CONCLUSIONS

Charles TOUBOUL, rapporteur public

Le rapport du juge administratif aux traités multilatéraux et aux évolutions du droit international public ; à la fonction diplomatique et à l'idée même d'engagement de l'Etat ; son rapport à la Cour européenne des droits de l'homme, à son office et à sa jurisprudence, compte tenu des nouveaux canaux de dialogue disponibles ; enfin, bien sûr, le principe *non bis in idem* et, à travers lui, l'avenir des cumuls de sanctions pénales et administratives dans notre pays... C'est tout cela qu'amène à considérer la présente affaire, née dans un salon de coiffure du 3^{ème} arrondissement de Paris le 13 juin 2012.

Le contrôle de police réalisé ce jour là a révélé l'emploi de deux travailleurs étrangers, M. Li et Mme W..., ne disposant ni de titres de séjour ni d'autorisation pour travailler, ce qui a donné lieu, comme c'est fréquent, à de doubles poursuites. Au pénal, l'affaire a rapidement tourné court. Le tribunal correctionnel de Paris a en effet prononcé la relaxe de la société exploitante et de ses deux gérants, dès janvier 2013, des chefs de travail dissimulé et d'emploi de personnes non munies d'autorisation de travail, au motif que les faits n'avaient pu être établis. « A l'administratif », cela n'a pas été la même histoire. En novembre de la même année, le directeur général de l'Office français de l'immigration et de l'intégration a mis à la charge de la société une somme totale de près de 40 000 euros au titre de la contribution spéciale de l'article L. 8253-1 du code du travail et de la contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminement de l'article L. 626-1 du CESEDA¹.

La société a contesté ces sanctions mais, n'ayant obtenu que très partiellement gain de cause devant les juges du fond, elle se pourvoit devant vous en concentrant ses critiques sur l'articulation de ces deux procédures répressives.

I. Elle soutient, en premier lieu, que **l'autorité s'attachant au jugement** de relaxe dont elle avait bénéficié aurait été méconnue par la cour administrative d'appel. Elle n'ignore pas que vous déniez une telle autorité aux relaxes prononcées au motif que les faits reprochés ne sont pas établis ou qu'un doute subsiste sur leur réalité². Elle cherche à vous convaincre que les sanctions administratives dont elle a fait l'objet relevaient de votre jurisprudence « Desamis »³ qui accepte d'étendre exceptionnellement cette autorité dans les cas où le fait générateur de la sanction administrative est la commission même de l'infraction pénale. Il est vrai que l'on est dans un cas assez proche de cette configuration avec les textes sur le travail illégal, qui définissent un élément matériel commun au manquement administratif et à

¹ Ces contributions sont regardées comme des sanctions administratives : v. respectivement, 2016-621 QPC du 30 mars 2017 et le 2^o alinéa de l'art. L. 626-1 du CESEDA.

² V. en dernier lieu, Sect. 16 février 2018, Mme T..., n° 395371, rec.

³ Ass., 8 janvier 1971, Ministre de l'intérieur c/ Dame D..., n° 77800, rec.

l'infraction pénale. Mais cette question a été clairement exposée par J.-Cl. Bonichot à la Section du contentieux en 1999 dans l'affaire « GIE Mumm-Perrier-Jouet » (28 juillet, n° 188973 rec.) sur la base de dispositions similaires à celles applicables aujourd'hui et la section a refusé d'appliquer la jurisprudence Desamis à ce cas de figure. Votre pratique est constante depuis lors et nous ne vous proposons pas de revenir dessus aujourd'hui.

II. Un peu plus significatif est le moyen suivant, tiré de ce que les juges d'appel auraient commis une erreur de droit et une erreur de qualification juridique en jugeant que l'employeur ne pouvait utilement se prévaloir du **caractère non intentionnel** du manquement ou de sa bonne foi.

Certes, comme vous le savez, s'« *il n'y a point de crimes ou de délits sans intention de les commettre* » -encore que pour les délits, la suite de l'article 121-3 du code pénal énumère les cas de figure où des négligences suffisent-, il en va différemment des contraventions et, pour ce qui nous occupe aujourd'hui, des **sanctions administratives**, dont la légalité et la constitutionnalité ne sont pas subordonnées à l'existence d'un tel élément moral⁴. En matière de travail illégal, l'absence d'un tel élément ressort d'ailleurs nettement des termes de la loi : l'intentionnalité du délit figure explicitement à l'article L. 8256-2 du code du travail, tandis qu'elle n'apparaît nulle part dans les dispositions régissant les sanctions administratives⁵.

