conservateur au sens propre du terme, dans les relations interinstitutionnelles[1243]. Suivant une seconde lecture plus dynamique, verticale, l'équilibre institutionnel est à chercher non plus dans les rapports entre institutions de l'Union, mais plutôt entre institutions de l'Union et les États membres. Une seconde lecture du principe d'équilibre institutionnel en droit de l'Union européenne est donc possible. C'est du moins ce que laisse croire la Cour de manière incidente dans certaines de ses ordonnances relatives à la recevabilité d'un recours en annulation porté par une collectivité territoriale. En effet, justifiant sa

[1242] CJCE, 13 juin 1958, *Méroni*, Aff. C-9/56, *Rec. CJCE*, 1956, p. 11 ; CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « les verts » c/ Parlement européen*, *Rec. CJCE*, 1986, p. 1366; CJCE, 22 mai 1990, *Parlement européen c/ Conseil des Communautés européennes*, Aff. C-70/88, *Rec. CJCE*, 1990, p. I-02041 ;

[1243] Voir à ce propos, V. CONSTANTINESCO, *Les institutions communautaires*, *Jurisclasseur Europe*, fasc. 200 ; G. GUILLERMIN, « le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *JDI*, 1992, p. 319 ; J. VAN-MEERBEECK, « les principes généraux du droit de l'Union européenne », *in, Les sources du droit revisitées*, *Anthémis*, 2012, pp. 161-205 ; E. JUDICAEL, « Le principe d'équilibre institutionnel : une manifestation at condition de l'État de droit », *in* colloque de Bruxelles, *L'État de droit en droit international*, Paris, *Pedone*, 2009, pp. 249-262 ; V. CONSTANTINESCO, « L'équilibre institutionnel dans la Constitution de l'Union européenne », *in Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, *Le droit de l'Union européenne en principes*, *éd. Apogée*, 2006, p. 483 ; F. FABBRINI, '' A principle in need of renewal ? the euro-crisis and the principle of institutionnal balance'', *Cahiers de droit européen*, 2016, n° 1, p.285.

position dans les ordonnances *Région Wallonne c/ Commission*[1244] et *Regione Toscana c/ Commission*[1245], la Cour soutenait que :

> *« admettre le contraire conduirait à porter atteinte à l'équilibre institutionnel prévu par les traités, qui déterminent notamment les conditions dans lesquelles les États membres, c'est-à-dire les États parties aux traités institutifs et aux traités d'adhésion, participent au fonctionnement des institutions communautaires. Les Communautés européennes ne peuvent comprendre un nombre d'États membres supérieur à celui des États entre lesquels elles sont instituées »*[1246].

Cette lecture de l'équilibre institutionnel va donc au-delà des rapports entre Parlement, Conseil et Commission. Elle vise en plus de l'équilibre horizontal, la recherche d'un équilibre vertical : un équilibre entre institutions européennes et États membres de l'Union. Autrement dit, les conditions de participation des États membres au fonctionnement des institutions européennes doivent respecter un certain équilibre « voulu par les traités ». Cet équilibre, selon l'interprétation de la Cour, ne peut être garanti que si le nombre d'États membres dans les institutions européennes n'est pas supérieur au nombre d'États membres ayant ratifié ou adhéré aux traités constitutifs. C'est à la lumière de cette lecture qu'on analysera la notion d'État[1247]. C'est donc ce second aspect qui nous intéresse dans notre démonstration.

Ainsi, comme pour la coopération loyale, l'équilibre institutionnel vise à préserver l'ordre juridique de l'Union. C'est un principe défensif de l'Union. À ce titre, la notion d'État est mobilisée pour servir ce principe, ce qui en fait un outil d'équilibre institutionnel. Cette conception particulière de l'État est perceptible à travers d'une part, le contentieux de la légalité des actes de l'Union (A), et d'autre part, le contentieux des manquements et de la responsabilité des États (B).

[1244] *Supra* note 470.
[1245] *Supra* note 471.
[1246] *Ibidem*.
[1247] Pour une analyse des deux composantes de l'équilibre institutionnel, voir la thèse de : H. GAUDIN, *Le Parlement européen devant la Cour de Justice des Communautés européennes : contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Université de Bordeaux 1, 1994, p. 253 et ss.

A. Un outil d'équilibre institutionnel dans le contentieux de la légalité des actes de l'Union

Le contentieux de la légalité des actes de l'Union renvoie aux recours ouverts contre les institutions de l'Union. Dans ce cadre, la notion d'État est définie à l'aune du principe d'équilibre institutionnel, de manière restrictive, à l'opposé de la définition proposée lorsqu'il est fait application du principe de primauté ou d'invocabilité de la norme européenne[1248]. La recherche d'un équilibre institutionnel milite, en l'état actuel du droit, en faveur d'une définition de l'État centrée sur le seul périmètre des autorités centrales. Cette définition se vérifie lorsqu'on évoque les principaux recours, notamment le recours en annulation et pour le recours en carence (1) et se confirme en étudiant les « accessoires »[1249] au contentieux de la légalité des actes de l'Union (2).

1. La définition de l'État dans le cadre des principaux recours.

Par principaux recours, nous visons le recours en annulation et le recours en carence. Ces deux voies de droit ouvertes, devant le juge de l'Union, contre les institutions de l'Union, laissent apparaître une vision de l'État guidée par la préservation de l'équilibre institutionnel voulu par les traités, dans sa dimension verticale. Une telle vision se vérifie aussi bien dans le contentieux de l'annulation (a) que celui de la carence (b).

a. Le contentieux de l'annulation

Sans revenir en détail sur la procédure du recours en annulation[1250], rappelons que cette voie de droit permet à un requérant de solliciter de la part du

[1248] Voir *infra* p. 381 et ss.
[1249] Le terme est emprunté à R. Colavitti, cité *supra* note 339, p. 607.
[1250] Voir notre analyse *supra* p. 132. Voir aussi, D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés*

juge de Luxembourg le contrôle de la conformité d'un acte législatif donné au droit européen applicable. Semblable au recours pour excès de pouvoir en droit administratif interne[1251], il permet au juge de répondre à l'ensemble des motifs de contestation de la légalité interne[1252] ou externe[1253], d'un acte législatif[1254]. Divers requérants peuvent agir afin de faire procéder à un tel contrôle. Selon les cas, les conditions de saisine et le juge compétent différeront. L'article 263 al. 1 et 2 du TFUE prévoit que :

> *« la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Elle contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. À cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission »*[1255].

Dans ce cas, c'est la Cour qui aura compétence pour contrôler la légalité de l'acte contesté et les requérants privilégiés visés au 2e alinéa n'auront pas à démontrer un intérêt à agir. Ainsi, la recevabilité d'une requête en annulation déposée par cette catégorie de requérants n'est pas conditionnée au fait que l'acte contesté leur soit adressé ou les concerne directement et individuellement.

---

européennes, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg III, 1998 ; P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de légalité des actes communautaires*, *Nouvelle Bibliothèque des Thèses*, Paris, *Dalloz*, 2002 ; P. CASSIA, « continuité et rupture dans le contentieux de la recevabilité du recours en annulation des particuliers », *RMCUE*, n° 461, 2002, p. 547 et ss ; R. MEHDI, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu », *RTDE,* n° 1, 2003, p. 23 et ss ; S. MARCIALI, « Enfin un élargissement des conditions de recevabilité des recours en annulation des personnes physiques et morales », *RMCUE,* n° 509, 2007, pp. 379-389 ; J. RIDEAU, « Recours en annulation », *JCL Europe* , *fasc*. 330, 2014.

[1251] Voir à ce propos, J.-F. BRISSON, *Le recours pour excès de pouvoir : tendances récentes du contentieux administratif*, Paris, *Ellipses,* 2004, 144 p.

[1252] C'est-à-dire les motifs liés à la compétence, à la procédure et à la forme.

[1253] C'est-à-dire les motifs liés au contenu normatif de l'acte.

[1254] Voir J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Le principe de légalité », *AJDA,* 1996, p. 161 et ss.

[1255] Il faut aussi signaler que le recours est également ouvert à une série de requérants semi-privilégiés (Cour des Comptes, BCE, Comité des Régions) en vue d'assurer la sauvegarde de leurs prérogatives.

Mais, dans la mesure où le juge interne ne peut contrôler la légalité d'un acte législatif européen, le juge de Luxembourg sera aussi compétent pour entendre des recours dirigés à cette fin par des particuliers. L'article 263 al. 4 du TFUE ajoute en effet que :*« Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est la 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* ».

Dans ce cas, tout sujet de droit interne, personne physique ou morale, personne privée ou publique, devra disposer d'un intérêt à agir et démontrer alors que l'acte contesté l'a pour destinataire ou, le cas échéant, le concerne directement et individuellement[1256]. Depuis son institution[1257], c'est le Tribunal de l'UE qui entend des recours dirigés par cette catégorie de requérants et non plus directement la Cour.

Il relève donc de cet examen des textes que le recours en annulation est ouvert à deux catégories de requérants : soit les requérants privilégiés (États et institutions européennes) soit les requérants individuels (les particuliers). Si l'identification des institutions européennes ne pose pas de commentaires particuliers, il n'en va pas de même pour tracer la ligne de démarcation entre État et particulier. La distinction est d'ordre pratique. Si le requérant est « État », c'est la Cour de Justice qui est compétente. Si le requérant est un « particulier », c'est le Tribunal qui est compétent. La définition de la notion d'État reste donc une opération préalable et importante pour le régime de la légalité des actes des institutions de l'Union.

L'absence de définition abstraite de la notion d'État conduit toujours l'avocat général, puis le juge, à préciser ce qu'il faut entendre par « État » au sens de l'article 263 al. 2 du TFUE. À cet égard, le juge ne se satisfait pas des définitions proposées dans d'autres domaines. Par exemple, la définition extensive, mobilisant

[1256] F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, coll. Systèmes, Paris, *LGDJ*, 2008, p. 37 et ss.

[1257] Décision du Conseil 88/591/CECA, CEE, Euratom du 24 octobre 1988 instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, *JOCE* L 319 du 25 novembre 1988, p. 1. La compétence en première instance du Tribunal découle désormais de l'article 256 § 1 du TFUE.

alternativement des critères organique et matériel dans le contentieux des manquements et en matière d'invocabilité des directives, ne saurait être transposée *in abstracto* au contentieux de l'annulation, tout simplement parce que la notion d'État n'est pas en droit de l'UE conceptuelle, mais fonctionnelle. Il est, en effet, soutenable, à la suite de l'avocat général dans l'affaire *Regione Siciliana c/ Commission*[1258] , que la souplesse dont fait preuve la Cour dans certains contextes pour interpréter la notion d'État, ne se retrouve pas dans le contentieux de la légalité[1259]. La logique est bien connue. Elle est fonctionnelle. La notion d'État doit être entendue dans un sens répondant mieux aux dispositions en question et à leurs objectifs. La Cour suit une approche fonctionnelle, fondant son interprétation sur l'économie et l'objectif des dispositions au sein desquelles figure cette notion[1260]. Dans cette perspective, afin d'assurer l'équilibre institutionnel, nécessité systémique de l'intégration en tant que finalité de l'ordre juridique de l'Union, la notion d'État est définie de façon restrictive.

La Cour définit l'État, en matière de recours en annulation, sans tenir compte de sa dimension matérielle, ni de sa dimension organique extensive. La notion d'État est réduite au cercle des seules autorités gouvernementales des États membres. Toute entité, tout organisme, quelles que soient les prérogatives qu'il exerce et la nature de ses missions, est considéré comme un « particulier », dès lors qu'il a une personnalité juridique propre, distincte de l'État central. Seul « l'État central » est visé comme étant « l'État » au sens de l'article 263 al. 2 du TFUE[1261]. Une telle définition s'explique selon le juge par la recherche d'un équilibre institutionnel en tant que nécessité systémique de l'ordre juridique. Elle peut aussi s'expliquer par une autre raison qu'il est possible de déduire de la pratique en droit international.

Concernant la raison avancée par le juge de l'Union, elle est décrite comme suit :

> *« (définir l'État autrement) conduirait à porter atteinte à l'équilibre institutionnel prévu par les traités, qui déterminent notamment les conditions dans lesquelles les États membres c'est-à-dire les États parties aux traités constitutifs et aux traités*

[1258] CJCE, 2 mai 2006, *Regione Siciliana c/ Commission,* Aff. C-417/04*, Rec. CJCE, 2006, p. I-03881.*
[1259] Voir Conclusions de l'avocat général Damaso Ruiz Jarabo Colomer dans l'affaire *Regione Siciliana c/ Commission* présentées le 12 janvier 2006, *Rec. CJCE*, 2006, p. I-3893, point 44.
[1260] Voir conclusions de l'avocat général, *supra* note 93
[1261] Comme on l'a démontré *supra* p. 132.

d'adhésion, participent au fonctionnement des institutions communautaires. Les Communautés européennes ne peuvent comprendre un nombre d'États membres supérieur à celui des États entre lesquels elles sont instituées »[1262].

Au-delà de cette raison fondamentale évoquée par le juge de l'Union, cette position est aussi conforme au droit international. En effet, la définition de l'État au sens des règles d'expression de la volonté de l'État est plus restrictive que la définition de l'État au sens des règles d'imputation de responsabilité. Lorsqu'il est fait état de la volonté d'exercer un recours, seul l'État central est visé au niveau de la CIJ et au niveau de la Cour EDH (à propos des requêtes interétatiques). La logique d'ensemble reste la recherche d'un certain équilibre ou d'une certaine cohérence du système. Il s'agit bien dans la présente hypothèse d'expression de la volonté de l'État d'exercer un recours. À cet égard, comme le note l'avocat général, même si l'on admet qu'une région puisse être considérée comme un « État », les voies de recours ne lui seraient pas ouvertes pour autant aux fins de l'article 263 al. 2 du TFUE, puisqu'une partie ne saurait s'arroger de la représentation du tout[1263]. Le fait de constituer une partie intégrante de l'unité met à la disposition de la région des possibilités d'entente et de coopération sur le plan politique ou administratif avec le gouvernement national susceptible de déclencher de la part de celui-ci la réaction souhaitée à l'encontre de la mesure litigieuse devant la Cour[1264]. Ainsi, L'État au sens de cette disposition reste l'État central. Cette même logique est étendue au recours en carence.

b. La notion d'État dans le recours en carence

Le recours en carence offre aussi un terrain sur lequel la notion d'État y est définie de façon restrictive, à l'image du contentieux de l'annulation. Dans cette hypothèse aussi, les collectivités territoriales ainsi que les organismes dotés d'une

[1262] *Supra* note 471.
[1263] Conclusions de l'avocat général Damaso Ruiz Jarabo Colomer, *supra* note 1259.
[1264] Supra note 1259, point 54.

personnalité juridique distincte de celle de l'État central, entrent dans la catégorie des particuliers[1265].

Sans entrer dans les détails de cette procédure, rappelons que l'article 265 du TFUE établit que :

> *« Dans le cas où, en violation des traités, le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil, la Commission ou la Banque centrale européenne s'abstiennent de statuer, les États membres et les autres institutions de l'Union peuvent saisir la Cour de justice de l'Union européenne en vue de faire constater cette violation. Le présent article s'applique, dans les mêmes conditions, aux organes et organismes de l'Union qui s'abstiennent de statuer ».*

Par ailleurs, il ajoute que : *« Toute personne physique ou morale peut saisir la Cour dans les conditions fixées aux alinéas précédents pour faire grief à l'une des institutions, ou à l'un des organes ou organismes de l'Union d'avoir manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis ».*

Les procédures des recours en carence et en annulation se rejoignent en ce qu'elles visent, toutes deux, l'activité normative de l'Union. Elles distinguent aussi différentes catégories de requérants et sollicitent des conditions de recevabilité diverses, selon le cas. En effet, les États membres bénéficient du statut de requérants privilégiés et n'ont donc pas à démontrer qu'ils auraient été directement et individuellement concernés par l'acte que les institutions et organes de l'UE auraient omis d'adopter. À l'inverse, les particuliers bénéficient d'un statut moins favorable, en ce sens que, comme en matière de recours en annulation, ils doivent démontrer qu'ils sont directement et individuellement concernés par l'omission imputable aux institutions ou organes de l'UE[1266].

Toutefois, ce type de recours reste très rarement emprunté par les collectivités territoriales, ce qui témoigne de la pauvreté des développements jurisprudentiels en la matière. Mais l'analyse de la notion d'État rejoint *mutatis mutandis* celle développée par le juge de l'Union dans le recours en annulation.

[1265] D. SIMON (*dir.*), *Le contentieux de l'Union européenne. Carence, responsabilité*, t.2, coll. Axe Droit, Paris, *Lamy*, 2011, pp. 63 et ss. Voir également, S. CAZET, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, p. 123 et ss.
[1266] TPICE, 23 janvier 1991, *Prodifarma c Commission*, aff. T-3/90, *Rec.,* p. II-1, §. 39.

L'étude de ces deux voies de recours illustre parfaitement que la définition réductrice de l'État en droit de l'Union européenne vise essentiellement à préserver l'équilibre institutionnel prévu par les traités. Admettre l'intervention d'autorités distinctes des autorités gouvernementales reviendrait à accepter un nombre d'États membres supérieurs à celui fixé par les traités. Cela impliquerait par ailleurs une immixtion dans l'organisation institutionnelle nationale en violation des principes d'autonomie institutionnelle et de neutralité. La Cour de Justice estime donc qu'une telle définition de l'État se justifie en l'état actuel du droit de l'Union et étend cela aux autres hypothèses de recours qu'on pourrait qualifier d'accessoires au contentieux de la légalité des actes de l'Union.

2. La notion d'État dans les autres hypothèses de recours

Par autres hypothèses de recours, nous entendons ce qu'on peut qualifier d'accessoires au contentieux de la légalité des actes de l'Union. Il s'agit notamment de l'intervention et de la tierce opposition.

S'agissant de l'intervention aux litiges[1267], elle est prévue par l'article 40 du Statut de la Cour selon lequel

> *« Les États membres et les institutions de l'Union peuvent intervenir aux litiges soumis à la Cour de justice. Le même droit appartient aux organes et organismes de l'Union et à toute autre personne, s'ils peuvent justifier d'un intérêt à la solution du litige soumis à la Cour. Les personnes physiques ou morales ne peuvent pas intervenir dans les affaires entre États membres, entre institutions de l'Union ou entre États membres, d'une part, et institutions de l'Union, d'autre part ».*

Les principes sont donc assez simples. L'article 40 du Statut distingue deux catégories d'intervenants. Les États membres et les institutions de l'Union sont les intervenants privilégiés. En tant que tels, ils n'ont pas à justifier d'un intérêt à intervenir devant la Cour. La deuxième catégorie regroupe toutes les autres personnes physiques ou morales souhaitant intervenir dans un litige. Cette deuxième catégorie doit démontrer un intérêt à la solution du litige soumis à la Cour pour que leur intervention puisse être admise. Toutefois, leur intervention est exclue dans le

[1267] Il s'agit donc ici d'intervention dans le cadre des litiges, c'est-à-dire dans le cadre des recours directs, donc à l'exclusion du renvoi préjudiciel.

cadre des litiges de nature interinstitutionnelle c'est-à-dire ceux qui opposent les États membres entre eux, les institutions aux États membres ou les institutions européennes entre elles[1268]. Ainsi, schématiquement, et à l'image des recours directs, soit on est État ou institution européenne, soit on est particulier. À cet égard, la notion d'État répond à la même logique restrictive que dans le cadre des recours directs précédemment étudiés. De ce fait, les collectivités territoriales, de même que tout organisme public ou privé, ayant une personnalité juridique distincte de l'État central et quelle que soit la nature de ses fonctions, sont considérés comme des particuliers et nullement comme des composantes organiques de la notion d'État. La solution contraste donc effectivement avec celle retenue en matière d'opposabilité des directives ou de recours en manquement, mais reste alignée sur celle adoptée dans le cadre du contentieux de la légalité des actes de l'Union et des règles d'expression de la volonté de l'État en droit international. L'objectif recherché reste donc le même que celui qui guide l'interprétation de la notion d'État dans le cadre du recours en annulation : assurer l'équilibre institutionnel garanti par les traités.

La même interprétation de la notion d'État peut *mutatis mutandis* être transposée lorsqu'on évoque l'article 42 du Statut de la Cour selon lequel :*« Les États membres, les institutions, organes ou organismes de l'Union et toutes autres personnes physiques ou morales peuvent, dans les cas et dans les conditions qui seront déterminées par le règlement de procédure, former tierce opposition contre les arrêts rendus sans qu'ils aient été appelés, si ces arrêts préjudicient à leurs droits ».*

Ce bref aperçu du contentieux de la légalité des actes de l'Union et les hypothèses de recours y afférentes illustrent à suffisance la définition restrictive de la notion d'État au nom de l'équilibre institutionnel voulu par les traités. La notion d'État est donc réduite au cercle des autorités centrales, excluant ainsi toute approche organique extensive (organismes publics, collectivités territoriales) et toute approche matérielle (personne privée gérant une mission de service d'intérêt général et usant de prérogatives de puissance publique). La vision instrumentale de la notion d'État est donc de mise. L'État n'est, dans ce cadre, qu'un outil d'équilibre institutionnel.

[1268] Voir O. DE SCHUTTER, « Le tiers à l'instance devant la Cour de Justice de l'Union européenne », *in* H. RUIZ FABRI et J.-M SOREL (*dir.*), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, *Pedone*, 2005.

Toutefois, lorsqu'il s'agit de recours dirigés contre les États membres, la logique de préservation de l'équilibre institutionnel milite en faveur d'une conception monolithique et globale de l'État.

B. Un outil d'équilibre institutionnel dans le contentieux des manquements

Quand il s'agit de recours contre les institutions de l'Union, la notion d'État est interprétée de façon restrictive. Lorsqu'il s'agit de recours contre les États membres, la notion d'État fait l'objet d'une interprétation extensive, monolithique. Deux conceptions, a priori antinomiques, mais qui participent d'une même logique : celle de préserver l'équilibre institutionnel voulu par les traités. Donc le contentieux des manquements, en faisant ressortir une vision monolithique de l'État, la Cour contribue à préserver l'équilibre institutionnel (1) et ceci malgré l'évolution récente de la jurisprudence (2).

1. La vision monolithique de l'État au service de l'équilibre institutionnel

Le recours en constatation de manquement constitue une voie de droit originale, reflétant les caractéristiques propres de l'ordre juridique de l'Union[1269]. Comme l'a, en effet, constaté la Cour elle-même, les actions de constatation de manquement organisées par les traités apparaissent comme des mécanismes « *dépassant de loin les règles jusqu'à présent admises en droit international classique pour assurer l'exécution des obligations des États* »[1270]. En droit international public, la violation de ses obligations conventionnelles par un État partie à un traité peut constituer un motif de suspension ou d'extinction du traité dans les conditions codifiées par l'article 60 de la convention de Vienne du 23 mai 1969[1271].

[1269] C. BLUMMAN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *supra* note 1135, p. 700.
[1270] CJCE, 15 juill. 1960, Aff. 20/59, *Italie c/ Haute Autorité*, *Rec. CJCE,* 1960, p. 663, spécialement. p. 691.
[1271] Selon cet article, « *Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie* ».

Plus largement, le manquement au droit international attribuable à un État engage sa responsabilité internationale et légitime le recours à des contre-mesures. En revanche, le droit de l'Union européenne a mis en place un mécanisme original destiné à sanctionner les manquements des États membres aux règles communes. Cette originalité peut être appréciée à trois niveaux. Premièrement, l'engagement de la procédure n'est pas laissé à la seule initiative des États, mais fait intervenir un organe indépendant, en l'occurrence la Commission, qui, en sa qualité de "gardienne des traités", au sens de l'article 17 TUE dispose de la maîtrise des poursuites contre l'État membre qui ne respecterait pas ses obligations [1272]. Deuxièmement, la compétence du juge de l'Union est obligatoire, permanente, exclusive et ne peut faire l'objet de réserves, à la différence des mécanismes généralement organisés sur la base du droit international général. Troisièmement, il s'agit de procédures objectives, fondées sur la nécessité d'assurer le respect d'un ordre public de l'Union , en dehors du contexte de réciprocité qui caractérise les rapports interétatiques classiques[1273]. Prévu aux articles 258 à 260 du TFUE, le recours en constatation de manquement a donc pour fonction de sanctionner les violations du droit de l'Union imputables aux États membres et d'assurer le « rétablissement effectif de la légalité communautaire »[1274].

Dans ce contexte, la Cour de Justice a développé une jurisprudence prolixe opérant une délimitation *ratione materiae* et *ratione personae* de la notion de manquement au droit de l'Union. D'une part, du point de vue de la délimitation *ratione materiae*, le manquement est constitué indépendamment de la fréquence ou de la gravité de l'infraction, ou encore indépendamment de l'ampleur du dommage qui découle éventuellement de cette violation. En d'autres termes, le principe "*de minimis*"[1275] n'a pas sa place dans le contentieux des manquements[1276]. D'autre part,

---

[1272] D'après l'article 17 du TUE « *la Commission veille à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci. Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union* ».

[1273] Voir à ce propos, S. CHERIET-BENSEGHIR, « L'application des conventions internationales : le contrôle du juge sur le respect de la condition de réciprocité », *RFDA*, 2010, pp. 1133-1156; voir aussi la thèse de D. DERO, *La réciprocité et le droit des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles, *Bruylant*, 2006, 571 p.

[1274] Selon l'expression de D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *supra* note 358, p. 511.

[1275] Voir P. B. MORTEN, '' The De minimis notice'', *European Law Review*, 1995, n° 4, pp. 311-387.

[1276] Voir CJCE, 7 fevrier 1984, *Commission c/ Italie*, aff. C-166/82, point 24 : « *Ni le fait que cette disposition n'a reçu que de très rares applications dans la pratique, ni l'existence d'un accord entre les*

du point de vue de la délimitation *ratione personae* de la notion de manquement, c'est à ce niveau qu'entre en jeu la question de la définition de l'État.

La notion d'État est donc, dans cette perspective, un élément clé du contentieux des manquements. À cet égard, contrairement au recours en annulation, la Cour de Justice a souscrit à une vision monolithique, large de l'État. La formulation a été permanente et très claire : le manquement est constitué « *quel que soit l'organe de l'État dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante* »[1277]. Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale produit ici l'autre face de la médaille[1278]. Puisque les États sont libres de s'auto-organiser, ils ne peuvent pas brandir cet argument comme motif de violation des traités. C'est par exemple le cas dans un arrêt de la Cour du 4 octobre 2012[1279]. En l'espèce, la Commission attaquait l'Espagne devant la Cour pour manquement à ses obligations en vertu de la directive 2000/60[1280]. Le Royaume d'Espagne justifiait le manquement, notamment le retard pris dans la mise en œuvre de la directive pour l'adoption et la publication des plans de gestion des districts hydrographiques concernés, par la complexité du système juridique et institutionnel en Espagne, en particulier, la répartition des compétences entre l'État et les Communautés autonomes (la Catalogne en l'espèce)[1281]. La Cour rejette ce moyen, en rappelant que « *selon une jurisprudence constante, un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne pour justifier l'inobservation des obligations et délais prescrits par une directive* »[1282]. Ainsi, l'écran étatique hypothèque toute possibilité d'imputation d'un manquement au droit de l'UE de la part d'une entité qui en serait distincte selon le droit interne de cet État.

---

autorités centrales et régionales pour ne plus appliquer ladite disposition ne suffisent, ainsi que le gouvernement italien l'a d'ailleurs reconnu lui-même, pour faire disparaître cette infraction ».

[1277] CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-77/69, *Rec. CJCE*, 1970, p. 237, spécialement p. 243 et 244 ; CJCE, 18 novembre 1970, *Commission c/ Italie*, aff. C-8/70, *Rec. CJCE*, 1970, p. 917

[1278] L. POTVIN-SOLIS, « Le respect de l'autonomie institutionnelle devant la juridiction communautaire », *in* J.-D. MOUTON, *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union*, *supra* note 68 , p. 119.

[1279] CJUE, 4 octobre 2012, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-403/11.

[1280] Il s'agissait de la directive n° 2000/60/CE du 23/10/00 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, *JOCE*, L 327 du 22 décembre 2000.

[1281] *Idem*, point 14.

[1282] *Idem*, point 25.

Ont, à cet égard, été constatés, en pratique, les manquements d'États résultant d'actions ou d'inactions d'une collectivité fédérée[1283], d'une région[1284], d'un département[1285], d'une collectivité à statut spécial[1286], d'une commune[1287], d'une entité intercommunale[1288], d'un organisme public[1289], d'une entité privée gérant un service d'intérêt général[1290].

Cette perception monolithique de l'État est certes partagée avec le droit international dans le cadre de l'application des règles relatives à la responsabilité des États. Mais, elle n'obéit pas à la même logique. La vision monolithique de l'État en droit international répond à un besoin de protection de la souveraineté[1291], alors qu'en droit de l'Union, elle obéit à un certain équilibre institutionnel, gage de l'intégration structurelle. En effet, à partir du moment où les traités de l'Union déterminent les conditions dans lesquelles les États parties aux traités constitutifs et aux traités d'adhésion participent au fonctionnement de l'Union, la reconnaissance d'éventuelles puissances publiques éclatées au sein d'un État reviendrait à modifier l'équilibre institutionnel et la répartition des compétences initialement prévus[1292]. C'est ainsi que tout manquement aux traités du fait de l'exercice de la puissance publique est attribuable à l'État quel qu'en soit l'auteur et quel que soit son statut juridique au niveau interne. L'État central est considéré comme le seul représentant de la puissance publique nationale. Il en est ainsi, parce que l'État est un outil d'équilibre institutionnel, du moins dans ce cas précis. Peut-on toutefois, au regard de l'évolution de la jurisprudence vers une sorte de responsabilité conjointe ou solidaire entre l'État et une de ses collectivités (territoriale ou fonctionnelle), remettre en cause cette conception de l'État comme outil d'équilibre institutionnel ? La réponse nous paraît négative.

[1283] Voir par exemple, CJCE, 12 juin1990, *Allemagne c/ Commission*, Aff. C-8/88.
[1284] Voir par exemple, CJCE, 27 mars 1984, *Commission c/ Italie*, Aff. C-169/82.
[1285] Voir par exemple, CJCE, 5 octobre 2000, *Commission c/ France*, Aff. C-16/98.
[1286] CJCE, 26 octobre 2006, *Commission c/ Finlande*, Aff. C-159/06.
[1287] CJCE, 10 mars 1987, *Commission c/ Italie*, Aff. C-199/85.
[1288] CJCE, 14 octobre 2004, *Commission c/ France*, Aff. C-340/02.
[1289] CJCE, 26 février 1986, *Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Aff. C-152/84.
[1290] CJUE, 12 décembre 2013, *Portgas*, Aff. C-425/12.
[1291] Voir notre analyse, *infra* p. 429.
[1292] A. RACLET, *supra* note 1003, p. 77.

2. Un équilibre maintenu malgré l'évolution de la jurisprudence

L'évolution de la jurisprudence sur les manquements d'État marque une certaine prise en compte de l'organisation interne des États pour apprécier l'imputation du manquement à une collectivité territoriale infra-étatique ou un organisme de droit public, en plus de l'État membre. Cette attitude dénote a priori une remise en cause de la vision monolithique de l'État.

Ce mouvement a été inauguré par l'arrêt *Konle c/ Autriche* de 1999[1293]. Dans cette affaire, la Cour était saisie par voie préjudicielle et devait se prononcer sur la compatibilité de la législation du Land du Tyrol, relative aux transactions foncières, avec les traités engageant l'Autriche. La Cour a alors rappelé le principe selon lequel un particulier est en droit d'obtenir réparation lorsqu'il est victime d'une violation du droit de l'Union, « *quelle que soit l'autorité publique auteur de cette violation et quelle que soit celle à laquelle incombe en principe, selon le droit de l'État membre concerné la charge de cette réparation* ». De ce fait l'État membre ne saurait invoquer la répartition interne des compétences publiques pour s'exonérer de sa responsabilité en la matière. Les traités restent donc indifférents quant aux modalités de cette répartition, à condition qu'elle permette l'application effective du droit sur son territoire[1294]. Pour la démarche, la Cour s'avère donc classique et ne se différencie guère de sa jurisprudence ultérieure. Elle rappelle donc la vision monolithique de l'État de façon claire. Toutefois, elle ajoute que : « *Dans les États membres à structure fédérale, la répartition des dommages causés aux particuliers par des mesures d'ordre interne prises en violation du droit communautaire ne doit pas nécessairement être assurée par l'État fédéral pour que les obligations communautaires de l'État membre concerné soient remplies* »[1295].

Ce raisonnement sera, par la suite, transposé à tous les États membres, qu'ils soient à structure fédérale ou non, dans lesquels certaines tâches législatives ou administratives sont assumées de façon décentralisée par des collectivités territoriales investies d'une certaine autonomie ou tout autre organisme de droit

[1293] CJCE, 1er juin 1999, *Klaus Konle c/ Autriche*, supra note 420.
[1294] J-L. SALMON, « L'adaptation de l'administration d'État à la mise en œuvre du droit communautaire », *in* J-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (*dirs*.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, *Bruylant*, 2007, p. 743.
[1295] Point 6 de l'arrêt.

public juridiquement distinct de l'État[1296]. Cette extension est l'œuvre de l'arrêt *Haim* du 4 juillet 2000[1297]. Également saisie par voie préjudicielle, la Cour devait se prononcer sur la compatibilité de la décision de l'association des dentistes mutualistes de Rhénanie du Nord avec la directive 78/686, relative à la reconnaissance mutuelle des diplômes en matière de médecine dentaire. Le juge allemand interrogeait la Cour sur la répartition des responsabilités entre l'État fédéral allemand et l'association professionnelle, organisme de droit public, elle-même auteur de la décision litigieuse. La Cour rappela alors le principe selon lequel la répartition de la violation du droit de l'Union doit être effectuée, quelle que soit l'autorité publique auteur du manquement. Mais elle ajouta que cette réparation

> *« ne doit toutefois pas nécessairement être assurée par l'État membre lui-même pour que ses obligations communautaires soient remplies. Ainsi, dans les États membres dans lesquels certaines tâches législatives et administratives sont assumées de façon décentralisée par des collectivités territoriales investies d'une certaine autonomie ou tout autre organisme de droit public juridiquement distinct de l'État, la réparation desdits dommages, causés par des mesures prises par un organisme de droit public, peut être assurée par celui-ci* »[1298].

En somme, la Cour pose un principe cardinal selon lequel, rien ne s'oppose :

> « *à ce que la responsabilité qui incombe à un organisme de droit public de réparer les dommages causés aux particuliers par des mesures qu'il a prises en violation du droit communautaire puisse être engagée en plus de celle de l'État membre lui-même* »[1299].

En cela, le droit de l'UE nuance la logique classique de l'imputation du manquement et rejoint l'hypothèse des responsabilités cumulées.

Toutefois, cette possibilité est-elle de nature à bouleverser l'équilibre institutionnel voulu par les traités et que préserve la vision monolithique de l'État ou la responsabilité exclusive de l'État pour les actes de ses composantes ? Nous ne le pensons pas, et ceci pour deux raisons fondamentales. La première est que la responsabilité solidaire dont il s'agit n'est pour l'heure envisageable qu'au niveau du

---

[1296] Y. GAUTIER, « Note sous arrêt Haim », *JDI*, 2001, n° 2, p. 599.
[1297] CJCE, 4 juillet 2000, *Salomone Haim*, Aff. C-424/97, *Rec. CJCE*, 2000, p. I-5123.
[1298] *Ibidem.*
[1299] *Ibidem.*

droit interne et non au niveau du droit de l'Union européenne. En effet, l'évolution évoquée a été formulée par la Cour dans le cadre d'un recours préjudiciel et non d'un recours en manquement. Ainsi, l'éventuelle responsabilité solidaire de l'État et de la collectivité en cause se matérialisera uniquement devant le juge interne, compétent en matière de recours dirigé par des particuliers. Mais, la Cour pourrait s'en inspirer dans le cadre du recours en manquement dirigé directement devant elle. Il est peu probable qu'elle autorise un jour à engager la responsabilité de la seule collectivité territoriale ou fonctionnelle en cause. Une responsabilité solidaire avec l'État paraît plus acceptable[1300]. Une telle évolution, si elle a lieu, ne modifie pas non plus l'équilibre institutionnel voulu par les traités. Et, c'est la deuxième raison, l'équilibre institutionnel n'est pas un principe statique. C'est un principe qui est au service de l'intégration et en tant que tel tient compte des nécessités d'évolution. Donc si toutefois une telle évolution venait à être consacrée au niveau européen, cela signifierait que l'équilibre institutionnel voulu par les traités a évolué vers la reconnaissance de l'autonomie de démembrements de l'État en matière de manquements. En tout état de cause, la notion d'État reste donc dans cette perspective un outil d'équilibre institutionnel en droit de l'UE.

Aux fins de l'intégration structurelle, le droit de l'UE se dote d'un outil conceptuel adapté. La notion d'État renvoie, dans ce cadre, à un outil défensif de la dualité des ordres juridiques : l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique de l'Union. C'est un outil permettant de garantir ce qui fait la particularité de la structure de la construction européenne : l'unité dans la diversité. À cet égard, l'État est un outil défensif de « l'État membre » en ce sens qu'il est conçu dans le traité comme un outil identitaire, à travers la reconnaissance d'une identité politico-institutionnelle, culturelle et fonctionnelle, et un outil égalitaire permettant de maintenir l'existence politique de tous les États membres. La notion d'État renvoie également à un outil défensif de l'Union, puisqu'il est au service de cette dernière. En ce sens, c'est à la fois un outil de coopération loyale et d'équilibre institutionnel. **La notion d'État, quelle que soit la variabilité de son contenu, est donc un outil d'intégration**

[1300] R. COLAVITTI, *supra* note 339, p. 517.

structurelle. Cette fonction particulière de la notion d'État (assurer une intégration structurelle) la rend compréhensible et permet d'affirmer que sa logique est fonctionnelle. Par ailleurs, lorsqu'on quitte la structure institutionnelle de l'UE pour s'intéresser à sa dimension matérielle, on se rend compte, là aussi, que la notion d'État n'est rien d'autre qu'un outil d'intégration.

Chapitre 2. Un outil d'intégration matérielle

L'intégration matérielle vise l'application efficace des normes produites par l'Union dans les ordres juridiques des États membres. Le *leitmotiv* de l'intégration matérielle reste donc « l'efficacité » (section préliminaire).

Afin d'assurer la mise en œuvre efficace du droit de l'Union, les États membres doivent agir ou s'abstenir d'agir. L'intégration matérielle fait peser sur la notion d'État cette dualité : soit elle la mobilise, soit elle la paralyse. La mobilisation répond davantage à l'impératif de décentralisation normative et matérielle, qui n'est qu'un « avatar » du principe de démocratie généralement reconnu par l'ordre juridique de l'Union[1301]. La paralysie correspond plutôt à une volonté d'application uniforme.

Dans la première perspective, l'État apparaît comme un outil d'intégration positive. La notion d'État est en effet l'un des moyens dont se sert la Cour pour assurer une diffusion et une application plus grande d'un droit uniforme[1302]. Cette hypothèse comprend toute situation juridique dans laquelle l'État membre est visé par des obligations de faire. Cette conception fait de l'État membre un acteur de l'intégration (Section 1).

Dans la seconde perspective, l'État apparaît comme un outil d'intégration négative. La notion d'État est ici utilisée pour atténuer et supprimer à terme les obstacles à la réalisation d'un espace intégré dans lequel les libertés de circulation et de concurrence seraient garanties[1303]. Cette hypothèse comprend toute situation juridique dans laquelle l'État membre est visé par des interdictions de faire. Cette conception fait de l'État membre un sujet de l'intégration (Section 2).

[1301] Voir sur ce point, A. ALEMANNO, « Le principe d'ouverture en droit européen : d'un instrument de lutte contre l'opacité institutionnelle à un outil de démocratie participative », *RTDE*, 2012, n° 4, p. 627 ; K. LENAERTS, ''EU Citizenship and democracy'', *New Journal of European Criminal Law*, 2016, n° 2, p. 164.
[1302] M. HECQUARD-THERON, *supra* note 69, p. 697.
[1303] *Ibidem.*

Section préliminaire : L'efficacité, *leitmotiv* de l'intégration matérielle

L'intégration des règles de l'Union dans l'ordre juridique des États membres fait appel à une exigence systémique : l'efficacité. Seule une application efficace de la norme (l'intégration par le droit) peut garantir la réalisation d'« *une union sans cesse plus étroite entre les peuples* »[1304]. L'efficacité constitue ainsi un principe guidant l'interprétation de la notion d'État dans le sens de la réalisation d'une intégration matérielle. C'est pourquoi il convient de revenir sur cette exigence, afin d'en rappeler les traits généraux (Paragraphe 1) et le traitement qui en est fait en droit de l'Union (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La notion d'efficacité : remarques générales

La notion d'efficacité est très en vogue dans le monde du droit et cela témoigne de l'emprise grandissante des valeurs économiques sur le droit[1305]. En effet, l'efficacité est avant tout une notion d'origine économique sur laquelle les juristes ont, du moins jusqu'à une période récente, peu réfléchi[1306]. Plus familiers de l'effectivité, de la validité ou encore de la légitimité, ainsi que le note R. Mehdi, *« il ne leur est cependant plus loisible de faire l'impasse sur une exigence, à ce point, cruciale qu'elle paraît étalonner la performance et la qualité du droit* »[1307]. Selon F. Rangeon, l'efficacité en droit renvoie « *au caractère d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet recherché par son auteur* »[1308]. L'efficacité correspond donc à la fonctionnalité du droit dans la mesure où elle renvoie à l'adéquation du droit à son

[1304] Selon le Préambule du Traité, *supra* note 113.
[1305] Voir A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *LGDJ*, 2008, 883 p.
[1306] Voir entre autres : F. ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes : réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Working Paper, Fondation pour l'innovation politique*, novembre 2006, www.fondapol.org; R. BETTINI et S. CIMMAMONTI, « efficacité », *in*, A.-J. ARNAUD (*dir.*), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., *LGDJ*, 1993, pp. 219-220.
[1307] R. MEHDI, « l'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », *in*, M.-F-.R. STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (*dirs.*), *L'efficacité de la norme juridique : nouveaux vecteur de légitimité*, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, p. 295.
[1308] F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », *in, Les usages du droit*, *PUF*, 1989, p. 130.

but[1309]. En ce sens, la norme efficace sera à la fois effective et ajustée, dans ses effets, aux objectifs qui lui ont été assignés.

Ceci dit, l'efficacité se distingue de la notion voisine d'effectivité. L'effectivité, c'est l'assurance que le droit se traduit en actes ou en comportement dans l'ordre juridique concerné[1310]. Autrement dit, l'expression effectivité sert précisément d'outil pour désigner en aval du droit « *le degré de réalisation dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »[1311]. En effet comme le note G. Dupuis, « *la norme et son exécution sont bien distinctes; la première est purement idéale(…), la seconde, tout au contraire, s'inscrit dans la réalité sensible* »[1312]. N. Rontchevsky relève également que la réalisation d'une obligation correspond à une étape particulière, « *celle du passage de l'imaginaire au réel* »[1313]. Rendre la règle effective c'est, en définitive, réduire l'écart qui sépare la théorie de la pratique et assurer la meilleure adéquation possible entre « *le droit qu'on trouve dans les livres et le droit en action* »[1314]. Contrôler l'effectivité d'un droit suppose donc que l'on puisse mesurer l'écart qui sépare la théorie de la pratique[1315]. L'effectivité relève au final d'une analyse quantitative. Si la règle est faiblement respectée, elle n'est pas effective, tandis que si elle est généralement appliquée, elle l'est. L'efficacité, quant à elle, permet de prendre en compte la dimension qualitative. Il se peut, en effet, qu'une règle soit largement appliquée (donc effective) sans que, pour autant, l'objectif recherché soit atteint. Il est courant d'observer des ruses ou des comportements d'anticipation de la part des assujettis, qui détournent la règle de son objet. Donc apprécier l'efficacité permet d'aller au-delà de la seule application concrète de la norme et de s'assurer de son adéquation au regard du but social recherché. En d'autres termes, il convient de vérifier que l'ordre donné permet

---

[1309] R. BETTINI et S. CIMMAMONTI, « efficacité », *in*, A.-J. ARNAUD (*dir.*), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, supra* note *1306, p. 220.*

[1310] Voir, R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire »*, in La Communauté et ses États membres, actes u Vie colloque de l'IEJE de Liège,* La Haye, *Nijhoff,* 1973, p. 201.

[1311] P. LASCOUMES, « Effectivité », *in*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *supra* note 1306, p. 217.

[1312] G. DUPUIS, *Les privilèges de l'administration*, *thèse*, 1962, p. 293.

[1313] N. RONTCHEVSKY, « L'effet de l'obligation », *coll. Droit civil*, Paris, *Economica*, 1998, n° 610.

[1314] F. SNYDER, "The effectiveness of Community law: institutions, processes, tools and techniques", *CML Reviews*, 1993, p. 19.

[1315] P. LASCOUMES et E. SEVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société,* n° 2, 1986, p. 101.

d'atteindre l'ordre recherché. La Cour de Justice opte clairement pour cette recherche d'efficacité.

Paragraphe 2. L'efficacité en droit de l'Union

L'efficacité en droit de l'Union doit d'abord être précisée au regard du principe d'effectivité. Elle renvoie à un degré supplémentaire d'effectivité, ou inversement, l'effectivité peut être assimilée à une « efficacité minimale »[1316]. Elle doit ensuite être rapprochée de l'effet utile. D. Simon a démontré que la notion d'effet utile renfermerait elle-même différents degrés. Il considère en effet que :

> *« le procédé dit de l'interprétation effective se décompose en réalité en une gamme de techniques diverses qui vont du simple argument ab absurdo à un véritable raisonnement téléologique : l'interprétation des traités d'organisation internationale a précisément permis au juge de passer insensiblement, sous le couvert de la notion apparemment unique d'effet utile, d'une opération grammaticale et logique à une interprétation résolument finaliste* »[1317].

Ainsi, dans l'effet maximum, l'interprétation qui doit prévaloir est alors celle qui assure à la norme la plus grande efficacité possible et lui permet de développer la plénitude de ses effets. La Cour de Justice s'est fait sienne cette conception maximale de l'efficacité et en a fait le *leitmotiv* de l'intégration matérielle.

En effet, soucieux de dégager l'interprétation la plus utile de la disposition soumise à son examen, le juge de Luxembourg n'hésite pas à privilégier la méthode d'interprétation téléologique contribuant à faire prévaloir les finalités des traités[1318]. Lorsqu'on observe la jurisprudence de la Cour, il serait, en effet, illusoire de prétendre que les méthodes d'interprétation favorisent l'énonciation du sens vrai d'un texte, sachant que le raisonnement du juge procède avant tout de la finalité qu'il lui assigne et de la conception qui est la sienne de l'ordre juridique dans lequel il exerce

[1316] O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'execution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *supra* note 990, p. 294.
[1317] D. SIMON, cité par O. DUBOS, *Ibidem*.
[1318] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *supra* note 358, p. 375.

son office[1319]. Refusant la fiction selon laquelle une « *norme juridique ne permettrait jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation exacte ou vraie* »[1320], le juge de l'Union s'attache généralement, « *fut-ce au prix de quelques contorsions intellectuelles* » [1321] , à explorer toutes les voies lui permettant de renforcer l'intégration. Ce faisant, il œuvre à l'efficacité de la règle. C'est ainsi que la Cour a dégagé la signification des termes utilisés par les traités, sans considération pour le sens que leur attribuent les droits des États membres.

Il ne fait donc aucun doute que l'efficacité du droit est devenue un véritable principe existentiel de l'ordre juridique de l'Union[1322]. Le recours au terme est quasi-systématique. Par exemple, lorsque le traité impose l'existence d'une concurrence non faussée, la Cour de Justice précise qu'il s'agit d'une « concurrence efficace »[1323]. De même, selon la Commission européenne, la politique européenne de concurrence « *vise le maintien d'une concurrence efficace et institutionnellement protégée* »[1324]. Dans la même optique, lorsque la Cour de Justice met en place un principe de responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union, elle précise que ce dernier est *« inhérent au système des traités* », car à défaut, « *la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause* »[1325]. De son côté, le Conseil européen d'Amsterdam des 16 et 17 juin 1997 demande à la Commission européenne « *d'examiner les moyens de garantir de manière efficace la libre circulation des marchandises* »[1326].

De nombreux autres exemples pourraient ainsi être rapportés dans tous les domaines du droit de l'Union et par toutes les institutions de l'Union. Tous les auteurs, qui ont embrassé l'ensemble du droit de l'Union dans une large vision synthétique, s'entendent pour affirmer qu'il traduit une volonté de développer un

---

[1319] Voir M. POIARES MADURO « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », networkpresidents.eu/IMG/pdf/conferencia_paris_2_pdf.
[1320] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, *Dalloz*, 1962, p. 463.
[1321] R. MEHDI, « l'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », *supra* note 1307, p. 318.
[1322] A. RACLET, *supra* note 1003, p. 59.
[1323] Voir CJCE, 25 octobre 1977, *Metro S.B. Grossmarkte*, Aff. C-26/76, *Rec. CJCE*, 1977, p. 1875. (Nous soulignons).
[1324] XIe rapport sur la politique de concurrence, 1981, p. 11. (Nous soulignons)
[1325] CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, Aff. Jtes. C-6 et 9/90, *Rec. CJCE*, 1991, p. I-5357.
[1326] COM/97/619/final/n° E 989.

ordre juridique « *pratiquement opérant* »[1327], c'est-à-dire, caractérisé par une recherche constante d'efficacité. En effet, comme le note Arnaud Raclet, *« il est clair que l'existence du droit de l'Union relève de son affirmation perpétuelle face aux droits nationaux et ainsi de la défense continuelle de son application rigoureuse et efficace* »[1328]. Cela explique que ce droit consacre très généralement l'existence d'un principe d'efficacité[1329].

Ainsi, lorsqu'il se risque à définir la « concurrence efficace » (*workable competition*), le juge de l'Union vise *« la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs des traités, et en particulier la réalisation d'un marché intérieur* »[1330]. En d'autres termes, il s'agit de la dose de concurrence qui rend celle-ci « efficace en pratique »[1331], c'est-à-dire susceptible de produire les effets bénéfiques attendus au sein du marché intérieur. Le principe d'efficacité apparaît finalement comme un principe inhérent au système juridique de l'Union européenne. Il est donc d'ordre existentiel[1332]. Ainsi, en affirmant et en défendant l'exigence d'efficacité du droit de l'Union, la Cour contribue à une plus grande intégration par le droit. Ce principe étant au cœur du système, nous pouvons même considérer qu'il dessine les contours d'une véritable théorie de l'intégration européenne, notamment dans sa dimension matérielle[1333].

Il convient toutefois de préciser qu'un tel principe est en soi moins juridique que politique. Cependant, il donne naissance à un ensemble de principes qui apparaissent directement comme ses déclinaisons. Il en est ainsi des principes de primauté, d'effet direct, d'immédiateté, d'application uniforme, etc.

[1327] P. PESATORE, *L'application du droit communautaire dans les États membres, Rencontres judiciaires et universitaires*, 1976, Luxembourg, VI, p. 15; Voir aussi, G. TEUSARO, Responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire, *R.M.C.U.E.*, n° 3, 1996, p. 15

[1328] A. RACLET, *supra* note 1003, p. 60.

[1329] J. WELLER, "*Community, Member States and European Integration: Is the law relevant?", JCMS*, vol. XXI, 1982-1983, p. 267 ; M-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « Le souci de l'effectivité du droit », *Revue Droit*, 1996, p. 301.

[1330] Voir H. VON DER GROEBEN, « Le rôle de la concurrence dans le marché commun », *Bull. CE,* N° 8/65.

[1331] *Ibidem*.

[1332] A. RACLET, *supra* note 1003, p. 62.

[1333] G. VANDERSANDEN et B. ENGLER, « Considérations juridiques relatives à l'élaboration d'une théorie de l'intégration européenne », *in Les Communautés en fonctionnement*, D. LASOK et P. SOLDATOS (*dir.)* Bruxelles*, Bruylant,* 1981, p.521.

D'une part, au stade de l'application du droit de l'Union, il convient de remarquer que la Cour de Justice développe les principes de primauté et d'effet direct afin de rendre efficace l'intégration du droit de l'Union dans les ordres juridiques des États membres. Le juge de Luxembourg constate en effet que « *la force exécutive du droit de l'Union ne saurait varier d'un État à l'autre en fonction des législations internes sans mettre en péril la réalisation des buts du traité* »[1334] (donc principe d'application uniforme). De même, il ne saurait admettre que les obligations contractées au niveau européen ne soient pas inconditionnelles, mais seulement éventuelles, en ce sens qu'elles pourraient être remises en cause à tout moment par les actes normatifs des États membres[1335] (donc principe d'application immédiate). Ces principes sont donc des supports essentiels et nécessaires de l'efficacité du droit de l'Union.

D'autre part, au stade de l'interprétation de la norme européenne, la Cour de Justice s'attache à en donner un effet utile . Il est, en effet, constant que la Cour interprète les traités dans le sens qui lui paraît propre à garantir son effet utile, c'est-à-dire son application efficace et uniforme. Ceci est étroitement lié à la méthode d'interprétation téléologique qui joue un rôle de premier plan dans la jurisprudence de Luxembourg. La Cour cherche avant tout, l'effet utile du droit de l'Union et non l'affirmation d'une constitutionnalité qui poserait d'insolubles difficultés d'ordre logique et politique[1336]. Le principe de l'effet utile acquiert, de ce fait, une portée exceptionnelle dans l'ordre juridique de l'Union. Alors qu'en droit interne, il permet seulement de trancher les conflits d'interprétation portant sur une même norme en faveur de l'interprétation la plus sensée[1337], le juge de l'Union lui confère un rôle bien plus fondamental. Il en fait un principe visant à conférer une efficacité maximale aux normes de l'Union, compte tenu de l'objectif qu'elles poursuivent[1338] . La Cour de Justice ne se borne pas à faire jouer le principe pour écarter les interprétations susceptibles de faire perdre tout effet utile au droit de l'Union[1339]. Elle le mobilise

[1334] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, *supra* note 109.
[1335] *Ibidem.*
[1336] A. HAQUET, « note sous CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, Aff. C-285/92 », *in Dr. Adm*., février 2000, p. 24.
[1337] Ceci est une simple application de la règle « *ut res magis valeat quam pereat* ».
[1338] W.-J. GANSHOF, « L'ordre juridique des communautés européennes et le droit international », *RCADI*, 1975, vol. V., p. 284.
[1339] CJCE, 15 juillet 1960, *Fédéchar*, Aff. C-20/69, *Rec. CJCE*, 1960, p. 665 ; CJCE, 09 juillet 1987, *Allemagne c/ Commission*, Aff. C-281 à 287/85, *Rec. CJCE*, 1987, p. 3203.

également contre toute interprétation susceptible d' « *affaiblir* » [1340] ou de « *limiter* »[1341] l'effet utile d'une disposition du droit primaire ou du droit dérivé. Il est également significatif que parfois le juge de Luxembourg fasse œuvre créatrice, sous prétexte d'interprétation évolutive fondée sur le principe d'effet utile[1342]. Enfin, ce principe impose encore d'interpréter certaines notions de manière autonome, c'est-à-dire de leur donner un sens propre au droit de l'Union, lorsque l'hétérogénéité des conceptions nationales compromet l'application uniforme des normes de l'UE.

Ainsi, l'efficacité de la norme est le *leitmotiv* de l'intégration matérielle. Elle constitue la référence centrale guidant l'interprétation de la notion d'État lorsqu'il s'agit d'intégration matérielle. Autrement dit, la notion d'État renvoie dans ce cadre à un outil permettant de garantir l'application efficace du droit de l'Union. À cet égard, elle est un outil d'intégration à la fois positive et négative.

[1340] CJCE, 06 octobre 1970, *Grad*, Aff. C-09/70, *Rec. CJCE,* 1970, p. 825.
[1341] CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-149/79, *Rec. CJCE*, 1980, p.3881.
[1342] La Cour de Justice a ainsi considéré qu', « *en dépit du texte clair de l'article 234 du TCE que les juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles de recours n'avaient pas compétence pour déclarer non valide un acte communautaire, mais devaient poser une question préjudicielle sur la validité de tels actes en cas de doute* » (CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, Aff. C-314/85, *Rec. CJCE,* 1987, p. 4199).

Section 1. Un outil d'intégration positive

L'intégration positive vise l'application efficace des règles de l'Union par les États membres, par une intervention active de ces derniers. L'interprétation de la notion d'État est, dans ce cadre, orientée vers la réalisation de cet objectif cardinal. C'est le cas lorsque la Cour cherche à mettre en œuvre le principe de primauté (Paragraphe 1), ou lorsqu'elle est confrontée à la question de l'invocabilité des directives (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Notion d'État et principe de primauté

L'application du principe de primauté du droit de l'Union sur le droit des États membres interpelle, à plus d'un titre, la notion d'État. La réalisation de ce principe dépend de l'interprétation de la notion d'État par la Cour de Justice. Cette dernière privilégie à cet égard une interprétation monolithique et large de la notion d'État; une solution contraire priverait le droit de l'Union de son efficacité (B). Une telle logique s'explique, avant tout, par la place qu'occupe le principe de primauté en droit de l'UE(A).

A. Le principe de primauté en droit de l'Union

Le principe de primauté du droit de l'Union reste l'un des principes fondateurs d'un ordre juridique autonome. Proclamé dès les premières heures comme une nécessité systémique de l'intégration, force est de constater qu'il est l'œuvre du juge de l'Union (1). Sa nature prétorienne explique, par ailleurs, que sa réception en droit interne est partagée entre acceptation et contestation (2).

1. Le principe de primauté, une œuvre prétorienne

Le principe de primauté est un des principes structurant l'ordre juridique de l'Union européenne[1343]. C'est une « *exigence existentielle* »[1344] donnant une véritable portée à l'intégration du droit de l'Union dans le droit des États membres. D'origine prétorienne, la proclamation du principe date d'un peu plus de cinquante ans[1345]. Elle est issue du célèbre arrêt *Costa* dont les termes résonnent encore:

> *« Issu d'une source autonome, le droit né du Traité ne pourrait, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* »[1346].

Par la suite, la Cour de Justice insista sur le caractère absolu que revêt ce principe, soulignant qu'elle avait vocation à jouer même à l'encontre des normes nationales de valeur constitutionnelle :

> *« L'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État* »[1347].

L'arrêt *Tanja Kreil* [1348] viendra, plus tard, confirmer cette politique jurisprudentielle. Dans cette affaire, la Cour de Justice a jugé l'article 12 a de la Loi fondamentale allemande qui excluait les femmes des emplois militaires comportant

---

[1343] Voir C. FLAESCH-MOUGIN, « Typologie des principes de l'Union européenne », *in Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, *Apogée*, 2006, pp. 99-152.

[1344] P. PESCATORE, *l'ordre juridique des Communautés européennes*, *P.U. Liège*, 1975, réed. *Bruylant*, 2006, p. 227.

[1345] Voir, *La primauté du droit de l'Union européenne : intégration et valorisation du principe 50 ans après l'arrêt de la CJCE Costa c/Enel*, colloque organisé à l'Université de Lille 2 le 31 mars 2014, actes publiés dans la *revue Europe*, suppl. n° 7, juillet 2014.

[1346] *Supra* note 109, *spec.* p. 1160. Voir aussi, Tribunal UE, 28 mai 2013, *Trabelsi e.a. / Conseil*, Aff. T-187/11, points 50, 61.

[1347] CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Aff. 11/70, *Rec. CJCE*, 1970, p. 1125.

[1348] CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil,* Aff. C-285/98, *Rec. CJCE*, 2000, p. I-69.

l'utilisation d'armes, incompatible avec la directive 76/207/CEE du 9 février 1976[1349], relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes.

L'importance du principe ne fait donc aucun doute aux yeux du juge de Luxembourg. Pourtant sa nature structurante aurait dû suffire à en faire un principe constitutionnalisé, c'est-à-dire inscrit dans les traités de base. Le TECE prévoyait son inscription formelle dans le traité[1350]. Son article I-6 indiquait très explicitement que « *la Constitution et le droit adoptés par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres* ». Mais cette formule a été abandonnée par le traité de Lisbonne, aucun article ne mentionnant plus le principe de primauté. N'a subsisté de cette innovation qu'une déclaration n° 17 annexée aux traités, sans valeur juridique[1351], qui n'est cependant pas sans intérêt[1352]. Le principe de primauté demeure donc en l'état actuel une œuvre purement prétorienne[1353].

Il n'en demeure pas moins que le principe de primauté, ainsi posé, constitue, à n'en point douter, « *une exigence ontologique d'uniformité du droit de l'UE*»[1354]. En effet, en l'absence de primauté, l'application du droit de l'Union varierait d'un État à l'autre en fonction des législations nationales qui lui seraient opposées. Dès lors, l'absence de primauté constituerait un obstacle insurmontable de l'application

---

[1349] Il s'agissait de la Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *JOCE* n° L 039 du 14/02/1976 p. 0040 – 0042.

[1350] Voir à ce propos, L. GRARD, « La Constitution européenne. De bonnes raisons de dire non au non », *Politeia*, 2004, n° 6, p. 513.

[1351] Voir, S. PLATON, « le rôle des protocoles et des déclarations dans le traité de Lisbonne », *Politéia*, 2008, n° 13, pp. 465-489.

[1352] « *La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'UE, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des Etats membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence. En outre, la Conférence a décidé d'annexer au présent Acte final l'avis du Service juridique du Conseil sur la primauté lequel indique qu'il découle de la jurisprudence de la Cour de Justice que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. (…) A l'époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante, la primauté n'était pas mentionnée dans le traité. Tel est toujours le cas actuellement. Le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de Justice* » *in* Declaration n° 17 relative à la primauté, annéxé aux TUE et TFUE, *JOUE*, C 326/346.

[1353] Voir l'analyse de D. RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ? », *RMCUE*, n° 593, 2015, p. 630.

[1354] M. GAUTIER, *Droit institutionnel de l'U.E.*, Paris*, PUF,* 2010, 1ere éd.*,* p.205.

uniforme du droit de l'Union. Une application différenciée créerait des discriminations fondées sur la nationalité et les traités interdisent précisément ces discriminations. Pour cette raison, la Cour conclut donc qu'il est impossible qu'une règle nationale mette en échec le droit de l'Union « *en raison de sa nature spécifique originale* »[1355] ajoutant que dans le cas contraire, cela conduirait à « *mettre en cause la base de l'Union elle-même* »[1356]. Le principe de primauté constitue donc une construction originale en droit de l'UE dans le sens où il ne se fonde pas sur la règle de droit international de la *pacta sun servanda*[1357], mais plutôt sur le caractère intégré du droit de l'Union. Comme le notent C. Blumann et L. Dubouis, la différence réside essentiellement dans les conséquences que la Cour de Justice tire de la primauté, à savoir l'obligation pour toutes les autorités nationales, et au premier chef le juge, non seulement de ne pas appliquer une norme nationale contraire à la règle européenne, mais encore de donner son plein effet à ladite règle[1358]. La primauté constitue aussi un principe structurant, car nécessaire pour une application uniforme du droit de l'Union et pour la réalisation de l'intégration, « *une union sans cesse plus étroite entre les peuples d'Europe* »[1359].

D'ailleurs, la Cour continue à pousser jusqu'au bout la logique de la primauté du droit de l'Union. Dans son arrêt du 8 septembre 2010[1360], le juge affirme que le principe de primauté ne saurait être mis en échec même pour une période transitoire. En effet, dans le cas d'espèce, il ne s'agissait pas de savoir s'il fallait écarter ou non la règle nationale contraire au droit de l'Union. Dans cette hypothèse, la jurisprudence de la Cour est constante. Mais il s'agissait de savoir si, en attendant de se doter d'un nouveau cadre juridique, la règle jugée contraire au droit de l'Union puisse être maintenue à titre provisoire, afin d'éviter un vide juridique. À cet égard, selon la Cour, le principe de primauté exige que la norme contraire soit immédiatement supprimée de l'ordre juridique interne. En effet, selon la Cour,

---

[1355] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, *Supra* note 109.
[1356] *Ibidem.*
[1357] Concernant l'application du principe en droit international, voir, B. TCHIKAYA, « Application et primauté du droit international, quelques considérations », *in S.DOUMBE-BILLE, Droit, liberté, paix, développement : Mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh,* Paris, *Pedone*, 2011, pp. 375-391.
[1358] C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *supra* note 1135, p. 536.
[1359] *supra* note 982.
[1360] CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, Aff. C-409/06, *Rec. CJUE*, 2010, p. I-6667.

« il suffit toutefois de relever que, à supposer même que des considérations similaires à celles sous-jacentes à ladite jurisprudence, développée en ce qui concerne les actes de l'Union, soient de nature à conduire, par analogie et à titre exceptionnel, à une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle de droit de l'Union directement applicable à l'égard du droit national contraire à celle-ci, une telle suspension, dont les conditions ne pourraient être déterminées que par la seule Cour, est à exclure d'emblée, en l'occurrence, eu égard à l'absence de considérations impérieuses de sécurité juridique propres à justifier celle-ci »[1361].

Le principe de primauté reste donc une construction prétorienne qui maintient encore l'originalité de l'édifice européenne. Sa nature prétorienne est certainement la raison pour laquelle, sa réception au niveau national est encore teintée d'ambiguïtés.

2. Le principe de primauté : entre acceptation et contestation

Les efforts déployés par la Cour de Justice, pour ériger la primauté du droit de l'Union sur le droit interne, ne furent pas entièrement couronnés de succès. Ils ne purent briser les réticences des juridictions nationales à accepter les conséquences ultimes de la primauté relative aux rapports hiérarchiques entre droit constitutionnel et droit de l'UE[1362]. Il y avait déjà eu anciennement des contestations qui avaient pour motif que les actes de droit dérivé n'étaient pas astreints par le droit de l'Union au respect des droits fondamentaux[1363]. La Cour de Justice, ayant remédié à ce déficit de protection des droits fondamentaux, de telles contestations avaient cessé[1364].

[1361] *Idem*, point 63.
[1362] D. RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, n° 41, 2005, p. 286.
[1363] Voir pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, arrêt *Solange I* du 29 mai 1974, *RTDE*, 1975, p. 316 ; note M. FROMONT. Pour la Cour constitutionnelle italienne, arrêt *Frontini* du 22 décembre 1973, *RTDE,* 1974, p. 148, note S. Néri.
[1364] Voir pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, arrêt Solange II du 22 octobre 1986, *RTDE*, 1987, p. 537, note V. Constantinesco. Pour la Cour constitutionnelle italienne, arrêt Granital du 8 juin 1984, *RTDE*, 1985, p. 414, note A. Barav.

Toutefois, depuis quelques temps, elles ont repris de plus belle. On sait, par exemple, que la Cour constitutionnelle tchèque a jugé un arrêt de la Cour de Justice de l'UE *ultra vires*, faisant ainsi obstacle à son application[1365].

La Cour constitutionnelle allemande, même si elle ne va pas aussi loin que la Cour constitutionnelle tchèque, a quand même fait montre d'une crispation de plus en plus grande à l'égard du principe de primauté. Dans sa *décision sur le traité de Lisbonne*, la Cour se réserve le droit d'effectuer un contrôle de l'*ultra vires*, afin de s'assurer que les actes des institutions et organes de l'Union demeurent dans les limites des pouvoirs souverains octroyés, et un contrôle de l'identité pour vérifier que les actes de l'Union ne méconnaissent pas l'identité constitutionnelle allemande[1366]. Par la suite, la Cour a brandi l'argument du contrôle de l'*ultra vires* en réaction à l'interprétation large de la Charte des droits fondamentaux à l'égard des actes des États membres, faite par la CJUE dans l'arrêt *Akerberg Fransson*[1367]. La Cour constitutionnelle allemande affirma, en effet, qu'il fallait donner à cette solution une acception restrictive, sous peine de devoir la considérer comme étant *ultra vires* et de nature à mettre en cause l'identité de l'ordre constitutionnel établi par la Loi fondamentale[1368]. Enfin, dans son premier renvoi préjudiciel relatif à la compatibilité avec les traités du programme OMT (Opérations Monétaires sur Titres) lancé par la BCE, elle fit savoir que ce programme, visant à procéder à des achats illimités de dettes d'États sur le marché secondaire, comme non autorisé par le mandat de la BCE défini par le traité, au motif qu'il sortirait de sa mission strictement monétaire pour se mêler de politique économique qui relève de la compétence exclusive des États membres, et qu'il contreviendrait à la prohibition pour la BCE d'acquisition directe de dettes publiques prévue par l'article 123 du TFUE. Elle avertit en conséquence la CJUE que si elle ne posait pas des limites à un tel programme, elle

---

[1365] Cour constitutionnelle tchèque, 31 janvier 2012, *affaire des pensions slovaques*, Pl. US 5/12, remettant en cause l'arrêt *Landtova* de la CJUE du 22 juin 2011, Aff. C-399/09.

[1366] CCF, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, 2 BVE 2/08, points 240-241 ; voir pour commentaires F.-C. MAYER, *RTDE*, 2010, p. 77.

[1367] CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, Aff. C- 617/10 ; voir commentaires, *AJDA*, 2013, p.1154.

[1368] CCF, 24 avril 2013, Bases de données anti-terroriste, 1 BVR 1215/07 ; pour un commentaire, voir D. THYM, ''*Separation versus fusion or how to accomodate national autonomy and the Charter ? Diverging visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice"*, *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 391.

devrait le juger *ultra vires* et comme de nature à mettre en cause l'identité constitutionnelle allemande[1369].

En France, les décisions « *économie numérique* »[1370] et « *droit d'auteur* »[1371] résonnent toujours comme une limitation au principe de primauté du droit de l'Union sur la Constitution. Même si le juge ne l'affirme pas aussi clairement, il se réserve l'hypothèse de contrôler les lois de transposition des directives européennes en cas de contrariété avec une « *disposition expresse* »[1372] de la Constitution, formule qui sera remplacée plus tard par « *règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* »[1373].

Ce courant jurisprudentiel contestataire de la pleine primauté du droit de l'UE remet donc en cause l'acceptation du principe construit par la Cour de Justice[1374]. Mais, quoi qu'il en soit, cette dernière s'appuie encore sur ce principe qui constitue, à ses yeux, une nécessité systémique afin de garantir une application uniforme du droit de l'Union et d'atteindre l'objectif d'intégration. À cet effet, la notion d'État est interprétée de façon très large, à la fois en utilisant les critères organique et matériel, afin de garantir la pleine application de ce principe.

B. La notion d'État issue de l'application du principe de primauté

En vertu du principe de primauté, l'État a l'obligation d'abroger toute norme nationale contraire au droit de l'Union, et à défaut d'abrogation (s'il s'agit par exemple d'autorités n'ayant pas la compétence pour abroger de telles normes), de ne pas appliquer la norme nationale contraire au droit de l'Union[1375].

[1369] CCF, 14 janvier 2014, *OMT*, 2 BVR 2728/13.
[1370] CC, 10 juin 2004, *Economie numérique*, *supra* note 1041.
[1371] CC, 27 juillet 2006, *Droit d'auteur*, *supra* note 1042.
[1372] Décision Economie numérique, cité *supra* note 1041.
[1373] Décision Droit d'auteur cite *supra* note 1042.
[1374] M. CLAES, ''The validity and primacy of EU law and the cooperative relationship between national constitutional court and the Court of Justice of European Union'', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, n° 1, p. 157; M. CLAES, ''The primacy of EU law in European and national law'', *The Oxford Handbook of European Union Law*, 2015, pp. 178-211.
[1375] Cette double obligation est clairement expliquée dans l'arrêt du 24 mars 1988, *Commission c/ Italie*, Aff. 104/86, *Rec. CJCE*, 1988, p. 1799.

L'application du principe de primauté nécessite une vision large de la notion d'État. À cet égard, le critère organique s'avère être d'une grande utilité. En effet, en posant une obligation pour l'État d'abroger ou d'écarter la norme nationale contraire au droit de l'UE, le juge vise, par là, « *toutes les autorités de l'État* »[1376]. Par cette expression, il vise l'ensemble des autorités ayant un lien organique avec l'appareil d'État, s'inscrivant ainsi dans le principe traditionnel de droit international de l'unité de l'État. Il en est ainsi de « l'État central », de « l'État juge », de « l'État législateur » et de « l'État territorial ». L'État est donc l'ensemble des autorités détenant un pouvoir normatif de nature à abroger ou à écarter une disposition nationale contraire au droit de l'Union. Toute autorité investie d'une telle prérogative est étatique. « L'État législateur » doit abroger la loi contraire au droit de l'Union [1377] et l'administration ne doit pas l'appliquer[1378]. Il faut, par ailleurs, rappeler que le pouvoir constituant n'échappe pas à une telle obligation si une contrariété apparaissait entre le droit de l'Union et la Constitution nationale. Les révisions constitutionnelles, qui précèdent la ratification des accords de révision des Traités, ont toutefois pour but d'éviter que se produise une telle situation[1379].

Au-delà de « l'État central » et de « l'État législateur », sont particulièrement visés « l'État juge » et « l'État territorial ». C'est avec l'arrêt *Simmenthal* que la Cour de Justice a étendu l'obligation de mettre en échec la norme nationale contraire au droit de l'Union à toutes les juridictions nationales. La Cour était en l'espèce confrontée à la question de savoir si un juge italien devait, conformément aux prescriptions de son droit national, demander à sa Cour constitutionnelle une déclaration d'incompatibilité pour écarter la loi nationale contraire au droit de l'Union. Elle y répond par la négative, indiquant beaucoup plus généralement que :

> « *le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou*

[1376] CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo c/ Commune de Milan*, *supra* note 371.
[1377] CJCE, 24 mars 1988, *Commission des Communautés européennes c/ République italienne*, *supra* note 1375, p. 1799.
[1378] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *supra* note 358, p. 288.
[1379] O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses* , *Dalloz*, 2001, p.889.

à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »[1380].

La primauté du droit de l'Union européenne permet donc de justifier l'encadrement de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres.

D'une manière générale, les juridictions nationales, comme autorités étatiques au premier rang chargées d'appliquer le principe de primauté du droit de l'Union, en assurent la garantie[1381]. En France, le juge administratif n'hésite plus, depuis l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989[1382], à écarter les lois jugées contraires au droit de l'Union et à tirer toutes les conséquences de leur incompatibilité imposées par le droit de l'Union, y compris sur le terrain de la responsabilité. Il a ainsi reconnu la responsabilité de « l'État législateur »[1383] et de « l'État juge »[1384] du fait de la violation du droit de l'Union, en pleine adéquation avec les solutions de la Cour de Justice en la matière. De même, tant le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'État, accordent une immunité contentieuse de principe au droit de l'Union, assurant ainsi en fait, même s'ils ne la reconnaissent pas en droit, la primauté du droit de l'Union sur la norme constitutionnelle nationale. Il arrive même que des dispositions constitutionnelles nationales voient leur interprétation modifiée par le juge constitutionnel national pour remédier à une incompatibilité avec le droit de l'Union. L'affaire *Melloni* et ses suites en constituent une illustration. Dans cet arrêt rendu sur renvoi préjudiciel du Tribunal constitutionnel espagnol, la Cour de Justice a dit pour droit que la législation européenne sur le mandat d'arrêt européen n'autorisait pas un État membre de subordonner l'exécution d'un mandat d'arrêt européen délivré aux fins de l'exécution d'une peine à la condition que la condamnation prononcée par défaut puisse être révisée dans l'État membre d'émission [1385]. Le Tribunal constitutionnel espagnol accepte, à cet effet, d'opérer un revirement de jurisprudence pour considérer désormais que le droit à un procès équitable n'implique pas qu'un accusé condamné *in abstentia* ait un droit à être rejugé, dès lors qu'il a été régulièrement informé des dates et du lieu du procès et qu'il a été représenté et

[1380] CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ Société anonyme Simmenthal*, *Rec. CJCE*, 1978, p. 645.
[1381] Voir CJUE, 28 juillet 2016, *Tomasova*, Aff. C-168/15.
[1382] CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Lebon* 190, concl. P. Frydman.
[1383] CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522.
[1384] CE, 18 juin 2008, *Gestas*, n° 195831.
[1385] CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, Aff. C-399/11.

défendu par un avocat [1386] . « L'État juge » (quelle que soit sa nature constitutionnelle, administrative, judiciaire) est donc une autorité étatique chargée de veiller à l'application pleine et entière du principe de primauté[1387].

Au-delà de l'institution étatique, la Cour de Justice recherche donc la sphère réelle d'intervention ou d'influence des titulaires de la puissance publique nationale. Cela explique, le développement, parallèlement à l'approche organique, d'une approche matérielle et fonctionnelle. Ainsi, lorsqu'un État intervient par l'intermédiaire d'une entreprise soumise à son influence dominante, il reste lié par l'application de la norme européenne. Cette jurisprudence n'est cohérente que rapportée à sa finalité. La logique du principe de primauté est d'impliquer le plus largement possible l'État membre notamment dans la mise en œuvre du droit de l'Union. C'est pourquoi la Cour de Justice dépasse le critère organique pour viser effectivement tous les détenteurs de la puissance publique nationale. Seuls les fonctions d'autorité et les pouvoirs normatifs ou coercitifs dévolus à tel ou tel organisme permettent alors de le rattacher à l'État.

Il nous paraît essentiel de compléter l'étude de la notion d'État au sens de la mise en œuvre du droit de l'Union dans l'ordre juridique interne par l'étude de la jurisprudence de la Cour de Justice relative à l'effet direct des directives non transposées.

Paragraphe 2. Notion d'État et invocabilité des directives

Le principe d'invocabilité des directives européennes implique, au même titre que la primauté, une interprétation de la notion d'État. C'est un principe qui permet aux particuliers de se prévaloir du droit de l'Union, ce qui matériellement renforce l'intégration. Il conviendra d'une part d'aborder le principe d'invocabilité des directives (A) et, d'autre part, d'analyser la notion d'État que son applicacation induit (B).

[1386] Décision du 13 février 2014, *Recurso de amparo* 6922-2008, BOE n° 60 du 11 mars 2014.
[1387] Pour une illustration récente, voir : CJUE, 4 février 2016, *Ince*, Aff. C-336/14, point 52; CJUE, 19 avril 2016, *DI*, Aff. C-441/14, point 33; CJUE, ord., 24 mai 2016, *Leonmobili et Leone*, Aff. C-353/15, point 21; CJUE, 5 juillet 2016, *Ognyanov*, Aff. C-614/14, point 36.

A. Le principe d'invocabilité en droit de l'UE

L'invocabilité des normes européennes est également un principe structurant de l'ordre juridique de l'UE. C'est en effet grâce à ce principe que les particuliers peuvent se prévaloir des normes de l'UE devant les juridictions et donc réclamer le bénéfice des droits qu'elles leur confèrent. Fondamental pour les particuliers, ce principe l'est aussi pour l'efficacité du droit de l'Union, puisqu'il permet en combinaison avec le principe de primauté, de faire sanctionner par le juge national les atteintes que le droit national porte au droit de l'Union. Ainsi, les particuliers disposent, grâce à l'invocabilité, de la faculté de contraindre les États à respecter le droit de l'Union par l'intermédiaire du juge national. Il constitue donc une nécessité systémique de l'ordre juridique de l'Union, garantissant son application uniforme au service de l'objectif d'intégration.

L'effet direct constitue, à n'en point douter, la forme majeure de l'invocabilité[1388]. Cela signifie, par ailleurs, qu'invocabilité ne se confond pas avec effet direct. Il est aujourd'hui largement admis que des normes dépourvues d'effet direct sont tout de même invocables par les particuliers. Néanmoins, c'est sur la règle de l'effet direct (notamment des directives) qu'on s'appuiera pour étayer la définition fonctionnelle de l'État dans cette perspective.

L'effet direct peut être défini comme une qualité propre à certaines normes en ce qu'elles créent directement des droits ou des obligations dont peuvent se prévaloir les particuliers devant le juge national. C'est une notion purement contentieuse, qui n'est toutefois pas propre au droit de l'Union. En tant que levier essentiel pour assurer la pénétration de normes extra-nationales dans l'ordre juridique interne et leur conférer ainsi une efficacité maximale[1389], la notion d'effet direct est aussi présente en droit international[1390]. En effet, nul ne conteste plus, aujourd'hui, que les traités internationaux puissent directement accorder des droits ou imposer des obligations aux individus et non pas seulement se cantonner à produire des effets de

[1388] M. GAUTIER, *supra* note 1354, p. 224.
[1389] *Ibidem*.
[1390] J. VERHOEVEN, « la notion d'applicabilité directe du droit international », *RBDI*, 1980, p. 243.

droit à l'égard de ces sujets classiques du droit international que sont les États[1391]. Mais, la conception inverse fut longtemps dominante, ainsi que le notait la CPJI dans l'affaire de *la compétence des tribunaux de Dantzig*[1392] : « *selon un principe de droit international bien établi, un accord international ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour les particuliers* ». Toutefois, dans cette même affaire, la Cour ajoutait qu': « *on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption, par les parties, de règles déterminées, créant des droits et des obligations pour les individus et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux* ». Dès lors, il devait communément être admis que les traités peuvent, pour tout ou partie, produire des effets directs dans l'ordre juridique interne des États.

Cependant, plus que sa consécration, c'est le fondement de l'effet direct qui particularise le droit de l'Union européenne du droit international[1393]. En effet, l'effet direct en droit international n'est pas la règle. Il est l'exception. Mieux, il est subordonné à la satisfaction d'un critère subjectif décisif : l'intention des parties. Et une telle intention ne doit pas être présumée. Ce n'est alors que de manière exceptionnelle, et en quelque sorte au compte-gouttes, que les traités internationaux ordinaires sont directement applicables : non seulement parce que l'objet propre du droit international demeure encore avant tout le règlement des relations entre États, mais, même lorsque l'objet de la règle de droit international pénètre les relations internes, l'intention des parties n'est pas toujours évidente à démontrer. L'originalité du droit de l'Union va donc résider dans le refus de conditionner l'effet direct à ce critère subjectif du droit international. D'exceptionnel en droit international, l'effet direct devient presque la norme en droit de l'UE. Alors qu'en droit international, il se prouve, en droit de l'Union, il se présume. Cette présomption n'est toutefois pas affirmée par les traités[1394] , mais résulte plutôt d'une construction prétorienne à

[1391] Voir, N. CHAEVA, « Quel rideau de fer ? L'individu comme sujet médiat du droit international chez Serge Krylov et Dionisio Anzilotti », *in Les sujets*, Paris, *Pedone*, 2015, pp. 193-207.
[1392] CPJI, avis, 3 mars 1928, *compétence des tribunaux de Dantzig,* série B, n° 15, p. 17.
[1393] P. PESCATORE, ''The doctrine of « direct effect »: an infant disease of community law'', *European Law Review*, 2015, n° 2, p. 135.
[1394] On peut toutefois noter quelques indications dans les traités qui laissent penser que les auteurs consacrent l'effet direct de certaines dispositions : l'article 288 TFUE dispose que les règlements sont directement applicables dans tous les Etats membres ; l'approximation terminologique qui est la règle sur ces questions peut impliquer un effet direct de ces actes. Certains articles du traité comme ceux

l'image du principe de primauté. C'est la Cour de Justice, dans son célèbre arrêt *Van Gend en Loos*[1395]qui a généralisé l'effet direct du droit de l'Union et marque ainsi la rupture avec la solution du droit international. Le cas d'espèce était en tout point exemplaire. La Cour était sollicitée sur l'effet direct de l'article 12 du TCE[1396] selon lequel : « *les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane… et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles* », et qui ne fait donc aucune mention aux particuliers. Dans leurs mémoires, plusieurs gouvernements, qui avaient présenté des observations faisant valoir que la rédaction de l'article 12 ne visait que les seuls États et nullement les particuliers, interprétaient cela comme révélateur de la volonté non équivoque des parties de ne pas conférer à cet article un effet direct. Malgré le ralliement à cette thèse de son avocat général, la Cour s'écarte foncièrement de cette interprétation issue du droit international et se fonde ainsi sur une interprétation téléologique des traités. Selon la Cour, le fondement de l'effet direct est la spécificité même de l'ordre juridique de l'Union : c'est la finalité d'intégration qui implique la généralisation et la présomption d'effet direct. Pour le démontrer, la Cour considère d'abord l'objectif du traité qui est « *d'instaurer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté* »[1397] et dès lors, le traité « *constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants de la Communauté… et la Communauté constitue un nouvel ordre juridique dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants* »[1398]. De cet objectif et de cette caractéristique propre du droit de l'Union, le juge en déduit un véritable principe général selon lequel : « le droit (de l'Union) 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 »[1399].

Ce raisonnement permet ainsi à la juridiction de l'Union de donner à l'effet direct une portée bien différente de celle qui est la sienne en droit international. Deux

---

relatifs au droit de la concurrence (article 101 et suivant du TFUE) précisent que ceux-ci sont destinés à s'appliquer aux entreprises. Il est alors possible d'en conclure qu'ils produisent un effet direct.

[1395] CJCE, 5 février 1963, *Van Gen en Loos*, Aff. C-26/62, *supra* note 1139, p. 3.

[1396] Actuel article 30 TFUE, *supra* note 118.

[1397] CJCE, 5 février 1963*, Van Gen en Loos,* Aff. C-26/62, *supra* note 1139.

[1398] *Ibidem*.

[1399] *Ibidem.*

différences majeures intrinsèquement liées en résultent. D'une part, alors que le droit international est présumé ne pas produire un effet direct, tout le droit de l'Union est au contraire présumé d'effet direct. Cette présomption ne peut être renversée qu'à l'analyse de critères objectifs que sont la clarté de la norme, son inconditionnalité et son caractère suffisamment précis [1400]. D'autre part, à la différence du droit international, il est impossible d'opposer une quelconque condition subjective tenant à l'intention des auteurs de la norme à l'effet direct du droit de l'Union : elle est, par hypothèse, remplie en raison des caractéristiques de la construction européenne.

Le principe d'invocabilité ainsi fondé en droit de l'Union, il convient maintenant de le rapporter à la définition de l'État. Un particulier peut invoquer devant les juridictions nationales le droit de l'Union européenne contre l'État. Qu'est-ce que l'État au sens de cette opération? C'est à ce niveau que la dimension fonctionnelle de la notion d'État prend tout son sens, notamment lorsqu'il s'agit de l'invocabilité des directives.

B. La notion d'État et l'application du principe d'invocabilité des directives

Si l'invocabilité du droit de l'Union, d'une manière générale, ne pose pas de problème particulier, celle des directives, qui constituent une catégorie d'actes particulière, ne va pas avec quelques résistances théoriques et pratiques. En effet, la doctrine dominante a longtemps considéré que le concept théorique de la directive exclut tout effet direct, dans la mesure où, il n'en fait pas un acte d'application immédiate. À un moment, les juridictions nationales aussi, notamment françaises se sont inscrites dans cette même perspective[1401]. Toutefois, la Cour de Justice, dans le silence des traités et fidèle à sa logique d'interprétation dynamique, s'est refusée à exclure les directives du bénéfice de l'effet direct. Selon la Cour, l'effet utile de tels actes s'en trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir[1402]. Mais, la Cour prend le soin de préciser plus tard que :

[1400] CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, Aff. C-148/78, *Rec. CJCE,* 1979, p.1629 ; CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, Aff. C-8/81, point 25.
[1401] CE, 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit*, *Rec.* 1978, p. 524.
[1402] Voir CJCE, 17 décembre 1970, *SACE c/ Ministère des finances italien*, Aff. C-33/70, *Rec. CJCE*, 1970, p. 1213 ; CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, Aff. C- 41/74, *Rec. CJCE,* 1974, p. 1337.