Il nous semble néanmoins difficile d'en rester à cette approche de pur droit interne. Le travail illégal fait l'objet d'une harmonisation européenne et la **directive 2009/52/CE** du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 appelle une réponse plus nuancée. Certes, on retrouve dans cette directive le même type d'*a contrario* que dans la loi puisque l'intentionnalité n'est mentionnée que dans les cas où la gravité des faits les rend passibles de sanctions pénales et non lorsque seules des sanctions financières sont encourues. Mais à la différence du droit interne, la directive comporte des dispositions communes aux deux catégories de sanctions qui se réfèrent à un élément moral. Le § 3 de son article 4 énonce en effet, pour toutes les sanctions donc, que « *Les États membres veillent à ce que les employeurs qui remplissent les obligations qui leur incombent en vertu du paragraphe 1 [-c'est-à-dire la vérification des titres de leur employé et l'information de l'administration-] ne puissent être tenus pour responsables d'une violation de l'interdiction [-d'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier-], à moins que les employeurs n'aient su que le document présenté comme titre de séjour ou autorisation de séjour valable était faux* ».

Ces dispositions n'imposent pas toutefois d'intégrer dans la définition du manquement administratif un élément moral, en tout cas de plain pied. Ce manquement reste objectif et consiste à avoir employé un travailleur en situation irrégulière. Il y a ensuite une forme « **d'excuse** », elle-même objective, dont l'employeur peut se prévaloir lorsqu'il a accompli l'ensemble de ses diligences obligatoires de recueil (et de transmission) des titres. La connaissance de la falsification, évoquée par la directive, ne vient que dans un troisième temps, à la manière d'une exception de l'exception, lorsque l'administration entend écarter le bénéfice de cette excuse. En outre, la connaissance de la falsification ne saurait se réduire aux cas où l'employeur savait qu'il s'agissait d'un faux et doit nécessairement inclure ceux où il n'a pas voulu savoir, malgré des signes qui auraient dû l'alerter.

⁴ 7 juin 2010, Centre hospitalier de Dieppe, n° 338531, rec.

⁵ Ce que confirme la jurisprudence : v. p. ex. 4 novembre 1988, SARL Le Lacydon, n°87642, inédit ; v. également en ce sens le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* sur la décision 2016-621 QPC du 30 mars 2017 analysant la contribution spéciale de l'article L. 8352-1 du code du travail.

Vous pourriez ainsi opportunément interpréter la loi à la lumière de la directive, comme faisant obstacle au prononcé d'une sanction administrative dans les cas où l'employeur s'est acquitté de ses obligations et n'était pas en mesure de savoir qu'un faux lui avait été présenté ou qu'il y avait usurpation d'identité⁶. Il ne s'agit sans doute pas d'intentionnalité mais bien de quelque chose de l'ordre de la bonne ou de la mauvaise foi, ainsi que le soutient le pourvoi.

La cour est donc allée un peu vite en écartant comme inopérante, par principe, l'argumentation de la société employeur fondée sur l'absence d'intention de commettre le manquement ou sa bonne foi. Mais elle pouvait opposer une **autre inopérance**, d'espèce, assise sur le fait que l'employeur n'avait pas accompli toutes ses diligences obligatoires, en s'abstenant ici de transmettre le titre de séjour de son employé à l'administration. Vous pourrez donc écarter ce deuxième moyen, d'erreur de droit.

III. Et ainsi en venir au troisième, qui a justifié l'inscription de cette affaire à votre rôle, tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit en refusant de se prononcer sur la **validité de la réserve française** à l'article 4 du protocole n°7 à la CEDH limitant l'application du principe *non bis in idem*.

1. C'est en 1986 que la France a fait le choix de ratifier ce protocole⁷, alors même qu'elle n'ignorait pas que, compte tenu de l'acceptation large de la matière pénale qui avait cours⁸, la prohibition des cumuls de poursuites pénales prévue par son article 4 pouvait remettre en cause celui des poursuites pénales et administratives en droit interne. Afin de prévenir cette difficulté, elle a accompagné son instrument de ratification d'une réserve, aux termes de laquelle « *seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens* » de cet article. Elle n'a pas été la seule à le faire. L'Autriche, l'Italie et le Portugal ont déposé des réserves très voisines. L'Allemagne a fait de même avant, finalement, de renoncer à ratifier.

La validité de ces réserves a été rapidement **mise en cause** devant la Cour européenne des droits de l'homme. La première à en avoir fait les frais a été l'Autriche en 1995. Dans un arrêt Gradinger⁹, la cour a en effet regardé la référence de sa réserve « *aux procédures pénales dans le sens du code pénal autrichien* » comme trop imprécise. 19 ans plus tard, c'était au tour de l'Italie. L'arrêt Grande Stevens de 2014¹⁰ invalidait en effet, pour les mêmes motifs, sa réserve se référant « *aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées pénales par la loi italienne* » ; arrêt qui a eu un grand retentissement¹¹, notamment en France, où l'on a alors pris conscience du risque d'invalidation de notre propre réserve à l'occasion d'un prochain contentieux.