« *dans tous les cas où une directive est correctement mise en œuvre, ses effets atteignent les particuliers par l'intermédiaire des mesures d'application prises par l'État concerné. Par contre, des problèmes particuliers se posent au cas où un État membre n'a pas correctement exécuté une directive et, plus spécialement, dans le cas où les dispositions d'une directive sont restées inexécutées à l'expiration du délai fixé pour sa mise en œuvre* »[1403].

Elle ajoute que c'est seulement dans ces circonstances que « *l'État membre qui n'a pas pris dans les délais les mesures d'exécution imposées par la directive ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte* »[1404].

L'effet direct n'est donc pas une qualité substantielle de la directive comme il le serait pour le règlement, mais une « *garantie minimale* »[1405]. C'est le défaut d'exécution de la directive (non-transposition à l'expiration du délai ou transposition incorrecte) qui fonde, le pouvoir et le devoir du juge interne de l'appliquer directement à l'encontre de l'État défaillant, ce qui en fait une condition supplémentaire qui s'ajoute au caractère inconditionnel, clair et suffisamment précis déjà évoqué. Cette construction prétorienne aura, au final, un écho favorable devant les juridictions internes, plus particulièrement le Conseil d'État français[1406].

À cet égard, et c'est là que la notion fonctionnelle d'État prend tout son sens, une directive n'est invocable qu'à l'encontre d'un État. On parle d'effet direct vertical ascendant[1407]. Techniquement, lorsque le juge doit se prononcer sur l'invocabilité d'une directive, il doit vérifier si le défendeur est l'État ou s'il est un particulier. Donc, l'invocabilité des directives interpelle, tout comme l'application du principe de primauté, une définition préalable de la notion d'État. En conséquence, mieux sera cernée et définie la notion d'État, meilleure sera l'application du droit de l'Union en droit interne[1408]. En la matière, la notion d'État connait une définition extrêmement

---

[1403] C.J.C.E., 19 janvier 1982, *Becker*, Aff. C-8/81, *Rec. CJCE,* 1982, p. 53.
[1404] *Ibidem*.
[1405] G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *supra* note 322, p. 277.
[1406] C.E, ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, req. N° 298348.
[1407] Pour un débat sur l'effet direct horizontal, voir, S. PLATON, « L'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière (CJUE, grande ch., 15 janvier 2014, Aff. C-176/12) », *Revue de l'Union Européenne*, 2015, n° 584, pp. 33-40.
[1408] M. HEQUARD-THERON, *supra* note 69.

large[1409], mobilisant à la fois, de façon alternative les critères organique et matériel. Comme le note l'avocat général Nihls Wahl, « *la notion d'État membre à l'encontre duquel peuvent être invoquées les dispositions d'une directive est conçue de manière tout à la fois fonctionnelle et extensive* »[1410]. En effet, lorsqu'on parle d'État en matière d'opposabilité des directives, le droit de l'Union vise toute autorité quelle que soit la qualité en laquelle elle se présente, autorité publique ou simple employeur, autorités décentralisées, entreprises publiques ou autres organismes, quelle que soit leur forme juridique, chargée d'accomplir une mission d'intérêt général et dotée à cet effet de pouvoirs exorbitants de droit commun. La notion d'État englobe ainsi dans cette perspective à la fois « l'État normateur », « l'État employeur »[1411], « l'État territorial »[1412], « l'État exécutant »[1413]. L'État normateur renvoie à toute autorité investie du pouvoir de modifier l'ordonnancement juridique en ce qu'elle est habilitée à transposer une directive européenne. La notion d'État ne se limite néanmoins pas à cette faculté. Toute autorité qui détient aussi un pouvoir réglementaire quelconque, même si elle n'est pas habilitée à transposer une directive, est aussi étatique (c'est le cas des collectivités territoriales, de même que les entreprises publiques et ordres professionnels). Deux arrêts permettent d'illustrer cette vision large de la notion d'État. D'une part, l'arrêt *Marshall* rend compte de la vision large à l'aide du critère organique (a) et d'autre part, l'arrêt *Foster* complète avec un critère matériel alternatif (b).

1. <u>L'État, toute autorité publique indépendamment de sa fonction</u>

Dans l'arrêt *Marshall*, il s'agissait pour la Cour de déterminer, entre autres, si un organisme, la *Southamptom and South-West Hampshire Area Health Authority,* pouvait être assimilé à l'État afin que la directive 76/207[1414] lui soit opposable. En l'espèce, l'État normateur (en l'occurrence le législateur britannique) avait manqué à

[1409] L. COUTRON, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives : du cartésianisme au pragmatisme », *RTDE*, 2015, n° 1, p. 49.
[1410] Conclusions de l'avocat général Nils Wahl sur l'affaire *Portgas*, présentées le 18 septembre 2013, Aff. C-425/12, point 33.
[1411] CJCE, 26 février 1986, *Marshall, supra* note 548.
[1412] CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo c/ Commune de Milan*, *supra* note 371.
[1413] CJCE, 5 février 2004, *Reiser International Transporte*, Aff. C-157/02, *Rec. CJCE*, 2004, p. I-1477.
[1414] Voir *supra* note 551.

son obligation de transposition de la directive dans les délais requis. De ce fait, l'organisme en question a appliqué une loi nationale, le *Sex Discrimination Act* de 1975 qui est contraire à ladite directive. Étant donné qu'une directive n'est invocable qu'à l'encontre de l'État, définir l'État dans cette affaire constituait le nœud du problème. Si l'État se définit comme « État central » ou « État normateur », la directive ne saurait être opposable à l'organisme en question, faute d'effet direct vertical. Si la notion d'État est interprétée de façon large, incluant tout organisme public, quelle que soit sa mission (ou « État exécutant »), la directive serait opposable à l'organisme en cause (présence d'un effet direct vertical). La Cour souscrit à cette deuxième interprétation[1415]. Le fait que la Cour a effectivement voulu conférer au concept d'État un sens plus large que celui d'une « carence personnelle » relève de la particularité de la matière et de l'objectif d'intégration normative poursuivie. Il est clair que l'organisme en question n'est en rien concerné par le fait que l'État normateur avait omis de transposer la directive dans le droit national et qu'il ne pouvait pas non plus être considéré comme responsable d'une telle carence. Néanmoins, il reste l'État au sens de l'exécution de la directive. Une solution contraire conduirait à affaiblir l'effet utile de la directive.

Certes, la vision large de la notion d'État est aussi perceptible en application du principe de primauté, du droit des aides d'État, du droit de la responsabilité internationale ou encore du droit des immunités, force est de constater qu'elle prend une dimension particulière en matière d'opposabilité des directives. En effet, le seul caractère public d'un organisme suffit à en faire une composante de la notion d'État, hypothèse qui est réfutée en droit des aides d'État ou en droit de la responsabilité et en droit des immunités. C'est d'ailleurs ce que soulève l'avocat général Sir Gordon lorsqu' il reconnaît qu'en matière de « *droit communautaire, au cas où se pose la question d'un particulier opposant à l'État les dispositions d'une directive, le terme État doit recevoir une large acception et viser tous les organes de l'État* »[1416]. L'avocat général reconnaît s'opposer à la tendance s'exprimant dans des décisions rendues dans des affaires intéressant l'immunité de l'État, dans la mesure où

[1415] Du reste, cette interprétation large est aussi suggérée par le choix des mots de l'arrêt : dans la langue de procédure, mais aussi dans les autres langues, la Cour utilise indifféremment des expressions telles que « *emanation of the State* », « *organ of the State* », *« public authority* », et « *State authority* » comme des synonymes.

[1416] Conclusions de l'avocat général Sir Gordon dans *l'affaire Marshall*, Aff. C- 152/84, présentées le 18 septembre 1985, *Rec. CJCE*, 1986, p. 00735.

l'exercice de l'*imperium* se distingue des activités commerciales et similaires[1417]. En effet, en droit des immunités comme en droit de la responsabilité internationale des États, de même qu'en droit des aides d'État, tout organisme public n'est pas, de ce seul fait, assimilé à l'État. La notion d'État est, dans ces domaines, plus restrictive qu'en matière d'opposabilité ou d'invocabilité des directives. Ces branches font recours au critère matériel de prérogatives de puissance publique[1418], d'autorité souveraine de l'État[1419] ou de pouvoirs exorbitants de droit commun[1420] pour assimiler un organisme public à l'État. L'application du principe d'invocabilité des directives se suffit de la seule appartenance statutaire à la sphère publique pour considérer un organisme comme l'État. C'est la raison pour laquelle, la Cour considère que *« lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre de l'État, ils peuvent le faire quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique* ». La ratio d'une telle définition extensive de la notion d'État est pour le juge d'éviter que l'État ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit de l'Union. Donc, l'activité importe peu. L'État est considéré comme une entité indivisible, quelle que soit celle de ses activités qui est examinée. Il a en effet été soutenu dans le cas d'espèce que, dans la mesure où l'État agit en qualité d'employeur, il doit être assimilé à un employeur privé et qu'il ne serait pas équitable d'établir une distinction à cet égard. Cet argument est selon le juge, à la suite de son avocat général, inacceptable. L'État peut légiférer, ce qui n'est pas le cas d'un employeur privé. Et, c'est précisément parce que l'État peut légiférer qu'il peut prendre des mesures correctives s'il a manqué à son obligation d'exécuter la directive en cause. À cet égard, il est placé d'emblée dans une situation essentiellement différente de celle d'un employeur privé, ce qui justifie qu'il ne soit pas considéré de la même manière en ce qui concerne le droit d'une personne d'invoquer les dispositions d'une directive.

La nature de l'activité n'est donc pas en soi déterminante pour définir l'État en matière d'invocabilité des directives, sauf si le caractère public de l'organisme fait défaut. Or en l'espèce, l'analyse du droit interne a permis de prouver le caractère public de l'organisme pour en déduire qu'il s'agit d'une émanation de l'État. D'abord

---

[1417] *Ibidem*.
[1418] Droit de la responsabilité, voir *supra* p. 153.
[1419] Droit des immunités, voir *supra* p. 157.
[1420] Droit des aides d'État, *supra*, p. 226.

le Royaume-Uni a fait valoir dans ses observations qu'au regard du droit constitutionnel, les administrations compétentes en matière de santé sont des services publics et que leurs agents, y compris, les médecins et les infirmières des hôpitaux et les membres de leur personnel administratif sont des agents d'un service public. Ensuite, *l'Employment Appeal Tribunal* a déclaré que Mlle Marshall était employée par l'*Authority « qui représente le ministère de la Santé. Il en résulte en fait que son employeur était l'État* »[1421]. Enfin, dans l'ordonnance de renvoi, la *Court of Appeal* a déclaré que l'*Authority* était une émanation de l'État. Au regard de ces indices de droit interne concordants, du point de vue statutaire, l'organisme en question est l'État et cela suffit pour définir l'État en droit de l'Union, plus précisément en matière d'invocabilité des directives. Toutefois, la Cour a paru recourir au critère de la nature des activités dans l'arrêt *Johnson*[1422] prononcé quelques mois après l'arrêt *Marshall*.

Cette affaire était relative à la possibilité pour un travailleur d'invoquer les articles 3 § 1et 4 de la même directive 207/76 à l'encontre du *Chief Constable de la Royal Ulster Constabulary*. Le gouvernement britannique, qui contestait que ces dispositions puissent être invoquées, avait fait valoir que le *Chief Constable* est constitutionnellement indépendant de l'État. Cela n'a pas empêché la Cour d'affirmer dans le prolongement de l'arrêt Marshall que :

> *« Par l'arrêt précité du 26 février 1986, la Cour a jugé que les particuliers peuvent se prévaloir de la directive à l'encontre d'une institution de l'État sans qu'il y ait de distinction selon que celle-ci agit en tant qu'employeur ou autorité publique. Au regard d'une autorité comme le Chief Constable, il convient d'observer qu'il ressort de la décision de renvoi que celui-ci est un fonctionnaire responsable de la direction des services de police. Une telle autorité publique chargée par l'État du maintien de l'ordre et de la sécurité publique, quels que soient par ailleurs ses rapports avec d'autres institutions de l'État, n'agit pas en tant que particulier. Elle ne peut pas tirer avantage de la méconnaissance du droit communautaire par l'État dont elle émane ».*[1423]

[1421] CJCE, 26 février 1986, *Marshall, supra* note 548.
[1422] CJCE, 15 mai 1986, *Johnson c/ Chief constable of the Royal Ulster Constabulary*, *supra* note 311, p. 1651.
[1423] *Idem*., point 56.

Cet attendu montre à quel point les rapports entre le Chef d'un service de police local et les autres organes de l'État sont considérés comme peu importants, ce qui démontre de nouveau que des autorités publiques autonomes, qui sont indépendantes d'autres organes de l'État, quel que soit le niveau, central ou local, auquel elles se situent relèvent effectivement de la notion d'État au sens large. Il faut aussi observer que selon cet arrêt, contrairement à l'arrêt *Marshall,* la Cour a mis en lumière le fait que le *Chief Constable* a une fonction spécifique d'autorité publique, à savoir le maintien de l'ordre public. Il a ainsi recours au critère matériel de la nature de l'activité de l'organisme. Mais force est de constater que ce critère n'est dégagé en l'espèce qu'à titre indicatif, mais n'a pas en soi un caractère décisif. Le seul caractère public de l'autorité a suffi pour en déduire son caractère étatique, le critère de la nature de l'activité ne venant que comme « une indication utile »[1424]. C'est ce que confortent d'ailleurs les expressions de l'avocat général dans l'affaire *Stardust*[1425] lorsqu'il affirme que « *lorsque la question est de savoir si une directive a un effet direct et peut être invoquée à l'encontre d'un État, la notion d'État est interprétée de manière très large et toutes les autorités publiques, même les entreprises publiques peuvent être considérées comme relevant de cette notion* »[1426].

C'est seulement dans l'hypothèse où le caractère public de l'organisme n'est pas avéré que la recherche du critère de la nature des activités devient décisive. Le domaine de l'opposabilité des directives ne partage cette définition très large qu'avec le droit de l'OMC, en matière d'imputation[1427]. Le critère organique s'avère donc être d'une très grande utilité et permet ainsi une application le plus large possible des directives et d'en garantir leur effet utile.

[1424] Selon l'expression de l'avocat général Walter Van Gerven, dans ses conclusions présentées le 8 mai 1990 dans l'affaire *Portgas*, *Rec. CJCE,* 1990, p. I-331.
[1425] Cette affaire concernait un autre domaine, celui de l'imputabilité d'une aide à l'État.
[1426] Voir conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Stardust*, *supra* note 93, p. I-4417, point 56.
[1427] Voir *supra* p. 217.

2. L'État, toute activité publique indépendamment du statut.

Dans l'arrêt *Foster*[1428], l'application du principe d'invocabilité rend plus consistante la définition de l'État. Il vient compléter l'arrêt *Marshall*, afin que soit assurée le plus largement possible l'intégration du droit de l'Union dans l'ordre juridique des États membres, telle que le voulait le juge de Luxembourg dans son arrêt fondateur *Costa c/ Enel*. Ainsi, si le caractère public d'un organisme fait défaut ou est difficile à démontrer, le juge a recours à la nature des activités pour déterminer si le défendeur est « État » ou « particulier ». Dans le premier cas, la directive serait invocable (effet direct vertical), dans le second, elle ne le sera pas (effet direct horizontal). Si le juge n'avait souscrit qu'à la définition organique de la notion d'État (l'État est toute autorité publique quelle que soit sa fonction), il s'en suivrait que les États pourraient se cacher derrière des organismes privés pour exercer des activités de nature étatique. Ainsi, l'effet utile des directives, de même que l'intégration des normes européennes dans le droit interne des États membres, s'en trouverait affaiblie. C'est pour ces raisons que le juge de l'Union favorise une interprétation pragmatique et fonctionnelle de la notion d'État, afin de prendre en compte tous ces paramètres. Le recours au critère de la nature des activités s'avère donc opportun afin de garantir l'objectif d'intégration. La jurisprudence *Foster* a montré la voie. La Cour y évoque une vision matérielle pour élargir le cercle organique de la notion d'État. Est État, tout organisme, quelle que soit sa nature, qui exerce un service d'intérêt public et, à cette fin, est investi de pouvoirs exorbitants de droit commun. De ce fait, si l'appartenance à la sphère publique d'un organisme fait défaut, on applique le test *Foster* pour voir si on est en présence d'une manifestation de la notion d'État ou de la notion de particulier. Une telle définition large est méritoire dans le sens où elle permet une pleine intégration de la norme européenne dans l'ordre juridique national. Cette intégration pèse donc sur l'État en tant que normateur (législateur, juge, administration centrale), en tant qu'employeur ou en tant qu'exécutant (un organisme chargé d'un service d'intérêt public et faisant usage de prérogatives de puissance publique). Dans un arrêt ultérieur, *Portgas*[1429], La Cour pousse jusqu'au bout la logique de l'assimilation à l'État de toute entité exerçant des missions régaliennes et admet une invocabilité descendante des directives non transposées.

[1428] CJCE, 12 juillet 1990, *Foster e.a. c/ British Gas*, Aff. C-188/89, *supra* note 550.
[1429] CJCE, 12 décembre 2013, *Portgás*, *supra* note 553.

Autrement dit, si « l'État normateur » a failli à ses obligations de transposition d'une directive, il peut néanmoins s'en prévaloir devant « l'État exécutant » (un concessionnaire chargé d'une mission d'intérêt public et doté de pouvoirs exorbitants)[1430].

L'usage alternatif (et non cumulatif) des critères organique et matériel a ainsi permis à la Cour de se doter d'un outil large, dénué de tout dogmatisme et prêt à permettre une intégration optimale des directives européennes en droit interne des États membres. Dès lors, comme le note l'avocat général dans l'affaire *Portgas*, il est donc bien acquis que la notion d'«État membre» à l'encontre duquel peuvent être invoquées les dispositions d'une directive est conçue de manière tout à la fois fonctionnelle et extensive[1431]. Elle couvre, tout d'abord, l'ensemble des organes de l'administration publique, y compris les autorités décentralisées. Par ailleurs, lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre de l'État, ils peuvent le faire quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique. Dans l'un et l'autre cas, il convient, en effet, d'éviter que l'État ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit de l'Union. Cette notion vise plus largement l'ensemble des personnes publiques ou privées entretenant des liens particuliers avec l'État, à savoir, pour reprendre la formule consacrée par l'arrêt *Foster* et maintes fois rappelée depuis lors[1432], les organismes et entreprises qui, quelle que soit leur forme juridique, ont été chargés en vertu d'un acte de l'autorité publique, d'accomplir sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui disposent, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers.

La notion d'État est ainsi au service de l'intégration matérielle. C'est un outil d'application efficace de la norme européenne dans l'ordre juridique interne. Elle est donc au service de l'intégration positive. À cet égard, la notion d'État est interprétée de façon extensive et monolithique. Seule une telle conception de l'État peut permettre au principe de primauté de produire un effet maximal au service de l'intégration. Seule une telle conception de l'État peut permettre aux particuliers de

[1430] Voir notre analyse, *supra* p. 165.
[1431] Vois *supra* note 1424.
[1432] Voir entre autres, CJCE, 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, Aff. C-343/98, *Rec. CJCE*, p. I-6659, point 23; CJCE, 5 février 2004, *Rieser Internationale Transporte*, Aff. C-157/02, *Rec. CJCE*, p. I-1477, point 24; CJCE, 19 avril 2007, *Farrell*, Aff. C-356/05, *Rec. CJCE*, p. I-3067, point 40.

se prévaloir des normes européennes. Ainsi, la notion d'État est fonctionnelle ; elle poursuit à bon droit les objectifs dans lesquels s'insèrent les dispositions à appliquer. Elle joue, dans ce cadre, une fonction d'intégration positive. Toutefois, le droit de l'Union impose aussi des interdits. L'application de telles normes imposant « une obligation de ne pas faire » conduit à une autre perception de l'État : un outil d'intégration négative.

Section 2. Un outil d'intégration négative

L'intégration négative a pour but la réalisation d'un marché intérieur dans tous ses aspects, à savoir la liberté de circulation des personnes, des capitaux, des services et des marchandises, ainsi que la libre concurrence. Il s'agit d'un certain nombre d'obligations de ne pas faire ou interdictions qui garantit qu'il s'abstiendra, en tout état de cause, de contrecarrer le processus d'intégration en cours. Autrement dit, il est question de tout un arsenal d'interdits qui est déployé, limitant toute velléité des États membres d'enfreindre le principe fondamental de liberté, à la fois liberté de circulation et liberté de concurrence. La notion d'État est donc mobilisée à cette fin et, en tant que telle, sa géométrie variable se renforce et sa fonction d'intégration se précise. La notion d'État est donc un outil garant de la liberté de circulation (Paragraphe 1) et un outil garant de la libre concurrence (Paragraphe 2), tous deux étant des nécessités systémiques de l'ordre juridique de l'Union afin de réaliser l'intégration.

Paragraphe 1. Un outil de libre circulation

La notion d'État, tel qu'elle est interprétée par le juge de l'Union, a pour fonction de garantir la liberté de circulation, principe fondamental de l'ordre juridique de l'Union. C'est ainsi qu'elle est au service, notamment, de la liberté de circulation des marchandises (A) et de la liberté de circulation des personnes (B).

A. Notion d'État et libre circulation des marchandises

En matière de liberté de circulation, il existe deux domaines dans lesquels la Cour se dote d'une définition extensive de la notion d'État. Il s'agit des taxes d'effet équivalent à des droits de douane interdites par les articles 28 et 30 du TFUE (1) et des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives interdites par les articles 34 et 35 du même traité (2).

1. La notion d'État et l'interdiction des taxes d'effet équivalent à des droits de douane.

La jurisprudence relative aux taxes d'effet équivalent à des droits de douane peut être rapprochée de celle concernant les aides d'État[1433]. Alors que la seconde traite des avantages accordés au moyen de ressources d'État, la première vise les contributions imposées par l'État. Une telle interdiction est posée par l'article 28 du TFUE qui dispose que :

> « *L'Union comprend une union douanière qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises et qui comporte l'interdiction, entre les États membres, des droits de douane à l'importation et à l'exportation et de toutes taxes d'effet équivalent, ainsi que l'adoption d'un tarif douanier commun dans leurs relations avec les pays tiers ».*

L'article 30 dudit traité ajoute plus clairement que : « *Les droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent sont interdits entre les États membres. Cette interdiction s'applique également aux droits de douane à caractère fiscal* ».

Cette interdiction s'applique donc à toutes les taxations, à l'importation ou à l'exportation, quels qu'en soient les buts ou les modalités, qu'elles aient ou non un effet discriminatoire, dès lors qu'elles ont une incidence financière ou pécuniaire sur la libre circulation des marchandises par-delà les frontières[1434]. Selon, une jurisprudence constante de la Cour, il s'agit plus exactement de

> *« toute charge pécuniaire fût-elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique, et frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière (…) alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'État, qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale »*[1435].

La définition proposée laisse apparaître une vision large de la notion d'État permettant de garantir l'effet utile des articles 28 et 30 du TFUE posant le principe

[1433] Voir *supra* p. 226.
[1434] J-C. GAUTRON, *Droit européen*, *supra* note 98, p. 228.
[1435] CJCE, 1er juillet 1969, *Commission c/ Italie*, Aff. C-24/68, *Rec. CJCE*, 1969, p. 00211, point 9.

d'interdiction des taxes d'effet équivalent à des droits de douane. Il convient toutefois de distinguer deux hypothèses : d'une part, la création ou l'instauration de la taxe et d'autre part la perception de la taxe.

Dans le premier cas, selon le juge, la taxe d'effet équivalent à des droits de douane renvoie à toute charge pécuniaire *unilatéralement* imposée[1436]. On remarque qu'à ce niveau, le juge n'évoque pas explicitement l'auteur de cette charge pécuniaire. La seule précision est qu'elle est unilatéralement imposée. La formulation n'est pas neutre. L'absence de référence à l'auteur de l'acte et le choix de mentionner uniquement le procédé par lequel l'acte est imposé renvoient à une manifestation de la notion d'État dans son aspect matériel. Imposer unilatéralement un acte est un procédé de la puissance publique, la marque de l'exercice des prérogatives de puissance publique. Ainsi, toute personne qui exerce une prérogative de puissance publique, notamment en imposant unilatéralement une charge pécuniaire, est étatique. L'État n'est donc pas au sens de cette disposition l'État central. Le critère organique n'est donc pas en soi décisif, mais plutôt le critère matériel. Une telle interprétation de la notion d'État permet donc d'englober toutes les hypothèses d'intervention de l'État pour imposer des taxes qui seraient équivalentes à des droits de douane et donc susceptibles de porter atteinte à la libre circulation des marchandises. Ainsi, au sens de l'article 30 du TFUE, une collectivité territoriale, en ce qu'elle peut imposer unilatéralement une charge pécuniaire pouvant entraver la liberté de circulation des marchandises est assimilée à l'État. Il en est ainsi dans une affaire du 2 octobre 2014[1437]. En l'espèce, une taxe imposée par la Région flamande est qualifiée de taxe d'effet équivalent à des droits de douane imputable à l'État belge. Mais, c'est surtout dans l'affaire *Société Édouard Dubois et fils S.A*[1438] que la vision large de la notion d'État est plus significative au nom du principe de libre circulation des marchandises. Dans cette affaire, il était question d'une prestation pécuniaire non imposée par les autorités étatiques entendues au sens organique du terme, mais plutôt par une entreprise privée

[1436] Nous soulignons.
[1437] CJUE, 2 octobre 2014, *Orgacom c/ Vlaamse Landmaatschappij*, Aff. N° C-254/13.
[1438] CJCE, 11 août 1995, *Société Edouard Dubois et fils SA, General Cargo Service S.A c/ Garonor Exploitation S.A.*, Aff. C-16/94, *Rec. CJCE*, 1995, p. I-2432.

chargée d'une mission d'intérêt général[1439]. Saisie de cette affaire, la juridiction nationale décide de renvoyer une question préjudicielle à la Cour afin de déterminer si on est ou non en présence de la notion d'État. L'avocat général a, dans ses conclusions[1440], démontré que le nœud du problème est la définition de l'État au sens de la disposition pertinente. Il y souscrit à une définition extensive de l'État, notant que les droits de douane et les taxes d'effet équivalent constituent des actes d'imposition résultant, en tant que tels, de l'exercice d'une compétence réservée à l'État ou, en tout cas, à l'autorité publique. Les destinataires des dispositions en question sont donc exclusivement les États membres. Mais, la prestation en cause, qui est prévue dans le cadre d'une convention conclue entre parties privées, ne présente pas, selon l'avocat général, les caractéristiques d'une prestation imposée. Ainsi, la personne qui exige le versement ne saurait en aucun cas être rattachée au domaine de l'organisation étatique, et ce, même malgré l'acception très large que la Cour accorde à cette notion dans l'arrêt *Foster*[1441] . La Cour ne suivra toutefois pas son avocat général et reste sur la ligne jurisprudentielle de l'arrêt *Foster*, même si les questions sont différentes. La Cour considère, en effet, que les redevances qu'une entreprise privée perçoit de ses clients sur la base de stipulations contractuelles peuvent être considérées comme des taxes d'effet équivalent lorsqu'elles sont relatives à l'exécution de missions d'intérêt général. La nature de la mission l'emporte donc sur la qualité de l'auteur de l'acte. La notion d'État est donc appréhendée à l'aune du critère fonctionnel et non du critère organique. Cette décision modifie ainsi partiellement la définition classique de la taxe d'effet équivalent en consacrant l'idée singulière qu'une convention entre une entreprise privée et ses clients est susceptible d'imposer « unilatéralement » une taxation interdite par le droit de l'Union européenne[1442]. Donc il n'est pas nécessaire que l'acte soit adopté par

---

[1439] Il s'agit en l'occurrence d'une taxe de passage destiné à compenser la prise en charge par une entreprise privée de frais résultant de l'accomplissement par les services de douane et les services vétérinaires, de leur mission de service public, même si cette taxe n'a pas été instituée par l'État, mais résulte d'une convention conclue par cette entreprise privée avec ses clients

[1440] Conclusions de l'avocat général Antonio Pergola présentées le 18 mai 1995, *Rec. CJCE*, 1995, p. I-2425, point 5 et ss.

[1441] C'est-à-dire, « *tout organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose à cet effet de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers* », *supra* note 550.

[1442] Note D. SIMON, *Europe*, octobre 1995, n° 342.

une autorité étatique au sens organique du terme pour répondre à la définition de taxe d'effet équivalent à des droits de douane.

Dans le second cas, c'est-à-dire au niveau de la perception de la taxe, la vision de la notion d'État est aussi extensive pour englober toutes les hypothèses de la manifestation du concept d'État, susceptibles d'entraver la liberté de circulation des marchandises. C'est ainsi que la Cour a jugé dans l'affaire *IGAV*[1443] que le fait qu'une contribution soit perçue par un organisme autonome de droit public plutôt que par l'État en tant que tel, n'entraîne aucune différence en ce qui concerne la qualification éventuelle de charge fiscale comme taxe d'effet équivalent à des droits de douane. L'idée est donc d'éviter que l'État se cache derrière des entités autonomes pour percevoir des charges pécuniaires qui seraient de nature à entraver le principe fondamental de libre circulation qui s'avère être une nécessité systémique au service de l'intégration. C'est pourquoi la notion d'État n'est pas interprétée restrictivement, comme ce serait le cas en vertu du principe d'équilibre institutionnel. L'État n'est donc qu'un outil au service d'un objectif qui fonde l'Union européenne : l'intégration. Il permet ainsi de garantir l'effet utile des articles 28 et 30 du TFUE, posant un certain nombre d'interdictions aux États membres. La même analyse peut être faite en matière de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives.

2. La notion d'État et l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives

L'article 34 du TFUE comporte, outre l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation, celle des mesures d'effet équivalent. L'article 35 dudit traité comporte une interdiction identique à l'exportation. L'Union s'est efforcée de les réduire en procédant au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, par voie de directives par secteurs et produits prises sur la base de l'article 115 du Traité[1444]. Toutefois, la Cour a jugé que le rapprochement des

[1443] CJCE, 18 juin 1975, *IGAV c/ENCC*, Aff. C-94/74, *Rec. CJCE*, 1975, p. 699.
[1444] Selon cet article, « *Sans préjudice de l'article 114, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives,*

législations n'est pas un préalable à la libre circulation des marchandises[1445]. Par ailleurs, elle a construit une théorie jurisprudentielle inédite dans sa célèbre affaire du *Cassis de Dijon* [1446]. Depuis l'Acte unique, l'Union applique une nouvelle approche[1447].

Au-delà de ces considérations générales, notons que ces dispositions visent à empêcher que l'État n'entrave indûment le processus d'intégration économique. Le traité ne donne toutefois pas de définition de la notion de mesures d'effet équivalent. Après la Commission[1448], la Cour de justice a donné une définition générale considérant qu'il s'agit de « *toute réglementation commerciale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire* »[1449]. Néanmoins, la Cour précise que cette notion ne vise que des mesures publiques et non des comportements d'entreprises[1450]. Ainsi, à chaque fois qu'une mesure est contestée devant le juge, il vérifie à cet effet si elle est publique, c'est-à-dire si elle relève de l'État. La définition de la notion d'État devient ainsi, encore, une opération préalable et incontournable à la solution du litige. Afin de garantir l'effet utile de l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, le juge développe une interprétation large du terme « mesures publiques », qui correspond à une appréhension extensive de la notion d'État[1451].

---

réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur », *supra* note 118.

[1445] CJCE, 9 décembre 1981, *Commission c/ Italie*, Aff. C-193/80, *Rec. CJCE*, 1981, p. 03019.

[1446] CJCE, 20 février 1979, *Affaire du Cassis de Dijon*, Aff. C-120/78, *Rec. CJCE*, 1979, p. 00649.

[1447] Voir à ce propos l'article 114 § 1 du TFUE selon lequel, *« Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* », *supra* note 118. Voir aussi, F. AUBRY-CAILLAUD, *Nouvelle approche et normalisation européenne en matière de libre circulation des marchandises*, Paris, *Pedone*, 1998, 341 p ; F. PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de Justice en matière d'entraves aux échanges », *RTDE*, 1998, n° 2, pp. 169-189.

[1448] Voir Directive 70/50/CEE de la Commission du 22 décembre 1969 fondée sur les dispositions de l'article 33 paragraphe 7, portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE, *Journal officiel n° L 013 du 19/01/1970 p. 0029 – 0031.*

[1449] CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c/ Dassonville*, Aff. C-8/74, *Rec. CJCE*, 1974, p. 00837.

[1450] CJCE, 1er octobre 1987, *V.V.R.,* Aff. C-311/85, *Rec. CJCE*, 1987, p. 3801.

[1451] A. RACLET, *supra* note 1003, p.114.

Si nous détaillons la jurisprudence de la Cour en la matière, il ne fait aucun doute que les autorités centrales sont visées par les articles 34 et 35 du TFUE. La Cour de Justice le reconnaît clairement dans son arrêt *Allen and Handburry* du 3 mars 1988 [1452], lorsqu'elle énonce que le principe de libre circulation des marchandises contenu dans ces articles « *s'impose de la même manière à l'égard de tous les organes des États membres, juridictions ou autorités administratives* »[1453]. De fait, elle a déjà sanctionné un État membre pour des pratiques constantes et répétées émanant de son administration[1454]. De plus, elle affirme constamment, le cas échéant, les décisions des juridictions nationales peuvent tomber sous le coup des articles 34 et 35 du Traité[1455].

L'approche extensive pousse aussi le juge à intégrer les autorités publiques locales ainsi que les organismes autonomes dans la notion d'État. Ainsi peuvent être qualifiées de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative, celles adoptées par une collectivité territoriale. Il en fut ainsi dans l'affaire *Commission c/ Irlande*[1456] du 22 septembre 1988. Dans cette dernière, la Cour de Justice condamne l'Irlande pour manquement à l'article 28 du TCE (actuel article 34 TFUE), alors même que la mesure litigieuse est le fait du Conseil du District urbain de Dundalk, collectivité locale juridiquement distincte de l'État dans l'ordre juridique interne. Selon le juge de l'Union, qui reprend en cela l'analyse développée par la Commission européenne, « *le Conseil est un organisme public dont les actes sont réputés être ceux du gouvernement irlandais* »[1457].

Cette approche purement organique de la notion d'État ne suffit pas en soi pour garantir l'effet utile des articles 34 et 35 du TFUE. La Cour développe en outre, comme elle le fait en matière d'opposabilité des directives ou d'application du principe de primauté, une approche matérielle.

L'approche matérielle est utilisée, d'une part, pour étendre la notion d'État au sens des articles 34 et 35 du TFUE à toute entité soumise à une influence dominante

---

[1452] CJCE, 3 mars 1988, *Allen and Handburry c/Generics (UK),* Aff. C-434/85, *Rec. CJCE*, 1988, p. 01245.
[1453] *Idem*, p. 01275, point 25.
[1454] CJCE, 09 mai 1985, *Commission c/ France*, Aff. C-21/84, *Rec. CJCE,* 1985, p. 1355.
[1455] CJCE, 2 mars 1982, *BV Industrie Diensten Groep*, Aff. C-06/81, *Rec. CJCE*, 1982, p. 107.
[1456] CJCE, 22 septembre 1988, *Commission c/ Irlande*, Aff. C-45/87, *Rec. CJCE*, p. 4929.
[1457] *Ibidem*.

des autorités publiques au sens organique du terme. Il s'agit donc d'une extension de la notion d'État à travers l'analyse des liens étroits à la fois organisationnels et capitalistiques qu'un organisme entretient avec l'État *stricto sensu*. Ceux-ci révèlent que certaines entités privées ne sont que de simples «marionnettes », manipulées par les autorités publiques nationales[1458], qui se cachent derrière elles pour entraver la liberté de circulation des marchandises. L'arrêt *Commission c/ Irlande*[1459] du 24 novembre 1982 illustre cette approche. Dans cette affaire, la Cour de justice devait rechercher si une campagne publicitaire orchestrée par un organisme privé (*l'Irish Goods Council*) sur le thème « achetez irlandais » (*Buy Irish*) était une mesure étatique, dans le sens où, elle visait selon la Commission à favoriser la production nationale par rapport aux produits importés, et de ce fait, constituerait une entrave à la libre circulation des marchandises au sein de l'Union. Si le caractère protectionniste de la campagne publicitaire litigieuse ne fait aucun doute, son caractère étatique doit être déterminé par la Cour. Le gouvernement irlandais soutenait que la campagne publicitaire faisait partie des activités naturelles de l'organisme privé qui ne saurait être considéré comme une autorité publique irlandaise. La Commission quant à elle, se fondant sur une analyse des liens étroits entre l'organisme et l'État, y voyait une création fictive pour échapper à l'interdiction des articles 34 et 35 du TFUE. La Cour souscrira à cette dernière analyse et verra derrière cet organisme privé la main de l'État. En effet, selon la Cour,

> *« Il apparaît que c'est le gouvernement irlandais qui nomme les membres du comité directeur de l'Irish Good Council, lui accorde des subventions publiques qui couvrent l'essentiel de ses dépenses et, enfin, définit les finalités et les concours de la campagne en faveur de la vente et de l'achat de produits irlandais mis en œuvre par cette institution. Dans ces circonstances, le gouvernement irlandais ne saurait se prévaloir du fait que la campagne a été mise en œuvre par une société de droit privé pour se dégager de la responsabilité qui pourrait lui incomber en vertu des dispositions du traité »*[1460].

[1458] A. RACLET, *supra* note 1003, p.115.
[1459] CJCE, 24 novembre 1982, *Commission c/ Irlande*, Aff. C-249/81, *Rec. CJCE*, 1982, p. 4005.
[1460] *Idem*, p. 4020, point 15

La Cour a réitéré cette approche dans d'autres affaires. Il en est ainsi de l'arrêt *Apple Peen Development Council and Levis*[1461] dans lequel la Cour de justice assimile les recommandations d'un organisme privé institué par le gouvernement d'un État membre et financé par une taxe imposée à une catégorie de producteurs à des mesures étatiques au sens des articles 28 et 29 du TCE (actuel 34 et 35 TFUE). La même solution est répétée dans l'arrêt *Hennen Olie*[1462], à propos d'un organisme privé agissant sous le contrôle et selon les directives des pouvoirs publics.

L'approche matérielle est utilisée, d'autre part, pour étendre la notion d'État aux fins des articles 34 et 35 du TFUE à tout organisme exerçant des prérogatives de puissance publique. Ainsi, les interventions des personnes privées sont qualifiées de « mesures » dès lors qu'elles exercent des prérogatives de puissance publique, marque de l'*imperium* étatique. Dans l'arrêt *Royal Pharmaceutical Society of Great Britain*[1463], sont en cause les actes d'une organisation professionnelle du secteur de la pharmacie qui inscrit sur son registre les pharmaciens autorisés à exercer leur activité, édicte les règles de déontologie applicables à la profession et dispose d'un pouvoir disciplinaire pouvant aller jusqu'au prononcé de la radiation du registre susmentionné. Dans ses conclusions, l'avocat général M. Darmon indique que « *la pharmaceutical Society constitue un ordre professionnel en charge d'une mission de service public exercé dans l'intérêt général. Le caractère obligatoire de l'inscription sur son registre et les pouvoirs disciplinaires qu'elle détient sont caractéristiques de prérogatives exorbitantes de droit commun. Celles-ci se distinguent, en effet, radicalement des attributions d'organismes privés ordinaires* »[1464]. Selon l'avocat général, il ressort de ces éléments que les actes de l'organisme visé peuvent être qualifiés de « mesures publiques ». La Cour de Justice souscrit à cette approche en analysant la nature des pouvoirs de l'organisme privé. À cet égard, elle relève que l'organisme est investi d'un certain pouvoir normatif dans la mesure où il édicte des règles de déontologie applicables aux membres de la profession. En plus, l'organisme est aussi investi d'un pouvoir coercitif en ce sens qu'il peut prononcer

[1461] CJCE, 13 décembre 1983, *Apple Peen Development Council and Levis,* Aff. C-222/82*, Rec. CJCE,* 1982, p. 4083.
[1462] CJCE, 12 décembre 1990, *Hennen Olie*, Aff. C-302/88, *Rec. CJCE*, 1990, p. 4625, points 15 et 16.
[1463] CJCE, 18 mai 1989, *Royal Pharmaceutical Society of Great Britain,* Aff. Jtes, C-266 et 267/87, *Rec. CJCE*, 1989, p. 1295.
[1464] Conclusions présentées le 10 mars 1989, *Rec. CJCE*, 1989, p. 1131.

des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la radiation du registre des personnes autorisées à exercer la profession. Ces deux pouvoirs sont, par nature, étatiques, car ils renvoient à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Or, conformément à la logique d'imputation en droit de la responsabilité internationale, est État toute entité exerçant des prérogatives de puissance publique. Cette même lecture de la notion d'État ressort aussi de l'affaire *Hunermund e.a* du 15 décembre 1993[1465].

En définitive, la jurisprudence de la Cour relative à la qualification de mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives, traduit l'idée d'une notion extensive d'État en alternant les critères organique et matériel. De cette façon, elle garantit l'effet utile des articles 34 et 35 du TFUE en démasquant les différentes interventions de la notion d'État pouvant entraver la liberté de circulation des marchandises. À cet égard, la notion d'État est un outil qui s'adapte en fonction des dispositions à appliquer et en définitive pour garantir l'intégration économique. L'outil est ici au service de l'interdiction d'entraver un tel processus d'intégration : l'État est donc un outil d'intégration négative au sens de l'application des règles de liberté de circulation des marchandises. L'État est aussi un outil d'intégration négative au sens de l'application des règles de liberté de circulation des personnes.

B. Notion d'État et libre circulation des personnes

La libre circulation des personnes constitue une pierre angulaire de la construction européenne. C'est l'expression d'une Union sans cesse plus étroite entre les peuples. Elle est une des libertés fondamentales du marché intérieur. Elle est également l'un des piliers de la construction d'une Europe politique, puisqu'elle semble s'articuler avec la notion de citoyenneté européenne depuis le traité de Maastricht[1466].

Pilier d'une Europe économique, mais également d'une Europe politique, la liberté de circulation des personnes englobe dans son champ d'application *ratione*

[1465] CJCE, 15 décembre 1993, *Ruth Hünermund et autres contre Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, Aff. C-292/92, *Rec. CJCE*, 1993, p. 6787.
[1466] *Supra* note 1182.

personae un ensemble de composantes. Le droit de l'Union prenait en compte uniquement l'homme situé, économiquement déterminé, c'est-à-dire le travailleur. Progressivement, cette dimension allait être dépassée. Ce dépassement s'est essentiellement opéré dans trois directions. La première est celle qui a conduit du travailleur à l'opérateur économique au sens large (consommateur, destinataire de service) puis au citoyen. La seconde est celle qui va du citoyen au non-citoyen, ressortissant d'un État non-membre, lequel se trouve, partiellement certes, mais effectivement associé à la libre circulation. La troisième, enfin, va des personnes physiques aux personnes morales.

À ce titre, l'article 45 du TFUE garantit la libre circulation des travailleurs et interdit à cet égard toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. L'article 49 du TFUE interdit les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre, et l'article 56 du TFUE interdit les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union à l'égard des ressortissants des États membres «*établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation* ». Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'ensemble des dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes vise à faciliter, pour les ressortissants de l'Union européenne, l'exercice d'activités professionnelles de toute nature sur le territoire de l'Union et s'oppose aux mesures qui pourraient défavoriser ces ressortissants lorsqu'ils souhaitent exercer une activité économique sur le territoire d'un État membre autre que leur État membre d'origine. Dans ce contexte, les ressortissants des États membres disposent, en particulier, du droit qu'ils tirent directement du traité, de quitter leur État membre d'origine pour se rendre sur le territoire d'un autre État membre et y séjourner, afin d'y exercer une activité économique[1467].

La réalisation de la liberté de circulation des travailleurs implique une interprétation à la fois extensive et restrictive de la notion d'État. Tout comme pour la

[1467] Voir, CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, Aff. C-415/93, EU:C:1995:463, points 94 et 95 ; CJCE, 1er avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, point 44, CJUE, 21 janvier 2016, *Commission/Chypre*, C-515/14, EU:C:2016:30, point 39 ; CJUE, 13 juillet 2016, *Johachim Popperl c/Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-187/15, point 23.

liberté de circulation des marchandises, les entraves à la liberté de circulation des personnes dans l'Union sont interdites. À ce titre, l'État est dans l'obligation de ne pas entraver la libre circulation des personnes, soit par les mesures qu'il prend ou les pratiques qu'il adopte. À cet égard, la notion d'État est interprétée extensivement incluant toute autorité investie de la puissance publique, quel que soit son statut, public ou privé. C'est le cas par exemple d'une entité fédérée, lorsqu'elle adopte une règlementation qui contreviendrait aux obligations du traité relatives à la libre circulation des personnes. Il en est ainsi dans un arrêt du 16 avril 2013 de la CJUE.[1468] Selon la Cour, l'article 45 du TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'une entité fédérée d'un État membre qui impose à tout employeur ayant son siège d'exploitation sur le territoire de cette entité de rédiger les contrats de travail à caractère transfrontalier exclusivement dans la langue officielle de cette entité fédérée, sous peine de nullité de ces contrats relevée d'office par le juge[1469]. Dans le même esprit, dans un arrêt du 13 juillet 2016, la Cour a déclaré contraire à l'article 45 une réglementation du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, selon laquelle un fonctionnaire du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie doit, lorsqu'il démissionne de ses fonctions, avant la retraite, pour exercer un emploi dans le secteur privé en République fédérale d'Allemagne ou pour exercer un emploi dans un autre État membre, renoncer au statut de fonctionnaire[1470]. Cette obligation est étendue aux ordres professionnels, lorsqu'ils font œuvre d'activité de puissance publique en réglementant par exemple l'accès aux emplois[1471] et aux entreprises privées concessionnaires de service d'intérêt général.

Cette vision globale de l'État se réduit considérablement lorsqu'on invoque les dérogations à la liberté de circulation des personnes. C'est ainsi que la notion d'emploi dans l'administration publique et l'exercice de l'autorité publique ont connu une interprétation fonctionnelle (et non organique) et restrictive, pour garantir au maximum l'effet utile des dispositions relatives à la libre circulation[1472]. En effet, si l'objet premier du traité est le marché intérieur, si en cela il conduit à un effacement de l'État, il n'en reste pas moins que le traité reconnaît, y compris dans le domaine

[1468] CJUE, 16 avril 2013, *Las*, Aff. C-202/11.
[1469] *Idem*, point 24.
[1470] CJUE, 1re ch., 13 juillet 2016, *Pöpperl*, Aff. C-187/15.
[1471] Voir arrêt *Auer*, *supra* note 564.
[1472] Voir nos développements, supra p.

de la libre circulation, aux États la possibilité de défendre certaines de leurs prérogatives. L'État devient quasiment transparent, il n'est jamais mis en évidence, pour autant ses fonctions régaliennes réapparaissent. C'est donc une conception réductrice de la notion d'État qui est mise en place par la Cour[1473]. Vu à travers ses fonctions, l'État réapparaît sous son visage de puissance publique[1474].

La Cour de Justice s'est donc dotée d'une notion d'État modulable au service de la réalisation d'un marché intérieur dans lequel les libertés de circulation sont garanties. La notion d'État est ainsi un outil de liberté de circulation des marchandises et un outil de libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Ainsi, lorsque l'État prend des mesures ou adopte des pratiques susceptibles d'entraver les libertés de circulation, la notion est interprétée de manière extensive, afin d'englober l'ensemble des manifestations du concept d'État. Et, lorsqu'elle doit être érigée comme dérogation aux libertés de circulation, la notion d'État est réduite à un certain nombre de fonctions régaliennes interprétées strictement. Ces visions a priori paradoxales retrouvent leur rationalité dans la fonction que joue la notion d'État dans le droit de l'UE : une fonction d'intégration. La même analyse peut être faite lorsqu'on évoque la notion d'État au sens de la libre concurrence.

Paragraphe 2. Un outil de libre concurrence

L'unité du marché impose une réglementation de la concurrence afin que la libre circulation, des produits, des personnes, des services et des capitaux, ne soit pas faussée. Ce principe de liberté de concurrence, nécessité systémique de l'ordre juridique de l'Union, vise à interdire les actions publiques ou privées qui sont de nature à affecter le commerce entre États membres. L'interdiction des mesures ou actions publiques interpelle, au préalable, une précision de la notion d'État. Outre le domaine des aides d'État et des marchés publics, déjà étudiés[1475] et qui interpellent

[1473] F. ZAMPINI, « A propos du droit au juge d'une entité infra étatique, de la responsabilité de l'État et de la coopération loyale *», Melanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, *Presses de l'Université des sciences sociales*, 2004, t.2, p. 655.
[1474] H. GAUDIN, « l'Etat vu de la Communauté et de l'Union européenne », *supra* note 977, p. 241.
[1475] Voir *supra* p. 226 et ss.

une notion extensive et pragmatique d'État, nous étudierons la notion d'État au sens des articles 101 et 102 du TFUE interdisant les ententes illicites et abus de position dominante (A) et la notion d'État au sens de l'obligation de transparence (B).

A. Notion d'État et interdiction des ententes illicites et abus de position dominante.

L'application des articles 101 et 102 du TFUE (règles applicables aux entreprises) permet à la Cour de développer une vision de l'État qui, a priori, contraste avec l'application de l'article 107 du TFUE (interdiction des aides d'État). Alors que dans la première catégorie de règle, la cour adopte une vision restrictive de la notion d'État, dans la seconde, elle y développe une vision extensive[1476]. Cette perception contradictoire des choses n'est valable qu'en apparence. Réinterprétée à l'aune de l'objectif d'intégration, la vision trouve toute sa rationalité. L'État n'est qu'un outil mobilisé pour servir l'intégration, raison pour laquelle le concept s'adapte en fonction de la règle à appliquer. Il conviendra, à cet égard, de faire un rappel des exigences des articles 101 et 102 du TFUE (1), avant d'analyser la notion d'État que leur application induit (2).

1. Rappel des exigences des articles 101 et 102 du TFUE

L'intégration passe par l'ouverture du marché caractérisée par une concurrence libre et non faussée. Cette liberté de concurrence passe par un certain nombre de règles applicables aux entreprises. C'est l'objet des articles 101 et 102 du TFUE. Alors que le premier interdit les ententes illicites[1477], le second concerne

[1476] *Ibidem*.

[1477] Article 101 : « *Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:*
a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,

l'interdiction des abus de position dominante[1478]. L'application de telles règles dépend de la distinction entre sphère privée et sphère publique, ce qui relève de l'entreprise et ce qui relève de l'État. Le droit de l'Union européenne se fonde exclusivement sur la théorie de la double catégorie d'acteurs : d'une part l'État, d'autre part les particuliers. Il ne reconnaît pas de catégories intermédiaires. On voit qu'ainsi déterminer la frontière entre État et entreprise est le *leitmotiv* de l'application des règles de concurrence.

Se concentrant sur la notion d'entreprise, la Cour de Justice l'apprécie de façon très large, en privilégiant une définition fonctionnelle fondée sur le critère unique de l'activité économique. Selon une jurisprudence constante, la Cour de Justice considère que « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son*

---

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.
2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.
3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:
— à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
— à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
— à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:
a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence », *in* TFUE, *supra* note 118.

[1478] « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:*
a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats », *in* TFUE, *supra* note 118.

mode de fonctionnement »[1479]. Une telle approche a pour avantage de donner un champ d'application très vaste aux règles européennes de concurrence[1480].

Conformément à la théorie des vases communicants, cette définition extensive de l'entreprise renvoie à une définition restrictive de l'État. L'entreprise n'est pas un statut juridique, mais une activité. L'État, également, n'est pas un statut, mais un ensemble d'activités traduisant l'*impérium*. Donc, le droit de l'Union rejette toute approche institutionnelle ou organique pour tracer la frontière entre sphère privée et sphère étatique. La nature profonde du droit de la concurrence l'invite à saisir des comportements plutôt que des personnes. En effet, la Cour de Justice affirme clairement que « *l'État peut agir soit en exerçant l'autorité publique, soit en exerçant des activités économiques de caractère industriel et commercial consistant à offrir des biens et des services de marché* »[1481]. Ainsi, le fait que l'activité en cause soit exercée par des entités de nature publique apparaît sans importance sur la qualification. C'est ainsi que plusieurs arrêts de la Cour de Justice[1482]et décisions de la Commission européenne[1483] affirment que des organismes publics peuvent être considérés comme des associations d'entreprises soumises au droit de la concurrence. Les autorités de l'UE observent régulièrement que le statut de droit public d'un organisme national ne fait pas obstacle à l'application des articles 101 et 102 du TFUE. Le fait que l'État confie à un organisme des compétences impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique n'exclut pas que les règles de concurrence soient applicables aux comportements de cet organisme dans l'exercice de ses activités économiques[1484]. En effet, le but poursuivi par le droit de la concurrence serait mis à mal si certaines activités économiques à caractère industriel et commercial pouvaient échapper aux règles de concurrence à raison de la forme

[1479] CJCE, 23 avril 1991, *Hofner*, Aff. C-41/90, *Rec. CJCE*, 19910, p. I-1979; CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, Aff. Jtes, C-159/91 et C-160/91, *Rec. CJCE*, 1993, p. I-637 ; CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH*, Aff. C-364/92, *Rec. CJCE*, 1994, p. 43.

[1480] Ainsi, C. BOLZE note que « *la notion d'entreprise est l'un des instruments qui contribue le plus à l'achèvement du marché commun* » (Jurisclasseur Concurrence et consommation, La notion d'entreprise, fasc. 420, n° 70). Voir aussi, M. BEHAR-TOUCHAIS, « La notion d'entreprise en droit communautaire », *in, Entreprise, intérêt général et marché unique*, actes du colloque de la Faculté de Rouen du 30 janvier 1992, *Presse Universitaire de Rouen*, 1995, p. 20.

[1481] CJCE, 18 juin 1985, *IGAV*, Aff. C-94/74, *Rec. CJCE*, 1985, p. 699.

[1482] Voir CJCE, 30 janvier 1985, *BNICI*, Aff. C-123/83, *Rec. CJCE*, 1985, p. 391.

[1483] Voir décisions *Pabst et Richarz* du 26 juillet 1976, *JOCE*, n° L 231 du 212 août 1976, p. 684.

[1484] Voir C.JCE, 16 juin 1987, *Italie c/ Commission*, Aff. C-118/85, *Rec. CJCE*, 1987, point 28; CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, Aff. C-320/91, *Rec. CJCE*, 1993, p. I-2533; CJCE, 27 octobre 1993, *Decoster*, aff. C-69/91, *Rec. CJCE*, 1993, p. I-5335.

juridique choisie par les États membres pour leur exercice. Le critère de l'autonomie juridique ou structurelle ne participe donc plus directement à la qualification de l'entreprise. Cette interprétation nous semble pleinement cohérente avec le principe de soumission des entreprises publiques ou sous influence étatique[1485] au droit de la concurrence. Ces dernières se définissent justement par le lien étroit qui les unit à des pouvoirs publics qui sont en mesure d'influencer, d'inspirer, de diriger ou de contrôler leurs comportements[1486]. C'est l'existence d'une situation de dépendance vis-à-vis des pouvoirs publics qui constitue le critère essentiel. C'est ainsi que, l'article 2 de la Directive sur la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques[1487] définit l'entreprise publique comme « *toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent* ». En conséquence, les entreprises publiques perdent leur autonomie sur le marché pour ne représenter qu'une forme d'intervention de la puissance publique dans la vie économique. De même, les entreprises auxquelles l'État accorde des droits exclusifs et spéciaux ont un lien particulier avec l'État qui les distingue des entreprises agissant dans un cadre de droit privé.

Même si le comportement de ces entités ne correspond pas à l'action d'une entité ou d'une volonté autonome sur le marché, le juge de l'Union continue à les qualifier d' « entreprises » au sens de l'application des règles de concurrence. Une telle interprétation est conforme à la lettre et l'esprit des articles 101 et 102 du TFUE. Le droit de l'Union cherche donc dans ce cadre à préserver l'assujettissement des entreprises publiques ou soumises au contrôle de l'État à cet environnement concurrentiel. Comme pour toute entreprise, leurs comportements doivent rester dépendants des exigences du marché. Le développement d'une notion purement fonctionnelle de l'entreprise répond à cet objectif. Se dessine ainsi une notion fonctionnelle restrictive de l'État dans ce cadre.

[1485] Sont visées les entreprises titulaires de droits spéciaux ou exclusifs et les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal.

[1486] J.-L. MESTRE, « La définition de l'entreprise du secteur public en droit communautaire », *RRJ*, 1999, p. 895.

[1487] Directive 2006/111/C.E. de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *JOUE*, 17 novembre 2006, L. 318/17.

2. La notion d'État issue de l'application des articles 101 et 102 du TFUE

Le droit de l'Union, en application des articles 101 et 102 du TFUE, définit la notion d'entreprise de manière purement fonctionnelle. De manière positive, il identifie les activités économiques qui relèvent de cette qualification et qui correspondent à toute action sur le marché. Parallèlement, et de manière négative, elles indiquent ce qui ne relève pas de la notion d'entreprise. Il s'agit d'un ensemble d'activités qui, par nature, ne peuvent être exercées par des entreprises, mais correspondent à des fonctions régaliennes. De telles activités renvoient à la notion d'État. Ainsi, dans le cadre des articles 101 et 102 du TFUE, les activités purement étatiques ne sont pas soumises au droit de la concurrence. Puisqu'il s'agit d'une dérogation, la notion d'État est d'interprétation stricte. Ainsi, « *de même qu'il existe une définition fonctionnelle de l'entreprise, il existe une définition fonctionnelle de l'État* »[1488], au sens du droit de la concurrence de l'Union européenne. La première étant interprétée largement (parce qu'elle fonde l'application du droit de la concurrence), la seconde, qui n'est que son négatif juridique[1489] , est nécessairement d'interprétation stricte.

C'est ainsi que dans son arrêt *British Telecom* du 20 mars 1985[1490], la Cour adopte une interprétation fonctionnelle de la notion d'État, en écartant toute considération formelle perturbatrice. Dans cette affaire, le gouvernement italien soutenait que *British Telecom* ne peut être poursuivi pour abus de position dominante dans la mesure où cet organisme exerce « *un pouvoir normatif de droit public en vertu du Post Office Act de 1969 et du British Telecommunications Act de 1981* ». Se fondant sur la jurisprudence constante de la Cour de justice, le gouvernement italien rappelle que « *l'article 86 du traité CE (actuel article 102 du TFUE) s'applique uniquement à une activité d'entreprise exercée au moyen des formes du droit privé et non pas à l'activité réglementaire exercée, sur le fondement*

[1488] A. RACLET, *supra* note 1003, p. 252.
[1489] Voir M. BAZEX, « L'appréhension des services publics par le droit communautaire », dossier spécial, *Le service public et le droit communautaire*, 1995, p. 295.
[1490] CJCE, 20 mars 1985, *Commission c/ Italie (British Telecom)*, Aff. C-41/83, *Rec. CJCE*, 1985, p. 873.

d'un texte législatif, par un service public géré dans des conditions fixées par la puissance publique »[1491].

La Cour ne souscrira pas à cette interprétation. Elle adopte une position différente en constatant que les dispositions en cause fixent uniquement « *les prix et conditions* » de l'offre de service de télécommunications et *« remplissent donc la même fonction que des clauses contractuelles* » [1492]. L'activité en cause (la réglementation des prix) n'est donc pas ici considérée comme une activité étatique, de nature à échapper à l'application de l'article 102 du traité (ex article 82 TCE). Ainsi, bien que l'opérateur de télécommunication *British Telecom* soit intervenu par voie réglementaire, il a néanmoins agi comme toute entreprise privée qui fixerait les conditions de son offre commerciale. En conséquence, nous constatons que la notion d'État dans le cadre de l'application de l'article 102 du TFUE tient essentiellement à sa nature (activité de puissance publique à travers l'usage de moyens de contraintes et de coercition) et sa finalité (sauvegarde des intérêts généraux de l'État). La forme réglementaire ou législative de l'acte, ou le statut de l'entité en cause, importe peu[1493].

La logique restrictive de la notion d'État est d'autant plus présente dans le cadre de l'application des articles 101 et 102 du TFUE qu'elle conduit la Cour à adopter une notion d'État totalement différente avec celle qui prévaut en matière d'opposabilité des directives. S'agissant par exemple du cas des ordres professionnels, on l'a vu, ils sont considérés, du seul fait de leur statut public, comme des organes de l'État[1494]. Cette position ne vaut pas pour l'application des règles de concurrence. Il arrive que le juge de l'Union applique le droit de la concurrence aux ordres professionnels, nonobstant leur statut de droit public et les prérogatives de puissance publique qu'ils détiennent[1495]. En fait, la Cour n'assimile l'activité des ordres professionnels à une activité réglementaire que lorsque leurs membres agissent en tant qu'experts indépendants exclusivement soucieux des critères d'intérêt général ou d'intérêt public définis par les autorités publiques. Dès lors qu'ils représentent des intérêts strictement corporatifs, ils sont considérés comme de

[1491] *Idem*, point 16.
[1492] *Idem*, point 17 de l'arrêt.
[1493] Voir aussi, CJCE, 18 octobre 1979, *Denkavit France*, Aff. C-05/79, *Rec. CJCE,* 1979, p. 3203.
[1494] *Supra*, p. 166
[1495] Voir par exemple, CJCE, 18 juin 1998*, Commission c/ Italie*, Aff. C-35/96.

simples associations d'entreprises susceptibles de masquer des ententes au sens de l'article 101 du TFUE. L'effet utile du droit de la concurrence serait, en effet, remis en cause lorsque, sous couvert des organismes professionnels, l'État membre délègue des prérogatives de puissance publique à des opérateurs privés poursuivant des intérêts purement corporatifs.

L'étude de la notion d'État en droit de l'UE nous permet ainsi de saisir un outil changeant constamment de forme pour contribuer de façon optimale à l'intégration voulue par les traités. La notion d'État, dans le contentieux de l'opposabilité des directives, n'est pas la même s'agissant de l'application du droit des aides d'État, qui n'est pas non plus la même s'agissant de l'application des dérogations aux libertés de circulation ou à la liberté de concurrence. La notion d'État en droit de l'Union européenne trouve donc sa rationalité dans sa fonction : celle de permettre l'intégration. Comme le note en effet l'avocat général dans l'affaire *Stardus*t, « *Le concept d'État doit être entendu dans un sens répondant mieux aux dispositions en question et à leurs objectifs; la Cour suit à bon droit une approche fonctionnelle, fondant son interprétation sur l'économie et l'objectif des dispositions au sein desquelles figure cette notion* »[1496].

B. Notion d'État et obligation de transparence dans la conclusion des concessions de services

Les traités ne restreignent pas la liberté des États membres de conclure des contrats de concession de services pour autant que les modalités d'octroi de ceux-ci soient compatibles avec les dispositions qui instaurent et garantissent le bon fonctionnement du marché unique. Ainsi, comme tout acte étatique, fixant les conditions auxquelles une prestation d'activités économiques est subordonnée, l'octroi d'une concession doit respecter les principes consacrés par le traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services et doit se soumettre aux règles interdisant toute discrimination en raison de la nationalité. L'octroi d'une concession doit, en outre, respecter les principes que la Cour a

[1496] *Supra* note 93.

dégagés sur la base de ces dispositions, et en particulier les principes d'égalité de traitement et de transparence.

La réglementation des contrats de concession n'est apparue que récemment avec l'adoption de la directive 2014/23/UE[1497]. Néanmoins, une telle réglementation existait déjà de manière incidente avec l'action de la Commission et de la Cour de Justice, qui avait établi un cadre juridique cohérent en se fondant notamment sur la règlementation des marchés publics de manière générale [1498]. En effet, les dispositions adoptées dans le cadre des directives en matière de passation des marchés publics ont permis d'apprécier certaines modalités de passation de ce type de contrats [1499]. Il ressort d'une jurisprudence constante que l'obligation de transparence constitue une expression concrète et spécifique du principe d'égalité de traitement. La Cour a précisé la portée de l'obligation de transparence dans les arrêts *Telaustria et Telefonadress*[1500], ainsi que *Parking Brixen*[1501]. Selon le juge de l'Union, cette obligation a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Ladite obligation consiste à garantir, en faveur de tous les soumissionnaires potentiels, un degré de publicité adéquat de la procédure d'adjudication permettant ainsi une ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure. Elle implique également que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Cela doit permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière. Cela doit également permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier si les offres des soumissionnaires correspondent effectivement aux critères régissant le marché. Un examen de la jurisprudence de la Cour démontre le lien étroit existant entre l'obligation de transparence et le principe d'égalité de traitement. La première vise à assurer l'effet utile du second en garantissant les conditions d'une concurrence saine. Puisque le principe d'égalité de

[1497] Directive 2014/20/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, *JOUE*, 28 mars 2014, L 94/1.
[1498] Voir V. RANDAZZO et P. MISSANELLI, « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, *RDUE*, 2014, n° 4, p. 663.
[1499] Voir J. ARNOULD, « le texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire », *RFDA*, 2000, n° 5.
[1500]CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, Aff. C-324/98.
[1501] CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, Aff. C-485/03.

traitement constitue, en tant que tel, un principe général du droit de l'Union, le respect de l'obligation de transparence qui en constitue une expression concrète et spécifique s'impose aux États membres dans la même mesure.

En tant qu'obligation qui s'impose aux États membres pour ne pas entraver un environnement concurrentiel libre et non faussé, la précision de la notion d'État devient à cet égard une opération intellectuelle centrale. Il faut, en effet, à chaque fois, déterminer si le concessionnaire peut être assimilé à l'État, afin de faire peser sur lui l'obligation de transparence.

La question s'est posée dans un arrêt du 13 avril 2010[1502]. Dans cette affaire, pour établir si une société à capital mixte, publique et privée, peut être assimilée à une autorité publique liée par l'obligation de transparence, le juge s'est inspiré de certains aspects de la définition de la notion de "pouvoir adjudicateur" figurant à l'article 1er, sous b), de la directive, relative aux marchés publics de services, dans la mesure où ces aspects répondent aux exigences posées par l'application aux concessions de services de l'obligation de transparence. Ces derniers articles et les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, poursuivent des objectifs identiques à ceux visés par la directive, notamment visant la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans les États membres[1503]. Par conséquent, le juge applique les mêmes critères du pouvoir adjudicateur[1504], donc d'une vision extensive de l'État pour garantir une concurrence libre et non faussée.

Ainsi, si la Cour se dote d'une notion extensive d'État, au sens de l'obligation de transparence, pour garantir une concurrence libre et non faussée, elle se dote pour le même objectif d'une notion restrictive d'État dans le cadre de l'analyse des articles 101 et 102 du TFUE.

[1502] CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG c/ Ville de Franckfort-Sur-Le- Main et rankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,* Aff. C-91/08.
[1503] *Idem*, points 47 et 48.
[1504] Voir notre analyse *supra* p. 234.

Conclusion du Titre :

Selon J.-D. Mouton, l'idée selon laquelle la notion d'État au sens du droit de l'Union européenne se différencierait de celle du droit international n'est pas nouvelle. Ceci est aisément explicable : par exemple si la Cour de Justice englobe dans la notion d'État l'ensemble des collectivités décentralisées ou des autorités publiques, c'est évidement en vue de faciliter l'intégration du droit de l'Union européenne dans les ordres juridiques nationaux et ainsi d'assurer la meilleure efficacité possible au droit de l'UE : il s'agit bien d'une conception fonctionnelle de l'État, la notion étant au service du droit de l'UE[1505].

On a déjà relevé[1506] la variabilité de la notion d'État d'un domaine du droit de l'Union à l'autre. On est, en effet, à première vue en présence d'un véritable puzzle aux pièces difficiles à saisir. Mais envisagée dans le système, la notion d'État acquiert une rationalité : le puzzle prend forme. En effet, la spécificité essentielle de la construction juridique européenne introduit une innovation théorique et pratique. Ainsi, les éléments du puzzle s'organisent, et émerge alors leur fonction structurante dans le processus de constitutionnalisation de l'UE. Envisagé selon cette approche fonctionnelle, ce sont des éléments qui sont au cœur même de la dynamique d'intégration européenne. **La notion d'État est donc en droit de l'Union un outil d'intégration**, raison pour laquelle les États membres ne se sont pas attachés à en donner une définition abstraite dans les traités. La démarche casuistique est gage de pragmatisme. Ainsi, loin de tout dogmatisme, le droit de l'Union appréhende la notion d'État comme un outil pertinent permettant de réaliser à la fois une intégration structurelle et matérielle, ou l'intégration tout court c'est-à-dire « *une union sans cesse plus étroite entre les peuples* »[1507]. Le caractère particulier du droit de l'Union justifie donc une notion particulière d'État. Si on se tourne du point de vue du droit international et du droit européen, la fonction de la notion d'État change. La notion d'État est, dans ces ordres juridiques, orientée vers une fonction de protection.

[1505] J.-D. MOUTON, *supra* note 32, p. 27.
[1506] Voir 1ere partie.
[1507] Art. 1 al. 2 TUE, *supra* note 113.

Titre 2. Un outil de protection

Si en droit de l'Union européenne, la notion d'État s'interprète comme outil d'intégration, il n'en va pas de même en ce qui concerne le droit international et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces derniers procèdent de logiques différentes.

Le droit international repose sur la volonté des États et cherche à assurer une stabilité internationale qui passe avant tout par la protection desdits États. À cet égard, les juridictions internationales, notamment la CIJ, cherchent à assurer cette stabilité en interprétant les textes en fonction de l'intention des parties. Dans sa configuration, le droit international servirait moins à atteindre les objectifs qu'il se donne explicitement (paix, justice, développement, etc.) qu'à perpétuer une certaine théorie des sujets légitimes des relations internationales, à savoir les États. Tout dans le droit international est historiquement secondaire à cet objectif cardinal. Le droit international s'organiserait ainsi avant tout comme un discours de construction de la centralité de l'État[1508]. Ainsi, la souveraineté serait à la fois le fondement et sa protection une finalité de l'ordre juridique international. Et, c'est en vertu de cet objectif qu'est interprétée la notion d'État, qui devient ainsi un outil de protection de la souveraineté (Chapitre 1).

Le droit de la Convention EDH, quant à lui, vise, avant tout, à garantir une protection effective des droits de l'homme tels que consacrés par la Convention. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme se fonde sur une méthode d'interprétation dynamique des traités, cherchant à chaque fois, à assurer une protection optimale des droits garantis par ladite Convention. Dans sa configuration, le droit de la Convention EDH chercherait donc à faire émerger un espace politique dans lequel l'épanouissement de l'individu, à travers un respect et une garantie effective de ses droits, serait au centre des préoccupations. Le droit de la Convention EDH s'organiserait ainsi comme un discours de construction de la centralité de

[1508] Voir F. MEGRET, « l'étatisme spécifique du droit international », *RQDI*, 2011, n° 1, pp.105-129.

l'individu[1509]. C'est en vertu de cet objectif qu'est interprétée la notion d'État, qui devient ici, un outil de protection de l'individu (Chapitre 2).

[1509] Voir P. DE FONTBRESSIN, « l'individu, au-delà des Etats *», in*, L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Humanisme et droit : Mélanges en l'honneur de Jean Dhommeaux*, Paris, *Pedone*, 2013, p. 236.

Chapitre 1. Un outil de protection de la souveraineté

Si la notion d'État en droit de l'UE vise à assurer l'objectif d'intégration européenne que se sont fixé les traités, il en est autrement si on l'étudie au regard du droit international. L'interprétation de la notion d'État obéit ici à une autre logique : celle de protéger la souveraineté de l'État. C'est à travers cette fonction assignée à la notion d'État que la variabilité sur la notion connue d'une branche à l'autre du droit international retrouve une rationalité et une unité réelle.

Ainsi, pour que la notion d'État joue pleinement sa fonction protectrice de la souveraineté, le droit international développe avant tout une vision égalitaire de l'État. Cette conception westphalienne de l'État a toujours été mise en avant pour garantir la stabilité de l'ordre juridique international et sa nature particulière. Mais il conviendra de voir à ce niveau que cette conception égalitaire n'est pas réductible de celle déjà étudiée en droit de l'Union[1510] (Section 1). Au-delà de ce premier aspect, le droit international développe également une vision unitaire de l'État protectrice de la souveraineté. Ce second aspect se confirme à l'analyse des règles d'imputation et de rattachement (Section 2).

[1510] Voir notre analyse, *supra*, p. 325.

Section 1. Une conception égalitaire protectrice de la souveraineté

Le droit international développe une conception égalitaire de la notion d'État, protectrice de la souveraineté. Cela s'explique notamment par la configuration de la société internationale, qui s'avère être fondamentalement une société horizontale. Il ne saurait en être autrement, sauf à changer complètement la nature de l'ordre juridique international qui est un ordre juridique de coopération. La conception égalitaire est ainsi plus apte à garantir et à expliquer la protection des différentes « souverainetés » qui se côtoient. C'est ainsi que la conception de l'égalité formelle est érigée en principe fondamental de l'ordre juridique international. Une telle vision, défendue par les nouveaux États issus de la décolonisation, a donc une vertu protectrice de la souveraineté, du moins de la souveraineté juridique et permet de garantir une application uniforme du droit international (Paragraphe 1).

Cependant, dans certains domaines, l'égalité formelle ne permet pas pour autant de protéger de façon efficace la souveraineté des États. Autrement dit, elle permet, peut-être, de protéger seulement la souveraineté juridique de l'État. L'idée d'une égalité réelle ou corrective entre ainsi en jeu pour protéger, non pas la souveraineté juridique de l'État, mais la souveraineté économique de certains États. Cette vision égalitaire est également une revendication de « petits États » du point de vue économique et est consacrée en droit international économique (Paragraphe-2). Mais, que ça soit pour la protection de la souveraineté juridique ou de la souveraineté économique, la conception égalitaire de la notion d'État joue ainsi pleinement la fonction protectrice qui est la sienne.

Paragraphe 1. Une conception égalitaire protectrice de la souveraineté juridique

La protection de la souveraineté juridique passe, avant tout, par une conception égalitaire de la notion d'État. Cette dernière est largement consacrée par les textes internationaux (A) et comporte une signification qui a largement recours aux notions de souveraineté et de volontarisme. (B).

A. La conception égalitaire de la notion d'État dans les textes

Considérée comme « *la marque indélébile de la société internationale* »[1511], la notion de souveraineté explique la structure horizontale de l'ordre juridique international. Cependant, l'horizontalité n'est pas intrinsèque à la notion d'ordre international[1512], comprise dans le sens général du concept[1513]. L'existence des États indépendants et souverains ne présente qu'un stade dans l'évolution de l'organisation du pouvoir politique[1514] et elle n'est nullement consubstantielle avec le système international [1515]. Il est vrai que dans l'Europe de la période pré-westphalienne, la structure de l'organisation du pouvoir politique n'était pas horizontale, mais hiérarchisée et verticale. Le pouvoir politique était partagé entre différents sujets et titres de noblesse, représentants du pouvoir religieux ou terrestre[1516]. C'est après la Paix de Westphalie[1517] que le système international a commencé à s'organiser d'une manière horizontale, et régit de ce fait par le principe

---

[1511] J.-P. COLIN, « Variations sur la souveraineté», *AFRI, vol. X, 2009, accessible en ligne: http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/Article_Colin.pdf*, p.3.

[1512] Voir L. BAL, *Le mythe de la souveraineté en droit international : la souveraineté des Etats à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, Thèse, Strasbourg, soutenue le 3 février 2012, p. 43 et ss.

[1513] S. Romano emploie les expressions «ordre juridique international» et «droit international» dans leur sens large et général, comprenant également l'époque pré-moderne. Voir S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *Dalloz*, 2002, 2e éd. de la traduction française, 174 p.

[1514] R.-H. Jackson écrit effectivement que «sovereign statehood... is only one of several kinds of international status which have existed historically. Today it is virtually the only kind. This was not the case in the past, however». Voir R.-H. JACKSON, *Quasi-states: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge, 1990, p. 33

[1515] En effet, selon S. Romano, *«[s]i les États sont indépendants les uns des autres, cette condition, du point de vue juridique, ne préexiste pas au droit international mais c'est ce dernier qui la pose [...] L'histoire montre d'ailleurs que le droit international d'autrefois se fondait tout à l'opposé sur le principe de la subordination des États au pouvoir temporel de l'Empire et au pouvoir spirituel de l'Église, pour ne rien dire d'autres subordinations propres à certains d'entre eux. L'indépendance actuelle des États n'est donc point leur condition naturelle, originaire, indépendante du droit international, mais elle est tout à fait contingente; elle dérive des caractères particuliers que celui-ci a récemment revêtus*», Voir S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *supra* note 1513, p. 43.

[1516] Voir R. AXTMANN, "The State of the State: The Model of the Modern State and its Contemporary Transformation", *International Political Science Review,* n° 3, 2004, p. 260

[1517] La revendication souverainiste des États, par l'abandon de toute idée de hiérarchie, d'abord sur le plan spirituel à l'égard de la Papauté et ensuite sur le plan temporel à l'égard du Saint Empire germanique, «*manifeste une substitution de la 'légitimité horizontale' [...] à la 'légitimité verticale'*». Voir J. KRULIC, « La revendication de la souveraineté», *Revue Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 21

d'égalité souveraine des États. Mais la formulation expresse de ce principe n'apparaîtra que plus tard.

Les gouvernements de la Chine, de l'Union soviétique, du Royaume-Uni et des États-Unis d'Amérique avaient adopté, le 30 octobre 1943, à Moscou, la Déclaration sur la sécurité générale dans laquelle, ils reconnaissent ensemble la nécessité de créer une organisation internationale générale. Cette organisation devrait être fondée sur « *le principe de l'égalité souveraine de tous les États pacifiques et ouverte à tous ces États, grands ou petits, pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale* »[1518]. Le principe de l'égalité souveraine de tous les États pacifiques était ainsi clairement reconnu, même si la Déclaration ne contenait pas de dispositions précisant sa signification juridique. Lors de la Conférence de Dumbarton Oaks, qui s'ouvrit le 21 août 1944 et se poursuivit jusqu'au 7 octobre de la même année, furent déposés les premiers projets gouvernementaux concernant la future organisation mondiale. Le principe de l'égalité souveraine des États y était à nouveau mentionné et l'accord se fit sur la nécessité de créer une organisation mondiale lorsque la Seconde Guerre mondiale aurait pris fin.

À la Conférence de San Francisco, le principe de l'égalité souveraine des États fut examiné en détail. La Charte des Nations unies le cite à diverses reprises. Dès le 2e alinéa du Préambule, elle présente *« l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites* »[1519], comme l'un des principes que les peuples des Nations unies sont résolus à soutenir. Mieux, le paragraphe 1 de l'article 2 dispose que « *l'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres* »[1520], principe réaffirmé par l'article 78, aux termes duquel le régime de tutelle ne s'appliquera pas aux pays devenus membres des Nations unies, « *les relations entre celles-ci devant être fondées sur le respect du principe de l'égalité souveraine* »[1521]. Le rapporteur du Comité I/1[1522] déclarait à l'issue du débat en amont à l'adoption de la Charte que le Comité avait conclu que l'égalité souveraine des États comprenait les quatre éléments suivants :

[1518] Bulletin du *Department of State* des Etats-Unis d'Amérique, 1943, pp.308-309.
[1519] Charte des Nations unies, San Francisco, 26 juin 1945 (http://www.un.org/fr/charter-united-nations/index.html).
[1520] *Ibidem.*
[1521] *Ibidem*.
[1522] Il s'agissait en l'occurrence du syrien Zeineddine.

« Les États sont égaux juridiquement ;

Ils jouissent de tous les droits qui découlent de leur souveraineté

La personnalité de l'État est respectée ainsi que son intégrité territoriale et son indépendance politique

L'État devra dans un ordre international, s'acquitter fidèlement de ses obligations internationales »[1523].

Il convient, en outre, de souligner que par le premier alinéa de l'article 2 de la Charte, les États membres de l'ONU n'entendaient pas formuler un vœu pieux, mais s'engager concrètement[1524]. C'est ce qui résulte des travaux préparatoires. En effet, à la séance du Comité I/I de la Conference de San Francisco, en date du 5 juin 1945, il a bien été précisé que :

« L'expression "dans la poursuite" ne veut pas dire qu'on envisage de poursuivre les buts proposés d'une façon purement idéaliste, comme il a été affirmé incidemment dans une des séances de notre Comité, mais elle implique de la part de l'Organisation et de ses Membres l'intention de faire un effort pratique et effectif. L'idée dominante de collectivité se retrouve à la fois dans ce qui précède et dans ce qui suit cette expression, et est exprimée clairement par ce membre de phrase "l'Organisation et ses Membres"»[1525].

Plusieurs textes ont, depuis l'entrée en vigueur de la Charte, précisé ou réaffirmé la vision égalitaire de l'État. En premier lieu, le projet de Déclaration sur les droits et devoirs des États préparé par la Commission du droit international a fait l'objet de la résolution 375 (IV) de l'Assemblée générale et a été transmis aux États membres de l'Organisation. Le projet précise en son article 5 que « *tout État a droit à l'égalité juridique avec les autres États* ». Il reprend ainsi la formule que certains juristes préféraient à celle finalement adoptée par la Conférence de San Francisco[1526]. En second lieu, la Déclaration relative aux principes du droit

[1523] Rapport du Comité 1 à la Commission I, Doc. 944, I/134 (1).
[1524] K. MBAYE, « commentaire de l'article 2 § 1 », *in*, J.-P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU (*dir.*), *La Charte des Nations unies : commentaire article par article*, Paris, *Economica*, 2e éd., p.85.
[1525] Voir UNCIO, Doc. 885, CR Comité I/1, vol. VI, p. 415.
[1526] En effet, le Président de la Commission I ironisait lorsqu'on proposait à San Francisco l'expression « égalité souveraine » en affirmant que : « si nous avons réussi à dire tout cela en deux mots (souveraine et égalité), nous avons battu tous les records de la concision » (voir UNCIO, Doc. 1123, PV Commission I, vol. VI, p.90.

international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies[1527], adoptée en 1970, mentionne aussi le principe d'égalité souveraine des États. À titre général, la Déclaration proclame que les États jouissent de l'égalité souveraine. Les États ont des droits et des devoirs égaux et sont des membres égaux de la communauté internationale, nonobstant les différences d'ordre économique, social, politique ou autre[1528]. S'y ajoute l'Acte final d'Helsinki qui rappelle clairement que :

> *« Les États participants respectent mutuellement leur égalité souveraine et leur individualité ainsi que tous les droits inhérents à la souveraineté et englobés dans celle-ci, y compris, en particulier, le droit de chaque État à l'égalité juridique, à l'intégrité territoriale, à la liberté et à l'indépendance politique »[1529].*

Consacrée ainsi dans ces textes, l'existence du principe est une nécessité logique qui découle de l'existence même de la société internationale interétatique. Dans un milieu où les sujets sont des entités souveraines, les rapports sont fondés sur une relation d'égalité. Là où les rapports sont horizontaux et non verticaux, où il n'existe pas de pouvoir supérieur aux États, il ne peut exister qu'une relation d'égalité. *Par in parem non habet imperium*, l'adage dépasse largement le domaine des immunités d'État où il est de rigueur de le citer. Dans le contexte international, souveraineté et pluralité vont de pair. S'il y a pluralité d'entités souveraines, alors il y a égalité entre elles, puisqu'aucune ne se situe au-dessus des autres[1530]. C'est ce principe qui guide la conception de la notion d'État en droit des immunités[1531].

In fine, le droit international se fondant sur la souveraineté des États interprète dans certaines de ses branches la notion d'État afin de protéger cette souveraineté. Le droit de l'UE obéit à une autre logique, ainsi que le droit de la Convention EDH, ce qui vise donc à particulariser la notion fonctionnelle d'État en droit international comme outil de protection de la souveraineté. Il convient, dès lors, de préciser la signification de cette vision égalitaire.

[1527] Consultable sur https://textesdipannotes.files.wordpress.com/2011/07/2625-1.pdf.
[1528] A/RES/2625 (XXV).
[1529] Conférence sur la paix et la securité en Europe, Acte final d'Helsinki, 1975, p. 3 (disponible sur http://www.osce.org/fr/mc/39502?download=true).
[1530] *Supra* note 1524. Voir aussi, M. DI GORE SIMMALA (*dir.*), *Le principe de l'article 2 § 1 de la Charte des Nations unies entre théorie et pratique*, *LGDJ*, 2013, p. 7 et ss.
[1531] R. HIGGINS, ''Equality of States and immunity from suit: a complex relationship'', *Netherland Yearbook of International Law*, 2012, vol. 43, p. 129.

B. Signification de la conception égalitaire de l'État

Dans la terminologie de la Charte, il est clair que l'expression «*égalité souveraine des États* »[1532] signifie essentiellement que les États sont juridiquement égaux. Il est donc particulièrement question de la dimension externe de la souveraineté, postulant une absolue indépendance de l'État[1533].

L'on peut, dans une tentative de définition, dire que la vision égalitaire de l'État protectrice de la souveraineté juridique se compose de deux éléments. D'une part, elle renvoie à « l'égalité formelle » ou égalité stricte dans le droit international, ce qui suppose que les États ont juridiquement des droits et des obligations identiques, dans les conditions fixées par le droit international (1). D'autre part, « l'égalité législative » ou égalité stricte devant le droit international s'apprécierait au regard de la soumission au droit international sur la base du volontarisme (2).

1. L'égalité dans le droit international

« *Les nations sont naturellement égales, tiennent de la nature les mêmes obligations et les mêmes droits. La puissance ou la faiblesse ne produisent, à cet égard, aucune différence. Un nain est aussi bien un homme qu'un géant, une petite république n'est pas moins un État souverain que le plus puissant royaume* »[1534].

[1532] Pour des études plus classiques voir T. IONASCO, « Le principe d'égalité souveraine des Etats », *Revue Roumaine d'Etudes Internationales*, 1971, n° 2, pp. 13-21 ; D. TOURET, « Le principe d'égalité souveraine des Etats, fondement du droit international », *RGDIP*, 1973, pp. 136-199 ; T. BENSALLAH, « revendication des pays du tiers monde et égalité souveraine », *Annuaire du Tiers-Monde*, 1794-75, vol. 1, pp. 41-58 ; R.-A. KLEIN, '' Sovereign equality among States : the history of an idea '', Toronto, *University of Toronto Press*, 1974, 198 p.

[1533] R.-A. BRAND, ''External sovereignty and International Law'', *Fordham International Law Journal*, 1995, n° 5, p. 1685; M.-S. FLAHERTY, "External versus Internal in International Law", *Fordham International Law Journal*, 2005, n° 3, p. 447.

[1534] E. DE VATTEL*, Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Aff aires des Nations et des Souverains*, (Londres, 1758), photographic reprint*, Carnegie Classics of International Law* Series, No. 4, (Washington, DC: Carnegie Institution, 1916) ; cité aussi par M. VIRALLY, « La Charte des droits et devoirs économiques », *AFDI*, 1974, p. 75; S. BEAULAC, '' Emer de Vattel and the externalization of sovereignty'', *Journal of The History of International Law,* 2003, n°

Ces mots de Vattel illustrent clairement l'idée de l'égalité formelle et révèlent parfaitement l'essence de la conception égalitaire de l'État, qui fait ainsi figure de socle fondamental pour les États qu'ils soient grands ou petits, riches ou pauvres. Elle est une expression de la souveraineté externe des États. L'égalité souveraine suppose donc l'égalité juridique des États, leur jouissance de tous les droits qui découlent de leur souveraineté[1535]. Elle implique aussi que la personnalité de l'État soit respectée ainsi que son intégrité territoriale et son indépendance politique. C'est ainsi que, dans *l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[1536], la CIJ a formellement reconnu le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures d'un État. Un tel principe conforte en fait la vision égalitaire de la notion d'État, car d'après la Cour, « *L'intervention interdite doit porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des États permet à chacun d'eux de se décider librement (choix du système politique, économique, social et culturel et formulation des relations extérieures, par exemple)* »[1537]. L'égalité souveraine implique de même que l'État devra s'acquitter fidèlement de ses devoirs et obligations internationales.

La conception égalitaire de la notion d'État régit les relations diplomatiques et se manifeste dans le fonctionnement de plusieurs institutions internationales[1538]. Elle renvoie aussi à une certaine idée d'égalité devant les traités.

2. <u>L'égalité devant le droit international</u>

Construction historique plutôt que donnée immédiate et évidente du droit international, le principe d'égalité des États, selon Virally, s'oppose à l'idée de

---

2, p. 237 et T. TOYODA, « La doctrine vatellienne de l'égalité souveraine dans le contexte neuchâtelois », *Journal of The History of International Law*, 2009, n° 1, p. 103.

[1535] R.-P. ANAND, ''Sovereign equality of State in International Law'', *RCADI*, 1986, vol. 197, p. 9.

[1536] CIJ, 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Rec. CIJ*, 1986, p. 14.

[1537] *Ibidem*.

[1538] Excepté quand même le Conseil de sécurité, voir D.-G. SIMMALA, « le Conseil de Securité et le principe de l'article 2§1 de la Charte des Nations-Unies », *in Le principe de l'article 2 § 1 de la Charte des Nations unies : entre théorie et pratique*, Paris, *LGDJ*, 2011, pp. 21-34. Voir aussi, Y. KING, '' Are some States more equal than others? The UN and the principle of sovereign equality of States'', *Lesotho Law Journal*, 1993, n° 1, pp. 65-78.

gouvernement international. En effet, selon l'auteur ce principe signifie que, loin d'être tenus à se conformer aux mesures arrêtées par les grandes puissances même agissant en commun, les États ne sont liés que par les décisions auxquelles, ils ont consenti, explicitement ou implicitement, et aux règles du droit international positif[1539]. C'est cette conception égalitaire de l'État devant les traités qui justifie la théorie de l'autolimitation (a) et l'idée d'une justice internationale consensualiste (b).

a. La conception égalitaire de l'État, justification de la théorie de l'autolimitation

L'autolimitation prise dans son sens littéral est le fait de n'obéir qu'à des normes qu'on s'est soi-même données[1540]. Le petit crochet doctrinal dans *l'affaire du Lotus* sous l'impulsion probable d'Anzilotti[1541], qui a par ailleurs fait couler beaucoup d'encres[1542], consacre cette théorie de l'autolimitation structurant l'ordre juridique international. *« Les règles de droit liant les États procèdent (…) de la volonté de ceux-ci »*[1543]. Autrement dit, la souveraineté renvoie à cette qualité qu'a l'État de s'engager librement à limiter ses actions futures. Ainsi, poursuit la Cour dans *l'affaire du vapeur Wimbledon*, *« la faculté de contracter des engagements internationaux (donc de s'autolimiter) est un attribut de la souveraineté »*[1544]. Cette œuvre doctrinale du juge fait appel à deux remarques.

D'une part, la souveraineté n'est pas une puissance, mais une qualité[1545]. La première hypothèse (souveraineté-puissance) est celle connue en droit interne. Elle renvoie à l'autorité suprême de l'État qui s'impose à toutes les collectivités publiques au sein de l'État, quelles qu'elles soient et à toutes les personnes se trouvant sur son territoire. C'est la conception selon laquelle, l'ordre juridique étatique est verticale. Cette interprétation ne saurait être accueillie en droit international, qui régit une

[1539] M. VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public », *RCADI*, 1983, vol. 183, p.9.
[1540] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *supra* note 18, p.250.
[1541] A. PELLET, « *Lotus*, que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale » *in L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui*, *Mélanges en l'honneur de J.-P. Puissochet*, 2008, p. 216.
[1542] Voir A. HERTOGEN, '' letting Lotus bloom'', *European Journal of International Law*, 2015, n° 4, vol. 26, pp. 901-926;
[1543] CPJI, arrêt, 7 septembre 1927, *Affaire du « Lotus »*, *Série A*, n° 10, p.18.
[1544] CPJI, 17 août 1923*, Affaire du vapeur Wimbledon.*
[1545] En référence à l'article de J. COMBACAU « pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *supra* note 588 .

société horizontale, société interétatique caractérisée par le principe de l'égalité souveraine[1546]. À cet égard la souveraineté ne peut être interprétée en terme de puissance, car parler de puissance implique nécessairement des rapports entre dominants et dominés. La souveraineté se définit donc ici de façon négative comme le fait de n'être assujetti à aucun autre pouvoir. Dans ce sens, faute d'être une puissance, elle n'est que la qualité de cette puissance, une liberté, permettant à l'État de participer à la vie juridique internationale. Ainsi, on le voit bien, la puissance d'État prise en tant que substance n'a rien à faire ici, où il ne s'agit que de sa qualité, et on ne peut attacher aucune signification à des propositions qui utilisent le vocabulaire de la souveraineté pour exprimer des pouvoirs positifs de l'État[1547] . L'approche matérielle ou substantive ne saurait donc prospérer au regard de la configuration de l'ordre juridique international.

D'autre part, la souveraineté en droit international ne peut être pensée que dans le droit. Autrement dit, la souveraineté est une notion juridique ne pouvant être comprise que dans un cadre légal (ici le droit international). Si elle est une liberté, elle ne s'apparente nullement à la liberté naturelle des sociétés primitives, mais une liberté légale reconnue par le droit international. La souveraineté proprement dite est alors comme le soutient J. Combacau « *la liberté que se reconnaissent mutuellement les États comme élément du statut qui fait d'eux des sujets de droit distingués des êtres naturels* »[1548]. C'est seulement dans ce sens qu'on peut comprendre la théorie de l'autolimitation qui n'est rien d'autre que *« la limitation réelle de la liberté légale de l'État* »[1549]. C'est ce qui rend concevable le paradoxe du souverain obéissant. En acceptant de se soumettre à la norme internationale, l'État ne fait qu'obéir à lui-même. Dans l'hypothèse où il veut se libérer de son engagement, le droit international lui prescrit les procédures légales dans lesquelles il peut encore (et cette fois-ci de façon négative) exprimer sa souveraineté comme institution légale et non comme un pouvoir de fait. Ainsi la souveraineté c'est le pouvoir de vouloir, de vouloir tout ou partie de la réglementation (hypothèse des réserves) ou de ne plus vouloir (retrait), mais tout ceci dans le respect des règles et procédures du droit international.

[1546] Article 2(1) de la Charte des Nations unies.
[1547] J. COMBACAU, *Droit international public, supra* note 18, p. 50.
[1548] *Idem*, p. 252.
[1549] *Ibidem*.

On retrouve cette théorie dans la jurisprudence internationale ainsi que dans l'analyse de certains mécanismes conventionnels. Tout d'abord, il est clairement établi que la faculté de contracter des engagements internationaux (donc de s'autolimiter) « *est un attribut de la souveraineté* »[1550]. Autrement dit, c'est parce que l'État est souverain qu'il est habilité à s'autolimiter. Cette qualité ne résulte nullement d'une norme internationale[1551] ou d'une capacité juridique de l'État reconnue en amont par le droit international. Elle est inhérente à son statut d'État, contrairement aux autres sujets de droit international. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, certains membres de la CDI[1552], tout comme certains participants à la Conférence de Vienne[1553] trouvèrent inutile d'insérer une disposition sur cette question dans la Convention sur le droit des traités. En effet, dire que les États ont la capacité de conclure des traités serait un pléonasme dans la mesure où « le pouvoir de vouloir » est inhérent au statut d'État[1554]. Néanmoins, la mention d'une telle capacité dans la convention[1555] a été surtout justifiée par des raisons politiques[1556], mais ne signifie nullement que c'est le droit international qui confère cette qualité. Dans le même registre, la règle énoncée à l'article 34 de la même convention renforce la théorie de l'autolimitation. En effet, selon cette dernière, un traité ne crée pas d'obligations à l'égard des tiers sans leur consentement. En vertu de la théorie de l'autolimitation, il serait inconcevable qu'un tiers État soit lié par des obligations auxquelles il n'a pas exprimé sa volonté souveraine. Cette règle se justifie donc, non pas par le principe connu de droit contractuel[1557], mais par l'idée d'une souveraineté de qualité propre à l'État, qui lui confère le pouvoir de vouloir et donc de décider librement[1558]. La jurisprudence est abondante en la matière. Dans sa sentence arbitrale relative à *l'affaire de l'île de Palmas*, Max Hubert a clairement indiqué le critère du consentement de l'État pour qu'un traité le lie. Dans son avis du 28 mai 1951 sur *les réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la

---

[1550] *Affaire du Lotus, supra* note 262.
[1551] Même si c'est le droit international qui détermine les procédures dans lesquelles elle exercice.
[1552] Voir *Annuaire CDI*, 1996, vol.2, p.12.
[1553] *Ibid.*
[1554] M. KAMTO, *la volonté de l'Etat en droit international*, *supra note 16*, p. 95.
[1555] Article 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra* note 115.
[1556] L'importance politique était liée au contexte de décolonisation et l'arrivée de nouveaux États sur la scène internationale. Voir sur ce point la position de R. Ago, Annuaire CDI, 1965, vol.1, p.28.
[1557] *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (« les accords ne peuvent ni imposer des obligations aux tiers ni leur conférer des droits »).
[1558] M. KAMTO, *La volonté de l'Etat en droit international*, *Supra* note 16, p. 302.

CIJ a également décidé qu'« *un État ne peut dans ses rapports conventionnels, être liés sans son consentement* »[1559]. Néanmoins, le droit international prévoit des cas précis et limités d'obligations conventionnelles opposables aux tiers. La conception égalitaire implique aussi une certaine idée de la justice internationale qui serait fondamentalement consensualiste.

b. La conception égalitaire de l'État, justification d'une justice internationale consensualiste

La conception égalitaire de la notion d'État développée en droit international afin de protéger la souveraineté juridique des États, confère à la justice internationale un caractère nécessairement consensualiste. Par construction, la justice internationale implique donc le respect de l'égalité des États[1560]. Il est en effet inconcevable qu'un État soit attrait devant une juridiction interétatique et se voir imposer une décision judiciaire sans exprimer au préalable son pouvoir de vouloir[1561]. Cette règle est particulièrement manifeste en matière d'arbitrage. Le caractère volontaire de l'engagement d'arbitrage est une règle fondamentale, la convention d'arbitrage étant considérée, dans l'arbitrage privé comme dans l'arbitrage interétatique, comme la condition même de celui-ci[1562].

[1559] CIJ, avis consultatif, 28 mai 1951, *les réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *Rec. CIJ*, 1951, p.21.voir aussi Sentence arbitrale, 28 janvier 1931, *affaire de l'île de Clipperton, RSA*, vol. II, p. 1105 ; Sentence arbitrale, 29 mars 1933, *affaire des forêts du Rodhope central*, *RSA*, vol. III, p. 1405 ; CPJI, ordonnance, 19août 1929, *affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, *CPJI série A*, n° 22 ; CPJI, arrêt, 30 août 1924, *affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, *CPJI série A n° 2*, p.19 ; CPJI, avis consultatif, 10 septembre 1929, *affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission Internationale de l'Oder*, *CPJI série A n° 23*, p. 19 ; C.I.J., arrêt, 20 février 1969, *affaire du plateau continental de la mer du Nord*, *Rec. CIJ*, 1969, pp.25-26, § 28 ; CIJ, 10 octobre 2002, *affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, *Rec. CIJ*, 2002, § 55.

[1560] M. BEDJAOUI, « L'égalité des Etats dans le procès international, un mythe ? », *in Le procès international : Liber amicorum Jean-Pierre COT*, Bruxelles, *Bruylant*, 2009, p. 1.

[1561] Voir R. HIGGINS, ''Respecting sovereign states and running a tight courtroom'', *The International and Comparative Law Quaterly*, 2001, n° 1, p. 121.

[1562] Voir M. KAMTO, *supra* note 16, p. 385. Voir aussi Voir, entre autres auteurs, P. CHAPAL, *L'arbitralité des différends internationaux,* Paris, *Pedone*, 1967; L. CAFLISH, « L'avenir de l'arbitrage interétatique», *AFDI,* 1979, pp. 945 ss.; S.-M SCHWEBEL, *International Arbitration.Three Salient Problems,* Cambridge*, Grotius Publications*, 1987; H. JONKMAN, "The Role of the Permanent Court of Arbitration in International Dispute Resolution'', *RCADI,* 1999, pp. 9 ss.

Concernant les juridictions internationales permanentes, leur existence et leur compétence reposent sur la volonté souveraine des États, sauf dans les situations particulières comme celles qui ont conduit à la création des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda par le Conseil de sécurité des Nations unies. Plus illustratif est le cas spécifique de la juridiction facultative de la CIJ. Pour cette dernière, le consentement de l'État à être lié à la compétence de la Cour doit être établi à l'occasion de chaque litige. C'est ce que rappelle systématiquement la Cour, quel que soit le mode de saisine[1563]. La CPJI affirmait clairement dans l'*affaire des droits de minorités en haute Silésie* que « la juridiction de la Cour dépend de la volonté des parties »[1564], après avoir indiqué dans l'*affaire des concessions Mavrommatis en Palestine* « qu'elle se fonde toujours sur le consentement du défendeur »[1565]. La CIJ s'inscrit dans la même perspective que son ancêtre. Dans l'*affaire du Détroit de Corfou*, elle précise que « *le consentement des parties confère juridiction à la Cour* »[1566]. Mieux, la Cour va même jusqu'à se déclarer incompétente, lorsque les intérêts juridiques d'un État tiers constitueraient l'objet même de la décision qu'elle devrait rendre. C'est le fameux principe de l'Or monétaire, en référence à l'affaire dans laquelle il a trouvé à s'appliquer pour la première fois. Cette affaire avait opposé l'Italie d'une part et la France, le Royaume-Uni et les États-Unis d'autre part à propos du sort de l'or monétaire retrouvé en Allemagne après la Seconde Guerre mondiale. Mais la résolution de l'affaire nécessitait au préalable de se prononcer sur la licéité d'un décret albanais du 13 janvier 1945. Étant donné que l'Albanie n'était pas partie à la procédure, la Cour refusa de statuer au fond en affirmant qu' :

> « *En l'espèce les intérêts juridiques de l'Albanie seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision. En pareil cas, le Statut ne peut être considéré comme autorisant implicitement la continuation de la procédure en l'absence de l'Albanie* »[1567].

[1563] Par voie de compromis ou par voie de requête.
[1564] CPJI, arrêt, 26 avril 1928, *CPJI série A n° 15*, p.22. Voir aussi, CPJI, arrêt, 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów (Allemagne/Pologne)*, *CPJI, série A n° 17*, p.37.
[1565] CPJI, 30 août 1924, *Série A*, n° 2, p. 16.
[1566] CIJ, arrêt, 25 mars 1948, *Rec. CIJ*, 1947-1948, p.27.
[1567] CIJ, *Rec*. 1954, p.32.

Ce principe a été réaffirmé dans *l'affaire du Timor oriental* lorsque la Cour a conclu que trancher le litige au principal entre l'Australie et le Portugal reviendrait à se prononcer au préalable sur la responsabilité internationale de l'Indonésie du fait de son intervention militaire au Timor oriental[1568]. Ainsi, en vertu de la souveraineté de l'État comme une qualité inhérente à son statut, la Cour ne peut rendre une décision touchant de façon directe et déterminante les intérêts juridiques d'un État tiers non partie à la procédure. Cette solution, même si elle est interprétée restrictivement [1569], constitue sans aucun doute une implication de l'égalité souveraine des États[1570]. Un État ne peut être tenu que s'il a accepté au préalable d'« *aliéner sa liberté future en usant de sa liberté actuelle* »[1571]. C'est ainsi que le concept d'État à travers une interprétation formelle de la souveraineté conduit à structurer l'ordre juridique international comme un ordre intersubjectif[1572] et fonde le caractère obligatoire de ses normes. Toutefois, cette fonction de légitimation de la notion d'État ne va pas jusqu'à faire reposer intégralement la norme internationale à la volonté des États[1573].

En conclusion, on peut affirmer que la vision égalitaire de la notion d'État contribue à protéger la souveraineté juridique des États. La notion d'État est ainsi interprétée dans le sens d'une protection de la souveraineté. Toutefois, force est de constater que la diversité des situations étatiques contribue parfois à un réaménagement de l'égalité formelle au profit de l'égalité réelle. Ceci est notamment perceptible en matière économique. C'est dans cette perspective que le droit international développe une conception égalitaire de l'État protectrice de la souveraineté économique.

[1568] CIJ, 30 juin 1995, *affaire relative au Timor oriental (Portugal c/Australie)*, *Rec. CIJ*, 1995, p.90.

[1569] Voir, CIJ, arrêt, 26 juin 1992, *affaire relative à certaines terres à phosphates à Nauru*, *Rec. CIJ*, 1992, p. 240. Voir aussi J.-M. THOUVENIN, *L'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du Timor oriental (Portugal c/ Australie)*, *AFDI*, 1995, vol. 41, p. 343 et ss.

[1570] D. MOMTAZ, « L'attachement de la Cour Internationale de Justice au consensualisme judiciaire est elle sans faille? », *in* P. D'ARGENT et J. COMBACAU (*dirs.*), *Les limites du droit international : essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 487.

[1571] J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'Etat », *supra* note 588.

[1572] L. BAL, *Le mythe de la souveraineté en droit international : la souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international, Thèse Université Strasbourg,* p. 55 et ss.

[1573] Voir à ce propos, T. WEATHERALL, ''Jus cogens: International Law and social contract'', Cambridge, *Cambridge University Press*, 2015, p. 307.

Paragraphe 2. Une conception égalitaire protectrice de la souveraineté économique

Si tous les États sont égaux en droit, ils ne le sont pas forcément en matière économique[1574]. Une vision égalitaire formelle ou « *l'illusion de l'égalité formelle* »[1575] ne serait certainement pas protectrice de tous les États, surtout ceux qui sont économiquement faibles. C'est la raison pour laquelle, le droit international économique, à l'image du droit de l'Union, épouse parfois la perspective d'une vision égalitaire corrective et non pas forcément stricte ou formelle. Cette vision particulière de la notion d'État trouve une justification théorique et pratique (A) et se fonde sur une égalité plus réelle que formelle (B).

A. Justification de la vision égalitaire protectrice de la souveraineté économique

Tout comme en droit international classique, la conception égalitaire de la notion d'État trouve une fortune particulière en droit international économique. Seulement, une telle vision s'adapte aux exigences et particularités du domaine, afin de pouvoir remplir sa fonction protectrice de la souveraineté des États. Une telle conception particulière se justifie du point de vue théorique (1) et du point de vue pratique (2).

1. Justification théorique

Du point de vue théorique, on peut avancer deux arguments justifiant la conception égalitaire spécifique de la notion d'État en droit international économique.

[1574] A. VAUGHAN LOWE, ''Sovereignty and International Economic Law'', *in* S. WENHUA (*ed.*), *Redefining souvereignty in international economic law*, Portland, *Hart*, 2008, p. 77.
[1575] A. MAHIOU, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », *RCADI*, 2008, vol. 337, p. 110.

C'est, en premier lieu, la distinction fondamentale entre société internationale et société internationale économique. La notion d'État dans la société internationale n'est pas forcément superposable à celle en vogue dans la société internationale économique. Certes, à l'époque contemporaine, la société internationale économique présente de nombreux points communs avec la société internationale. Leur nature décentralisée, leur faible degré d'organisation et la forte hétérogénéité de leurs composantes permettent de les rapprocher[1576]. Néanmoins, cela n'enlève en rien la fondamentalité de la distinction. En effet, la société internationale économique ne connaît que des États au pluriel ; les uns et les autres étant soumis à un régime juridique différent en fonction de leur niveau de développement ou de leur système économique et social. Ainsi, si la société internationale ne connait pas de disparités du point de vue juridique, les disparités économiques restent, indubitablement, une réalité que ne saurait ignorer le droit.

En second lieu, on peut évoquer la distinction entre souveraineté juridique et souveraineté économique. La protection de la souveraineté économique est un objectif visé dans l'interprétation de la notion égalitaire d'État en droit international économique. La notion de souveraineté économique n'est pas, en soi, exempte de contingence. Elle paraît, tout d'abord, comme une notion politique, employée souvent dans les débats idéologiques ou polémiques[1577]. Mais en réalité, elle n'a jamais été ignorée par le droit. Les internationalistes marxistes ont été les premiers à développer cette notion. Ayant du rôle de l'État une conception extensive fondée sur les dogmes de la nationalisation des moyens de production et de l'organisation centralisée de l'économie, ils ont insisté sur les compétences souveraines détenues par l'État dans l'ordre de l'économie[1578]. Il s'agissait, pour eux, de combattre les principes du libéralisme et de donner une justification juridique aux combats menés par les États socialistes contre la liberté de commerce et d'industrie, au plan interne comme au plan international[1579].

[1576] D. CARREAU, *Droit International Economique*, Paris, *Dalloz*, 5e éd., 2013, p. 26.

[1577] J. TOUSCOZ, « La souveraineté économique, la justice internationale et le bien commun de l'humanité », *in Humanité et droit international, Melanges René Jean DUPUY*, Paris, *Pedone*, 1991, p.316.

[1578] R. KNOX, "Marxist approaches to International law", *in* A. ORFORD (*ed.*), *The Oxford Handbookof the Theory of International Law*, Oxford, *Oxford University Press*, 2016, p. 308.

[1579] R.-D. JESSOP, ''On recent Marxist theories of law, the State and juridico-political ideology", *in* S. M. EASTON (*ed.*), *Marx and Law*, Aldershot, *Ashgate*, 2008, p. 173.

À partir des années soixante, la notion allait être développée par de nombreux théoriciens tiers-mondistes[1580]. En effet, ayant accédé à l'indépendance avec des structures économiques héritées de la colonisation et encore dominées par des entreprises étrangères, les pays en développement ont très vite constaté le décalage existant entre la souveraineté quelque peu immatérielle qui leur était reconnue et leur incapacité à contrôler concrètement la vie économique nationale[1581]. Cette situation défavorable a permis de défendre avec vigueur la notion de souveraineté économique, amplifiée par l'Assemblée générale des Nations unies notamment dans ses Résolutions relatives au « *droit de souveraineté des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles* » et à « *la souveraineté permanente et intégrale de chaque État sur les ressources naturelles et sur toutes les activités économiques* »[1582]. Elle les a aussi incités à tenter d'infléchir le sens de cette notion pour en faire un instrument de la transformation des rapports économiques internationaux, la base même du « nouvel ordre économique international » auquel ils aspiraient et du droit du développement dont on a espéré faire un instrument de décollage économique[1583]. La notion de souveraineté économique était, dans ce contexte, une arme idéologique des pauvres contre les riches au service d'une certaine conception de la justice et du développement international[1584]. Ainsi, la souveraineté économique s'est davantage matérialisée par la reconnaissance du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Porté essentiellement par les nouveaux États, le principe formulé au sein de l'ONU, allait devenir une réponse à ce qui a été perçu comme étant des contrats inégaux pendant la période coloniale[1585]. Il allait ainsi introduire un changement de paradigme,

---

[1580] Voir J.-H. NOLT, *International political economy: the business of war and peace*, London, *Routledge*, 2015, p. 169.

[1581] P. DAILLER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, *Paris, LGDJ,* 2009, 9e éd., p. 1156.

[1582] Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962, *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles.* Le principe sera repris par la suite dans la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique (A/RES/3201/S-VI, 1974) ; Résolution 626 (VII) du 21 décembre 1952, Droit d'exploiter librement les ressources naturelles (A/RES/626/VII).

[1583] Voir R. MULLERSON, ''Ideology, geopolitics and international law'', *Chinese Journal of International Law*, 2016, n° 1, p. 47.

[1584] J. TOUSCOZ, *supra* note 1577.

[1585] À ce titre, le délégué de la Yougoslavie affirmait à l'Assemblée générale que : « *traiter de la même manière la propriété étrangère acquise au moment où les deux Etats intéressés étaient souverains et la propriété étrangère acquise quand l'un des Etats était souverain et l'autre non. On ne saurait automatiquement appliquer à une situation où la plupart des pays sont indépendants, les normes du*

nécessaire pour accompagner l'indépendance économique au-delà du simple volet politique. C'est fort de cette considération que l'article premier commun aux deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme introduit le droit pour tous les peuples de « *disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles* »[1586], sans aller plus loin. Ce sera finalement l'Assemblée générale des Nations unies qui portera haut le principe en le formulant de façon plus claire. Elle affirmait, dès 1952, que, *« le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et ressources naturelles est inhérent à leur souveraineté et conforme aux buts et principes de la Charte des Nations unies* ». À cet effet, l'Assemblée générale demandait à tous les États de « *s'abstenir de tout acte direct ou indirect destiné à empêcher un État quelconque d'exercer sa souveraineté sur ses ressources naturelles* »[1587]. Cette position n'a, par la suite, fait que se renforcer avec la création de la Commission pour la souveraineté permanente sur les ressources naturelles en 1958[1588]. Depuis lors, la doctrine officielle de l'ONU exprimée notamment au travers la célèbre Résolution 1803 ne devait plus varier[1589]. Aujourd'hui, ce qui n'était à ses balbutiements qu'une simple « doctrine »[1590], a acquis incontestablement valeur d'une norme coutumière, traduisant une *opinio juris* largement partagée[1591]. C'est en tous cas ce que révèle son incorporation dans des textes à valeur juridique

---

droit international qui étaient applicables lorsque la moitié du genre humain vivait dans un état de dépendance » *in* 17e Ass. Gén., 2e Commission, 846e séance.

[1586] C'est d'ailleurs en 1952, au moment de la rédaction de cet article qui traite du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes que ce principe fut pour la première fois mis en avant par le Chili, lors des travaux de la Commission des droits de l'homme (voir Document des Nations unies E/CN.4/L.24 : « *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comprend en outre un droit de souveraineté permanent sur leurs richesses et leurs ressources naturelles. Les droits que d'autres Etats peuvent revendiquer ne pourront en aucun cas justifier qu'un peuple soit priver de ses propres moyens de subsistance* ».

[1587] Résolution 626 (VII) du 21 décembre 1952, *Droit d'exploiter librement les ressources naturelles,* adoptée sur proposition de l'Uruguay à la septième session de l'Assemblée générale et contre l'avis des Etats-Unis, du Royaume-Uni, de l'Afrique du Sud et de la Nouvelle-Zélande (A/RES/626/VII).

[1588] A/ RES/1314/XIII.

[1589] Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962, *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles.* Le principe sera repris par la suite dans la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique (A/RES/3201/S-VI, 1974) et dans la Charte des droits et devoirs économiques des Etats (A/RES/3281/XXIX, 1974).

[1590] G. FISCHER, « La souveraineté sur les ressources naturelles », *AFDI*, 1962, vol.8, p. 518.

[1591] G.-B. BURDEAU, « Le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles à l'épreuve de la mondialisation », *in L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui, supra* note 1541, p.29.

contraignante[1592] et sa prise en compte par la jurisprudence[1593]. Toutefois, cette certitude quant à sa valeur juridique, n'en cache pas moins une obscurité quant à son contenu. En effet, le contenu du principe et des règles qui en découlent directement, tel qu'il figure dans la Résolution 1803, reste entouré d'incertitudes majeures tenant principalement à l'absence de définition de la notion de ressources naturelles et à la relative indétermination du titulaire du droit[1594]. Ce dernier aspect reste somme toute exclusif pour voir dans ce principe une illustration de la souveraineté économique qui est un attribut seulement reconnu aux États.

Dire que le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles constitue l'illustration la plus aboutie de la notion de souveraineté économique implique au préalable reconnaître que l'État est le destinataire exclusif de ce « droit ». Pourtant, la confusion paraît être installée, lorsque la Résolution onusienne mentionne les peuples à côté des États. Mais, cela ne doit pas surprendre. La mention des peuples à côté de celle des États visait à l'évidence à sauvegarder les ressources des futurs États en voie de constitution. Ici le peuple est vu comme un élément constitutif de l'État au regard du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans le contexte de décolonisation. Donc en définitive, seuls les États peuvent prétendre à la souveraineté économique en droit international. C'est pourquoi, interpellée sur la question, la CIJ, dans *l'affaire du Timor oriental*[1595], souligne que l'exercice effectif des droits afférents à la souveraineté ne pourra être revendiqué qu'après l'indépendance par le nouvel État. Mais, par ailleurs dans le souci de protection, la Cour évoque le devoir pour les autres États de faire en sorte que l'exercice futur et éventuel de ce droit par l'État en voie de création ne se trouve pas compromis par la disparition complète de la ressource. Donc le peuple n'est destinataire de cette « souveraineté permanente » que si elle aspire légitimement à se constituer en État et ne peut en réalité revendiquer cette souveraineté qu'une fois la transformation peuple/État est établie. C'est dans ce sens qu'il faut aussi

[1592] Les deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966, la Convention de Vienne sur les Successions des États en matière des traités de 1978, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

[1593] Voir Sentence arbitrale, 17 janvier 1977, *Affaire Texaco Calasiatic/ Gouvernement Libyen*, *ILM*, vol. 17, janvier 1978, pp.3-37. ; Sentence arbitrale, 24 mars 1982, *Aminoil c/ Koweït* ; CIJ, 30 juin 1995, *affaire du Timor Oriental, supra* note 1568.

[1594] G.-B. BURDEAU, « Le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles à l'épreuve de la mondialisation » *supra* note 1591.

[1595] *Supra* note 1568.

comprendre la Résolution 61/184 adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 décembre 2006 « Souveraineté permanente du peuple palestinien dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est et de la population arabe dans le Golan syrien occupé, sur les ressources naturelles».

Une fois établie que l'État est le seul titulaire de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, il convient de relever que le droit international l'analyse comme faisant partie du noyau dur inaliénable de la souveraineté de l'État et ceci pour des besoins fonctionnels. En effet, la Résolution 1803, elle-même, annonce la couleur lorsqu'elle affirme que « *toute mesure prise (…) doit se fonder sur la reconnaissance du droit inaliénable qu'a tout État de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles* »[1596]. L'expression, droit inaliénable, renvoie dans ce cadre à l'ancienne théorie des droits fondamentaux de l'État. La Charte des droits et devoirs économiques des États précise plus clairement que : *« chaque État détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer* »[1597]. En termes juridiques, cet énoncé présente la souveraineté permanente comme une compétence légale. Ce qui caractérise ce pouvoir est sa permanence, son exhaustivité et son inaliénabilité. En d'autres termes, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles peut être exercée à tout instant de manière continue, et ce, nonobstant toute disposition contraire de droit interne ou tout arrangement conclu par l'État ou toute obligation assumée par lui au regard du droit international[1598]. Cet aspect de la souveraineté reste intact et inaliénable, quels que soient les engagements juridiques contractés par l'État. Leur aliénabilité emporterait une remise en cause de la qualité d'État elle-même. La CIJ, dans *l'affaire du Timor oriental*, ajoute que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est une « *composante importante de la souveraineté* »[1599]. À cet égard, la Cour relève que tout nouvel État accédant à l'indépendance peut faire valoir ses droits en rejetant éventuellement un traité antérieurement conclu qui porterait atteinte à sa souveraineté. Ainsi, il s'agit d'un

[1596] §4 de la Résolution (l'italique est de nous).
[1597] Article 2 al. 1 de ladite Charte (A/RES/3281/XXIX, 1974).
[1598] G. ABI-SAAB, « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles », *in* M. BEDJAOUI (*dir.*), *Droit international : bilan et perspectives*, Paris, *Pedone*, tome 2, 1991, p. 646.
[1599] *Supra*, note 1568.

droit intransférable renvoyant à l'idée d'un noyau dur sans lequel il ne saurait y avoir « État ». Cette interprétation qu'en fait le droit international s'explique par le besoin de protéger et d'accompagner les États nouveaux issus de la décolonisation et de protéger l'État contre sa propre faiblesse. C'est dans cette perspective que la notion de souveraineté économique a une vertu défensive. Ainsi, elle implique une vision égalitaire plus réaliste que formelle.

2. Justification pratique

En principe, la souveraineté économique établit une vision égalitaire stricte de la notion d'État dans le domaine économique. En effet, l'égalité souveraine constitue, à la fois, le fondement des relations interétatiques en matière politique et également en matière économique, du moins en principe[1600]. Le droit international économique général doit ainsi s'appliquer uniformément à tous les États, ceux-ci disposant des mêmes droits et étant soumis aux mêmes obligations. En outre, tous les États, parce qu'ils sont également souverains, détiennent les mêmes compétences économiques ; au titre de leurs compétences dans la gouvernance et la gestion des services publics, ils se dotent de règles et d'institutions qui leur permettent d'organiser les activités économiques et de les orienter à leur guise. Au titre de leurs compétences territoriales, les États définissent le contenu et le régime de leurs domaines public et privé. De même, les États autorisent et règlementent les activités des étrangers sur leur territoire. Enfin, les États, au titre de leur compétence personnelle, peuvent, dans certaines limites, règlementer les activités économiques de leurs ressortissants à l'étranger[1601]. Dans l'exercice de toutes ces compétences souvent canalisées par la conclusion de conventions internationales, les États sont strictement égaux en raison de leur souveraineté économique[1602]. Il est clair, cependant, que les immenses inégalités de fait qui existent entre les États ne sont pas sans conséquence sur l'exercice de leurs compétences en matière économique.

[1600] D. CARREAU, *supra* note 1576, p. 28.
[1601] Voir A. VAUGHAN LOWE, ''Sovereignty and International Economic Law'', *supra* note 1574, p. 82.
[1602] J. TOUSCOZ, *supra* note 1577, p. 321.

Le premier élément est relatif à l'orientation libérale qui sous-tend le droit international économique et contribue ainsi à favoriser l'idéologie des « grandes puissances » sur d'autres États[1603]. Comme le note, en effet, D. Carreau, « *le droit international économique positif ne repose plus aujourd'hui que sur un seul modèle économique qui en sous-tend les règles et principes, à savoir le système capitaliste* »[1604]. Autrement dit, tous les États sont maintenant invités à maintenir ou instituer une économie ouverte fondée sur le marché, compte tenu des mérites et du succès de cette forme d'organisation de la production et des échanges. Ils devront donc libéraliser leur commerce extérieur, s'ouvrir à l'investissement étranger direct et pratiquer une politique économique interne dite de « bon gouvernement »[1605]. Les règles dont le respect est garanti par le FMI et l'OMC vont toutes dans ce sens. En un mot, tous les pays sont encouragés à s'insérer dans une division internationale du travail en application de la loi économique bien connue de l'avantage comparé dégagé par la pensée classique du XIXe siècle. S'il ne s'agit pas cependant de revenir au « laissez-faire, laissez-passer », de cette époque, l'inspiration libérale demeure bien présente[1606]. Ainsi, l'ordre économique international actuel tient sa cohérence idéologique du libéralisme qui l'inspire et qui se traduit par la mondialisation des règles juridiques qui le constituent[1607]. Cet impérialisme idéologique[1608] justifie un traitement particulier des pays en difficulté, d'autant plus que l'origine de leurs malheurs ne leur est pas imputable, mais est dû à des causes extérieures.

Le second élément est relatif à l'écart entre niveaux de développement des États[1609]. Tous les États n'ont pas le même poids économique, cela va de soi. Un

---

[1603] Voir O. MEREZHKHO, ''Ideology of liberalism and International Law'', *Baltic Yearbook of International Law*, 2015, vol. 15, p. 55; E. JOUANNET, *Qu'est ce qu'une société international juste?*, Paris, *Pedone*, 2011, p. 42 ; Y. NOUVEL, « L'État néo-libéral au cœur de la mondialisation économique *», in L'État dans la mondialisation*, *colloque SFDI*, Paris*, Pedone*, 2013, p. 133.

[1604] D. CARREAU, *supra* note 1576, p. 16.

[1605] *Ibidem.*Voir aussi, M. SORNARAJAH, ''Mutations of neo-liberalism in International investment Law", *Trade, Law and Investment*, 2011, n° 1, p. 203.

[1606] Voir V. BILKOVA, ''Symbols of illiberalism in the World of Liberal States''*, Baltic Yearbook of International Law*, 2015; vol. 15, p. 249.

[1607] K.-G. GIESEN, « l'éthique libérale de la mondialisation *», in Etude des relations internationales : problématiques contemporaines,* Paris, *PUF*, 2013, p. 93.

[1608] A. ANGHIE, ''Imperialism and International legal theory ''*, The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 2016, p. 156.

[1609] Voir G.-M. WHITE, *International economic law and developing States: some aspects*, London, *International Economic Law series,* 1998, vol. 1, 148 p.

certain nombre de critères a été avancé pour les catégoriser. La doctrine économique s'y est essayée avec un certain succès, puisqu'elle a dégagé un ensemble de critères qui permettent de distinguer entre pays développés et pays en développement. La doctrine juridique n'a pas rencontré le même succès et le recours au système de l'« auto-élection » ou d'« auto sélection aménagée »[1610], qui permet de traiter comme pays en développement, sauf exception, tout pays qui se désigne comme tel montre bien ses limites. Il est vrai que la différenciation entre pays en développement rend encore plus complexe leur identification. Mais cette différenciation doit être prise en compte par le droit. Les mesures que la société internationale économique doit prendre en faveur des pays en développement ne sauraient être identiques dans tous les cas. Elles doivent refléter le plus ou moins grand degré de consolidation ou de fragilisation des bénéficiaires[1611]. Deux principes de classification se manifestent à ce niveau. D'un côté, il est fait appel à des critères de caractère général comme le revenu national pour distinguer entre pays en développement[1612]. De l'autre côté se dégagent des critères de caractère spécial, qui permettent de discerner des situations particulières, auxquelles seules des mesures spéciales pourraient remédier. Il convient toutefois de faire une place particulière à une catégorie qui émerge depuis quelques années sur la scène internationale : les nouveaux pays industrialisés (NPI)[1613].

Face à cette diversité factuelle, la conception réaliste de la notion d'État prend ainsi le pas sur la conception formelle, notamment dans l'application des règles du droit international économique.

[1610] G. DE LACHARRIERE, « Identification et statut des pays ''moins développés « », *AFDI*, 1971, vol. 17, p. 461.

[1611] G. VERDIRAME, ''The definition of developing contries under GATT and other international law'', *German Yearbook of International Law*, 1996, p. 164.

[1612] C'est ainsi que l'ONU a publié une liste de pays moins avancés (PMA) sur la base de trois critères généraux : le PIB/habitant, la part des inndustries manufacturières dans le PIB et le taux d'alphabétisation.

[1613] Voir V. PAONE, « Pays émergents et pays industrialisés : insoutenable rivalité ou avenir commun forcé ? », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2010, vol. 11, p. 141.

B. Une conception égalitaire plus réelle que formelle

Le particularisme de la société internationale économique et de la souveraineté économique, doublé de l'expansion de l'idéologie libérale et de l'existence manifeste d'écarts de développement, a conduit à une conception égalitaire de la notion d'État propre. Contrairement au droit international classique, le droit international économique ne saurait se suffire pleinement d'une vision égalitaire stricte ou formelle de la notion d'État. On cherche, en effet, la possibilité de rectifier, par le moyen du droit, les inégalités nées depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Il est espéré que le droit fonctionne de manière proactive pour garantir substantiellement l'égalité souveraine, qui en constitue un des principes fondamentaux. Son objectif n'est plus d'assurer l'égalité au niveau de l'application du droit, mais celle des faits, c'est-à-dire l'égalité réelle[1614]. Le droit international économique ne traite pas ainsi de façon identique les pays développés et les pays en développement. Il aménage des règles, de sorte que, dans les relations économiques internationales, les pays en développement reçoivent un traitement plus favorable que les pays développés, afin qu'à terme, soient compensées les inégalités de développement entre les uns et les autres. Autrement dit, la matérialisation du principe d'égalité n'évite aucunement des situations dans lesquelles des règles conventionnelles puissent rompre l'égalité formelle, afin de prendre en compte certaines différences factuelles et d'établir, pour reprendre la formule de Virally, « *l'inégalité compensatrice* »[1615]. L'idée d'égalité réelle prend ainsi le pas sur l'idée d'égalité formelle. Cette vision d'égalité réelle trouve à s'appliquer notamment dans le domaine des relations commerciales internationales[1616] (1), mais aussi dans le domaine des investissements internationaux[1617] (2).

[1614] S. HAMAMOTO, « L'État situé dans le droit international de l'investissement », *in, 'L'être situé', effectiveness and purposes of international law*, Leiden, Boston, *Brill Nijhoff*, 2015, p.3.

[1615] M. VIRALLY, « La Charte des droits et des devoirs économique », *AFDI*, 1974, p. 75.

[1616] Voir E. LOQUIN, *l'arbitrage du commerce international*, Issy-Les-Moulinex, *Lextenso*, 2015, 460 p.

[1617] Voir M. AUDIT, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Issy-Les-Moulinex, *Lextenso*, 2015, 764 p ; F. ROSENFELD, '' Abstract interpretations in international investment law'', *in*, P. PHOTINI (*ed.*), *Reconceptualising the rule of law in global governance, resources, investment and trade*, Oxford, *Hart Publishing*, 2016, pp. 341-343.

1. La conception égalitaire réelle dans les relations commerciales internationales

Concrètement, la conception égalitaire réelle et non formelle de la notion d'État se manifeste au niveau des relations commerciales internationales à travers l'adoption d'une clause de non-réciprocité et d'une clause d'habilitation.

Sur le premier point, on sait qu'en droit international classique, la réciprocité est un critère d'application du droit[1618], et cette règle n'est rien d'autre qu'une implication logique de la vision égalitaire formelle de la notion d'État. Mais, dans les relations commerciales Nord-Sud, en vertu de la vision égalitaire réelle de la notion d'État, la non-réciprocité est censée constituer la règle dans les échanges[1619]. C'est ainsi que l'article XXXVI § 8 du GATT (issu de la section « Commerce et développement » dite partie IV ajoutée en 1966) prévoit la non-réciprocité dans les négociations commerciales entre pays développés et pays en développement en ces termes :« *Les parties contractantes développées n'attendent pas de réciprocité pour les engagements pris par elles dans les négociations commerciales de réduire ou d'éliminer les droits de douane et autres obstacles au commerce des parties contractantes peu développées* ».

En application de cette disposition, les engagements pris lors des « cycles » Kennedy, de Tokyo ou de l'Uruguay par les États développés l'ont été sans réciprocité de la part des pays en développement. Au niveau de l'OMC, la même logique de l'égalité réelle comme dans le cadre du GATT est reprise. Un traitement particulier est réservé aux pays en voie de développement, remettant en cause l'idée d'égalité formelle[1620]. Il en va ainsi de l'Accord sur l'Agriculture (article 15), de l'Accord sur « l'application de mesures sanitaires et phytosanitaires » (article 10), de l'Accord sur « les obstacles techniques au commerce » (article 12), de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et lié au commerce (article 41), de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994 (article 15), de

[1618] Voir D. NASROLAHI-FARD, *Reciprocity in International Law : its impacts and function*, New York, *Taylor and Francis Group*, 2016, p. 6 ; S. CHERIET-BENSEGHIR, « L'application des conventions internationales : le contrôle du juge sur le respect de la condition de réciprocité », *supra* note 1273 p. 1133 ; E. DECAUX, *La réciprocité en droit international*, Paris, *LGDJ*, 1980, t. 2, p. 26.

[1619] Voir J.-D. KERTZER and B.-C. RATHBUN, ''Fair is fair: Social preferences and reciprocity in international politics'', *World politics: a quarterly journal of international relations*, 2015, n° 4, p. 613.

[1620] R. IDA, « Le systsème international du commerce et pays en voie de développement », *International Affairs*, 1998, vol. 463, p. 54.

l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994 (article 20), de l'Accord dur les Subventions et Mesures compensatoires (partie VIII et article 27), etc.

Quant à la clause dite d'habilitation [1621] ou « permissive » (*Enabling clause*)[1622], elle consiste en une exception au principe du traitement général de la nation la plus favorisée (article 1 du GATT) et se traduit donc par un traitement spécial et préférentiel. Selon cette clause, « *Nonobstant les dispositions de l'article premier de l'Accord général, les parties contractantes peuvent accorder un traitement différencié et plus favorable aux pays en développement, sans l'accorder aux autres parties contractantes* »[1623]. L'application concrète de cette clause en est le système des préférences généralisées (SPG) [1624] qui permet d'octroyer, aux pays en développement, des régimes tarifaires privilégiés, c'est-à-dire, en deçà des droits de douane arrêtés hier au GATT, aujourd'hui à l'OMC. Les Accords de l'OMC ont donc repris à leur compte, le traitement spécial et différencié et permettent ainsi, dans certains cas, un traitement préférentiel en faveur des pays en développement, incluant les mesures telles qu'un temps supplémentaire pour respecter leurs engagements, un plus grand accès aux marchés, la préservation des intérêts des pays en développement lors de l'adoption de certaines mesures internes ou

[1621] Voir M.-F. VALETTE, « la resurgence des dissonances Nord-Sud relatives à la clause d'habilitation », *Revue Belge de Droit International*, 2005, n° 1-2, p. 623.

[1622] Voir à ce propos, R.-B. KLEINBERG, *The politics of international trade regulation in the developing world: law and policy of ''preferential'' treatment in the governance of world trade*, Durham, *Carolina Academy Press*, 2011, 203 p.

[1623] Décision n° l/4903 du 28 novembre 1979 intitulée « *Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement* ». Cette disposition fait échos à l'article 19 de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats selon lequel « *pour accélerer la croissance économique des pays en développement et combler le retard économique qu'ils ont sur les pays développés, ces derniers devraient leur accorder, dans les domaines de coopération économique internationale qui s'y prêtent, un traitement préférentiel généralisé, sans réciprocité ni discrimination* ».

[1624] Voir P. VINCENT, « Le nouveau système communautaire de préférences généralisées », *Cahiers de droit européen*, 2005, n° 5-6, p. 683; C. VADCAR, « le traitement special et préférentiel: plaidoyer contre les systems de preference généralisées», *JDI*, 2005, n° 2, p. 330; K.-C. KENNEDY, '' The Generalized System of Preferences after four decades : conditionalityand the shriking marging of preference'', *Journal of International Law and Practice*, 2012, n° 3, p. 521 ; P. KISHORE, ''Conditionalities in the Generalized system of preferences as instrument of global economic governance'', *in American Bar Association, section of International Law and Practice*, Washington DC, *The international lawyer*, 2011, p. 895.

internationales ou encore une assistance technique [1625]. Dans cette même perspective, l'Union européenne a également mis sur pied dans ses relations avec les pays en développement, son propre système de préférence généralisée en matière tarifaire[1626].

L'égalité réelle permet ainsi de prendre en compte les disparités de développement et de mettre la souveraineté économique des États au service de leur développement. Il ne s'agit donc pas de la souveraineté économique considérée comme un ensemble de compétences, mais de reconnaître à certains États des droits particuliers, nécessaires à leur développement. Ainsi, les États ont droit à un traitement particulier pour mettre leur souveraineté au service de leur développement (donc une souveraineté économique). Ces mêmes considérations fondent-elles la vision égalitaire de l'État en droit des investissements internationaux ?

2. La vision égalitaire réelle en matière d'investissements internationaux

L'affirmation d'une vision égalitaire réelle de la notion d'État en droit des investissements internationaux est moins évidente que celle dans le cadre du droit du commerce international. Contrairement au GATT et à l'OMC, les traités d'investissement ne contiennent pas de clause relative à « un traitement différentié et plus favorable » applicable aux États en voie de développement[1627]. Ils créent tout simplement des droits et des obligations réciproques, ce qui renvoie à l'idée d'égalité formelle. Cela s'explique par le fait que les États en voie de développement sont plus

[1625] C.-E. COTE, « De Genève à Doha : genèse et évolution du traitement spécial et différentié des pays en voie de développement dans le droit de l'OMC », *McGill Law Journal*, 2010, n° 1, p. 115. Voir aussi OMC, Comité du Commerce et du Développement, *Dispositions relatives au traitement spécial et différencié figurant dans les accords et décisions de l'OMC*, WT/COMTD/W196, 14 juin 2013.

[1626] Voir S. OULARBI, « La reforme des règles d'origine des produits du schéma des préférences généralisées : entre impératif de simplification et besoin de protection », *RMCUE*, 2012, vol. 558, p. 303. M. DISPERSYN, « Un nouveau cadre pour la dimension sociale dans le système de préférences généralisées de la Communauté », *in Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, *Bruylant*, 2005, p. 153.

[1627] Voir C. BROWN, ''The development by States of model bilateral investment treaties'', *in* W. SHAN *(ed.),China and International Investment Law: Twenty Years of ICSID Membership* , Leiden, Boston, *Brill Nijhoff*, 2015, p. 116.

des importateurs de capitaux que des exportateurs de fonds[1628]. Ainsi, le plus important pour eux, c'est d'attirer sur leur territoire le plus d'investisseurs étrangers que possibles en octroyant à ceux-ci un certain niveau de traitement garanti sur le plan du droit international[1629]. Ils ne s'intéresseraient donc guère au niveau de la protection d'éventuels investissements de leurs ressortissants dans les États développés, dans la mesure où la protection est assurée de manière réciproque. On ne s'étonne ainsi outre mesure qu'une partie importante de la doctrine considère les traités de protection et d'encouragement d'investissement comme des instruments d'une nouvelle forme d'impérialisme[1630]. Toutefois, il convient de relativiser cette étude textuelle qui semble corroborer l'idée d'une conception égalitaire formelle de l'État en droit des investissements internationaux. L'étude de la pratique jurisprudentielle nous permet de voir émerger le développement de la vision égalitaire réelle de la notion d'État au service de la souveraineté économique.

En analysant le principe de traitement juste et équitable[1631], certains tribunaux prennent en considération la situation factuelle de certains États au détriment de l'application formelle du droit. Cette attitude, même si elle n'est pas généralisée, traduit une vision égalitaire réelle et non formelle de la notion d'État. Illustrons !

Dans l'affaire *Sergei Paushok c/ Mongolie*[1632], des investisseurs russes ont contesté la taxe exceptionnelle sur l'or promulguée par le gouvernement de la

---

[1628] R. CHARVIN, *L'investissement international et le droit au développement*, Paris, *L'hramattan*, 2002, p. 7.

[1629] N. MAHMOOD, ''Democratizing Investment Laws'', *Journal of World Investment and Trade*, 2013, vol. 147, p. 83; A. GUZMAN, ''Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral interment treaties'', *Virginia Journal of International Law*, 1998, vol. 38, p. 636 (qui explique que les pays moins développés sont engages dans une logique du dilemma du prisonnier les uns envers les autres qui fait que tout en refusant de conclure un traité multilateral de protection des investissements, ils acceptant de conclure des traités du même type sur une base bilatérale).

[1630] K. MILES, ''International Investment Law: origins imperialism ans conceptualizing the environment'', *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 2010, vol. 21, p. 37.

[1631] C. SANTULLI, « Le traitement juste et équitable: stipulation particulière ou principe général de bonne conduite? », *RGDIP*, 2015, n° 1, p. 69; J. HAYNES, ''The evolving nature of the fair and equitable treatment standart'', *Journal of World Investment and Trade*, 2013, vol. 14, p. 114; M.-S.-N. VICENTE, ''what is fair and equitable treatment standard?: content and sources'', *World Arbitration and Mediation Review*, 2015, n° 1, p. 51.

[1632] CNUDCI, sentence sur la compétence et la responsabilité du 28 avril 2011, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company et CJSC Vostokneftgaz Company contre Mongolie*. Voir commentaire, B. POULAIN, « La clause de respect des engagements : une clause d'extension de la compétence du juge du traité aux ''contrats claims'' », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2012, n° 4, pp. 930-940 et R.

Mongolie après l'établissement des investissements. Ils ont considéré que cette taxe exceptionnelle frustrait leurs attentes légitimes et transgressait ainsi la clause relative au traitement juste et équitable contenu dans le TBI entre la Mongolie et la Russie. Le Tribunal, tout en reconnaissant que la taxe en question était généralement considérée comme excessive par des membres du Parlement et du gouvernement mongol, a décidé que l'imposition de cette taxe ne portait pas atteinte aux attentes légitimes des investisseurs pour les raisons suivantes :

> ''*Foreign investors are acutely aware that significant modification of taxation levels represents a serious risk, especially when investing in a country at an early stage of economic and institutional development. In many instances, they will obtain the appropriate guarantees in that regard in the form of, for example, stability agreements which limit or prohibit the possibility of tax increases. As a matter of fact, GEM attempted, although without success, to obtain such an agreement in 2001, a few years after Claimants' initial investment and, in 2002, Vostokneftegaz —a company controlled by Claimants —did secure a stability agreement on a certain number of taxes. In the absence of such a stability agreement in favor of GEM, Claimants have not succeeded in establishing that they had legitimate expectations that they would not be exposed to significant tax increases in the future*"[1633].

Il est donc possible que la même imposition viole la clause du traitement juste et équitable si elle est promulguée dans un État développé. Cependant, dans cette affaire, puisque la Mongolie est un État en « *early stage of economic and institutional development* », le Tribunal a considéré que l'imposition en question n'était ni injuste, ni inéquitable. Le Tribunal établit ainsi une vision égalitaire réelle de la notion d'État, en prenant en compte la faiblesse économique de l'État défendeur. De ce fait, le Tribunal protège la souveraineté économique de l'État qui doit être mise au service de son développement, ce que J.-D Mouton qualifie de *« conception fonctionnelle de la souveraineté* »[1634].

KLAGER, ''*Sergei Paushok, CJSDC Golden East Company, CJSC Votokneftegaz Company v Mongolia''*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2012, vol. 27, n° 2, pp. 16-20.

[1633] *Ibid*., § 302.

[1634] J.-D. MOUTON, « L'État selon le droit international : diversité et unité », *supra* note 36, p. 97.

Dans le même sens, dans l'affaire *El Paso c/ Argentine*[1635], le Tribunal a soutenu, s'agissant de la même obligation relative au traitement juste et équitable, que les attentes légitimes des investisseurs pourraient être différentes selon le niveau de développement de l'État d'accueil. Dans l'affaire *White Industries c/ Inde*[1636], la Chambre de commerce international considère qu'un retard de neuf ans dans une procédure judiciaire constitue normalement une violation de la clause du traitement juste et équitable. Mais, puisque ce retard a eu lieu dans un État en voie de développement, la Chambre a dû apprécier la différence de fait entre État développé et État en voie de développement, pour moduler l'application de l'exigence de célérité. Les États ne sont donc pas égaux (au sens formel du terme) devant leurs obligations conventionnelles. La prise en compte de la situation réelle a ainsi conduit la Chambre à conclure que : ''*It is relevant, when examining the behaviour of the courts, to bear in mind that India is a developing country with a population of over 1,2 billion people with a seriously overstretched judiciary…*''[1637].

Les décisions arbitrales analysées nous permettent de remettre en cause une tendance générale niant une vision égalitaire réaliste de l'État en matière d'investissements internationaux. La clause du traitement juste et équitable, inscrite dans de très nombreux traités d'investissement est la provision la plus fréquemment invoquée dans les procédures arbitrales instituées sur la base des traités d'investissement. Elle s'applique de manière différente selon le niveau de

---

[1635] CIRDI, sentence du 31 octobre 2011, *El Paso Energy International Company v Argentine Republic*, case number ARB/03/15. Voir commentaires: G. CAVAZOS VILLANUEVA, "El Paso Energy International Company v Argentine Republic ''*, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal,* 2012, n° 2, pp. 27-32; J. FOURET and D. KHAYAT, ''Award, El Paso energy international company versus The Argentine republic'', *The law and practice of international courts and tribunals,* 2013, n°1, pp.138-145; A.-M. STEINGRUBER, ''El Paso v. Argentina republic: UNIDROIT principle of international commercial contracts as a reflection of general principle of law recognized by civilized nations in the context of an investment treaty claim'', *Uniform Law Review*, 2013, n° 3-4, pp. 509-531.

[1636] CNUDCI, sentence, 30 novembre 2011, *White Industries Australia Limited contre République d'Inde.* Voir commentaires: S. LEMAIRE, *in Revue de l'arbitrage*, 2013, n° 2, pp. 513-521 ; M. SANAN, '' The White Industries award : shades of grey'', *Journal of World Investment and Trade*, 2012, n° 4, pp. 661-685; S. IYER, ''Redifining investment regime in India: Post White Industries'' *Journal of World Investment and Trade,* 2013, n° 3, pp. 595-611; S. BALTHASAR, '' White Industries v. India: redefining the interface between commercial and investment arbitration?'', *Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, 2012, n° 4, pp. 395-400; A. RAYA, ''White Industries Australia Ltd. V. Republic of India: a nex lesson for India'', *Journal of International Arbitration*, 2012, n° 5, pp. 623-635; L. KALNINA, ''White Industries. v. Republic of India: the tale of treaty shopping ans second chances'', *Yearbook of International Arbitration*, 2013, n° 285-292.

[1637] *Ibid*., § 10.4.18.

développement économie de l'État d'accueil. Selon l'expression de S. Hamamoto, cette clause du traitement juste et équitable instaure « *un droit véritablement situationnel* »[1638], et une vision égalitaire réelle de la notion d'État. Ainsi, le droit des investissements, tout comme le droit des relations commerciales internationales, se dotent d'un outil conceptuel au service de la protection de la souveraineté économique, notamment des États en voie de développement.

En conclusion, la vision égalitaire de la notion d'État est au service de l'idée d'une protection de la souveraineté, juridique ou économique, de l'État. Cette première perspective justifie l'idée qu'en droit international, **la notion d'État est une notion fonctionnelle et que la fonction singulière (au-delà de la diversité des critères) est celle de la protection de la souveraineté.** La notion d'État en droit international trouve ainsi sa rationalité singulière dans cette fonction protectrice. Par ailleurs, la conception unitaire de l'État que développe le droit international contribue à renforcer cette conclusion.

[1638] S. HAMAMOTO, « L'État situé dans le droit international de l'investissement », *supra* note 1614, p.22.

Section 2. Une conception unitaire protectrice de la souveraineté

La protection de la souveraineté passe, avant tout, par une conception unitaire[1639], voire monolithique de la notion d'État. Les deux sont en effet intimement liées, de sorte que la dernière est au service de la première. Dans cette hypothèse, la fonction de la notion unitaire d'État, dans le discours juridique international, est de protéger ce qui fait l'essence du droit international, à savoir la souveraineté des États, dans sa composante interne et externe (Paragraphe 1). Toutefois, on se rend compte que cette conception peut présenter un certain nombre de limites (Paragraphe 2), ce qui permet d'envisager son dépassement pour une meilleure prise en compte de l'impératif d'efficacité de la norme (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. La vision unitaire et la protection des deux faces de la souveraineté

L'application du droit international doit être assurée par des États souverains, c'est-à-dire des États qui disposent d'une absolue supériorité sur leurs sujets (1) et qui sont totalement indépendants par rapport à leurs semblables (2). Surgissent, donc, dans cette hypothèse, les deux facettes de la souveraineté que la doctrine internationaliste comme constitutionnaliste a toujours tendance à relever et en fonction desquelles la notion unitaire d'État trouve tout son sens.

A. La conception unitaire de la notion d'État et la protection de la souveraineté interne

La conception unitaire de la notion d'État a pour fonction première de protéger la souveraineté dans sa dimension interne. Elle permet ainsi de préserver ce qui

[1639] À distinguer la notion unitaire d'État et la notion d'État unitaire. Cette dernière est une forme d'État reconnue en droit constitutionnel comme étant une forme d'organisation politique caractérisée par un seul centre d'impulsion politique, contrairement à la forme d'État composé. Voir pour cette question : F.-M. SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, Paris, *Dalloz*, 2014, 33e éd., p. 24 et ss.

fait l'essence de la souveraineté au niveau interne, à savoir, d'une part, l'absolue supériorité du pouvoir souverain (1) et, d'autre part, l'unicité de ce pouvoir souverain (2).

1. La conception unitaire de la notion d'État : la préservation de l'absolue supériorité du pouvoir souverain

L'une des premières implications de la souveraineté, en tant que logique structurante de l'ordre juridique international[1640], est la reconnaissance d'une seule autorité suprême dans l'ordre interne. En effet, la naissance du droit international moderne, ainsi que celle de l'État moderne, est marquée par un processus de territorialisation[1641]. L'organisation politique et juridique des sociétés s'effectue désormais en fonction de territoires bien déterminés sur lesquels le maintien de l'ordre social est devenu la fonction principale de chaque système politique[1642]. Le territoire et son contrôle occupent désormais le centre des préoccupations principales pour les États[1643]. Le territoire constitue ainsi le critère du pouvoir politique étatique et le fondement de sa domination sur les personnes se trouvant sur son territoire[1644]. Ce lien particulier de l'État avec son territoire lui a conféré une place exclusive dans l'organisation politique et juridique des sociétés. Rattachée à un

[1640] *Ibidem*.

[1641] Voir G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris, *Pedone*, 2002, p. 8. Sur le rôle constructeur et organisateur de la frontière, voir C. POLLMANN, « La frontière: horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectif», *RDP,* 1999, pp. 481-499; et sur l'attractivité de la notion de territoire pour le pouvoir politique, voir également E. LAGRANGE, « Les titres de compétence», *in Les compétences de l'État en droit international*, SFDI, Paris, *Pedone*, 2006, p. 114.

[1642] Voir F.-H. HINSLEY, *Sovereignty, Cambridge University Press*. 1966, p. 5; R. AXTMANN, "The State of the State: The Model of the Modern State and its Contemporary Transformation", *IPSR*, 2004, p. 261.

[1643] Voir D. ALLAND, « Les représentations de l'espace en droit international public», *in Le droit international*, *APD,* t. 32, 1987, pp. 163-178

[1644] « Supreme authority within a territory»: c'est la définition généralement donnée à la souveraineté. Et la reconnaissance d'un titulaire unique de cette puissance suprême dans un territoire déterminé remonte à l'époque westphalien, voir J.-A. CAMILLERI et J. FALK, *The end of sovereignty ? the politics of a shrinking and fragmenting world*, *Aldershot*, 1992, p.14.

territoire déterminé, la souveraineté étatique «*constitue la ligne de partage entre l'infra-étatique et l'interétatique*»[1645].

La souveraineté manifeste la supériorité de l'État sur les autres groupements, privés ou publics, et sur les individus. L'*imperium* de l'État se caractérise donc par l'aptitude de ce dernier à soumettre ses « sujets »[1646] à son contrôle. Comme le relèvent J. Combacau et S. Sur :

> « *Dans l'ordre interne, on dit de l'État qu'il est souverain en se référant à tous les degrés inférieurs de l'échelle des personnes publiques et à ses sujets eux-mêmes. L'État a d'abord une puissance plus grande qu'aucune des collectivités qu'il englobe et, là où la leur est limitée et spécialisée, la sienne est totale et générale (…). La puissance suprême de l'État se définit ainsi en droit interne par son contenu positif de plénitude, comme le plus grand degré possible de supériorité de son titulaire sur ceux qui lui sont soumis, qui comporte le pouvoir de briser la résistance aussi bien de ses sujets que de ses rivaux en puissance, les uns et les autres subordonnés »*[1647].

Le système international, partant d'un tel présupposé, en tire pour conséquence que l'État étant, en quelque sorte, « maître chez lui » doit, sous certaines conditions, répondre des faits internationalement illicites de ses « sujets ». La doctrine avance deux arguments pour expliquer cette conception de la souveraineté : d'une part, la théorie de la compétence de la compétence et, d'autre part, la liberté d'auto-organisation des États.

La doctrine allemande forge l'absolue supériorité de l'État au niveau interne à travers la théorie de la *Kompetenzkompetenz* (compétence de la compétence). Selon cette conception, explique Jellinek, la souveraineté est la capacité exclusive (…) de déterminer l'étendue de son propre ordre juridique[1648]. L'État aurait donc le monopole de cette compétence juridique spéciale et serait la seule instance politique dominant toutes les autres grâce à sa faculté de déterminer leur régime juridique sans leur

---

[1645] J.-P. COLIN, «Variations sur la souveraineté», *supra* note 1511, p. 2.
[1646] Quant aux êtres sur qui s'exerce la puissance étatique, ce sont «des « sujets », non pas ici en tant qu'ils se voient accorder la personnalité juridique (…) mais en ce qu'ils sont soumis à la puissance de l'État, « assujettis » à son imperium ». J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *supra* note 18 , p. 236.
[1647] *Ibidem*.
[1648] O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, *PUF*, 1994, p. 16.

consentement. Mais, une telle capacité d'imposer unilatéralement sa propre volonté, n'est autre chose que la qualité essentielle de la souveraineté interne. Par conséquent, la souveraineté ne se réduit pas à un contenu négatif (l'indépendance), mais se concrétise également par une compétence. Elle est donc l'affirmation d'une suprématie.

À la suite de la doctrine allemande, la doctrine française s'est aussi fondée sur cette théorie pour justifier la supériorité de l'État. En effet, pour justifier la souveraineté de l'État fédéral, Carré de Malberg a invoqué la capacité de cet État d'étendre ses compétences au détriment de l'État fédéré. Cette souveraineté se manifeste donc par l'existence d'une compétence spéciale qui, selon lui, est la révision de la Constitution fédérale effectuée de façon unilatérale sans le consentement de l'entité fédérée. Elle est donc définie comme « *la faculté pour un État d'étendre indéfiniment ses compétences* »[1649]. C'est ainsi que le Professeur de Strasbourg concluait que :

> « *le propre des collectivités étatiques, c'est qu'elles possèdent par l'effet d'une puissance qui n'appartient qu'à elles, et qui trouve sa consécration dans le système de leur droit positif, la faculté d'imposer la volonté générale, même aux membres opposants et de ramener ainsi la totalité des citoyens à une unité, qu'aucun d'eux ne pourrait par le seul effet de son opposition, empêcher de se former, ni rompre. En d'autres termes, la caractéristique de l'État, c'est qu'il est capable de dominer et de réduire les résistances individuelles »*[1650].

La puissance étatique est donc unique. Il ne peut y avoir deux puissances étatiques coexistant sur un même territoire. Il est impossible de la fragmenter ou de la transférer[1651].

À côté de cette théorie de « la compétence de la compétence », l'absolue supériorité de l'État au niveau interne est aussi expliquée par la capacité d'auto-organisation de ce dernier. Le fait que les États soient libres de s'organiser est une

---

[1649] R.-C. MALBERG, *Contributions à la théorie générale de l'État*, *supra* note 129.
[1650] *Idem*, avant-propos, p. XIV.
[1651] O. BEAUD, « La souveraineté dans la contribution à la théorie générale de l'État de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, p.1261.

règle générale sur laquelle se fonde l'ordre juridique international[1652]. Sous l'effet complémentaire de principes coutumiers[1653], l'État est alors libre de s'auto-organiser et d'aménager les canaux de contrôle nécessaires pour prévenir les manquements de ses collectivités publiques composantes. Le droit international n'apporte aucune contrainte sur les modalités de cette auto-organisation. Qu'il soit doté d'une structure centralisée ou décentralisée, l'État conserve sa liberté de décider de l'opportunité de mettre en place un contrôle institutionnalisé de l'exercice des compétences publiques. Le droit international est alors indifférent au fait qu'il existe ou non des mécanismes servant à cette fin. Dans l'hypothèse où les collectivités composantes bénéficieraient d'une liberté d'action telle qu'il n'existe aucune possibilité de préhension des autorités centrales ou fédérales (ce qui n'est jamais le cas en pratique), l'État serait réputé devoir en assumer le risque dans la mesure où il est présumé en toute circonstance avoir exercé son droit à l'auto-organisation. Toutefois, la finalité du droit international exerce une plus grande contrainte sur la liberté d'organisation de l'État. Celui-ci doit, en effet, se doter de structures internes propres à assurer le respect des obligations internationales conventionnelles ou coutumières. Naturellement, cette proposition ne vise pas une obligation autonome, mais plutôt le présupposé de toute obligation internationale, sous peine de quoi, l'État encourra l'engagement de sa responsabilité pour fait illicite. La liberté sur les modalités d'auto-organisation, jointe à la contrainte exercée par la finalité que constitue le respect du droit, amène alors logiquement l'État à consacrer, dans son système interne, certains outils propres à assurer le contrôle de l'action de ses collectivités composantes.

Si la notion d'État en droit international vise avant tout à assurer l'absolue supériorité de l'État dans son ordre juridique, elle protège aussi l'unicité du pouvoir souverain que ne remet pas en cause la diffusion de la souveraineté au sein de cet ordre,

---

[1652] Voir, CIJ, 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et autres*, *supra* note 1536.

[1653] C'est-à-dire, le droit à l'autodétermination interne des peuples delà constitués en États et le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures de l'État (article 2 § 7 de la Charte des Nations unies). Voir T. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, s*upra* note 1, p. 327 et ss.

2. La conception unitaire de la notion d'État : la préservation de l'unicité du pouvoir souverain

L'une des implications de la souveraineté est la reconnaissance d'un seul titulaire du pouvoir : l'État. Cela implique une présomption de l'unité politique sur le même territoire et concernant la même population. Cette unité de la personne étatique est dégagée et maintenue dans l'intérêt, d'une part, de la stabilisation des rapports internationaux, et d'autre part, de l'efficacité et de la bonne application du droit international[1654]. L'État, s'attribuant une personnalité distincte, se présente comme le seul titulaire de droits et devoirs et comme l'unique autorité prise en considération sur son territoire auprès du droit international. Selon cette conception, le caractère central ou décentralisé du pouvoir politique de l'État ou son organisation institutionnelle à l'intérieur de ses frontières n'a pas d'effet du point de vue du droit international sur cette qualité unitaire de l'État. En effet, la vision unitaire implique que « *les autres personnes physiques ou morales sont soumises à l'autorité de l'État, médiate ou immédiate, en tout cas ultime* »[1655].La notion unitaire d'État permet d'éviter la reconnaissance de différents niveaux de responsabilité. La diffusion de la souveraineté au sein de l'État n'enlève en rien l'unité de la notion. Partout où se déploie la puissance publique, que ça soit légal (1) ou factuel (2), le droit international considère qu'il s'agit de l'État.

a. La notion d'État et la diffusion « légale » de la souveraineté

Par diffusion légale de la souveraineté, nous entendons l'octroi de prérogatives de puissance publique à des entités non étatiques établies dans les limites territoriales d'un État, reconnu et consacré par le droit de cet État. De ce point de vue, la définition de l'État retenue en droit de la responsabilité internationale vise à préserver l'unicité du pouvoir souverain dans l'ordre interne. Ce domaine est comme le note J.-D. Mouton, largement dominé par le maintien d'une conception

[1654] J.-D. MOUTON, « La notion d'État et le droit international public», *supra* note 17, p. 54. Cet argument, qui explique la fonction du concept de l'unité de la personne État en droit international, sert toujours de justificatif dans le cadre de l'Union européenne pour le maintien de cette unité.
[1655] S. RIALS, *Destin du fédéralisme*, Paris, *LGDJ*, 1986, p. 8.

classique de l'État souverain caractérisée, à la fois, par le fait que l'État est responsable des actes qui correspondent à un contrôle effectif d'un territoire et d'une population, mais aussi par le fait que la personnalité juridique de l'État dresse un écran quasi-total qui protège la diffusion de la souveraineté au sein de l'État[1656].

La notion d'État est interprétée de façon extensive, dans le système de la responsabilité internationale. On a vu que les règles d'attribution codifiées par la CDI et appliquées par les juges et arbitres internationaux, voient dans l'État un ensemble d'organes ayant ce statut d'après le droit interne, et un ensemble d'activités liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique, quel qu'en soit l'auteur, mais aussi toute entité sous totale dépendance de l'État. Cette vision extensive de l'État permet ainsi au droit de la responsabilité internationale de s'appliquer dans toute la rigueur requise, partout où se diffuse la souveraineté. Toutefois, il convient de voir que cette interprétation de la notion d'État répond à une logique fonctionnelle. L'objectif cardinal du droit de la responsabilité internationale est d'assurer une stabilité des relations internationales à travers une protection de la diffusion de la souveraineté des États, de sorte que leurs engagements soient respectés par eux-mêmes et par leurs pairs. La conception de l'État développée dans le système de la responsabilité contribue à préserver la souveraineté des États. La manifestation de la notion d'État est avérée à chaque fois que se déploie la souveraineté.

En effet, en droit international public, un État ne saurait se prévaloir de son organisation institutionnelle pour méconnaître les engagements qu'il a librement souscrits dans l'exercice de sa souveraineté. Ainsi, le comportement illicite, qui émane d'États fédérés ou de provinces dans les États fédéraux ou des collectivités territoriales dans les États unitaires, est toujours imputé à l'État, parce que ce dernier est libre de diffuser sa souveraineté comme il l'entend. De même, la responsabilité de l'État du fait de ses organes juridictionnels, législatifs et administratifs est acquise de longue date et ne fait plus l'objet d'une contestation. Forte de ce constat, la CDI affirme, désormais, que « *le principe que l'État répond des infractions commises par ses propres organes est reconnu de longue date et de façon indiscutable par le juge international (…)* »[1657]. Elle insiste sur le fait que « *depuis près d'un siècle, on ne*

[1656] J.-D. MOUTON, « l'État selon le droit international : unité et diversité », *supra* note 36, p. 93.
[1657] Rapport de la Commission de droit international sur les travaux de la XXVe session, A.G., suppl. n° 10 (A/9010/1), p. 30 à 33.

connaît pas de décisions judiciaires ou arbitrales internationales qui aient énoncé (ou même implicitement admis) le principe de l'irresponsabilité de l'État pour des faits de ses organes législatifs ou judiciaires »[1658]. En conséquence, elle estime que la position d'un organe d'État dans l'organisation étatique n'entre pas en ligne de compte pour ce qui est d'attribuer le comportement de cet organe à l'État.

Comme le note O. Beaud, la reconnaissance de différents niveaux de responsabilité ou encore « *la création d'une multitude de représentants revient à fédéraliser l'État, c'est-à-dire à nier le phénomène de domination propre à l'État, et elle méconnait tout simplement le fait que la souveraineté implique le monopole de la représentation politique par l'État* »[1659]. Les autorités étatiques centrales doivent donc être tenues pour seules responsables, sous peine de violer un principe de souveraineté nationale encore très présent en droit international public.

Il se produit ainsi un écran de la personnalité juridique souveraine de l'État qui peut s'analyser comme un respect de la souveraineté de l'État, laquelle comporte le droit à l'auto-organisation[1660] et la compétence de la compétence. Le fait que, d'après le projet d'articles de la CDI, pour qu'un acte soit imputable à l'État, il faut que l'organe ait agi *es* qualité, procède du respect du pouvoir de l'État de diffuser l'exercice de sa souveraineté comme il l'entend[1661]. Ceci dit, en dehors d'une situation exceptionnelle comme celle reconnue à l'article 46 de la Convention de Vienne, laquelle permet d'exempter l'État au cas où la responsabilité concerne un traité dont la conclusion repose sur une violation manifeste concernant une règle de droit interne d'importance fondamentale[1662], la responsabilité internationale d'un État se trouve engagée dans des circonstances où le comportement résulte de la volonté de ses composantes. La théorie de l'apparence trouve donc ici à s'appliquer en tenant pour responsable l'État souverain, alors même qu'il ne contrôle pas les décisions ou les agissements de ses composantes. C'est que la considération fondamentale, compte tenu du rôle de la responsabilité dans un ordre juridique décentralisé et faiblement sanctionnateur, est ici la nécessité que l'État (toutes ses

---

[1658] *Ibidem*.
[1659] O. BEAUD, « Nationalisation et souveraineté : la nationalisation comme acte de puissance publique », *supra note 1014*, p.12.
[1660] J.-D. MOUTON, « l'État selon le droit international : unité et diversité », *supra* note 36, p. 95.
[1661] *Ibidem*.
[1662] Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra* note 115.

composantes confondues) respecte ses obligations internationales, gage d'une stabilité des relations internationales elles-mêmes. De ce point de vue, le système de la responsabilité internationale fait donc apparaître une conception unitaire et extensive de l'État souverain, en dépit de la diversité des situations étatiques.

Interprétée de la sorte, la notion d'État préserve l'unicité du pouvoir souverain. Mais aussi, dans un souci de pragmatisme, le système de la responsabilité international vise aussi la diffusion factuelle de la souveraineté afin de préserver l'unicité du pouvoir souverain.

b. La notion d'État et la diffusion « factuelle » de la souveraineté

Des actes de souveraineté peuvent être exercés, non pas de façon légale, mais factuelle. Dans cette hypothèse, ne pas rapporter l'exercice factuel de prérogatives de la puissance publique à la notion d'État, c'est reconnaître une dispersion des titulaires desdites prérogatives. C'est la raison pour laquelle, afin de préserver l'unité du pouvoir souverain, l'État doit répondre de tous les actes liés à l'exercice de sa souveraineté, même s'il n'en a plus le contrôle. C'est ainsi que le droit de la responsabilité internationale étend la notion d'État à l'hypothèse du fonctionnaire de fait et à celle des mouvements insurrectionnels victorieux.

i. L'hypothèse du fonctionnaire de fait

La première hypothèse est celle de l'article 9 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État. Selon ce dernier,

> *« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives »*[1663].

[1663] *Supra* note 111.

Ce cas couvre les hypothèses de fonctionnaires de fait. En effet, dans certaines circonstances, un État peut être affaibli, rendant nécessaire l'émergence d'autorité spontanée de substitution. L'extension du concept d'État aux particuliers repose ici sur le constat de l'exercice par une personne privée de fonctions étatiques dans des circonstances qui rendent légitimes cet exercice. Cette action est purement spontanée : l'individu agit de sa propre initiative. Le Rapporteur spécial J. Crawford, précise dans son commentaire sur l'article 9 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États que, « *ces hypothèses ne surviennent que dans des circonstances exceptionnelles, telles qu'une révolution, un conflit armé ou une occupation étrangère au cours desquels les autorités régulières sont dissoutes, disparaissent, ont été supprimées ou sont temporairement inopérantes* »[1664]. Sous cette forme, l'extension de la notion d'État trouve son fondement, non pas sur l'existence d'un contrôle, encore moins dans la théorie de l'apparence, mais plutôt dans une forme particulière de l'état de nécessité. En effet, selon le texte de la CDI, il n'est pas déterminant que la personne privée soit en apparence compétente pour exercer des fonctions publiques. L'attribution résulte plutôt de la conjonction de l'absence ou de la carence des autorités et de la nécessité pour l'individu, qui se trouve confronté à une situation exceptionnelle, d'agir immédiatement en utilisant des prérogatives qui relèvent de la puissance publique. Ainsi, il faut trois conditions cumulatives pour procéder à une telle extension de la notion d'État. C'est ce qu'énumère l'article 9 du projet de la CDI : l'exercice par une personne privée de prérogatives de puissance publique, l'existence de circonstances particulières et la carence des autorités officielles.

Cette théorie du fonctionnaire de fait semble d'abord avoir été reçue au sein du droit international humanitaire, à travers l'idée de *la levée en masse*, qui trouve sa traduction à l'article 2 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention IV de La Haye de 1907[1665] et à l'article 4 A, al. 6 de la Convention de Genève III relative au traitement des prisonniers de guerre[1666]. Ces deux dispositions étendent la qualité de « belligérant » à la population d'un territoire

[1664] J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité des Etats*, *supra* note 156 p.135.

[1665] Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907 disponible sur https://ihldatabases.icrc.org/dih-traites/INTRO/195.

[1666] Convention de Genève III relative au traitement des prisonniers de guerre 12 août 1949, disponible sur http://www.cerdih.org/IMG/pdf/convention_de_geneve-iii-fr.pdf.

non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion. Les actes de cette armée improvisée sont attribués à l'État attaqué.

Dans la jurisprudence arbitrale, la théorie du fonctionnaire de fait, contribuant à l'extension de la notion d'État aux agissements privés, a aussi trouvé à s'appliquer. C'est le cas dans l'affaire *Yeager* du Tribunal irano-américain des réclamations[1667]. Dans cette affaire, le requérant se plaint de son expulsion par les gardes révolutionnaires. Ces derniers, partisans de la révolution islamiste, organisés en comités locaux (*komitehs*), ont assuré la sécurité et le maintien de l'ordre durant les troubles révolutionnaires. Le Tribunal indique que ces gardes étaient généralement loyaux envers l'Ayatollah Khomeini. Ils ont d'ailleurs été intégrés à la structure étatique peu après la victoire des révolutionnaires sous le nom de *gardiens de la révolution*. Les faits litigieux se sont déroulés au moment où le gouvernement révolutionnaire venait d'être mis en place[1668]. Durant cette période les gardes révolutionnaires n'étaient pas encore intégrées dans la structure étatique. Ils agissaient sans aucune instruction de l'État, donc officiellement, de leur initiative. Ils exerçaient, en outre, des prérogatives de puissance publique. Ils remplissaient à l'aéroport des fonctions de douane, d'immigration et de sécurité. En plus, il est établi qu'il n'y avait à cette période aucune structure étatique, officiellement établie et habilitée à exercer ces tâches. Donc, il semble bien qu'on soit en présence de personnes privées exerçant des prérogatives de puissance publique en cas de carence de l'État. La décision du Tribunal n'est toutefois pas une référence en termes de clarté. Il conclut à l'imputabilité des actes de ces gardes révolutionnaires à l'État, sans pour autant clarifier le fondement d'une telle décision. À la lecture de la décision, on alternerait tantôt entre l'hypothèse de personnes privées contrôlées par l'État (article 8 CDI) ou l'hypothèse du fonctionnaire de fait (article 9 CDI). Mais on peut supposer dans la démarche que la deuxième hypothèse était plus plausible. En effet, le tribunal ne cherche à aucun moment d'analyser un degré de contrôle quelconque de l'État sur ces particuliers au moment des faits. Par contre, il se base sur la situation chaotique du moment pour étayer son analyse. Par ailleurs, il parle de

[1667] Tribunal des différends irano-américain des réclamations, 2 novembre 1987, *yeager c/ République islamique d'Iran*, *USCTR*, vol. 17, 1987, p. 92 et ss.

[1668] Soit effectivement deux jours après la proclamation du gouvernement islamique (le 11 février, alors que les faits ont eu lieu le 13 février).

l'absence de contestation de la part du gouvernement, ce qui fait penser à une autre hypothèse d'imputabilité. L'hypothèse du fonctionnaire de fait n'est ainsi pas invoquée en l'espèce de manière exclusive, mais couplée avec celle de l'organe de *facto*, ce qui enlève à cette décision la rigueur et la clarté attendue.

En tout état de cause, le concept d'État peut être étendu aux agissements des particuliers lorsque ces derniers usent de prérogatives de puissance publique, dans une situation exceptionnelle, en cas de carence de l'État. Cette conception renforce l'idée selon laquelle seul l'État est le dépositaire de la puissance publique. Ainsi, un particulier qui au regard des circonstances remplace l'État dans cette tâche est considéré comme l'État, car exerçant de façon occasionnelle et spontanée des prérogatives de puissance publique. Le droit de la responsabilité international refuse donc tout transfert de la souveraineté de l'État. Il préserve l'unicité du pouvoir souverain, même lorsque l'autorité de l'État est défaillante. On pourrait conclure à l'image de S. Karagiannis que « le droit international travaille pour l'État »[1669].

ii. L'hypothèse du mouvement insurrectionnel victorieux

La deuxième hypothèse est celle de l'article 10 du même projet d'articles. Elle renvoie au comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux. Cette disposition vise ainsi une ineffectivité de l'autorité de l'État conduisant soit à la disparition intégrale des autorités officielles de l'État[1670], soit à leur disparition sur une partie du territoire[1671]. Dans l'un ou l'autre cas, cette situation affecte l'absolue autorité de l'État. De ce fait, sur le terrain de la responsabilité, si le mouvement insurrectionnel défait les autorités officielles de l'État et se substitue à elles, le principe de continuité de l'État exige que les faits illicites commis soient imputables à

[1669] S. KARAGIANNIS, « Du non étatique à l'étatique : la cruciale question de l'imputabilité d'actes de particuliers en droit international », *in* R. BEN ACHOUR (*dir.*), *Acteurs non étatiques et droit international*, Paris, *Pedone*, 2007, p. 190.

[1670] C'est l'hypothèse du § 1 de l'article selon lequel : « *Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international* ».

[1671] C'est l'hypothèse du § 2 de l'article selon lequel *« Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État d'après le droit international* ».

cet État. Au cas où le mouvement insurrectionnel est parvenu à faire sécession, leurs actes seront comptabilisés au titre de ce nouvel État issu de la sécession. En fait, c'est comme ci le droit de la responsabilité peut appréhender l'autorité absolue de façon rétroactive. En effet, le mouvement insurrectionnel arrivé au pouvoir est supposé être le nouveau gouvernement effectif de l'État. Et, tout se passe comme si, il a toujours été ce « gouvernement effectif ». C'est sur cette base que ces actes antérieurs lui sont imputables au titre de leur effectivité postérieure. Cette logique renforce davantage le fait que les règles d'attribution en droit de la responsabilité se fondent sur l'unicité du pouvoir souverain.

La *ratio* de cette règle est donc simple. Elle est à rechercher dans l'idée d'une certaine continuité des structures du mouvement insurrectionnel et le nouveau gouvernement de l'État. En gros, ceux qui luttaient contre l'État hier deviennent l'État lorsqu'ils arrivent au pouvoir. C'est logique et cela permet de dissiper des interstices et d'éviter toute tendance d'impunité, dans l'application des règles de responsabilité. Le Rapporteur spécial J. Crawford en parle avec clarté lorsqu'il avance que « *lorsque le mouvement parvient à sa fin, il serait anormal que le nouveau régime ou le nouvel État ne soit pas tenu pour responsable de ses agissements antérieurs* »[1672]. Donc, l'élément important dans l'imputation relève de la prise du pouvoir par le mouvement insurrectionnel. Seul l'État a la personnalité juridique internationale, quels que soient les changements affectant son organisation ou ses institutions. Le droit international reste indifférent quant à la forme du mouvement insurrectionnel ou à ses buts. Dès l'instant qu'il arrive au pouvoir, tous les actes illicites commis par ce mouvement sont imputables à l'État. Cette règle a été bien établie dans la jurisprudence internationale.