La pression est néanmoins un peu **retombée** depuis deux ans, à la suite d'un arrêt de grande Chambre où, par un *obiter dictum*, la Cour a signalé que « *les réserves formulées par l'Autriche et l'Italie [avaient] été jugées non valables parce qu'elles n'étaient pas*

⁶ Etant précisé que l'on ne traite pas ici du cas d'un travailleur s'étant présenté comme étant de nationalité française.

⁷ Le protocole n°7, signé le 22 novembre 1984, a été ratifié par la France le 17 février 1986 sur la base de l'autorisation délivrée par la loi n° 85-1475 du 31 décembre 1985. Il est entré en vigueur le 1er novembre 1988 et a été publié par le décret n°89-37 du 24 janvier 1989.

⁸ La cour applique, afin de déterminer si des procédures peuvent être regardées comme « pénales » sur le terrain de l'article 4 du Protocole n° 7, les trois critères classiques de sa décision Engel (8 juin 1976 n°5100/71).

⁹ 23 octobre 1995, Gradinger c. Autriche, n°15963/90 (§ 49 à 51). V. not. J.-F. Flauss, « Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *AJDA* 1996, p. 376.

¹⁰ 4 mars 2014, Grande Stevens et a. contre Italie, n°18640/10, § 207 et suivants.

¹¹ Y compris dans le contentieux porté devant la CEDH où le moyen a eu tendance à se développer (v. sur ce point, F. Sudre et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 8^{ème} éd., 2017, p. 304).

accompagnées d'un bref exposé de la loi en cause (...), contrairement à la réserve émise par la France », ce que certains ont voulu voir comme un signe d'ouverture : 15 novembre 2016, A et B c/ Norvège (24130/11, 29758/11). Mais comme cette incidente renvoyait à un arrêt du 2 juillet 2002 « *Göktan c. France* » (33402/96) où la cour n'avait pas eu à appliquer la réserve française, ce dégageant a soulevé -et soulève encore aujourd'hui- une grande perplexité¹².

Le terrain restait donc favorable pour qui souhaitait contester cette réserve là sur ce protocole là. C'est ce qu'a fait la société requérante. Mais la question de savoir si vous pouvez vous prononcer sur la validité de ce type d'acte dépasse de beaucoup ce cas particulier.

2. Pour le mesurer, il faut en revenir à **ce qu'est une réserve** à un traité international¹³.

2.1 Les réserves expriment la volonté d'un Etat, au moment même où il adhère à une convention internationale, de modifier la portée de certaines de ses stipulations ou d'en écarter l'application à son endroit. Elles se distinguent des simples déclarations interprétatives qui peuvent être formulées à tout moment et expriment la lecture que l'Etat concerné fait d'une ou plusieurs stipulations d'un traité, sans ambition d'en modifier la portée.

Les réserves ne se rencontrent que dans les traités multilatéraux, car dans les traités bilatéraux, une partie souhaitant restreindre son engagement doit simplement le renégocier. Elles se sont développées avec la **diversification** de la société internationale du fait de l'accession à l'indépendance, après la 2^{ème} guerre mondiale, de nombreux Etats très différents les uns des autres. En permettant à chacun de moduler ses engagements en fonction de ses spécificités, elles favorisent l'adhésion du plus grand nombre et constituent à ce titre un élément essentiel du multilatéralisme ; au prix, bien sûr, d'une moindre unité de l'application du traité.

C'est au tournant des années 1950 et 1951 que le droit des réserves que nous connaissons aujourd'hui a commencé à se forger, avec un **cheminement parallèle**, plus que symétrique, du droit international général d'une part et du droit européen des droits de l'homme d'autre part.

2.2 Pour ce qui concerne le **droit international général**, l'acte fondateur est l'avis rendu par la Cour internationale de Justice, le 28 mai 1951, sur les réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (rec. 1951, p.15). Alors que depuis le droit de la Société des Nations, on considérait que les réserves devaient être adoptées à l'unanimité, cet avis a ouvert la voie à un système beaucoup plus souple reposant sur des acceptations individuelles par chaque Etat partie, pour ce qui le concerne¹⁴.