La jurisprudence arbitrale du XXe siècle, particulièrement les commissions mixtes mises en place suite aux conflits internes ayant eu lieu au Venezuela et au Mexique, ont régulièrement jugé que le comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux devrait être attribuable à l'État. C'est ainsi que dans l'affaire de la *Bolivar Railway Company,* le tribunal arbitral a estimé que :

> *"Nations do not die when there is a change of their rulers or in their forms of government. These are but expressions of a change of national will (…). The nation*

[1672] J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité des Etats*, *supra* note 156, p. 140.

is responsible for the obligation of a successful revolution from its beginning, because in theory, it represented ab initio a changing national will, crystallizing in the finally successful result"[1673].

L'attribution à l'État des actes de révolutionnaires victorieux a été aussi reconnue par la Commission mixte des réclamations États-Unis/ Venezuela. Selon la sentence rendue dans *l'affaire des dix*, " *the revolution of 1899, lead by General Cipriano Castro, proved successful, and its acts, under a well-established rule of international law, are to be regarded as the acts of the government*"[1674]. La décision dans l'affaire *Heny*[1675] va dans le même sens : les dommages causés au plaignant par les forces de deux mouvements révolutionnaires successifs sont imputables à l'État vénézuélien. Dans l'affaire de la French *Company of Venezuela Railraods*, la Commission a également jugé que les dommages causés aux biens de la société par le mouvement insurrectionnel sont attribuables à l'État défendeur du fait du succès ultime de l'insurrection[1676].

Ce principe a été également reconnu par la Commission des réclamations États-Unis/Mexique. Le Mexique a été reconnu responsable d'obligations souscrites par le mouvement insurrectionnel dirigé par Venustiano Carranza, avant son arrivée au pouvoir[1677]. La Commission des réclamations France/Mexique, dans *l'affaire Georges Pinson* rappelle à son tour dans la même lignée qu'*« un État qui a traversé l'épreuve d'un mouvement révolutionnaire ne peut être réputé responsable des actes juridiques et des actes illégaux des révolutionnaires que si ledit mouvement a fini par avoir le dessus* »[1678].

La jurisprudence du Tribunal irano-américain offre encore des éclairages plus intéressants sur la question. Le Tribunal reconnaît le principe de l'attribution de faits

---

[1673] Commission mixte des reclamations Grande Bretagne/Venezuela, sentence 1903, *Bolivar Railway Company*, *RSA* IX, 1903, pp. 452-453.
[1674] Commission mixte des réclamations États-Unis/ Venezuela, sentence 1903, *affaire des dix*, *RSA* IX, p. 119.
[1675] Commission mixte des réclamations États-Unis/ Venezuela, sentence 1903, Affaire Heny, *RSA* IX, p. 125
[1676] Commission mixte des réclamations France/Venezuala, 31 juillet 1905, *Affaire de la French Company of venezuelan Railroads, RSA,* X, pp. 285-355.
[1677] Commission des réclamations États-Unis/ Mexique, affaire *United Dressing Company*, RSA, IV, pp. 263-265.
[1678] Commission des réclamations France/Mexique, 19 octobre 1928, *Georges Pinson c/ United Mexican States*, *RSA* V, p. 327.

de mouvements révolutionnaires à l'État tel que précisé par la jurisprudence arbitrale ancienne et reconnue par la CDI, mais y apporte un certain nombre de tempéraments. Il va exiger des standards de preuve plus élevés, au risque de vider le principe de sa substance. Dans *l'affaire Short*[1679], il s'agissait d'un départ forcé causé par des sympathisants de la révolution, quelques jours avant la mise en place du gouvernement islamique révolutionnaire d'Iran. Donc, il était question de déterminer si les actes des sympathisants de la révolution étaient attribuables à l'État, étant donné que les membres officiels de la révolution sont arrivés au pouvoir. Le Tribunal se fonde sur *l'affaire des otages*[1680], en essayant de voir si les sympathisants ont agi sur instruction des membres officiels de la révolution. Mais, il ne faut pas perdre de vue que les deux cas sont différents. Dans *l'affaire des otages*[1681], il était question de déterminer l'attribution à l'État (directement) de faits de particuliers, alors que dans l'affaire *Short*, il s'agit de déterminer l'imputation d'actes de sympathisants à un mouvement révolutionnaire victorieux, avant même qu'il n'arrive au pouvoir. Pour un mouvement révolutionnaire, n'ayant pas le même degré d'organisation qu'un État, il peut s'avérer difficile de prouver l'existence d'un contrôle effectif du mouvement sur ses sympathisants. De tels évènements ont pratiquement lieu dans des situations chaotiques et de désordres. Le Tribunal a-t-il alors eu raison d'appliquer le critère du contrôle au cas d'espèce ? En tout état de cause, il se fonde sur l'absence de contrôle du mouvement sur ses sympathisants pour renier l'attribution des faits à l'État iranien. Cette solution a été critiquée par le juge Brower dans son opinion dissidente. Selon lui, « *une politique systématique visant à expulser les ressortissants des États-Unis a été adoptée par le mouvement révolutionnaire, et les départs effectués sous la menace de sympathisants de la révolution lui seraient attribuables* »[1682]. Ainsi, si la règle d'attribution à l'État du comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux est admise, son application concrète par le Tribunal irano-américain en a limité la portée, dans la mesure où le standard mis en place a rendu difficile l'établissement du comportement du mouvement insurrectionnel. La même logique restrictive a été réitérée par le Tribunal dans

[1679] Tribunal des réclamations Iran/États-Unis, 14 juillet 1978, *Alfred L. W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, *ILR,* 1982, p. 148 et ss.
[1680] CIJ, arrêt, 14 mai 1980, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Rec. CIJ*, 1980, p. 3.
[1681] *Ibidem*.
[1682] *ILR,* 82, p. 162, § 222.

l'affaire *Rankin*, un américain qui a été encore expulsé par des sympathisants de la révolution. Le Tribunal conclut que le requérant n'a pas suffisamment prouvé qu'il a été expulsé illégalement par des faits attribuables au gouvernement iranien. L'Iran n'a ainsi jamais vu sa responsabilité engagée sur le fondement de l'imputabilité des actes du mouvement insurrectionnel victorieux. Les cas de condamnation se fondaient sur d'autres bases. Dans *l'affaire des otages* devant la CIJ, c'était plutôt le manque de diligence et la ratification des évènements par le gouvernement qui sont les bases d'imputation. Dans l'affaire *Yeager*[1683], c'était l'hypothèse du fonctionnaire de fait qui a été avancée. On s'aperçoit ainsi que la jurisprudence internationale est venue limiter l'extension de la notion d'État aux faits de mouvements insurrectionnels victorieux.

Au final, quoi qu'il en soit, on se rend compte que la conception de l'État en droit de la responsabilité internationale se fonde sur une certaine idée de la souveraineté, unicité et suprématie du pouvoir. Cette absolue supériorité et unité de l'État est même préservée de façon fictive, lorsqu'en réalité l'État est défaillant, afin de garantir l'effet utile des règles de responsabilité. La notion d'État est ainsi au service de la protection de la souveraineté interne de l'État. La même analyse peut être faite en considérant les aspects externes de la souveraineté.

B. La conception unitaire de la notion d'État et la protection de la souveraineté externe

La conception de l'État en droit des immunités vise à protéger la souveraineté entendue comme une totale indépendance de l'État au niveau externe. En effet, et de manière générale, les immunités des États sont justifiées par les principes classiques d'indépendance, de souveraineté et d'égalité entre États[1684]. Cette différence de terminologie, qui pourrait laisser penser que les juges ont hésité sur le

[1683] *Supra,* note 1667.

[1684] L. MILANO, « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne », *RTDH*, 2008, n° 76, p.1062. Voir aussi, H. FOX, *The law of State immunity*, *Oxford University Press*, 2002, 572 p; S. BREAU, *La pratique des Etats concernant les immunités des Etats,* Nijhoff, 2006, 1043 p ; E. K. BANKAS, *The State immunity controversy in International Law : private suits against Sovereingn States in Domestic Courts*, *Springer*, 2005, 541 p.

choix du fondement le plus approprié, ne doit cependant pas abuser[1685]. En effet, l'indépendance et la souveraineté sont deux notions étroitement mêlées, qui sont le plus souvent définies l'une par rapport à l'autre[1686]. Elles peuvent donc être interchangeables. De fait, les tribunaux les ont invoqués soit séparément, soit ensemble, à titre de justification unique ou principale de l'immunité de juridiction et d'exécution de l'État étranger, sans jamais les opposer. De la même manière, on doit considérer que l'égalité entre États n'est qu'une autre manière de représenter la souveraineté pleine et entière de chacun d'eux. Dans le premier cas, l'État est envisagé dans ses relations avec les autres entités souveraines, dans le second cas, il est pris en considération *ut singuli.* L'idée n'en demeure pas moins la même, d'une entité jouissant de la plénitude des compétences dans l'ordre international. Donc, ces notions doivent être tenues pour équivalentes.

Les travaux de la CDI ayant abouti au projet adopté en 1991 et repris dans la convention des Nations unies de 2004, relatifs aux immunités juridictionnelles des États et de leurs biens[1687], tentent de faire triompher une conception de l'immunité elle-même fondée sur une certaine conception de l'État souverain[1688]. Dans tous les trois courants doctrinaux de l'immunité, on retrouve cette conception de l'État souverain comme fondement. Il en est ainsi du courant de l'immunité absolue, pour qui il existerait un principe de droit international en vertu duquel les biens de l'État jouissent d'une immunité totale et illimitée à moins que l'État n'y renonce expressément. Les défenseurs d'une telle approche se fondent ainsi sur une conception d'un État n'exerçant que des prérogatives souveraines et n'utilisant ses biens que dans ce seul but. Le courant opposé à ce dernier peut être qualifié de négationniste, en ce qu'il considère que la souveraineté territoriale doit l'emporter dans tous les cas, au point que le droit international ne contiendrait aucune règle établissant le principe de l'immunité. Enfin, pour un ,troisième courant prédominant, l'immunité de l'État est un principe reconnu en droit international, mais il comporte

---

[1685] I. PINGEL, *Les immunités des États en droit international*, Bruxelles, *Bruylant*, 1998, p. 36.

[1686] Selon le lexique de politique, élaboré sous la direction des Professeurs Debbasch et Daudet, la définition de l'indépendance est la suivante : « *condition d'un État qui ne dépend que de lui-même et s'exprime juridiquement par la souveraineté* ». Réciproquement, la souveraineté est définie comme « *la pratique d'indépendance de l'État et de la plénitude de ses compétences internationales* », *Dalloz*, 7e édition, 2001, p. 221 et 413.

[1687] *Supra* note 142.

[1688] J.-D. MOUTON, « l'État selon le droit international : unité et diversité », *supra* note 36, p. 96.

des exceptions. La conception de l'État souverain dans ce troisième courant se révèle dans la détermination des exceptions à l'immunité[1689]. Au final, tous les trois courants fondent leur conception de l'État en droit des immunités sur une nécessité de protéger la souveraineté, c'est-à-dire l'indépendance et l'égalité souveraine comme principes structurant l'ordre juridique international.

Le droit positif des immunités de l'État en vigueur retient une telle approche de la notion d'État. En effet, en droit des immunités, tout comme en droit de la responsabilité, l'État n'est pas appréhendé dans l'abstrait. Le terme « État » doit s'entendre en fonction de son objet et du but recherché : à savoir spécifier les entités ou les personnes fondées à invoquer l'immunité d'un État lorsque cet État peut prétendre à l'immunité, ainsi que les subdivisions et institutions de l'État qui peuvent invoquer l'immunité à l'occasion d'actes accomplis dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique. Le terme « État » doit donc être interprété comme englobant tous les types ou catégories d'entités et d'individus ainsi spécifiés qui peuvent bénéficier de la protection conférée par l'immunité des États[1690]. La première de ces catégories comprend l'État lui-même, agissant en son propre nom ou par l'intermédiaire de ses divers organes de gouvernement, quelle que soit leur appellation — souverain ou chef d'État, chef de gouvernement, gouvernement central, ministères et services gouvernementaux, départements ministériels ou sous-ministériels, services ou bureaux —, ainsi que les organes subordonnés de l'État, les missions représentant l'État, y compris les missions diplomatiques et les postes consulaires, les missions permanentes et les délégations. La deuxième catégorie comprend les éléments constitutifs des États fédéraux ou les subdivisions politiques qui sont habilitées à accomplir des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine. Chacun de ces éléments est considéré comme l'État aux fins du droit des immunités. La troisième catégorie comprend les établissements ou organismes d'État ou autres entités, dès lors qu'ils sont habilités à accomplir et accomplissent effectivement des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'État[1691].

[1689] *Idem*, p.97.
[1690] Voir Rapport de la CDI, *ACDI*, 1991, vol. 2, p. 14.
[1691] Voir Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, article 1er, *supra* note 88.

On voit ainsi qu'à l'image du droit de la responsabilité des États, la notion d'État englobe en droit des immunités, un large ensemble de composantes. Cependant cette extension ne revêt pas la même signification qu'en droit de la responsabilité[1692]. Cette acception large de l'État ne correspond pas au refus de contrôler le pouvoir d'auto-organisation de l'État, et partant de préserver l'absolue supériorité de l'État sur ses sujets, comme c'est le cas en droit de la responsabilité. Elle vise au contraire à protéger la souveraineté de l'État entendue comme totale indépendance ou égalité avec ses pairs, en cherchant l'État partout où se déploie son autorité souveraine. Ainsi, comme le note J.-D. Mouton, cette acception de l'État vise à protéger la souveraineté de l'État à travers ses composantes lorsque celles-ci participent à l'exercice d'activités souveraines. De ce point de vue, la personnalité juridique dont est revêtue l'État ne fait pas écran. Il revient, au contraire, aux tribunaux internes de contrôler la diffusion de la souveraineté en déterminant les bénéficiaires de l'immunité, et ce, en écartant éventuellement les considérations relatives à la personnalité juridique. La notion d'État est ainsi dans ce cadre un outil de protection de la souveraineté, entendue comme indépendance et égalité.

L'État s'érige ainsi, dans cet ordre juridique interétatique qui lui réserve un espace discrétionnaire, comme unique autorité souveraine et comme un ordre juridique distinct. En se créant une sphère interne privée où serait garantie sa liberté, l'État s'interpose entre la sphère internationale et la sphère interne. L'existence objective d'un ordre juridique étatique distinct devient dépendante de la qualité étatique de l'entité politique qui englobe cet ordre: le modèle étatique s'idéalise et s'impose à partir de cette particularité et qualité juridique acquise et en tant qu'unique forme d'organisation politique reconnue sur le plan international. C. Chaumont affirme qu'ainsi conçue, la souveraineté apparaît comme «*un concept d'unification, de simplification qui, a pour but, d'assujettir à une même catégorie des États qui sont par eux-mêmes divers*»[1693]. En effet, la configuration westphalienne de la société internationale est importante et novatrice pour le rôle simplificateur qu'elle

[1692] Voir J.-D. MOUTON, « l'État selon le droit international : unité et diversité », *supra* note 36, p. 98.
[1693] C. CHAUMONT, « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État», *in Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, *Pedone*, 1960, p. 131.

porte, lorsqu'elle considère tous les États sans exception comme acteurs exclusifs de la scène internationale et les place sur le pied d'égalité[1694] : «*chacun possède désormais l'exclusivité et la généralité des compétences à l'intérieur de son propre territoire, dans les mêmes conditions que tous les autres États*»[1695]. Il en résulte, en définitive, qu'à travers cette conception unitaire de la notion d'État, l'absolue supériorité de l'État est préservée et l'application uniforme du droit international garantie, et ceci même lorsque l'autorité de l'État est défaillante. Néanmoins, cette vision unitaire, même si elle protège l'unicité, la supériorité et l'égalité du pouvoir souverain constituent parfois une limite à l'efficacité du droit international.

Paragraphe 2. Les limites de la conception unitaire protectrice de la souveraineté

On note dans la pratique des divergences entre la logique de protection de la souveraineté et l'exigence d'efficacité, donc deux nécessités systémiques de l'ordre juridique international qui entrent en concurrence.

La conception unitaire de la notion d'État a pour but de permettre une préservation de la diffusion de la souveraineté de l'État. Mais confrontée à la réalité fédérale, elle semble contre-productive et peut être source de tensions entre entité fédérale et entités fédérées. Ainsi, si cette conception peut séduire en théorie, son application peut s'avérer difficile en pratique. On peut illustrer de telles difficultés, à travers quelques exemples tirés de la pratique internationale (1) et d'autres de la jurisprudence internationale (2).

[1694] M. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit », *RIDC*, 2003, n° 3, p. 163.
[1695] P.- M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international… », *Supra*, note 34, p. 47-48.

A. Quelques exemples tirés de la pratique internationale

C.-E. Coté[1696] est revenu sur des études classiques qui avertissaient dès les années 1910 sur les difficultés d'application du principe de l'unité de l'État à la réalité fédérale[1697]. De telles études reposaient sur une série de faits internationaux, principalement, des faits diplomatiques, mettant en lumière les difficultés de la forme fédérale dans le contentieux de la responsabilité de l'État[1698]. La CDI a eu, elle-même, à mentionner les difficultés liées à la forme fédérale dans sa définition de la notion d'État. Son deuxième Rapporteur spécial Ago notait à ce sujet que « *bien entendu certains États à structure fédérale ont parfois essayé de résister à des demandes en réparation des agissements émanant d'organes d'un État de la*

[1696] C.-E. COTE, « Les difficultés d'application du principe de l'unité de l'État fédéral dans le droit de la responsabilité de l'État : retour sur les livres d'André Mommeja et Maurice Donot », *RGDIP*, 2013, n° 4, pp. 769-794.

[1697] Il s'agissait de l'ouvrage d' André MOMMEJA, *De l'influence de la forme fédérale dans les relations de droit international*, Bordeaux, Cadoret, 1910 et de l'ouvrage de Maurice DONOT, *De la responsabilité de l'État fédéral à raison des actes des États particuliers*, Paris, *Pedone*, 1912.

[1698] On peut répertorier comme faits diplomatiques pertinents dans ces études en se référant à l'article de Charles Emmanuel Coté (*supra* note 1696) : *l'affaire Cutting* (voir *Correspondance diplomatique sur le cas du citoyen des États-Unis d'Amérique A.-K. Cutting*, *Mexico*, 1886, 71 p. ; United States of America, Departement of State, « Report on extraterritorial crime and the Cutting case », *Washington, Government Printing Office,* 1887, 130 p ; A. MOMMEJA, *supra* note 1697, pp. 98-100 ; J. M. GAMBOA, « l'affaire Cutting », *RDILC*, 1890, pp. 247-250 ; A. ROLIN, « L'affaire Cutting : conflit entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique en 1886 », *RDILC*, 1888, pp. 566-567 ; C.-E. COTE, *supra* note 1696, p. 773), *l'affaire de l'immigration chinoise* (A. MOMMEJA, *supra* note 1697, pp. 116-119 ; C.-E. COTE, *supra*, note 1696, p. 774 ; J.-B. MOORE, « les États-Unis fermés aux chinois », *JDI,* 1892, p.388 ; « Chine et États-Unis d'Amérique –immigration chinoise aux États-Unis Traité du 17 mars 1894 », *RGDIP*, 1894, p.555), *l'affaire de la législation des marques de fabrique* (voir E. CLUNET, « de la situation actuelle des français aux États-Unis et des américains en France, par suite de la déclaration d'inconstitutionnalité des lois fédérales sur les marques de commerce », *JDI,* 1879, p. 442), *l'incident italo-américain de la Nouvelle-Orléans* (C.-E. COTE, *supra* note 1696, p. 775 ; « Incident italo-américain de la Nouvelle Orléans », *JDI,* 1891, pp. 1155-1161), *l'affaire des écoles japonaises en Californie* (J. BARTHELEMY, « l'exclusion des élèves japonais des écoles publiques ordinaires de San Francisco », *RGDIP*, 1907, p.636 ; H.-B. JOHNSON, *Discrimination against japanese in California : a Review of the real situation*, Berkeley, *Press of the Courier Publishing Company*, 1907), l'affaire de l'incident franco-anglais de Terre-Neuve (C.-E. COTE, *supra* note 1696, p. 776 ; A. MOMMEJA, supra note 1697 pp.167-187 ; H. ROLIN, « Le statut des dominions *», RDILC*, 1923, p. 195). Voir aussi à titre complémentaire une série de faits internationaux répertoriés par Y. LEJEUNE, « Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse », *LGDJ,* 1994, pp. 309-312.

fédération »[1699]. Toutefois, on note que même en décrivant cette réalité, Ago continuait toujours de considérer les entités fédérées comme des organes de l'État fédéral. Il y'a lieu de relever quelques faits internationaux pour mieux cerner cette réalité.

1. Des faits anciens

Il en est ainsi de *l'incident de Kalgoorlie*[1700]. Tout comme l'affaire du *« massacre des Italiens de La Nouvelle-Orléans »*[1701], cette affaire faisait suite à des émeutes raciales visant les Grecs, Italiens et Yougoslaves dans l'État d'Australie occidentale. Le gouvernement fédéral refusait de se voir attribuer le comportement de l'État fédéré face aux réclamations de la Grèce, de l'Italie et de la Yougoslavie. Il a laissé aux autorités de l'entité fédérée ouest-australienne le soin de négocier directement avec les puissances étrangères pour régler le différend. Une telle attitude contraste avec la conception unitaire de l'État et revient donc à nier l'unicité du pouvoir souverain.

L'affaire Robert Fulton Cutting est tout aussi illustrative[1702]. Le Québec avait imposé en 1927 des droits de succession sur des actions de la Banque de Montréal inscrites dans l'État de New York, droits que l'exécuteur testamentaire américain avait acquittés pour ensuite en réclamer le remboursement devant les tribunaux canadiens. Ces derniers ont jugé que les droits imposés étaient illégaux et que la province devait les rembourser avec les intérêts accrus depuis leur perception. Le Québec ayant refusé de procéder à un tel remboursement, le gouvernement des États-Unis a présenté une réclamation auprès du gouvernement du Canada, qui

[1699] R. AGO, *Troisième rapport sur la responsabilité des États*, *ACDI*, 1973, II, 1ere partie, p. 272, §. 176.

[1700] Voir C.-E. COTE, *supra* note 1696, p. 777; B.-R. OPESKIN, "*Federal States in the International Legal Order*", *N.I.L.R.*, 1996, pp. 380-381; H. V. EVATT, "*International Responsibility of States in the Case of Riots or Mob Violence*", *ALJ*, 1935, p.9; H.-V. EVATT, "*The evolution of Australia's International Personality*", *International Law in Australia*, Londres, Steven, 1965, pp.30-31; Y. TAN-TU, "*State responsibility for injuries to foreigners o account of mob violence, murder and brigandage*", *Urbana, I.L.*, 1929, p.15;

[1701] Voir *supra* p. 112.

[1702] C.-E. COTE, *supra*, note 1696, pp. 777-778 ; Y. LEJEUNE, « Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse », *supra* note 447, p. 311.

refusa d'endosser la responsabilité de son entité fédérée[1703]. *L'affaire des œuvres d'art polonais* a aussi remis sur la table la contestation de la conception unitaire de la notion d'État au regard des règles d'imputation. En effet, en 1946, le Premier ministre québécois refusait de remettre au gouvernement de la Pologne communiste les œuvres d'art que les autorités polonaises avaient évacuées à Québec en 1944. Face aux réclamations polonaises, le gouvernement canadien invoquait son impuissance constitutionnelle à imposer au gouvernement québécois une telle restitution.

Cette série de faits anciens peut être complétée par la mention de faits récents.

2. Des faits récents

En parlant de faits récents mettant sur la table les difficultés d'application de la conception unitaire de l'État, il nous vient à l'esprit l'actualité relative à la signature de l'Accord Economique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (CETA)[1704]. Cet épisode met en avant le système fédéral belge et l'expression du consentement de l'Union européenne à être lié par un traité. L'Union européenne a besoin de l'aval des 28 États membres. Toutefois, le système fédéral belge requiert l'approbation de tous les parlements régionaux pour signer l'accord en question. La Wallonie, entité fédérée, a opposé son droit de veto, bloquant ainsi la validation d'un accord devant lier toute l'Union européenne, après sept ans de négociation avec le Canada. Les réticences des élus wallons portent sur l'instance d'arbitrage qui devra trancher les litiges entre les États et les multinationales canadiennes. Ils dénoncent aussi le fait que les agriculteurs européens ne seront pas assez protégés contre la

[1703] *Ibidem*.

[1704] Voir sur cette question: F.-C. MATSUMOTO, « L'épopée de la Wallonie et la signature AECG/CETA », *RGDIP*, 2017, n° 1, pp. 69-86 ; L. MARQUIS, « L'accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne comme inspiration à une lex mediterranea des investissements : vive les fromages (in) différents et fort differen(d) ! », *Revue du Droit des Affaires Internationales*, 2015, n° 6, pp. 573-581 ; A. DE MESTRAL, " The role of canadian provinces in the negociation of the CETA : canadian and european perspectives'', *in* M. BUNGENBERG *(ed.)*, *EU and investment agreement : open question and remaining challenge*, Nomos, 2013, pp. 147-163 ; C. DEBLOCK, J. LEBULLENGER et S. PAQUIN, *Un nouveau pont sur l'Atlantique : l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada*, Québec, *Presses de l'Université du Québéc*, 2015.

concurrence des produits canadiens. Même si un compromis fut finalement trouvé et l'accord avalisé, ce précédent récent montre toutes les difficultés d'application de la conception unitaire de l'État. Aux yeux du droit international, seule la volonté exprimée par l'État fédéral belge compte. Mais le système constitutionnel belge est établi de telle sorte que les entités fédérées ont une capacité de blocage de l'expression de la volonté de l'État à être lié. Le droit international ne prend pas compte de cet état de fait, car refusant toute vision parcellaire de la souveraineté. Ce genre de situation pousse à réfléchir sur la pertinence actuelle de la conception unitaire protectrice de l'unicité du pouvoir souverain de l'État.

Un autre fait récent mérite d'être soulevé mettant en cause l'unité du Royaume-Uni, relativement à la position de l'Écosse sur le Brexit. Certes, la question reste essentiellement d'ordre interne, ou plus précisément constitutionnelle, mais elle peut avoir des implications au niveau international et européen. Dans cette affaire, une entité autonome au sein de l'État refuse d'endosser « aveuglément » la volonté exprimée par l'État central, à la suite du référendum, de se retirer de l'Union européenne. Certes, le Royaume-Uni dans son ensemble a voté en faveur du Brexit lors du référendum du 23 juin 2016, mais l'Écosse et l'Irlande du Nord ont voté pour le maintien dans l'UE. Si, constitutionnellement et même du point de vue du droit international qui ne fait que prendre acte d'une situation purement interne, le vote de la majorité lie les Écossais et l'Irlande du Nord, les choses ne sont pas si simples que ça en réalité, d'autant plus que la Constitution britannique étant coutumière, le cadre juridique reste relativement flou. C'est ainsi que le gouvernement écossais a récemment publié un rapport sur l'impact économique d'un éventuel Brexit sur l'économie et a également indiqué qu'il pourrait s'opposer juridiquement à l'activation de l'article 50 du TUE. N'entendant pas être entrainées hors de l'UE par le Brexit contre son gré, les autorités écossaises ont saisi la Cour Suprême britannique afin de conditionner l'activation de l'article 50 TUE au consentement du Parlement écossais, en plus du consentement du Parlement britannique. La Cour ne donnera toutefois pas raison aux autorités écossaises même si elle reconnaît que l'aval du Parlement britannique est un préalable nécessaire[1705].

[1705] UK Suprême Court, 24 janvier 2017, *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretaryof State for Exiting the European Union (Appellant),* [2017] UKSC 5.

Toutefois, les autorités écossaises ont fait savoir que quelle que soit la situation, elles se maintiendraient dans le marché unique. Si les autorités britanniques ne les suivent pas sur cette voie, cette situation risque de créer des difficultés juridiques rendant inopérationnelle la conception unitaire de l'État. On ferait en effet face à un certain nombre de curiosités juridiques relatives notamment à la gestion de l'immigration, des droits de douane, etc. dans un même État. Au regard de cette situation, la question de l'indépendance de l'Écosse par voie de référendum revient sur la table[1706]. Ces tensions ou difficultés au sein d'un État pousseraient davantage à réfléchir sur la pertinence de la conception unitaire de la notion d'État.

Un dernier fait illustratif est relatif au système fédéral américain avec le refus d'États fédérés d'appliquer le décret anti-immigration du président nouvellement élu Donald Trump[1707]. Le Massassuchet s'est en effet joint à l'État de Washington pour dénoncer la décision fédérale qu'ils jugent contraire à la Constitution. Même si cela n'est pas en soi une nouveauté dans le système fédéral américain, on note depuis l'arrivée au pouvoir de Donald Trump une montée des tensions entre État fédéral et États fédérés, ces derniers refusant systématiquement d'appliquer les décisions fédérales. D'ailleurs, la question de la sécession de la Californie est revenue sur la table avec une particulière attention.

On peut ainsi affirmer que la pratique internationale a enregistré bon nombre de cas où des États fédéraux ont refusé d'endosser la responsabilité de leurs entités fédérées ou des États fédérés bloquant l'expression de la volonté de l'État fédéral au niveau international, remettant en cause la conception unitaire de la notion d'État protectrice de la diffusion de la souveraineté. Ce constat peut aussi être réitéré à l'étude de quelques exemples tirés de la jurisprudence internationale.

B. <u>Quelques exemples tirés de la jurisprudence internationale</u>

[1706] Pour aller plus loin sur la question, voir : E. GUILD, *Brexit and its consequences for UK and EU citizenship*, Leiden, *Briil Nijhoff*, 2017, 89 p; voir aussi le dossier special sur le Brexit, *RTDE*, 2016, n° 4, pp. 685-888.

[1707] Voir D. OPPENHEIMER, ''Playing the Trump card: the ending legacy of racism in immigration law'', *Berkelay La Raza Law Journal*, 2016, vol.26, pp. 1-45.

La jurisprudence internationale offre aussi des exemples dans lesquels la vision unitaire de la notion d'État protectrice de la souveraineté s'est avérée contre-productive au regard des exigences d'application efficace de la norme internationale. On illustrera avec l'affaire *Ballantyne, Davidson et McIntyre* devant le Comité des droits de l'homme (a) et les affaires *Breard*, *LaGrand* et *Avena* devant la CIJ (b).

1. L'affaire *Ballantyne Davidson et McIntyre* devant le Comité des droits de l'homme.

L'affaire *Ballantyne Davidson et McIntyre c/ Canada*[1708] montre que la considération du Québec (entité fédérée) comme organe de l'État canadien, en vertu de la conception unitaire de la notion d'État, n'a pas permis une protection optimale des droits des requérants[1709]. En l'espèce, les requérants soutiennent qu'en leur exigeant l'usage du français dans la publicité de leurs activités commerciales, la Charte de la langue française du Québec[1710] viole, entre autres, l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1711] protégeant notamment les minorités linguistiques. Le Comité fait observer que l'article 27 du Pacte vise les minorités à l'intérieur des États. Mais que faut-il entendre par « État » au sens de cette disposition ?

Selon le Comité, le Québec, en tant qu'entité fédérée, n'est qu'un démembrement territorial, donc un organe de l'État canadien. Ainsi, « le terme État » doit s'entendre des États qui ont ratifié le Pacte. Par conséquent, les minorités visées à l'article 27 sont les groupes minoritaires à l'échelle de l'État, qui est ainsi défini, et non pas les minorités dans une province ou entité fédérée. En réalité, on revient ici à la question de l'appréciation du cadre de référence pour définir la notion d'État.

[1708] Communication Nos. 359/1989 et 385/1989 du 31 mars 1993, Comité des droits de l'homme, 47e session.

[1709] Voir l'analyse de R. HIGGINS, "*The concept of "The State": variable geometry and dualist perceptions*", *in The international legal system in quest of equity and universality, Liber Amicorum Georges Abi-SAAB*, The Hague/London/Boston, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2001, p.548.

[1710] Le texte est disponible sur http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/C-11.

[1711] Selon cet article, « *Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue* », texte du Pacte disponible sur http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx.

Devant le juge de l'Union européenne, ce cadre de référence a été interprété comme étant celui du territoire d'une collectivité autonome en matière de définition de la sélectivité d'une aide d'État[1712]. Cette approche dynamique du juge européen ne sera pas reprise par le Comité. En effet, ce dernier se fonde sur la conception unitaire de la notion d'État considérée comme « un tout », pour apprécier le cadre de référence pertinent. Ainsi, selon le Comité, « *un groupe peut être majoritaire dans une province, mais constituer une minorité dans l'État et, par conséquent, être protégé par l'article 27. Les citoyens canadiens anglophones ne peuvent donc être considérés comme une minorité linguistique et ne peuvent de ce fait se prévaloir de l'article 27 du Pacte* »[1713].

Cette partie de la décision a suscité de nombreuses controverses[1714]. La vision unitaire de l'État a conduit à une appréciation numérique des minorités visées par l'article 27. Il est bien vrai que les anglophones canadiens ne constituent pas une minorité lorsqu'on se place du point de vue de l'entité fédérale. Mais on ne peut nier, leur statut de minorité linguistique, lorsqu'on se place du point de vue de l'entité fédérée francophone du Québec. Mais, étant donné que la province (ici l'entité fédérée de Québec) n'est qu'un organe de l'État et non un « État » en soi, la protection de l'article 27 ne peut donc être étendue aux minorités y vivant[1715].

On voit ainsi que la conception unitaire de la notion d'État, qui a pour objectif de préserver l'unicité du pouvoir souverain, produit ici un effet contre-productif au regard des exigences d'efficacité de la norme. Elle empêche à une minorité au sein d'une entité fédérée de se prévaloir de la protection de l'article 27 du *Pacte*, d'autant plus que l'article 50 dudit *Pacte* prévoit que « *les dispositions du présent Pacte s'appliquent, sans limitation, ni exception aucunes, à toutes les unités constitutives des États fédératifs* ». Ne serait-il pas pertinent, du moins au cas d'espèce, afin de garantir la protection effective et efficace des droits des minorités, d'élever l'entité fédérée au rang d' « État fonctionnel » ? La question reste ouverte.

[1712] CJCE, arrêt, 11 septembre 2008, *UGT Rioja c/ Juntas Generales del Territorio Historico de Vizcaya*, supra notre analyse p. 145.
[1713] §. 11.2 de la Communication.
[1714] Voir les opinions individuelles de M. Waleed Sadi, de M. Birame Ndiaye et de Mme Élisabeth Evatt en accord avec MM Nisuke Ando, Marco Tulio Bruni Celli et Vojin Dimitrijevic (en appendice à la Communication).
[1715] Voir aussi, Comm. N° 455/1991, *Alan Singer c/ Canada*, 26 juillet 1994 et Comm. N° 488/1992, *Nicholas Toonen c/Australie*, 3 mars 1994.

2. Les affaires *Breard, LaGrand et Avena* devant la CIJ

Des difficultés d'ordre fédéral, remettant en cause la vision unitaire de la notion d'État, se sont également soulevées dans les affaires portées devant la CIJ et concernant la violation par les États fédérés américains du droit à l'assistance consulaire des détenus étrangers, garanti par la Convention de Vienne sur les relations consulaires[1716].

Il s'agit, d'abord, de *l'affaire Breard*[1717], dans laquelle un ressortissant paraguayen a été inculpé de meurtre et condamné à la peine capitale par une Cour de l'État de Virginie. Le Paraguay, ayant introduit un recours devant la CIJ, demandait à cette dernière d'indiquer des mesures conservatoires afin d'empêcher l'exécution de leur ressortissant. La Cour était consciente du fait que l'exécution de telles mesures conservatoires serait mise à mal par la dispersion des pouvoirs caractéristiques du modèle fédéral américain[1718]. De ce fait, elle rédige son ordonnance dans un style rappelant celui des clauses fédérales, bien connues dans les Accords de l'OMC[1719]. En effet, selon la Cour, « *Les États-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Angel Francisco Breard ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue, et doivent porter à la connaissance de la Cour toutes les mesures qui auront été prises en application de la présente ordonnance* »[1720]. À ce stade, n'étant pas encore dans le cadre de l'engagement de la responsabilité de l'État et face à l'urgence, le juge parait ainsi adopter une autre conception de l'État prenant en compte les difficultés d'ordre fédéral, ce qui contraste avec la définition monolithique et extensive de la notion d'État traduite par le principe coutumier de l'unité de l'État,

[1716] Voir l'analyse de C.-E. COTE, « Les difficultés d'application du principe de l'unité de l'Etat fédéral dans le droit de la responsabilité de l'Etat : retour sur les livres d'André Mommeja et Maurice Donot », *supra* note 1696, spec. P.782 et ss; voir aussi, W.-A. SCHABAS, « International law, the United States of America and capital punishment », *Suffolk transnational law review*, 2007/2008, n° 31, pp. 378-418.
[1717] CIJ, ordonnance, 9 avril 1998, *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, *Rec. CIJ*, 1998, p.248.
[1718] R. HIGGINS, "The concept of "The State": variable geometry and dualist perceptions", *supra* note 124, p.555.
[1719] Voir notre analyse, *supra*, p. 136.
[1720] CIJ, ordonnance, 9 avril 1998, *Affaire relative à l'application de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, p. 258.

qui repose sur une totale indifférence par rapport aux difficultés internes pouvant résulter d'un partage des pouvoirs entre le niveau fédéral et les entités fédérées.

Ce décalage est encore plus présent dans *l'affaire Lagrand*[1721] qui repose sur des circonstances similaires à l'affaire *Breard*. Dans cette affaire, à la demande de l'Allemagne, la Cour a non seulement repris le style de la clause fédérale dans son ordonnance, mais se réfère, en outre, directement, à l'Arizona qui n'est pourtant selon le principe d'unité de l'État qu'un organe de l'État fédéral. On peut en effet lire dans l'ordonnance de la Cour que :

> *« Selon les informations dont dispose la Cour, la mise en œuvre des mesures indiquées dans la présente ordonnance relève de la compétence du gouverneur de l'État de l'Arizona; que le Gouvernement des États-Unis est par suite dans l'obligation de transmettre la présente ordonnance audit gouverneur; et que le gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des États-Unis »*[1722].

Ne sommes-nous pas, ici, dans une logique de distinction entre l'entité fédérale et l'entité fédérée remettant en cause la conception unitaire ou monolithique de la notion d'État ? En tout cas, c'est, selon Rosalyn Higgins "*an important departure for the Court, directed to piercing the veil of the concept of State for purpose of securing compliance with international obligations*"[1723].

Tout compte fait, c'est comme si au stade des mesures conservatoires, la prise en compte des difficultés d'ordre fédéral et les nécessités d'urgence conduisent à une conception morcelée de l'État (en ne considérant pas l'entité fédérée comme un simple organe de l'État fédéral, mais plutôt comme une entité jouissant d'une large autonomie)[1724]. Alors qu'au stade de l'engagement de la responsabilité de

---

[1721] CIJ, mesures conservatoires, ordonnance, 3 mars 1999, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 1999, p.9.
[1722] *Ibidem.*
[1723] R. HIGGINS, *supra,* note 124, p.557.
[1724] Pourtant, dans *l'affaire Avena*, la Cour ne reprendra pas le même écart dans ses mesures provisoires. Elle ne mentionne pas directement pas les autorités des entités fédérées comme elle l'a fait dans les affaires *Breard* et *LaGrand* : voir CIJ, ordonnance, 5 février 2003, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États- Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 2003, p. 96. Pour les questions liées aux difficultés d'exécution par les États-Unis de l'arrêt de la Cour du 31 mars 2004 dans la même affaire, voir CIJ, ordonnance, 16 juillet 2008, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États- Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 2008, p.311 ; voir aussi, A. PEYRO LOPIS, « Après

l'État, la Cour en revient à sa conception unitaire (l'entité fédérée n'est qu'un organe de l'État et ses actes engagent la responsabilité de l'État fédéral), plus en phase avec les exigences systémiques de la responsabilité[1725].

Mais, on ne pourrait avancer avec certitude la validité d'une telle distinction : vision morcelée de la notion d'État excluant les entités fédérées au stade des mesures conservatoires et vision unitaire incluant les entités fédérées au stade de l'engagement de la responsabilité de l'État. L'affaire *Avena* vient fausser cette distinction qui semble se dégager des affaires *Breard* et *Lagrand*[1726]. En effet, l'affaire *Avena* soulevait les mêmes questions que les deux précédentes. Le Mexique reprochait aux États-Unis une violation systématique du droit à l'assistance consulaire de plus d'une cinquantaine de Mexicains condamnés à la peine capitale. Le Mexique demandait à cet effet à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires pour surseoir à l'exécution imminente de certains de ses ressortissants par des États américains. Les États-Unis soutenaient, quant à eux, que de telles mesures conservatoires « *se traduiraient par une interdiction absolue de condamner à la peine capitale des ressortissants mexicains aux États-Unis sans tenir compte du droit interne des États-Unis* », ce qui porterait gravement atteinte aux droits souverains des États-Unis et remettrait en question certains intérêts importants liés au fédéralisme »[1727]. La CIJ rejettera cette objection américaine et répondra favorablement à la demande mexicaine. Ce qui est toutefois remarquable, c'est le changement de style dans ses mesures conservatoires comparées aux affaires *Breard* et *Lagrand*. En effet, la Cour impose aux États-Unis une obligation de résultat

---

Avena : l'exécution par les États-Unis de l'arrêt de la Cour Internationale de Justice », *AFDI*, 2005, vol. 51, pp.140-161 ; F.-L. KIRGIS JR, « *International Law and the American Courts : the United State Supreme Court declines to enforce the ICJ' s Avena Judgment relating to the U.S. obligations under the Convention on Consular Relations* », *German Law Journal*, 2008, pp.619-638 ; C. HOPPE, « *A question of life and death : the request for interpretation of Avena and certain other Mexican nationals (Mexico v. United States) before the International Court of Justice* », *Human Rights Law Review*, 2009, vol.9, pp. 455-464 ; B. TRANCHANT, « l'arrêt rendu par la CIJ sur la demande en interprétation de l'arrêt Avena (Mexique c/ États-Unis d'Amérique), *AFDI,* 2009, vol. 55, pp. 191-220 ; S. CHARNOVITZ, « Correcting America's continuing failure to comply with the Avena judgment », *AJIL*, 2012, vol. 106, pp. 572-581 ;

[1725] La Cour revient, en effet, à une telle solution lorsqu'elle statuait au fond dans l'affaire LaGrand : CIJ, arrêt, 27 juin 2001, *Affaire LaGrand (Allemagne c/ États-Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 2001, p.466.

[1726] C.-E.COTE, *supra* note 1696, p. 786.

[1727] Voir, CIJ, mesures conservatoires, *Avena*, *supra* note 403, point 47.

claire et non pas une obligation de moyens[1728]. Selon la Cour, « *les États-Unis d'Amérique prendront toutes les mesures nécessaires pour que les cinq ressortissants mexicains ne soient pas exécutés, tant que n'aura pas été rendu l'arrêt de la Cour* ». On note ainsi qu'aucune référence n'a été faite aux entités fédérées en cause, contrairement aux affaires *Breard* et *Lagrand*, ce qui cadre davantage avec la conception unitaire de l'État.

Seulement, on note par ailleurs que la suite de l'affaire *Avena* est venue renforcer les difficultés réelles que peut éprouver un État fédéral au stade de l'exécution de ses obligations secondaires[1729]. Comme le note en fait le Mexique dans sa demande en interprétation, en vertu de l'article 60 du statut de la Cour, les États-Unis peinent à exécuter pleinement leurs obligations secondaires, en raison d'une divergence de point de vue entre le niveau fédéral et les entités fédérées. Le Mexique fait valoir que « *l'existence d'une contestation est également établie du fait des positions adoptées par les organes exécutif, législatif et judiciaire compétents au niveau fédéral et au niveau de l'État du Texas, qui divergent de celle du Mexique sur le sens et la portée du point 9) du paragraphe 153 de l'arrêt Avena* »[1730]. En effet, les États-Unis ont fait valoir les difficultés d'ordre fédéral importantes auxquelles ils étaient confrontés dans l'exécution de l'arrêt *Avena* de 2004. Face à l'attitude tenace des autorités de l'État du Texas qui ont finalement exécuté Mr José Ernesto Medellin Rojas et la position de la Cour Suprême dans l'affaire *Medellin v. Texas*[1731], les États-Unis ont reconnu l'inexécution de leur obligation de résultat et ont estimé avoir besoin encore de plus de temps pour s'y conformer. Au final, dans cette affaire, hormis une impensable modification de la Constitution fédérale, le seul moyen

---

[1728] Pourtant, une demande en interprétation de l'arrêt de 2004 a été introduite par le Mexique pour éclairer sur la portée de 'obligation qui incombait aux États-Unis : est-ce une obligation de moyen ou de résultat ? La cour réitère clairement qu'il s'agit d'une obligation de résultat. Voir, CIJ, ordonnance, 16 juillet 2008, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c/ États-Unis)*, *Rec. CIJ*, 2008, §. 80 ; voir analyse de W. VAN GENUGTEN, « Avena ou le système juridique fédéral américain à l'épreuve », *Hague Justice Journal*, 2008, n° 3, pp. 53-60.

[1729] CIJ, ordonnance, 16 juillet 2008, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c/ États-Unis)*, *Rec. CIJ*, 2008. De telles difficultés sont tellement avérées que les États-Unis se sont finalement retirés du protocole de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

[1730] *Ibidem*.

[1731] *Medelin v. Texas*, 552 U.S. 491, 2008: la Cour a jugé les mesures imposes par l'exécutif fédéral comme contraires à la Constitution au regard du partage des compétences et du principe de séparation des pouvoirs.

juridique à la disposition des États-Unis serait l'adoption d'une loi fédérale imposant aux États une procédure de réexamen et de révision, sur la base de la compétence fédérale spéciale de mise en œuvre des traités[1732].

Finalement, au regard des difficultés d'application qu'une telle conception unitaire de la notion d'État peut engendrer, l'objectif de départ qui est l'application effective et efficace de la norme n'est-il pas faussé? Ne conviendrait-il pas, au moins, sur ce cas précis, de traiter différemment l'État fédéral et ses entités fédérées comme deux catégories juridiques distinctes, et d'élever implicitement l'entité fédérée au rang d'« État fonctionnel » comme semble le faire la CIJ dans certaines de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires? Quoi qu'il en soit, poser le débat en ces termes contribue à conforter la dimension fonctionnelle et non conceptuelle de la notion d'État qui est appelée à s'adapter en fonction des exigences pratiques du moment.

Paragraphe 3. Vers un dépassement de la conception unitaire protectrice de la souveraineté ?

Afin de garantir au mieux une application efficace du droit international, il faudrait abandonner, parfois, la conception unitaire trop stricte et trop abstraite, dont la fonction n'est rien d'autre que la protection de la souveraineté. La conclusion selon laquelle la notion d'État est une notion fonctionnelle et non conceptuelle nous le permet. En effet, si l'on considère la notion d'État comme un outil au service des nécessités systémiques de l'ordre juridique international, elle peut donc toujours s'adapter en fonction de ces exigences systémiques. L'efficacité en est une. Et, la conception unitaire ne permet pas toujours de l'atteindre. Un des charmes de l'approche fonctionnelle est de ne pas figer son objet dans une acception définitive, mais de lui permettre de s'enrichir des évolutions et de s'ouvrir à de nouveaux horizons. C'est la raison pour laquelle, cette conception unitaire de l'État, comme outil de protection de la souveraineté, peut évoluer vers la prise en compte d'autres nécessités systémiques, notamment l'efficacité de la norme. Ainsi, lorsqu'une entité

[1732] Voir C.-E. COTE, *supra* note 1696.

non étatique exerce des fonctions étatiques, pourquoi ne pas au regard des exigences d'efficacité la considérer comme un « État fonctionnel »?

Pour mieux comprendre cette théorie de l'« État fonctionnel » pour des besoins d'application efficace du droit international, il faut partir d'un postulat qui repose sur la distinction entre « État statutaire » et « État fonctionnel ». L'« État statutaire » est celui qui repose sur la réunion de conditions objectives telles que la population, le territoire et un gouvernement ainsi qu'une condition subjective qu'est la reconnaissance. Autrement dit, un « État statutaire » est un État reconnu comme tel par la communauté internationale. L'« État fonctionnel » ne préjuge en rien sur la qualité d'État *in abstracto* ou « État statutaire ». Par cette notion, on entend mettre en avant la fonction étatique à la place du statut. Or, certaines entités n'ayant pas le statut d'État peuvent exercer des fonctions de nature étatique de manière autonome, sans pour autant être des États au sens statutaire du terme. Dans cette hypothèse, le système de la responsabilité internationale cherche à les rattacher à un État, à défaut, il est inapplicable. Et les hypothèses de rattachement ne vont pas sans quelques difficultés qui rendent complexe l'application du droit de la responsabilité. En effet, s'agissant des entités fédérées, on l'a vu l'acceptation de la responsabilité de l'État fédéral ne va pas sans difficulté pratique, surtout au niveau des mesures conservatoires et des obligations secondaires. S'agissant des entités sécessionnistes, l'utilisation du critère strict de la totale dépendance fait qu'aucune entité sécessionniste ne peut, en réalité, être rattachée à un État. Comme le note J.-D. Mouton, il suffit que l'entité fasse mine d'échapper à l'État qui le soutient et tout le système de la responsabilité s'en trouve grippé [1733]. Ainsi pour garantir une application effective et une efficacité maximale de la norme internationale, il conviendrait d'adopter cette théorie de l'« État fonctionnel » qui consiste à voir un « État » sur toute entité exerçant de façon autonome des fonctions de nature étatique, pour des besoins d'application ponctuelle de la norme internationale, sans arriver jusqu'à reconnaître à cette entité, une fois pour toutes, la qualité d'« État statutaire ».

[1733] J.-D. MOUTON, « l'État selon le droit international : unité ou diversité ? », *in*, *L'État souverain à l'aube du XXIe siècle, Colloque SFDI*, *supra* note 36.

Il convient ainsi de mettre en avant l'idée d'« État fonctionnel » *de jure* (1) et l'idée d'« État fonctionnel » *de facto*, afin de déceler les critères pertinents qui pourraient permettre de telles qualifications.

A. « L'État fonctionnel » *de jure*

L'idée d'« État fonctionnel » *de jure* renvoie tout simplement à l'hypothèse d'une entité qui, juridiquement a une certaine autonomie et liberté d'action lui permettant d'exercer en toute légalité des fonctions de nature étatique, sans être un État du point de vue statutaire au niveau international. Cette perspective n'a en soi rien de révolutionnaire. En examinant le droit des traités, on se rend compte que l'hypothèse de « l'État fonctionnel » est bien présente. Seulement, on ne le dit pas(1). Pourquoi ne pas de ce fait, l'élargir au système de la responsabilité internationale ? Il y gagnerait en efficacité (2).

1. « État fonctionnel » *de jure* et règles d'expression de la volonté de l'État

En explorant les règles d'expression de la volonté de l'État, on se rend compte que l'hypothèse de l' « État fonctionnel » peut y trouver une certaine assise. À cet égard, il conviendra d'analyser cette hypothèse d'un point de vue théorique (a) avant d'en dresser des exemples pratiques (b).

a. Évaluation théorique

Le droit international des traités ne brille pas par sa clarté concernant la détermination de la notion d'État. La Convention de Vienne sur le droit des traités reste en effet silencieuse sur la signification exacte de la notion d'« État » et s'il faut y

inclure les collectivités territoriales[1734]. Les travaux préparatoires précisent en effet que le terme « État » est laissé sans définition précise afin de lui laisser un contenu *complexe, varié et évolutif*[1735]. En comparaison, le droit de la responsabilité internationale précise que la notion d'État est entendue extensivement incluant toute entité, quel que soit son statut, exerçant des prérogatives de puissance publique. Il semblerait donc que cette précision effectuée par le droit de la responsabilité internationale n'aille pas nécessairement de soi pour ce qui concerne le droit des traités. La voie est ainsi ouverte à l'interprétation et à asseoir en droit des traités l'idée de la distinction État souverain et personnalité juridique internationale. Si l'État souverain a la personnalité internationale, toutes les entités ayant la personnalité internationale ne sont pas des États souverains. La personnalité internationale consiste en un statut juridique auquel est rattachée la capacité d'assumer des droits et des obligations en droit international. Or, le droit international public gouverne une panoplie d'entités diverses ayant toutes sortes de droits, pouvoirs et obligations. La Cour internationale de justice reconnaissait explicitement ce phénomène dès 1948 lorsqu'elle écrivait :

> « *Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits; et leur nature dépend des besoins de la communauté. Le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale, et l'accroissement progressif des activités collectives des États a déjà fait surgir des exemples d'action exercée sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des États* »[1736].

Ce postulat de la CIJ nous permet en prenant le cas des entités fédérées de distinguer « État statutaire » et « État fonctionnel ». Il conviendra en effet de distinguer deux cas de figure : selon que l'entité fédérée dispose d'un *treaty making power* autonome ou qu'il en dispose au nom de l'État fédéral. Dans le premier cas, le droit international coutumier le considère comme un « État fonctionnel » (sans

---

[1734] Voir les commentaires du Professeur Philipe Gautier *in* O. CORTEN et P. KLEIN (*dirs.*), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités, commentaires article par article*, Bruxelles, *Bruylant*, 2006, p. 27 et ss.
[1735] *ACDI,* 1962, vol. 2, p. 129.
[1736] CIJ, *avis consultatif, Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, *supra* note 89, p. 178.

réellement le dire). Dans le second, elle n'est qu'un organe de l'État fédéral (qui est l'État statutaire).

Cette idée d' « État fonctionnel » est donc bel et bien présente dans le droit coutumier des traités[1737]. Pour s'en rendre compte, il convient de remonter aux travaux de codification de la CDI. En effet, les différents rapporteurs spéciaux avaient relevé l'exigence d'insérer une référence au *treaty making power* des collectivités fédérées dans le texte même de la Convention. Dès 1950, J.-L Brierly, premier rapporteur spécial du droit des traités, illustrait la relative inconstance de la pratique internationale en relevant que *« les membres d'une Union fédérale ou confédérale peuvent ou ne peuvent pas posséder de capacité de conclure des traités en fonction des circonstances* »[1738]. En 1953, Sir H. Lauterpacht, deuxième rapporteur spécial, ouvrait la voie à la détermination d'un régime juridique propre aux accords conclus par les entités fédérées en leur nom propre. Il estimait en effet que *« les traités conclus par les collectivités fédérées devraient être considérées comme valides, sauf s'ils sont conclus en méconnaissance des limites internationales relatives à la capacité des parties à conclure des traités, notamment si le droit fédéral n'a pas procédé à une délégation expresse donnant capacité à la collectivité pour conclure de tels traités* »[1739]. Le quatrième rapporteur spécial ira plus loin[1740]. Il proposa d'intégrer à l'article 3 du projet, relatif à la « capacité de devenir partie aux traités », un deuxième alinéa ainsi rédigé :

> *« 2.a) Dans le cas d'une fédération ou autre union d'États, la capacité internationale d'être partie aux traités appartient exclusivement, en principe, à l'État fédéral ou à l'Union. Par conséquent, si la constitution d'une fédération ou d'une union confère à*

[1737] Il n'est donc pas surprenant de lire dans des ouvrages généraux de droit international, comme le *Oppenheim's International Law*, qu"il existe « no justification for the view that [member states of federations] are necessarily deprived of any status whatsoever within the international community: while they are not full subjects of international law, they may be international persons for some purposes » *in*, R. JENNINGS et A. WATTS, (*eds*.), *Oppenheim's International Law*, Harlow (R.-U.), *Longman*, 9 e éd., vol. 1, 1992, p. 249. . De même, dans son ouvrage *International Law*, Shaw écrivait qu"on pouvait considérer les États fédérés comme possédant un « d*egree of international personality* », *in*, M.-N. SHAW, *International Law*, Cambridge (R.-U.), *Cambridge University Press*, 5 e éd., 1997, p. 197 . D'ailleurs, n'oublions pas que la Biélorussie et l'Ukraine ont fait leur entrée aux Nations unies en 1945, alors qu'elles avaient le statut d'État fédéré au sein de l'Union soviétique

[1738] *In Yearbook of International Law Commission* 1952, vol. 2, p. 50.

[1739] Voir H. LAUTERPACHT, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités », *RCADI*, 1934, t. 48, pp. 709-846.

[1740] À noter que le troisième rapporteur spécial réfutait complètement l'idée d'un *treaty making power* autonome des collectivités fédérées.

ses États membres le pouvoir de conclure directement des accords avec des États étrangers, l'État membre n'exerce normalement ce pouvoir qu'en tant qu'organe de l'État ou de l'union selon les cas. b°) Toutefois, un État membre d'une fédération ou d'une union auquel la constitution confère le pouvoir de conclure directement des accords avec des États étrangers peut posséder la capacité internationale d'être partie aux traités : i) s'il est membre de l'Organisation des Nations unies ou ii) si l'État fédéral ou l'Union et l'autre ou les autres États contractants reconnaissent qu'il possède une personnalité internationale propre »[1741].

Cette première proposition est illustrative de l'état du droit coutumier de l'époque, même si les précédents étaient peu éclairants[1742] et que la référence au statut de membre de l'ONU laisse aujourd'hui circonspect[1743]. Il en ressort en effet deux conditions principales pour qu'une entité fédérée soit élevée au rang d' « État fonctionnel » au sens du droit des traités, c'est-à-dire habilitée à conclure un traité en son nom propre et de façon autonome. La première est relative à l'habilitation fédérale, tandis que la seconde fait référence à la reconnaissance internationale. Par la suite, la référence à la reconnaissance internationale sera abandonnée, laissant intacte la seule condition de l'habilitation fédérale[1744]. Toutefois, au final, la conférence de Vienne fera litière de cet article et laissera non codifiée une règle dont aucun des rapporteurs ou des membres de la Commission n'avait contesté la valeur coutumière[1745]. Rien ne s'oppose donc à la reconnaissance d'un *treaty making power* à des entités fédérées si leur constitution fédérale le permet. Le droit international les prend ainsi comme des « États fonctionnels », en ce sens qu'elles disposent de

[1741]Dans son commentaire sous cet article Sir Humphrey Waldock ajoutait que « *si la constitution fédérale d'une part, et les Etats tiers de l'autre reconnaissent qu'un Etat fédéré possède, dans une certaine mesure, une personnalité internationale distincte, il paraît difficile de lui refuser, dans les présents articles, toute capacité internationale de conclure des traités* », *in* H. WALDOCK, « Quatrième rapport sur le droit des traités », *ACDI*, 1965, p. 1 et ss.

[1742] Sir Lauterpatcht évoquait seulement deux précédents issus de la jurisprudence interne appliquant la clause rebus sic stantibus à des traités conclus entre deux collectivités membres de la fédération allemande (Brême c/ Prusse) et de la confédération helvétique (canton de Thurgovie c. / Canton de Saint-Gall). En réalité, il ne s'agit pas ici de traités internationaux mais de contrats de droit public interne. Voir Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, *supra* note 1702, p. 102.

[1743] R. COLAVITTI, *supra* note 339, p.422.

[1744] La rédaction finale du projet de 1966 conservera la proposition du rapporteur italien Roberto Ago selon laquelle : « Les Etats membres d'une Union fédérale peuvent avoir une capacité de conclure des traités si cette capacité est admise par la constitution fédérale et, dans les limites indiquées dans ladite constitution », cf. article 6§ 2du *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, *ACDI,* 1966, vol. II, p. 208.

[1745] R. COLAVITTI, *supra* note 339, p. 423.

manière autonome de cet attribut de la souveraineté qui est « de conclure des accords internationaux ». Le droit cadre ainsi mieux avec la réalité.

La considération d'une entité fédérée comme « État fonctionnel » au regard des règles d'expression de la volonté de l'État repose donc en définitive sur une quatre conditions cumulatives : la reconnaissance constitutionnelle d'un *treaty making power*, ce *treaty making power* doit être exercé de manière autonome, il doit être exercé à l'égard d'un État étranger et cet État étranger doit s'estimer lier par le traité conclu avec l'entité en question. Cela étant dit, il est très probable que le mot « État » puisse comprendre les États fédérés aux fins de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

b. Exemples pratiques

L'hypothèse que nous avançons n'a rien de surprenant, puisque plusieurs États fédérés – ou « autonomes » – se sont vu reconnaître le pouvoir de conclure des traités sans pour autant bénéficier du statut d'« État souverain ou statutaire »[1746].

[1746] La Commission de Venise a déposé un rapport très instructif à ce sujet. Voir Conseil de l'Europe, Commission de Venise, Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Les entités fédérées et régionales et les traités internationaux* : Rapport adopté par la Commission lors de sa 41e réunion (Venise, 10-11 décembre 1999), CDL-INF (2000) 3, en ligne. Il existe aussi une abondante documentation sur la diplomatie à paliers multiples – diplomatie entre organisations internationales, États, États ou régions fédérés, etc. Voir par exemple : I. DUCHACEK, D. LATOUCHE et G. STEVENSON, (dir.), *Perforated Sovereignties and International Relations : Trans-sovereign Contacts of Subnational Governments*, New York, *Greenwood Press*, 1988; H. J. MICHELMANN et P. SOLDATOS, *Federalism and International Relations : the Role of Subnational Units*, Oxford, *Clarendon Press*, 1990; B. HOCKING, *Localizing Foreign Policy : Non-Central Governments and Multilayered Diplomacy*, Londres (R.-U.), *Macmillan*, 1993; P. SOLDATOS, « Cascading Subnational Paradiplomacy in an Interdependent and Transnational World » *in* D. M. BROWN et E. FRY, (*eds.*), *States and Provinces in the International Economy*, Berkeley, *Institute of Governmental Studies Press*, 1993, p.45; L. HOOGHE, (*dir.*), *Cohesion Policy and European Integration : Building Multi-Level Governance*, Oxford, *Oxford University Press*, 1996; M. KEATING et J. LOUGHLIN, (dir.), *The Political Economy of Regionalism*, Londres (R.-U.), *Frank Cass*, 1997; É. PHILIPPART, « Le Comité des Régions confronté à la "paradiplomatie" des régions de l'Union européenne », *in* J. BOURRINET, (dir.), *Le Comité des Régions de l'Union européenne*, Paris, *Économica*, 1997; F. ALDECOA et M. KEATING, (*dir.*), *Paradiplomacy in Action: The Foreign Relations of Subnational Governments*, Londres (R.-U.), *Frank Cass*, 1999; C. JEFFERY, ''Sub-National Mobilization and European Integration : Does it Make Any Difference?'', *Journal of Common Market Studies,* 2000,n° 38, p. 1; B. KERREMANS, ''Determining a European Policy in a Multi-Level Setting : The Case of Specialized Coordination in Belgium'', *Regional and Federal Studies*, 2000,n° 10 ; S. PAQUIN, « La paradiplomatie identitaire en Catalogne et les relations Barcelone-Madrid », *Études internationales*,

Le test de « l'État fonctionnel » au sens des règles d'expression de la volonté de l'État repose sur quatre critères cumulatifs : l'existence d'un *treaty making power*, ce *treaty making power* doit être exercé de manière autonome, il doit être exercé à l'égard d'un État étranger et cet État étranger doit s'estimer lier par le traité conclu avec l'entité en question. Nous évoquerons à ce sujet le cas du Québec (i), le cas des entités fédérées belges (ii) et le cas des collectivités ultra-marines françaises (iii).

i. Le Québec, un « État fonctionnel » au sens des règles d'expression de la volonté de l'État ?

La pratique canadienne laisse aussi entrevoir l'idée d'un « État fonctionnel » québécois, même si la Constitution fédérale reste muette à ce sujet. Cette appréhension est présente depuis 1965 dans la pensée officielle des autorités québécoises exprimée lors d'un discours resté historique du vice premier ministre Paul Gérin-Lajoie selon lequel :

> *« Le Québec n'est pas souverain dans tous les domaines: il est membre d'une fédération. Mais il forme, au point de vue politique, un État. Il en possède tous les éléments: territoire, population, gouvernement autonome. Il est, en outre, l'expression politique d'un peuple qui se distingue, à nombre d'égards, des communautés anglophones habitant l'Amérique du Nord.*
>
> *Le Québec a, sur ce continent, sa vocation propre. La plus nombreuse des communautés francophones hors de France, le Québec appartient à un univers culturel dont l'axe est en Europe et non en Amérique. De ce fait, le Québec est plus qu'un simple État fédéré parmi d'autres. Il est l'instrument politique d'un groupe culturel distinct et unique dans la grande Amérique du Nord »*[1747].

Ces mots de Paul Guérin-Lajoie, laisse entrevoir que le Québec n'est certes pas un État statutaire (« *Le Québec n'est pas souverain dans tous les domaines* »),

---

2002, vol. 33,p.57; S. PAQUIN, *La paradiplomatie identitaire en Catalogne*, Québec, *Presses de l"Université Laval*, 2003; S. PAQUIN, *Paradiplomatie et relations internationales*. *Théorie des stratégies internationales des régions face à la mondialisation*, Bruxelles, *Peter Lang*, 2004; G. LACHAPELLE et S. PAQUIN, (*dirs.*), *Mastering Globalization : New Sub-States' Governance and Strategies*, Londres (R.-U.), *Routledge*, 2005.

[1747] Voir P. GUERIN-LAJOIE, "Preface", *RQDI*, hors serie, juin 2016, p. 1.

mais il a une identité fonctionnelle qui en fait « *l'instrument politique d'un groupe culturel distinct et unique dans la grande Amérique du Nord* ». Cette identité permet au Québec de disposer de compétences exclusives au niveau interne, compétences qu'il exerce en toute autonomie en tant qu'entité fédérée. C'est donc lui qui doit mettre en œuvre tout accord conclu dans le cadre desdites compétences exclusives. Mais, s'interroge Paul Guérin-Lajoie, « *pourquoi l'État qui met un accord à exécution serait –il incapable de le négocier et de le signer lui-même ?* »[1748]. Il considère cette situation constitutionnelle comme « *quelque chose d'absurde* » et prône le prolongement des compétences internes exclusives au niveau international[1749].

Cette doctrine officielle québécoise est restée, depuis lors, la ligne de conduite des gouvernements précédents[1750], même si elle n'a pas reçu l'approbation totale des autorités fédérales canadiennes. Le Québec a ainsi su investir différentes tribunes internationales, développer des relations transfrontalières d'importance dans une variété de domaines et adopter une multitude d'ententes internationales touchant ses compétences constitutionnelles, et ce, avec des pays souverains ou encore des États fédérés. Il est devenu un acteur connu et reconnu, sur la scène internationale, et ce rôle ne semble pas, pour l'heure, être appelé à s'estomper. La doctrine Gérin-Lajoie est ainsi, cinquante ans plus tard, encore d'actualité[1751]. En effet, malgré les dénégations persistantes d'Ottawa sur sa qualification au regard du droit international, la pratique internationale du Québec est constante depuis

---

[1748] *Ibidem.*

[1749] Ce qui par ailleurs fait penser à la doctrine du prolongement des compétences exclusives internes de l'Union européenne au niveau externe avec l'arrêt *AETR* de la Cour de Justice, cité supra note 1186.

[1750] Voir notamment H. CYR, *Canadian Federalism and Treaty Power*,Bruxelles, *Peter Lang*, 2009; D. TURP, « La doctrine Gérin-Lajoie et l'émergence d'un droit québécois des relations internationales», *in* S. PAQUIN (*dir*), *Les relations internationales du Québec depuis la Doctrine Gérin-Lajoie (1965-1995):Le prolongement externe des compétences internes*, Québec*, Presses de l'Université Laval*, 2006, p. 49 ; G. VAN ERT, «The Legal Character of Provincial Agreements with Foreign Governments», *Les Cahiers de droit*, 2001, vol. 42, n° 4, p. 1093; J.-P. DUPRÉ et É. THEROUX, « Les relations internationales du Québec dans le contexte du droit international» *R.Q.D.I.,* 1989-90, vol. 6, n° 2, p.145; A-M. JACOMY-MILLETTE, « Réflexions sur la valeur juridique des ententes du Québec», *RQDI*, 1984, n° 1, p. 93; A. PATRY, *La capacité internationale des États: l'exercice du jus tractatuum*, Sillery, *Presses de l'Université du Québec*, 1983; I. BERNIER, International Legal Aspects of Federalism, Londres, *Longman*, 1973, pp. 51-64 ; E. Mc WHINNEY, ''Canadian Federalism and the Foreign Affairs and Treaty Power. The Impact of Quebec's Quiet Revolution'', *ACDI*, 1969, n° 7, p. 3

[1751] S. PAQUIN et A. CHALOUX, « La doctrine Guérin-Lajoie : 50 ans et pas une ride », *RQDI,* hors serie, juin 2016, p. 5 et ss.

l'affirmation de la doctrine Gérin-Lajoie. Au-delà de la question de la qualification juridique des ententes internationales du Québec, les faits demeurent têtus. Le ministère des Relations internationales et de la Francophonie recense plus de 740 ententes –dont 378 sont toujours en vigueur –conclues par le Québec, avec des partenaires étrangers, qu'il s'agisse d'entités fédérées, d'États souverains ou d'organisations internationales. Ces ententes permettent au gouvernement d'élaborer des politiques plus efficaces et mieux adaptées aux besoins de la société québécoise dans tous ses domaines d'activités.

Donc la pratique constitutionnelle canadienne laisse entrevoir l'idée d'un *treaty making power* autonome de la Province du Québec, au-delà de tout contrôle fédéral.

ii. Les entités fédérées belges, des « États fonctionnels » au sens des règles d'expression de la volonté de l'État?

Le fédéralisme belge offre aussi une perspective intéressante[1752]. En effet, le fédéralisme belge confronté aux relations internationales de l'État fédéral laisse entrevoir l'existence d'un *treaty making power autonome* des entités fédérées[1753]. Selon l'article 167 § 1 de la Constitution belge, « *Le Roi dirige les relations internationales, sans préjudice de la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale, y compris la conclusion de traités, pour les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci* »[1754].

Le paragraphe 3 dudit article ajoute à son tour que : « *Les Gouvernements de communauté et de région visés à l'article 121 concluent, chacun pour ce qui le concerne, les traités portant sur les matières qui relèvent de la compétence de leur Parlement. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment du Parlement* »[1755].

[1752] O. DUPERON, « La forme de l'État belge : un fédéralisme atypique pour éviter la disparition de l'État », *in* F. LAFAILLE (*dir.*), *Régimes politiques contemporains*, Paris, *Mare et Martin*, 2009, p. 195; P. POPELIER, *The Constitution of Belgium : a contextual analysi*s, Oxford, *Hart Publishing*, 2015, p. 9.
[1753] R. COLAVITI, *supra* note 339 , p. 431.
[1754] Voir http://www.senate.be/doc/const_fr.html#t4 (site du Sénat belge).
[1755] *Ibidem*.

Ainsi, les Communautés et les régions belges sont compétentes pour conclure des traités uniquement dans les matières qui relèvent de leurs compétences. En l'état actuel du droit positif belge, la répartition des compétences entre Fédération et collectivités fédérées repose sur l'affirmation de compétences exclusives et non résiduelles des collectivités fédérées. Ainsi, dans l'ensemble des matières relevant de leurs compétences, les communautés et les régions disposent d'un *treaty making power* qu'elles peuvent exercer à l'égard des États étrangers et d'autres collectivités fédérées étrangères. Mieux, elles exercent cette compétence internationale de façon autonome, sans intervention de l'autorité fédérale [1756]. Et encore, la pratique internationale des communautés et des régions est suffisamment éclairante pour admettre que les parties contractantes estiment bien être liées aux collectivités fédérées belges quand elles contractent avec elles. Donc, toutes les conditions sont réunies pour parler d'un *treaty making power* autonome : compétence de conclure des accords, compétence exercée de façon autonome, à l'égard d'États étrangers, reconnaissance de la validité de tels accords par ces États étrangers contractant. Les collectivités fédérées belges, peuvent donc être qualifiées d' « États fonctionnels », au sens du droit des traités et éventuellement du droit de la responsabilité internationale pour les traités qu'ils concluent en vertu de leurs compétences propres et de manière autonome, avec des États étrangers.

iii. Les collectivités ultra-marines françaises, des « États fonctionnels » au sens des règles d'expression de la volonté de l'État ?

Peut-on qualifier les collectivités ultra-marines françaises d'États fonctionnels? Nous ne le pensons pas. Les collectivités ultra-marines françaises ne bénéficient pas à proprement parler d'un *treaty making power* autonome, mais uniquement d'un aménagement interne des conditions d'exercice des compétences internationales de l'État[1757]. Ainsi, lorsqu'une collectivité ultra-marine est amenée à négocier ou à signer un traité, c'est uniquement au nom et pour le compte de l'État qui « *reste le seul*

[1756] Voir Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, Bruxelles, *Larcier*, 2014, p. 213.
[1757] G. GOHIN, « l'action internationale de l'État outre-mer », *AJDA*, 2001, p. 438.

compétent pour engager définitivement la France, quels que soient les accords conclus et les matières concernées »[1758].

Prenons le cas par exemple de la Nouvelle-Calédonie (en tant que pays d'outre-mer), régi par les articles 76 et 77 de la Constitution française[1759] et la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, devant aboutir, à terme, à l'organisation d'un referendum d'autodétermination. Afin d'accroitre ce processus, la loi organique institue une marge de manœuvre normative, pouvant s'exprimer par la conclusion de traités avec des États et des collectivités étrangères. Deux cas de figure se présentent alors. Lorsque le traité entre dans le champ de compétence de l'État, les autorités centrales auront la faculté de donner pouvoir au gouvernement néo-calédonien de négocier et éventuellement de signer le traité. L'accord signé sera par la suite ratifié via les procédures de l'article 52 et 53 de la Constitution française[1760]. Il s'agit là d'une décentralisation facultative des compétences de négociation et de

---

[1758] R. COLAVITTI, *supra* note 339, p. 443.

[1759] Selon l'article 76, « *Les populations de la Nouvelle-Calédonie sont appelées à se prononcer avant le 31 décembre 1998 sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 et publié le 27 mai 1998 au Journal officielde la République française.Sont admises à participer au scrutin les personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988. Les mesures nécessaires à l'organisation du scrutin sont prises par décret en Conseil d'État délibéré en conseil des ministres ». Selon l'article 77 « Après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre :- les compétences de l'État qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle -Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci ;- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines ca tégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ;- les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier ;- les conditions et les délais dans lesquels les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie seront amenées à se prononcer sur l'accession à la pleine souveraineté. Les autres mesures nécessaires à la mise en oeuvre de l'accord mentionné à l'article 76 sont définies par la loi. Pour la définition du corps électoral appelé à élire les membres des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le tableau auquel se réfèrent l'accord mentionné à l'article 76 et les articles 188 et 189 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle -Calédonie est le tableau dressé à l'occasion du scrutin prévu audit article 76 et comprenant les personnes non admises à y participer* ».

[1760] Voir constitution française du 4 octobre 1958, texte disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf.

signature[1761] . Lorsque le traité entre, par contre, dans le champ de compétence néo-calédonienne, les autorités centrales seront informées de l'autorisation donnée par le Congrès du pays au président du gouvernement de recourir à une négociation. Toutefois, ce dernier ne pourra procéder à la signature qu'après avoir obtenu de la part des autorités centrales les pouvoirs nécessaires. L'accord signé fera l'objet d'une ratification via les procédures des articles 52 et 53 de la Constitution. Il s'agit là d'une décentralisation totale de la seule compétence de négociation, mais l'État central garde la mainmise sur la signature.

Prenons aussi le cas de la Polynésie française (en tant que collectivité d'outre-mer) régi par l'article 74 de la Constitution, ainsi que la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004. Lorsqu'un traité intéressant la Polysésie entre dans le champ de compétence de l'État, le président de la Polynésie pourra bénéficier des pouvoirs de négociation et de signature. Toutefois, à la différence de la Nouvelle-Calédonie, le président de la Polynésie pourra se voir opposer le refus des autorités centrales dans le cas ou il les informerait de l'ouverture de négociation d'un traité entrant dans le champ de compétence polynésienne.Il s'agit donc d'une décentralisation conditionnée de la compétence de négociation et de signature[1762].

Puisque l'État central conserve un pouvoir de contrôle et d'intervention important, les collectivités ultra-marines françaises ne peuvent en l'état actuel être considérées comme des États fonctionnels au regard du système de responsabilité internationale. L'État français devra donc dans tous les cas répondre de la violation des obligations internationales par lesdites collectivités.

Si une telle hypothèse de l'« État fonctionnel », à côté de l'« État statutaire », est admise aux fins du droit des traités pour que les accords conclus par les entités fédérées avec des États étrangers soient considérés comme valides, pourquoi le droit de la responsabilité internationale ne s'y conformerait pas ?

[1761] Selon l'expression de V. GOESEL-LE-BIHAN, « Les compétences internationales des collectivités d'outre-mer », *in* C. MONDOU (*dir.) L'action internationale des collectivités territoriales : bilan et perspective*, Paris, *L'Harmattan*, 2007, p. 97.
[1762] *Ibidem.*

2. <u>« État fonctionnel *de jure* » et règles d'imputation</u>

On a déjà relevé les difficultés d'application de la conception unitaire de l'État protectrice de la souveraineté. Cet état de fait implique par ailleurs un appel à une évolution plus conforme avec les exigences d'application efficace et effective de la norme. On propose ainsi d'étendre l'hypothèse de « l'État fonctionnel » au système de la responsabilité internationale des États dans le cadre de l'application des règles d'imputation. Il convient dès lors de faire une évaluation théorique de cette hypothèse (a), avant d'en analyser la perspective pratique (b).

a. Évaluation théorique

Pour des raisons d'effectivité et d'efficacité du système de la responsabilité internationale, une entité fédérée peut, bel et bien, être considérée comme « État fonctionnel » au sens de ce régime. Il convient, à cet effet, de clarifier les hypothèses.

La première est celle de l'article 55 du projet d'articles de la CDI selon lequel ses dispositions : « *ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régies par des règles spéciales de droit international* ». Cet article ouvre la voie au *lex specialis* selon lequel, les États peuvent par voie conventionnelle, déroger sous certaines conditions aux règles établies par le projet, notamment en vue d'exonérer l'État de tout manquement à un traité qui serait imputable à l'une de ses composantes territoriales. Comme nous l'avons déjà vu[1763], cette hypothèse recouvre celle de la clause fédérale qui vise à atténuer l'engagement de la responsabilité de l'État. Dans ce cas, il est donc dérogé à l'article 4 du projet, dans la mesure où le manquement d'une collectivité fédérée n'engendrerait pas *ipso jure* l'engagement de la responsabilité de l'État fédéral. La portée de ces clauses reste donc limitée; elle n'aboutit pas en effet à mettre à charge de l'entité fédérée une obligation spécifique; elle transforme

[1763] Voir *supra* 1ere partie.

simplement pour l'État fédéral une obligation qui à l'origine était de résultat en une obligation de moyen : au lieu de contraindre l'État à adopter tel comportement particulier, elle le contraint seulement à essayer d'obtenir ledit comportement de l'entité fédérée[1764]; que cette entité refuse d'y souscrire n'engage en tout cas pas sa responsabilité. Ainsi, si cette hypothèse contribue à relativiser la définition extensive de la notion d'État, elle n'en dit pas moins sur le statut de la collectivité fédérée dont le manquement n'est pas imputable à l'État fédéral, l'hypothèse de l'« État fonctionnel » ne s'appliquant pas dans ce cas de figure.

Une deuxième hypothèse est celle où une entité fédérée est auteur d'un manquement d'une règle de droit international liant la Fédération. Dans ce cas, l'article 4 du projet d'articles de la CDI s'applique dans toute sa rigueur, c'est-à-dire celui codifiant la définition unitaire et extensive de la notion d'État et préservant la souveraineté une et indivisible de l'État. Cette solution est logique et n'est pas en soi remise en cause puisqu'un État ne peut exciper de son organisation interne pour faire échec à une règle internationale l'engageant directement. Donc l'hypothèse de l' « État fonctionnel » ne trouve pas à s'appliquer dans ce cas. Ce fut le cas par exemple lorsque la Colombie-Britannique a signé au nom du gouvernement fédéral canadien le Traité et le Protocole canado-américains sur la rivière Columbia en 1961 et 1964. Dans ce cas, le gouvernement fédéral avait exigé que la Colombie-Britannique accepte, dans un accord fédéral-provincial de l'indemniser de toute responsabilité résultant des actes ou omissions de la province[1765]

[1764] Notons cependant qu'il ne faut pas sous estimer le poids de cette obligation de moyen : dans le cas du GATT, l'obligation énoncée par l'art. XXIV, § 12 semble même plus proche d'une obligation de résultat que d'une obligation de moyen si on la comprend à la lumière de la note interprétative annexée au §1 de l'art. III; sur cette question, I. BERNIER, « le GATT, et le problème du commerce d'Etat dans les pays à économie de marché ; le cas des monopoles provinciaux des alcools au Canada », *ACDI*, 1975, pp. 140-145; cela ne change de toute façon rien à nos conclusions sur le fait que la clause fédérale ne confère pas de responsabilité internationale aux entités fédérées. Voir à ce propos, E. DAVID, « La responsabilité des Etats fédéraux dans les relations internationales » *RBDI*, 1983, n° 1, p. 491.

[1765] Traité entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Colombia, 17 janvier 1961 et Protocole du 22janvier 1964 ainsi que les échanges de note du 22 janvier 1964 et du 16 septembre 1964, *RTC*, 1964, n° 2. Les clauses d'indemnisation se trouvent dans l'Accord Canada-Colombie britannique du 8 juillet 1963, art. 3 (g) et 8 et dans l'Accord entre les mêmes parties du 13 janvier 1964, art. 3 et 4, *RTC,* 1964, n° 2, p. 47 et 53.

La situation est cependant tout autre lorsqu'une collectivité fédérée manque à une obligation internationale découlant de traités qui l'engagent en propre. Autrement dit, lorsqu'une collectivité fédérée, disposant selon la constitution fédérale *d'un treaty making power* autonome, conclut un traité avec un État étranger et viole ledit traité, quel sera le régime applicable?

C'est dans cette dernière hypothèse qu'il convient d'invoquer l'idée de l'« État fonctionnel » au sens du système de la responsabilité internationale. En effet, si le texte du projet est silencieux sur ce point, il semblerait douteux d'élargir purement et simplement la solution offerte par l'article 4 à ce type d'hypothèse[1766], ce qui fait que d'autres solutions restent envisageables. En effet, comme le note le Rapporteur spécial Ago, la doctrine hésite beaucoup à reconnaître une responsabilité spécifique à charge de l'entité fédérée, et qu'en tout état de cause, il s'agirait d'une hypothèse d'école. Inspiré d'une démarche fonctionnelle et non abstraite, il écrivait que :

> « (...) *l'hypothèse envisagée ne peut pas être a priori exclue, car il faut se rappeler qu'il n'existe pas un type unique d'État fédéral dont la physionomie serait définitivement fixée : dans la réalité historique, il n'y a que des situations spécifiques ayant chacune leurs caractéristiques propres et personne ne peut dire ce que seront les futures situations* »[1767].

Beaucoup d'auteurs ont pourtant réfuté une telle possibilité considérant tout simplement que l'entité fédérée n'est pas un État au sens du droit international. Nous précisons : elle n'est pas un « État statutaire », mais peut dans certains cas, si les conditions requises sont réunies, être considérée comme un « État fonctionnel ».

En effet, s'inscrivant dans une démarche casuistique, force est de constater que certaines entités fédérées exercent une fonction étatique à part entière, sans rendre compte à la Fédération. Il en est ainsi lorsqu'elles disposent d'un *treaty*

[1766] Certains auteurs soutinrent le contraire sans réellement distinguer entre le *treaty making power* de la fédération et celui des collectivités fédérées. Voir, Y. LEJEUNE, *le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse, supra* note 1702 p. 389 et ss. En outre, l'Institut de droit international admettait, sans le démontrer, que l'Etat fédéral est responsable de la manière d'agir des Etats particuliers non seulement si elle est contraire à ses propres obligations internationales, mais encore si elle l'est aux obligations internationales qui incombent à ces états. Il ne peut invoquer pour se soustraire de cette responsabilité le fait que la constitution ne lui donne ni le droit d'exiger d'eux qu'ils satisfassent à leurs obligations », voir Projet de l'Institut de Droit International, *AIDI,* vol. 33, 1927, p. 332.

[1767] Rapport Ago, p. 276.

making power autonome et l'exercent à l'égard d'États étrangers. Dans ce cas de figure, le droit coutumier des traités valide de telles conventions et implicitement l'idée d'« État fonctionnel ». Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États reste quant à lui silencieux sur ce cas de figure. Néanmoins, lors des débats relatifs à cette question, plusieurs membres de la CDI ont admis l'idée d'une responsabilité internationale à la charge d'une entité fédérée[1768]. Ces idées vont trouver leur aboutissement dans le commentaire de la CDI qui reconnaît la possibilité d'une responsabilité internationale à charge de l'État fédéré :

> *« Si un organe de l'État fédéré vient à agir dans un dom aine dans lequel l'État fédéré est le titulaire d'obligations internationales incombant à cet État lui-même, et non pas à l'État fédéral, ledit État fédéré apparaît à l'évidence sur le plan international, comme un sujet de droit international autre que l'État fédéral. Il va de soi que le comportement de l'organe en question est alors, en vertu de l'art. 5 du présent projet, le fait de l'État fédéré »*[1769].

La Commission de droit international ne se déjugera pas lorsqu'elle reviendra plus tard sur cette question à propos de la responsabilité d'un État pour le fait internationalement illicite d'un autre État[1770]. En envisageant notamment *« les cas de fédération où les États membres gardent, du point de vue du droit international, une personnalité distincte de celle de l'État fédéral* », la Commission constatera que «*dans les limites du secteur d'activité où l'État membre jouit d'une personnalité*

[1768] Ainsi pour M.-K. Yasseen, « *... il n'est pas incompatible avec le système fédéral q u 'un Etat fédéré puisse encourir une responsabilité internationale. O n peut en effet concevoir l'existence d'un certain degré de fédéralisme où les États fédérés pourraient jouir d'une certaine compétence internationale. Ce sont alors les Etats fédérés eux-mêmes qui seraient responsables sur le plan international, et non pas l'Etat fédéral* » (*ACDI*, 1974,1, p. 11.). J. Sette Camara, se référant à l'intervention ci-dessus, rappelle cependant qu' « Il y a eu des cas, dans le passé, où la responsabilité de l'Etat fédéral pour des actes d'États fédérés n'a pas été reconnue; par exemple, dans l'affaire Robert Fulton Cutting. entre le Canada et les États-Unis, le Canada' a refusé de se reconnaître responsable au regard des règles existantes du droit international du fait de la province de Québec ». Si ce juriste reste donc favorable au principe de l'unité en matière de responsabilité internationale afin d'éviter l'incertitude qu'entraînerait toute restriction au principe, il admet que le problème reste posé, surtout que « certaines expériences nouvelles en matière fédérale pourraient revenir à la vieille formule d'une union assez lâche ou d'une confédération d'États ». T.-D. Elias croit aussi que « *le libellé de l'article ne devrait pas être trop rigoureux afin de pouvoir s'appliquer à certains types de structures fédérales modernes* ».

[1769] Rapport CDI, p. 287.