¹² Dans un contexte où la chambre criminelle de la Cour de cassation a donné un écho particulier à cette décision à compter de son arrêt du 22 février 2017, n°14-82.526, bull. V. pour les réactions doctrinales : S. Detraz, « *Non bis in idem* : Convention européenne et réserve française », *Dalloz* 2017 p. 2130 s. ; N. Guillard, « Cumul de sanctions et fraude fiscale : l'art de l'esquive », *Droit fiscal* n° 5, 1^{er} Févr. 2018, comm. 165 ; V. Peltier, « Cumul de sanctions en matière fiscale », *Droit pénal* n°2 févr. 2018, comm. 38 ; L. Milano, « Non bis in idem : clarification ou inflexion ? », *La Semaine Juridique Ed. Gén.* n° 48, 28 nov. 2016, p. 1290 ; M. Pelletier « Nouveau requiem pour le principe non bis in idem ? - À propos de CEDH, gde ch., 15 nov. 2016, n° 24130/11 et n° 29758/11, A et B c/ Norvège », *Droit fiscal* n° 47, 24 nov. 2016, comm. 603.

¹³ V. sur le droit des réserves, P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, 8^{ème} éd. Paris, 2009, n°108 s. ; P-M Dupuy et Y. Kerbat, *Droit international public*, 13^{ème} éd. Paris, 2016, n°259 s. ; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 12^{ème} éd. Paris, 2016, pp. 134-138 ; R. Rivier, *Droit international public*, 3^{ème} éd. PUF, Paris, 2012, p. 70 s. ; M. Perrin de Brichambaut, et a. *Leçons de droit international public*, Presses de Sciences po et Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 274 s. et 307 s. D. Carreau, *Répertoire Dalloz de droit international - Traité international*, sept. 2010, n°54 s. Et pour les travaux de recherche, not. K. Holloway, *Les réserves dans les traités internationaux*, Bibliothèque de droit international, Paris, 1958 ; P-H Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Thèse Paris II, 1973.

¹⁴ Mais qui n'est pas allé sans difficulté d'application : v. pour une illustration, la sentence arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République Française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

Ce droit, repris à son compte par l'Assemblée générale des Nations unies en 1952¹⁵, a été précisé par la **Convention de Vienne** du 23 mai 1969 sur le droit des Traités qui définit ce que sont les réserves (article 2 d), les conditions auxquelles elles peuvent être formulées et retirées, ainsi que les règles d'acceptation et d'objection par les autres Etats (articles 19 à 23) ; convention à laquelle la France n'est pas partie mais qui est considérée comme codifiant sur ce point la coutume internationale et lui est appliquée à ce titre.

Regardant néanmoins ces sources comme lacunaires sur certains points du droit des réserves aux traités, la commission du droit international des Nations unies (CDI) a entrepris, à compter du milieu des années 90, de les préciser. Ces travaux ont débouché sur un « **Guide de la pratique des réserves aux traités** » en 2011 dont l'Assemblée générale des Nations unies a « *pr[is] note* » par une résolution en 2013 « *et recommand[é] qu'il soit diffusé le plus largement possible* »¹⁶. Bien que la première partie de ce document comporte des « *directives* » rédigées à la manière d'un texte juridique, celles-ci n'ont pas de portée normative. Elles reflètent néanmoins le dernier état de la matière et le point d'équilibre actuel au sein de la société internationale¹⁷.

Le droit « classique » des réserves repose sur le jeu « intersubjectif » des acceptations ou objections individuelles. Chaque Etat peut prendre position sur la réserve formulée par un autre, soit en l'acceptant, le plus souvent tacitement, soit en s'y opposant. L'objection, qui reste rare, a une portée essentiellement symbolique, puisqu'elle empêche l'application de la stipulation objet de la réserve entre l'Etat objectant et l'Etat réservataire, soit un résultat assez proche de l'acceptation de la réserve, tout du moins lorsqu'il s'agit d'une réserve « d'exclusion ». Un Etat peut aussi, mais c'est plus rare encore, former une objection renforcée, par laquelle il fait savoir à l'autre qu'il estime que l'accord tout entier ne s'appliquera pas dans ses rapports avec lui.

Comme on le voit, le mécanisme repose largement sur une logique de réciprocité. C'est l'une des raisons pour lesquelles il a été critiqué en ce qui concerne son application aux traités objectifs, que sont les traités de protection des **droits de l'homme**, notamment sous l'impulsion du Comité des droits de l'homme des Nations unies¹⁸. La thèse selon laquelle ces traités devaient recevoir un traitement particulier ne l'a pas emporté mais cette unité maintenue du droit international général s'est faite à la faveur d'une intégration des préoccupations « droits-de-l'hommes » dans celui-ci sur deux points essentiels que sont les conditions de validité des réserves et les conséquences à tirer de leur invalidité¹⁹.

L'avis de la CIJ de 1951 et surtout la convention de Vienne de 1969 traitaient bien des conditions de validité, en énonçant notamment que les réserves devaient être compatibles avec l'objet et le but du traité²⁰. Mais, sauf cas rare, il n'y a pas de juge dans la société internationale, de sorte que ces questions de validité ne peuvent être réglées que par le système des objections dont les motifs ont ainsi mêlé assez vite considérations d'opportunité

¹⁵ Résolution 598/VI du 12 janv. 1952.

¹⁶ Résolution n°68/111 du 16 déc. 2013.

¹⁷ Ce corpus normatif reste toutefois supplétif, chaque convention internationale particulière pouvant prévoir des règles différentes.

¹⁸ Dans son « observation générale » du 11 nov. 1994 où il se reconnaît en outre compétent pour apprécier la validité d'une réserve. V. aussi l'avis de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 24 sept. 1982 sur l'entrée en vigueur de la convention ainsi que l'affaire Kennedy c. Trinité et Tobago du 2 nov. 1999. La CEDH a également exercé une influence certaine en la matière (v. *infra* 2.3). V. sur l'ensemble de la question, le 2^{ème} rapport de la Commission du droit international des Nations unies (13 juin 1996) ainsi que F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^{ème} éd. PUF, Paris, 2003, n°45s.

¹⁹ V. *Actualités des réserves aux traités, Actes de la journée d'études de Nanterre*, Pedone, Paris, 2014 et plus particulièrement les contributions d'A. Pellet, « Rapport général, Habemus Guidam », pp. 9-38, d'O. de Frouville, « Commentaire (I) », pp. 39-44 et de R. Rivier, « Commentaire (II) », pp. 45-61.

²⁰ V. sur cette question, l'article de J. Combacau, « Logique de validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Mélanges Virally*, Pedone, Paris, 1991, 195 s.

et de validité²¹. Transitant par ce système intersubjectif, ces questions de validité tendaient à devenir elle-même **assez relatives**.

En réaction à cela, la commission du droit international des Nations unies a cherché à définir un système de « **sanction** » **spécifique** indépendant du jeu des objections à un double point de vue. Quant à sa temporalité d'une part : alors que les objections doivent être formulées dans un délai d'un an à la suite du dépôt de la réserve, le guide prévoit que l'invalidité se constate de plein droit, c'est-à-dire sans condition de délai (directive 4.5.1). Quant à ses effets d'autre part et surtout : alors que l'objection ne peut que paralyser la clause qui fait l'objet de la réserve ou le traité entier dans les relations avec l'Etat qui a objecté, c'est une mesure plus sévère qui est retenue en cas d'invalidité. Il s'agit d'appliquer à l'auteur de la réserve invalide les stipulations qui en faisaient l'objet sans le bénéfice de la réserve (directive 4.5.3), en obligeant ainsi l'Etat, *a posteriori*, au-delà de l'engagement qu'il pensait avoir souscrit. Cette solution a néanmoins été l'une des plus débattues devant la CDI et celle-ci ne l'a finalement retenue que sous la forme d'une présomption, l'Etat réservataire pouvant à certaines conditions se délier en établissant qu'il ne se serait pas engagé sans cette réserve (§2 et 3 de la même directive)²².

Sa mise en œuvre reste en outre **tributaire de la pratique**, alors que certains Etats, et non des moindres, ont exprimé leurs fortes réticences face à ce système²³ et que la perspective de la saisine d'un juge international, qui ne pourrait être dans la plupart des cas que la CIJ, reste très exceptionnelle. Voilà pour le droit international général.

2.3 Passons au droit de la CEDH, qui est le seul grand système de protection des droits de l'homme à avoir un dispositif propre sur les réserves. Cela tient sans doute à la date de cette convention, conclue le 4 novembre 1950, soit avant la convention de Vienne bien sûr mais aussi avant même l'avis fondateur de la CIJ²⁴.

Ce **système** repose, d'une part, sur un article spécifique aux réserves. Il s'agit de l'article 64, devenu 57, aux termes duquel tout Etat peut formuler des réserves : « *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* ». L'article ajoute que « *Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées* » et que « *Toute réserve (...) comporte un bref exposé de la loi en cause.* ». Il repose, d'autre part, sur un organe de règlement des différends. La Commission européenne des droits de l'homme a en effet admis sa compétence dès 1982 pour examiner les réserves dans une affaire « *Temeltasch c. Suisse* »²⁵. La Cour européenne des droits de l'homme l'a affirmée pour sa part en 1988 dans son arrêt de plénière « *Belilos c/ Suisse* »²⁶.