[1770] Art. 28, § 1 : « *Le fait internationalement illicite commis par un Etat dans un domaine d'activité dans lequel cet Etat est soumis au pouvoir de direction ou de contrôle d'un autre Etat engage la responsabilité internationale de cet autre Etat* ».

propre, il peut parfois jouir d'une autonomie complète par rapport à l'État fédéral ». Elle conclura : « *On ne verrait pas alors pourquoi l'État membre ne devrait pas répondre des violations de ses obligations internationales commises par ses organes*»[1771].

Ainsi, force est de constater que pour des besoins d'effectivité et d'efficacité du système, l'hypothèse de l' « État fonctionnel » devrait être érigée afin de permettre un engagement de la responsabilité d'une collectivité fédérée lorsque cette dernière fait usage d'une fonction étatique de manière autonome à savoir la faculté de contracter avec des États étrangers en son nom propre. En effet, engager la responsabilité d'un État pour violation d'un traité auquel il n'est pas partie peut paraitre saugrenu. En effet, l'État lésé ne pourrait engager la responsabilité internationale de la Fédération qu'à la condition où cette dernière serait également partie au traité (l'hypothèse des traités mixtes)[1772]. Si une ou plusieurs collectivités fédérées sont parties au traité, sans que la fédération n'y été conviée, la réclamation de l'État lésé ne pourrait être dirigée qu'à l'encontre desdites collectivités[1773]. L'État lésé serait alors réputé avoir accepté d'assumer le risque conventionnel en concluant un traité avec une collectivité fédérée et non directement avec la Fédération[1774]. Car, on ne saurait déduire de l'impossibilité technique de mettre en œuvre les voies de recours internationales idoines à l'encontre d'une collectivité fédérée, l'inexistence d'une responsabilité propre de cette dernière en tant qu'« État fonctionnel » (car ayant exercé en son nom propre une fonction étatique, elle devra donc logiquement répondre de cette dernière au niveau international)[1775]. C'est d'ailleurs ce que

---

[1771]Rapport de la CDI sur les travaux de sa 31e session, 14 mai-3 août 1979, DOC. ONU A/34/10, pp. 260-261.

[1772] R. CLAVITTI *supra* note 339, p. 499.

[1773] A SCHAUS, « les entités fédérées sont-elles susceptibles d'encourir une responsabilité internationale ? », *in Pouvoir du droit, droit du pouvoir, mélanges en l'honneur de Jean Salmon*, Bruxelles, *Bruylant*, 2007, p. 625 et ss.

[1774] Comme se fut le cas des traités de Charleville-Mézières conclus entre la France, les Pays-Bas et les trois régions belges à propos de la protection de l'Escaut et de la Meuse, voir J. VERHOEVEN, « Les accords de Charleville-Mézières du 26 avril 1994sur l'Escaut et sur la Meuse », *AFDI,* 1907, p. 802 et ss.

[1775] Voir à ce propos, J. CRAWFORD et M. MAUGUIN « les collectivités territoriales non-étatiques et le droit de la responsabilité internationale », *in, SFDI, les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, p. 165 selon lesquels « *s'il existe donc une responsabilité internationale propre aux collectivités territoriales non-étatiques coexistant avec la responsabilité internationale de leurs États, elle n'a pour l'instant pas vraiment trouvé de terrain d'exercice* ».

suggère J. Crawford dans son commentaire sous l'article 4 du Projet en soulignant que :

> *« dans le cas où une entité fédérée est habilitée à conclure des accords internationaux pour son compte, l'autre partie peut avoir accepté de se borner à exercer un recours contre cette entité en cas de violation; l'affaire n'engagera donc pas la responsabilité de l'État fédéral et ne relèvera donc pas du présent article »*[1776].

Donc en théorie, rien ne s'oppose à élever une entité fédérée disposant d'un *treaty making power* autonome au rang d'« État fonctionnel » afin de la considérer comme justiciable au niveau international de la violation des traités qu'elle a conclus en son nom propre. Le système de la responsabilité internationale y gagnerait en effectivité et en efficacité. Certes en pratique, la mise en œuvre de cette responsabilité[1777] ne pourra franchir les portes du prétoire de la CIJ[1778], mais il n'en demeure pas moins qu'aucun obstacle ne s'oppose à l'éventualité d'un recours à l'arbitrage, dans le cas où le droit constitutionnel fédéral permettrait la stipulation d'une clause compromissoire. Ceci suppose que les compétences propres des collectivités fédérées soient clairement établies et respectées, dans la mesure où les exceptions au système commun établies par les articles 4 et suivant du projet d'articles de la CDI doivent s'interpréter strictement et *« parce que la victime n'a pas à souffrir des obscurités et es ambigüités de l'ordre constitutionnel de l'État fédéral en question* »[1779]. Ainsi, comme le soutenait É. David :

> « *Si à présent, après avoir montré que ces entités disposent de compétences internationales spécifiques dans le domaine de la représentation extérieure, de la conclusion des traités, et de l'utilisation des espaces, on réussit à mettre en évidence qu'elles sont également titulaires d'une responsabilité internationale correspondant à leur capacité externe, on aura en quelque sorte bouclé la boucle et mis la clé de voûte à l'édifice juridique de leur personnalité internationale. L'entité*

[1776] J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'Etat : Introduction, texte et commentaires*, p. 117.

[1777] Voir A. SCHAUS, *L'exécution des obligations internationales dans l'Etat fédéral*, *Thèse Université Libre de Bruxelles*, 2001, p. 388 et ss.

[1778] Selon l'article 34 § 1 du statut de la CIJ, « *seuls les Etats (et nous comprenons par là Etats statutaires) ont qualité pour se présenter devant la Cour* ».

[1779] E. DAVID, « La responsabilité des Etats fédéraux dans les relations internationales », *supra* note 1764.

fédérée ne serait plus une simple virtualité en droit international, mais une réalité bien concrète, et l'attribution d'une responsabilité internationale prouverait qu'elle a atteint, sinon la majorité — ce ne serait plus une entité fédérée, mais un État pur et simple (ou nous dirons un « État fonctionnel » —, du moins l'âge de raison »[1780].

Pour vérifier notre hypothèse, il convient d'appliquer le test de l'État fonctionnel à quelques cas pratiques.

b. Perspectives pratiques

Au regard de l'évaluation théorique de l'hypothèse de « l'État fonctionnel » *de jure*, on peut appliquer le test à un certain nombre d'entités afin de voir si on peut objectivement les élever au rang « d'État fonctionnel » aux fins du système de la responsabilité internationale. L'intérêt de la notion «d'État fonctionnel » réside précisément dans l'existence d'une responsabilité propre particulièrement du point de vue des États qui signent des accords avec par exemple des États fédérés. Il faut étudier deux cas de figure : lorsque l'entité en question exerce une compétence internationale ou lorsqu'elle exerce une compétence souveraine interne.

Dans le premier cas de figure, le test de « l'État fonctionnel »repose sur deux critères cumulatifs : la qualification d'État fonctionnel au sens des règles d'expression de la volonté de l'État comme nous l'avons exposé plus haut[1781], et la commission d'une violation internationale des obligations conventionnelles par l'entité en cause. Si on parvient à démontrer qu'une entité non statutairement reconnue comme un État dispose toutefois d'un *treaty making power* autonome et l'exerce à l'égard d'États tiers qui s'estiment lier en contractant avec cette entité, rien ne s'oppose en théorie et en pratique à la reconnaissance d'une responsabilité exclusive de cette entité. Certes, le projet d'articles de la CDI parle d'État. Mais la notion d'État peut être appréciée du point de vue statutaire comme du point de vue fonctionnel. Un « État fonctionnel » peut donc encourir une responsabilité internationale et le système gagnerait ainsi en efficacité. Il en est ainsi des accords conclus par le Québec et par les entités fédérées belges. Si nous prenons le cas du Québec, les choses paraissent a priori complexes. La position du gouvernement canadien lors de

[1780] *Ibidem*, p. 483.
[1781] *Supra*, p. 497.

la Conférence de Vienne sur le droit des traités reste la responsabilité exclusive de l'État fédéral pour le fait des entités fédérées. Néanmoins, la pratique permet de relever un certain paradoxe. En effet, tout indique que le gouvernement canadien n'entend nullement se porter garant de la conduite de ses provinces. Il réduit les ententes des provinces, notamment du Québec, à de simples arrangements administratifs ne présentant aucun caractère obligatoire, ni pour les provinces, ni pour lui-même. Cette solution semble s'appliquer à toutes les ententes, même à celles qu'il a autorisées ou encadrées de sorte que les accords-parapluies pourraient n'avoir pour but que de le dégager de toute responsabilité et non d'approuver ce qui à ses yeux est inexistant. Dans l'accord italo-canadien sur la sécurité sociale, Ottawa avait expressément retenu cette solution[1782]. Cette attitude n'est rien d'autre que le reflet de l'ancienne tendance relevée déjà en 1938 dans l'affaire *Robert Fulton Cutting* dans laquelle le gouvernement fédéral avait refusé d'admettre sa responsabilité pour les actes posés par le gouvernement du Québec dans un cas où celui-ci avait omis de payer les intérêts sur les droits de succession qui, selon un jugement des tribunaux, avaient été levés illégalement sur les biens d'un ressortissant américain. Cette attitude du gouvernement canadien, doublée de la pratique internationale québécoise se fondant sur la doctrine Guérin-Lajoie, justifie l'idée d'un État fonctionnel québécois au sens de la mise en œuvre des règles d'imputation.

La pratique belge laisse aussi envisageable l'hypothèse d'un « État fonctionnel » au sens du droit de la responsabilité des États. On a déjà démontré que les entités fédérées belges constituent au regard des règles d'expression de la volonté de l'État des « États fonctionnels » au sens où elles exercent un *treaty making power* autonome à l'égard d'États étrangers qui s'estiment liés. Ainsi, il serait un peu curieux d'engager la responsabilité de l'État fédéral pour un traité qui ne le lie pas. Rien ne s'oppose donc dans les traités conclus par la Région wallonne par exemple, de voir la responsabilité de cette dernière engagée en tant qu'État fonctionnel au sens du régime. Une telle solution resterait conforme au droit en vigueur tel que codifié par le projet d'articles de la CDI et appliqué par la jurisprudence internationale. Tout ce qui change c'est l'interprétation de la notion

[1782] Accord cadre entre le Canada et l'Italie sur la sécurité sociale, 19 janvier 1977, *RTC*, 1979, n° 2, art. XXIV.

d'État qui n'est plus réduite à sa vision statutaire, mais étendue selon une conception purement fonctionnelle afin de mieux garantir l'efficacité et l'effet utile des règles à appliquer. Cette conclusion pourrait également être étendue à la pratique suisse et allemande.

Dans le second cas de figure, le test de « l'État fonctionnel » repose sur deux critères : l'exercice d'une compétence souveraine interne violant une obligation internationale et l'impossibilité juridique pour l'État central ou fédéral de contraindre l'entité infra-étatique à cette fin. À ce niveau, il ne s'agira peut-être pas d'aller jusqu'à exonérer l'État statutaire de sa responsabilité internationale, parce qu'il ne saurait évoquer les dispositions de son droit interne pour ce faire. Toutefois, avec l'exemple du fédéralisme américain, relatif notamment au contentieux international sur la protection diplomatique contre la peine de mort[1783], force est de constater qu'au stade des mesures conservatoires et des obligations secondaires, l'hypothèse de « l'État fonctionnel » devient pertinente. La réalité de l'autonomie des entités fédérées a conduit dans les cas cités[1784] à une remise en cause de la conception unitaire de l'État protectrice de l'unicité du pouvoir souverain. En adoptant le style des clauses fédérales, assortissant ses conclusions d'une obligation de moyen et non de résultat, le juge a pris en compte la réalité de la dimension étatique des entités fédérées américaines. Ces précédents ne permettent certes pas d'en déduire une consécration de l'hypothèse selon laquelle les entités fédérées américaines sont des « États fonctionnels » au regard du droit de la responsabilité internationale (notamment au stade des mesures conservatoires et éventuellement des obligations secondaires), mais ils posent la possibilité pratique et casuistique d'une telle hypothèse.

Après avoir exploré l'hypothèse de l' « État fonctionnel » *de jure*, il convient de s'intéresser au cas atypique des entités *de facto*.

[1783] Voir notre analyse avec les affaires *breard, lagrand et avena*, *supra* p. 487.
[1784] *Ibidem*.

B. « L'État fonctionnel » *de facto*

L'hypothèse de « l'État fonctionnel » *de facto* est aussi à explorer. Le cas des entités sécessionnistes pose en effet un certain nombre de défis liés à l'application du droit international. De telles entités ne sont pas des États du point de vue statutaire, mais elles exercent des fonctions de nature étatique, en exerçant un contrôle réel sur un territoire et une population déterminés. Ainsi, si de telles entités ne sont pas rattachables à un État souverain, soit à travers le critère de la totale dépendance ou du contrôle global, cela signifierait tout simplement que se sont des zones de non-droit. Le droit international ne s'y appliquerait pas. Pour corriger une telle perception, facteur d'inefficacité évidente de la norme internationale, il convient de prendre de telles entités pour ce qu'elles sont, c'est-à-dire des entités exerçant en toute indépendance des fonctions de nature étatique, donc des « États fonctionnels *de facto* ». Le droit cadrerait ainsi avec la réalité et gagnerait en efficacité. Techniquement, une telle hypothèse devra reposer sur des critères bien déterminés à savoir d'une part l'exercice de fonctions étatiques *de facto* par une entité sécessionniste et, d'autre part, l'absence de lien de dépendance avec un État statutaire. Le droit des conflits armés présente un domaine pertinent d'illustration de cette hypothèse. Deux domaines seront explorés : la qualification d'agression armée pour justifier la légitime défense (1) et la qualification d'occupation (2).

1. « L'État fonctionnel » *de facto*, la notion d'« agression armée » et le recours à la légitime défense

L'article 2 § 4 de la Charte des Nations unies interdit le recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales[1785]. L'article 51 de ladite Charte apporte une exception : la légitime défense en cas d'agression armée[1786].

[1785] Selon cet article, « 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 ».

[1786] Selon cet article, « 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

Ces deux articles, à n'en point douter, visent dans la lettre et l'esprit[1787], les relations entre États, entendus comme États statutaires ou souverains. La CIJ confirme cette interprétation[1788]. Selon le juge mondial dans *l'affaire du mur*, « *l'article 51 de la Charte reconnaît l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un État contre un autre État* »[1789]. La Cour envisage ainsi la légitime défense comme la riposte à une action préalable d'un État, cet État pouvant soit avoir agi directement, soit avoir appuyé un groupe auteur de violences[1790].

Toutefois, les choses ne sont pas aussi simples que cela[1791]. La nouvelle configuration du monde, depuis les évènements du 11 septembre 2001, permet de revoir les concepts[1792]. En effet, la doctrine américaine a introduit, sans le dire, l'hypothèse d'un « État fonctionnel » *de facto* qui ne serait rien d'autre qu'une organisation terroriste exerçant des fonctions de nature étatique (des fonctions militaires en l'occurrence), sans lien de dépendance avec un autre État statutaire. Avec les attentats terroristes survenus en novembre 2015 à Paris, la pratique française peut être lue comme rejoignant cette doctrine.

Les États-Unis soutiennent, en effet, que la violence terroriste équivaut à une « agression armée » au sens de l'article 51 de la Charte qui donne lieu à un droit de

---

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 à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».Pour une étude récente, voir C. KRESS and S. BARRIGA (*eds*.), T*he crime of agression : a commentary*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2017, 812 p. Voir aussi, M. KAMTO, *L'agression en droit international*, Paris, *Pedone*, 2010, 464 p.

[1787] Selon O. CORTEN, « L'interdiction du recours à la force dans les relations internationales est-elle opposables aux groupes terroristes » ?, *in*, R. BEN ACHOUR, *Les acteurs non-étatiques et le droit international*, Paris, *Pedone*, 2007, p. 130.

[1788] Voir O. CORTEN, « L'applicabilité de la problématique du droit de legitime défense au sens de l'article 51 de la Charte des Nations unies aux relations entre la Palestine et l'Israel », Revue Belge de Droit Internattional, 2012, n° 1, p. 67.

[1789] CIJ, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *Rec. CIJ*, 2004, §. 138 (l'italique est de nous).

[1790] C. TAMS, ''The use of force'', *in*, J. D' ASPREMONT, *International legal positivismin a post-modern world,* Cambridge, *Cambridge University Press*, 2014, p. 498; J. BOYLE, '' Making sense of self-defence in the war on terror'', *Journal of the use of force and international law*, 2014, n° 1, p. 55.

[1791] M. ROSCINI, ''On the inherent character of the right of States to self-defence'', *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, n° 3, p.634; J. VERHOEVEN, "Libre propos sur le statut de la legitime defense en droit international", *in Legitime defense: colloque organisée par le laboratoire Angevin de recherché sur les actes juridiques,* Paris, *LGDJ*, 2007, p. 257.

[1792] Voir E. CANNIZZARO, "entités non-étatiques et régime international de l'emploi de la force: une étude sur le cas de la reaction israélienne au Liban", *RGDIP*, 2007, n° 2, p. 333.

légitime défense contre les groupes terroristes et les États qui les hébergent[1793]. L'opération américaine au lendemain des attaques du 11 septembre ne remet pas en cause la notion unitaire d'État protectrice de la souveraineté. Elle se fonde en effet sur la thèse du contrôle, permettant d'imputer les actes *d'Al Qaeda*, groupe terroriste, à l'État afghan, seul dépositaire de la souveraineté pleine et entière[1794]. La communauté internationale a largement accepté cette thèse. Cette thèse peut-elle toutefois être étendue au cas de « l'État islamique »?

À cet égard, il faut évidemment distinguer entre les attaques effectuées sur le territoire iraquien et celles conduites contre des cibles situées en territoire syrien. En ce qui concerne les attaques en Iraq, il s'agit d'une intervention sollicitée dont la légalité est bien établie puisque le consentement est accordé par un gouvernement dont la légitimité n'est pas vraiment mise en question. La notion de légitime défense individuelle n'est pas donc ici nécessaire pour justifier de telles attaques. Il s'agit d'une légitime défense collective.

Il en est différemment pour les attaques en Syrie. Il n'y a pas de sollicitation exprimée par la Syrie sur laquelle on saurait fonder ces attaques. À cet égard, faute d'un mandat du Conseil de sécurité[1795], le seul fondement disponible est la légitime défense. C'est dans ce sens que les États-Unis et un certain nombre d'États se sont prononcés, généralement acceptant la justification de la légitime défense. Il faut donc poser la question de savoir quelle serait « l'agression armée » dans ce cas.

Si on lit la notification américaine transmise au Conseil de Sécurité[1796], on reconnaît l'approche américaine devenue traditionnelle[1797] et qui porte les germes de

---

[1793] Voir S.-R. RATNER, ''Self-defence against terrorists: the meaning of armed attack'', *in Counter terrorism strategies in a fragmented international legal order: meeting the challenges*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2013, p. 334.

[1794] B. SAN-AKCA, ''States in disguise: causes of state support for rebel groups'', *supra* note 961, p. 32 et ss.

[1795] La question du déclenchement d'une intervention militaire en Syrie sous mandat onusien s'est, à plusieurs reprises, posée au Conseil de sécurité. La Chine et la Fédération de Russie ont cependant fait montre d'une constante opposition à l'adoption d'une résolution autorisant l'emploi de la force conformément au Chapitre VII de la Charte. Voir à ce propos, N. HAJJAMI, « De la légalité de l'engagement militaire de la France en Syrie », *RDP*, 2017, n° 1, p.151.

[1796] UN Doc S/2014/695.

[1797] R. VAN STEENBERGHE, ''The law of self-defence and the new argumentative landscape on the expansionists'side'', *Leiden Journal of International Law*, 2016, n° 1, p. 43; R. VAN STEENBERGHE, ''State practice and the evolution of the law of self-defence: clarifying the methodological debate'', *Journal on The Use of Force and International Law*, 2015, n° 1, p. 81; R. VAN STEENBERGHE, *La legitime defense en droit international public*, Bruxelles, *Larcier*, 2012, p. 31.

la reconnaissance d'un « État fonctionnel » *de facto* pour qualifier une agression armée et justifier la légitime défense :

> "*ISIL and other groups in Syria are a threat not only to Iraq, but also to many other countries, including the U.S and our partner in the region and beyond. States must be able to defend themselves, in accordance with the inherent right of individual and collective self-defense, as reflected in Article 51 of the Charte, when, as is the case here, the government of the State where the threat is located is unwilling or unable to prevent the use of its territory for such attacks*"[1798].

Contrairement à ce que disait la CIJ dans l'affaire du *mur*[1799], la doctrine américaine fonde la légitime défense sur deux critères : Daesh est une entité autonome exerçant des attributs étatiques (recours à la force militaire) et l'État sur le territoire duquel se trouve l'organisation terroriste n'a aucun contrôle sur elle. Quelques alliés européens rejoignent cette construction juridique[1800]. La Fédération russe et la Chine n'y adhèrent toutefois pas[1801].

En regardant de plus près, la doctrine américaine, soutenue aujourd'hui par une bonne partie de ses alliés européens, met en avant l'hypothèse de « l'État fonctionnel » *de facto*. D'une part, le caractère militaire et massif de la violence transfrontière exercée par « l'État islamique » fait qu'on ne peut nier l'exercice d'une fonction étatique : attribut de recourir à la force armée contre un autre État. D'autre part, la Syrie n'exerce aucune influence sur « l'État islamique » permettant de lui imputer ces actes. Étant donné que l'État islamique n'est pas reconnu comme un État statutaire, et cela à juste titre[1802], doublé du fait qu'il n'est rattachable à aucun État statutaire, on se trouverait ainsi dans une impasse totale faisant qu'il n'y a aucune obligation internationale qui pèse sur elle, de nature à justifier l'argument de la légitime défense. Pour éviter un tel déni d'efficacité, il faut se demander si dans le cas d'espèce la violence armée est commise par une entité qui, ne serait-ce qu'aux fins de la définition de l'agression armée, équivaut à un « État au sens fonctionnel du

---

[1798] Supra note 1796.

[1799] *Supra* note 1789.

[1800] P. TERRY, ''Germany joins the campaign against ISIS in Syria: a case of collective self-defence or rather the unlawful use of force'', *Russian Law Journal*, 2016, n° 4, pp. 26-60.

[1801] I. STEGMILLER, ''The right to self-defence under article 51 of the UN Charter against the Islamic State in Iraq and the Levant'', *in Die Friedens-warte: blatter fur internationale verstandigung und zwischenstaatliche organisation*, Berlin, *Berlin-Verag*, 2015, p. 245.

[1802] M. SIKONDO, "Daech est-il un Etat? retour critique sur la théorie nbéopositiviste des éléments constitutifs de l'État à l'épreuve de l'actualité internationale », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2016, n° 2, p. 239.

terme ». La réalité et la recherche de l'efficacité cautionnent une telle construction. L'État islamique exerce en fait un contrôle effectif et en grande partie exclusif sur une partie non négligeable du territoire syrien. Il est proclamé « État », nommé « Khalifat ». Ne faut-il pas conclure qu'une entité de ce genre ne saurait échapper à certaines obligations fondamentales que le droit international impose aux États ? Si l'on répond de façon affirmative, cette entité est liée par la règle internationale qui interdit le recours à la force et est donc capable de commettre une violation de cette règle susceptible d'entraîner le droit de légitime défense[1803].

On peut aussi déceler une telle interprétation de la notion d'État lorsqu'on évoque la notion d'occupation en droit des conflits armés.

2. <u>« L'État fonctionnel » *de facto* et la notion d'occupation</u>

Tout comme la notion d' « agression armée », la notion d'occupation fait appel à la notion d'État. En effet, la notion d'occupation est une notion juridique clairement définie à l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907[1804], selon lequel : « *Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie* »[1805]. En droit international humanitaire, la notion d'occupation relève du champ des conflits armés internationaux, dont elle est, en quelque sorte, une sous-catégorie. Ceci dit, l'occupation renvoie à la présence armée d'un État tiers dans un État, donc la présence d'un État étranger sur tout ou une partie du territoire

[1803] M. BOTHE, "La lute contre le terrorisme et la legitime defense: à propos des bombardements contre l'IS", *in Ombres et lumières du droit international, Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim*, Paris, Pedone, 2016, p. 137.

[1804] Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annéxé à la Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907.

[1805] TPIY, jugement de chambre de première instance31 mars 2003, *Le procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, IT-98-34, pp. 86-87, §. 212 ; voir par ex. : R. KOLB, « Etude sur l'occupation et sur l'article 47 de la Ive convention de Genève du 12août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé », *AYIL*, 2002, vol. 10, p.291 ; Ch. GILLARD, "International Humanitarian Law and extraterritorial State Conduct ", *in* F.COOMANS et M.T.KAMMINGA (*eds*), *Extraterritorial application of human rights treaties*, Antwerp-Oxford, *Intersentia*, 2004, p. 33; V. KOUTROUULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Préface de P. Klein, Paris, *Pedone*, 2010, p. 51 ; Y. ARI-TAKAHASHI, *The law of occupation-continuity and Change of International humanitarian Law, and its interaction with Internationa Human Rights Law*, Leiden-Boston, *Martinus Nijhoff* , coll. *International Law in japanese Perspective*,2009, pp. 6-8.

d'un État souverain et qui y exerce un contrôle effectif[1806]. Cette définition conforte donc la vision unitaire de l'État, parce qu'elle renvoie à l'idée selon laquelle l'État est partout où se déploie sa souveraineté[1807]. Toutefois, elle n'emporte pas une extension statutaire de la souveraineté de l'État, mais juste une extension factuelle. Autrement dit, l'acte d'occupation ne confère pas à l'occupant, *de jure*, souveraineté sur le territoire occupé[1808], tout se passe comme si, *de facto*, cet État avait étendu son espace d'autorité à ce territoire. Cette construction vise en réalité à faire peser sur l'État occupant un certain nombre d'obligations. C'est ce que laisse entendre l'article 43 du Règlement de La Haye de1907 lorsqu' elle mentionne que : « *l'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics(…)* ». La CIJ, dans son avis sur *l'édification d'un mur*[1809], liste entre autres et de façon détaillée ces obligations[1810].

Cependant, que se passe-t-il lorsque la puissance occupante n'est pas un État statutaire, c'est-à-dire un État souverain reconnu comme tel par la communauté internationale ? Au regard du contexte sécuritaire actuel, il est possible (et d'ailleurs cela existe) qu'un groupe armé terroriste exerce un contrôle effectif sur une partie d'un territoire d'un État. Devra-t-il à cet égard être considéré comme un occupant au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye et à ce titre se voir appliquer le droit international humanitaire ? Ou la notion d'occupation serait tout simplement impertinente parce qu'il ne s'agit pas d'un État, donc les obligations visées à l'article 43 du Règlement lui sont inapplicables ?

Théoriquement, la notion d' « État fonctionnel » peut permettre, dans ce cas précis, de garantir une application efficace de la norme sans paraitre incohérent. En

---

[1806] E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, p. 582.

[1807] Voir TPIY, 2e chambre, 5 juillet 1996 et 13 septembre 1996, *Le Procureur c. Rajic* (règle 61), Aff.n° IT-95-12-R61, *ILR*, vol. 108, p.160, § 40-42 ; TPIY, 21 mars 2003, *Le Procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, §218 ; Commission Erythrée-Ethiopie, 8 avril 2004, *Ethiopias's CentralFront Claim*, *ILM*, 2004, vol. 43, p.1282, § 28-31 ; CIJ, arrêt, 19 décembre 2005, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (RDC c/ Ouganda)*, *Rec. CIJ,* 2005, p. 168.

[1808] Voir H. HU, ''The doctrine of occupation: an analysis of its invalidity under the framework of international legal positism'', *Chinese Journal of International Law*, 2016, n° 1, p. 75; H. CUYCKENS, ''The law of occupation'', *in* J. WOUTERS *(ed.) Armed conflict and the law*, Cambridge, *Antwerp*, 2016, p. 417.

[1809] CIJ, avis, 9 juillet 2004, *conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *supra* note 1789.

[1810] *Ibid*, §. 125 et ss.

effet, si on part du principe que si une entité non étatique du point de vue statutaire exerce de fait des fonctions de nature étatique sur un territoire déterminé, sans lien de dépendance avec un autre État souverain, une telle entité peut être considérée comme un « État fonctionnel » *de facto*, au moins pour l'application des règles de protection du droit humanitaire. De façon consciente ou inconsciente, c'est ce que semble cautionner la CPI dans l'affaire *Le Procureur c/ Al Mahdi*. Il s'agit de deux décisions récentes. L'une, le 24 mars 2016, est relative à la confirmation des charges[1811]. L'autre, le 27 septembre 2016, est relative au jugement portant condamnation[1812].

Dans ces décisions, en qualifiant la présence de groupes terroristes, en l'espèce *AQMI* et *Ansar Dine*, d'occupation, la CPI a laissé entendre (et peut être inconsciemment) que ces groupes terroristes exercent en fait des fonctions de nature étatique de manière autonome, et devraient être pris comme tels aux fins de l'application du Règlement de La Haye. Dans la décision relative à la confirmation des charges, on pouvait y lire le titre suivant à la page 14 de la version française du document : « *Conflit armé au Mali et occupation de Tombouctou* ». Plus loin, la Chambre affirme qu'elle « *est convaincue que (…) la destruction (partielle ou totale) des bâtiments/monuments a eu lieu dans le contexte d'un conflit armé non international et, plus précisément, dans celui de l'épisode particulier de ce conflit qu'a constitué l'occupation de la ville de Tombouctou par AQMI et par Ansar Dine (…)* ». La Chambre parait ainsi vouloir dire une chose et son contraire. Elle qualifie le conflit de conflit armé non international (donc AQMI et Ansar Dine, parties au conflit, ne sont pas des États) et qualifie la situation d'occupation (donc AQMI et Ansar Dine agissent comme des États). Certains y ont vu une erreur de terminologie[1813]. Mais nous n'adhérons pas à cette réaction à chaud. La Chambre a voulu, au cas d'espèce, garantir une application efficace du Règlement de La Haye, car en qualifiant la situation d'occupation, les mêmes obligations qui pèseraient sur les États

[1811] CPI, Décision relative à la confirmation des charges, 24 mars 2016, *Le procureur c/ Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15.

[1812] CPI, Jugement portant condemnation, 27 septembre 2016, *Le Procureur c/ Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15.

[1813] Voir J. GRIGNON, « un effet secondaire de la décision *Al-Mahdi* de la Cour Pénale Internationale : une mauvaise utilisation de notion d'occupation en droit international humanitaire », *Blogue Clinique de Droit International Pénal et Humanitaire*, billet du 29 septembre 2016 (consultable sur http://www.cdiph.ulaval.ca/blogue/un-effet-secondaire-de-la-decision-al-mahdi-de-la-cour-penale-internationale-une-mauvaise).

pèsent sur « ce semblant d'État » qui a pris le contrôle au nord du Mali. Elle rompt ainsi, sans le dire, la logique unitaire protectrice de la souveraineté de la notion d'État, au profit d'une application efficace de la norme humanitaire. Cette construction fait gagner au droit international plus de dynamisme et de pragmatisme[1814].

En droit international, la notion d'État est interprétée suivant une fonction particulière : celle de protéger ce qui constitue même le fondement du droit international, à savoir la souveraineté des États. En explorant les règles d'imputation, les règles d'expression de la volonté de l'État et les règles de rattachement d'une entité à l'État, on se rend compte que l'objectif cardinal reste la protection de la souveraineté aussi bien dans sa dimension interne que dans sa dimension externe. Dans cette perspective, le droit international développe à la fois une vision égalitaire et unitaire protectrice de la souveraineté. Toutefois, sur ce dernier aspect, on se rend compte que l'analyse de la pratique diplomatique et juridictionnelle internationale révèle un certain nombre de limites consécutives à cette vision de la notion d'État. C'est ainsi qu'il est légitime de se poser la question d'une éventuelle évolution à travers la notion d' « État fonctionnel *de jure* et *de facto »*. Une telle perspective théorique peut trouver des traces dans la pratique juridique internationale et vise, non pas une protection de la souveraineté, mais plutôt la recherche d'une efficacité maximale des normes internationales.

Cette analyse de la notion fonctionnelle d'État en droit international montre ainsi que l'approche fonctionnelle permet d'adapter en permanence l'outil conceptuel à l'objectif recherché. Donc il en résulte une vision instrumentale de la notion d'État qui n'est rien d'autre qu'un outil au service des nécessités systémiques de l'ordre juridique international. Quand on réinvestit la notion d'État en droit de la Convention EDH, on voit qu'il se dégage une autre dynamique propre à cet ordre juridique : la protection de l'individu

[1814] Voir S. HAUMER, "Non State actors and International Humanitarian Law : a demanding relationship?", *in* S. HORVAT, *The challenges in the implementation of International Humanitarian Law: congress proceeding*, Bruxelles, *Recueils de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, n° 20, 2016, pp. 331-335.

Chapitre 2. Un outil de protection de l'individu

Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme développe une notion d'État qui poursuit une fonction particulière : celle de la protection de l'individu. La notion d'État n'est donc pas ici interprétée au service d'une quelconque intégration (droit de l'UE) ou de protection de la souveraineté (droit international), mais elle répond à une autre logique consubstantielle au système européen des droits de l'homme.

Ce dernier est essentiellement un système de protection de l'individu. Il se différencie de l'ordre juridique international classique de protection des droits de l'homme, par le caractère objectif de la protection. La Commission européenne des droits de l'homme a très tôt affirmé le caractère objectif de la Convention européenne des droits de l'homme dans sa décision du 11 janvier 1961[1815]. Selon la Commission,

> « *les obligations souscrites par les États contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des États contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers* »[1816].

La Cour EDH a, à son tour, fortement souligné, dans le premier arrêt rendu dans une affaire interétatique[1817] que la Convention,

> *« à la différence des traités internationaux de type classique, déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une garantie collective ».*

La jurisprudence combinée de la Cour et de l'ancienne Commission EDH fait donc ressortir ce qui fait la spécificité du système de la Convention EDH par rapport notamment au droit international classique. La Convention est ainsi plus qu'un simple échange d'engagements interétatiques, elle assure au nom de valeurs communes et supérieures aux États la protection des intérêts des individus vivant sous l'autorité

[1815] Commission EDH, 11 janvier 1967, *Autriche c/ Italie*, req. N° 788/60, *Ann. De la CEDH*, vol. 4, p. 139.
[1816] *Ibidem*.
[1817] Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, *JDI*, 1980, p. 449.

nationale et crée des obligations objectives dont le respect s'impose aux États[1818]. Le caractère objectif de la Convention, « *instrument de protection des êtres humains* »[1819], fonde la solidarité commune, qui s'exprime dans l'instauration d'une sauvegarde collective des droits de l'homme qui singularise la Convention. Cette dernière doit donc se lire « *en fonction de son caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »[1820].

Conçu de la sorte, le système européen de protection des droits de l'homme se rapproche certes du droit international en ce qu'elle se fonde sur une Convention liant des États au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités, mais se particularise dans son objectif : créer un cadre de garantie collective des droits de l'individu. Tout autre objectif est secondaire. Toute notion autonome[1821] devrait ainsi être interprétée en fonction de cet objectif cardinal. C'est là que la notion d'État retrouve sa rationalité, malgré l'usage variable qu'en fait le juge de Strasbourg. La rationalité de la notion d'État est dans la fonction qu'elle joue dans le système de la Convention EDH. Cette fonction est la protection de l'individu.

Pour le démontrer, il conviendra de prendre en compte deux paramètres complémentaires. D'une part, la notion d'État doit renvoyer à un cadre structurel propice à la pleine jouissance des droits fondamentaux. L'État est donc dans cette perspective un outil axiologique, car la notion renvoie à un ensemble de valeurs qui fonde l'essence même du système de la Convention. On voit à travers cet aspect que l'instrumentalisation de la notion d'État est totale et le juge en fait tout simplement un outil de protection structurelle de l'individu (Section 1). D'autre part, une fois le cadre structurel de protection de l'individu établi à travers la notion d'État, cette dernière devra être mobilisée, en complément, pour assurer une protection effective de l'individu. Autrement dit, le cadre structurel en soi ne suffit pas. Il faut, d'un point de vue pratique, et au cas par cas, interpréter la notion d'État de sorte qu'elle ne puisse neutraliser ou affecter une application efficace de la Convention. Dans cette perspective, l'État est un outil pragmatique de protection (Section 2).

[1818] Voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, *PUF*, 2015, 12e éd., p. 59.
[1819] Cour EDH, 1er mars 2001, *Berktay c/ Turquie*, req. N° 22493/93, § 151.
[1820] Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, *supra* note 906, § 87.
[1821] F. SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », *in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, *Bruylant*, 1998, pp. 93-131.

Section 1. Un outil axiologique de protection

Les droits civils et politiques sont le produit des philosophies libérales de l'État. Issus de revendications visant à limiter la souveraineté étatique afin de préserver les libertés individuelles, ils ont été définis comme des droits naturels et préexistants à l'État. En tant que tels, ils sont conçus comme générant uniquement des obligations d'abstention à l'égard des autorités publiques. Dans ce contexte, toute intervention de ces dernières était ressentie comme une menace potentielle pour les libertés individuelles. Toutefois, la consécration du caractère objectif des droits de l'homme a marqué un tournant dans la conception libérale de l'État[1822]. Elle a fait des droits de l'homme, non plus seulement une limite à l'action étatique, mais également une directive d'action pour les pouvoirs publics. Comme le note M. Gauchet, « *au-delà de leur aspect négatif de limite à opposer aux pouvoirs publics, les droits de l'homme sont devenus une force d'entraînement à exploiter positivement* » ou encore « *la norme organisatrice de la conscience collective et l'étalon de l'action publique* »[1823]. Ceci dit, les droits de l'homme façonnent désormais l'action étatique et définissent ainsi les contours du rôle dévolu à l'État. Ils contribuent à l'approfondissement de l'État démocratique et de la prééminence du droit, ce qui en soi constitue des valeurs prônées par le Conseil de l'Europe.

Ainsi, dans le sens d'une protection effective et efficace des droits garantis par la Convention, la notion d'État a avant tout une connotation axiologique. Elle est utilisée pour diffuser un certain nombre de valeurs qui constitue le socle du système de la Convention. La notion d'État renvoie dans cette perspective à un cadre structurel propice à la pleine jouissance des droits fondamentaux. C'est ainsi qu'elle est interprétée, d'une part, comme un outil de prééminence du droit (Paragraphe 1) et, d'autre part, comme un outil de démocratie (Paragraphe 2).

[1822] M. COLOMBINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, *Nouvelle Bibliothèque des Thèses*, *Dalloz*, 2012, p. 421.

[1823] M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000/3, n° 110, p. 260.

Paragraphe 1. Un outil de prééminence du droit

Afin de pouvoir interpréter les « notions autonomes » d'un système juridique, il faut « *donner une certaine cohérence au système en ayant recours à un ensemble de normes générales exprimant les valeurs fondamentales du système* »[1824]. Cette affirmation souligne l'importance de l'existence d'un fonds commun dans lequel le juge puise son inspiration quand il entend donner un sens à une notion ou concept clé du système. Le principe de prééminence du droit est, à coup sûr, une des valeurs cardinales sur lesquelles repose tout le système de protection de l'individu[1825]. À cet égard, la notion d'État est un outil au service de cet objectif.

Dans cette perspective, la notion d'État renvoie, d'une part, à un cadre formel de prééminence du droit, c'est-à-dire, la mise en place d'un cadre structurel au service de cet objectif (A). D'autre part, la notion d'État renvoie à un cadre matériel de prééminence du droit, c'est-à-dire la mise en place d'un cadre normatif au service de cet objectif (B). L'État est dans le premier cas une affaire d'institutions, et dans le second une affaire d'activités normatives.

A. Un outil formel de prééminence du droit

La notion d'État est au sens de la Convention un instrument qui doit servir un objectif particulier, d'où sa dimension fonctionnelle. Ainsi la notion d'État renvoie à un cadre institutionnel propice à la prééminence du droit, à défaut, tout le système de la

---

[1824] F. SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », *in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, supra note 1821, p. 96.

[1825] Les principales mentions de la prééminence du droit faites par le Conseil de l'Europe figurent - dans le préambule du Statut du Conseil de l'Europe, qui souligne « l'attachement » des États membres « *aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable* ». Il en fait une exigence en son article 3 en ces termes : « *Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Le principe est aussi mentionné dans le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, qui évoque les « *gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit* ».

Convention serait anéanti. De ce fait, dans tout État, le pouvoir exécutif doit être contrôlé par un pouvoir judiciaire indépendant. En effet, la prééminence du droit implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire, car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière. Ainsi, il faut que la séparation des pouvoirs soit garantie à tous les niveaux, ce qui fait qu'également une ingérence du pouvoir législatif sur l'administration de la justice soit prohibée (1). Une fois que cette indépendance du juge est garantie, il en découle qu'un accès effectif doit être garanti, pour construire l'image d'un État au service de la protection de l'individu (2).

1. Un outil garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire

Au sens du système de la Convention, l'État c'est avant tout un cadre institutionnel garant de la séparation des pouvoirs[1826]. Depuis l'arrêt *Golder*[1827], une telle vision se décline, avec une insistance particulière sur le rôle joué par le pouvoir judiciaire. Selon cet arrêt fondateur, un État est un cadre institutionnel dans lequel l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir exécutif est assurée. Autrement dit, le contrôle du pouvoir exécutif par le pouvoir judiciaire est une nécessité au nom de la prééminence du droit. En effet, *« la prééminence du droit implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire, car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière* »[1828]. De manière générale,

[1826] Pour voir comment la fonction protectrice de l'individu de la notion d'État peut impacter sur son cadre institutionnel au Canada et en France, voir : F. HOULE, « La réception du droit international des droits de la personne en droit canadien : de la théorie de la séparation des pouvoirs vers une approche fondée sur les droits fondamentaux », *in* P. HUGHES et P.-A. MOLINARI (*eds.*), *Partcipatory Justice in a global economy : the new rule of law,* Montreal*, Themis,* 2004, pp. 175-204; F. LUCHAIRE, « le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français », *in Présence de droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, *Bruylant*, 1992, pp. 441-451.
[1827] Cour EDH, 21 fevrier 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, req. N°4451/70, serie A, n° 18.
[1828] Paragraphe 56 de l'arrêt *Klass et autres contre Allemagne*.

les droits garantis par la Convention doivent être protégés contre des atteintes arbitraires de la puissance publique et le pouvoir d'appréciation de l'exécutif doit être circonscrit. Comme la Cour l'a rappelé dans son arrêt *Meastri* du 17 février 2004[1829] :

> « *pour répondre à ces exigences, le droit interne doit offrir une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention. Lorsqu'il s'agit de questions touchant aux droits fondamentaux, la loi irait à l'encontre de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique consacrés par la Convention, si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante* »[1830].

De même, une ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice est intolérable[1831]. C'est ainsi que note la Cour dans l'affaire des *Raffineries grecques Stran et Sratis Andreadis c/ Grèce*[1832] que « *le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés à l'article 6 s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige* »[1833]. Dans cette perspective, la Cour encadre strictement la pratique étatique des validations législatives [1834] , c'est-à-dire, l'intervention du législateur tendant à modifier de façon rétroactive des règles de droit appliquées par les juridictions ordinaires afin de soustraire les actes administratifs et les agissements de l'administration de l'annulation contentieuse.

Ainsi, de manière générale, la notion d'État au sens de la Convention implique avant tout un cadre structurel ou organisationnel de qualité répondant à un standard[1835]. Elle renvoie donc au rôle important accordé au pouvoir judiciaire, rôle

---

[1829] Cour EDH, 17 fevrier 2004, *Maestri c/ Italie*, req. N° 39748/98.

[1830] *Idem*., §. 30. Voir aussi, Cour EDH, 20 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*, req. N° 30985/96, §. 84.

[1831] Cour EDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c/ France*, req. N° 24846/94 et 34165/94 à 34173/96, 1999, serie A n° 301-B, §. 49.

[1832] Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Sratis Andreadis c/ Grèce, req. N° 13427/87serie A. 301.*

[1833] *Idem*, §. 49.

[1834] L. SERMET, « Rétroactivité et CEDH », *RFDA*, 1998, p. 990; C. SANDRAS, « Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme», *RTDH*, 2002, p. 629.

[1835] P. NIHOUL, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Revue Européenne de Droit Public*, 2012, n° 1, p. 53; S. GUINCHARD, « Indépendance et impartialité du juge : les principes de droit

qui ne peut être intégralement assuré que par une indépendance effective. Cette indépendance du juge s'apprécie, de jurisprudence constante, au regard des critères objectifs tenant au statut du juge, mais aussi d'un critère subjectif tenant à « l'apparence d'indépendance » aux yeux du justiciable. L'indépendance statutaire est la garantie de l'indépendance fonctionnelle du juge. Celle-ci est entendue comme le fait de ne recevoir ni pression, ni instructions dans l'exercice de ses fonctions, qu'elles émanent du pouvoir exécutif[1836] ou du pouvoir législatif[1837]. C'est ainsi que la Cour note dans l'arrêt *Saciolor-Lormines c/ France*[1838] que :

> « *Sur le fondement des apparences (elle) constate le défaut d'indépendance de la section du contentieux du Conseil d'État du fait que l'un de ses membres, ayant siégé lors du délibéré d'un arrêt rendu dans le cadre d'une procédure dirigée contre le ministère de l'Économie et des Finances, ait été nommé un mois plus tard secrétaire général de ce ministère. Étroitement liée aux circonstances de l'espèce, cette décision ne remet pas en cause, de manière générale, le mode de nomination des membres du Conseil d'État ainsi que le déroulement de leur carrière et ne saurait donc être interprétée comme une condamnation du manque d'indépendance du Conseil d'État* »[1839].

Le rôle du pouvoir judiciaire est donc éminemment important dans le cadre du système de la Convention européenne des droits de l'homme. Cela s'explique fondamentalement par le principe de subsidiarité qui domine le système de la Convention. Comme le note la Cour dans l'affaire *Handyside*[1840], « *le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme* »[1841]. Ainsi que l'illustre au plan procédural la règle classique de l'épuisement des voies de recours internes[1842],

---

fondamental », *in* J.-V. COMPERNOLLE (*dir.*), *Impartialité du juge et de l'arbitre : étude de droit comparé*, Bruxelles, *Bruylant*, 2006, p. 3.

[1836] Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, req. N° 7819/77 et 7878/77, serie A. 80, § 78.

[1837] Cour EDH, 26 août 2003, *Filippini c/ Saint Martin*, req. N° 10256/02.

[1838] Cour EDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c/ France*, req. N° 65411/09; commentaires, J.-L. AUTIN et F. SUDRE, *RFDA*, 2004, p. 342.

[1839] *Idem*., §. 68.

[1840] Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, req. N° 5493/72.

[1841] *Idem*., §. 48.

[1842] M.-H. RANDALL, « le renforcement de la subsidiarité par le biais des voies de recours internes : possibilités et limites », *in La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 : premier* bilan et perspectives, Zurich, Schuthess, 2011, p. 177; M. PUECHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *in Liberté,*

la Cour confie en premier lieu aux autorités nationales, plus particulièrement au juge national, juge naturel de la Convention, le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Ainsi, le système de la Convention se fonde en premier lieu sur une notion d'État traduisant avant tout un cadre structurel dans lequel le juge exerce pleinement son rôle de garant des droits consacrés par la Convention EDH. Une fois ce rôle de premier plan assuré, la prééminence du droit implique également que l'accès à ce juge soit effectif.

2. Un outil garant du droit au juge

Le droit au juge est une valeur de l'État[1843]. En tant qu'élément de la prééminence du droit, il traduit de manière concrète l'instrumentalisation de la notion d'État comme outil axiologique de protection de l'individu. Dans cette perspective, la notion d'État, afin de mieux jouer sa fonction protectrice de l'individu, renvoie à une organisation judiciaire de qualité garantissant à la fois l'accès effectif à un tribunal et les garanties d'un bon procès. C'est fondamentalement l'article 6 de la Convention qui garantit cette qualité particulière attachée à la notion d'État[1844]. En effet, l'article 6 de la Convention consacre la prééminence du droit à travers le droit au juge interprété comme un droit subjectif. L'État est donc un cadre structurel dans lequel l'accès au juge est facilité. L'effectivité de l'accès au juge dépend de l'accessibilité des voies de droit. L'État est aussi un cadre structurel dans lequel les garanties du procès sont renforcées. L'État est donc garant des exigences d'un procès équitable, soucieux du délai raisonnable de la procédure et disposant de pouvoirs susceptibles d'assurer l'effectivité de la protection juridictionnelle. En effet, dès l'arrêt *Golder*[1845], la Cour a déduit, par une interprétation extensive de la disposition conventionnelle en se fondant sur le principe de prééminence du droit, un droit d'accès à un tribunal[1846]. Le juge européen extrait du préambule ce principe puisqu' en matière civile, « *la*

Justic et tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen Jonathan, Bruxelles, *Bruylant*, vol. 2, 2004, p.1259.

[1843] E. NEFRAMI, « le droit au juge », *in* J.-B. AUBY (*dir.*), L'influence du droit européen sur les catégories de droit public, Paris, Dalloz, 2010, p. 553.

[1844] Voir Convention EDH, *supra* note 33.

[1845] Supra note 1827.

[1846] Voir dans ce sens, L. MILANO, *Le droit à un Tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, *Dalloz,* 2006, p. 47 et ss.

prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux »[1847]. En outre, les garanties procédurales énoncées à l'article 6 concernant l'équité, la publicité et la célérité de la procédure n'auraient aucun sens si l'accès au juge, condition préalable à la jouissance de ces garanties, n'était pas protégé.

En outre, l'article 13 de la Convention[1848] implique l'obligation pour l'État de mettre à la disposition des justiciables les voies de droit leur permettant de faire valoir sur le plan interne les droits garantis par la Convention. Si le droit à un recours effectif est entendu largement, c'est le droit à un recours juridictionnel qui enrichit le concept du droit au juge et qui est apte à garantir l'efficacité de la protection. Il est, à cet égard, significatif que la Cour européenne a interprété la condition du fondement de la loi d'une restriction d'un droit garanti par la Convention comme comprenant la possibilité d'exercice de recours juridictionnels effectifs[1849]. Un tel recours est la possibilité de mettre en cause devant le juge interne, la responsabilité de l'État pour violation de la Convention EDH. La Cour européenne a amplement influencé tant l'existence que l'exercice d'une telle voie de droit. Tout d'abord, en autonomisant l'article 13 par rapport à l'article 6 de la Convention[1850], le juge de Starsbourg a permis l'engagement de la responsabilité de l'État devant le juge interne pour violation des garanties issues de l'article 6, notamment quant au respect du délai raisonnable. C'est ainsi que le juge de Strasbourg a insisté, depuis l'arrêt *Hornsby c/ Grèce*, sur le respect dû aux décisions judiciaires. Le droit à un tribunal, note cet arrêt, « *serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie* », précision étant faite que « *la protection effective du justiciable et le rétablissement de la légalité impliquent l'obligation pour l'administration de se plier à un jugement ou arrêt prononcé* » par une juridiction administrative. De tels propos dépassent donc le cadre strict de l'article 6 de la Convention, dans la mesure où ils

[1847] Cour EDH, *Golder*, *supra* note 1827, §. 34.
[1848] Selon cet article, « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* », *in* Convention EDH, *supra* note 33.
[1849] Voir Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin c/ France*, req. N° 11801/85.
[1850] Voir Cour EDH, 26 octobre 2000, *Kulda c/ Pologne*, req. N° 30210/96.

sont fondés sur le principe de prééminence du droit, dont la Cour aime à rappeler qu'il domine la Convention tout entière[1851].

Au-delà de la dimension formelle à travers une garantie de l'indépendance du juge et du droit au juge, comme qualités inhérentes à la notion d'État au sens du droit de la Convention EDH, on peut évoquer une dimension matérielle de la prééminence du droit qui se rattache à la notion d'État.

B. Un outil matériel de prééminence du droit

La notion d'État, au sens de la Convention, renvoie également à une activité normative orientée vers la protection des individus. En ce sens, le système de la convention a une vision large de l'activité normative. Il ne s'agit pas seulement de la « loi » *stricto sensu*[1852], mais de toute règle juridique, quel que soit son auteur, revêtue d'une force contraignante et s'appliquant aux personnes sous la juridiction d'un État. Donc toute autorité qui exerce une telle activité, quel que soit son statut, est « État » au sens de la Convention. En tant que telle, elle doit conditionner l'exercice de son activité à l'orientation axiologique de la notion d'État que défend le droit de la Convention EDH. Ainsi, la notion d'État comme outil axiologique renvoie dans sa dimension matérielle à une activité normative de qualité (1) et à une activité normative de sécurité (2).

1. Une activité normative de qualité

La notion d'État renvoie aussi au sens de la Convention EDH à une activité normative de qualité. En effet, la prééminence du droit n'implique pas seulement une dimension institutionnelle respectrice du droit, mais aussi une dimension matérielle. La qualité de la loi est ainsi une exigence particulièrement importante en vertu du

[1851] P. LEMMENS, ''The contribution of the European Court of Human Rights to the Rule of Law'', *in* G. DE BAERE and J. WOUTERS *(eds.), The contribution of international an supranational courts to the rule of law*, Northampton, *Edwar Edgar Publishing*, 2015, p. 225.

[1852] C'est-à-dire la loi entendue comme norme produite par le légilslateur selon une procédure bien définie par la Constitution d'un État.

principe de prééminence du droit. La loi doit, en effet, offrir une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention[1853]. L'activité normative est ainsi interprétée comme une activité étatique par excellence d'élimination de l'arbitraire, puisqu'elle a pour effet de soustraire au libre arbitre des organes d'application du droit le règlement des situations individuelles. La Cour européenne des droits de l'homme attache à ce point une importance extrême, comme en témoigne le fait qu'elle a conclu à la violation de la Convention dans l'affaire *Coeme et autres c/ Belgique*[1854], au motif que la détermination par la Cour de cassation elle-même de la procédure applicable et des personnes susceptibles d'en relever, en l'absence d'une loi intervenue en application de l'article 103 de la Constitution, n'avait pas assuré une protection suffisante des personnes poursuivies contre les risques d'abus de pouvoir. La Cour rappelle en effet que *« l'organisation du système judiciaire ainsi que la compétence en matière répressive ne peuvent être laissées à l'appréciation du pouvoir judiciaire »*[1855], affirmant ainsi l'inclusion de la séparation des pouvoirs, prise en l'un des aspects essentiels, dans le système de la Convention[1856]. Il y a lieu aussi de mettre en relief une jurisprudence tendant à remettre systématiquement en cause les régimes permettant une atteinte à un droit reconnu par la Convention, dès lors qu'il s'agit de régimes exorbitants de droit commun. Cette attitude de la Cour est d'autant pus remarquable qu'elle remet en cause, non la base légale de l'ingérence étatique, mais sa nécessité[1857]. De façon contradictoire aussi, le juge peut être amené à écarter l'application commune d'une loi. Tel est par exemple le sens du célèbre arrêt *Thimmos c/ Grèce*[1858]. En l'espèce, est jugé contraire aux articles 9 et 14 combinés de la Convention, l'application au requérant de la disposition interdisant l'inscription à l'ordre des experts comptables de personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pénale, dans la mesure où il n'avait pas été tenu compte du fait que c'est l'utilisation d'un droit consacré par la Convention qui avait été à l'origine de cette

[1853] Cour EDH, 17 février 2004, *Meastri c. Italie*, req. N° 39748/98, pt. 30.
[1854] Cour EDH, 22 juin 2010, *Coeme et autres c/ Belgique*, req. N° 32496/96.
[1855] *Ibidem*.
[1856] Voir P. WASHMANN, « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », Bruxelles, *Bruylant*, 2004, p. 1689.
[1857] Voir Cour EDH, 17 juilet 2001, *Association Ekin c/ France*, req. N° 39298/98.
[1858] Cour EDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. N° 34369/97.

condamnation [1859] . On voit que l'explication de ces logiques apparemment contradictoires réside précisément dans les exigences qu'emporte la sauvegarde des droits consacrés par la Convention : la prééminence du droit, si importante soit-elle aux yeux de la Cour, reste un instrument au service de la protection des droits de l'homme.

Une activité normative de qualité renvoie aussi à une activité normative cohérente. L'obligation de cohérence attachée à l'activité normative étatique n'est certes pas une nouveauté dans la jurisprudence de la Cour. Cette dernière semble donc faire sienne la philosophie "*one cannot blow at the same time hot and cold*". Les affaires concernant le droit au respect de ses biens sont souvent l'occasion, pour la Cour, de relever les incohérences de la position de l'État par rapport au requérant, notamment quant à la question de savoir si ce dernier peut être considéré comme titulaire d'un bien au sens de cette disposition. Pour se limiter à un seul exemple, outre l'affaire *Beyeler*[1860], l'arrêt ex-*roi de Grèce et autres c/ Grèce* du 23 novembre 2000[1861] considère que le gouvernement ne pouvait denier le droit de propriété de la famille royale comme les propriétaires privés des domaines en question.

Ainsi, pour une application effective et efficace des droits de la Convention, la notion d'État est appréhendée à travers sa fonction d'édiction normative, qui doit répondre à un standard qualitatif. De même, cette fonction normative doit répondre aux exigences de sécurité.

[1859] Des considérations similaires ont conduit la Cour à tenir pour suspectes les mesures portant atteinte à un droit lorsqu'elles revêtent un caractère automatique (voir Cour EDH, 6 avril 2000, *Labita c/ Italie* : la condamnation du caractère automatique de la radiation des listes électorales opérée à l'égard des personnes faisant l'objet d'une surveillance spéciale) ou lorsqu'elles n'ont pas comporté un réexamen de l'opportunité des décisions prises depuis longtemps du point de vue de leur impact sur le droit en cause (Cour EDH, 10 avril 2003*, Papastavrou et autres c/ Grèce* : à propos de mesures édictées en 1934 pour la protection des forêts et mises à exécution 50 ans plus tard sans nouvel examen, en dépit de leurs conséquences sur le droit de propriété des requérants).

[1860] Cour EDH, 5 janvier 2000, *Beyeler c/ Italie*, req. N° 33202/96.

[1861] Cour EDH, 23 novembre 2000, ex-*roi de Grèce et autres c/ Grèce,* req. N° 25701/94.

2. Une activité normative répondant aux exigences de sécurité juridique

Une activité normative de qualité est également celle qui est conforme au principe de sécurité juridique[1862], c'est-à-dire claire, accessible et prévisible. La sécurité juridique comme valeur ou qualité de l'activité normative de l'État apparaît à différents niveaux dans le système de la Convention EDH. Cette orientation axiologique de la notion d'État[1863] initialement absente, a pris progressivement une place significative dans la jurisprudence de la Cour EDH, afin de mieux répondre aux exigences de protection effective de l'individu. Le juge de Strasbourg lui donne un contenu concret et diversifié. Cette orientation axiologique de la notion d'État intervient pour préserver un certain équilibre dans le droit conventionnel en essayant de concilier les intérêts divergents. Elle renvoie à une activité normative de qualité permettant de garantir une effectivité des droits des justiciables. Cette orientation de la notion d'État « *est presque la raison d'être du droit lui-même* »[1864]. Les justiciables attendent en effet de l'activité normative de l'État, la stabilité, l'incontestabilité, la garantie, la protection, l'assurance, la certitude et la confiance[1865]. La protection contre la rétroactivité, la consolidation des situations individuelles, la promesse d'une relative stabilité de l'environnement juridique, la clarté et la cohérence de la règle de droit font toutes parties de la notion de sécurité juridique[1866] à laquelle est foncièrement attachée la notion d'État au sens du droit de la Convention EDH. Pour la Cour européenne en effet, la sécurité juridique est un principe implicite dans la

[1862] D. STAES, ''the importation of eternal sources by the European Court of Human Rights: opportunities and challenges in light of legal certainty'', *in Judicial dialogue in the international legal order: between pluralism and legal certainty*, Napoli, *Editoriale scientifica*, p. 61.

[1863] M. DE SALVIA, « Esquisse pour une approche axiologique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* O. CHERNISHOVA *(ed.), Russia and the European Court of Human Rights : Essays in honor of Anatoly Kovler, Judge of the European Court of Human Rights in 1999-2012*, Oisterwijk, *Wolf Legal Publisher*, 2013, p. 61.

[1864] Voir CJCE, 12 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali c/ Commission*, Aff. C-57/69, *Rec. CJCE*, 1972, p. 933, §. 32.

[1865] B. PACTEAU, « la sécurité juridique, un principe qui nous manque », *AJDA*, 20 juin 1995, n° spécial, p. 151.

[1866] B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficace », Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2003, n° 11, p. 106.

Convention et constitue l'un des éléments fondamentaux de la notion d'État au sens de la Convention[1867].

Plusieurs dispositions conventionnelles peuvent être interprétées comme le fondement de cette orientation sécuritaire de l'activité normative étatique. Celle qui vient le plus naturellement à l'esprit est l'article 7 de la Convention, consacrant l'un des aspects de la sécurité juridique, à savoir la non-rétroactivité des dispositions pénales[1868]. Le juge exige par conséquent qu'*« une infraction soit clairement définie par la loi »*[1869]. Si l'affirmation « pas de peine sans loi » constitue l'aspect le plus évident de la sécurité juridique, d'autres dispositions de la Convention se réfèrent de manière plus ou moins implicite à l'impératif de sécurité juridique. Tel est le cas de la règle *non bis in idem*[1870], qui figure à l'article 4 du Protocole additionnel n° 7[1871]. Ce principe interdit aux juridictions d'un même État de poursuivre ou de punir pénalement pour une même infraction quiconque a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif »[1872]. L'article 6 consacre le droit à un procès équitable. En prévoyant que la cause de chacun doit être entendue « équitablement », dans un délai raisonnable, par un tribunal « indépendant et impartial », cette disposition conventionnelle se réfère aux fondements d'une justice sans lesquels tout justiciable

---

[1867] Cour EDH, 28 mars 2000, *Baranowski c/ Pologne*, *Rec.* 2000-III, §. 56; Cour EDH, 9 janvier 2001, *Kawka c/ Pologne*, req. N° 25874/94, §. 49; Cour EDH, 27 novembre 2003, *Shamsa c/ Pologne*, req. N° 45355/99, §. 58.

[1868] Selon cet article, « *1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personnecoupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* ». Voir à ce propos, I. CABRAL BARRETO, « La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme », *in Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Zurich, *Schulthess*, 2002, p. 3.

[1869] Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, req. N° 14307/88, §. 52.

[1870] Voir l'étude récente d'A. GARIN, « *Non bis in Idem* et Convention européenne des droits de l'homme : du nébuleux au clair-obscur : état des lieux d'un principe ambivalent », *RTDH*, 2016, vol. 27, pp. 395-432.

[1871] Selon cet article, « 1.Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.2. Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'Etat concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.3. Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention ».

[1872] F. SUDRE, *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, *supra* note 1818, p. 421.

ressentirait l'impression d'insécurité juridique. Les dispositions conventionnelles se réfèrent aussi à l'obligation de légalité. L'article 2 de la Convention prévoit que *« le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »*. L'article 5 § 1 de la Convention impose que la privation de liberté le soit selon « les voies légales ». Les ingérences dans les droits garantis par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention doivent également être prévues par la loi[1873]. Ainsi, le principe de sécurité juridique s'oppose, par exemple, à la remise en cause de décisions judiciaires revêtues de force de la chose jugée[1874]. Ce qui, par ailleurs, conforte l'idée selon laquelle, l'État de droit n'est pas un concept monolithique, mais plutôt un agrégat ou un « *faisceau de sous principes* »[1875] .

En définitive, la prééminence du droit comporte au sens de la Cour des obligations positives pour l'État de mettre en place des institutions, des procédures, ainsi que des normes de qualité, afin de donner plein effet à la Convention européenne[1876]. La Commission de Venise[1877] conforte cette position lors de sa mission d'assistance au Monténégro pour la mise en place d'une nouvelle Constitution. Sa position était sans ambages : elle confronte les différentes dispositions du projet de Constitution aux droits énoncés dans la Convention EDH et, en cas d'incompatibilité, elle invite le constituant à réécrire les articles litigieux pour les conformer au texte européen[1878].

En conclusion, la notion d'État a une forte connotation axiologique en droit de la Convention EDH, en ce sens qu'elle est interprétée en tenant fondamentalement compte au principe de prééminence du droit. De ce fait, l'État est une architecture institutionnelle et procédurale propice à la mise en place d'un cadre de pleine jouissance des droits garantis et protégés par la Convention. L'État est aussi une

---

[1873] Voir M. DE SALVIA, « la place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 93.
[1874] Cour EDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu c. Roumanie*, req. N° 28342/95.
[1875] Rostane MEHDI, « le respect de l'Etat de droit en droit européen et dans les relations extérieures de l'UE », *in colloque SFDI, l'Etat de droit en droit international*, Paris, *Pedone*, *2009,*p. 222.
[1876] Pour une vision détaillée des exigences liées à la prééminence du droit, voir D. SPIELMANN, « la jurisprudence de la Cour EDH sur l'Etat de droit », *in* colloque SFDI, *l'Etat de droit en droit international*, Paris, *Pedone*, 2009, pp. 179-188.
[1877] La Commission de Venise (Commission européenne pour la démocratie par le droit) est un organe consultatif du Conseil de l'Europe.
[1878] CDL-AD (2007) 017, Avis n° 392/2006 sur le projet de Constitution du Monténégro, adopté par la Commission de Venise, 1er et 2 juin 2007, voir notamment § 24 et ss.

activité normative répondant à des exigences de qualité et de sécurité, au profit de la protection des individus. Vu sous cet angle, l'État est facilement identifiable à travers toutes les autorités qui interviennent dans cette armature institutionnelle et cette activité normative. Cette vision axiologique est encore plus pertinente lorsqu'on évoque la notion d'État comme outil de démocratie.

Paragraphe 2. Un outil de démocratie

Contrairement au droit international où l'exigence démocratique a longtemps été bafouée par le principe d'effectivité, de neutralité et de non-intervention dans les affaires intérieures d'un État, le niveau régional a toujours fait exception[1879]. Le principe est très présent dans le droit de la Convention EDH et, à cet égard, très utile pour appréhender la notion d'État dans cet ordre juridique.

Déjà dans le Statut du Conseil de l'Europe, l'exigence démocratique apparaît comme étant incorporée dans l'esprit du système politique de cette organisation internationale. C'est du moins ce qui ressort de la lecture de son Préambule où les États signataires se disent « *inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable* »[1880]. Ainsi le Préambule annonce la couleur en parlant de « *démocratie véritable* » - et non de n'importe quelle

[1879] Il convient toutefois de noter à ce niveau que la promotion d'un idéal de démocratie a aussi été l'œuvre de la CSCE devenue OSCE au niveau européen. En effet, la Déclaration de l'Acte final d'Helsinki du 1er août 1975 un passage assez explicite dans sa section VIII : *« En vertu du principe de l'égalité de droit des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, tous les peuples ont toujours le droit en toute liberté, de déterminer, lorsqu'ils le désirent et comme ils le désirent, leur statut politique interne et externe, sans ingérence extérieure et de poursuivre à leur gré leur développement politique, économique, social et culturel* ». Lors de la Conférence sur la dimension humaine du 29 juin 1990 à Copenhague, les États parties ont réaffirmés que : « *la démocratie est un élément inhérent à l'Etat de droit. (…) La volonté du peuple exprimée librement et équitablement dans le cadre d'élections périodiques et honnêtes, est le fondement de l'autorité et de la légitimité de tout gouvernement ». La Charte de Paris pour une nouvelle Europe du 21 octobre 1990 précisera à son tour que « le gouvernement démocratique repose sur la volonté du peuple, exprimée à intervalles réguliers par des élections libres et loyales. La démocratie est fondée sur le respect de la personne humaine et de l'Etat de droit (…). La démocratie, de par son caractère représentatif et pluraliste, implique la responsabilité envers l'électorat, l'obligation pour les pouvoirs publics de se conformer à la loi et l'exercice impartial de la justice* ».

[1880] Deuxième considérant du Préambule du Statut du Conseil de l'Europe.

démocratie - et en fait un élément du « *patrimoine commun* » européen. Le Conseil de l'Europe ne s'en arrête pas là. Il en fait également une condition juridique d'adhésion et de participation à l'organisation[1881]. De même, l'exigence démocratique constitue un justificatif de sanctions, pouvant aller jusqu'à la suspension voire même l'exclusion[1882]. Cette exigence sera renforcée par la Convention européenne des droits de l'homme qui est le premier traité multilatéral dans le cadre du Conseil de l'Europe. Le préambule de la Convention, qui en outre est partie intégrante de cette dernière[1883], établira le lien entre libertés fondamentales et démocratie, en faisant d'un « régime véritablement démocratique » une assise pour la jouissance et le respect des droits de l'homme[1884].

Selon la Cour EDH, l'exigence de société démocratique « *domine la Convention tout entière* »[1885]. En allant plus loin, elle affirme sans ambages que « *la démocratie apparaît comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle* » [1886] et, en fait, « *un élément fondamental de l'ordre public européen* »[1887] . Sans aller jusqu'à reconnaître un droit de l'homme à la démocratie[1888], on peut déduire de la jurisprudence européenne que les « principes propres à la société démocratique », à savoir, « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »[1889], font jouer à la notion d'État une triple fonction : d'abord une fonction de promotion, une fonction régulatrice (A) et, enfin une fonction défensive (B) de la société démocratique.

[1881] Voir les articles 3, 4 et 5 du Statut du Conseil.
[1882] Voir article 8 du Statut du Conseil.
[1883] Selon l'arrêt de la Cour EDH du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, requête n° 4451/70 *pt.* 34. De même l'article 31 §2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 envisage le recours au Préambule comme moyen d'interprétation d'un traité.
[1884] Voir pt 4 de la Convention.
[1885] Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lingens c/ Autriche*, serie A, n° 103, p. 26, §. 42.
[1886] Cour EDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie contre Turquie*, requêtes N° 133/1996/752/951, §. 45.
[1887] Arrêt du 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires),* requête n° 15318/89, pt. 75.
[1888] S. GRAZIADEI, "Democracy v Human Rights? The Strasbourg Court and the challenge of power sharing", *European Constitutional Law Review*, 2016, n° 1, p. 54.
[1889] En effet, selon la Cour, « il n'est pas de société démocratique sans que le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture se traduisent effectivement dans son régime institutionnel, que celui-ci soit soumis au principe de la prééminence du droit, qu'il comporte essentiellement un contrôle efficace de l'exécutif, exercé sans préjudice du contrôle parlementaire, par un pouvoir judiciaire indépendant et qu'il assure le respect de la personne humaine » (*in* Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, § 66).

A. Un outil de promotion de la société démocratique

En tant qu'outil axiologique de protection de l'individu, la notion d'État est en connexion permanente avec la notion de société démocratique, en ce sens que cette dernière est porteuse d'un ensemble de valeurs et d'idéaux. À cet égard, la démocratie étant « *le seul modèle politique compatible avec le système de la Convention* »[1890], la notion d'État est en premier lieu attachée à la fonction de promotion d'un tel idéal démocratique (1) et de sa concrétisation pratique (2).

1. La promotion de l'idéal démocratique

Au sens du système de la Convention, la notion d'État renvoie à un outil de promotion de la démocratie, à la fois élective et instititutionnelle.

Une société démocratique implique avant tout l'organisation d'élections libres consacrée par l'article 3 du Protocole 1 de la Convention[1891]. Certes, cette disposition paraît littéralement très restrictive, contrairement aux articles 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1892] et 21 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme[1893]. En effet, il ne parle que d'élections législatives, de scrutin secret sans faire allusion au suffrage universel direct, à la

---

[1890] Pour reprendre la formule de la Cour dans son arrêt *Parti communiste unifié de Turquie contre Turquie, supra note 1886.*

[1891] Selon cet article, « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».*

[1892] *Selon cert article, « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables:*
a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;
b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs;
c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ».

[1893] Selon cet article*, « 1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.*
2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.
3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ».

participation aux affaires publiques, ni au droit de vote. Fort heureusement, l'interprétation constructive et dynamique des organes de la Convention a permis de rectifier le tir, en précisant et ainsi en élargissant la portée de cette disposition angulaire du système démocratique au niveau européen. En 1975, la Commission européenne des droits de l'homme a reconnu que l'article 3 énonce un droit à caractère individuel, ce caractère étant à la base de l'ensemble de la Convention. La Commission a admis que l'article 3 implique « *la reconnaissance du suffrage universel direct* » et garantit « *le droit de participer aux affaires publiques, de voter et de se porter candidat* »[1894]. La Cour quant à elle rajoutera que «*consacrant un principe caractéristique d'un régime politique véritablement démocratique, l'article 3 du Protocole 1 revêt dans le système de la Convention une importance capitale* »[1895]. C'est du moins ce que l'on peut dire, vu que la Cour est allée jusqu'à même exigé l'applicabilité de cette disposition au niveau supra national, notamment au Parlement européen[1896]. Réinterprétée à la proportion étatique, la promotion de la démocratie élective vise à la fois le niveau national et le niveau local.

La promotion de la démocratie institutionnelle, quant à elle, se traduit comme une organisation de l'État garantissant la séparation des pouvoirs[1897], mais aussi la mise en place d'un espace d'épanouissement de certaines institutions de droit privé qui sont dérivées de l'exercice de certains droits politiques fondamentaux et qui constituent l'expression de la vitalité d'une société démocratique[1898]. L'État doit ainsi promouvoir un espace de pluralisme des opinions, des idées et surtout des courants politiques, notamment la liberté de création des partis politiques. En effet, ces derniers *« représentent une forme d'association essentielle au bon fonctionnement*

[1894] Requête n° 6745/74 et 6746/74, *X. c. Belgique*, décision du 30 mai 1975, DR, t. 2, p.110.

[1895] Cour EDH, 2 mars 1987, affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayat c. Belgique*, requête n° 9267/81, pt. 47.

[1896] Cour EDH, 18 février 1999, *Matthews c. le Royaume-Uni*, requête n° 24833/94. Voir aussi l'analyse de G. COHEN-JONATHAN, J-F FLAUSS, « à propos de *l'arrêt Matthews c. Royaume-Uni* (18 février 1999) *», RTDH*, n° 35, 1999/4, p. 649 où les auteurs affirment que : « Désormais, la clause politique de la Convention européenne des droits de l'homme est étendue à la démocratie supranationale ou super étatique ».

[1897] Comme on l'a déjà vu, *supra* p. 524.

[1898] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'État et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme *», in, Libertés, Justice et tolérance : Melanges en hommage au doyen Gerard Cohen Jonathan,* Bruxelles, *Bruylant*, 2004, vol. 1, p.63.

de la démocratie »[1899]. Considérés comme les poumons de la société démocratique, les partis politiques ne sauraient être asphyxiés par l'ingérence intempestive de l'État quant à leur création, à leur bon fonctionnement, à leur vie quotidienne. C'est la raison pour laquelle, la Cour a développé une jurisprudence exigeante quant au contrôle de conventionalité des mesures de dissolution des partis politiques. Sous réserve des partis politiques qui soutiennent « *un programme politique en contradiction avec les principes fondamentaux de la démocratie* »[1900], l'État ne saurait interdire ou dissoudre les formations politiques légalement constituées. L'État doit donc rester un espace public de diversité des opinions et des courants politiques. Mais une telle conception axiologique de la notion d'État ne saurait prospérer sans la consécration d'un certain nombre de droits garantis dans la société démocratique.

2. La concrétisation des droits garantis dans la société démocratique

Aux fins de sa fonction de promotion d'une société démocratique, l'État devient prestataire de droits et de libertés. Il a pour mission de garantir l'application pleine et entière des droits et libertés protégés par la Convention. Les prestations étatiques touchent naturellement les rapports verticaux de l'État avec les individus, mais également les rapports horizontaux entre les individus. Il pèse ainsi sur l'État à la fois des obligations positives substantielles et des obligations positives procédurales. Il n'est pas étonnant que ces deux catégories d'obligations profitent en premier lieu au droit à la vie et au droit de ne pas subir la torture et des traitements inhumains et dégradants, considérés par la Cour comme constitutifs d'« *une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe* »[1901]. En vertu de ses obligations, l'État doit protéger en effet la vie et l'intégrité physique des personnes sous sa juridiction. Par ailleurs, les obligations positives substantielles impliquent la concrétisation des droits politiques. Outre l'obligation d'organiser des élections libres pour l'élection du corps législatif, l'État

[1899] Cour EDH, 9 avril 2002, *Yazar, Karatas, Aksiy et Parti du Travail du Peuple c/ Turquie*, req. N° 22723/93, 22724/93, 22725/93, §. 30.
[1900] Voir par exemple, Cour EDH, 9 juillet 2013, Vona c/ Hongrie, req. N° 35943/10.
[1901] Cour EDH, 27 septembre 1995, *Mc. Cann e.a. c/ Royaume-Uni*, req. N° 19984/91, §. 147.

doit veiller à l'effectivité de la liberté d'expression[1902], du droit à la liberté de réunion et de manifestation[1903] et du droit à la liberté syndicale[1904]. Au titre des obligations procédurales, on a déjà évoqué au titre de la prééminence du droit, les exigences de célérité des procédures, ainsi que les exigences d'impartialité et de procès équitable[1905].

Ainsi, à travers ses obligations positives, l'État a pour fonction principale aux yeux du système de la Convention, la mise en place d'un espace d'expression démocratique, considéré comme le cadre structurel dudit système. Dans la même perspective, en tant qu'outil de démocratie, la notion d'État joue aussi une fonction régulatrice de la société démocratique.

B. Un outil régulateur de la société démocratique

Contrairement à une opinion souvent émise, l'État partie à la Convention EDH n'est pas l'être en posture perpétuelle d'accusé devant la Cour EDH. Connaissant *« le lien très clair entre la Convention et la démocratie* »[1906], sachant également que « *la démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de l'ordre public européen* » [1907], et après avoir affirmé « *qu'il n'est pas de démocratie sans pluralisme* » [1908], la Cour a qualifié explicitement l'État « *d'ultime garant du pluralisme* »[1909]. Sous réserve de l'émergence d'une démocratie constitutionnelle au niveau e l'Union européenne, et sous réserve de la gestion de la transition démocratique par le Conseil de l'Europe[1910], en tant que tel l'État est donc l'entité

[1902] Cour EDH, 27 mai 2014, *Mustafa Erdogan c/ Turquie*, Cour EDH, 15 décembre 2016, *M. P. c/ Finlande*, req. N° 36487/12.
[1903] Voir C. RENAUT, « la liberté d'expression : l'affaire des sans-papiers de saint Bernard et la liberté de réunion pacifique : arrêt cissé du 9 avril 2002 », *in* P. TAVERNIER *(dir.), La France et la Cour européenne des droits de l'homme : la jurisprudence de 2002*, Bruxelles, *Bruylant*, 2003, p. 191.
[1904] Cour EDH, 27 septembre 2011, *Sisman et autres c/ Turquie*, req. N° 1305/05; Cour EDH, 12 novembre 2008, *Demir Baykara c/Turquie*, req. N° 34503/97.
[1905] *Supra* p. 524 et ss.
[1906] Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass c/ Allemagne*, §. 59.
[1907] *Supra* note 1887.
[1908] *Supra* note 1889.
[1909] *Ibidem*.
[1910] Voir M. TELO, « Démocratie et construction européenne, Bruxelles, *Editions de l'Université de Bruxelles*, 1995.

dépositaire par excellence de la démocratie[1911]. C'est dans ce rôle de sentinelle de la démocratie que l'État exerce la fonction régulatrice aux fins d'une protection effective et efficace de l'individu. L'État dispose, à cet égard, d'une marge d'appréciation lui permettant de mieux organiser la société démocratique (1) et d'aménager les droits par le biais d'une limitation justifiée par un intérêt légitime (2).

1. L'État et l'organisation de la société démocratique

Le système de la Convention EDH ne laisse pas réellement aux États une autonomie institutionnelle et procédurale. Il impose à terme un certain modèle d'organisation institutionnelle plus apte à protéger et à préserver les droits garantis par la Convention. Néanmoins, les États gardent une marge d'appréciation, afin d'organiser au mieux, en vertu du principe de subsidiarité, la société démocratique. C'est le cas par exemple en matière électorale. Même si le système de la Convention exige l'organisation d'élections libres à intervalles raisonnables, il laisse quand même aux États une marge d'appréciation quant au choix du système électoral[1912] et des conditions qui entourent les droits de vote et d'éligibilité[1913]. Sous le contrôle strict de la Cour, et sous réserve de ne pas porter une atteinte disproportionnée ou arbitraire, « *il convient de concéder à l'État une latitude quant au découpage des circonscriptions électorales et à la répartition des sièges entre elles* »[1914]. Ainsi, en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque État et de la diversité des choix possibles en la matière, « *les États disposent d'une grande latitude pour établir, dans leur ordre constitutionnel, des règles relatives au statut parlementaire, dont les critères d'inéligibilité* »[1915]. De même, il est loisible aux États de fixer des règles d'incompatibilité concernant les fonctionnaires qui souhaitent se présenter à des mandats électifs[1916].

[1911] J. ANRIANTSIMBAZOVINA, « L'Etat et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *supra* note 1898, p. 71.
[1912] Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, §. 54.
[1913] *Ibid.,* §. 52.
[1914] *Ibidem*.
[1915] Cour EDH, 9 avril 2002, *Podkolzina c/ Lettonie*, §. 33.
[1916] Cour EDH, 1er juillet 1997, *Gitonas c/Grèce*, §. 39.

Dans l'organisation de la société démocratique, « *la liaison est constante entre l'appel à la prééminence du droit et la référence à la société démocratique, quand bien même les deux notions paraissent se distinguer l'une de l'autre* »[1917]. Elle n'entrave pas pour autant les marges de manœuvre de l'État. L'obligation de l'État de faire respecter le droit et de faire en sorte que celui-ci soit de qualité ne lui enlève pas la faculté d'ordonnancer, selon son droit interne, les rapports entre les normes constitutionnelles et les normes législatives puisque le droit à un recours effectif n'implique pas un devoir d'installation d'un recours juridictionnel de constitutionnalité contre la loi[1918]. Par ailleurs, si parmi d'autres obligations, ce droit commande à l'État l'instauration d'un recours permettant de lutter contre le délai excessif de jugement, « *il ne va pas jusqu'à exiger une forme particulière de recours, les États contractants jouissant d'une marge d'appréciation pour honorer les obligations qu'il leur impose* »[1919]. Plus largement, par une sorte de subsidiarité juridictionnelle, l'État dispose donc d'une certaine liberté dans l'aménagement de la justice nationale[1920].

Les pouvoirs d'organisation de la société démocratique ainsi évoqués peuvent être prolongés par des pouvoirs d'aménagement des droits garantis par la Convention EDH au nom justement de l'intérêt légitime de cette même société démocratique.

2. L'État et l'aménagement des droits au nom de l'intérêt légitime de la société démocratique

Sous l'empire du contrôle de proportionnalité, la Convention accorde aux États membres une marge d'appréciation dans l'exercice des limitations des droits garantis. La politique jurisprudentielle de la Cour est guidée par le souci de ménager l'État membre. Comme L. Wildhaber l'a écrit : « *le législateur démocratiquement élu*

[1917] P. WACHSMANN, « la préminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » *in Le droit des organisations internationales*, Bruxelles, *Bruylant*, 1997, p. 260.
[1918] Cour EDH, 21 février 1986, *James c/ Royaume-Uni*, §. 85.
[1919] Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah c/ Royaume-Uni*, §. 122.
[1920] O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme :la dimension procédurale *», in l'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, *Bruylant*, 2000, p. 63.

doit avoir la liberté de prendre des mesures d'intérêt général même si elles entraînent une ingérence dans une catégorie donnée d'intérêts individuels »[1921].

Pour simplifier, il semble que la Cour entende ne pas s'immiscer dans les décisions étatiques importantes concernant les questions de société. Sur la base de l'interprétation consensuelle, l'absence de dénominateur commun entre les systèmes juridiques des États membres justifie une marge d'appréciation des États membres dans ces questions de société. Pour ne prendre que les cas les plus emblématiques, la Cour estime que la Convention n'impose pas aux États membres de reconnaître un droit à l'adoption au profit des homosexuels[1922], tout comme elle ne reconnaît pas une obligation des États membres de dépénaliser le suicide assisté[1923]. La Cour juge également qu'en matière de législation relative à l'accouchement anonyme, les États membres doivent pouvoir choisir les moyens qu'ils estiment nécessaires dans la conciliation difficile du droit de la mère à l'anonymat et du droit de l'enfant de connaître son histoire personnelle [1924]. C'est toujours au nom du pouvoir d'appréciation dont dispose l'État pour concilier la nécessité d'assurer la protection du fœtus et des intérêts de la femme que la Cour déclare la compatibilité de la loi italienne de 1978 relative à l'interruption volontaire de grossesse avec le droit à la vie[1925]. Concernant la question sensible de la protection des minorités, la prudence de la Cour s'explique par sa volonté de laisser une marge d'appréciation à l'État[1926]. Enfin, l'approfondissement considérable de la protection des étrangers contre les mesures d'éloignement dans la jurisprudence européenne ne doit pas masquer la marge d'appréciation laissée aux États membres concernant la maîtrise de l'entrée et du séjour des étrangers[1927].

La notion d'État renvoie ainsi, aux yeux du juge de Strasbourg, à la fonction de régulation de la société démocratique. La Cour va toutefois plus loin et y attache aussi la fonction de défenseur de la société démocratique.

[1921] L. WILDHABER, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme ?», *RUDH*, 2002, vol. 14, p.2.
[1922] Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté / France.*
[1923] Cour EDH, 25 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, §.39.
[1924] Cour EDH, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, *JCP*, 2003.
[1925] Cour EDH, 5 décembre 2002*, Giampiero Boso c/ Italie*, req. N° 50490/99.
[1926] Cour EDH, 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*.
[1927] Cour EDH, 12 décembre 2001, *Sen c/ Pays-Bas*, §. 36.

C. Un outil défensif de la société démocratique

La notion d'État renvoie aussi à un outil de défense de la société démocratique. En effet, c'est dans les fonctions que la Convention assigne à l'État d'identifier non seulement les atteintes à la société démocratique (1), mais aussi de protéger cette dernière contre de telles atteintes (2), sous peine d'engager sa responsabilité.

1. L'État et l'identification des menaces contre la société démocratique

Les menaces à la société démocratique sont de nature hétérogène et de portée diverse et variée. Ces dernières peuvent relever de certaines doctrines politiques. L'article 17 de la Convention EDH autorise explicitement la lutte étatique contre les tentatives d'utilisation de la Convention pour détruire les droits et libertés garantis par cette dernière. Selon la Cour :

> « *l'article 17, pour autant qu'il vise des groupements ou des individus, a pour but de les mettre dans l'impossibilité de tirer de la Convention un droit qui leur permette de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention; qu'ainsi personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés ci-dessus visés; que cette disposition, qui a une portée négative, ne saurait être interprétée a contrario comme privant une personne physique des droits individuels fondamentaux garantis aux articles 5 et 6 de la Convention* »[1928].

La Commission EDH a pu considérer ainsi que « *le national-colonialisme est une doctrine incompatible avec la démocratie et les droits de l'homme et que ses partisans visent incontestablement des objectifs du type mentionné à l'article 17* »[1929].