Ce système reste assez **autonome** de celui de la convention de Vienne. Non seulement les conditions de validité des réserves n'y sont pas définies de la même manière mais les

²¹ D'autant que l'avis de la CIJ de 1951 faisait lui-même le lien entre les deux s'agissant en particulier des objections renforcées (réponse à la question II a).

²² V. sur cette question, M. Forteau, « Quelles conséquences pour les réserves non valides ? » in *Actualités des réserves aux traités, Actes de la journée d'études de Nanterre*, op. cit., pp.87-98.

²³ V. not. sur les positions de la France, du Royaume-Uni et des Etats-Unis sur ces questions, exprimées notamment en réaction au commentaire général n°24 du Comité des droits de l'homme des Nations unies : R. Rivier, « Le guide de la pratique ou la codification d'une vision du droit international, in *Actualités des réserves aux traités*, op. cit. p. 54 s. ; M. Forteau, « Quelles conséquences pour les réserves non valides », Ibid. p.89-90 ; G. Gaja, « Conclusions », Ibid, pp. 185-186.

²⁴ V. A. Schabas, « Article 64 », in, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd. Paris, 1999, pp. 923-942.

²⁵ Rapport du 5 mai 1982 n° 9116/80 et résolution DH n°83.

²⁶ Plén. 29 avril 1988, 10328/83, §49, 50 et 60.

organes de la CEDH ont rapidement pris leur distance avec les mécanismes du droit viennois. S'ils ont pu s'y référer, notamment en ce qui concerne la définition de ce qu'est une réserve, ils ont très tôt affirmé que leur compétence de contrôle était indépendante des réactions des Etats aux réserves et donc du système des objections et acceptations²⁷.

Mais cette autonomie ressort plus encore des conséquences que la Cour a tirées des **constats d'invalidité**. Dès l'affaire Belilos, et à nouveau dans une affaire Loizidou c/ Turquie de 1995 (n°15318/89)²⁸, la Cour a en effet écarté des réserves et appliqué les stipulations aux Etats qui en étaient les auteurs sans le bénéfice de celles-ci, à la manière de ce que le guide de la CDI est parvenu à affirmer plusieurs décennies plus tard, et encore, seulement sous la forme d'une présomption. Or, si la CEDH a semblé sensible au même type de considération à ses débuts en s'interrogeant, dans ces deux affaires, sur la dissociabilité de la réserve et de la stipulation dans l'esprit de chacun des deux Etats concernés, elle semble depuis lors écarter systématiquement les réserves qu'elle juge non valides, sans plus s'interroger sur ce point. Cela a notamment été le cas dans les affaires Gradinger et Grande Stevens précitées au sujet de l'article 4 du protocole n°7²⁹. Le droit de la CEDH est donc parti plus tôt et va aujourd'hui plus loin que le droit international général en matière de validité des réserves aux traités.

Tels sont les deux principaux standards qui coexistent aujourd'hui en matière de contrôle des réserves dans la société internationale.

3. Qu'en est-il du juge national ? Comment se comporte t-il face à une réserve lorsqu'elle est en litige devant lui ?

3.1 Les pratiques diffèrent selon les Etats que l'on a pu examiner.

On trouve trace de **contrôles** en Allemagne où la Cour d'appel de Berlin-Brandebourg³⁰ et la Cour fédérale du contentieux du droit social³¹ ont accepté d'examiner une réserve à la Convention européenne d'assistance sociale et médicale. Il en va de même en Suisse où le Tribunal fédéral a invalidé une réserve émise à l'article 6§1 de la CEDH mais, il est vrai, dans un cas particulier où la réserve avait été déposée tardivement³².

Les juridictions britanniques sont plus **en retrait** et semblent considérer les réserves comme relevant de la « Prérogative royale », qui n'est pas sans rappeler nos actes de Gouvernement³³.

3.2 En France, c'est cette ligne prudente qui domine, même si c'est de manière assez largement implicite. Le juge français se conçoit davantage comme un usager de la réserve que comme son contrôleur.

Le Conseil constitutionnel n'a jamais été confronté directement à la question. Sa jurisprudence résulte pour l'essentiel de la décision qu'il a rendue sur la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires et qui porte non sur les réserves mais sur les

²⁷ V. les affaires Temeltasch c. Suisse et Belilos c. Suisse précitées. Solution que l'on peut rapprocher de la quasi-absence de prise en compte de la réciprocité dans le système européen de protection des droits de l'homme (v. sur ce caractère objectif de la CEDH, not. F. Sudre et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 8^{ème} éd., 2017, p.13).

²⁸ V. aussi la décision de la Commission des droits de l'homme Chrysostomos et a. du 4 mars 1991 (recevabilité) et le rapport de la Commission du 8 juillet 1993, ainsi que la Résolution DH du 19 octobre 1995.