Malgré sa sévérité à l'égard des États en matière de liberté d'expression, la Cour reconnaît que, « *des faits clairement établis, tel l'holocauste, dont la négation ou révision se verrait soustraire par l'article 17 à la protection de l'article 10* »[1930] ; dès lors, « *la justification d'une politique pro-nazie ne saurait bénéficier de la*

[1928] Cour EDH, 1er juillet 1961, *Lawless c/ Irlande*, §. 7.
[1929] Commission EDH, D. 12774/878, DR 62, p. 225.
[1930] Cour EDH, 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c/ France*, req. N° n° 55/1997/839/1045, 47.

protection de l'article 10 »[1931]. De même, en dépit de sa coupable souplesse[1932], la Cour a tout de même précisé qu' « il importe au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations »[1933].

Au-delà des doctrines totalitaires ou nazies, les menaces contre la société démocratique que l'État a pour mission d'identifier, peuvent se manifester par des phénomènes diffus ou violents. On peut par exemple énumérer l'espionnage[1934], la mafia[1935], le crime organisé[1936], et le grand banditisme[1937]. Ces différentes activités peuvent déboucher sur le trafic de drogue, et parfois même sur des activités terroristes. L'État a donc pour mission d'identifier ces différentes menaces contre la société démocratique et de les prévenir pour se conformer aux exigences de la Convention. Autrement dit, l'État ne doit pas être un espace propice au développement d'idéologies ou d'activités contraires à la paix sociale et démocratique. Une fois, ces menaces identifiées, l'État doit efficacement lutter afin de protéger la société démocratique.

2. L'État et la lutte contre les menaces sur la société démocratique

Selon la Cour, il incombe aux États d'assurer l'ordre public[1938]. C'est ce qui explique que le système de la Convention ait recours à certaines dérogations permettant à l'État de lutter efficacement contre certaines menaces qui pèsent sur la société démocratique. C'est tout l'objet de l'article 15 de la Convention[1939]. Même si

---

[1931] *Ibid*., §. 53.
[1932] J. ANRIANTSIMBAZOVINA, « L'Etat et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *supra* note 1898, p. 76.
[1933] Cour EDH, 23 septembre 1994, *Jersild c/ Danemark*, req. N° 15890/89, §. 30.
[1934] Voir F. LAFOUASSE*, l'espionnage dans le droit international*, Paris, *Nouveau Monde*, 2012, p. 208 et ss.
[1935] Voir W. MacCORMACK, "International crime and punishment; the gap through which to drive a mafia", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2014, n° 3, pp. 623-701.
[1936] I. ROBERGE, « Quand la menace ne vient pas des Etats : examen du régime contre le crime organisé transnational *», in* A. MCLEOD *(dir.), Les défis de la sécurité internationale à l'aube d'un monde pluripolaire*, Bruxelles, *Bruylant*, 2001, pp. 207-223.
[1937] Cour EDH, 22 février 1994, *Raimondo c/ Italie*, req. N° 12954/87.
[1938] Cour EDH, 26 septembre 1997, *El boujaidi c/ France*, §. 39.
[1939] Selon cet article, « *1.En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues*

les États ne disposent pas d'un pouvoir illimité dans l'appréciation de l'existence d'un « *danger menaçant la vie de la nation* » au sens de l'article 15 de la Convention, le principe est

> « *qu'il incombe d'abord à chaque État contractant, responsable de la vie de sa nation, de déterminer si un danger public la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareils dangers comme sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer. L'article 15 leur laisse en la matière une large marge d'appréciation* »[1940].

Quand pareil danger est constaté, la Cour reconnaît à l'État le principe d'adaptations progressives. Pour elle,

> « *quand un État lutte contre un danger public menaçant la vie de la nation, on le désarmerait si l'on exigeait de lui de tout faire à la fois, d'assortir d'emblée chacun des moyens d'action dont il se dote de chacune des sauvegardes conciliables avec les impératifs prioritaires du fonctionnement des pouvoirs publics et du rétablissement de la paix civile. En interprétant l'article 15, il faut laisser place à des adaptations progressives* »[1941].

C'est ainsi que la Cour admet le fait que « *les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'État doit être capable, pour combattre efficacement ces*

---

par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.
2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7. 3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit égalementinformer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application »; voir R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles : étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, *Bruylant*, 1987, 427 p.

[1940] Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, §. 207; Cour EDH, 26 mai 1993, *Brannigan et Mc Bride c/ Royaume-Uni*, §. 43.

[1941] *Ibidem*.

menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire »[1942].

En dehors du recours à l'article 15 de la Convention, dans un cadre très strict fixé par la Cour (obligation de protéger la vie, recours à la force rendue absolument nécessaire par le maintien de l'ordre public, proportionnalité stricte entre la force employée et la réalisation du but autorisé, enquête effective sur les circonstances de la mort), il n'est pas impossible aux États d'utiliser la force meurtrière dans la lutte contre le terrorisme ou dans le maintien de l'ordre public[1943].

In fine, l'orientation axiologique de la notion d'État comme outil de démocratie permet au système de la Convention EDH de faire de l'État un espace de jouissance pleine et entière des droits garantiset protégés par la Convention. Dans cette perspective, la notion d'État est appréhendée au regard de sa fonction promotrice, régulatrice et défensive de la démocratie. Cette conclusion renforce la vision fonctionnelle de la notion d'État, qui ici est interprétée comme un outil de protection de l'individu. Toutefois, cette conception axiologique est complétée par une conception pragmatique de la notion d'État, plus apte à arriver à une protection effective de l'individu.

[1942] Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass c/ Allemagne, supra* note 1906, §. 48.
[1943] Cour EDH, 27 septembre 1995, *Mc Cann c/ Royaume-Uni*, req. N° 19009/04.

Section 2. Un outil pragmatique de protection

L'objectif cardinal de protection de l'individu ne peut se réaliser qu'à travers une notion d'État autonome et opérationnelle. Déjà, du point de vue structurel, la notion d'État est mobilisée comme un outil axiologique, en se confondant à un cadre de prééminence du droit et de démocratie favorable à la pleine jouissance des droits individuels et collectifs. Du point de vue matériel, la notion d'État est mobilisée comme un outil pragmatique, visant la pleine application de la Convention. Le droit de la Convention se différencie ainsi du droit de l'Union qui fait jouer à la notion d'État une fonction d'intégration et du droit international qui la fait jouer une fonction de protection de la souveraineté. Le droit de la Convention EDH développe ainsi une notion autonome et pragmatique d'État, mettant en avant sa fonction particulière qui est la protection de l'individu. Dans cette perspective, le droit européen des droits de l'homme considère, d'une part, la notion d'État comme un outil objectif, en ce sens qu'elle ne trouve plus une explication rationnelle dans le subjectivisme volontariste du droit international, mais dans le caractère objectif de la Convention (Paragraphe 1). D'autre part, la notion d'État renvoie à un outil dynamique, parce qu'elle est interprétée non pas de manière abstraite, mais au cas par cas, selon la norme à appliquer (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Un outil objectif

Les caractéristiques particulières d'un ordre juridique conditionnent l'interprétation des outils conceptuels de base de cet ordre juridique. Le système de la Convention ne se fonde pas sur les principes de base du droit international, qui font appel à une logique interétatique. C'est cette dernière qui oriente dans l'ordre juridique international l'interprétation de l'outil conceptuel « État ». C'est ainsi que la notion d'État est teintée de subjectivisme ou de volontarisme. Il en est autrement en droit de la Convention EDH. Ce dernier est considéré comme un ordre juridique objectif dans lequel la garantie collective des droits et libertés est érigée en principe de base. La Convention, est comme l'affirme F. Sudre, plus qu'un simple échange d'engagements interétatiques, elle assure au nom de valeurs communes et

supérieures aux États la protection des intérêts des individus vivant sous l'autorité nationale et créée des obligations objectives dont le respect s'impose aux États, non pas à titre de contrepartie des droits consentis par les autres États parties, mais à raison des engagements pris à l'égard des individus[1944]. Le caractère objectif de la Convention, « *instrument de protection des êtres humains* »[1945], fonde la solidarité commune qui s'exprime dans l'instauration d'une sauvegarde collective des droits de l'homme qui singularise aussi la Convention[1946]. Comme le note la Cour, « la Convention doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[1947]. En se présentant ainsi comme un ordre juridique objectif, le système de la Convention EDH, par le prisme de la jurisprudence de la Cour, ne peut que se doter d'un outil conceptuel « État » objectif, se distinguant ainsi de la notion d'État en droit international. C'est exactement en tant qu'outil objectif que la notion d'État ne renvoie pas dans ce cadre à un outil de protection de la souveraineté, en ce sens que le principe de réciprocité ne joue pas (A) et le régime des réserves au traité se particularise (B).

A. La notion d'État et le principe de non-réciprocité

Le droit de la Convention EDH ne souscrit pas, à proprement parler, à la vision volontariste de la notion d'État, protectrice de la souveraineté, connue en droit international. Il s'en écarte sensiblement, appréciant la notion d'État non pas dans une perspective dogmatique, mais plutôt objective. C'est la raison pour laquelle la Cour EDH développe une politique juridictionnelle et jurisprudentielle d'érosion, voire de neutralisation des mécanismes protecteurs de la souveraineté des États[1948]. Ainsi, comme l'affirme la Cour européenne, la nature de traité de garantie collective de la

[1944] F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *supra* note 1818 , p. 54.
[1945] Cour EDH, 1er mai 2001, *Berktay c/ Turquie*, req. N° 22493/93, § 151.
[1946] *Ibidem*.
[1947] Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, *supra* note 906, §. 87.
[1948] G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme et la volonté des Etats », *in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques : études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg,* Bruxelles, *Bruylant*, 2000, p. 162.

Convention EDH appelle « *à comprendre et appliquer les dispositions d'une manière qui en rendent les exigences concrètes et effectives* »[1949].

Dans cette perspective, à la différence du droit international classique, l'État partie ne peut se réfugier derrière la non-réciprocité d'un engagement. Il ne peut exciper, pour se soustraire à un recours étatique, de ce que la requête concerne des faits survenus à une époque où l'État requérant n'était pas partie à la Convention et ne pouvait donc lui-même faire l'objet d'une plainte[1950]. De même, un État partie ne peut se prévaloir, pour se soustraire à un recours étatique formé contre lui, de ce que la requête porte sur des questions que l'État requérant a lui-même exclues de son engagement par le moyen d'une réserve[1951]. La reconnaissance mutuelle des États n'est donc pas un préalable nécessaire à l'engagement d'une instance et est sans conséquence sur l'exercice du droit de recours étatique. Ce dernier s'inscrit en effet dans le cadre d'un traité objectif et n'implique pas l'existence de droits et d'obligations réciproques entre les États parties concernés. L'État défendeur ne saurait donc se prévaloir de la non-reconnaissance du gouvernement de l'État requérant pour éluder la garantie collective, que celle-ci soit mise en œuvre directement par le biais du recours étatique ou indirectement. L'ordre public européen, mettant en échec le principe de réciprocité, se fonde ainsi sur la pleine soumission de l'État partie au mécanisme conventionnel de contrôle, et corrélativement, fait de la notion d'État, non pas un outil de protection de la souveraineté, mais un outil objectif de protection des droits et libertés garantis par la Convention. Cette orientation particulière de la notion d'État se vérifie aussi lorsqu'on évoque le régime spécifique des réserves à la Convention.

[1949] Voir, l'arrêt *Soering*, *supra* note 906.

[1950] Voir à ce propos, Commission EDH, 11 juillet 1961, *Autriche c/ Italie*, req. N° 788/60, *Ann. CEDH*, 1961, vol. IV, p. 141.

[1951] Commission EDH, 6 décembre 1983, *France, Norvège, Danemark et Pays-Bas c/ Turquie*, req. N° 9940 à 9944/82, §. 41 et 42.

B. La notion d'État et le régime spécifique des réserves

L'étude du régime juridique des réserves dans le cadre de la Convention E.D.H. nous permet de renforcer l'idée selon laquelle la notion d'État renvoie à un outil objectif aux fins de la Convention. En effet, en n'ayant pas la même conception de l'État que le droit international classique, le droit de la Convention EDH ne peut se suffire d'une vision absolument subjective et volontariste de la notion d'État. C'est la raison pour laquelle, le régime juridique des réserves étatiques n'est pas soumis au bon vouloir des États, mais interprété selon le caractère objectif du système[1952].

La Convention de Vienne sur le droit des traités définit dans son article 2 la réserve comme « *une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État (…) par laquelle, il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État* »[1953]. Alors même que la technique de la réserve est une institution classique en droit international public[1954], il n'en demeure pas moins que la Cour EDH lui a donné un régime juridique spécifique, distinct du droit commun des traités, ce qui par ailleurs renseigne sur une interprétation différente de la notion d'État. Ainsi que le relève G. Cohen-Jonathan, « *la pratique largement utilisée des réserves soulève en matière de traités relatifs aux droits de l'homme des problèmes particuliers en raison de la spécificité de l'objet et du but de ces instruments* »[1955]. On comprend la logique de la technique des réserves lorsqu'elle concerne les traités conçus comme des contrats conclus librement par des États souverains. En revanche, la même technique convient moins, concernant les traités telle la Convention européenne des droits de l'homme instituant une garantie collective des droits et libertés. La Convention EDH reconnaît certes la possibilité pour les États de faire des réserves au moment de la ratification. Cependant, elle limite cette faculté en la soumettant à des conditions qui sont contrôlées scrupuleusement par la Cour. L'article 57 de la Convention dispose que :

[1952] G. COHEN-JONATHAN et J. F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *AFDI,* vol. 55, 2010, p. 765.

[1953] Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra* note 195.

[1954] M. FORTEAU, « Quelles conséquences pour les réserves non valides ? *», in, SFDI, Actualités des réserves aux traités : journée d'étude de Nanterre*, Paris, *Pedone,* 2014, p. 87.

[1955] G. COHEN-JONATHAN, « les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme : nouveaux aspects européens et internationaux », *RGDIP,* 1996, p. 916.

« Tout État peut, au moment de la signature de la Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article »[1956].

La Convention contient uniquement des dispositions concernant les réserves, à l'exclusion des déclarations interprétatives. De telles déclarations ont, en principe, pour objet de préciser seulement le sens d'une disposition d'un traité[1957]. Toutefois, elles peuvent en réalité avoir une véritable nature de réserve. C'est la raison pour laquelle, la Commission, puis la Cour EDH recherche à chaque fois l'intention du gouvernement auteur d'une déclaration interprétative et examine le contenu matériel d'une telle déclaration pour déterminer si elle revêt ou non le caractère d'une réserve. Dans l'affaire *Temeltasch*, à propos d'une déclaration suisse, la Commission relève que

> *« si un État formule une déclaration et la présente comme une condition de son consentement à être lié par la Convention et comme ayant pour but d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions, une telle déclaration, quelle que soit sa désignation, doit être assimilée à une réserve au sens de l'article 64 de la Convention »*[1958].

La Cour a confirmé cette interprétation dans l'arrêt *Belilos c/ Suisse* en reconnaissant la grande importance du problème du régime juridique applicable aux réserves et déclarations interprétatives des États parties à la Convention. Selon la Cour, « la Convention ne mentionne que les réserves, mais on constate que plusieurs États ont émis aussi ou uniquement des déclarations interprétatives, sans

---

[1956] Il existe une autre limite quant à la faculté des Etats de faire des réserves. Le protocole additionnel n° 6 à la Convention relatif à l'abolition de la peine de mort interdit dans son article 4 aux Etats de faire une reserve sur des dispositions du protocole.

[1957] Voir à ce propos : J.-M. THOUVENIN, « Le mode d'emploi des déclarations interprétatives », *in, SFDI, Actualités des réserves aux traités : journée d'étude de Nanterre*, Paris, *Pedone,* 2014, pp. 65-74 ; I.-G. MAZI, « quelques observations sur la définition des déclarations interprétatives et leurs liens avec la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, vol. 88, 2011, pp. 343-470 ; R. SAPIENZA, « Les déclarations interprétatives unilatérales et l'interprétation des traités », *RGDIP*, 1999, pp. 601-629.

[1958] Rapport n° 31, du 5 mai 1982, p. 120 et ss.

établir toujours entre les unes et les autres une nette distinction »[1959]. Et elle ajoute que :

> « *pour dégager la nature juridique d'une telle déclaration, il y'a lieu de regarder au-delà du seul intitulé et de s'attacher à cerner le contenu matériel. En l'occurrence, il s'avère que la Suisse entendait soustraire à l'emprise de l'article 6 § 1, certaines catégories de litiges et se prémunir contre une interprétation, à son sens trop large, de ce dernier. Or la Cour doit veiller à éviter que les obligations découlant de la Convention ne subissent des restrictions qui ne répondraient pas aux exigences de l'article 57 relatif aux réserves. Partant, elle examinera sous l'angle de cette disposition, comme dans le cas d'une réserve, la validité de la déclaration interprétative dont il s'agit* »[1960].

Le régime juridique des réserves, à proprement parler, renseigne sur la conception particulière de la notion d'État au sens de la Convention qui n'est rien d'autre qu'un outil objectif de protection de l'individu. En effet, c'est en se fondant sur la nature particulière de la Convention qui crée des obligations objectives et organise « une garantie collective » des droits et libertés définis que la Cour se reconnaît compétente pour se prononcer sur la validité d'une réserve ou d'une déclaration interprétative. Parce que la réserve a pour objet de restreindre, par le bon vouloir des États, la mise en œuvre du traité, elle heurte de front la volonté manifestée par la Cour d'assurer l'efficacité et l'effectivité du système de garantie collective des droits et libertés énoncés dans la Convention. La Cour opère ce contrôle au regard des conditions posées par l'article 57 de la Convention[1961]. La première condition concerne le moment du dépôt de la réserve, c'est-à-dire au plus tard au moment de la ratification de la Convention. En outre, la réserve ne peut concerner que des lois en vigueur sur le territoire de l'État au moment de la ratification de la Convention[1962]. La seconde condition impose à l'État de ne formuler de réserve que sur une disposition particulière de la Convention. L'article 57 interdit en effet les réserves de

---

[1959] Cour EDH, 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, req. N° 10328/83, §. 49; voir pour commentaire G. COHEN-JONATHAN, *RGDIP*, 1989, p. 273.

[1960] *Ibidem*. Voir aussi Cour EDH, 4 juillet 2014, *Ilascu et autres c/ Moldova, supra* note 481.

[1961] Selon cet article, « *1. Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause* ».

[1962] Voir sur ce point, Cour EDH, 26 avril 1995, *Fischer c/ Autriche*, req. N° 16922/90, §. 41.

caractère général. Il est ainsi interdit aux autorités nationales de rédiger des réserves « en des termes trop vagues ou amples pour que l'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application exacts ». Outre ces limitations conventionnelles, la jurisprudence de la Cour ajoute une interprétation restrictive, au nom de l'efficacité du système de garantie collective, de cette compétence des autorités nationales. C'est ainsi que la Cour vérifie si la réserve est compatible avec l'objet et le but du traité. Et à cet égard, elle n'hésite pas à invalider les réserves qui limitent l'exercice du droit de recours individuel et la compétence de la Cour. Elle énonce dans l'affaire *Loizidou* que :

> « *si ces dispositions permettaient des restrictions territoriales ou sur le contenu de l'acceptation, les parties contractantes seraient libres de souscrire à des régimes distincts de mise en œuvre des obligations conventionnelles. Un tel système affaiblirait gravement le rôle de la Cour et amoindrirait aussi l'efficacité de la Convention en tant qu'instrument de l'ordre public européen* »[1963].

Selon la solution retenue par la Cour dans l'arrêt *Belilos*[1964], l'État qui a fait une réserve reconnue non valide reste lié par ses obligations conventionnelles en faisant abstraction de la réserve. Elle opère donc une dissociation entre la réserve et la Convention. On aurait pu imaginer une autre solution, à savoir que l'État qui a fait une réserve non valide reste partie contractante au traité en cause, à l'exclusion de la disposition du traité couverte par la réserve. Ainsi, en dépit du fait que la Cour déclare non valide la réserve formulée par la Suisse concernant l'article 6, elle affirme que cette invalidité n'affecte pas l'engagement conventionnel des autorités helvétiques et effectue son contrôle sans tenir compte de la réserve. En d'autres termes, l'invalidation de la réserve n'invalide pas la ratification de la Convention par l'État concerné. Une telle solution a été critiquée par la doctrine internationaliste classique[1965]. En dépit de cela, la Cour confirme cette approche dans l'arrêt *Loizidou c/ Turquie* en fondant sa solution sur la nature particulière de la Convention, « *instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains* »[1966]. Ainsi que le relève F. Sudre, « *l'ordre public européen heurte de plein fouet le*

[1963] Cour EDH, *Loizidou c/ Turquie*, *supra* note 120, §. 72.
[1964] *Supra* note 1959.
[1965] Voir J-P. COT, « la responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne des droits de l'homme dans la partie nord de Chypre », *RTDH*, 1998, p. 78.
[1966] *Supra* note 120, §. 93.

principe de l'autonomie de la volonté et fait échec aux règles classiques du droit international général pour tendre à la pleine soumission de l'État partie au mécanisme conventionnel de contrôle »[1967]. Comme une sorte de théorie des vases communicants, en procédant de la sorte, la Cour dessine aussi une conception particulière de la notion d'État qui n'est rien d'autre qu'un outil objectif au service du système de garantie collective des droits de la Convention.

Au regard de la nature particulière de la Convention EDH, la notion d'État, notion clé pour une application efficace de cette dernière, ne peut que recevoir une vision autonome, s'éloignant de la vision volontariste et protectrice de la souveraineté du droit international classique. La notion d'État renvoie à un outil objectif, en ce sens qu'elle est dénuée de tout dogmatisme et n'est utilisée que pour permettre une meilleure protection des droits et libertés garantis par la Convention. En outre, lorsqu'on analyse la notion d'État au regard de l'application concrète des droits substantiels, on se rend compte qu'elle est un outil dynamique de protection de l'individu.

Paragraphe 2. Un outil dynamique

Pour une meilleure application de la Convention et une meilleure protection des droits qu'elle garantit, la Cour ne peut que se doter d'outils conceptuels dynamiques, faisant l'objet d'une interprétation autonome. La notion d'État ne fait pas exception à la règle. En tant que notion clé du système, elle reçoit une interprétation dynamique, en ce sens qu'elle n'est pas considérée comme une notion abstraite ou dogmatique, mais fonctionnelle et opératoire. C'est la raison pour laquelle, le juge de Strasbourg fait de la notion d'État à la fois un outil modulable (A) et évolutif (B).

[1967] F. SUDRE, « l'ordre public européen *», in L'ordre public : ordre public ou ordres publics?,* Bruxelles, *Bruylant*, 2001, p. 122.

A. Un outil modulable

L'objectif de protection effective de l'individu se fondant sur les principes de prééminence du droit et de démocratie conduit à la Cour d'adopter une notion modulable d'État. Pour que la Cour EDH puisse apprécier et éventuellement sanctionner les violations des droits de l'homme commises par les États parties, il faudrait au préalable qu'elle soit compétente comme le dispose la Convention.

À cet égard, pour asseoir sa compétence, elle se fonde sur une interprétation modulable de la notion d'État, permettant d'atteindre l'objectif de protection effective des droits de l'homme. C'est ainsi que lorsque la présence de la notion d'État conduit à une irrecevabilité de la requête, la Cour adopte une vision restrictive. Au contraire, lorsque la présence de la notion d'État fonde l'application de la Convention, la logique extensive prévaut.

L'article 34 de la *Convention EDH* exclut les autorités étatiques du cercle des personnes ayant qualité pour agir devant la Cour[1968]. Ce faisant, lorsque la nature juridique exacte d'un requérant (organisation non gouvernementale ou organisation gouvernementale) est sujette à équivoque, l'État défendeur brandit l'argument d'irrecevabilité. Ainsi, s'il est prouvé que le requérant est, par ses activités et la nature de ses pouvoirs, une émanation de l'État, la requête est irrecevable. Dans cette perspective, la manifestation de la notion d'État fait échec à l'application des droits de la Convention. C'est pourquoi elle est d'interprétation stricte[1969]. De même, l'article 6 de la Convention exclut de son champ d'application toute contestation relative à l'exercice de l'*impérium* étatique, c'est-à-dire ce qui relève des missions régaliennes de l'État. Autrement dit, les matières qui relèvent essentiellement de l'exercice du pouvoir souverain de l'État ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 6. Ainsi, la notion d'État s'interprète dans ce cadre restrictivement, dans la mesure où elle fonde une dérogation au traité européen[1970].

[1968] En effet, selon cette disposition : « *La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit* ».

[1969] Voir notre analyse, *supra* p. 191 et ss.

[1970] Voir notre analyse, *supra* p. 195 et ss.

À l'inverse, une vision extensive prévaut lorsque la présence de la notion d'État conduit à une application de la convention. La vision extensive permet à la Cour d'assurer autant que possible une protection juridictionnelle effective. La jurisprudence européenne relative aux entités sécessionnistes fournit également un terrain sur lequel la notion d'État est extensive, au regard du but poursuivi : s'assurer de la protection effective des droits protégés par la Convention. A cet effet, la Cour adopte un critère large permettant, à chaque fois que de besoin, d'identifier la présence factuelle de l'État, fut-ce au-delà de ses frontières. Il s'agit du critère du contrôle global. La notion d'État est, dans ce cadre, étendue à toutes les activités non étatiques en apparence, mais que les autorités étatiques contrôlent de manière globale[1971].

Toutefois, lorsqu'on est au stade de l'engagement de la responsabilité, la Cour adopte une vision large de l'État, s'alignant ainsi sur les solutions retenues en droit international. Pour que la Cour EDH puisse apprécier et éventuellement sanctionner les violations des droits de l'homme commises par les États parties, cela suppose au préalable une interprétation de la notion d'État. À cet égard, pour déterminer la responsabilité d'un État partie, elle se fonde sur une interprétation extensive de la notion d'État. Une solution contraire irait à l'encontre de l'objectif de protection effective des droits de l'homme. Dans ce cadre, la Cour adopte la même vision extensive connue en droit de la responsabilité internationale des États et dans le contentieux des manquements en droit de l'Union européenne. À cet égard, est État, l'ensemble de l'appareil statutaire (autorités centrales, collectivités territoriales, État législateur, État juge, etc.), mais aussi toute entité exerçant des fonctions de nature étatique quel que soit son statut. Le juge mobilise ainsi à la fois des ressources organiques et matérielles pour appréhender les différentes manifestations de la notion d'État susceptibles de violer la convention. Mieux, elle va jusqu'à étendre la notion d'État à toute entité en dehors des limites territoriales d'un État, mais étant sous le contrôle global de ce dernier. Ainsi, on voit que la Cour mobilise les données organique, matérielle et factuelle pour appréhender les différentes manifestations de la notion d'État aux fins de la protection effective des droits de l'homme.

[1971] Voir notre analyse, *supra* p. 265 et ss.

La Cour va encore plus loin lorsqu'elle est confrontée au problème d'imputation à l'État d'un acte pris en application d'un acte d'une organisation internationale. C'est là que le dynamisme de la notion d'État prend tout son sens au regard de la jurisprudence strasbourgeoise. La Cour ne se soucie que de l'objectif de protection efficace et effective des droits et libertés garantis par la Convention et la notion d'État devra, dans tous les cas, être interprétée en fonction de cet objectif. À cet égard, en évoquant les arrêts *Behrami*[1972], *Bosphorus*[1973] et *Nada*[1974], la Cour devait déterminer s'il faut voir derrière un acte interne pris en application d'une décision d'une organisation internationale une manifestation de la notion d'État ou de l'organisation internationale elle-même?

Dans l'affaire *Behrami*, le juge de Strasbourg s'est déclaré incompétent *ratione personae* pour connaitre des actions ou omissions de la KFOR et de la MINUK, les attribuant à l'ONU et non aux États parties qui leur avaient fourni des contingents[1975]. La portée exacte de cet arrêt n'était pas clairement identifiable. Deux lectures restent possibles[1976]. Selon la première, la notion d'État n'est plus de mise lorsqu'il est question d'actes ou d'omissions d'un État « couverts » par une Résolution du Conseil de Sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte et, dès lors, la Cour serait incompétente et le mécanisme de responsabilité et de protection des

---

[1972] Cour EDH, Grande Chambre, 2 mai 2007, *Behrami et Behrami c/ France et Saramati c/ France, Allemagne et Norvège*, req. N° 71412/01 et 78166/01.

[1973] Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Airline c/Irlande*, req. N° 45036/98.

[1974] Cour EDH, Grande Chambre, 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*, req. N° 10593/08.

[1975] Voir pour commentaire de cette décision : P. LAGRANGE, « Responsabilité des Etats pour des actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations unies : observations à propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme sur la recevabilité des requêtes *Behrami et Behrami c/ France et Saramati c/ Allemagne, France et Norvège*, 31 mai 2007 », *R.G.D.I.P.*, 2008, n° 1, pp. 85-110; P. KLEIN, « Responsabilité pour des faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques considérations critiques sur l'arrêt *Behrami et Saramati* », *AFDI*, 2007, pp. 43-64; C. RYNGAERT, '' Apportioning responsability between the UN AND Member States in UN peace support operations : an inqury into tha application of the effective control standard after Behrami'', *Israel Law Review*, 2012, vol. 45, n° 1, pp. 151-178; L.-B. DE CHAZOURNES et V. PERGANTIS, « A propos de l'arrêt Behrami et Saramati : un jeu d'ombre et de lumière dans les relations entre l'ONU et les organisations régionales », *in* M.-G. KOHEN (*dir.*), *Perspectives du droit international au 21e siècle*, Leiden, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2012, pp. 193-223; A. ANGELINI, '' Behrami and Saramati : when silence matters'', *in* F. FONTANELLI and G. MARTINICO (*eds.*), *Shaping rule of law through dialogue : international and supranational experiences*, Groninguen, *European Law Publisher*, 2010, pp. 275-297.

[1976] J.-P. JACQUE, « primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux; CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi c/ Conseil et Commission* », *RTDE*, 2009, p. 61 et ss.

droits de l'homme mis en échec[1977]. Cette analyse repose sur l'affirmation de la Cour selon laquelle « *la Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour les actions et omissions des parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité*… »[1978].

À cet égard, la Cour se doterait donc d'une vision moins dynamique de la notion d'État en raison de son appartenance à une organisation internationale chargée de la mission particulière de maintien de la paix et de la sécurité internationale. La seconde lecture limiterait la portée de la jurisprudence *Behrami* au cas où l'acte ou l'omission en cause était directement imputable à l'ONU, ce qui impliquait l'établissement d'une distinction, au sein même du Chapitre VII de la Charte, entre les actes imputables aux États et les actes imputables à l'Organisation[1979]. Quoi qu'il en soit, la lecture de la notion d'État reste là moins dynamique et conduit à remettre en cause l'effet utile des dispositions de la Convention.

Après avoir admis dans son arrêt *Bosphorus*, le principe de l'engagement de la responsabilité des États pour la mise en œuvre sur leur territoire d'actes contraignants issus du droit dérivé d'une organisation internationale (en l'espèce la Communauté européenne) [1980] , la Cour s'éloigne progressivement de sa

---

[1977] Selon P. KLEIN, « *il semble donc bien que la position adoptée par la Cour quant à l'étendue de son pouvoir de contrôle – position dont la portée est déjà extrêmement large en ce qui concerne la mise en œuvre des mesures coercitives armées - ait des effets plus larges encore, en ce qu'elle imposerait à la Cour de s'abstenir de tout contrôle quelconque de la conformpité à la Convention des mesures prises par les Etats parties en execution des décisions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII, qu'il s'agisse de mesures armées ou non armées* », *in* « Responsabilité pour des faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Saramati », *Idem.* Pour E. LAGRANGE, « *en dépit des évidentes lacunes du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité, la responsabilité des Etats parties à la Convention ne pourrait être recherchée ni pour le transfert de compétences sans garanties équivalentes à l'ONU, ni pour la mise en œuvre des résolutions du Conseil de Sécurité, quelles qu'elles soient* », *in* « L'applicabilité de la Convention de Rome à des actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national », *RGDIP*, 2008, n° 3, p. 554 et ss. Voir aussi G. GAJA, « Responsabilité des Etats et/ou des organisations internationales en cas de violation des droits de l'homme : la question de l'attribution », in *SFDI, La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Paris, *Pedone*, 2009, p. 102.

[1978] *Supra* note 1972, §. 149.

[1979] P. LAGRANGE*, supra* note 1975, p. 104.

[1980] Voir à ce propos, O. DE SCHUTTER, ''The two lives of Bosphorus: redefining the relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention'', *European Journal*

jurisprudence *Behrami*, privilégiant davantage une lecture dynamique de la notion d'État appartenant à une organisation internationale. C'est ainsi que dans l'affaire *Nada*, lors de l'examen de sa compétence *ratione personae*, la Cour considère désormais qu'elle est compétente pour connaitre des actes nationaux d'application d'une résolution du Conseil de Sécurité prise en vertu du Chapitre VII de la Charte, dès lors que la résolution « *charge les États d'agir en leur propre nom et de la mettre en œuvre au plan national* »[1981]. Ainsi, l'existence d'un acte de droit interne transposant les résolutions du Conseil de sécurité suffisait en soi pour relever le caractère étatique de l'acte. La théorie de la « loi-écran » trouve ici à s'appliquer dans la mesure où pour la Cour « *les mesures imposées par les résolutions du Conseil de Sécurité ont été mises en œuvre au niveau interne par une ordonnance du Conseil fédéral* »[1982]. La survenance d'un acte de droit interne de transposition de l'obligation internationale suffit à attester une manifestation du concept État et à déplacer donc le curseur de l'imputation de l'Organisation vers l'État. L'arrêt *Nada* permet ainsi, à l'image de ce qu'avait fait la Cour de Justice de Luxembourg dans l'affaire *Kadi*[1983], d'avoir une vision plus dynamique de la notion d'État au service de la protection des droits et libertés garantis par la Convention. Une solution contraire signifierait tout simplement que les actes pris en application d'une décision d'une Organisation internationale bénéficieraient d'une impunité totale. Puisque, seule la présence de la notion d'État permet à la Cour d'être compétente et éventuellement d'engager la responsabilité de l'État, une lecture dynamique établissant le caractère

---

of Human Rights, 2013, n° 4, p. 584; F.-B. RHOMER, « Bienvenue aux enfants de Bosphorus: la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationals », *RTDH*, 2010, n° 2, p. 19.

[1981] *Supra* note 1974, §. 90.

[1982] *Idem*., §. 120.

[1983] CJCE, Grande Chambre, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. Jtes. C-402/05 et C-415/05, *Rec. CJCE*, 2008, p. I-06351. Voir à propos de cette affaire : J. J. KASEL, « La Cour de Justice de l'Union européenne et la PESC : l'affaire Y. A. Kadi », *in* A. TIZZANO (*dir.*), *La Cour de Justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015),* Bruxelles*, Bruylant,* 2015, pp. 337-347; I. OSTERDAHL, '' Human Rights before security in Kadi and beyond'', *in* J. EBESSON (*ed.), International Law and changing perceptions of security : liber amicorum Said Mahmoudi*, Leiden, *Brill Nijhoff*, 2014, pp. 327-345; G. FLOCH, « L'influence des jurisprudences Kadi sur le regime des sanctions instauré par la résolution 1267 », *in* E. SAULNIER-CASSIA, *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, Issy-Les-Moulinex, *LGDJ*, pp. 292-317; H.-G. GRUNZLER, O. LANDWEHR, '' A new legal order of International law : on the relationship between Public International Law abd European Union Law after Kadi'', *in* U. FASTENRATH (*ed.*), *From bilateralism to community interest : essays in honor of Judge Brunno Simma*, Oxfrord, *Oxford University Press*, 2011, pp. 1004-1023.

étatique des actes de transposition des décisions d'une organisation internationale paraît plus apte à garantir l'objectif de protection de l'individu.

Mieux, en poursuivant cet objectif de protection effective des droits garantis par la Convention, la Cour va jusqu'à (implicitement) cautionner l'idée d' « État fonctionnel » qu'on a évoquée plus haut (s'agissant du droit international).

B. Un outil évolutif : la caution de l'hypothèse de « l'État fonctionnel »

La jurisprudence de la Cour européenne démontre que la notion d'État n'est pas figée, ni totalement abstraite. Elle peut évoluer en fonction des besoins de l'objectif de protection de l'individu. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme, inspirée par les principes de démocratie et de prééminence du droit, a cautionné l'idée d'« État fonctionnel » à côté de l'État statutaire[1984].

En effet, lorsque la Cour a en face d'elle une entité qui n'est pas reconnue comme État par la Communauté internationale, elle fait preuve de pragmatisme afin de garantir la protection effective des droits de l'homme. Sans conclure à la qualité étatique d'une telle entité *in abstracto*, la Cour la considère comme « État », juste pour les besoins de l'affaire en cause, afin de permettre une protection maximale des droits de l'homme et éviter que soient érigées ainsi des zones de non-droit. À et égard, des exemples ne sauraient être plus pertinents que ceux qui sont en rapport avec l'entité sécessionniste de la République Turque de Chypre Nord (RTCN). Nous devons considérer, en premier lieu, l'affaire *Loizidou c. / Turquie*, puis, et surtout l'arrêt *Chypre c. / Turquie* de 2001 complété par l'affaire récente *Démopoumos c. / Turquie.*

Dans la première affaire[1985], même s'il s'agissait principalement de questions d'imputation à un État de faits se dirigeant hors de son territoire, mais dans lequel il exerce un contrôle global[1986], la Cour a eu, dans les exceptions préliminaires, à se prononcer sur la prétention de la RTCN à constituer une entité étatique. Il le fallait bien, car les dispositions en cause renvoient à la « loi fondamentale de la RTCN »,

[1984] Pour cette distinction, voir nos développements, *supra* p. 491.
[1985] Cour E.D.H., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, *supra* note 120.
[1986] Voir *supra*, p. 265.

issue de l'autoproclamation de ladite entité comme État indépendant, soutenue par la seule Turquie. L'article 159 de cette loi fondamentale dénie à la requérante le droit de jouissance sur ses biens obtenus avant la proclamation de l'État de la RTCN[1987]. Apprécier ainsi la validité de cet acte ne reviendrait-il pas à reconnaître la qualité d'État ?

Il est bien connu que la Constitution est l'acte fondant l'ordre juridique étatique. Ainsi l'apprécier au regard du droit de la Convention reviendrait à reconnaître la qualité d'État de la RTCN. C'est pourquoi, en se fondant sur le droit international[1988], le juge de Strasbourg refuse de reconnaître à la RTCN la qualité d'État et d'attribuer une valeur juridique à la Constitution qui y est promulguée le 7 mai 1985. Pourtant, il est clair dans le cas d'espèce, comme en attestent les faits[1989], que les autorités de la RTCN exercent effectivement sur le terrain, les compétences matérielles étatiques et que la République de Chypre n'a aucune emprise sur cette partie du territoire. La Cour se fonde en définitive sur l'absence de reconnaissance de la Communauté internationale au détriment de la règle de l'effectivité.

Mais, la Cour tient à préciser qu'elle n'énonce pas en invalidant l'acte litigieux, « *une théorie générale sur la légalité des actes législatifs et administratifs de la RTCN* »[1990]. Elle ouvre ainsi une brèche, qui à terme est sans doute, une porte ouverte à la reconnaissance d'une certaine effectivité des autorités de la RTCN, même si on continue à leur dénier la qualité d'État *in abstracto*. Ainsi, cette brèche peut être interprétée comme suit : même si la RTCN n'est pas un État *in abstracto* (reconnu par la communauté internationale), en adoptant des actes législatifs et

---

[1987] L'article 159 est rédigé comme suit : « *Tous les biens immobiliers, bâtiments et installations qui furent trouvés abandonnés le 13 février 1975 lorsque fut proclamé l'Etat fédéré turc de Chypre ou qui furent considérés par la loi comme abandonnés ou sans propriétaire postérieurement à la date susmentionnée, ou qui auraient dus être en la possession ou sous le contrôle de l'Etat même si leur appartenance n'avait pas encore été déterminée (...) et (...) situés dans les limites de la RTCN au 15 novembre 1983, seront propriété de la RTCN. nonobstant le fait qu'ils ne soient pas enregistrés comme tels au bureau du cadastre; et celui-ci sera modifié en conséquence* » (source point 18 de l'arrêt).

[1988] La Cour se réfère à la Résolution 541 (1983) du Conseil de sécurité des Nations unies déclarant juridiquement invalide la proclamation de l'institution de la "RTCN" et exhortant tous les États à ne pas reconnaître d'autre Etat cypriote que la République de Chypre ainsi que des positions du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (voir, point 42 de l'arrêt).

[1989] C'est l'application de la constitution de la RTCN par les autorités de la RTCN qui a empêché la requérante de jouir de son droit de propriété.

[1990] Point 45 de l'arrêt.

administratifs qui violeraient les droits protégés par la Convention, l'entité devrait être considérée comme un « État fonctionnel », parce qu'elle adopte et exerce des actes de nature étatique (de façon autonome et pour son propre compte) violant la Convention. La brèche ouverte sera approfondie cinq ans plus tard dans l'affaire *Chypre c/ Turquie*.

Dans cette affaire[1991], la Cour réitère son refus de considérer la RTCN comme un État au regard de la pratique internationale, mais tout en reconnaissant une efficacité juridique des organes judiciaires de la RTCN[1992]. Voilà là, ce qui peut apparaître de prime abord comme une contradiction. En effet, c'est comme si la Cour affirmait que la RTCN n'est pas un État au regard de la pratique de reconnaissance internationale d'État, mais présente quand même les caractéristiques d'un État, du moins au sens fonctionnel du terme et non statutaire. La Cour fonde sa démarche sur l'avis de la CIJ sur *les conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*[1993]. Dans ce précédent, en refusant la légitimité de la présence des autorités étatiques en Namibie, la CIJ prend en compte néanmoins le fait que certains actes pris par l'autorité sud-africaine pourraient avoir des effets sur les populations et devraient être pris en compte[1994]. Là quand même, les contextes ne sont pas les mêmes : il s'agissait de décolonisation dans l'avis de la CIJ et de sécession dans l'arrêt de la Cour européenne. Quoi qu'il en soit, l'attitude de la Cour (reconnaître une certaine effectivité de l'autorité judiciaire de la RTCN, tout en niant sa qualité d'État) est justifiée par le souci de donner une portée maximale à la protection des droits garantis par la Convention. C'est ainsi que, « *sans mettre aucunement en doute les points de vue de la communauté*

[1991] Cour EDH 10 mai 2001, *Chypre c/ Turquie*, supra note 909.

[1992] Christiano D'ORSI, "les entités revendiquant la qualité d'Etat et non reconnues comme tel », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques, politiques et sociales*, vol. 84, n°3, 2006, p. 266.

[1993] CIJ, 21 juin 1971, *les conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, Rec. CIJ,* 1971, p. 16.

[1994] On note en effet au §125 de l'avis que : « *D'une manière générale, la non-reconnaissance de l'administration sud-africaine dans le territoire ne devrait pas avoir pour conséquence de priver le peuple namibien des avantages qu'il peut tirer de la coopération internationale. En particulier, alors que les mesures prises officiellement par le gouvernement sud-africain au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne après la cessation du mandat sont illégales ou nulles, cette nullité ne saurait s'étendre à des actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire* ».

internationale sur la création d'un État de la RTCN»[1995], la Cour ne saurait passer sous silence l'autorité de fait exercée par la RTCN et l'effectivité des voies de recours instituées par ladite entité. Selon la Cour, *« la reconnaissance du caractère effectif de ces organes à seule fin de protéger les droits des habitants de cette région ne confère, d'après la Cour et l'avis consultatif de la Cour internationale de justice, aucune légitimité à la RTCN* »[1996]. Ainsi on voit dans ce cas que la considération de la RTCN comme autorité étatique au sens fonctionnel du terme ne va pas jusqu'à les reconnaître comme autorités d'un État statutaire. La frontière est bien tranchée. La RTCN est considérée comme un État, uniquement pour les besoins de l'affaire, mais n'en est pas un *in abstracto*. Une solution contraire conduirait en l'espèce à une irrecevabilité de la requête et le mécanisme de protection juridictionnelle effective s'en trouverait affaibli. Le juge de Strasbourg cherche à éviter la mise en place de *no mans land* juridique.

La Cour ira plus loin dans l'affaire *Demopoumos*[1997] en 2010. Dans cette décision, tout en continuant à nier la qualité d'État de la RTCN, le juge de Strasbourg a ouvert la voie à une reconnaissance de la commission d'indemnisation turque fondée en 2003 par la RTCN[1998]. En effet, elle a considéré que cette commission constituait une voie de recours interne et s'imposait donc comme condition préalable à tout recours. Et, à la Cour d'ajouter qu' « *accepter la réalité fonctionnelle de ce recours* » ne revient pas à dire que la RTCN exerce une souveraineté internationale[1999]. De ce point de vue, la Cour soutient que pour des raisons fonctionnelles, la reconnaissance d'une certaine effectivité gouvernementale dans la partie Nord de Chypre ne va pas jusqu'à la reconnaissance de la qualité étatique à cette entité. Néanmoins, force est de constater qu'apprécier la règle de l'épuisement

---

[1995] Point 90 de l'arrêt.

[1996] *Idem*.

[1997] Cour EDH, 1er mars 2010, *Demopoulos et autres c/ Turquie*, req. N° 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04.

[1998] Le 30 juin 2003 « le Parlement de la RTCN » adopta « la loi sur l'indemnisation relative aux biens immobiliers situés à l'intérieur des frontières de la République turque de Chypre du Nord » (n° 49/2003) qui entra en vigueur le même jour. Le 30 juillet 2003, en vertu de l'article 11 de cette « loi », une « commission chargée des biens immobiliers, du recensement, de l'évaluation et de l'indemnisation » fut créée au sein de la RTCN. Le règlement de cette commission fut publié au « Journal Officiel de la RTCN » le 15 août 2003, et cet organe fut constitué en vertu d'une décision du « Conseil des ministres de la RTCN »publiée au Journal officiel à la date du 18 août 2003. Voir aussi Cour EDH, *Xenidis-Arestis c. Turquie*, req. n° 46347/99.

[1999] § 89 de l'arrêt.

des voies de recours interne par une entité qui n'est pas reconnue comme État, c'est considéré du moins pour les besoins de l'affaire en cause, cette entité comme État. Cette solution pragmatique permet d'éviter que la RTCN soit une zone de non-droit dans laquelle la Convention serait une lettre morte.

Ainsi, à travers ces trois affaires, la Cour de Strasbourg considère la notion d'État comme un outil dynamique au service de la protection des droits et libertés garantis par la Convention. La caution de l'hypothèse de l'État fonctionnel *de facto* par la Cour témoigne de la considération des exigences d'efficacité de protection au détriment de la protection pure et simple de la souveraineté des États comme c'est le cas en droit international classique.

Conclusion du Titre

Si la notion d'État peut se définir à travers sa fonction d'intégration en droit de l'U.E, sa fonction de protection de la souveraineté en droit international, elle ne se définit en droit de la Convention EDH que par sa fonction de protection de l'individu. Cette dernière est en effet l'objectif cardinal du système, et fidèle à l'approche fonctionnelle, le juge de Strasbourg l'utilise comme point de repère pour l'interprétation des outils conceptuels du système. C'est ainsi que la notion d'État est en premier lieu appréhendée comme un cadre structurel de jouissance des droits fondamentaux. Par là, le droit de la Convention dégage une orientation axiologique de l'État en ce qu'il vise des institutions et des activités de qualité, répondant aux exigences de prééminence du droit et de démocratie. Une fois la notion d'État définie comme outil axiologique au service de la protection de l'individu, le juge de Strasbourg s'intéresse à une autre facette : celle de la notion d'État confrontée à l'application concrète des droits garantis par la Convention. À ce niveau, la notion d'État est définie comme un outil pragmatique de protection des droits et libertés garantis dans la Convention. C'est à ce titre que la notion d'État renvoie tantôt à un ensemble d'organes monolithiques ou d'activités de puissance publique, tantôt à un cercle restreint d'autorité. Mieux, la Cour va parfois plus loin en évoquant l'idée d'« État fonctionnel » qui vient se superposer à celle d'« État statutaire ». Tout compte fait, ce qui compte pour le juge, c'est la fonction de protection de l'individu qui lui permet de définir l'État dans une perspective fonctionnelle. Au-delà de la variabilité du contenu, la fonction reste donc invariante. C'est de la sorte que le droit de la Convention EDH se dote d'une notion autonome d'État différente de celle développée en droit de l'Union ou encore en droit international.

Conclusion générale

L'étude de la notion fonctionnelle d'État en droit international et en droit européen s'est avérée aussi riche et aussi complexe qu'envisagé *ab initio*. À l'épilogue de cette thèse, il convient de rappeler les différents résultats auxquels la recherche a abouti.

Partant de l'intuition que la notion d'État en droit international et en droit européen fait apparaître des éléments tellement épars et désordonnés, on a pu démontrer que cette intuition de départ se reflète très bien dans la réalité. Elle devient donc un constat. En effet, d'une branche à l'autre, on se rend compte que les ordres juridiques étudiés offrent une vision polymorphe de la notion d'État, ou pour reprendre les termes de M. Forteau, « *une figure à géométrie variable* ». En explorant les règles d'imputation, les règles de rattachement et les règles d'expression de la volonté de l'État, force est de constater que la notion d'État peut être appréhendée du point de vue organique, du point de vue matériel et du point de vue factuel. Du point de vue organique, l'État est un ensemble d'autorités ayant ce statut d'après le droit interne. Du point de vue matériel, la notion renvoie à un ensemble d'activités liées à l'exercice de l'*impérium* (prérogatives de puissance publique, intérêts généraux). Du point de vue factuel, il s'agit de toute entité, qui sans être statutairement un État, est sous le contrôle d'un État. Ces différents points de vue renseignent déjà sur la variabilité consécutive à la notion d'État. Mieux, si nous prenons chaque critère (organique, matériel, factuel), on se rend compte que la notion d'État y présente diverses figures. Par exemple, en l'abordant sous l'angle organique, le périmètre de la notion d'État n'est pas statique. Il change d'une branche à l'autre. C'est le cas, lorsqu'on confronte le contentieux des manquements et le contentieux de la légalité des actes de l'Union en droit de l'UE. Dans le premier cas, afin de garantir l'efficacité du droit de l'Union, le périmètre organique de la notion d'État est très large, incluant autorités centrales, autorités indépendantes, collectivités territoriales, organismes publics, etc. Dans le second cas, afin de garantir l'équilibre institutionnel voulu par les traités, seules les autorités centrales sont considérées comme composante organique de la notion d'État. Si nous prenons la dimension matérielle, là aussi, il convient de remarquer que la notion d'État y est interprétée soit extensivement, soit restrictivement. Le contentieux de la

responsabilité internationale offre à cet effet une vision matérielle large de la notion d'État, tandis que le contentieux de l'UE relatif à l'application des dérogations aux libertés de circulation milite en faveur d'une interprétation restrictive. Dans sa dimension factuelle également, alors que la Cour EDH, le TPIY et la CPI interprètent extensivement la notion d'État à travers le critère du contrôle global, la CIJ, de son côté, adopte une interprétation restrictive fondée sur le critère de la totale dépendance. La démonstration de la variabilité nous permet d'arriver à une première conclusion : la notion d'État en droit international et en droit européen est une notion fonctionnelle et non une notion conceptuelle. Rappelons-le, Vedel évoquait la différence entre ces deux types de notion. En effet, la notion d'État nous paraît appartenir à cette espèce de catégories juridiques dont l'unité est plus fonctionnelle que conceptuelle. Toutes les branches du droit, et particulièrement le droit international et le droit européen, possèdent ou ont possédé des catégories que l'on est en peine de définir logiquement. En tant que concepts, elles sont vagues, contradictoires et sans unité. Un logicien est tenté de leur dénier tout droit à l'existence. Pourtant, si on les envisage non au point de vue de leur pur contenu logique, mais à celui de la fonction qu'elles jouent, on s'aperçoit que leur unité est réelle. Elles permettent au juge de résoudre un certain nombre de problèmes du même type au jour le jour, tout en réservant l'avenir. Elles ne sont pas un pur mot, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler ; mais elles constituent des notions "ouvertes", prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur.

Ainsi, s'arrêter à la conclusion selon laquelle la notion d'État est une notion fonctionnelle, parce que contingente, c'est s'arrêter là où le problème commence à devenir intéressant. Au-delà de cette variabilité, il convient de rechercher l'unité fonctionnelle de la notion d'État. On en vient, dès lors, à une seconde conclusion : la fonction singulière de la notion d'État est sa propension à être un outil au service des nécessités systémiques de l'ordre juridique international et européen. La notion d'État est en effet mobilisée pour servir un objectif particulier, ce qui rend concevable sa géométrie variable. À cet égard, la notion d'État peut, en droit de l'Union européenne, être conçue comme un outil d'intégration. Elle est en droit international, un outil de protection de la souveraineté et en droit de la Convention EDH, un outil de protection de l'individu. Chaque branche présente sa particularité existentielle qui constitue le *leitmotiv* de l'interprétation de la notion d'État. Au final, tout est lié à la méthode d'interprétation mise en avant par le juge. Le juge de l'Union, se fondant sur

une méthode d'interprétation téléologique, en arrive toujours à une notion d'État au service de l'objectif cardinal de l'Union qui est l'intégration. Le juge international privilégie l'interprétation se fondant sur l'intention des parties, ce qui lui permet d'ériger une notion d'État protectrice de la souveraineté et donc, de la stabilité des relations internationales. La Cour de Strasbourg quant à elle se fonde sur sa technique de mise en place de notions autonomes, pour se doter d'une notion propre d'État devant servir l'objectif principal de la Convention qu'est la protection effective et efficace des droits qu'elle garantit.

Ainsi, notre thèse s'est évertuée à faire ressortir l'unité dans la variabilité. Elle comporte toutefois en filigrane une proposition théorique, celle de « l'État fonctionnel ». Par « État fonctionnel », nous entendons toute entité qui n'est pas statutairement un État, mais qui néanmoins exerce pleinement et entièrement des fonctions de nature étatique, et ceci de façon autonome. On vise par-là certaines entités fédérées (comme celles de la Belgique et le Québec) et certaines entités sécessionnistes (comme la RTCN) ou des groupes terroristes (comme l'État islamique). La théorie de « l'État fonctionnel » ne va pas jusqu'à postuler la reconnaissance de la qualité d'État à ces entités, mais seulement de les considérer comme tel, de façon ponctuelle, afin de permettre une application effective et efficace de la norme internationale et/ou européenne.

BIBLIOGRAPHIE

(La bibliographie contient certaines références qui, sans apparaître en note de bas de page, ont été utilisées).

I. Ouvrages, manuels et thèses
II. Ouvrages collectifs, actes de colloque, congrès et journées d'études
III. Recueil des Cours
IV. Articles
V. Jurisprudence
VI. Textes normatifs, rapports, études diverses.

I. Ouvrages généraux, traités et manuels
(Classement par ordre alphabétique des auteurs)

ALLAIS Maurice, *Erreurs et impasses de la construction européenne*, Paris, *Collection Juglar*, 1992, 122 p.

ALLAND Denis, *Droit international public*, Paris, *PUF*, 2016, 3é éd., 312 p.

ALLAND Denis, *Anzilotti et le droit international public. Un essai*, Paris, *Pedone*, 196 p.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, FINES Francette, et GAUDIN Hélène, *Les grands arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne*, tome 1, Paris, *Dalloz*, 2014, 1004 p.

ANZILOTTI Dionisio, *Cours de droit international public*, Paris, *Sirey,* 1929, 513 p.

AUBY Jean Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, *LGDJ,* 2e édition, 2010, 264 p.

BACHELARD Georges, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, *Librairie Philosophique J. Vrin*, 1993, 15e tirage, 256 p.

BAL Lider, *Le mythe de la souveraineté en droit international : la souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international,* Thèse, *Université de Strasbourg*, 2012, 691 p.

BANKAS Ernest Kwasi, *The State immunity controversy in International Law: private suits against Sovereign States in Domestic Courts*, New York, *Springer*, 2005, 541 p.

BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, *PUF*, 1994, 512 p.

BEAUD Olivier, *Théorie de la fédération*, Paris, *PUF*, 2009, 447 p.

BERENZ Philippe, *La notion de juridiction de l'État dans le contentieux européen des droits de l'homme : essai sur la délimitation spatiale de la Convention européenne*

des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Lille, *Atelier national de reproduction des thèses*, 2012, 541 p.

BLUMMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, *Lexis Nexis*, 2016, 6e éd, 863 p.

BODIN Jean, *Les Six Livres de la République*, *Corpus des œuvres philosophiques en langue française*, Paris, *Fayard*, 1986, vol. 1, 222 p.

BOULOUIS Jean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, *Montchrestien*, 6e éd., 1997, 408 p.

BOULOUIS Jean et CHEVALIER Roger Michel, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, tome 2, Paris, *Dalloz*, 2002, 5e éd., 570 p.

BRILLAT Manuela, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre droits européens*, Clermont-Ferrand, *Collection des thèses*, 2015, 512 p.

BRISSON Jean François, *Le recours pour excès de pouvoir : tendances récentes du contentieux administratif*, Paris, *Ellipses,* 2004, 144 p.

BRUNET Pierre, *Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Bruxelles, *Bruylant*, 2004, 396 p.

BURDEAU Georges, *L'État*, Paris, *édition du Seuil*, 1970, 191 p.

CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français (*réédition présentée par Éric Maulin), Paris, *Dalloz*, 2004, 638 p.

CARREAU Dominique, *Droit international*, Paris, *Pedone*, 2012, 11e édition, 733 p.

CARREAU Dominique, *Droit international économique*, Paris, *Dalloz*, 2013, 5e édition, 802 p.

CASSIA Paul, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de légalité des actes communautaires*, *Nouvelle Bibliothèque des Thèses*, Paris, *Dalloz*, 2002, 1045 p.

CASTOR Catherine, *Le principe de démocratie dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles *Bruylant*, 2011, 552 p.

CAZET Safia, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, 675 p.

CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français : recherche sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, *LGDJ*, 2000, 606 p.

CHARVIN Robert, *L'investissement international et le droit au développement*, Paris, *L'hramattan*, 2002, 203 p.

CHEVALLIER Jacques, *L'État*, Paris, *Dalloz*, 2e édition, 2011, 117 p.

CHRISTAKIS Théodore*, Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, *Documentation française*, 1999, 676 p.

COLAVITTI Romélien, *Le statut des collectivités infra-étatiques européennes : entre organe et sujet,* Bruxelles, *Bruylant*, 2015, 805 p.

COLOMBINE Madeleine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, *Nouvelle Bibliothèque des Thèses*, *Dalloz*, 2014, 572 p.

COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, Paris, *Montchrestien*, 2012, 10e édition, 820 p.

CORTEN Olivier, *L'utilisation du raisonnable par le juge international : discours juridiques, raison et contradictions*, Bruxelles, *Bruylant*, 1997, 696 p.

CORTEN Olivier, *Démembrements d'États et délimitations territoriales : l'uti possidetis juris en question (s)*, Bruxelles, *Bruylant*, 1999, 455 p.

CORTEN Olivier, *Le discours du droit international : pour un positivisme critique*, Paris, *Pedone*, 2009, 350 p.

CORTEN Olivier, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, *Bruylant*, 2009, 291 p.

CORTEN Olivier, *Le droit contre la guerre : l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, *Pedone*, 2014, 2e édition, 932 p.

COUVEINHES-MATSUMOTO Florian, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, *Bruylant*, 2014, 692 p.

CRAWFORD James, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État,* Paris, *Pedone*, 2003, 214 p.

D'ASPREMONT Jean*, L'État non démocratique en droit international. Étude critique du droit international positif et de la pratique contemporaine*, Paris, *Pedone*, 2008, 375 p.

DENIZEAU Charlotte, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, *LGDJ,* 2004, 684 p.

DERO Delphine*, La réciprocité et le droit des Communautés et de l'Union européenne,* Bruxelles*, Bruylant,* 2006, 571 p.

DISTEFANO Giovanni, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris, *Pedone*, 2002, 585 p.

DONNAT Francis, *Contentieux communautaire de l'annulation*, coll. Systèmes, Paris, *LGDJ*, 2008, 258 p.

DONOT Maurice, *De la responsabilité de l'État fédéral à raison des actes des États particuliers*, Paris, *Pedone*, 1912.

DUBOS Olivier *Les juridictions nationales, juge communautaire* : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne, *Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses »*, *Dalloz*, 2001, 1015 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État. Éléments, fonctions et organes de l'État*, t.2, 1928, Paris, *éd. Broccard*, ch. III, 916 p.

DUPUIS Georges, *Les privilèges de l'administration*, *thèse*, 1962, 1298 p.

DUPUY Pierre Marie., *Droit international public*, Paris, *Dalloz*, 2012, 11e édition, 916 p.

FERRY Jean Marc, *La question de l'État européen*, *Gallimard,* NRF Essais, 2000, 322 p.

FISCHER Christophe, *La responsabilité internationale de l'État pour le comportement ultra vires de ses organes*, Thèse, Université Lausanne, *Chabloz*, 1993, 674 p.

FLEURY-GRAFF Thibaut, *État et territoire en droit international : l'exemple de la construction du territoire des États-Unis (1789-1917)*, Paris, *Pedone*, 2013, 527 p.

FORTSAKIS Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, *LGDJ*, *coll. Bibliothèque de droit public*, t. 152, 1987, 542 p.

FOURNIE François, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Paris, *LGDJ*, 2005, 656 p.

FORTEAU Mathias, *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l'État*, Paris, *Pedone*, 2006, 699 p.

GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif* , Paris, *LGDJ,* t. 108, 1972, 321 p.

GAUTIER Catherine, PLATON Sébastien, SZYMCZACK David, *Droit européen des droits de l'homme*, *Sirey*, 2017, 518 p.

GAUTIER Marie, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, *PUF*, 2010, 250 p.

GAUTRON Jean Claude., *Droit européen*, Paris, *Dalloz*, 2011, 13e édition, 346 p.

GOBERT Didier, *La régulation des professions libérales par le droit de l'Union européenne*, Thèse soutenue le 6 juillet 2011, *Université Picardie Jules Verne*, 514 p.

HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, Paris, *Dalloz*, 2010, 734 p.

HUESA VINAIXA, Rosario *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, *Bruylant*, 2006, 280 p.

ISAAC Guy et BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, *Sirey*, 2012, 10e éd., 790 p.

JELLINEK Georges, *L'État moderne et son droit*, t.2, *coll. Les introuvables*, Paris, *éd. Panthéon Assas*, 2005, 574 p.

JOUANNET Emmanuelle, *Qu'est-ce qu'une société international juste?*, Paris, *Pedone*, 2011, 306 p.

KALINOWSKI Georges, *Introduction à la logique juridique, Éléments de sémantique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, *L.G.D.J.*, 1965, 980 p.

KAMTO Maurice, *L'agression en droit international*, Paris, *Pedone*, 2010, 464 p.

KYRIAKOPOLOUS Georges D., *Les actes unilatéraux des États: essai sur la théorie et la pratique internationale*, Bruxelles, *Bruylant*, 2008, 149 p.

LANKARANI Leila, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, *Bruylant*, 2001, 572 p.

LEJEUNE Yves, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, Paris, *LGDJ,* 1994, 503 p.

LESAFFRE Hubert, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, *LGDJ,* 2007, 614 p.

LEVRAT Nicolas, *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques*, Paris, *PUF*, 1994, p. 5 et ss

LEVRAT Nicolas, *L'Europe et ses collectivités territoriales : réflexions sur l'organisation et l'exercice du pouvoir territorial dans un monde globalisé*, Bruxelles, *PIE-Peter Lang*, 2005, 304 p.

LOQUIN Eric, *l'arbitrage du commerce international*, Issy-Les-Moulinex, *Lextenso*, 2015, 460 p.

MALO Laurent, *Autonomie locale et Union européenne*, Bruxelles, *Bruylant*, 2010, 719 p.

MICHEAU Claire., *Droit des aides d'État et des subventions en fiscalité : droit de l'Union européenne et droit de l'OMC*, Bruxelles, *Larcier*, 2013, 266 p.

MOMMEJA André, *De l'influence de la forme fédérale dans les relations de droit international*, Bordeaux, *Cadoret*, 1910, 619 p.

OST François et VAN DE KERCHOVE, Michel, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, *Facultés universitaires Saint Louis*, 2002, 596 p.

PAQUIN Stéphane, *La paradiplomatie identitaire en Catalogne*, Québec, *Presses de l'Université Laval*, 2003, 132 p.

PAQUIN Stéphane, *Paradiplomatie et relations internationales*. *Théorie des stratégies internationales des régions face à la mondialisation*, New York, *Peter Lang*, 2004, 189 p.

PATRY André, *La capacité internationale des États: l'exercice du jus tractatuum*, Sillery, *Presses de l'Université du Québec*, 1983, 78 p.

PELLET Alain, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, *Pedone*, 2014, 364 p.

PESCATORE Pierre, *Compétence et pouvoir dans les Communautés européennes*, Paris, *LGDJ,* 1974, 512 p.

PESCATORE Pierre, *L'ordre juridique des Communautés européennes : étude des sources du droit communautaire*, *Presse Universitaire de Liège*, 1975, 3e éd., 554 p.

PETTITI Louis Edmond, DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre Henri, *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, *Economica*, 1999, 2e éd, 1230 p.

PINGEL Isabelle, *Les immunités de l'État en droit international*, Bruxelles, *Bruylant*, 1997, 442 p.

QUOC DINH Nguyen, *Droit international public*, Paris, *LGDJ*, 2009, 8e édition, 1709 p.

RABARDEL Pierre, *Ergonomie, concepts et méthodes*, Paris, *Octarès*, 1998, 178 p.

REYMOND, José, *L'attribution de comportements d'organes de facto et d'agents de l'État en droit international : étude sur la responsabilité internationale des États*, Zürich : *Schulthess*, 2013, 282 p.

RACLET Arnaud, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris, *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, *Dalloz*, 2002, 547 p.

RITLENG Dominique, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes,* Thèse de doctorat, *Université de Strasbourg III*, 1998, 725 p.

ROUSSET Michel, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, *Dalloz*, 1960, 819 p.

SADOWSKI Marilyne, *Droit de l'OMC, droit de l'Union européenne et fiscalité directe*, Bruxelles, *Larcier*, 2013, 613 p.

SALMON Jean, *Droit international et argumentation*, Bruxelles, *Bruylant*, 2014, 497 p.

SCANDAMIS Nikos, *L'État dans la communauté européenne* (en grec), Athènes, éd. *A.N. Sakkoulas*, 1986, 334 p.

SCANDAMIS Nikos, *Le paradigme de la gouvernance européenne : entre souveraineté et marché*, Bruxelles, *Bruylant*, 2009, 230 p.

SCHAUS Annemie, *L'exécution des obligations internationales dans l'État fédéral*, *Thèse Université Libre de Bruxelles*, 2001, 553 p.

SHAW Malcom Nathan, *International Law*, Cambridge (R.-U.), *Cambridge University Press*, 7e éd., 2014, 981 p.

SIBONY Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, *LGDJ*, 2008, 883 p.

SIMON Denys, *L'interprétation judiciaire des traités constitutifs d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, *Pedone*, 1981, 936 p.

SUDRE Fréderic, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, *PUF*, 2015, 12e édition, 967 p.

SUDRE, Fréderic, MARGUENAUD, Jean Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Thémis droit*, Paris, *PUF,* 2007, 4e éd , n° 22, 816 p.

TALMON Stefan, *La non-reconnaissance collective des États illégaux,* Paris, *Pedone*, 2007, 115 p.

VAN STEENBERGHE Raphael, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, *Larcier*, 2012, 608 p.

VERHOEVEN Joe*, La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine : les relations publiques internationales,* Paris*, Pedone,* 1975, 861 p.

WAELBROECK Michel, *Droit international, intégration européenne et libres marchés: études de droit communautaire européen* 1965-2008, Bruxelles, *Bruylant*, 2011, 649 p.

WYLER Éric, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État : une approche épistémologique du droit international,* Bruxelles, *Bruylant*, 2013, 380 p.

Anglophone

BUNSE Simone, *Small States and EU governance: leadership throught the Council presidency, Basingstoke,* 2009, 290 p.

BERNIER Ivan, *International Legal Aspects of Federalism*, Londres, *Longman*, 1973, 208 p.

CAMILLERI Joseph and FALK Jim, *The end of sovereignty ? The politics of a shrinking and fragmenting world*, *Aldershot*, 1992, 312 p.

CLOOTS Elke, *National identity in European Union*, Oxford, *Oxford University Press*, 2015, 372 p.

CRAWFORD James, *The creation of States in International Law*, New York, *Oxford University Press*, 2006, 870 p.

CRAWFORD James, *The law of international responsibility*, New York, *Oxford University Press*, 2010, 1296 p.

CRYER Robert, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2014, 477 p.

CYR Hugo, *Canadian Federalism and Treaty Power: organic constitutionalism at work*, Bruxelles, *Peter Lang*, 2009, 305 p.

DICEY Albert Venn, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Londres, *MacMillan*, 1959, 10e éd. 584 p.

FOX Hazel, *The law of State immunity*, *Oxford University Press*, 2002, 572 p.

JACKSON, Robert, *Quasi-states: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 1990, 419 p.

JOUANNET Emmanuelle, *A short introduction of International Law*, Cambridge, *Cambridge University Press,* 2014, 126 p.

KLEIN Robert A. Sovereign equality among States: the history of an idea , Toronto, *University of Toronto Press*, 1974, 198 p.

KLEINBERG Remonda Bensabat, *The politics of international trade regulation in the developing world: law and policy of ''preferential'' treatment in the governance of world trade*, Durham, *Carolina Academy Press*, 2011, 203 p.

KOSKENNIEMI Martti, *From apology to utopia. The structure of international legal argument*, *Cambridge University Press*, 2005, 2e éd., 683 p.

LOUGHLIN Martin, *Swords and Scales: an examination of the relationship between law and politics*, *Hart Publishing,* 2000, 254 p.

MICHELMANN Hans and SOLDATOS Panayotis, *Federalism and International Relations: the Role of Subnational Units*, Oxford, *Clarendon Press*, 1990, 322 p.

MILANOVIC Marco, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, *Oxford University Press*, 2011, 276 p.

NASROLAHI-FARD Shahrad, *Reciprocity in International Law: its impacts and function*, New York, *Taylor and Francis Group*, 2016, 177 p.

NOLT James H., *International political economy: the business of war and peace*, London, *Routledge*, 2015, 238 p.

SAGANEK Perzemyslaw, *Unilateral acts of States in Public international law*, Leiden, *Brill Nijhoff*, 2016, 662 p.

SAN-AKCA Belgin, ‘‘States in disguise: causes of state support for rebel groups’’, New York, *Oxford University Press*, 2016, 292 p.

TAMANAHA Brian, *On the Rule of Law: History, Politics and Theory*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2004, 190 p.

WEATHERALL Thomas, *Jus cogens: International Law and social contract*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2015, 509 p.

WHITE Gillian Mary, *International economic law and developing States: some aspects*, London, *International Economic Law series,* 1998, vol. 1, 148 p.

WILDHABER Luzius, *Treaty-Making Power and Constitution. An International and comparative Study*, Bâle and Stuttgart, *Helbing & Lichtenhahn*, 1971, 412 p.

II. Ouvrages collectifs et Actes de colloque

Francophone

ALLAND Denis (*dir.*), *Unité et diversité du droit international, Ecrits en l’honneur de Pierre-Marie Dupuy*, Leiden/Boston, *Martinus Nijhoff Publisher*, 2014, 1007 p.

ARNAUD, André Jean (*dir.*), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., *LGDJ*, 1993, 758 p.

AUBY Jean Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline (*dirs*.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, *Bruylant*, 2007, 1122 p.

BACO Paul et GESLIN Albane (*dirs.) Insularité et sécurité : l'île entre sécurité et conflictualité*, Bruxelles, *Bruylant*, 2014, 284 p.

BARBATO Jean Christophe et MOUTON Jean Denis (*dirs*.), *Vers la reconnaissance des droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles*, Bruylant,* 2010, 332 p.

BEDJAOUI, Mohammed (*dir*.) *Droit international: bilan et perspectives*, Paris, *Pedone*, 1991, 1361 p.

BELLIARD Edwige (*dir*.), *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : mélanges en l'honneur de Jean Pierre Puissochet*, Paris, *Pedone*, 2008, 331 p.

BERROD Frédérique (*dir.), Europe(s), droit (s) européen (s) : une passion d'universitaire, Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, *Bruylant,* 934 p.

BLUMMAN Claude (*dir*.), *Le droit de l'Union européenne en principes : Liber Amicorum J. Raux*, Rennes, *éd. Apogée*, 2006, 830 p.

BOSSE-PLATIERE Isabelle (*dir*.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, *Bruylant*, 2014, 501 p.

BOURGOGUE LARSEN Laurence (*dir*.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris*, Pedone*, 2011, 168 p.

BREAU Susan (*dir*.), *La pratique des États concernant les immunités des États, Nijhoff*, 2006, 1043 p.

BRISSON Jean-François *(dir.), Les transferts de compétence de l'État aux collectivités locales, l'Harmattan,* 2009*,* 593 p.

CHAPAUX Vincent *(dir.), Le droit international et la question du Sahara occidental*, Porto, *IPJET*, 2009, 326 p.

CHETAIL Vincent (*dir.), Permanence er mutation du droit des conflits armés*, Bruxelles, *Bruylant*, 2013, 683 p.

CHRISTIAN Philip, Réalisations et défis de l'Union européenne, Droit-Politique-Économie, Mélanges en hommage au Professeur Panayotis Soldatos, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, 609 p.

CONSTANTINESCO Vlad (*dir.*), *Traité instituant la CEE, commentaire article par article*, Paris, *Economica,* 1992, 1648 p.

CORTEN, Olivier *(dir.), Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, *Bruylant*, 2006, 2965 p.

CORTEN Olivier (*dir.), Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, *Bruylant*, 2007, 1627 p.

COT Jean Pierre, PELLET Alain, et FOURTEAU Mathias (*dir.*), *La Charte des Nations unies : commentaire article par article*, Paris, *Economica*, 3e éd., 2005, 1072 p.

DELAS Olivier (*dir.*), *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruxelles, *Bruylant*, 2005, 184 p.

DI GORE Simmala (*dir.*), *Le principe de l'article 2 § 1 de la Charte des Nations unies entre théorie et pratique*, *LGDJ*, 2013, 208 p.

DUBOS Olivier et KAUFFMANN Pascal (*dirs.), L'Europe des services: l'approfondissement du marché intérieur*, Paris, *Pedone*, 2009, 140 p.

FINES Francette, GAUTHIER Cathérine et GAUTHIER Marie, (*dirs.*), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, *Pedone*, 2012, 286 p.

GARANT Pierre *(dir), Service public et Libertés*, *Mélanges R.-E. Charlier*, Paris, *éd. de l'université et de l'enseignement moderne*, 1981, 895 p.

GARCIA Thierry (*dir.*), *l'OMC et les sujets de droit, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2009*, Bruxelles, *Bruylant*, 2011, 309 p.

GAUDREAULT-DESBIENS Jean François et GELINAS Fabien (*dirs.*) *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville, *éd. Y. Blais*, 2005, 474 p.

GOVAERE Inge et HANF Dominic (*dirs.*), *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve : Lier amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, *P.I.E. Peter Lang*, 2013, 596 p.

GRARD Loïc *(dir.), les dynamiques du droit européen au début du XXIe siècle*, *Études en l'honneur de Jean Claude Gautron*, Paris, *Pedone*, 2004, 823 p.

GRARD Loïc et SAINTOURENS Bernard (*dirs*.), *La libre concurrence face aux juges*, Pessac, *Presse Universitaire de Bordeaux*, 2010, 223 p.

GROS André *(dir.), Le droit international : unité et diversité, Mélanges offerts à Paul Reuter,* Paris, *Pedone*, 1981, 584 p.

MKOHEN Marcelo Gustavo (*dir.*), *Perspectives du droit international au 21e siècle*, Leiden, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2012, 470 p.

KRONENBERGER Vincent (*dir.*), *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins : mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, *Bruylant*, 635 p.

LEBEN Charles, (*dir.*), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, *LGDJ,* 2006, 396 p.

MAYER Pierre (*dir.*), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Paris, *Lexis Nexis*, 2012, 184 p.

PICTET Jean (*dir.) Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*. Vol. III, 542 p.

POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine (*dir.*), *Vers une culture juridique européenne ?*, Paris, *Montchrestien*, 1998, 225 p.

RAIMBAULT Philippe et BIOY Xavier (*dirs*.), *La puissance publique à l'heure européenne,* paris, *Dalloz*, 2006, 237 p.

RUIZ FABRI Hélène et SOREL Jean Marc (*dirs*.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, *Pedone*, 2005, 266 p.

SALMON Jean (*dir.*), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles*, Bruylant*, 2001, 1198 p.

SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, colloque de Rennes, Paris, *Pedone*, 2006, 320 p.

SFDI, *L'État de droit en droit international*, colloque de Bruxelles, Paris, *Pedone*, 2009, 447 p.

SFDI, *L'État souverain à l'aube du XXIe siècle*, colloque de Nancy, Paris, *Pedone*, 1994, 504 p.

SFDI, *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris*, Pedone,* 2002, 208 p.

SFDI, *L'État dans la mondialisation*, colloque de Nancy, Paris, *Pedone*, 2013, 591 p.

SFDI, *Le Chef d'État et le droit international*, colloque de Clermont-Ferrand, Paris, *Pedone*, 2002, 300 p.

SIMON Denys (*dir.*), *Le contentieux de l'Union européenne. Carence, responsabilité*, t.2, coll. Axe Droit, Paris, *Lamy*, 2011, 512 p.

SUDRE Fréderic, MARGUENAUD Jean Pierre. (*dirs.*), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, *PUF*, 2011, 6e éd, 902 p.

TOMKIEWICZ Vincent (*dir.*), *OMC et responsabilité, Colloque de Nice des 23 et 24 juin 2011*, Paris, *Pedone*, 2014, 268 p.

TIZZANO Antonio (*dir.*), *La Cour de Justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015),* Bruxelles*, Bruylant,* 2015, 754 p.

TUSSEAU Guillaume (*dir.), Les notions juridiques. Journée d'étude de la promotion d'agrégation de droit public 2006*, Paris, *Economica*, 2009, 166 p.

VAN LANG Agathe et GONDOUIN Geneviève, *Dictionnaire de droit administratif*, *Dalloz-Sirey*, 5e éd., 2008, 353 p.

SIMON Denys *(dir.), Contentieux de l'Union européenne, Lamy*, 2011, 312 p.

Littérature anglophone

ALDECOA Francisco and KEATING, Michael, (*eds.), Paradiplomacy in Action: The Foreign Relations of Subnational Governments*, Londres (R.-U.), *Frank Cass*, 1999, 223 p.

BOISSON DE CHAZOURNE Laurence (*dir.), The international legal system in quest of equity and universality, Liber Amicorum Georges Abi-SAAB*, The Hague/London/Boston, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2001, 849 p.

BROWN Douglas Mitchell and FRY Earl (*eds.*), *States and Provinces in the International Economy*, California, Berkeley*, Institute of Governmental Studies Press*, 1993, 248 p.

BUFFARD Isabelle (*ed.*), *International Law between universalism and fragmentation: festschrift in honour of Gerhard Hafner*, Leiden; Boston, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2008, 1083 p.

CHERNISHOVA Olga *(ed.), Russia and the European Court of Human Rights : a decade of change: Essays in honor of Anatoly Kovler, Judge of the European Court of Human Rights in 1999-2012*, Oisterwijk, *Wolf Legal Publisher*, 2013, 157 p.

CHINKIN Christine and BEATENS Freya (*eds.*), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2015, 528 p.

EBESSON Jonas (*ed.), International Law and changing perceptions of security: liber amicorum Said Mahmoudi*, Leiden, *Brill Nijhoff*, 2014, 350 p.

FONTANELLI Filippo and MARTINICO Giuseppe (*eds.*), *Shaping rule of law through dialogue: international and supranational experiences*, Groninguen, *European Law Publisher*, 2010,

KOHEN Marcelo Gustavo (*ed.*), *Secession : International Law perspective*, New York, *Cambridge University Press*, 2006, 510 p.

DUCHACEK Ivo, LATOUCHE Daniel and STEVENSON Garth (*eds.*), *Perforated Sovereignties and International Relations: Trans-sovereign Contacts of Subnational Governments*, New York, *Greenwood Press*, 1988, 234 p.

FASSBENDER *Bernard, (ed.), Common values in International Law, Essays in Honour of Christian Tomuschat*, *NP Engels*, 2006, 563 p.

FASTENRATH Ulrich (*ed.*), *From bilateralism to community interest: essays in honor of Judge Brunno Simma*, Oxfrord, *Oxford University Press*, 2011, 1346 p.

HOOGHE Liesbet (*ed.*), *Cohesion Policy and European Integration: Building Multi-Level Governance*, Oxford, *Oxford University Press*, 1996, 458 p.

KOHEN Marcelo Gustavo (*ed.*), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, *Koninklijke Brill NV*, 2007, 1236 p.

KOHEN Marcelo Gustavo (*ed.*), *Secession: International Law perspective*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2006, 510 p.

KEATING Michael and LOUGHLIN John (*eds.*), *The Political Economy of Regionalism*, Londres (R.-U.), *Frank Cass*, 1997, 419 p.

KRESS Claus and BARRIGA Stefan (*eds.*), *The crime of agression: a commentary*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2017, 812 p.

LACHAPELLE Guy and PAQUIN Stéphane (*ed.*), *Mastering Globalization: New Sub-States' Governance and Strategies*, Londres (R.-U.), *Routledge*, 2005, 687 p.

PATTERSON Denis (*ed.*), *Philosophy of Law and legal theory*, Oxford, *Blackwe*l, 2003,602 p.

SCHILL Stephan W. (*ed.*), *International Investment Law and comparative public Law*, Oxford, *Oxford University Press*, 2010, 836 p.

TOMUSCHAT Christian (*ed.*)*, The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*, Leiden, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2006, 471 p.

WARBRICK Colin (*ed.*), *Towards an international legal community: the sovereignty of States and the sovereignty of international law*, London, *Blackwell*, 2006, 273 p.

III. Recueil des Cours de l'Académie de droit international

ABI-SAAB Georges, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987, vol. 207, pp. 9-463.

CAVAGLIERI Arrigo, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1929, vol.26, pp. 311-585.

Condorelli Luigi, « Imputation à l'État d'un fait internationalement illicite », *RCADI,* 1984, vol 189.

CORTEN Olivier, « La rébellion et le droit international : le principe de neutralité en tension », *RCADI*, 2014, t.374, pp.53-312.

CRAWFORD James, *Multilateral Rights and obligations in International Law*, *RCADI*, 2006, t. 319, pp. 325-482.

DUPUY Pierre Marie, « L'unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public », *RCADI*, 2002, vol. 297 pp. 9-489.

FERRARI Bravo Luigi « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États », *RCADI,* t. 192, 1985-III, pp. 233-329.

KAMTO Maurice, « La volonté de l'État en droit international », *RCADI*, 2010, tome 310, pp. 9-428.

KELSEN Hans, « *Théorie générale de droit international public »*, *RCADI*, vol. 42, 1932, pp. 117-352.

LAUTERPACHT Hersch, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités », *RCADI*, 1934, t. 48, pp. 709-846.

LEBEN Charles, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI,* 2003, t. 203, pp.197-386.

LUCHINNI Laurent, « l'État insulaire », *RCADI*, vol. 285, 2000, pp.251-392.

ROSENNE Shabtai, "The perplexities of modern international law", *RCADI*, vol. 291, 2001, pp. 9-471.

SCELLE Georges, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol.46, 1933, pp. 327-703.

SCHINDLER Dietrich, « The Different Types of Armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols», *R.C.A.D.I.*, vol. 163, 1979, pp.117-164.

SERINI Angelo Piero, « La représentation en droit international », *RCADI*, tome 73, 1948, pp.69-166.

WATTS Arthur “The Legal position in International Law of Head of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, *RCADI*, 1994-III, vol. 27, pp. 9-130.

IV. Articles

Francophone

ACHTOUK-SPIVAK Laurie, « Consentement à l’arbitrage et lois en matière d’investissement », *Les cahiers de l’arbitrage*, 2012, n°4, pp. 893-898.

ALBERTON Ghislaine, « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne », *RFDA,* 2003, pp. 1194-1213.

ALLAND Denis, « Les représentations de l’espace en droit international public», *in Le droit international*, *APD,* t. 32, 1987, pp. 163-178.

ALLAND Denis, « L’État sans qualité », *revue Droits*, n° 16, 1992, pp.5-25.

ALEMANNO Alberto, « Le principe d’ouverture en droit européen : d’un instrument de lutte contre l’opacité institutionnelle à un outil de démocratie participative », *RTDE*, 2012, n° 4, pp. 627-655.

ALOUPI Niki*,* « Les rapports entre droit international et droit de l'Union européenne : à propos du Chef de l’État membre au regard de l’arrêt Hongrie c/ République Slovaque du 16 octobre 2012 », *RGDIP,* 2013, n° 1, pp. 7-35.

ANZILOTI Dionisio, « Le concept moderne de l’État et le droit international public », *Droits*, 2014, vol. 58, pp.197-213.

ASCENSIO Hervé, « la responsabilité selon la CIJ dans l’affaire du génocide bosniaque », *RGDIP*, 2007-2, pp.285-303.

AUBERT Emmanuel, « *Les collectivités locales, quasi-sujet de droit communautaire ?* », *LPA*, n°72, pp. 3-6.

AUBERT Michel, « Chronique de jurisprudence de la CJUE : liberté d'établissement, autorité publique et notariat », *L'actualité juridique - Droit administratif*, 2011, pp. 1615-1617.

BACHOUE-PEDROUZO Géraldine, « Le chef d'État et l'accès au territoire étranger. Quelques précisions… », *JDI (Clunet),* 2014, n° 4, pp.1195-1217.

BEAUD Olivier, « La souveraineté dans la contribution à la théorie générale de l'État de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, pp.1251-1301.

BEAUD Olivier, « Nationalisation et souveraineté : la nationalisation comme acte de puissance publique », *LPA*, 24 novembre 1995, n° 141, pp. 8-13.

BEDJAOUI Mohammed, « L'égalité des États dans le procès international, un mythe ? », *in Le procès international : Liber amicorum Jean-Pierre COT*, Bruxelles, *Bruylant*, 2009, pp. 1-27.

BEHRENDT Christian, « La notion de 'parliamentary sovereignty' en droit constitutionnel anglais : fondements, paradoxes et problèmes contemporains », *RDIC*, 2002, pp. 221-289.

BENNOUNA Mohamed, « Le formalisme juridique, pour quoi faire ? », *L'observateur des Nations unies*, vol. 30, 2011-1, pp. 7-10.

BENOIT Francis Paul, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser : droit public*, Grenoble, *Presses universitaires de Grenoble,* 1995, p. 23-37.

BERLIN Dominique, « Le Président d'un État membre, un citoyen de l'Union un peu particulier »*, JCP G,* 2012, n° 43, pp. 1943-1943.