²⁹ V. aussi, 3 oct. 2000, Eisenstecken c. Autriche, n° 29477/95, pt 30.

³⁰ 9 mai 2012, n° L 19 AS 794/12 B ; 24 novembre 2014, n° L 20 AS 2761/14 B et 6 mai 2015, n° L 20 AS 778/15 B.

³¹ 3 décembre 2015, n° B 4 AS 43/15 R, et du 17 mars 2016, n° B 4 AS 32/15 R.

³² 17 décembre 1992, Elisabeth B. c. Conseil d'Etat du canton de Thurgovie.

³³ Ch. des Lords, Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] A.C. 374 (HL).

déclarations interprétatives. Conformément à la conception générale de telles déclarations en droit international public, il a jugé qu'une telle « *déclaration unilatérale n'a d'autre force normative que de constituer un instrument en rapport avec le traité et concourant, en cas de litige, à son interprétation [et] qu'il appartient donc au Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, de procéder au contrôle de la constitutionnalité des engagements souscrits par la France indépendamment de cette déclaration* » (99-412 DC du 15 juin 1999)³⁴. Comme les réserves se définissent justement par le fait qu'elles ont une portée normative, on pourrait penser, *a contrario*, que le Conseil constitutionnel serait amené à en tenir compte pour les besoins du contrôle de constitutionnalité. Mais ce n'est pas jugé et, en tout état de cause, cela ne signifie pas que la voie serait ouverte pour un contrôle de la validité de la réserve elle-même qui n'est pas une question de constitutionnalité³⁵.

Le juge judiciaire a été confronté plus directement au problème³⁶. Dans un arrêt du 11 juillet 2006 (02-20.389, bull.) la 1^{ère} chambre civile a fait application d'une déclaration relative à la convention de Londres du 19 novembre 1976, qu'elle a requalifiée en réserve et dont elle a fait application après avoir relevé qu'elle avait été publiée. La chambre criminelle a pour sa part fait à de nombreuses reprises application de réserves et, en particulier, de celle qui nous occupe sur l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH. Sans affirmer explicitement qu'elle se refusait à la contrôler, sa jurisprudence peut néanmoins être lue en ce sens depuis au moins un arrêt Ponsetti du 20 juin 1996 (n°94-85796, bull.)³⁷. En 2014 elle a même rejeté un pourvoi contre un arrêt affirmant qu'« *il n'appart[enait] pas à la cour d'appel d'apprécier la validité de la clause de réserve formulée par l'Etat français en marge du protocole n° 7* » (22 janv. n°12-83579, bull.)³⁸. Et si certains arrêts rendus par cette même chambre depuis février 2017 ont pu mobiliser l'arrêt « A et B c. Norvège » de la CEDH précité pour écarter le moyen tiré de l'invalidité de la réserve³⁹, il ne semble pas y avoir lieu d'y voir un infléchissement de sa jurisprudence⁴⁰.

Le juge administratif adopte un positionnement très proche. C'est en matière d'extradition que les réserves se sont présentées à vous pour la 1^{ère} fois, en 1989⁴¹, et vous en avez depuis lors croisé dans bien d'autres domaines⁴². Dans chaque cas, vous en avez fait application⁴³, sans les contrôler. Dans la période récente, c'est surtout à propos du *non bis in idem* que cette jurisprudence s'est illustrée⁴⁴. Vous l'avez confirmée de manière très nette dans votre décision du 26 déc. 2008, M. G... (n°282995 T. sur ce point) dont le fichage se réfère à la jurisprudence Ponsetti de la chambre criminelle.

³⁴ V. not. le commentaire de cette décision in *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, par D. Müller, Dalloz, Paris, 2015, pp. 322-329.

³⁵ Le Conseil constitutionnel se refuse à contrôler la conformité d'un engagement international par rapport à un autre : v. not ses décisions n° 80-116 DC du 17 juillet 1980 et n° 91-294 DC du 25 juillet 1991. Le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* et l'article de J-E Schoettl sur cette décision ("La Charte européenne des langues régionales comporte des clauses contraires à la Constitution", *AJDA* 1999 p.573) laissent à penser que le contrôle de cette déclaration a pu être écarté aussi eu égard à la nature de cet acte et aux limites de la compétence d'attribution du Conseil constitutionnel.

³⁶ V. pour un aperçu d'ensemble, P. Chevalier, « La pratique de la Cour de cassation », in *Actualités des réserves aux traités*, op. cit. pp.157-166s.

³⁷ V. pour la jurisprudence postérieure : 27 mars 1997, n°96-82669 ; 6 nov. 1997, n°96-86127 ; 4 juin 1998, n°97-80620 ; 1^{er} mars 2000, n°99-86.299 et 7 sept. 2004, n°04-80.010.