BERBARD Elsa, « la disticntion entre organisation de coopération et organisation d'intégration : l'Union européenne au carrefour des méthodes », *in* L. DUBIN et M-C RUNAVO *(dirs.), Le phénomène institutionnel dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Paris, *Pedone*, 2014, pp. 103-121.

BERNIER Ivan, « le GATT, et le problème du commerce d'État dans les pays à économie de marché ; le cas des monopoles provinciaux des alcools au Canada », *ACDI*, 1975, pp. 140-145.

BERROD Fabrice, « Aides (notion) », *Répertoire de droit européen*, *Dalloz*, janvier 2008 (mise à jour avril 2015).

BETTINI Romano, « efficacité », *in*, A. J. ARNAUD (*dir.*), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., *LGDJ*, 1993, pp. 219-220.

BIANCHI Andréa, « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international, *RGDIP,* 2004, pp.63-98.

BIOY Xavier, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », *in* G. TUSSEAU (*dir.), Les notions juridiques. Journée d'étude de la promotion d'agrégation de droit public 2006*, Paris, *Economica*, 2009, pp. 57-75.

BLANQUET Marc, « acceptation ou consécration d'un concept communautaire : la fidélité communautaire », *in* S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Paris, *Montchrestien*, 1998, pp. 145-158

BLUMANN Claude, « les collectivités territoriales face au droit de l'Union européenne : quelle responsabilité ? Rapport de synthèse », *Revue de l'Union Européenne*, 2015, n° 590, pp. 425-432.

BOLLECKER-STERN Brigitte, « L'affaire des essais nucléaires français devant la Cour Internationale de Justice », *AFDI,* pp. 299-233.

BOTHE Michael, « La lutte contre le terrorisme et la légitime défense: à propos des bombardements contre l'IS », *in Ombres et lumières du droit international, Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim*, Paris, *Pedone*, 2016, p. 137.

BROUSSY Emmanuelle, « entreprise publique-imputabilité à l'État de l'octroi d'une aide », *AJDA*, 2014, n°40, pp.2302-2303.

CALAIS-AULOY Marie Thérèse, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA*, 9 août 1999, n° 157, pp. 4-10.

CASSESSE Antonio, "on the use of criminal law notions in determining State responsibility for genocide: a follow-up", *JICJ*, 2007, pp. 876-877.

CASSIA Paul, « continuité et rupture dans le contentieux de la recevabilité du recours en annulation des particuliers », *RMCUE*, n° 461, 2002, p. 547-561.

BURDEAU Geneviève, « Les accords passés directement entre autorités administratives et organes publics de pays différents », *in Mélanges offerts à Paul Reuter, Le droit international : unité et diversité*, Paris, *Pedone*, 1981, pp. 103-126.

CAHIN Gérard, « l'État défaillant en droit international : quel régime pour quelle notion?», *in Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, *Bruylant*, 2007, pp. 177-210.

CANNIZZARO Enzo, « entités non-étatiques et régime international de l'emploi de la force: une étude sur le cas de la réaction israélienne au Liban », *RGDIP*, 2007, n° 2, pp.333-354.

CANEDOS-PARIS Marguerite, « la responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles », *LPA,* 2007, n° 157, pp.11-23.

CARLIER Jean Yves, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, 2013, pp. 103-114.

CARPENTIER Coralie-Mayeur, « Le statut des collectivités infra-étatiques devant les institutions de l'Union européenne », *RFDA*, 2010, pp. 1035-1054.

CASMAN Hélène, « Les arrêts du 24 mai 2011 et l'accès à la profession de notaire en Belgique », *Journal des tribunaux*, 2012, pp. 23-26.

CHAEVA Natalia, « Quel rideau de fer ? L'individu comme sujet médiat du droit international chez Serge Krylov et Dionisio Anzilotti », *in Les sujets*, Paris, *Pedone*, 2015, pp. 193-207

CHAPPEZ Jean, « Les micro-États et les Nations unies *»*, *AFDI,* 1971, vol.17, n° 1, pp. 541-551.

CHAUMONT Charles, « recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », *Mélanges Basdevant*, Paris, *Pedone*, 1960, pp. 114-151.

CHERIET-BENSEGHIR Souad, « L'application des conventions internationales : le contrôle du juge sur le respect de la condition de réciprocité », *RFDA*, 2010, pp. 1133-1156.

CHRISTAKIS Théodore, « L'État en tant que 'fait primaire' : réflexion sur la portée du principe d'effectivité », *in* M.-G. KOHEN (*dir.*), *Secession : International Law perspective*, *Cambridge University Press*, 2006, pp. 138-170.

CHRISTAKIS Théodore, « L'obligation de non-reconnaissance des situations créés par le recours illicite à la fore ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales », *in* C. TOMUSCHAT *(ed.), The fundamental rules of the international legal order : jus cogens and obligations erga omnes*, Leiden, *Nijhoff*, 2006, pp.127-166.

CHRISTAKIS Théodore, « l'État avant le droit ? L'exception de sécurité nationale en droit international », *RGDIP*, 2008, pp. 5-48.

COHEN-JONATHAN Gérard, « les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme : nouveaux aspects européens et internationaux », *RGDIP,* 1996, pp. 915-942.

COHEN-JONATHAN Gérard, « La Convention européenne des droits de l'homme et la volonté des États », *in, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques : études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg,* Bruxelles, *Bruylant*, 2000, pp. 161-186.

COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS, Jean François, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *AFDI,* vol. 55, 2010, pp. 765-780.

COMBACAU Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 47, 1993, pp. 52-68.

COMTOIS-DINEL Evelyne, « la fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *Lex electronica,* vol. 11, n° 2, automne 2006, pp. 1-22.

CONSTANTINESCO Vlad, « L'article 5 CEE : de la bonne foi à la loyauté communautaire », *in Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, *Nomos Verlagsgesellschaft, Badden-Baden*, 1987, pp. 63-89.

CONSTANTINESCO Vlad, « L'équilibre institutionnel dans la Constitution de l'Union européenne », *in Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, *Le droit de l'Union européenne en principes*, *éd. Apogée*, 2006, pp. 483-501.

CONSTANTINESCO Vlad, « La souveraineté dans l'Union européenne et dans ses États membres : retour sur une question qui divise », *in,* P. LANG (*dir.*), *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve : Lier amicorum Paul Demaret*, 2013, pp. 157-168.

CORTEN Olivier, « L'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c/ Serbie) : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité d'un État pour génocide », *AFDI*, 2007, vol. 53, pp. 249-279.

CORTEN Olivier, « L'interdiction du recours à la force dans les relations internationales est-elle opposables aux groupes terroristes » ?, *in*, R. BEN ACHOUR, (*dir.), Les acteurs non-étatiques et le droit international*, Paris, *Pedone*, 2007, p. 130.

CORTEN Olivier, « L'applicabilité de la problématique du droit de légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte des Nations unies aux relations entre la Palestine et l'Israel », *RBDI,* 2012, n° 1, pp.67-89.

COSTA Jean Paul, « L'État, le territoire et la Convention européenne des droits de l'homme », *in*, Marcelo-G. KOHEN (*dir.*), *Promoting Justice, human right and Conflict resolution through international law*, *liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, *Nijhoff*, 2007, pp.179-795.

COTE Charles-Emmanuel, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », *in*, Regards croisés sur le règlement des différends de l'OMC, Bruxelles, *Bruylant*, 2009, pp.33-67.

COTE Charles-Emmanuel, « De Genève à Doha : genèse et évolution du traitement spécial et différentié des pays en voie de développement dans le droit de l'OMC », *McGill Law Journal*, 2010, n° 1, pp. 115-176.

COTE Charles-Emmanuel, « sécurité économique et responsabilité de l'État au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce », *in Débordement sécuritaire*, Montréal, *éd.de l'Institut d'études internationales de Montréal,* 2012, pp.59-88.

COTE Charles-Emmanuel, « Les difficultés d'application du principe de l'unité de l'État fédéral dans le droit de la responsabilité de l'État : retour sur les livres d'André Mommeja et Maurice Donot », *RGDIP*, 2013, n° 4, pp. 769-794.

COTTE Bruno « *Sécurité et souveraineté* », *RFDA*, 2011, n° 6, pp. 1102-1106.

COULEE Frédérique, « Collectivités territoriales non étatiques et champ d'application des traités internationaux », *in* SFDI, *Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international* Paris*, Pedone,* 2002, pp. 95-124.

COUTRON Laurent, « Ultime conséquence de la conception unitaire de l'État en matière d'invocabilité des directives », *RTDE*, 2014-4, pp.903-904.

COUTRON Laurent, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives : du cartésianisme au pragmatisme », *RTDE*, 2015, n° 1, pp. 39-62.

CRAWFORD James, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États de la Commission du Droit International : évolutions ou bouleversements ? », *RGDIP*, 2000, vol. 104, n° 4, pp.911-938.

CRAWFORD, James, « les collectivités territoriales non étatiques et le droit de la responsabilité internationale», *in* colloque SFDI, *les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris*, Pedone,* 2002, pp. 157-168.

CROQUET Nicolas, « La responsabilité internationale de l'État du fait des particuliers et la notion d'organe de fait à la lumière de l'affaire Celebici : innovation ou continuité ? », *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, 2002, n° 43, pp. 43-83.

DAVID Éric, « La responsabilité des États fédéraux dans les relations internationales » *RBDI*, 1983, n° 1, pp. 483-504.

DAVID Éric, « portée et limite du principe de non-intervention », *RBDI*, 1990, vol.23, pp.350-367.

DAVID Éric, « l'arrêt de la CIJ en l'affaire de l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide », *RTDH,* 2008, n° 74, pp.573-593.

DAVID Éric, « Les collectivités territoriales et le droit communautaire », *JCP A* (Administrations et collectivités territoriales), n° 11, 2009, pp. 69-71.

DECAUX Emmanuel, *Le territoire des droits de l'homme*, *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, *Bruylant*, 1995, pp. 65-78.

DE CHAZOURNES Laurence Boisson et PERGANTIS Vassilis, « à propos de l'arrêt Behrami et Saramati : un jeu d'ombre et de lumière dans les relations entre l'ONU et les organisations régionales », *in* M.-G. KOHEN (*dir.*), *Perspectives du droit international au 21e siècle*, Leiden, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2012, pp. 193-223.

DE SALVIA Michelle, « Esquisse pour une approche axiologique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* O. CHERNISHOVA *(ed.), Russia and the European Court of Human Rights : Essays in honor of Anatoly Kovler, Judge of the European Court of Human Rights in 1999-2012*, Oisterwijk, *Wolf Legal Publisher*, 2013, pp. 61-75.

DECOUFLE André, « La clause fédérale dans les traités internationaux », *Revue de droit contemporain*, 1958, pp.81-92.

DEFALQUE Lucette, « Les arrêts du 24 mai 2011 et le droit d'établissement des notaires », *Journal des tribunaux,* 2012, n° 4, pp. 15-20.

DELAPLACE Édouard, « Note sous Cour EDH, 10 mai 2001, *Chypre c/ Turquie* », *J.D.I.*, 2002, n° 1, pp. 289-292.

DELAS Olivier, « Vingt ans de l'Union européenne : que reste-t-il du modèle communautaire d'intégration? », *RQDI*, 2012, pp. 5-20.

DELMAS-MARTY Mireille, « Principes d'attribution, de subsidiarité et d'identité nationale des États membres », *in* BOT Y., LEVITS E. et ROSAS A., *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haye, *TMC Asser Press*, 2013, pp. 17-54.

DE SCHUTTER Olivier, « Le tiers à l'instance devant la Cour de Justice de l'Union européenne », *in* H. RUIZ FABRI et J.-M SOREL (*dir.*), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, *Pedone*, 2005, p. 85-104.

DE SENA Pasquale, « juridiction étatique et imputation des violations extraterritoriales des droits de l'homme : quelques observations », in, D. ALLAND, V. DE FROUVILLE Olivier et VINUALES Jorge E. (*éds.*), *Unité et diversité du droit international, écrits en l'honneur du Professeur Pierre Marie Dupuy, Martinus Nijhoff Publishers*, 2014, pp. 785-801.

DISPERSYN Michel, « Un nouveau cadre pour la dimension sociale dans le système de préférences généralisées de la Communauté », *in, Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, *Bruylant*, 2005, pp. 153-179.

DUBEY Bernard, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », *Cahiers de droit européen*, 2003, vol. 39, pp. 87-133.

DUBOS Olivier, « Avis de tempête par temps calme : la Cour de Justice, le capitaine et a notion d'emploi dans l'administration publique », *JCP A*, 2003, 2052, pp. 1565-1569.

DUBOS Olivier, « L'Union européenne : sphinx ou énigme », *mélanges en l'honneur de Jean Claude Gautron*, Paris, *Pedone*, 2004, pp. 29-56.

DUBOS Olivier, « L'Union européenne est-elle une puissance publique ? », *in* P. Raimbault (*dir.*), *La puissance publique à l'heure européenne,* paris, *Dalloz*, 2006, pp. 54-76.

DUBOS Olivier, « La responsabilité des États membres de la Communauté du fait de leurs fonctionnaires », *Revue Lexbase édition publique*, n° 33, 2007.

DUBOS Olivier « L'après Lisbonne, les moyens du changement : à la recherche des temps futurs », *Europe*, 2008, n° 7, pp. 70-138.

DUBOS Olivier, « L'Union européenne et la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales : une tectonique à quatre dimensions », *in* J.-F. Brisson *(dir.), Les transferts de compétence de l'État aux collectivités locales, l'Harmattan,* 2009, pp. 293-313.

DUBOS Olivier, « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *in* E. NEFRAMI(*dir.*), *Objectifs et compétence dans l'Union européenne*, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, p. 293-314.

DUBOS Olivier, « Babel mise en abîme: l'UE et les langues minoritaires », *in, Europe (s), droit (s) européen (s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco,* Bruxelles*, Bruylant,* 2015, pp.145-162.

DUBOUIS Louis, « La notion d'emplois dans l'Administration publique (art. 48, § 4 Traité CEE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics », *RFDA,* 1987, pp. 949-961.

DUPRÉ Jean Paul et THEROUX Éric, «Les relations internationales du Québec dans le contexte du droit international», *RQDI,* 1989-90, vol. 6, n° 2, pp.145-151.

DUPUY Pierre Marie, « L'État et ses émanations dans le contentieux du droit international des investissements », *in Common values in International Law, Essays in Honour of Christian Tomuschat*, *NP Engels*, 2006, pp. 297-316.

DUPUY Pierre Marie, « crime sans châtiment ou mission accomplie ? », *RGDIP,* 2007, n°2 pp. 243-257.

DOPAGNE Fréderic, « Statut de chef de l'État et libre circulation dans l'Union européenne » *JDE*, 2013, pp. 10-12.

DRUESNE Garnier, « La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les “emplois dans l'administration publique” (sur un arrêt du 17 décembre 1980 de la Cour de justice des Communautés européennes) », *RTDE,* 1981, pp. 286-288.

FARTUNOVA Maria, « La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle : quelques réflexions sur les fondements de la construction européenne », *Cahiers de Droit Européen*, 2016, n° 1, pp. 193-219.

FERRY Jean Marc, « dix thèses sur la question de l’État européen », *Droit et société : revue internationale de la théorie du droit et de la sociologie juridique*, n° 53, pp. 13-27.

FINES Francette, « Souveraineté étatique et primauté européenne », *Politéïa*, décembre 2004, n° 6 : *Souverainisme, nationalisme, régionalisme* (I), pp. 215-232.
FINES Francette, « quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l’État normateur », *RTDE,* 1997, n° 1, pp.69-101.

FLAESCH-MOUGIN, « Typologie des principes de l’Union européenne », *in Le droit de l’Union européenne en principes, Liber amicorum* en l’honneur de Jean Raux, *Apogée*, 2006, pp. 99-152.

FORTEAU Mathias, « *L’État en droit international : une figure à géométrie variable* », *RGDIP*, 2007, n°4, pp. 737-770.

FORTEAU Mathias, « Quelles conséquences pour les réserves non valides ? *», in SFDI, Actualités des réserves aux traités : journée d’étude de Nanterre*, Paris, *Pedone,* 2014, pp. 87-98.

FORTEAU Mathias, « La responsabilité des pouvoirs publics étatiques en droit international : les vertus de l’approche comparée », *in* D. RENDERS (*dir.*), La responsabilité des pouvoirs publics : XXIIe journée d’études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, *Bruylant*, 2016, pp. 481-529.

FRANCHINI Claudio, « les notions d'administration indirecte et de coadministration », *in* J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE et E. CHEVALIER (*dirs*.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, *Bruylant*, 2014, 2e éd., pp. 335-355.

FRANCQ Stéphanie, « Les arrêts du 24 mai 2011 : une approche de la notion d'autorité publique au sens du droit européen » *Journal des tribunaux*, 2012, pp.19-22.

GAETA Paola, « Génocide d'État et responsabilité pénale individuelle », *RGDIP*, 2007, n° 2, pp. 273-284.

GARIN Aurore, « *Non bis in Idem* et Convention européenne des droits de l'homme : du nébuleux au clair-obscur : état des lieux d'un principe ambivalent », *RTDH*, 2016, vol. 27, pp. 395-432.

GENNART Martin, « Les parlements nationaux dans le traité de Lisbonne : évolution ou révolution ? », *Cahiers de droit européen,* 2010, n° 1-2, pp. 17-64.

GIESEN Klaus-Gerd, « l'éthique libérale de la mondialisation *», in Étude des relations internationales : problématiques contemporaines,* Paris, *PUF*, 2013, pp. 93-112.

GRARD Loïc, « Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt général », *ERA-forum*, pp. 158-164.

GRARD Loïc, « l'Union européenne et ses petits États », *in Les petits États et la construction européenne : Actes de la VIIe Chaire Glaverbel d'études européennes 2001-2002*, Bruxelles, *Bruylant*, 2002, pp. 47-100.

GRARD Loïc, « Les petits États et la Constitution européenne », *in Une Constitution pour un projet et des valeurs*, Bruxelles, *Bruylant*, 2004, pp.83-99.

GRARD Loïc, « La Constitution européenne. De bonnes raisons de dire non au non », *Politeia*, 2004, n° 6, pp. 513-519.

GRARD Loïc, « le droit des aides d'État, moteur auxiliaire de la solidarité communautaire », *in La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne,* Paris, *Dalloz*, 2005, pp. 205-215.

GRARD Loïc, « La notion d'aide d'État *»*, *jurisclasseur, Lexis Nexis,* avril 2011.

GRARD Loïc, « La condition internationale de l'Union européenne après le traité de Lisbonne », *RQDI,* 2012, pp.65-72.

GUILLERMIN Guy, « le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *JDI*, 1992, pp. 319-346.

HAFNER Gerhard, « La Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *AFDI*, 2004, n° 50, pp. 45-76.

HAJJAMI, Nabil, « De la légalité de l'engagement militaire de la France en Syrie », *RDP*, 2017, n° 1, pp.151-182.

HAMONIAUX Thierry, « l'autorité publique nationale : entre souveraineté de l'État et intégration communautaire », *LPA,* 27 février 2002, n° 42 pp. 6-9.

HARMANT Henri, « La fragmentation du droit international sous l'angle de la multiplication des juridictions internationales », *in Justice et solidarité*, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, pp.17-27.

HECQUARD-THERON Maryvonne « la notion d'État en droit communautaire », *RTDE*, 1990, pp. 693-711.

HENCKAERTS Jean Marie, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2005, vol. 87, pp. 289-330.

HENZELIN Marc, « La compétence pénale universelle : une question non résolue par l'arrêt Yerodia », *RGDIP,* 2002, pp. 819-854.

HOULE France, « La réception du droit international des droits de la personne en droit canadien : de la théorie de la séparation des pouvoirs vers une approche fondée sur les droits fondamentaux », *in* P. HUGHES et P.-A. MOLINARI (*eds.*), *Partcipatory Justice in a global economy : the new rule of law,* Montreal, *Themis,* 2004, pp. 175-204.

IDOT Laurence, « notion d'aide et imputabilité des garanties à l'État », *Revue Europe*, n° 11, novembre 2014, pp. 40-41

JACOB Patrick, « Les organes de l'État : de deux apparences trompeuses », *in OMC et responsabilité, Colloque de Nice des 23 et 24 juin 2011*, Paris, *Pedone*, 2013, pp. 155-179.

JACOB Patrick, « Les définitions des notions d'organe et d'agent retenues par la CDI sont-elles opérationnelles ? », *RBDI*, n°1, 2013, pp. 17-44.

JACOMY-MILLETTE Anne-Marie « Réflexions sur la valeur juridique des ententes du Québec», *RQDI*, 1984, n° 1, pp. 93-104.

JACQUE Jean Paul, « La Commission européenne après Lisbonne : déclin ou changement de paradigme ? », *in, Europe (s), droit (s) européen (s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 241-266.

JEANNENEY Julien, « L'Atlantide remarque sur la submersion de l'intégralité du territoire d'un État », *RGDIP*, vol.118, 2014, pp.95-130.

JUDICAEL Étienne, « Le principe d'équilibre institutionnel : une manifestation at condition de l'État de droit », *in* colloque de Bruxelles, *L'État de droit en droit international*, Paris, *Pedone*, 2009, pp. 249-262.

KARAGIANNIS Syméon, « Du non étatique à l'étatique : la cruciale question de l'imputabilité d'actes de particuliers en droit international », *in* R. BEN ACHOUR (dir.), *Acteurs non étatiques et droit international*, Paris, *Pedone*, 2007, pp. 161-195.

KASEL Jean-Jacques, « La Cour de Justice de l'Union européenne et la PESC : l'affaire Y. A. Kadi », *in* A. TIZZANO (*dir.*), *La Cour de Justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015),* Bruxelles*, Bruylant,* 2015, pp. 337-347.

KESSEDJIAN Catherine, « le projet d'articles de la CDI des Nations unies sur les immunités des États », *RGDIP*, 1992, pp.299-341.

KLEIN Pierre, « Responsabilité pour des faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques considérations critiques sur l'arrêt *Behrami et Saramati* », *AFDI*, 2007, pp. 43-64

KOHEN Marcelo Gustavo, « commentaire de l'article 2 § 1 », *in* J.-P. COT, A. PELLET et M. FOURTEAU (*dirs.), La Charte des Nations unies : commentaire article par article*, Paris, *Economica*, 3e éd., pp.400-402.

KOURY Stéphanie, « L'obligation de non-reconnaissance de la Communauté européenne et de ses États membres au regard de l'accord d'association CE-

Maroc : responsabilité étatique et droit international coutumier, *in Le droit international et la question du Sahara occidental*, Leiden, *Nijhoff*, 2009, pp. 165-198.
KOVAR Jean-Philippe, « la prise en compte des autonomies locales dans la qualification d'aide d'État », *Droit administratif*, n° 12, décembre 2008, comm. 161, pp. 38-42.

KOVAR Robert, « L'effectivité interne du droit communautaire »*, in La Communauté et ses États membres, actes u Vie colloque de l'IEJE de Liège,* La Haye, *Nijhoff,* 1973, pp. 201-224.

KOVAR Robert, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », *in Les recours des individus devant les juridictions nationales en cas de violation du droit européen*, *éd*. *Larcier,* 1978, pp. 274-289.

KOVAR Robert, « La souveraineté nationale est-elle soluble dans l'intégration *», in Europe (s), Droit(s) européen (s), Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, *Bruylant*, 2015, pp.283-311.

KRULIC Joseph, «La revendication de la souveraineté», *Revue Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 21-32.

LAGRANGE Phillipe, « Responsabilité des États pour des actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations unies : observations à propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme sur la recevabilité des requêtes *Behrami et Behrami c/ France et Saramati c/ Allemagne, France et Norvège*, 31 mai 2007 », *RGDIP*, 2008, n° 1, pp. 85-110;

LAMBERT Pascal, « note sous Cour EDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France », La Gazette du Palais*, 2000, n° 142, pp.30-31.
LAVAL Pierre François, "A propos de la juridiction extraterritoriale de l'État : observations sur l'arrêt Al Skeini de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *RGDIP*, 2012, vol. 116, n° 1, pp. 61-88

LAVENUE Jean Jacques « *élection présidentielle ivoirienne de 2010, droit international et droit constitutionnel : vers une définition fonctionnelle de la*

souveraineté ? », *revue de la recherche juridique droit prospectif*, 2012-1, pp. 401-418.

LAVOREL Sabine « les enjeux juridiques de la disparition du territoire des petits États insulaires », *in,* BACOT, Paul et GESLIN, Albert (*dir.) Insularité et sécurité : l'île entre sécurité et conflictualité*, Bruxelles, *Bruylant*, 2014, pp.19-45.

LEBEN Charles, *« La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des Traités de promotion et de protection des investissements* » *AFDI,* 2004, vol 50, pp.683-714.

LEBEN Charles, « l'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne », *Mélanges Arangio-Ruiz*, Napoli, *ed. Scientifica*, 2004, pp. 131-167.

LE FLOCH Guillaume, « OMC et démembrements de l'État », *in l'OMC et les sujets de droit, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2009*, Bruxelles, *Bruylant*, 2011, pp. 47-77.

LEVADE Anne, « La valeur constitutionnelle du principe de solidarité », *in La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Paris, *Dalloz*, 2011, pp. 41-52.

LEVITS Egils, « L'identité nationale des États membres selon l'article 4 § 2 du TUE en tant qu'élément de la structure constitutionnelle de l'Union européenne », *in La Cour de Justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015)*, Bruxelles, *Bruylant*, 2015, pp. 387-399.

LOUIS Jan Victor, « Le droit de retrait de l'Union européenne », in, *Pouvoir du droit, droit du pouvoir*, *Mélanges offerts à J. Salmon*, Bruxelles, *Bruylant*, 2007, pp.1293-1316.

LUCHAIRE Frabçois, « le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français », *in Présence de droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, *Bruylant*, 1992, pp. 441-451.

MAHIOU Ahmed, « L'immunité de l'exécution de l'État et les travaux de codification de la CDI », *in l'immunité d'exécution de l'État étranger, cahiers du CEDIN*, *Montchrestien* 1990, pp. 159-182.

MAISON Rafaelle, « Les fonctions essentielles de l'État », *in Les mots de la Constitution européenne*, Paris, *PUF*, 2005, pp. 225-240.

MARCIALI Sébastien, « Enfin un élargissement des conditions de recevabilité des recours en annulation des personnes physiques et morales », *RMCUE,* n° 509, 2007, pp. 379-389.

MATRINGE Jean, « L'affaire du différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme », *AFDI*, 1999, n° 45, pp. 413-433

MAYEUR CARPENTIER Coralie, « *le statut des collectivités infra-étatiques devant les institutions de l'Union européenne* », *RFDA,* 2010, n°5, pp. 1035-1046.

MAZERES Jean Arnaud, « Qu'est-ce que la puissance publique ? », *in* P. RAIMBAULT (*dir.), La puissance publique à l'heure européenne,* Paris*, Dalloz,* 2006, pp. 54-79.

MEHDI Rostane, « Brèves observations sur la consécration constitutionnelle d'un droit de retrait volontaire », *in 30 Years of European Legal Studies at the College of Europe — Liber Professorum* 1973/74-2003/04, Bruxelles, *éditions PIE-Peter Lang s.a.,* 2005, pp. 113-1126.

MEHDI Rostane, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu », *RTDE,* n° 1, 2003, pp. 23-51.

MEHDI Rostane « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, *Bruylant*, 2007, pp. 887-936.

MEHDI Rostane, « le respect de l'État de droit en droit européen et dans les relations extérieures de l'UE », *in* colloque SFDI, *l'État de droit en droit international*, Paris, 2009, *Pedone,* pp. 39-61.

MEHDI Rostane, « l'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », *in* M.-F.-R. STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (*dirs.*), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, pp. 295-329.

MEGRET Frédéric, « l'étatisme spécifique du droit international », *RQDI*, 2011, n° 1, pp.105-129.

MELLERAY Fabrice, « L'adoption d'un critère fonctionnel d'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention EDH au contentieux des agents publics », *LPA*, 2000, n° 98, pp.7-20.

MERTENS DE WILMARS Joe, « Réflexion sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Cahiers de droit européen*, n° 22, 1986, pp. 5-20.

MERTENS de WILMARS Joe, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE*, 1977, pp. 54-76.

MESTRE Jean Louis, « La définition de l'entreprise du secteur public en droit communautaire », *RRJ*, 1999, pp. 895-922.

MEUNIER Patrick, « La Cour de Justice des Communautés européennes et l'applicabilité directe des règles de concurrence du traité CECA », R.T.D.H., n°2, vol. 32, pp. 243-258.

MEUNIER Patrick, « La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier est morte, vive la fédération européenne », *RMCUE,* 2001, pp. 509-515.

MICHEL Valérie, « Recours en constatation de manquement », *Répertoire de droit communautaire*, septembre 2012.

MILANO Laure, « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne », *RTDH*, 2008, n° 76, pp. 1007-1058.

MOAVERO MILANESI Enzo, « Les services d'intérêt économique général, les entreprises publiques et les privatisations », *RDUE,* 2000, pp. 117-149.

MODERNE Franck, « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne », *in* F. SUDRE (*dir.), Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, *Bruylant*, 2000, pp. 35-84.

MOMTAZ Djamchid, « L'attachement de la Cour Internationale de Justice au consensualisme judiciaire est elle sans faille? », *in* P. D'ARGENT et J. COMBACAU

(*dirs.*), *Les limites du droit international : essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 487-500.

MONJAL Pierre-Yves, « *L'invocabilité des directives communautaires par les collectivités territoriales ou leurs groupements : enclume nationale ou marteau communautaire ?* », *LPA*, n°142, 2008, pp. 11-15.

MONJAL Pierre Yves, « L'accès aux avis motivés de la Commission européenne par les collectivités locales. Remarques sur les manquements locaux imputables à l'État ou comment justifier certains silences coupables… », *RMCUE*, n° 550, 2011, pp. 424-438.

MOUTON Jean-Denis, « La notion d'État et le droit international public », *Droits*, n° 16, 1992-2, pp. 69-84.

MOUTON Jean-Denis, « La mondialisation et la notion d'État », *in colloque SFDI, l'État dans la mondialisation,* Paris*, Pedone,* 2013, pp. 11-36.

MOUTON Jean-Denis, « l'État selon le droit international : unité ou diversité ? », *in L'État souverain à l'aube du XXIe siècle, Colloque SFDI*, Paris, *Pedone*, 1994, pp. 79-106.

MOUTON Jean Denis, « retour sur l'État souverain à l'aube du 21e siècle », *in État, société et pouvoir à l'aube du 21e siècle, Mélanges en l'honneur du Professeur François BORELLA*, 1999, pp. 319-334.

MOUTON Jean-Denis, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Manin : l'Union européenne : Union de droit, Unions des droits,* Paris, *Pedone*, 2010, pp.145-154.

MOUTON Jean-Denis, « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité ? » *RMCUE*, n° 556, 2012, pp. 204-209.

MOUTON Jean-Denis, « le processus de constitutionnalisation de l'UE et la fragmentation de l'État », *in États fragmentés*, *collection Cap Europe*, 2012, pp. 141-

MOUTON Jean Denis, « identité constitutionnelle et Constitution européenne », *in Europe(s), droit (s) européen (s) : une passion d'universitaire, Liber amicorum en*

l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco, Bruxelles, *Bruylant*, 2015, pp. 413-423.

NEFRAMI Eleftheria « L'État membre au service de l'Union européenne », *Annuaire de Droit Européen,* 2004, vol. II, pp. 72-96.

NEFRAMI Elftheria, « le droit au juge », *in* J.-B. AUBY (*dir.*), *L'influence du droit européen sur les catégories de droit public*, Paris, *Dalloz*, 2010, pp. 553-577.

NEFRAMI Eleftheria, « le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *RUE*, 2012, n° 556, pp. 197-203.

NEFRAMI Eleftheria « Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union », *Cahiers de Droit Européen*, 2016, n° 1, pp. 222-251.

NIHOUL Pierre, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Revue Européenne de Droit Public*, 2012, n° 1, pp. 53-127.

NOUVEL Yves, « les entités paraétatiques dans la jurisprudence CIRDI », *in* Ch. LEBEN (*dir.*), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *Anthemis*., 2006, pp.39-57.

NOUVEL Yves, « L'État néo-libéral au cœur de la mondialisation économique *», in L'État dans la mondialisation*, *colloque SFDI*, Paris*, Pedone*, 2013, pp. 133-149.

OST François et VAN DE KERCHOVE, Michel, « De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit », *RIDC*, 2003, n° 3, pp. 545-579.

OUELLET Richard, HATTON Anne Cathérine et LETOURNEAU Lyne, « Du rôle de la genèse dans l'exégèse : pour une interprétation historiquement éclairée de l'exception de moralité publique du GATT », *RBDI*, 2010, n° 2, vol. 43, pp. 601-629.

OULARBI Smail, « La reforme des règles d'origine des produits du schéma des préférences généralisées : entre impératif de simplification et besoin de protection », *RMCUE*, 2012, vol. 558, pp. 303-314.

PANOUSSIS, Ioannis, « L'application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme en Irak: arrêts Al Skeini et Al Jedda c/ Royaume-Uni, 7 juillet 2011 », *RTDH*, 2012, vol. 23, n° 91, pp.647-670.

PARIZET Raphaelle, « Le PNUD et la fabrique des indicateurs de développement », *in* A. KLEIN (*dir.*), *Les bonnes pratiques des organisations internationales*, Paris, *Presses de Science Po*, 2015, pp.79-94.

PEKASSA NDAM Gérard, « les emplois dans l'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne », *RDP*, 2012, n° 2, pp. 347-377.

PELLET Alain, « Note sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la Paix en Yougoslavie », *AFDI*, 1991, pp. 329-348.

PELLET Alain « *Lotus*, que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale » *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, *Mélanges en l'honneur de J.-P. Puissochet* , 2008, pp.215-230.

PESCATORE Pierre, « les objectifs comme principes d'interprétation dans la jurisprudence », *in Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch : studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, Bruxelles, *Bruylant*, pp.325-363.

PETCULESCU Ionna, « droit international de la responsabilité et droits de l'homme : à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire *Ilascu et autres c. la République de Moldova et la Fédération de Russie* », *RGDIP*, 2005-3, pp. 581-608.

PETIT Yves, « la capacité d'intégration de l'Union européenne », *in* C. BLUMMAN *(dir.), Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, *Bruylant*, 2013, pp. 215-247.

PEYRO LOPIS Ana « Après Avena : l'exécution par les États-Unis de l'arrêt de la Cour Internationale de Justice », *AFDI*, 2005, vol.51, pp.140-161.

PINGEL Isabelle, « Observations sur la Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *JDI,* 2005, n° 4, vol. 132, pp. 1045-1066.

PINGEL Isabelle, « L'immunité des Etats », *in* C. TOMUSCHAT et J.-M. THOUVENIN, *The fundamental rules of the international legal order (jus cogens and obligation erga omnes*, Leiden, *Nijhoff Publishers*, 2006, pp. 239-248.

PLATON Sébastien, « le rôle des protocoles et déclarations dans le traité de Lisbonne », *Politéia*, 2008, n° 13, pp. 465-489.

PLATON Sébastien, Le respect de l'identité nationale des États membres : frein ou recomposition de la gouvernance », *RMCUE*, 2012, pp.150-158.

PLATON Sébastien, « chronique de droit administratif européen », *Droit administratif*, avril 2014, n° 4, chron. 4.

PLATON Sébastien, « quand les racines internationales de la Cour européenne des droits de l'homme lui donnent des ailes : la consécration du droit à l'indemnisation dans les affaires interétatiques », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2014, n° 17.

PLATON Sébastien, « L'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière (CJUE, grande ch., 15 janvier 2014, faf. C-176/12), *Revue de l'Union Européenne*, 2015, n° 584, pp. 33-40.

POIRAT Florence, « La doctrine des droits fondamentaux de l'État », *Droits*, t. 16, 1992, pp. 83-91.

PONTHOREAU Marie Claire, « Trois interprétations de la globalisation juridique : approche critique des mutations du droit public », *AJDA,* 2006, pp. 20-25.

PONTHOREAU Marie-Claire, « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales», *VIIe Congrès mondial de l'AIDC*, Athènes, 11-15 juin 2007, pp. 17-37.

PRETOT Xavier, « Le contentieux de la fonction publique et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2000, n° 3, pp. 617-632

QUENEUDEC Jean Pierre « Un arrêt de principe : l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002*», Actualité et droit international,* mai 2002 [http://www.ridi.org/adi]).

RIDEAU Joël, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire » *AFDI,* 1972, pp. 864-903.

RIDEAU Joël, « Le statut des collectivités infra-étatiques devant les juridictions communautaires », *RAE,* 2006/3, pp.405-431.

RIDEAU Joël, « Recours en annulation », *JCL Europe*, *fasc*. 330, 2014.

RITLENG Dominique « Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ? », *Revue de l'Union Européenne*, n° 593, 2015, pp. 630-637.
RITLENG Dominique, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *R.T.DE*, n° 41, 2005, pp.285-303.

ROSS Amy, « Sur les concepts d'État, d'organes d'État en droit constitutionnel », *Droits*, 1996, pp. 131-148.

ROUVILLOIS Frédéric, « L'efficacité des normes : réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Working Paper, Fondation pour l'innovation politique*, novembre 2006, *www.fondapol.org*.

RUIZ-FABRE Hélène, « Genèse et disparition de l'État à l'époque contemporaine », *AFDI*, 1992, n° 38, pp. 153-178.

RUZIE David, « L'avis consultatif de la CIJ sur la demande du Conseil économique et social des Nations Unies », *RGDIP*, 1999, n°3, pp. 667-683.
SALMON Jean, « représentativité internationale et Chef d'État », *in le chef de l'État et le droit international,* colloque SFDI, Clermont-Ferrand, Paris, *Pedone*, 2002, pp. 163-182.
SAINT-GIRONS Bernard, « l'Organisation des Nations unies et les micro-États », *RGDIP*, vol. 76, 1972, pp.445-474.

SANTULLI Carlo, « Le traitement juste et équitable : stipulation particulière ou principe général de bonne conduite? », *RGDIP*, 2015, n° 1, pp. 69-85.

SASSOLI Marco, *« L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », RGDIP,* 2002, pp. 791-818.

SAVADOGO Louis, « Déni de justice et responsabilité internationale de l'État pour les actes de ses juridictions », *JDI,* 2016, n° 3, pp. 827-876.

SAVARESE Edouardo, « Complicité de l'État dans la perpétration d'actes de génocide : les notions contiguës et la nature de la norme ; en marge de la décision application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c/ Serbie Monténégro), *AFDI,* 2007, pp. 280-290

SCANDAMIS Nikos, « l'Etat dans l'UE, la passion d'un grand acteur », *RDP,* 01/09/2012, n°5, pp.1339-1362.

SICILIANOS Linos Alexandre, « Convention EDH, article 6 : la protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Répertoire de droit européen, Dalloz*, septembre 2014.

SIKONDO Marcel, "Daech est-il un Etat? Retour critique sur la théorie néopositiviste des éléments constitutifs de l'État à l'épreuve de l'actualité internationale », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2016, n° 2, p. 239.

SIMON Denys, « Recours en constatation de manquement », *JCl Europe*, Fasc. 380 ;

SIMON Denys, « La condamnation indirecte du manquement judiciaire : le juge national doit être asservi par le législateur au respect du droit communautaire », *Europe*, n° 3, mars 2004, chron. 4.

SIMON Denys, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *in L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. B. LARSEN (*dir.*), Paris*, Pedone*, 2011, pp. 27-43.

SIMON Denys, « Les notions autonomes en droit de l'Union », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, Paris, *LGDJ*, 2015, pp.93-106.

SKUBIZEWSKI Krzysztof, «Les actes unilatéraux des États», *in* Mohammed Bedjaoui (*dir.*) *Droit international: bilan et perspectives*, Paris, *Pedone*, 1991, pp. 243-251.

SOREL Jean-Marc, « La prise en compte des collectivités territoriales non-étatiques par les organisations internationales à vocation universelle », in S.F.D.I., *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international,* Paris, *Pedone, 2002,* pp.84-106.

SOREL Jean-Marc, « les multiples lectures d'un arrêt : entre sentiment d'impunité et sentiment de cohérence, une décision à relativiser », *RGDIP,* 2007, n° 2, pp. 259-272

SOREL Jean-Marc, « Les émanations des États et l'arbitrage CIRDI », *RDAI*, 2008, n° 1, pp.29-51.

SPILIOTOPOULOS Epaminondas « L'article 48 (4) du Traité de Rome : ambiguïté de la jurisprudence », *RFDA,* 1997, pp. 583-584.

STERN Brigitte, « la responsabilité internationale, aujourd'hui demain », *in perspectives du droit international et européen, Rec. d'Études à la mémoire de G. Apollis*, Paris, *Pedone*, 1992, pp.75-103.

SUSANI Nadine, « Sur quelques singularités territoriales européennes », *AFDI*, 2007, n° 53, pp. 182-210.

TAVERNIER Paul, « Le principe de la distinction entre conflits armés internes et internationaux », *in* V. CHETAIL (*dir.), Permanence te mutation du droit des conflits armés*, Bruxelles, *Bruylant*, 2013, pp.73-95.

TAVERNIER Paul, « en marge de l'arrêt Chypre contre la Turquie : l'affaire chypriote et les droits de l'homme devant la Cour de Strasbourg », *RTDH*, 2002, vol. 13, n° 52, pp. 807-835.

TCHIKAYA Blaise, « Application et primauté du droit international, quelques considérations », *in S.DOUMBE-BILLE, Droit, liberté, paix, développement : Mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh,* Paris, *Pedone*, 2011, pp. 375-391.

TOMUSCHAT Christian, « *L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme »*, *RGDIP*, 2005, pp. 51-75.

TOYODA Tetsuya, « La doctrine vatellienne de l'égalité souveraine dans le contexte neuchâtelois », *Journal of The History of International Law*, 2009, n° 1, pp. 103-124.

TRANCHANT Baptiste, « l'arrêt rendu par la CIJ sur la demande en interprétation de l'arrêt Avena (Mexique c/ États-Unis d'Amérique), *AFDI,* 2009, vol.55, pp.191-220.

TURP Daniel, «La doctrine Gérin-Lajoie et l'émergence d'un droit québécois des relations internationales», *in* S. PAQUIN (*dir*), *Les relations internationales du Québec depuis la Doctrine Gérin-Lajoie (1965-2005): Le prolongement externe des compétences internes*, Québec*, Presses de l'Université Laval*, 2006, pp. 49-78.

TURP Daniel, « l'émergence d'un droit québécois des relations internationales », *in Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, *Bruylant*, 2007, pp. 681-710.

TUSSEAU Guillaume « critique d'une métanotion fonctionnelle : la notion trop fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *RFDA*, 2009, n° 4, pp. 641-656.

VALETTE Marie Françoise, « la résurgence des dissonances nord-sud relatives à la clause d'habilitation », *Revue Belge de Droit International*, 2005, n° 1-2, p. 623.

VAN GENUGTEN Willem, « Avena ou le système juridique fédéral américain à l'épreuve », *Hague Justice Journal*, 2008, n° 3, pp. 53-60.

VAN MEERBEECK Jeremie, « les principes généraux du droit de l'Union européenne », *in, Les sources du droit revisitées*, *Anthémis*, 2012, pp. 161-205.

VERHOEVEN, Joe, « la notion d'applicabilité directe du droit international », *RBDI*, 1980, pp.243-264.

VERHOEVEN Joe, *«* Mandat d'arrêt international et statut de ministre *», Actualité et droit international, mai 2002* [http://www.ridi.org/adi].

VIRALLY Michel, « Droit international et décolonisation devant les Nations-Unies », *AFDI*, 1963, vol. 96, pp.508-541.

VEDEL Georges, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, pp. 682-699.

VEDEL Georges, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, pp. 851-883.

VERHOEVEN Joe, « *L'État et l'ordre juridique international* », *RGDIP*, 1978, pp.749-774.

VERHOEVEN Joe, « Libre propos sur le statut de la légitime défense en droit international », *in Legitime défense: colloque organisé par le laboratoire Angevin de recherché sur les actes juridiques,* Paris, *LGDJ*, 2007, pp. 257-266.

VITE Sylvain, « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2009, vol. 91, pp. 69-94.

WACHSMANN Patrick, « Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique, obs. sous *Pellegrin »*, *RTDH*, 2000, n° 44, pp. 819-850.

WASHMANN Patrick, « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », Bruxelles, *Bruylant*, 2004, pp. 1687-1705.

WECKEL Philippe, *« Chronique de jurisprudence internationale », RGDIP,* 2002, pp. 425-437.

WECKEL Philippe, « Ouverture de la réflexion sur le droit international à la science des systèmes », *in*, D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUILLE et J. E. VINUALES (éds.), *Unité et diversité du droit international, écrits en l'honneur du Professeur Pierre Marie Dupuy*, Leiden/Boston, *Martinus Nijhoff*, 2014, pp. 131-155.

WEERTS John, « L'évolution du droit de retrait de l'Union européenne et sa résonnance sur l'intégration européenne », *CDE*, vol. 48, 2012, 345-407.

WYLER Éric, « propos sur la fécondité du paradigme systémique en droit international à la lumière des théories de Georges Abi-Saab », *in* L. BOISSON DE CHAZOURNES et V. GOWLLAND- DEBBAS (*eds*.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, The Hague/London/Boston, *Martinus Nijhoff* , 2001, pp. 23-49.

ZAMPINI Florence, « De l'État responsable à la responsabilisation des régions : l'exemple italien », *in Réalisations et défis de l'Union européenne, Droit-Politique-Économie*, *Mélanges en hommage au Professeur Panayotis Soldatos*, Bruxelles, *Bruylant*, 2012, pp. 103-126.

ZAMPINI Florence, « L'exemple italien : une responsabilité financière pour les régions, contrepartie de leurs compétences en matière européenne, *RMCUE*, 2015, pp. 417-432.

ZARBIEV Fouad « *Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'État étranger par la Cour européenne des droits de l'homme* », *RTDH*, n°59, 2004, pp.621-649.

Littérature anglophone :

ANGELINI Antonella, ''Behrami and Saramati: when silence matters'', *in* F. FONTANELLI and G. MARTINICO (*eds*.), *Shaping rule of law through dialogue : international and supranational experiences*, Groninguen, *European Law Publisher*, 2010, pp. 275-297.

ANGHIE Antony ‘‘Imperialism and International legal theory ’’, *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 2016, pp. 156-172.

AXTMANN Roland, “The State of the State: The Model of the Modern State and its Contemporary Transformation”, *International Political Science Review,* n° 3, 2004, pp. 259-276.

BARBERIS Julio, “Representatives of States in International Relations”, North-Holland, Amsterdam, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, , 1987, pp. 354-355.

BARTOSCH Andrea, “The concept of selectivity”, Research Handbook on European State Aid Law, 2011, pp. 176-792.

BHUTA Nehal, “Conflicting International obligations and the risk of torture and unfair trial: critical comments on Al Saadoon and Mufdhi vs United Kingdom”, *Journal of international Criminal Justice*, 2009, vol. 7, n° 5, pp. 1133-1147

BIELESZ Holger, “ Annotation to judgement of 11 september 2008 in joined case C-428/06 to C-434/06 *UGT Rioja c/ Juntas Generales del Territorio Historico de Vizcaya”*, *European Aid States Quaterly*, 2009, n° 3, pp. 383-389.

BILKOVA Veronika, ‘‘Symbols of illiberalism in the World of Liberal States’’, *Baltic Yearbook of International Law*, 2015; vol. 15, pp. 249-267.

BLANCHET Therèse, « from workers to citizens: the evolution of European citizenship”, *New Journal of European Criminal Law,* 2016, n° 2, pp. 142-150.

BOLINTINEANU Anne, “Expression of consent to be bound by a treaty in the light of the 1969 Vienna Convention”, *AJIL*, 1974, p. 672.

BOUSIN Julie and PIERNAS, Jorges « Developments in the notion of selectivity », *European State Aids Quaterly*, 2008, n° 4, pp.634-653.

BOYLE Joe, ‘‘Making sense of self-defence in the war on terror’’, *Journal of the use of force and international law*, 2014, n° 1, pp.55-79.

BRAND Ronald, ‘‘External sovereignty and International Law’’, *Fordham International Law Journal*, 1995, n° 5, pp. 1685-1697.

BROWN Chester, ‘‘The development by States of model bilateral investment treaties’’, *in* W. SHAN *(ed.),China and International Investment Law: Twenty Years of ICSID Membership* , Leiden, Boston, *Brill Nijhoff*, 2015, pp. 116-140.

CHARNOVITZ Steve, “Correcting America’s continuing failure to comply with the Avena judgment”, *AJIL*, 2012, vol.106, pp.572-581.

CHRISTAKIS Theodore, “Self determination, Territorial integrity and Fait accompli in the case of Crimea”, *in*, *Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht,* 2015, vol. 75, pp.75-100.

CLEARWATER Sam, “Holding States accountable for the crime of crimes: an analysis of direct State responsibility for genocide in light of the ICJ’s 2007 decision in Bosnia v. Serbia”, *Auckland University law review,* 2009, n° 15, pp. 1-41.

CLAES Monica, ‘‘The validity and primacy of EU law and the cooperative relationship between national constitutional court and the Court of Justice of European Union’’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, n° 1, pp. 157-170.

CLAES Monica, ‘‘The primacy of EU law in European and national law’’, *The Oxford Handbook of European Union Law*, 2015, pp. 178-211.

CORNELIA Janik, “when Soering went to Iraq… : Problems of jurisdiction, extraterritorial effect of norms conflicts in light of the European Court of Human Rights’ Al Saadoon case”, *Goettingen Journal of International Law*, 2009, vol. 1, n° 3, pp. 439-457

CRAIG Elisabeth, “A right to a cultural identity in the UK Bill of Rights”, *European Public Law*, 2013, vol. 19, pp. 689-714.

CRAWFORD James, “The Criteria for Statehood in International Law”, *in International Law,* London*, Routledge,* 2011, pp.229-329*.*

CRAVEN Matthew, “ The European Community Arbitration Commission on Yugoslavia”, *BYIL*, 1995, pp.333-413.

CRAVEN Matthew, “Statehood, self-determination and recognition”, *in, International Law*, *Oxford University Press*, 2014, pp. 201-247.

CROSS Matthew and WILLIAMS Sarah, “Between the Devil and the Deep blue sea: conflicted thinking in the Al Saadoon affair”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, vol.58, n° 3, pp. 689-702.

D’ASPREMONT Jean “The International Law of Statehood: craftsmanship for the elucidation and regulation of births and deaths in the international society”, *Connecticut Journal of International Law*, 2014, vol. 29, pp. 201-224.

D’ ASPREMONT Jean, “The International Law of Statehood: craftsmanship for the elucidation and regulation of births and deaths in the international society”, *Connecticut Journal of International Law*, 2014, vol. 29, pp. 201-224.

DE SCHUTTER Olivier, “Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights”, *Baltic Yearbook of International Law*, 2006, vol. 6, pp. 185-247.

DE SENA Pasquale, “The notion of contracting parties jurisdiction under article 1 of the ECHR: some marginal remarks on Nigro’s paper*”, Italian Yearbook of International Law*, 2010, vol. 20, pp. 75-82.

FABBRINI Federico, ‘‘A principle in need of renewal? The euro-crisis and the principle of institutionnal balance’’, *Cahiers de droit européen*, 2016, n° 1, pp.285-309.

FINNIS John, “ On the incoherencies of legal positivism” *in* D. PATTERSON (*ed*.), *Philosophy of law and legal theory*, Oxford, *Blackwe*l, 2003 , pp. 45-63.

FLAHERTY Martin, “External versus Internal in International Law”, *Fordham International Law Journal*, 2005, n° 3, pp. 447-456.

FOX, Hazel, ‘‘The state: its concept as a legal person in International Law’’, *in Satow’s diplomatic practice*, Oxford, *Oxford University Press*, 2017, pp. 51-68.

GAL Tom, “Unexplored outcome of Tadic: applicability of the law of occupation to war by proxy”, *Journal of International Criminal Justice*, 2014, n° 1, pp. 59-80.

GASSER Pierre, “Internationalized Non- international armed conflicts: Case Studies of Afghanistan, Kampuchea, and Lebanon”, *Auckland University Law Review*, 1983, vol. 33, pp.479-496.

GHANDHI Sandy, “ Al-Skeini and the extra-territorial application of the European Convention on Human Rights”, *in* Andrew Burrows, David Johnston and Reinhard Zimmermann (*eds.), Judge and jurist: essay in memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, *Oxford University Press*, 2013, pp. 575-590.

GONDEK Michael, “Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?”, *Netherlands International Law Review*, 2005, vol. 52, pp. 349-387.

GRAZIADEI Stefan, ‘‘Democracy v Human Rights? The Strasbourg Court and the challenge of power sharing”, *European Constitutional Law Review*, 2016, n° 1, pp. 54-84.

GUZMAN Andrew, ‘‘Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral interment treaties’’, *Virginia Journal of International Law*, 1998, vol. 38, pp. 639-688.

HAUMER Stefanie, “Non State actors and International Humanitarian Law : a demanding relationship?”, *in* S. HORVAT, *The challenges in the implementation of International Humanitarian Law: congress proceeding*, Bruxelles, *Recueils de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, n° 20, 2016, pp. 331-335.

HAYES Edward, “Changing Notions of Sovereignty and Federalism in the International Economic System: a reassessment of WTO Regulation of Federal States and the Regional and local Governments within their territories”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2004, pp. 1-36.

HAYNES Jason, ‘‘The evolving nature of the fair and equitable treatment standart’’, *Journal of World Investment and Trade*, 2013, vol. 14, pp. 114-146.

HIGGINS Rosalyn, ‘‘Respecting sovereign states and running a tight courtroom’’, *The International and Comparative Law Quaterly*, 2001, n° 1, pp. 121-132.

HIGGINS Rosalyn, “The concept of “The State”: variable geometry and dualist perceptions”, *in The international legal system in quest of equity and universality, Liber Amicorum Georges Abi-SAAB*, The Hague/London/Boston, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2001, pp. 547-561.

HIGGINS Rosalyn, ‘‘Equality of States and immunity from suit: a complex relationship’’, *Netherland Yearbook of International Law*, 2012, vol. 43, pp. 129-149.

HOPKINS Antony Gerald, “Quasi States, weak states and the partition of Africa”, *Review of International Studies*, vol.26, 2000, pp.311-320.

HOPPE Carsten, “ *A question of life and death: the request for interpretation of Avena and certain other Mexican nationals (Mexico v. United States) before the International Court of Justice*”, *Human Rights Law Review*, 2009, vol.9, pp. 455-464.

HSIEH Paha, “Facing China: Taiwan’s Status as a separate customs Territory in the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, 2005, n° 6, pp. 1195-1221.

HU Jiaxiang, “Closer Integration, controversial rules: issues arising from the CEPA between mainland China, Hong Kong and Macao”, *Pace International Law Review*, 2006, vol. 18, pp.389-406.

JACQUE Jean Paul, “Lost in transition: the European Commission between intergovernmentalism and integration”, *in, Independance and legitimacy in the institutional system of European Union*, Oxford, *Oxford University Press*, 2016, pp. 15-56.

JOWELL Jeffrey, “The Rule of Law and its Underlying Values*”, in The Changing Constitution*, *in* J. JOWELL and O. DAWN (*eds*.), 7e édition, *Oxford University Press* 2011, pp. 5-24.

KASSOTI Eva, “The judicial nature of unilateral acts in international law”, *The Finnish Yearbook of Intenational Law*, 2012-2013, vol. 23, pp. 411-459.

KENNEDY Kevin C., ‘‘The Generalized System of Preferences after four decades: conditionalityand the shriking marging of preference’’, *Journal of International Law and Practice*, 2012, n° 3, pp. 521-668.

KING Hugh “The Extraterritorial Human Rights Obligations of States”, *Human Rights Law Review*, 2009, vol. 9, n° 4, pp. 521-556

KING Yvonne, ‘‘Are some States more equal than others? The UN and the principle of sovereign equality of States’’, *Lesotho Law Journal*, 1993, n° 1, pp. 65-78.

KIRGIS Frederic, "*International Law and the American Courts : the United State Supreme Court declines to enforce the ICJ' s Avena Judgment relating to the U.S. obligations under the Convention on Consular Relations*", *German Law Journal*, 2008, pp.619-638.

KISHORE Pallavi, ''Conditionalities in the Generalized system of preferences as instrument of global economic governance'', *in American Bar Association, section of International Law and Practice*, Washington DC, *The international lawyer*, 2011, pp. 895-902.

KLOB Robert, "The jurisprudence of the Yugoslavian and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes", *BYIL,* 2000, pp. 277-278.

KNOX Robert, "Marxist approaches to International law"*, in* A. ORFORD (*ed*.), *The Oxford Handbookof the Theory of International Law*, Oxford, *Oxford University Press*, 2016, pp. 306-326.

KONG Qingjiang, "Cross-Taiwan Strait Relations: what are the legitimacy expectations from the WTO?", *Minnesota Journal of Global Trade*, 2004, vol. 14/1, pp. 91-110.

KRESS Claus, "the ICJ and the elements of crime of genocide", *EJIL*, 2007, n° 4, pp. 619-629.

KUYPER Pieter Jean, "The law of GATT as a special field of International Law : ignorance, further refinement of self-contained system of International Law ?", *NYIL*, 1994, pp.222-257.

LEMMENS Paul, ''The contribution of the Europea Court of Human Rights to the Rule of Law'', *in* G. DE BAERE and J. WOUTERS *(eds.), The contribution of international an supranational courts to the rule of law*, Northampton, *Edwar Edgar Publishing*, 2015, pp.225-241.

LENAERTS Koenraad, "EU Citizenship and democracy", *New Journal of European Criminal Law*, 2016, n° 2, pp. 164-171.

LOUCAIDES Loukis, “The judgement of the European Court of Human Rights in the case of Cyprus vs Turkey”, *Leiden Journal of International Law*, 2002, vol. 15, n° 1, pp. 225-236.

LOWE Vaughan, ‘‘Sovereignty and International Economic Law’’, *in* S. WENHUA (*ed.*), *Redefining souvereignty in international economic law*, Portland, *Hart*, 2008, pp. 77-84.

MADSEN Mikael Rask, “The clash: legal culture, national identity and European law”, Copenhagen, *icourts working paper series*, 2016, n° 71, pp. 1-37.

MAHMOOD Nida, ‘‘Democratizing Investment Laws’’, *Journal of World Investment and Trade,* 2013, vol. 147, pp. 79-113.

MBENGUE Moise-Makane, “National legislation and unilateral acts of states”, *in* T. GAZZINI (*ed.*), *International investment law: the sources of rights and obligations*, Leiden, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2012, pp. 183-213.

Mc WHINNEY Edward, “Canadian Federalism and the Foreign Affairs and Treaty Power. The Impact of Quebec’s Quiet Revolution”, *ACDI*, 1969, n° 7, pp. 3-37.

MEREZHKHO, Oleksandr, ‘‘Ideology of liberalism and International Law’’, *Baltic Yearbook of International Law*, 2015, vol. 15, pp.55-61.

MERON Theodore, “Extraterritoriality of Human Rights Treaties”, *AJIL*, 1995, vol. 89, pp. 78-82.

MERON Theodore, “Classification of armed conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s fallout”, *AJIL,* 1998, pp.239-241.

MERON Theodore, “Cassese’s Tadić and the law of non-international armed conflict”, *in,* Lal Chand Vohrah (*éd.*), *Man’s inhumanity to man: essay on international law in honour of Antonio Cassese*, The Hague*, Kluwer Law International*, 2003, pp. 533-538.

MERTENS de WILMARS Joe, “Proceedings against Membre States for failure to fulfil their obligations”, *CML Rev*, 1970, pp. 385-406.

MICHEAU Claire, “Tax selectivity in European Law of State Aid: legal assessment and alternative approach”, *European Law Review*, 2015, vol. 40, n° 3, pp. 323-348.

MILANOVIC Marco, “State responsibility for genocide”, *EJIL,* 2006, n° 3, pp. 553-604.

MILANOVIC Marco, “from compromise to principle: clarifying the concept of State jurisdiction in Human Rights Treaties”, *Human Rights Law Review*, 2008, vol. 8, n° 3, pp. 441-448.

MILANOVIC Marco, “Al Skeini and Al Jedda in Strasbourg”, *European Journal of International Law*, 2012, vol.23, n° 1, pp. 121-139.

MILES Kate, ‘‘International Investment Law: origins imperialism ans conceptualizing the environment’’, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 2010, vol. 21, pp. 1-47.

MILLER Sarah, “Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention”, *European Journal of International Law*, 2009, vol. 20, n° 4, pp. 1223-1246.

MILTNER Barbara, “Revisiting extraterritoriality after Al Skeini: the ECHR and its lessons”, *Michigan Journal of International Law*, 2012, vol. 33, n° 4, pp. 627-691.

MORTEN Broeberg, ‘‘The De minimis notice’’, *European Law Review*, 1995, n° 4, pp. 311-387.

MULLERSON Rein, ‘‘Ideology, geopolitics and international law’’, *Chinese Journal of International Law*, 2016, n° 1, pp. 47-73.

NAERT Fréderic, “The European Court of Human Rights Al Jedda and Al Skeini judgements : an introduction and some reflections”, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, 2011, vol. 50, n° 3-4, pp.315-320.

NIGRO Raffaella, “The Notion of “Jurisdiction” in Article 1: Future Scenarios for the Extra- Territorial Application of the European Convention on Human Rights”, *Italian Yearbook of International Law*, 2010, vol. 20, pp. 11-30.

OPESKIN Brian, “*Federal States in the International Legal Order*”, *NILR*, 1996, pp. 353-386.

ORAKHELASHVILI Alexander, “The dynamic of Statehood in the Practice of International and English Courts”, *in Sovereignty, Statehood and State Responsibility,* Cambridge, *Cambridge University Press,* 2015, pp. 172-191.

OSTERDAHL Inger, ‘‘Human Rights before security in Kadi and beyond’’, *in*, J. EBESSON (*ed.), International Law and changing perceptions of security : liber amicorum Said Mahmoudi*, Leiden, *Brill Nijhoff*, 2014, pp. 327-345

OTTOLENGHI Michael and PROWS, Peter, “Res Judicata in the ICJ’s genocide case: implication for other courts and tribunals”, *Pace International Law Review*, 2009, vol. 21, n° 1, pp. 37-54.

LOBO DE SUZA Lelbo Marcus, ‘‘Revisiting the right of self defense against non state armed entities’’, *Canadian Yearbook of International Law*, 2016, n° 5, vol. 53, pp. 202-243.

PAULUS Andrea, “Between constitutionalization and fragmentation: concepts and reality of International Law in the 21st Century”, *in Justice and peace: interdisciplinary perspective on a contested relationship*, *Campus Verlag*, Frankfurt, pp. 163-172.

PEJIC Jelena, “Status of Armed Conflicts”, *in* E. WILMSHURST (*dir.), Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law,* Cambridge, *Cambridge University Press*, 2007, pp. 92-93.

PESCATORE Pierre, ‘‘The doctrine of « direct effect »: an infant disease of community law’’, *European Law Review*, 2015, n° 2, pp. 135-153.

PIERGIGLLI Valeria, “The right to cultural identity”, Annuaire International de Justice Constitutionnelle, 2013, vol. 29, pp. 597-619.

PIERINI Jean Paul and BREDA Gianmatteo, “Legal issues surrounding maritime counterdrug operations and the related question of detention highlighted in the Medvedyev and other v. France”, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, 2008, vol. 47, n° 1-2, pp.167-198.

PLATON Sébastien, “The equivalent protection test : from European Union to United Nation, from Solange II to Solange I (with reference to the Al-Dulimi and Montana management inc v.Switzerland judgement of the European Court)”, *European constitutional law review*, vol. 10, 2014, pp. 226-262.

POIARES MADURO Miguel, “Contrapunctual Law : Europe’s constitutional pluralism in action”, *in* N. WALKER (*éd*.), *Sovereignty in transition*, Oxford, *Hart Publishing*, 2003, pp. 501-537.

POIARES MADURO, Miguel, “Europe and the Constitution: what is this a good as it gets?”, *in*, J.-H.-H. WEILER and M. WIND (*eds*.), *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2003, pp. 74-102.

POLZIN Monika, ‘‘Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: the development of the doctrine of constitutional identity in German Constitutional law’’, *International Journal of Constitutional Law*, 2016, n° 2, pp. 411-438.

PREUB Ulricht ‘‘Equality of States: its meaning in a constitutionalized global order’’, *Chicago Journal of International Law*, 2008, n° 1, pp. 17-49.

RAJKOVIC Nikolas, “On bad law and good politics: the politics of the I.C.J. genocide case and its interpretation”, *Leiden Journal of International Law*, 2008, vol. 21, n° 4, pp. 885-910.

RATNER Steven R., ‘‘Self-defence against terrorists: the meaning of armed attack’’*, in Counter terrorism strategies in a fragmented international legal order: meeting the challenges*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2013, pp. 334-355.

REISMAN Michel and SILK James, « Which Law Applies to the Afghan Conflict? », *AJIL*, vol. 82(3) 1988, pp. 459-486.

ROES Timothy, ‘‘Limits to loyality: the relevance of article 4 (3) TEU’’, *Cahiers de Droit Européen*, 2016, n° 1, pp. 253-283.

ROSCINI Marco, ‘‘ On the inherent character of the right of States to self-defence’’, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, n° 3, pp.634-660.

ROSENFELD Friedrich, ‘‘ Abstract interpretations in international investment law’’, *in*, P. PHOTINI (*ed.*), *Reconceptualising the rule of law in global governance, resources, investment and trade*, Oxford, *Hart Publishing*, 2016, pp. 341-343.

RYNGAERT Cedric, ‘‘Apportioning responsability between the UN AND Member States in UN peace support operations: an inqury into tha application of the effective control standard after Behrami’’, *Israel Law Review*, 2012, vol. 45, n° 1, pp. 151-178;

SARMIENTO Daniel, “The silent lamb and the deaf wolves: constitutional pluralism, preliminary references and the role of silent judgements in EU law”, *in Constitutional pluralism en the European Union and beyond, Oxford University Press*, 2012, pp. 285-317.

SCHABAS Wiliam A., “International law, the United States of America and capital punishment”, *Suffolk transnational law review*, 2007/2008, n° 31, pp. 378-418.

SEIBERT-FOHR Anja, “The ICJ judgement in the Bosnian Genocide case and beyond : a need to reconceptualise ?”, *in* CJM SAFFERLING and E.-A. CONZE (*eds.*), *The Genocide Convention sixty years after its adoption,* The Hague, *TMC Asser Press*, pp. 245-258.

SKOURIS Vassilios, ‘‘The principle of procedural autonomy and the duty of loyal cooperation of national judges under article 10 EC’’, *in* M. T. ANDENAS (*ed.*), *Tom Bingham and the transformation of law: a liber amicorum*, New York, *Oxford University Press*, 2009, pp. 493-507.

SORNARAJAH Muthucumaraswamy ‘‘Mutations of neo-liberalism in International investment Law”, *Trade, Law and Investment*, 2011, n° 1, pp. 203-232.

SPIERMANN Ole, “General Legal characteristics of State : a view from the past of the Permanent Court of International Justice”, *in* C. Chinkin, F. Baetens, *Sovereignty, Statehood and State Responsibility Essays in Honour of James Crawford*, *Cambridge University Press*, 2015, pp. 144-152.

SPRUNGK Carina, ‘‘Legislative transposition of directive: exploring the other role of national parliament in the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, 2013, n° 2, pp. 298-315.

STAES Dorothea, ‘‘the importation of external sources by the European Court of Human Rights: opportunities and challenges in light of legal certainty’’, *in Judicial dialogue in the international legal order: between pluralism and legal certainty*, Napoli, *Editoriale scientifica*, pp. 61-89.

STEGMILLER Ignaz, ‘‘The right to self-defence under article 51 of the UN Charter against the Islamic State in Iraq and the Levant’’, *in Die Friedens-warte: blatter fur internationale verstandigung und zwischenstaatliche organisation*, Berlin, *Berlin-Verag*, 2015, pp. 245-282.

SWART Mia, “Tadic revisited: some critical comments on the legacy and the legitimacy of the ICTY”, *Goettingen Journal of International Law*, 2011, n° 3, pp.985-1009.

TAMS Christian, ‘‘The use of force’’, *in* J. D’ ASPREMONT, *International legal positivismin a post-modern world*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2014, pp. 498-520.

TERRY Patrick, ‘‘Germany joins the campaign against ISIS in Syria: a case of collective self-defence or rather the unlawful use of force’’, *Russian Law Journal*, 2016, n° 4, pp.26-60.

THYM Daniel, “*Separation versus fusion or how to accomodate national autonomy and the Charter ? Diverging visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice”*, *European Constitutional Law Review*, 2013, pp. 391-419.

VAN ERT Gibran «The Legal Character of Provincial Agreements with Foreign Governments», *Les Cahiers de droit*, 2001, vol. 42, n° 4, pp. 1093-1124.

VAN STEENBERGHE Raphael, ‘‘The law of self-defence and the new argumentative landscape on the expansionists’side’’, *Leiden Journal of International Law*, 2016, n° 1, pp. 43-65.

VAN STEENBERGHE Raphael, ‘‘State practice and the evolution of the law of self-defence: clarifying the methodological debate’’, *Journal on The Use of Force and International Law*, 2015, n° 1, pp. 81-96.

VICENTE Marta de Sousa Nunes, ‘‘what is fair and equitable treatment standard?: content and sources’’, *World Arbitration and Mediation Review*, 2015, n° 1, pp. 51-83.

VIDMAR Jure, “The concept of State and its Right of existence”, Cambridge Journal of International and Comparative Law, 2015, n° 4, pp. 547-565.

VILLALPANDO Santiago, “Attribution of conduct to the State: how the rules of State responsibility may be applied within the WTO dispute settlement system”, *JIEL*, 2002, n° 2, pp. 393-420.

WALKER Neil, « The idea of constitutionnal pluralism and the finalité of integration», *European Journal of Comparative Law*, n° 3, 2002, pp. 71-102.

WEILEE Joe, “*Community, Member States and European Integration: Is the law relevant?”, JCMS*, vol. XXI, 1982-1983, pp. 39-56.

ZEMANEK Jiri, ‘‘The principle of equality’’, *in* C. KADDOUS et P. MERCIER (*dirs*.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Paris, *LGDJ*, 2006, pp. 237-244

Jurisprudence

1) Cour de Justice des Communautés Européennes et Cour de Justice de l’Union Européenne

CJCE, 13 juin 1958, *Méroni*, faf. C-9/56, *Rec. CJCE*, 1958, p. I-00011.

CJCE, 15 juillet 1960, *Fédéchar*, faf. C-20/69, *Rec. CJCE*, 1960, p. I-00665.

CJCE, arrêt, 16 décembre 1960, *Humblet c/ État belge*, Aff. C-6/60, *Rec. CJCE*, 1960, p. I-01125.

CJCE, 22 juin 1965, *Faillite des Acciaierie San Michele c/ Haute Autorité de la CECA*, Aff. C-9/65, *Rec. CJCE*, 1967, p. I-00001.

CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, Aff. C-6/69 et 11/69, *Rec. CJCE*, 1969, p. I-00523.

CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-77/69, *Rec. CJCE*, 1970, p. I-00237.

CJCE, 06 octobre 1970, *Grad*, Aff. C-09/70, *Rec. CJCE,* 1970, p. I-00825.

CJCE, 17 décembre 1970, *S.A.C.E. c/ ministère des Finances italien*, Aff. C-33/70, *Rec. CJCE*, 1970, p. I-01213.

CJCE, 11 février 1971, *Fleischkontor*, Aff. C-39/70, *Rec. CJCE*, 1971, p. I-00049.

CJCE, 31 mars 1971, *Commission/Conseil*, Aff. C-22/70, *Rec. CJCE*, 1971, p. I-00263.

CJCE, 14 décembre 1971, *Commission c. République française*, Aff. C-7/71, *Rec. CJCE*, 1971, p. I-01003.

CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company,* Aff. C-51 à 54/71, *Rec. CJCE*, 1971, p. I-01116.

CJCE, 6 juin 1972, *Schlüter*, Aff. C-94/71, *Rec. CJCE*, 1972, p. I-00307.

CJCE, 12 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali c/ Commission*, Aff. C-57/69, *Rec. CJCE*, 1972, p. I-00933.

CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, Aff. C-152/73, *Rec. C.J.C.E.*, 1974, p. I-00153.

CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c/ Dassonville*, Aff. C-8/74, *Rec. CJCE*, 1974, p. I-00837.

CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, Aff. C- 41/74, *Rec. CJCE,* 1974, p. I-01337.

CJCE, 18 juin 1975, *IGAV c/ ENCC*, Aff. C-94/74, *Rec. CJCE*, 1975, p. I-00699.

C.J.C.E., 14 octobre 1976, *LTU c/ Eurocontrol*, Aff. C-29/76, *Rec. CJCE*, 1976, p. I- 01541.

CJCE, 26 février 1976, *Commission c/Italie*, Aff. C-52/75, *Rec. CJCE*, p. I-00277.

CJCE, 22 mars 1977, *Steinike*, aff. C-78/76, *Rec. CJCE*, 1977, p. I-00595.

CJCE, 14 juillet 1977, *Bavaria Fluggesellschaft et Germanair c/ Eurocontrol*, Aff. Jointes C-9 et 10/77, *Rec. CJCE*, 1977, p. I-01517.

CJCE, 25 octobre 1977, *Metro S.B. Grossmarkte*, Aff. C-26/76, *Rec. CJCE*, 1977, p. I-01875.

CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ Société anonyme Simmenthal*, Aff. C-106/77, *Rec. CJCE*, 1978, p. I-00629.

CJCE, 20 février 1979, *Affaire du Cassis de Dijon*, Aff. C-120/78, *Rec. C.J.C.E.*, 1979, p. I-00649

CJCE, 27 septembre 1979, *Eridania,* Aff. C-230/78, *Rec. CJCE*, 1979, p. I-02749.

CJCE, 28 octobre 1980, *S.A. Roquette Frères*, Aff. C-138 et 139/79, *Rec. CJCE*, 1980, p. I-03399.

CJCE 16 décembre 1980, *État néerlandais c/ R. Rüffer,* Aff. C-814/79, *Rec. CJCE*, 1980, p. I- 03807.

CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-149/79, *Rec. CJCE*, 1980, p. I-00388

CJCE, 5 mai 1981, *Commission c/ Royaume-Uni,* Aff. C-807/79, *Rec. CJCE*, 1981, p. I-01075.

CJCE, 9 décembre 1981, *Commission c/ Italie*, Aff. C-193/80, *Rec. CJCE*, 1981, p. I-03019.

CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, Aff. C-8/81, *Rec. CJCE,* 1982, p. I-00053.

CJCE, 2 février 1982, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-68 à 73/81, *Rec. CJCE*, 1982, p. I-00153.

CJCE, 2 mars 1982, *BV Industrie Diensten Groep*, Aff. C-06/81, *Rec. CJCE*, 1982, p. I-00107.

CJCE, 25 mai 1982, *Commission c/ Pays Bas*, Aff. C-97/81, *Rec. CJCE*, 1982, p. I-01063.

CJCE, 24 novembre 1982, *Commission c/ Irlande*, Aff. C-249/81, *Rec. CJCE*, 1982, p. I-04005.

CJCE, 14 décembre 1982, *procureur de la République c/ waterkeyn*, Aff. C-314/81, *Rec. CJCE*, 1982, p. I-04337.

CJCE, 22 septembre 1983, *Auer c/ Ministère public*, Aff. C-271/82, *Rec. CJCE,* 1983, p. I-02727.

CJCE, 13 décembre 1983, *Apple Peen Development Council and Levis,* Aff. C-222/82*, Rec. CJCE,* 1983, p. I-04083.

CJCE, 15 décembre 1983, *Rienks,* Aff. C-5/83, *Rec. CJCE*, 1983*,* p. I-04233.

CJCE, 10 avril 1984, *Sabine von Colson et Elisabeth Kaman c/ Land Nordrhein-Westfalen*, Aff. C-14/83, *Rec. CJCE*, 1984, p. I-01891.

CJCE, 14 novembre 1984, *Intermills c/ Commission*, Aff. C-323/82, *Rec. CJCE*, 1984, p. I-03809.

CJCE, 14 novembre 1984, Aff. C-323/82, *Intermills c/ Commission européenne*, *Rec. CJCE*, 1984, p. I-3809 ;

CJCE, 30 janv. 1985, *Commission c/ Rép. Française*, Aff. 290/83, *Rec. CJCE*, 1985, p. I-00439.

CJCE, 09 mai 1985, *Commission c/ France*, Aff. C-21/84, *Rec. CJCE,* 1985, p. I-01355.

CJCE, 18 juin 1985, *IGAV*, Aff. C-94/74, *Rec. CJCE*, 1985, p. I-00699.

CJCE, 18 juin 1985*, Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, faf. 197/84, *Rec. CJCE*, 1985, p. I-01819.

CJCE, 28 janvier 1986, *Commission/France*, Aff. C-270/83, *Rec. CJCE*, 1986, p. I-00273.

CJCE, 26 février 1986, *Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Aff. C-152/84, *Rec. CJCE*, 1986, p. I-00723.

CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « les verts » c/ Parlement européen*, *Rec. CJCE*, Aff. C-294/83, 1986, p. I-01366.

CJCE, 15 mai 1986, *Johnson c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Aff. C-222/84, *Rec. CJCE*, 1986, p. I-02354.

CJCE, 10 mars 1987, *Commission c/ République italienne*, Aff. C- 199/85, *Rec.*

CJCE, 1987, p. I-01039.

CJCE, 16 juin 1987, *Italie c/ Commission*, Aff. C-118/85, *Rec. CJCE*, 1987, p. I-02599.

CJCE, 09 juillet 1987, *Allemagne c/ Commission*, Aff. C-281 à 287/85, *Rec. CJCE*, 1987, p. I-03203.

CJCE, 1er octobre 1987, *VVR,* Aff. C-311/85, *Rec. CJCE*, 1987, p. I-03801.

CJCE, 8 octobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, Aff. C-80/86, *Rec. CJCE*, 1987, p. I-03969.

CJCE, 14 octobre 1987, *Allemagne c/ commission*, Aff. C-248/84, *Rec. CJCE,* 1987, p. I-04013.

CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, Aff. C-314/85, *Rec. CJCE,* 1987, p. I-04199.

CJCE, 14 octobre 1987, *Allemagne c/ Commission*, Aff. C-248/84, *Rec. CJCE*, 1987, p. I-04013.

CJCE, 3 mars 1988, *Allen and Handburry c/Generics (UK),* Aff. C-434/85, *Rec. CJCE*, 1988, p. I-01245.

CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes c/ État des Pays-Bas*, Aff. C-31/87, *Rec. CJCE*, 1988, p. I-04635.

CJCE, 22 septembre 1988, *Commission c/ Irlande*, Aff. C-45/87, *Rec. CJCE*, 1988, p. I-04929.

CJCE, 27 septembre 1988, *Grèce c/ Conseil*, Aff. C-204/86, *Rec. CJCE*, 1988, p. I-05323.

CJCE, 18 mai 1989, *Royal Pharmaceutical Society of Great Britain,* Aff. Jtes, C-266 et 267/87, *Rec. CJCE*, 1989, p. I-01295.

CJCE, 30 mai 1989, *Commission c/ Conseil*, Aff. C-242/87, *Rec. CJCE*, 1989, p. I-01425.

CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo*, *Spa c. Commune de Milan*, Aff. C-103/88, *Rec. CJCE,* 1989, p. I-01839.

CJCE, 5 décembre 1989, *Commission/Italie*, Aff. C-3/88, *Rec. CJCE*, 1989, p. I-04035.

CJCE, 22 février 1990, *CECA c/ Faillite Acciaierie e Ferriere Busseni*, Aff. C-221/88, *Rec. CJCE*, 1990, p. I-00495.

CJCE, 12 juin 1990, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-8/88, *Rec. CJCE*, 1990, p. I-02321.

CJCE, 12 juillet 1990, *Foster e.a. c/ British Gas*, Aff. C-188/89, *Rec. CJCE,* 1990, p. I-03313.

CJCE, *ord*., 13 juillet 1990, *Zwartveld*, Aff. C-2/88, *Rec. CJCE*, 1990, p. I-03365.

CJCE, 10 juillet 1990, *Hansen*, Aff. C-326/88, *Rec. CJCE*, 1990, p. I-02911.

CJCE, 12 décembre 1990, *Hennen Olie*, Aff. C-302/88, *Rec. CJCE*, 1990, p. I-04625.

CJCE, 27 novembre 1991, *Annegret Bleis*, Aff. C-4/91, *Rec. CJCE*, 1991, p. I-05627.

CJCE, 17 octobre 1991, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-58/89, *Rec. CJCE*, 1991, p. I-04983.

CJCE, 13 décembre 1991, *Commission c. Italie*, Aff. C-33/90, *Rec. CJCE*, 1991, p. I-6001.

CJCE, 23 avril 1991, *Hofner*, Aff. C-41/90, *Rec. CJCE*, 1991, p. I-01979.

CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH*, Aff. C-364/92, *Rec. CJCE*, 1994, p. I-00043.

CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, Aff. Jtes, C-159/91 et C-160/91, *Rec. CJCE*, 1993, p. I-00637.

CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, Aff. C-320/91, *Rec. CJCE*, 1993, p. I-02533.

CJCE, 2 août 1993, *Pilar Allué*, Aff. C-259/91 et C-332/91, *Rec. CJCE,* 1993, p. I-04309.

CJCE, 27 octobre 1993, *Decoster*, Aff. C-69/91, *Rec. CJCE*, 1993, p. I-05335.

CJCE, 15 décembre 1993, *Ruth Hünermund et autres contre Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, Aff. C-292/92, *Rec. CJCE*, 1993, p. I-06787

CJCE, 22 mars 1994, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-375/92, *Rec. CJCE*, 1994, p. I-00923;

CJCE, 24 mars 1994, *Commission c/ Royaume-Uni*, Aff. C-40/92, *Rec. CJCE*, 1994, p. I-00989.

CJCE, 13 avril 1994, *République fédérale d'Allemagne et Pleuger Worthington GmbH contre Commission des Communautés européennes*, *Rec. CJCE,* 1994, p. I-01173.

CJCE, 26 avril 1994, *Commission c/ Italie*, Aff. C-272/91, *Rec. CJCE*, 1994, p. I-01409.

CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori c/ Recreb*, Aff. C-91/92, *Rec. CJCE*, 1994, p. I-03325.

CJCE, 11 août 1995, *Société Edouard Dubois et fils SA, General Cargo Service S.A c/ Garonor Exploitation S.A.*, Aff. C-16/94, *Rec. CJCE*, 1995, p. I-02432.

CJCE, 14 septembre 1995, *Simitzi*, Aff. Jtes C-485/93 et C-486/93*, Rec. CJCE*, 1995, p. I-02655.

CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, Aff. C-415/93, *Rec. CJCE,* 1995, p. I-05040.

CJCE, 5 mars 1996*, Brasserie du pêcheur et Factorame,* Aff. C-46/93 et C-48/93, *Rec. CJCE,* 1996, p. I-01029.

CJCE, avis, 2/94 du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme*, *Rec. CJCE*, 1996, p. I-01759.

CJCE, 30 avril 1996, *Pays-Bas c/ Conseil*, Aff. C-58/94, *Rec. CJCE*, 1996, p. I-02169.

CJCE, 2 juillet 1996, *Commission des Communautés européennes c. Grand-duché de Luxembourg,* Aff. C-473/93, *Rec. CJCE,* p. I-03207.

CJCE, *ord*. 21 mars 1997, *Région wallonne c/ Commission*, Aff. C-95/97, *Rec. CJCE*, 1997, p. I-01787.

CJCE, *ord*., 1er octobre 1997, *Regione Toscana/Commission*, Aff. C-180/97, *Rec. CJCE*, 1997, p. I- 05245.

CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.,* Aff. C-44/96, *Rec. CJCE,* 1998, p. I-00073.

CJCE, 1er octobre 1998, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, faf. C-71/97, *Rec. CJCE*, 1998, p. I-05991.

CJCE, 15 octobre 1998, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-326/97, *Rec. CJCE*, 1998, p. I-06107.

CJCE, 29 octobre 1998, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-114/97, *Rec. CJCE,* 1998, p. I-06717.

CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV*, Aff. C-360/96, *Rec. CJCE,* 1998, p. I-06821.

CJCE, 1er décembre 1998, *Ecotrade*, Aff. C-200/97, *Rec. CJCE*, 1998, p. I-07907.

CJCE, du 17 décembre 1998, *Commission/Irlande*, Aff. C-353/96, *Rec. CJCE*, 1998, p. I-08565.

CJCE, 21 janvier 1999*, Commission. c/ Belgique,* Aff. C-347/97*, Rec. CJCE,* 1999, p. I-0309.

CJCE, 1er juin 1999, *Konle*, Aff. C-302/97, *Rec*. *CJCE,* 1999, p. I-03099.

CJCE*,* 18 novembre 1999, *Teckal*, Aff. C-107/98*, Rec. CJCE*, 1999, p. I-08121.

CJCE, 8 février 2000, *Emesa Sugar*, Aff. C-17/98, *Rec. CJCE,* 2000, p. I- 00675.

CJCE, 9 mars 2000, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-355/98, *Rec. CJCE*, 2000, p. I-01221.

CJCE, 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, Aff. C-343/98, *Rec. CJCE*, 2000, p. I-06659.

CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, Aff. C-380/98, *Rec. CJCE*, 2000, p. I-08035.

CJCE, 1er février 2001, *Commission/France*, Aff. C -237/99, *Rec. CJCE,* 2001*,* p. I-00961.

CJCE, 10 mai 2001, *Agorà et Excelsior*, Aff. Jtes, C-223/99 et C-260/99, *Rec. C.CE*, 2001, p. I-03605.

CJCE, 31 mai 2001, *Commission c/ Italie*, Aff. C-283/99, *Rec. CJCE*, p. I-04363.

CJCE, 22 novembre 2001, *Nederlandse Antillen/Conseil*, Aff. C-452/98, *Rec. CJCE*, 2001, p. I-08973.

CJCE, 2 mai 2002, *Commission c/ République française*, Aff. C-292/99*, Rec. CJCE*, 2002, p. I-04097.

CJCE, 16 mai 2002*, France c/ Commission (arrêt dit "Stardust"),* Aff. C-482/99*, Rec. CJCE,* 2002, p. I-04397.

CJCE*, 5 novembre 2002*, *Commission c./ Danemark*, Aff. C-467/98, *Rec.CJCE*, 2002, p. 1-09519

CJCE, 12 décembre 2002*, Universale-Bau e.a.,* Aff. C-470/99, *Rec. CJCE*, 2002, p. I-11617.

CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, Aff. C-373/00, *Rec. CJCE*, 2003, p. I-01931.

CJCE, 15 mai 2003, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-214/00, *Rec. CJCE*, 2003, p. I-04667.

CJCE, 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, Aff. C-405/01, *Rec. CJCE,* 2003, p. I-10391.

CJCE, 30 septembre 2003, *Albert Anker*, aff. C-47/02, *Rec. CJCE*, 2003, p. I-10447.

CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Republik Österreich*, Aff. C-224/01, *Rec. CJCE*, 2003, p. I-10239.

CJCE, 30 septembre 2003, *Traghetti*, Aff. C-224/01, *Rec. CJCE,* 2003, p. I.10239.

CJCE, 9 décembre 2003*, Commission c/ Italie,* Aff. C-129/00, *Rec. CJCE,* 2003, p. I-14437.

CJCE, 5 février 2004, *Reiser International Transporte*, Aff. C-157/02, *Rec. CJCE*, 2004, p. I-01477.

CJCE, 4 mars 2004, *République fédérale d'Allemagne c. Commission des Communautés européennes,* Aff. C-344/01, *Rec. CJCE*, 2004, p. I-02081.

CJCE, 10 juin 2004, *Commission c/ Italie*, Aff. C-87/02, *Rec. CJCE*, 2004, p. I-05975.

CJCE, 14 octobre 2004, *Commission c/ France*, Aff. C-340/02, *Rec. CJCE*, 2004, p. I-09845.

CJCE, 14 octobre 2004, *Omega pielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn,* Aff. C-36/02, *Rec. CJCE,* 2004, p. I-09609.

CJCE, 15 mars 2005, *Royaume d'Espagne c/ Eurojust*, Aff. C-160/03, *Rec. CJCE*, 2005, p. I-02077.

CJCE, 2 mai 2006, *Regione Siciliana c/ Commission,* Aff. C-417/04*, Rec. CJCE,* 2006, p. I-03881.

CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c/ République italienne,* Aff. C-173/03, *Rec. CJCE,* 2006, p. I-05177.

CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal c. Commission*, Aff. C-88/03, *Rec. CJCE*, p. I-07115.

CJCE, 6 septembre 2006*, République Portugaise c/ Commission,* Aff. *C-88/03, Rec. CJCE,* 2006, p. I--07115.

CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Aff. C-145/04, *Rec. CJCE*, 2006, p. I-07917.

CJCE, 26 octobre 2006, *Commission c/ Finlande*, Aff. C-159/06, *Rec. CJCE*, 2006, p. I-00114.

CJCE, 17 avril 2007, *A.G.M.-COS.MET Srl c/ Suomen valtio,* Aff. C-470/03, *Rec. CJCE*, 2007, p. I-02749.

CJCE, 19 avril 2007, *Farrell*, Aff. C-356/05, *Rec. CJCE*, 2007, p. I-03067.

CJCE*, 24 avril 2007*, *Commission c./ Pays-Bas*, *Aff. C-523/04, Rec. CJCE,* 2007, p. I-03267.

CJCE, 29 novembre 2007, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-404/05, *Rec. CJCE*, 2007, p. I-10239.

CJCE, 29 novembre 2007, *Commission c/ Autriche*, Aff. C-393/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-10195.

CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk* e.a., Aff. C-337/06, *Rec. CJCE*, 2007, p. I- 11215.

CJCE, 13 décembre 2007, *Commission c/ Italie*, Aff. C-465/05, *Rec. CJCE,* 2007, p. I-11091.

CJCE, 11 mars 2008 *Commission c/ France*, faf. C-89/07, *Rec. CJCE*, 2008, p. I-00045.

CJCE, 1er avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, C-212/06, *Rec. CJCE*, 2008, p. I-00178.

CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, Aff. C-393/06, *Rec. CJCE*, 2008, p. I-02339.

CJCE, Grande Chambre, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Aff. Jtes. C-402/05 et C-415/05, *Rec. CJCE*, 2008, p. I-06351.

CJCE, 11 septembre 2008, *Ugt-Rioja*, Aff. Jtes C-428/06 à 438/06, *Rec. CJCE*, 2008, p. I-06747.

CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki,* Aff. C-213/07, *Rec. CJCE*, 2008, p. I-09999.

CJCE, 22 décembre 2008, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-189/07, *Rec. CJCE*, 2008, p. I-00195.

CJCE, 22 décembre 2008, *Commission/Autriche*, Aff. C-161/07, *Rec. CJCE*, 2008, p. I-10671.

CJCE, 5 mars 2009, *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)*, Aff. C-222/07, *Rec. CJCE*, 2009, p. I-01407.

CJCE, 23 avril 2009, *Commission c/ Grèce*, Aff. C-331/07, *Rec. CJCE,* 2009, p. I-00060.

CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns,* Aff. C-300/07, *Rec. CJCE,* 2009, p. I-04779.

CJCE, 16 juillet 2009, *Marc Horvath c/ Secretary of States for Environment, Food and Rural Affair*, Aff. C-428/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I- 06355.

CJUE, 4 mars 2010, *Commission c/ Irlande*, Aff. C-222/08, *Rec. CJUE*, 2010, p. I-.01669.

CJUE, 29 avril 2010, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-160/08, *Rec. CJUE,* 2010, p. I-03713.

CJUE, 8 juillet 2010, *Commission c/ République italienne*, Aff. C-334/08, *Rec. CJUE*, 2010, p. I-06869.

CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, Aff. C-409/06, *Rec. CJUE*, 2010, p. I-06667.

CJUE, 22 décembre 2010, *Commission c/ Pologne (soutenue par la République de Lituanie)*, Aff. C-385/08, *Rec. CJUE*, 2010, p. I-00178.

CJUE, avis, 8 mars 2011, *Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire*, Avis 1/09, *Rec. CJUE*, 2011, p. I-01137.

CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-47/08, *Rec. CJUE*, 2011, p. I-04105.

CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ France*, Aff. C-50/08, *Rec. CJUE*, 2011, p. I-04195.

CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Luxembourg*, Aff. C-51/08, *Rec. CJUE*, 2011, p. I-04231.

CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Portugal,* Aff. C-52/08, *Rec. CJUE*, 2011, p. I-04275.

CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Autriche*, Aff. C-53/08, *Rec. CJUE*, 2011, p. I-04309.

CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-54/08, *Rec. CJUE*, 2011, p. I-04355.

CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Grèce*, Aff. C-61/08, *Rec. CJUE*, 2011, p. I-04399.

CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne c/ Governement of Gibraltar et Royaume-Uni*, Aff. Jointes C-106/09 et C-107/09, *Rec. CJUE*, 2011, p. I-11113.

CJUE, 24 novembre 2011, *Commission c/ Italie*, Aff. C-379/10, *Rec. CJUE*, 2011, p. I-00180.

CJUE, Grande chambre, 17 janvier 2012, *Salemink*, Aff. C-347/10, publié au recueil numérique.

CJUE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, Aff. C-282/10, publié au recueil numérique.

CJUE, Grande chambre, 22 mai 2012, *PI c/ Oberbugermeisterin Stadt Reimscheit* ; Aff. C-348/08, publié au recueil numérique.

CJUE, 4e ch, 7 juin 2012, *Insinoritoimisto Ins Tumi Oy*, Aff C615/10, publié au recueil numérique.

CJUE, 19 juillet 2012, *Ahmed Mahamdia C/Algerie* Aff C-154/11, publié au recueil numérique.

CJUE, 6 septembre 2012, *Philips electronics UK*, Aff. C-18/11, publié au recueil numérique.

CJUE, 4 octobre 2012, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-403/11, publié au recueil numérique.

CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie c/ Slovaquie*, Aff. C-364/10, publié au recueil numérique.

CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, Aff. C-617/10, publié au recueil numérique.

CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, Aff. C-399/11 publié au recueil numérique.

CJUE, 12 décembre 2013, *Portgás*, Aff. C-425/12, publié au recueil numérique.

CJUE, 19 décembre 2013, *Fish Legal et Shirley*, Aff. C-279/12, publié au recueil numérique.

CJUE, 2e ch., 13 février 2014, *Commission/Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord,* Aff. C-530/311, publié au recueil numérique.

CJUE, 27 février 2014, *OSA*, Aff. C-351/12, publié au recueil numérique.

CJUE, 10 septembre 2014, *Iraklis Haralambidis c/ Calogero Casilli*, Aff. C-270/13, publié au recueil numérique.

CJUE, 2e ch., 17 septembre 2014, *Commerz Nederland contre Havenbedriff Rotterdam*, Aff. C-242/13, publié au recueil numérique.

CJUE, 2 octobre 2014, *Orgacom c/ Vlaamse Landmaatschappij*, Aff. C-254/13, publié au recueil numérique.

CJUE, 25 novembre 2010, *Fuß*, Aff. C-429/09, publié au recueil numérique.

CJUE, 9 septembre 2015, *Ferreira Da Silva e Brito e.a.*, Aff. C-160/14, publié au recueil numérique.

CJUE, *Gde Ch.*, 6 octobre 2015, *Dragoș Constantin Târșia contre Statul român et Serviciul public comunitar regim permise de conducere și înmatriculare a autovehiculelor*, aff. C-69/14, publié au recueil numérique.

CJUE, 21 janvier 2016, *Commission/Chypre*, Aff. C-515/14, publié au recueil numérique.

CJUE, 30 juin 2016, *Silvia Georgiana Câmpean c/ Administrația Finanțelor Publice a Municipiului Mediaș et Administrația Fondului pentru Mediu*, Aff. C-200/14, publié au recueil numérique.

CJUE, 1ère Ch., 28 juillet 2016, *Milena Tomášová contre Slovenská republika - Ministerstvo spravodlivosti SR et Pohotovosť s.r.o*, Aff. C-168/15, publié au recueil numérique.

CJUE, 13 juillet 2016, *Johachim Popperl c/Land Nordrhein-Westfalen*, Aff. C-187/15, publié au recueil numérique.

CJUE, 4 février 2016, *Ince*, Aff. C-336/14, publié au recueil numérique.

CJUE, 19 avril 2016, *DI*, Aff. C-441/14, publié au recueil numérique.

CJUE, ord. 24 mai 2016, *Leonmobili et Leone*, Aff. C-353/15, publié au recueil numérique.

CJUE, 5 juillet 2016, *Ognyanov*, Aff. C-614/14, publié au recueil numérique.

CJUE, 28 juillet 2016, *Tomasova*, Aff. C-168/15, publié au recueil numérique.

Arrêts du Tribunal de Première Instance.

TPICE, 2 juillet 1972, *Dansk Pelsdysavlerforening*, Aff. T-61/69, *Rec.* II, p.II-01937,

TPICE, 23 janvier 1991, *Prodifarma c Commission*, Aff. T-3/90, *Rec.,* 1991, p. II-00001.

TPICE, 12 décembre 1996, *Air France c/ Commission*, Aff. T-358/94, *Rec.*, 1996, p. II-02109.

TPICE, 30 avril 1998, *Vlaams Gewest/Commission*, Aff. T-214/95, *Rec*., 1998, p. II-00717.

TPICE, *ord*., 16 juin 1998, *Comunidad Autónoma de Cantabria/ Conseil*, Aff. T-238/97, *Rec.,* 1998, p. II-02271;

TPICE, 10 février 2000, *Nederlandse Antillen/Commission*, Aff. Jointes T-32 et 42/98, *Rec*., 2000, p. II-00201

TPICE, 4 avril 2001, *Région Friuli Vénézia Giulia c/. Commission*, Aff. T-288/97, *Rec.,* 2001, p. II-01169.

TPICE, *ord.*, 8 juillet 2004, *Regione Siciliana/Commission*, Aff. T-341/02, *Rec*. p. II-02877 ;

TPICE*,* 26 juin 2008, *SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA c/ Comm. CE,* Aff. T-442/03*, Rec.* 2008, p. II-01161*.*

TPICE, 18 décembre 2008, *Government of Gibraltar et Royaume-Uni c/ Commission,* Aff. T-211/04 et T-215/04*, Rec.,* 2008, p. II-03745.

TPICE, 11 février 2009, *IRride SPA*, Aff.T-25/07, *Rec*., 2009, p. II-00245.

Tribunal UE, 28 mai 2013, *Trabelsi e.a. / Conseil*, Aff. T-187/11, publié au recueil numérique.

<u>Conclusions d'avocats généraux.</u>

Conclusions de l'avocat général M. Mayras, présentées le 12 février 1974, dans l'affaire *Sotgiu*, Aff. C-152/73.

Conclusions de l'avocat général Sir Gordon, présentées le 18 septembre 1985, dans *l'affaire Marshall*, faf. C- 152/84.

Conclusions de l'avocat général A. La Pergola, présentées le 18 mai 1995, dans l'affaire *Dubois et Cargo c/ Garonor,* Aff. C-16/94.

Conclusions de l'avocat général G. Tesauro, présentées le 28 novembre 1995, dans l'affaire *Pays-Bas c/ Conseil*, Aff. C-58/94.

Conclusions de l'avocat général J. Mischo, présentées le 26 mars 1998, dans l'affaire *Commission c/ Espagne*, Aff. C-71/97.

Conclusions de l'avocat général A. Tizzano, présentées le 5 juillet 2001, dans l'affaire *Commission c/ France*, Aff. C-292/99

Conclusions de l'avocat général Jacobs, présentées le 13 décembre 2001, dans l'affaire *Stardust*, Aff. C-482/99.

Conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro, présentées le 16 décembre 2004 dans le cadre de l'affaire *Royaume d'Espagne c. Eurojust,* Aff. C-160/03.

Conclusions de l'avocat général D. Ruiz Jarabo Colomer, présentées le 12 janvier 2006, dans l'affaire *Regione Siciliana c/ Commission,* Aff. C-417/04

Conclusions de l'avocat général J. Kokott, présentées le 4 septembre 2008, dans l'affaire *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)*, Aff. C-222/07.

Conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro, présentées le 8 octobre 2008, dans l'affaire *Michaniki*, Aff. C-213/07.

Conclusions de l'avocat général T. Verica, présentées le 3 février 2009, dans l'affaire *Horvat*, Aff. C-428/07.

Conclusions de l'avocat général P. Cruz Villalon, présentées le 14 septembre 2010, dans : Aff. C-47/08 *Commission européenne c/ Royaume de Belgique ;* Affaire C-50/08 *Commission européenne c/ République française* ; Affaire C-51/08 *Commission européenne contre Grand-duché de Luxembourg* ; Aff. C-53/08 *Commission européenne c/ République d'Autriche* ; Aff. C-54/08 *Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne* ; Aff. C-61/08 *Commission européenne contre République hellénique*.

Conclusions de l'avocat général Y. Bot, présentées le 6 mars 2012, dans l'affaire *Hongrie c/ Slovaquie*, C-364/10.

Conclusions de l'avocat général Nils Wahl, présentées le 18 septembre 2013, dans l'affaire *Portgas*, Aff. C-425/12.

2) Cour européenne des droits de l'homme (et ancienne Commission européenne des droits de l'homme)

Cour EDH, 1er juillet 1961, *Lawless c/ Irlande,* req. N° 332/57.

Commission EDH, 11 janvier 1967, *Autriche c/ Italie*, req. N° 788/60, *Ann. De la Commission* EDH, vol. 4, p. 139.

Cour EDH, 21 février 1975*, Golder c. Royaume-Uni*, req. N°4451/70, série A n° 18.

Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, req. N° 5493/72.

Cour.EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. N° 5310/71.

Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. N° 5856/72.

Cour EDH, 10 décembre 1982, *Foti et autres c. Italie*, req. N° 7604/76 ; 7719/76 ; 7781/77 ; 7713/77, *série A* n° 56, p. 21.

Cour EDH, 13 juillet 1983, *Zimmermann et Steiner c. Suisse*, req. N° 8737/79, *série A* n° 66, p. 13.

Commission EDH, 6 décembre 1983, *France, Norvège, Danemark et Pays-Bas c/ Turquie*, req. N° 9940 à 9944/82.

Cour. EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, req. N° 7819/77 et 7878/77.

Cour EDH, 21 février 1986, *James c/ Royaume-Uni*, req. N° 8793/79.

Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, req. N° 9815/82, *série A* n° 103, p. 28.

Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayat c. Belgique*, req. N° 9267/81.

Cour EDH, 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, req. N° 10328/83.

Commission EDH, 14 décembre 1988, *Commune de Rothenthurm c. Suisse*, req. N° 13252/87.

Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, req. N° 14038/88.

Commission EDH, 12 juillet 1989, *Rommelfanger c/ République fédérale d'Allemagne,* req. N° 12242/86, DR 62, p. 151.

Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin c/ France,* req. N° 11801/85.

Commission EDH, 7 janvier 1991, *Rouit et Navarro c. France*, *D.R*. 68, p. 67

Commission EDH, 19 mars 1991, *Affaire Stocké c. / R.F.A*., Série A. p. 199.

Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah c/ Royaume-Uni*, req. N° 13163/87. 13164/87 et 13165/87.

Cour EDH, 26 novembre 1992, *Francesco Lombardo c. Italie,* req. N° 11519/85, série A n° 249-B.

Cour EDH, 26 mai 1993, *Brannigan et Mc Bride c/ Royaume-Uni,* req. N° 14553/89 et 14554/89.

Cour EDH, 24 août 1993, *Massa c. Italie*, req. N° 14399/88, série A n° 265-B, p. 20.

Commission EDH, 23 novembre 1993, *Affaire A c/ France,* Série A. 277 B.

Cour EDH, 22 février 1994, *Raimondo c/ Italie*, req. N° 12954/87.

Cour EDH, 23 septembre 1994, *Jersild c/ Danemark*, req. N° 15890/89.

Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffinerie grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, req. N° 13427/87.

Cour. EDH, 9 décembre 1994, *Saints Monastères c/ Grèce*, req. N° 13092/87 et 13984/88, Série A, n° 301-A.

Cour EDH, 9 décembre 1994, *Shouten et Meldrum c/ Pays-Bas,* req. N° 19005/91 et 19006/9.

Cour EDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires),* requête n° 15318/89.

Cour EDH, 26 avril 1995, *Fischer c/ Autriche*, req. N° 16922/90.

Commission EDH*,* 28 juin 1995*, Consejo General de Colegios Oficiales de Economistas de España c/ Espagne,* req. N° 26114/95 et 26455/95*.*

Cour EDH, 27 septembre 1995, *Mc. Cann e.a. c/ Royaume-Uni*, req. N° 19984/91.

Commission EDH, 11 avril 1996*, Finska Församlingen I Stockholm, Hautaniemi c/ Suède,* n° 24019/94*, DR 85,* p. 94

Cour EDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. N° 19776/92.

Cour EDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c/ Turquie (fond*), req. N° 15318/89, *Rec*. 1996-IV, p. 2217.

Cour EDH, 17 mars 1997, *Neigel c. France*, *Rec.* 1997-II, p. 411.

Cour EDH, 2 septembre 1997, De *Santa c. Italie*, *Lapalorcia c. Italie* et *Abenavoli c. Italie*, *Recueil*1997, p. 1663.

Cour EDH, 2 septembre 1997, *Nicodemo c. Italie*, *Recueil* 1997-V, p. 1703.

Commission EDH, 8 septembre 1997*, RENFE c/ Espagne, n° 35216/97, Décisions et rapports (DR) 90,* p. 179.

Cour.EDH, arrêt, 26 septembre 1997, *RMD c/ Suisse*, req. N° 19800/92.

Cour EDH, 26 septembre 1997, *El boujaidi c/ France,* req. N° 25613/97.

Cour EDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie contre Turquie*, req. N° 133/1996 et 752/951.

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

Cour EDH, 9 juin 1998, *Cazenave de la Roche c. France*, *Rec.*1998-III.

Cour EDH, 29 juillet 1998, *Le Calvez c. France*, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V, p. 1900.

Cour EDH, 24 août 1998, *Benkessiouer c. France*, *Recueil* 1998-V, p. 2287.

Cour EDH, 24 août 1998, *Couez c. France*, *Recueil* 1998-V, p. 2265.

Cour EDH, 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c/ France*, req. N° 55/1997/839/1045.

Cour EDH, 5 octobre 1999, *Grantzner c/ France*, série A, n° 304.

Cour EDH, 28 octobre 1999*, Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c. France*, req. N° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96.

Cour EDH, arrêt, 28 octobre 1999, *Affaire Wille c. Liechtenstein*, req. N° 28396/95.

Cour EDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu c. Roumanie*, req. N° 28342/95.

Cour EDH, décision sur la recevabilité, 23 novembre 1999, *Section de commune d'Antilly c. France*, req. N° 45129/98 ;

Cour EDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, req. N° 28541/95.

Cour EDH, 28 mars 2000, *Baranowski c/ Pologne*, req. N° 28358/95.

Cour EDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. N° 34369/97.

Cour EDH, 6 avril 2000, *Labita c/ Italie*, req. N° 26772/95.

Cour EDH, 10 avril 2003, *Papastavrou et autres c/ Grèce*, req. N° 46372/99.

Cour.EDH, 4 juillet 2000, *Senator Lines c/ 15 Etats-Membres de l'Union européenne*, req. N° 56672/00.

Cour EDH, 11 juillet 2000, *Kepka c/ Pologne*, req. N° 31439/96 et 35123/97.

Cour EDH, gde ch., 5 octobre 2000, *Maaouia c/ France*, req. n° 39652/98, *Rec.* 2000.

Cour EDH, 20 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*, req. N° 30985/96.

Cour EDH, 26 octobre 2000, *Kulda c/ Pologne*, req. N° 30210/96.

Cour EDH, 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, req. N° 27238/95.

Cour EDH, décision sur la recevabilité, 1er février 2001*, Ayuntamiento de Mula c./ Espagne*, n° 55346/00.

Cour EDH, 1er mars 2001, *Berktay c/ Turquie*, req. N° 22493/93.

Cour EDH, 10 mai 2001, *Chypre c/ Turquie*, req. N° 00025781/94.

Cour EDH, 12 juillet 2001*, Ferrazzini c/ Italie,* req. N° 44759/98.

Cour EDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c/ France*, req. N° 39298/98.

Cour EDH, 12 décembre 2001, *Bankovic et Co c/ Belgique, République Tchèque, Danemark, France, Allemagne, Portugal, Espagne, Turquie et le Royaume-Uni*, req. N° 52207/99.

Cour EDH, *12 décembre 2001, Sen c/ Pays-Bas,* req. N° 31465/96.

Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté / France,* req. N° 36515/97.

Cour EDH, 9 avril 2002, *Yazar, Karatas, Aksiy et Parti du Travail du Peuple c/ Turquie*, req. N° 22723/93, 22724/93, 22725/93.

Cour. EDH, 9 avril 2002, *Cissé c/ France*, req. N° 51346/99.

Cour EDH, 9 avril 2002, *Podkolzina c/ Lettonie*, req. N° 46726/99.

Cour EDH, 25 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni,* req. N° 2346/02.

Cour EDH, 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. N° 46295/99.

Cour EDH, 5 décembre 2002*, Giampiero Boso c/ Italie*, req. N° 50490/99.

Cour EDH, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, req. N° 42326/98.

Cour EDH, 12 mars 2003, *Ocalan c. Turquie*, requête No. 46221/99.

Cour EDH, décision sur la recevabilité, 11 avril 2002, *Christos Hatzitakis et les maires de Thermaikos et Mikra c/ Grèce*, req. N° 48391/99 et 48392/99.

Cour EDH, décision sur la recevabilité, 26 août 2003, *Breisacher c. France,* req. N° 76976/01.

Cour EDH, 26 août 2003, *Filippini c/ Saint Martin*, req. N° 10256/02.

Cour EDH, 23 septembre 2003, *Radio France et autres c/ France*, req. N° 53984/00.

Cour EDH, décision sur la recevabilité, 3 février 2004, *Gouvernement de la Communauté autonome du Pays basque c. Espagne*, Req. N° 29134/03 ;

Cour EDH, 17 février 2004, *Meastri c. Italie*, req. N° 39748/98.

Cour EDH, 16 novembre 2004, *Issa c. Turquie*, req. No. 31821/96.

Cour EDH, 8 avril 2004, *Affaire Assanidzé c/ Georgie*, req. N° 71503/01.

Cour EDH, 13 janvier 2005, *Emesa Sugar N.V. c/ Pays*-Bas, req. n° 62023/00

Cour EDH, décision sur la recevabilité, 10 mars 2005, *Dewinne c/ Belgique*, req. N° 56024/00.

Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Airline c/Irlande*, req. N° 45036/98.

Cour EDH, arrêt, 3 novembre 2005, *Marien c/ Belgique*, req. N° 46046/99.
Cour EDH, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, req. N° 36813/97.

Cour EDH, 27 juillet 2006, *Kanaïev c. Russie*, req. N° 43726/02.

Cour EDH, 26 septembre 2006, *société de gestion du port de campoloro c/France*, req. N° 57516/00.

Cour EDH, 28 septembre 2006, *Isaak c. Turquie*, req. N° 44587/98.

Cour EDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c/ France*, req. N° 65411/09.

Cour EDH, 25 janvier 2007, *Sissanis c. Roumanie*, req. N° 23468/02.

Cour EDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande,* req. N°63235/00.

Cour EDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande,* req. N° 63235/00

Cour EDH, 26 avril 2007, *Dimitru Popescu c. Roumanie*, req. N° 71525/01.

Cour EDH, Grande Chambre, 2 mai 2007, *Behrami et Behrami c/ France et Saramati c/ France, Allemagne et Norvège*, req. N° 71412/01 et 78166/01.

Cour EDH, décision sur la recevabilité, 27 septembre 2007, *Karagiannis c. Grèce*, req. N° 33408/05.

Cour EDH, 8 novembre 2007, *Lelievre c. Belgique*, req. N° 11287/03.

Cour EDH, arrêt, 27 novembre 2007, *Hamer c/ Belgique*, req. N° 21861/03.

Cour EDH, 13 décembre 2007, *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c/ Turquie*, req. N° 40998/98.

Cour EDH, 12 novembre 2008, *Demir Baykara c/Turquie*, req. N° 34503/97.

Cour EDH, 30 juin 2009, *Al-Saadoon and Mufdhi c. Royaume-Uni*, req. No. 61498/08.

Cour EDH, 1er mars 2010, *Demopoulos et autres c/ Turquie*, req. N° 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04.

Cour EDH, grande chambre, 23 mars 2010, Cudak c/ Lituanie, n° 15869/02.

Cour EDH, décision sur la recevabilité, 23 mars 2010, *Döşemealtı Belediyesi c. Turquie*, req. N° 50108/06.

Cour. EDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. N° 3394/03.

Cour EDH, 22 juin 2010, *Coeme et autres c/ Belgique*, req. N° 32496/96

Cour EDH, 2e sect.,9 novembre 2010, *Demirbas c/ Turquie*, n° 1093/08, n° 301/08, n° 303/08, n° 306/08, n° 309/08, n° 378/08, n° 382/08, n° 410/08, n° 421/08, n° 773/08, n° 883/08, n° 1023/08, n° 1024/08, n° 1036/08, n° 1260/08, n° 1353/08, n° 1391/08, n° 1403/08 et n° 2278/08.

Cour EDH, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, req. No. 55721/07.

Cour EDH, 27 septembre 2011, *Sisman et autres c/ Turquie*, req. N° 1305/05.

Cour EDH, Grande Chambre, 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*, req. N° 10593/08.

Cour EDH, 19 octobre 2012, *Catan et autres c/ Moldavie et Russie*, req. N° 43370/04, 8252/05 et 18454/06.

Cour EDH, 9 janvier 2013, *Oleksandr Volkov c/ Ukraine*, req. N° 21722/11

Cour EDH, 2 juillet 2013, *Východoslovenská vodárenská spoločnosť, a.s. c/ Slovaquie*, req. N° 40265/07.

Cour EDH, 9 juillet 2013, *Vona c/ Hongrie*, req. N° 35943/10.

Cour EDH, 12 mai 2014, *Chypre c/ Turquie (satisfaction équitable*), req. N° 25781/94.

Cour EDH, 27 mai 2014, *Mustafa Erdogan c/ Turquie*, req. N° 346/04 et 39779/04.

Cour EDH, 20 novembre 2014, *Jaloud c/ Pays-Bas*, req. N° 47708/0.

Cour EDH, 12 mai 2015, *Ljubljanska banka,* req.n° 29003/07.

Cour EDH, 15 décembre 2016, *M.P c/ Finlande*, req. N° 36487/12.

3) **Cour internationale de Justice et Cour Permanente de Justice Internationale.**

Consultable en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3>

CPJI, avis consultatif, 7 février 1923, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, série B, n° 4.

CPJI, arrêt, 17 août 1923, *Affaire du vapeur Wimbledon*, Série A, n°1.

CPJI, avis consultatif, 10 septembre 1923, *Colons allemands en Pologne*, *série B*, n° 6.

CPJI, arrêt, 5 avril 1933, *Statut juridique du Groenland oriental*, série A/B, n° 53.

CPJI, arrêt, 30 août 1924, *affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, *série A n° 2*.

CPJI, arrêt, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, *série A*, n°7.

CPJI, arrêt, 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus*, Série A, n° 10.

CPJI, arrêt, 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów (Allemagne/Pologne)*, *série A,* n° 17.

CPJI, *ord.*, 19 août 1929, *affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, *série A*, n° 22.

CPJI, avis consultatif, 10 septembre 1929, *Affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission Internationale de l'Oder*, *série B n° 23*.

CPJI, avis consultatif, 5 septembre 1931, *Régime douanier austro-allemand*, Série A/B n°41.

CPJI, avis consultatif, 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, série A/B n°44.

CPJI, arrêt, 5 avril 1933, *Statut juridique du Groenland oriental*, *série A/B* n°53.

CPJI, arrêt, 14 juin 1938, *Phosphate du Maroc (*exceptions préliminaires), série A/B, n°74.

CIJ, avis consultatif, 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, *Rec. CIJ*, 1949, p. 174.

CIJ, arrêt, 27 août 1952*, Droit des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, *Rec*. *CIJ,* 1952, p. 176.

CIJ, arrêt, 6 avril 1955, *Nottebohm*, *Rec. CIJ*, 1955, p. 4.

CIJ, arrêt, 26 mai 1961, *Temple de Preah Vihear*, *Rec. C.I.J.*, 1961, p. 6.

CIJ, arrêt, 20 février 1969, *Affaire du plateau continental de la mer du Nord*, *Rec. CIJ*, 1969, p. 25.

CIJ, arrêt, 5 février 1970, *Barcelona Traction (Belgique c/ Espagne),* (fond), *Rec. CIJ*, 1970, p. 3.

CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Securité*, *Rec. CIJ,* 1971, p. 16.

CIJ, arrêt, 20 décembre 1974, (fond), *Essais nucléaires*, *Rec. CIJ*, 1974, p. 253.

CIJ, arrêt, 24 mai 1980, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *Rec. CIJ*, 1980, p. 3.

CIJ, arrêt, 12 octobre 1984, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, *Rec. CIJ,* 1984, p. 246.

CIJ, *arrêt,* 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, (compétence et recevabilité), *Rec. CIJ*, 1984, p. 6.

CIJ, arrêt, 27 juin 1986, *affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, (Nicaragua c/ États-Unis d'Amérique),* (fond), *Rec. CIJ*, 1986, p. 14.

CIJ, *ord*., 14 avril 1992, *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockercbie, (Libye c/ États-Unis et Royaume-Uni), Rec. CIJ*, 1992, p. 1.

CIJ, arrêt, 30 juin 1995, *Affaire relative au Timor oriental (Portugal c/ Australie)*, *Rec. CIJ*, 1995, p. 90.

CIJ, arrêt, 11 juillet 1996, *Application de la Convention pour la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c/ Yougoslavie)*, (exceptions préliminaires) *Rec. CIJ*, 1996, p. 622.

CIJ, *ord*., 9 avril 1998, *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 1998, p. 248.

CIJ, *ord.,* 8 juin 1998, *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 1998, p. 272.

CIJ, *ord*., 3 mars 1999, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 1999, p. 9.

CIJ, avis consultatif, 29 avril 1999, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, Rec. CIJ,* 1999, p. 62.

CIJ, arrêt, 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c/ États-Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 2001, p. 466.

CIJ, arrêt, 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique), Rec. CIJ*, 2002, p. 3.

CIJ, 10 octobre 2002, *affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, *Rec. CIJ*, 2002, p. 303.

CIJ, *ord*., 5 février 2003, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c/ États-Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 2003, p. 77.

CIJ, arrêt, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique et États-Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 2004, p. 12.

CIJ, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *Rec. CIJ*, 2004, p. 136.

CIJ, arrêt, 19 décembre 2005, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (RDC c/ Ouganda)*, *Rec. CIJ,* 2005, p. 168.

CIJ, arrêt, 3 février 2006, *Activités armées au Congo (République Démocratique du Congo c/ Rwanda)*, *Rec. CIJ*, 2006, p. 6.

CIJ, arrêt, 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *Rec. CIJ*, 2007, p. 43.

CIJ, arrêt, 24 mai 2007*, AhmadouSadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* (exceptions préliminaires), *Rec. CIJ*, 2007, p. 169.

CIJ, *ord*., 16 juillet 2008, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c/ États-Unis*), *Rec. CIJ*, 2008, p. 311.

CIJ, arrêt, 3 février 2012, *Immunité juridictionnelle de l'État (Allemagne c/ Italie), Rec. CIJ*, 2012, p. 122.

CIJ, *ord*., 16 juillet 2008, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États- Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, 2008, p. 311.

CIJ, arrêt, 20 avril 2010*, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), Rec. CIJ*, 2010, p. 14.

CIJ, arrêt, 4 mai 2011, *Différend territorial et maritime Nicaragua c/ Colombie*, *Rec. CIJ*, 2011, p. 348.

CIJ, arrêt, 19 juin 2012, *Ahmadou Sadio Diallo, Guinée c/ RDC*, *Rec. CIJ*, 2012, p. 324.

CIJ, arrêt, 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, Belgique c/ Sénégal*, *Rec. CIJ*, 2012, p. 422.

CIJ, arrêt, 3 février 2015, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c/ Serbie), Rec. CIJ*, 2015, p. 56.

4) <u>Autres juridictions et instances arbitrales</u>

<u>-Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie.</u>

TPIY, 2 octobre 1995, *Tadic*, aff. IT-94-1-AR 72.

TPIY, 2e chambre, 5 juillet 1996 et 13 septembre 1996, *Le Procureur c. Rajic,* Aff.n° IT-95-12-R61.

TPIY, 7 mai 1997, *Le Procureur c/ Dusco Tadic alias « Dule »,* Aff. N° IT-94-1-T.

TPIY, chambre de première instance, 16 novembre 1998*, Le Procureur c/ Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias « Pavo », Hazim Delic et Esad Lanzo alias « Zenga » (affaire du camp de Celebici),* Aff. N° IT-96-21-T.

TPIY, chambre de première instance, 16 novembre 1998*, Le Procureur c/ Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias « Pavo », Hazim Delic et Esad Lanzo alias « Zenga » (affaire du camp de Celebici),* Aff. N° IT-96-21-T.

TPIY, 15 juillet 1999, *Le Procureur c. / Dusco Tadic*, Aff. N° IT-94-1-A

TPIY, 3 mars 2000, *Procureur c/ Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, point 100.

TPIY, 24 mars 2000, *Aleksovski*, aff. IT-95-14/1-A.

TPIY, chambre d'appel, 20 février 2001, *Le Procureur c/ Mucic et consorts (affaire Celebici*), Aff. N° IT-96-21-A.

TPIY, chambre de première instance, 31 mars 2003, *Le procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, IT-98-34.

Cour Pénale Internationale

CPI, chambre préliminaire (décision sur les confirmations de charge) I, 29 janvier 2007, Aff. N° ICC- 01/04-01/06.
CPI, chambre préliminaire, 15 juin 2009, *Bemba*, Aff. N° ICC-CPI-20160610-MA202.

CPI, Chambre de 1ere instance I, 14 mars 2012, *Le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, Aff. N° ICC-01/04-01/06.

CPI, Décision relative à la confirmation des charges, 24 mars 2016, *Le procureur c/ Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15.

CPI, Jugement portant condamnation, 27 septembre 2016, *Le Procureur c/ Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15.

Organisation Mondiale du Commerce

Rapport du groupe spécial, Canada – *Mesures affectant la vente des pièces de monnaie en or*, L/5863, 17 septembre 1985.
Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, DS23/R – 39S/233, 19 juin 1992.
Rapport du groupe spécial, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, 14 mars 1997.
Rapport du groupe spécial, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, WT/44DS/R, 31 mars 1998.*
Rapport du groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, 14 avril 1999.
Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS10/R, 13 octobre 1999.
Rapport du groupe spécial, États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, WT/DS152/R, 22 décembre 1999.
Rapport du Groupe spécial*, Australie – Mesures visant les importations de saumons-Recours du Canada* à l'article 21 :5, WT/DS18/RW, 18 février 2000.

Rapport du groupe spécial, *Corée – Diverses mesures affectant les importations de viande de bœuf fraiche, réfrigérée et congelée*, WT/S161 et 169/A/R, 11 décembre 2000.

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, WT/DS244/AB/R,* 15 décembre 2003.

Rapport du groupe spécial, *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, WT/DS276/R, 6 avril 2004,

Rapport du groupe spécial, *Corée – Navires de commerce*, WT/S273/R, 7 mars 2005.

Rapport du groupe spécial, *CE - Mesures compensatoires visant les semi conducteurs pour DRAM*, WT/DS299/R, 17 juin 2005.

Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/R, 12 juin 2007.

Rapport du groupe spécial, *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs*, WT/DS379/R, 22 octobre 2010.

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, 11 mars 2011.

Rapport du groupe spécial, Chine – *Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/S394, 395, 398/R, 5 juillet 2011.

Rapport du groupe spécial, États-Unis - *Mesures antidumping visant certaines crevettes en provenance du Viet Nam*, WT/DS404/R, 11 juillet 2011.

Rapport du groupe spécial, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/R, 15 septembre 2011.

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements et autres juridictions arbitrales

CIRDI :

Consultable en ligne :
< https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/advancedsearch.aspx >

C.IRDI, Sentence du 13 janvier 1997*, Cable television of Nevis, Ltd. Et al. c/ Fédération de Saint Christopher et Nevis,* Aff. N° ARB/92/2.

CIRDI, décision sur la compétence, 14 avril 1988*, Southern Pacific Properties c/ Égypte*, Aff. N° ARB/84/3.

CIRDI, décision sur la compétence du 24 décembre 1996*, Tradex Hellas S.A. c/ République d'Albanie*, Aff. N° ARB/94/2.

CIRDI, décision sur la compétence du 24 mai 1999, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (C.S.O.B.) c/ Slovaquie*, Aff. N° ARB/97/4.

CIRDI, Décision sur la compétence du 25 janvier 2000*, Maffezini c. Espagne,* Aff. N° ARB/97/7.

CIRDI, Sentence du 13 novembre 2000, *Maffezini c. Espagne,* Aff. N° ARB/97/7.

CIRDI, décision sur la compétence, 1er décembre 2000*, Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c./ République Slovaque*, Aff. N° ARB/97/4.

CIRDI, décision sur la compétence du 31 juillet 2001, *Affaire Salini, Costruttori SpA and Italstrade SpA c. Royaume du Maroc,* Aff. N° ARB/00/4.

CIRDI, décision d'annulation du 3 juillet 2002, *Compania de Agua del Aconquja s.a et Vivendi Universal (ex- Compagnie générale des eaux) c/ République d'Argentine*, Aff. N° ARB/97/3.

CIRDI, sentence du 24 janvier 2003*, Zhinvali Development Limited c/ République de Géorgie*, Aff. N° ARB/00/1.

CIRDI, Sentence du 22 décembre 2003, *Affaire Consortium RFCC c/ Royaume du Maroc*, Aff. N° ARB/00/6.

CIRDI, Sentence du 6 aout 2003, décision sur la compétence*, Société Générale de surveillance s.a. c/ République islamique de Pakistan*, Aff. ARB/01/13.

CIRDI, Sentence du 22 décembre 2003*, Affaire Consortium RFCC c/ Royaume du Maroc*, Aff. N° ARB/00/6.

CIRDI, sentence du 24 juillet 2008*, Biwater c/ République unie de Tanzanie*, Aff. N° ARB/05/22.

CIRDI, sentence du 12 octobre 2005*, Affaire Noble Ventures, Inc c/ Romania,* Aff. N° ARB/01/11.

CIRDI, sentence du 2 août 2006*, Inceysa Vallisoletana S.L. c/ République du Salvador,* Aff. N° ARB/03/26.

CIRDI, décision sur la compétence du 10 juin 2010, *Mobil Corporation Venezuela Holdings B.V. et al. c/ République bolivarienne du Venezuela*, Aff. N° ARB/07/27.
CIRDI, décision sur la compétence du 30 décembre 2010, *CEMEX Caracas Investments B.V. et CEMEX Caracas II Investments B.V. c/ République bolivarienne du Venezuela*, Aff. N° ARB/08/15,
CIRDI, décision sur la compétence du 18 février 2011, *ABCI c/ Tunisie*, Aff. N° ARB/04/15.
CIRDI, sentence du 2 août 2011, *Brandes Investment Partners, LP c/ République bolivarienne du Venezuela*, Aff. N° ARB/08/3.
CIRDI, sentence du 31 octobre 2011, *El Paso Energy International Company v Argentine Republic,* Aff. N° ARB/03/15.
CIRDI, sentence sur la compétence et sur le fond, 19 décembre 2013, *Teco Guatemala Holdings LLC c. Guatemala*, Aff. N° ARB/10/17.
CIRDI, décision sur la compétence du 1er juin 2012, *Pac Rim Cayman LLC c/ La République du Salvador*, Aff. N° RB/09/12.
CIRDI, sentence du 10 mars 2014, *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. c. Turquie*, Aff. N° ARB/11/28.
CIRDI, sentence du 21 novembre 2000, *Compania de aguas de Aconquija et compagnie générale des eaux c/.République d'Argentine*, Aff. N° ARB/97/3.

Hors CIRDI

Tribunal arbitral *ad hoc* États-Unis/ Colombie, sentence du 28 juillet 1875, *Affaire du « Monjito »*, *Moore*, 1898, II, p. 1421.

Sentence arbitrale, 8 mai 1902, *Claim of the Salvador commercial company, RSA,* vol. XV, p. 467.

Sentence arbitrale du 14 août 1905, *Affaire Pieri Dominique and Co*, *RSA.*, 1905, vol. X, pp. 139-159.

Compromis arbitral France/Espagne, 15 juin 1922, *Affaire de l'impôt sur les bénéfices de guerre, France c/ Espagne : RSA,* vol. I, p. 30.

Commission des réclamations États-Unis/Mexique, 23 novembre 1926, *Thomas H. Youmans (États-Unis) c/ Mexique, RSA,* vol. IV, pp. 110-117.

Commission des réclamations Mexique/États-Unis, 4 avril 1927, *Margaret Roper c/ Mexique*, *RSA*, 1927, vol. IV, pp. 145-148.

Commission des réclamations Mexique/États-Unis, 15 avril 1927, *Gertrude Parker Massey (États-Unis) c/ Mexique*, *RSA*, 1927, vol. IV, pp. 155-164.

Commission des réclamations Mexique/États-Unis*,* 27 avril 1927*, Mallen c/ Mexique, RSA,* vol III.

CPA*,* 4 avril 1928*, Affaire de l'île Palmas, RSA,* vol 2, p. 838.

Commission des réclamations Mexique/États-Unis, 18 octobre 1928, *William T. Way (États-Unis) c/ Mexique*, *RSA*, 1928, vol. IV, pp. 391-401.

Commission des réclamations France/Mexique, 19 octobre 1928, *Georges Pinson c/ United Maxican States*, *RSA*, vol. V, p. 327.

Commission de réclamation France-Mexique, 7 juin 1929, *succession de Hyacinthe Pella c/ Mexique*, *RSA*, vol V.

Commission des réclamations France/Mexique*,* 7 juin 1929, *Succession Jean Baptiste Caire c/ Mexique, RSA,* vol. V, p. 516.

Sentence arbitrale, 28 janvier 1931, *Affaire de l'île de Clipperton, RSA,* vol. II, p. 1105.

Commission de conciliation franco-anglaise, 9 juin 1931*, Affaire Chevreau, France c/ Royaume-Uni, RSA,* vol. II, pp. 1113-1143.

Sentence arbitrale*,* 29 mars 1933*, Affaire des forêts du Rodhope central, RSA*, vol. III, p. 1405.

Commission des réclamations États-Unis/Panama, 26 juin 1933, *Baldwin et autres c/ Panama*, *RSA*, 1933, vol. VI, pp. 328-333.

Commission de conciliation franco-italienne, 15 septembre 1951, *Héritier de S.A.R MGR le duc de guise*, décision n° 107, *RSA*, vol 13.

Commission de conciliation franco-italienne*, 6 octobre 1953, Différend Dame Mossé*, Décision n° 154 et 147, *RSA*, 1953, vol. XIII, pp. 486-500.

Commission de conciliation anglo-italienne, 13 mars 1954, *Affaire Currie*, Décision n° 21, *RSA*, 1954, vol. XIV, pp. 21-27.

Commission de conciliation franco-italienne, 7 décembre 1955, *Différend concernant l'interprétation de l'article 79, paragraphe 6, lettre C du Traité de paix (Biens italiens en Tunisie-échange de lettre du 2 février 1951),* Décision n° 196*, RSA*, 1955, vol.3 XIII, pp. 389-439.

Tribunal des réclamations Iran/États-Unis, 14 juillet 1978, *Alfred L. W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, *ILR*, 1982, p. 148.

Commission mixte États-Unis/ Venezuela, 2 septembre 1980, *Joseph Forrest v. Venezuela*, *RSA*, vol. VII, p. 205.

Tribunal des réclamations États-Unis – Iran, 17 septembre 1985, *Hyatt International Corporation v. Goverment of the Islamic Republic of Iran* (1985) 9 *Iran-USCTR* 72, p.88.

Sentence CCI, 16 février 1983*, Affaire SPP, Revue de l'arbitrage,* 1986, p.109.

Tribunal des différends irano-américains des réclamations, 2 novembre 1987, *yeager c/ République islamique d'Iran*, *USCTR*, vol. 17, 1987.

Commission d'arbitrage de la Conference pour la paix en ex-Yougoslavie, Avis n° 1, 29 novembre 1991, *RGDIP*, 1992.

Commission d'arbitrage de la Conférence pour la Paix dans l'ex-Yougoslavie*, avis* n°8, 4 juillet 1992, *RGDIP*, 1993, p. 588.

CNUDCI, sentence sur la compétence et la responsabilité du 28 avril 2011*, Sergei Paushok, CJSC Golden East Company et CJSC Vostokneftgaz Company contre Mongolie*.

CNUDCI, sentence, 30 novembre 2011, *White Industries Australia Limited contre République d'Inde.*

5°) Juridictions nationales

<u>France :</u>

Conseil Constitutionnel

Conseil Constitutionnel, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Décision n° 2006-540 DC.*

Conseil Constitutionnel*, 10 juin 2004, Économie numérique, n° 2004-496 DC.*

Conseil Constitutionnel, *25 juillet 1991, Convention d'application de l'Accord de Schengen, Décision n° 91-924 DC.*

Conseil d'État

Conseil d'Etat, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. N° 108243.

Conseil d'État, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, req. N° 279522.

Conseil d'État, ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, req. N° 298348.

Conseil d'État, 18 juin 2008, *Gestas*, n° 195831.

Conseil d'État, 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit*, req. N° 11604.

Conseil d'État, avis, 11 septembre 2014, req. N° 389022.

Autres

Cour d'appel de Paris, 19 juin 1894, *Ville de Genève c. Consorts de Civry*, *Sirey*, 1896-I, p. 225.

Tribunal civil de Seine, 11 décembre 1922, *Crédit foncier d'Algérie et de Tunisie c/ Restrepo et Dpt d'Antioquia*, *JDI,* 1923. p. 857.

Cass. Civ., 24 octobre 1932, *État de Ceara c. Dorr et autres, Rec. Dalloz*, 1933-I, p. 196

Tribunal Civil de Toulon, 26 avril 1938, *Socrifos c/ URSS, RGDIP*, 1940-1945, p. 127.

Tribunal Civil de Seine, 2 mars 1948, *Dame Dumont c/ État de l'Amazone*, D. 1949, p. 428.

Cour de Cassation, 8 décembre 1964, *Entreprise Pérignon et a. c/ États-Unis d'Amérique.*

Cour d'appel de Paris, 5 novembre 1966, *État de Hesse c/ J. Neger*, *RGDIP*, 1970, p. 703.

Tribunal de Grande Instance de Paris, 15 janvier 1969, *Neger c/ gouvernement du land de Hesse, Rev. crit. DIP,* 1970, p. 98.

Tribunal de Grande Instance de Paris, 5 novembre 1969, *gouvernement du land de Hesse c/ Neger*, *Rev. crit. DIP,* 1970, p. 703.

Cour d'Appel de Paris, 16 mars 1974, *Zavicha Blagojevic c/ Banque du Japon, AFDI,* 1975, p. 1004.

Cour de Cassation, 1re civ., 19 mai 1976, *Zavicha Blagojevic c/ Banque du Japon*, *JDI(clunet)* 1976, p. 687.

Cour de Cassation, Civ. 1re*,* 2 mai 1978, *Sté algérienne de commerce Alco et a. c/ Sempac et a.*

Cour d'Appel de Rouen, 13 novembre 1984, *SEEE c/ Banque mondiale, république de Yougoslavie, État français*, *JDI (Clunet)*, 1985, p. 473.

Tribunal de Grande Instance de Paris, 3 juillet 1985, *République socialiste de Yougoslavie c/ SEEE, BFCE, BNP, Société générale, Crédit Lyonnais, Air France et a*., *JDI(Clunet)* 1985, p. 911.

Cour de Cassation, Civ. 1re, 20 octobre 1987, *Sté internationale de plantations d'hévéas c/ Sté Lao Import Export et a.*

Cour de Cassation, Civ. 1re*, 2 mai 1990, Sté nationale algérienne du gaz c/ Sté Pipeline service et a., n° 88-14, p. 363.*

Cour de Cassation, 1re civ., 28 mai 2002, n° 99-19.247, *Cts Daninos c/ Sté tunisienne de banque, la Banque Centrale de Tunisie, la société Banque franco-tunisienne, l'État tunisien*, *Rev. crit. DIP,* 2003, p. 296.

Cour de Cassation, 1re civ., 14 décembre 2004, n° 01-15.471 et n° 01-15.472, *AXA Courtage IARD et a. c/ ASECNA et a.* ; *JurisData* n° 2004-026144 ; D. 2005, p. 1199.

Autres juridictions étrangères

Tribunal Civil Bruxelles, 7 juillet 1937, *Urrutia et Amollobieta c./ Martiarena et autres*, *JCP,* 1938, II, p.609.

United States Court of Appel, 4 août 1941, *Sulivan c/ État de Sao Paulo*, *Annual Digest*, vol.10, 1945, p. 178

United States District Court, Eastern District of Tennessee, États-Unis, 20 octobre 2010, *America's Collectibles Network, Inc. c. Timlly (HK)*, 746 F. Supp. 2d 914).

United States. District Court, Northern District of Georgia, États-Unis, 17 décembre 2009 *Innotex Precision Limited c. Horei Image Products, Inc.,* (accessible sur l'Internet: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091217u1.html)

La Cour d'appel d'Amsterdam, 3 décembre 1942, *Poortensdijk Ltd. c/ République soviétique de Lettonie*, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1943, p.340

Cour suprême du Queensland, *Van Heyningen c/ Netherlands Indies Government, Annual Digest,* 1953, vol. 15, p.138

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, *RUDH,* 1993, p. 292.

Cour Constitutionnelle italienne*, Décision Frontini, n° 183/1973 et Granital n°* 170/1984*.*

Cour Suprême du Canada, avis, 20 août 1998, Renvoi relatif à la sécession du Québec, *RCS*, 1998, p. 217.

Tribunal constitutionnel espagnol*,* Déclaration du 13 décembre 2004, DTC 1/2004*.*

Tribunal Constitutionnel Espagnol*,* 4 janvier 2005*, TECE,* n° DTC 1/2004*.*

Cour Constitutionnelle polonaise*,* 24 novembre 2010*, constitutionnalité du traité de Lisbonne,* K32/09.

Tribunal Constitutionnel Polonais, 11 mai 2005, *appartenance de la Pologne à l'Union européenne,* n° K 18/04*.*

Cour Constitutionnelle Tchèque*,* 26 novembre 2008*, Lisbonne 1,* n° Pl. ÚS 19/08.
Cour Constitutionnelle Tchèque*,* 3 novembre 2009*, Lisbonne 2,* n° Pl. ÚS 29/09.

Cour Constitutionnelle de Lettonie*, 7 avril 2009, Lisbonne, n° 2008-35-01.*

Cour constitutionnelle fédérale allemande*,* 29 mai 1974*, Solange I, RTDE,* 1975, p. 316*.*

Cour constitutionnelle italienne*,* 22 décembre 1973, *Frontini, RTDE, 1974, p. 148*

Cour Constitutionnelle Fédérale allemande*, 30 juin 2009, Traité de Lisbonne,* 2 BVE 2/08.

Cour Constitutionnelle Fédérale allemande*,* 24 avril 2013*, Bases de données anti-terroriste,* 1 BVR 1215/07*.*

Cour Constitutionnelle Fédérale allemande*,* 14 janvier 2014*, OMT,* 2 BVR 27*.*

UK Suprême Court, 24 janvier 2017, *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretaryof State for Exiting the European Union (Appellant),* [2017] UKSC 5.

<u>Conventions internationales</u>

Convention sur les droits et les devoirs des États, Montevideo, 26 décembre 1933 (http://www.danielturpqc.org/upload/Convention_concernant_les_droits_et_devoirs_des_Etats_Convention_de_Montevideo_1933.pdf).

Convention relative à l'aviation civile internationale, Chicago, 7 décembre 1944 (http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Chicago_FR.pdf).

Charte des Nations unies, San Francisco, 26 juin 1945 (http://www.un.org/fr/charter-united-nations/index.html).

Convention sur les privilèges et immunités des Nations unies, New York, 13 février 1946 : disponible sur https://treaties.un.org/doc/Treaties/1946/12/19461214%2010-17%20PM/Ch_III_1p.pdf.

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, New York, 9 décembre 1948, *United Nation Treaty series*, Vol. 78, p.277.

Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950 (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf).

Convention sur les relations diplomatiques, Vienne, 18 avril 1961, *United Nation Treaty series*, vol. 500, p. 95.

Convention sur les relations consulaires, Vienne, 24 avril 1963, *United Nation Treaty series,* vol. 596, p. 261.

Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, 18 mars 1965 (https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20French.pdf).

Convention sur le droit des Traités, Vienne, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol.1155, p. 331.

Convention sur les missions spécials, New York, 8 décembre 1969, *United Nation Treaty series,* vol. 1400, p. 231.

Convention européenne sur l'immunité des États, Bâle, 16 mai 1972, *Série des traités européens*, n° 74.

Convention des Nations unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982, Nations unies, *Recueil des Traités,* vol. 1834, p. 31363.

Charte européenne de l'autonomie locale, Strasbourg, 15 octobre 1985, *Série des traités européens*, n° 122.

Convention des Nations unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens 2 décembre 2004, *Documents officiels des Nations unies*, A/RES/59/38.

Protocole additionnel à la Charte européenne de l'Autonomie locale sur le Droit de participer aux Affaires des Collectivités locales, in *Council of Europe treaty series*, 207, 2009.

Traité sur l'Union européenne, 30 mars 2010, C 326/15, *JOUE*, 26 octobre 2012.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 30 mars 2010, C 326/47, *JOUE*, 26 octobre 2012.

Accord sur les Subventions et les Mesures compensatoires (https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/24-scm.pdf).

V. Directives, Résolutions, déclarations, recommandations et autres

Recommandation n° R(84) 15 du comité des ministres aux États membres relative à la responsabilité publique du 18 septembre 1984.

Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la commission du droit international*, 2001.vol 2.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session, doc. A/CN.4/L620/Add.2, 30 juillet 2002, p. 2.

Rapport de la commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États, décembre 2001 (http://idl-bnc.idrc.ca/dspace/bitstream/10625/17566/6/IDL-17566.pdf).

Résolution de l'Assemblée générale des Nations unies sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite du 28 janvier 2002 A/RES/56/83.

Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *JOUE*, 17 novembre 2006, L. 318/17.

Rapport du Secrétaire général des Nations unies, « la mise en œuvre de la responsabilité de protéger », du 12 janvier 2009, A/63/77.

Rapport de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « la souveraineté nationale et le statut de l'État dans le droit international contemporain : nécessité d'une clarification », 12 juillet 2011, doc.12689.

Commission européenne, Rapport sur la politique de la concurrence 2012, Bruxelles, 7 mai 2013, COM (2013), 257 final.

R. AGO, *Troisième rapport de la CDI sur la responsabilité des États*, A/CN/. 4/246 et Add. 1-3*, Annuaire CDI,* 1971, vol. 2, p. 246, §. 109.
J. CRAWFORD, A/CN.4/490/add.5, *Annuaire CDI*, 1998, vol.2, §. 151

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session, doc. A/CN.4/L620/Add.2, 30 juillet 2002, p.2
Rapport de la Commission du droit international, cinquante-deuxième session, Documents officiels, supplément n°10, A/55/10, New York, 2000, § 522, p.162

Résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité du 18 septembre 2004 (S/RES/1564/2004)

Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, disponible sur
http://icsid.worldbank.org.acces.bibl.ulaval.ca/ICSID/StaticFiles/basicdoc_fraarchive/ICSID_French.pdf

Sixième Commission de l'Assemblée générale, consultations informelles tenues en application de la décision de l'Assemblée générale 48/413, 4 octobre 1994, p.2, UN-Doc. A/C.6/49/L.2.

United States of America, Departement of State, « Report on extraterritorial crime and the Cutting case », *Washington, Government Printing Office,* 1887, 130 p

Communication Nos. 359/1989 et 385/1989 du 31 mars 1993, Comité des droits de l'homme, 47e session.

Comm. N° 455/1991, *Alan Singer c/ Canada*, 26 juillet 1994 et Comm. N° 488/1992, *Nicholas Toonen c/Australie*, 3 mars 1994.
Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à *la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail*, *JOCE*, L. 39, p.40

Commission des Communautés européennes, « libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des États membres — Action de la Commission en matière d'application de l'article 48, paragraphe 4 du traité CEE »,

n° 88/C-72/02, *JOCE,* 18 mars 1988, p. 2 ; « Ccommunication de la Commission relative à la libre circulation des travailleurs — en tirer pleinement les avantages et les potentialités », COM (2002) 694 final du 11 décembre 2002,

Communication de la Commission du 19 juillet 1997 concernant certains aspects juridiques touchant aux investissements intracommunautaires, *JOCE,* n° C-220, 19 juillet

Rapport final de la CDI sur *la fragmentation du droit international* du 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, *Annuaire de la CDI*, 2006

Décision de la Commission européenne, 7 juin 1995, *JOCE*, n° L. 300 du 13 décembre 1995

Décision de la Commission européenne, 27 juillet 1994, *Air France*, *JOCE,* n° L 254 du 30 septembre 1997, p.73

Décision de la Commission européenne, 26 juillet 1995, *Crédit Lyonnais*, *JOCE,* n° L 308 du 31 décembre 1995 p. 92.

Décision du Conseil 88/591/CECA, CEE, Euratom du 24 octobre 1988 instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, *JOCE,* L 319 du 25 novembre 1988, p. 1.

Directive 70/50/CEE de la Commission du 22 décembre 1969 fondée sur les dispositions de l'article 33 paragraphe 7, portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE, *Journal officiel n° L 013 du 19/01/1970 p. 0029 – 0031.*

Rapport de la Commission de droit international sur les travaux de la XXVe session, AG, suppl. n° 10 (A/9010/1),

OMC, Comité du Commerce et du Développement, *Dispositions relatives au traitement spécial et différencié figurant dans les accords et décisions de l'OMC*, WT/COMTD/W196, 14 juin 2013.

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, *JOUE*, 28 mars 2014, L 94/65.

Directive 2014/20/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, *JOUE*, 28 mars 2014, L 94/1.

INDEX ALPHABETIQUE

actes unilatéraux des États.....30, 59, 64, 71
activité publique 157
aide d'État.....32, 138, 139, 140, 142, 143, 145, 226, 311
application uniforme 41, 100, 101, 191, 235, 293, 346, 371, 376, 377, 378, 381, 385, 388, 427, 475
autonomie institutionnelle 100, 141, 193, 294, 298, 299, 300, 303, 339, 340, 343, 344, 345, 347, 361
autorité publique 42, 157, 159, 161, 162, 163, 168, 169, 170, 172, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 187, 188, 190, 194, 196, 197, 227, 231, 240, 367, 368, 393, 394, 395, 397, 398, 399, 404, 408
C.I.R.D.I.25, 30, 73, 74, 75, 78, 79, 89, 110, 127, 129, 206, 208, 209, 211, 213, 214, 215, 219, 229, 454
collectivités territoriales1, 25, 91, 92, 93, 94, 95, 101, 102, 103, 104, 105, 109, 110, 114, 117, 118, 119, 120, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 139, 141, 146, 232, 233, 312, 360, 361, 362, 363, 368
commerce international 71, 205, 215, 221, 449, 452
concessionnaire de service public 160, 162
conflits armés 28, 245, 246, 247, 248, 253, 508, 512, 5767
contentieux de l'annulation 131, 146, 355, 356, 358, 360
contrôle de proportionnalité 538
contrôle effectif228, 250, 251, 252, 253, 255, 258, 270, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 286
contrôle global 245, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 277, 278, 280, 286
d'expression de la volonté de l'État 29, 30, 31, 44, 54, 55, 59, 62, 63, 69, 70, 72, 75, 91, 123, 124, 133, 359, 362, 489, 493, 494, 496, 497.
d'organisme de droit public.....233, 234, 241
démocratie 14, 15, 302, 329, 371, 493, 518, 519, 529, 530, 531, 532, 534, 535, 536, 540, 542, 543, 550, 555.
effectivité 14, 16, 18, 33, 115, 122, 131, 162, 211, 267, 345, 372, 373, 374, 376, 458, 468, 499, 503, 504, 523, 528, 530, 535, 548, 557, 558, 559
effet direct..... 27, 33, 227, 376, 377, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 397, 398

effet utile 36, 54, 85, 113, 122, 165, 230, 235, 244, 257, 374, 377, 392, 395, 398, 402, 405, 406, 407, 410, 412, 419, 421, 472, 507, 554
efficacité 34, 41, 103, 108, 122, 131, 237, 295, 328, 341, 344, 345, 346, 347, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 388, 389, 423, 457, 462, 475, 476, 487, 488, 489, 499, 503, 504, 506, 507, 508, 511, 515
égalité des États membres 166, 298, 323, 324, 326, 330, 331, 332, 333
émanation de l'État..... 160, 161, 189, 190, 191, 205, 207, 208, 212, 214, 396, 551
emplois dans l'administration publique 168, 170, 171, 172, 173, 177, 214
entités fédérées 92, 94, 95, 108, 109, 110, 112, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 122, 124, 137, 342, 476, 477, 479, 481, 484, 485, 486, 487, 488, 490, 491, 492, 493, 494, 496, 499, 500.
entreprise publique 225, 229, 231, 302, 417, 585
entreprises d'État.....216, 221, 223.
entreprises privilégiées .....216, 221.
équilibre institutionnel 131, 293, 294, 336, 353, 354, 355, 358, 359, 361, 362, 363, 366, 369, 370, 405.
État fonctionnel483, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 555, 557, 560, 563, 666
État statutaire ..... 149, 153, 488, 490, 494, 499, 502, 507, 508, 509, 511.
fonction publique 46, 163, 172, 191, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 583
fonctions essentielles de l'État.....167, 319, 320, 321, 322.
fonctions gouvernementales..... 211
identité nationale19, 100, 166, 167, 294, 297, 298, 299, 303, 304, 307, 308, 309, 310, 312, 313, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 323, 331, 343.
immunités13, 24, 27, 30, 32, 33, 45, 47, 60, 72, 73, 82, 109, 116, 117, 119, 120, 121, 146, 150, 153, 154, 155, 156, 158, 190, 204, 243, 395, 431, 472.
*imperium*150, 158, 165, 168, 177, 180, 182, 186, 187, 195, 197, 200, 201, 202, 203, 395, 409, 431, 459
imputation 8, 29, 31, 44, 45, 46, 48, 51, 63, 69, 77, 78, 84, 91, 94, 95, 97, 99, 108, 109, 122, 123, 127, 137, 139, 143, 146, 213, 214, 222, 223, 226, 228, 229, 231, 232, 233, 244, 247, 250, 251, 252, 255, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 265, 266, 267, 268, 270, 271,273, 277, 282, 286, 359
intérêts généraux de l'État 168, 176, 178, 196, 198, 200, 203, 243, 419

investissements internationaux 124, 127, 146, 205, 206, 213, 219, 220, 222, 223, 449
invocabilité des directives 50, 158, 159, 160, 162, 358, 379, 388, 391, 392, 393
juridiction 20, 26, 32, 42, 47, 61, 72, 85, 86, 87, 89, 117, 118, 119, 142, 156, 159, 161, 177, 239, 245, 254, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 265, 266, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 282, 305, 306, 308, 311, 313, 351, 353, 365
l'intention de l'État. 64, 68, 661
liberté de circulation13, 50, 57, 158, 159, 164, 167, 171, 172, 177, 179, 188, 293, 322, 401, 403, 405, 407, 410
manquements20, 32, 50, 79, 86, 87, 99, 100, 101, 102, 114, 115, 129, 146, 174, 232, 234, 350, 355, 358, 363, 364, 365, 366, 367, 369, 461
marché intérieur.....20, 99, 103, 204, 294, 376, 401
mesures d'effet équivalent.....401, 405, 406, 407
missions régaliennes149, 152, 158, 162, 165, 187, 194, 197, 198, 199, 203, 204, 214, 399
monopoles 216, 221
norme coutumière.....71, 72, 73, 82, 119, 443
O.M.C.25, 31, 32, 49, 125, 126, 127, 133, 137, 146, 215, 220, 221, 222, 223, 231, 232, 398
opposabilité des directives20, 84, 99, 101, 102, 114, 129, 146, 159, 169, 190, 204, 227, 232, 234, 243, 362
organes de l'État..... 48
organisme public 30, 193, 210, 214, 217, 219, 220, 223, 362, 366, 394, 395, 407
organismes publics ... 62, 116, 154, 155, 157, 217, 220, 223, 225, 226, 227, 239, 363,
parlements nationaux 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 349
pouvoirs publics42, 43, 104, 166, 216, 217, 219, 220, 221, 225, 227, 228, 229, 231, 232, 234, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 298, 307, 314, 408, 416, 518, 531
prééminence du droit 518, 519, 520, 521, 523, 525, 529, 530, 531, 532, 535, 537, 543, 550, 555, 560, 666
prérogatives de puissance publique 51, 97, 98, 121, 123, 128, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 160, 162, 164, 168, 171, 173, 174, 175, 178, 182, 185, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 198, 202, 204, 213, 214, 222, 223, 224, 231, 239, 243, 250, 263, 299, 300, 352, 363, 395, 399, 403, 409, 416, 419, 462

primauté 33, 79, 81, 293, 355, 376, 377, 379, 380, 381, 382, 383, 385, 386, 387, 388, 390, 393, 395, 400
principe de coopération loyale 336, 337, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 348, 349, 350, 351, 352, 601, 664
principe de l'unité de l'État 39, 40, 78, 101, 108, 109, 114, 115, 117, 120, 133, 136, 137, 140
principe de neutralité 299, 300, 301, 302, 343, 346, 582, 664
principe de subsidiarité 80, 522, 536
procès équitable 70, 194, 387, 521, 523, 529, 535, 605
recevabilité 30, 31, 106, 107, 113, 129, 134, 189, 191, 206, 207, 260, 262, 354, 356, 357, 360
requêtes individuelles 107, 132, 164, 272
réserves 134, 273, 364, 435, 436, 437
responsabilité 11, 13, 15, 16, 19, 21, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 39, 42, 43, 45, 46, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 65, 66, 67, 69, 70, 77, 78, 79, 80, 84, 86, 87, 88, 89, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 100, 103, 105, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 119, 122, 124, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 137, 146, 150, 151, 152, 153, 154, 158, 159, 160, 163, 164, 166, 169, 174, 190, 195, 204, 206, 208, 209, 213, 215, 218, 222, 223, 229, 231, 232, 234, 243, 247, 249
sécurité juridique 184, 187, 383
souveraineté 1, 10, 12, 19, 20, 36, 60, 119, 148, 149, 155, 157, 159, 165, 166, 169, 170, 171, 172, 175, 177, 194, 195, 197, 198, 295, 297, 301, 302, 304, 305, 306, 318, 319, 320, 321, 326, 345, 366, 424, 426, 427, 428, 429, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 439, 440
Souveraineté permanente sur les ressources naturelles 443, 444
subventions 141, 210, 217, 220, 408, 570
territoires douaniers autonomes 124, 125, 126
totale dépendance 275, 276, 277, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 286
traitement juste et équitable 453, 454, 455
treaty making power 490, 491, 492, 493, 494, 496, 497, 501, 502, 504, 506, 507

Table des matières

SOMMAIRE **7**

LISTE DES PRINCIPALES ABBRÉVIATIONS ET ACCRONYMES **9**

INTRODUCTION **13**

1ERE PARTIE. UNE NOTION AU CONTENU VARIABLE **45**

TITRE 1. L'USAGE DU CRITÈRE ORGANIQUE 47

Chapitre 1. Le périmètre organique de base de la notion d'État *51*

Section 1. Les autorités exécutives, composante organique de la notion d'État 52

Paragraphe 1. Une vision large au regard des règles d'imputation 52

A. Les autorités supérieures 52

1. Le chef de l'État 53
2. Les membres du gouvernement 55

B. Les agents publics subalternes 56

1. L'assimilation des agents publics à des organes de l'État fondée sur le droit interne 56
2. Une assimilation valable même en méconnaissance du droit interne 59

Paragraphe 2. Une vision relative au regard des règles d'expression de la volonté de l'État 63

A. Le cas des autorités supérieures 63

1. Le chef de l'État et l'engagement de la volonté de l'État 63
2. Les membres du gouvernement et l'expression de la volonté de l'État 68

B. Le cas des agents publics subalternes 71

1. Les agents publics subalternes et les règles d'expression de la volonté de l'État 71
2. Les agents publics subalternes et le cas particulier de l'identification de l'intention de l'État. 73

Section 2. Les autorités législative et judiciaire, composantes organiques de la notion d'État 79

Paragraphe 1. L'autorité législative, composante organique de la notion d'État 79

A. **Les parlements nationaux, organes de l'État au regard des règles d'expression de la volonté de l'État** 79

1. En matière de traités et d'actes unilatéraux des États 80
2. En matière coutumière 81
3. En matière de consentement à l'arbitrage 82
4. En droit de l'UE 84

B. **Les autorités parlementaires, organes de l'État au sens des règles d'imputation** 86

1. En droit international 87
2. En droit européen 88

Paragraphe 2. Les organes juridictionnels, composante organique de la notion d'État 89

A. **Les juridictions, composante organique de la notion d'État aux fins des règles d'expression de la volonté de l'État** 89

1. En matière conventionnelle 89
2. En matière coutumière 91

B. **Les organes juridictionnels, composante organique de la notion d'État aux fins des règles d'imputation** 93

1. Les autorités juridictionnelles, composante organique de la notion d'État en droit européen. 93
2. Les autorités juridictionnelles, composante organique de la notion d'État en droit international 98

Chapitre 2. Le périmètre organique différencié : le cas des collectivités territoriales *101*
Section 1. L'inclusion des collectivités territoriales dans la notion organique d'État 103
Paragraphe 1. Le cas des collectivités non fédérées 104
A. Dans la jurisprudence internationale 104
B. Dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE 108
1. Dans le contentieux des manquements 108
2. En matière d'opposabilité des directives 111
3. L'application des règles du marché intérieur, du droit des aides d'État et des marchés publics 112
C. Dans la jurisprudence de la Cour EDH 114
1. Dans la détermination de la compétence ratione personae de la Cour 114
2. Dans la détermination de la responsabilité de l'État partie 117
Paragraphe 2. Le cas des entités fédérées 118
A. Une solution ancrée dans la jurisprudence et la pratique internationales et européennes 118
1. Dans la jurisprudence internationale 119
2. Dans la jurisprudence européenne 121
a. Devant la Cour européenne des droits de l'homme 122
b. Devant la Cour de Justice de l'UE 123
B. La question en droit des immunités de l'État 125
1. La pratique des juridictions nationales 126
2. La codification internationale 129
Section 2. L'exclusion des collectivités territoriales de la notion d'État 132
Paragraphe 1. Au regard des règles d'expression de la volonté de l'État 132
A. La notion d'État au sens de l'expression de la volonté contractuelle des États 133
1. Généralités 133
2. Le cas des territoires douaniers autonomes en droit de l'OMC 135
3. En matière d'investissements internationaux 136
B. La notion d'État au sens de l'expression de la volonté de l'État à exercer un recours. 138
1. Le terme État au sens de la recevabilité des recours en annulation devant la CJUE 139
2. Le terme État au sens de la volonté d'exercer un recours interétatique devant la Cour EDH 141
Paragraphe 2. Dans quelques régimes spéciaux 142
A. La technique des clauses fédérales 142
B. Le terme « État » au sens de la détermination de la sélectivité d'une aide d'État et de l'interdiction de la discrimination 147
1. Le terme « État » au sens de la détermination de la sélectivité d'une aide d'État 147
a. Dans l'affaire des *Açores* 148
b. Dans la jurisprudence ultérieure 151
2. Le terme « État » et l'application du principe de non-discrimination 153
TITRE 2. LE DÉPASSEMENT DU CRITÈRE ORGANIQUE 157
Chapitre 1. L'usage d'un critère matériel *159*
Section 1. L'État régalien 160
Paragraphe 1. L'État régalien comme fondement de l'application des normes internationales et européennes 160
A. En droit international 160
1. Le critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique en droit de la responsabilité 161
a. Le cadre textuel 161
b. Le traitement jurisprudentiel 163
2. Le critère de « l'autorité souveraine » en droit des immunités 165
a. L'exercice de l'autorité souveraine au regard de l'article 2 de la Convention sur les immunités 166
b. Autorité souveraine et article 10 167
B. En droit européen 169

1. Dans la jurisprudence de la CJUE 169
a. L'État régalien et le cas des concessionnaires de service public 170
b. L'État régalien et le cas des ordres professionnels et fédérations sportives 174
2. Dans la jurisprudence de la Cour EDH 175
Paragraphe 2. L'État régalien comme fondement de l'inapplication des normes internationales et européennes 176
A. L'État régalien comme fondement de l'inapplication des normes en droit de l'UE 177
1. Les articles 45 § 4 du TFUE et 51 § 1 du TFUE et leurs liens avec la notion d'État 177
2. L'État régalien au sens de l'article 45 § 4 TFUE (les emplois dans l'administration publique) 180
a. L'exercice de la puissance publique 181
b. La sauvegarde des intérêts généraux de l'État 186
3. L'État régalien au sens de l'article 51 § 1 TFUE (exercice de l'autorité publique) 189
a. La jurisprudence antérieure 190
b. L'affaire des notaires 192
4. Lecture combinée : une notion variable et restrictive d'État 195
B. L'État régalien comme fondement de l'inapplication des normes en droit de la Convention EDH 199
1. L'État régalien au sens de l'article 34 de la Convention 199
2. L'État régalien et le champ d'application de l'article 6 de la Convention 203
a. L'État régalien dans les contestations se rapportant à la fonction publique 204
b. L'État régalien dans d'autres domaines 211
Section 2. L'État interventionniste 215
Paragraphe 1. L'État interventionniste en droit international 215
A. En droit des investissements internationaux 216
1. Notion d'État au sens de l'opération de rattachement. 216
a. La détermination positive de la notion d'État 217
b. La détermination négative de la notion d'État 220
2. Notion d'État au sens de l' opération d'imputation 223
B. **En droit de l'OMC** 225
1. La notion d'État au sens de l'opération de rattachement 225
a. La nature étatique d'une mesure prise par une entité distincte de l'État *ratione personae* 226
b. La nature étatique d'une subvention accordée par une entité distincte de l'État *ratione personae* au sens de l'ASMC 227
c. La détermination des entreprises d'État et autres monopoles et entreprises privilégiées 230
2. La notion d'État au sens de l'opération d'imputation 232
Paragraphe 2. L'État interventionniste en droit européen 234
A. L'État interventionniste et l'application du droit des aides d'État 234
1. D'une analyse souple de la notion extensive d'État 236
2. À une analyse plus pragmatique de la notion extensive d'État 239
B. L'État interventionniste en droit des marchés publics 242
1. Le critère fonctionnel de rattachement 244
2. Le critère structurel de rattachement 247
Chapitre 2. L'usage d'un critère factuel *255*
Section 1. Vision souple de la notion d'État avec le critère du contrôle global 256
Paragraphe 1. Notion d'État et détermination de la nature d'un conflit armé 256
A. L'importance de la notion d'État dans la distinction conflit armé interne et conflit armé international 256
B. La notion factuelle d'État issue de la détermination de la nature du conflit armé 260
1. La jurisprudence du TPIY : les affaires Tadic et Celebici 260
a. L'affaire *Tadic* 261
b. L'affaire *Celebici* 265
2. La jurisprudence de la CPI: l'affaire Lubanga 267

Paragraphe 2. Notion d'État et application du droit de la Convention EDH ... 268
A. Les opérations faisant appel à la notion factuelle d'État dans la jurisprudence de la Cour EDH ... 269
1. L'ambigüité de la distinction juridiction et imputation de responsabilité. ... 269
2. Éclaircissements sur la distinction juridiction et imputation de responsabilité ... 272
B. La notion factuelle d'État issue de la jurisprudence de la Cour EDH ... 274
1. Les affaires chypriotes : une approche très souple de la notion factuelle d'État ... 275
a. L'affaire *Loizidou* ... 275
b. L'affaire Chypre c/ Turquie ... 277
2. Les affaires contre la Russie: une approche souple de la notion factuelle d'État. ... 279
a. L'affaire *Ilascu* ... 279
b. L'affaire *Catan* ... 281
c. Affaires en instance : *Ukraine c/ Russie* ... 282
3. Les affaires récentes sur le conflit au Haut-Karabakh ... 284
Section 2. Vision restrictive de la notion d'État avec le critère de la totale dépendance ... 288
Paragraphe 1. Le choix du critère de la totale dépendance par la CIJ ... 288
A. La totale dépendance n'est pas le contrôle global ... 288
B. La totale dépendance n'est pas le contrôle effectif ... 290
Paragraphe 2. La notion factuelle d'État à travers la totale dépendance ... 291
A. Le critère de la totale dépendance dans l'affaire des activités militaires ... 291
B. Le critère de la totale dépendance dans l'affaire sur le génocide ... 293

2E PARTIE. UNE NOTION AUX FONCTIONS INVARIANTES ... 301

TITRE 1. UN OUTIL D'INTÉGRATION ... 303
Chapitre 1. Un outil d'intégration structurelle ... 307
Section 1. Un outil défensif de « l'État membre » ... 309
Paragraphe 1. Une conception identitaire de la notion d'État ... 309
A. L'État, une identité politico-institutionnelle ... 310
1. Le principe de l'autonomie institutionnelle et de neutralité ... 311
a. Le principe d'autonomie institutionnelle. ... 311
b. Le principe de neutralité ... 313
2. La lecture politico institutionnelle de la clause de l'identité nationale ... 315
a. La conception identitaire de l'État, une revendication des juridictions constitutionnelles nationales ... 316
b. La conception identitaire de l'État, une protection juridictionnelle européenne ... 321
B. L'État, une identité culturelle ... 325
1. Les constitutions nationales des États, fondement de l'identité culturelle ... 325
2. La consécration de l'identité culturelle par le juge de l'Union ... 328
C. L'État, une identité fonctionnelle ... 331
1. « Les fonctions essentielles de l'État »: une composante de l'identité nationale ... 331
2. « Les fonctions essentielles de l'État » : l'exercice effectif du monopole de la contrainte . 333
Selon l'article 4 § 2 du TUE, « L'Union respecte les fonctions essentielles de l'État ... 333
Paragraphe 2. Une conception égalitaire de l'État ... 335
A. La conception égalitaire de l'État dans les traités ... 336
1. Une conception corrective de l'égalité des États ... 337
2. Une conception absolue de l'égalité des États ... 339
B. La vision égalitaire de l'État devant les traités ... 342
1. L'affirmation prétorienne de l'égalité devant les traités ... 343
2. La conciliation entre égalité devant les traités et coopérations renforcées ... 345
Section 2. Un outil défensif de l'Union ... 349
Paragraphe 1. Un outil de coopération loyale ... 349
A. Le principe de coopération loyale en droit de l'UE ... 350
1. Genèse et signification du principe ... 350
a. Genèse du principe. ... 350
b. Signification du principe ... 353

2. Portée du principe : une limite aux principes d'autonomie institutionnelle et de neutralité 356
a. Raisons théoriques ... 357
b. Consécration pratique ... 358
B. Notion d'État et application du principe de coopération loyale ... 360
1. L'État, un outil de coopération exécutive ... 361
2. L'État, un outil de coopération judiciaire ... 364
Paragraphe 2. Un outil d'équilibre institutionnel ... 366
A. Un outil d'équilibre institutionnel dans le contentieux de la légalité des actes de l'Union 368
1. La définition de l'État dans le cadre des principaux recours. ... 368
a. Le contentieux de l'annulation ... 368
b. La notion d'État dans le recours en carence ... 372
2. La notion d'État dans les autres hypothèses de recours ... 374
B. Un outil d'équilibre institutionnel dans le contentieux des manquements ... 376
1. La vision monolithique de l'État au service de l'équilibre institutionnel ... 376
2. Un équilibre maintenu malgré l'évolution de la jurisprudence ... 380
Chapitre 2. Un outil d'intégration matérielle ... *385*
Section préliminaire : L'efficacité, leitmotiv de l'intégration matérielle ... 386
Paragraphe 1. La notion d'efficacité : remarques générales ... 386
Paragraphe 2. L'efficacité en droit de l'Union ... 388
Section 1. Un outil d'intégration positive ... 393
Paragraphe 1. Notion d'État et principe de primauté ... 393
A. Le principe de primauté en droit de l'Union ... 393
1. Le principe de primauté, une œuvre prétorienne ... 394
2. Le principe de primauté : entre acceptation et contestation ... 397
B. La notion d'État issue de l'application du principe de primauté ... 399
Paragraphe 2. Notion d'État et invocabilité des directives ... 402
A. Le principe d'invocabilité en droit de l'UE ... 403
B. La notion d'État et l'application du principe d'invocabilité des directives ... 406
1. L'État, toute autorité publique indépendamment de sa fonction ... 408
2. L'État, toute activité publique indépendamment du statut. ... 413
Section 2. Un outil d'intégration négative ... 416
Paragraphe 1. Un outil de libre circulation ... 416
A. Notion d'État et libre circulation des marchandises ... 416
1. La notion d'État et l'interdiction des taxes d'effet équivalent à des droits de douane. ... 417
2. La notion d'État et l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives ... 420
B. Notion d'État et libre circulation des personnes ... 425
Paragraphe 2. Un outil de libre concurrence ... 428
A. Notion d'État et interdiction des ententes illicites et abus de position dominante. ... 429
1. Rappel des exigences des articles 101 et 102 du TFUE ... 429
2. La notion d'État issue de l'application des articles 101 et 102 du TFUE ... 433
B. Notion d'État et obligation de transparence dans la conclusion des concessions de services ... 435
TITRE 2. UN OUTIL DE PROTECTION ... 439
Chapitre 1. Un outil de protection de la souveraineté ... *441*
Section 1. Une conception égalitaire protectrice de la souveraineté ... 442
Paragraphe 1. Une conception égalitaire protectrice de la souveraineté juridique ... 442
A. La conception égalitaire de la notion d'État dans les textes ... 443
B. Signification de la conception égalitaire de l'État ... 447
1. L'égalité dans le droit international ... 447
2. L'égalité devant le droit international ... 448
a. La conception égalitaire de l'État, justification de la théorie de l'autolimitation ... 449
b. La conception égalitaire de l'État, justification d'une justice internationale consensualiste 452

Paragraphe 2. Une conception égalitaire protectrice de la souveraineté économique 455
A. Justification de la vision égalitaire protectrice de la souveraineté économique 455
1. Justification théorique 455
2. Justification pratique 461
B. Une conception égalitaire plus réelle que formelle 464
1. La conception égalitaire réelle dans les relations commerciales internationales 465
2. La vision égalitaire réelle en matière d'investissements internationaux 467
Section 2. Une conception unitaire protectrice de la souveraineté 472
Paragraphe 1. La vision unitaire et la protection des deux faces de la souveraineté 472
A. La conception unitaire de la notion d'État et la protection de la souveraineté interne . 472
1. La conception unitaire de la notion d'État : la préservation de l'absolue supériorité du pouvoir souverain 473
2. La conception unitaire de la notion d'État : la préservation de l'unicité du pouvoir souverain 477
a. La notion d'État et la diffusion « légale » de la souveraineté 477
b. La notion d'État et la diffusion « factuelle » de la souveraineté 480
B. La conception unitaire de la notion d'État et la protection de la souveraineté externe 487
Paragraphe 2. Les limites de la conception unitaire protectrice de la souveraineté 491
A. Quelques exemples tirés de la pratique internationale 492
1. Des faits anciens 493
2. Des faits récents 494
B. Quelques exemples tirés de la jurisprudence internationale 496
1. L'affaire Ballantyne Davidson et McIntyre devant le Comité des droits de l'homme. 497
2. Les affaires Breard, LaGrand et Avena devant la CIJ 499
Paragraphe 3. Vers un dépassement de la conception unitaire protectrice de la souveraineté ? 503
A. « L'État fonctionnel » de jure 505
1. « État fonctionnel » de jure et règles d'expression de la volonté de l'État 505
a. Évaluation théorique 505
b. Exemples pratiques 509
2. « État fonctionnel de jure » et règles d'imputation 516
a. Évaluation théorique 516
b. Perspectives pratiques 522
B. « L'État fonctionnel » de facto 525
1. « L'État fonctionnel » de facto, la notion d'« agression armée » et le recours à la légitime défense 525
2. « L'État fonctionnel » de facto et la notion d'occupation 529
Chapitre 2. Un outil de protection de l'individu *533*
Section 1. Un outil axiologique de protection 535
Paragraphe 1. Un outil de prééminence du droit 536
A. Un outil formel de prééminence du droit 536
1. Un outil garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire 537
2. Un outil garant du droit au juge 540
B. Un outil matériel de prééminence du droit 542
1. Une activité normative de qualité 542
2. Une activité normative répondant aux exigences de sécurité juridique 545
Paragraphe 2. Un outil de démocratie 548
A. Un outil de promotion de la société démocratique 550
1. La promotion de l'idéal démocratique 550
2. La concrétisation des droits garantis dans la société démocratique 552
B. Un outil régulateur de la société démocratique 553
1. L'État et l'organisation de la société démocratique 554
2. L'État et l'aménagement des droits au nom de l'intérêt légitime de la société démocratique 555
C. Un outil défensif de la société démocratique 557

1. L'État et l'identification des menaces contre la société démocratique 557
2. L'État et la lutte contre les menaces sur la société démocratique 558
Section 2. Un outil pragmatique de protection 561
Paragraphe 1. Un outil objectif 561
A. La notion d'État et le principe de non-réciprocité 562
B. La notion d'État et le régime spécifique des réserves 564
Paragraphe 2. Un outil dynamique 568
A. Un outil modulable 569
B. Un outil évolutif : la caution de l'hypothèse de « l'État fonctionnel » 574

CONCLUSION GENERALE 581

BIBLIOGRAPHIE 585

TABLE DES MATIERES 691