³⁸ V. aussi pour une rédaction intéressante : n°1384-778 du 15 janvier 2014 bull.

³⁹ 22 févr. 2017, n°14-82.526, bull. ; 6 déc. 2017, n°16-81.857, bull. ; 17 janv. 2018 n°16-86.451 inédit. V. pour une variante plus ramassée : 12 sept. 2018, 17-83793, bull.

⁴⁰ Cette motivation n'est d'ailleurs pas reprise de manière systématique : v. 13 sept. 2017, n° 15-84.823 et 3 mai 2018, n°17-81.594, inédits.

⁴¹ Aux dires même du commissaire du Gouvernement concerné, R. Abraham dans l'affaire Burunza du 27 oct. 1989 n°107711, rec.

⁴² V. pour une revue de la jurisprudence ultérieure, J-F. Lachaume et H. Pauliat, « Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat et réserves aux traités et accords internationaux », in *Apprendre à douter, Questions de droit, questions sur le droit, Etudes offertes à Claude Lombois*, Presses universitaires de Limoges, 2004, pp-851-868.

⁴³ Ou avez pris soin de relever qu'il n'en existait pas : v. CE 14 mai 1993, Mme Smets, n° 130120 T.

⁴⁴V. not. 7 janvier 2004, Colombani, n° 232465, T. sur un autre point.

Sans doute ébranlés par le coup de tonnerre de l'arrêt Grande Stevens de mars 2014, vous avez semblé **envisager un contrôle** de la réserve par votre décision de sous-sections réunies du 22 octobre 2014, Syndicat des médecins d'Aix et région (n°364384 T.), relevant que la validité de cette réserve « n '[était] pas contestée ». Vous avez entendu par là fermer la porte à un contrôle d'office, dans la logique de votre jurisprudence « S.A Morgane » (Sect. 11 janv. 1991, n°90995 rec.), mais en laissant entrouverte celle d'un contrôle sur demande. Votre jurisprudence postérieure est toutefois revenue à des formulations plus classiques, faisant application de la réserve sans autre précision : v. not. votre décision « Dalenson » du 25 février 2015 (n°361995, 362679 T sur un autre point), aux conclusions de Gaëlle Dumortier indiquant que la réserve « s'impos[ait] à vous ». Pour le moment donc, vous ne contrôlez pas.

4. Alors, pouvez-vous contrôler ?

Oui, **techniquement** du moins. Les réserves peuvent être confrontées à un droit, leur droit. Il y a une norme de référence et donc un contrôle de nature authentiquement juridique. Ce contrôle est couramment pratiqué par la DAJ du Quai d'Orsay, à laquelle les projets de réserve des ministères doivent être transmis comme le rappelle le guide de légistique⁴⁵. Mais il l'est aussi par les formations consultatives du Conseil d'Etat, en tout cas la section des finances et l'assemblée générale, lorsqu'elles se prononcent sur les projets de lois autorisant la ratification des traités à un stade où des réserves sont connues et portées à leur connaissance⁴⁶ ; sans préjudice de demandes d'avis spécifiques dont elles peuvent être saisies par le Gouvernement⁴⁷, comme vos rapports d'activité s'en font l'écho depuis de nombreuses années. Par chance, celui pour l'année 1985 ne fait pas état de ce que vous seriez à l'origine de la réserve qui nous occupe aujourd'hui⁴⁸...

Le problème n'est donc pas d'ordre technique : vous sauriez évidemment contrôler. Il est d'ordre **juridique et institutionnel** et renvoie à ce qu'est, ou devrait être, votre office⁴⁹. Il n'y a aucune évidence sur ce sujet, d'autant que votre jurisprudence sur ces questions est faite d'autant de décisions de principe sur les rapports aux traités que d'une casuistique fine - ou embarrassée, comme on voudra - sur les actes de Gouvernement dans l'ordre international. Pour y voir clair, nous vous proposons d'aborder les choses à travers trois questions simples.

4.1. Première question : êtes-vous face à un acte de droit interne ou international ?

4.1.1 Il faut commencer par là, car vous n'êtes juges en principe que d'**actes internes**. Et si le contrôle de conventionnalité est pour vous devenu une seconde nature, vous vous refusez à le faire porter sur des actes qui ressortissent eux-mêmes à l'ordre juridique international, comme l'ont affirmé très clairement vos trois décisions classiques « Commune de Porta » (du 8 juillet 2002, n°239366 rec.), « Fédération nationale de la libre pensée » (Ass. 9 juillet 2010, n°327663 rec.) et « Kandyrin de Brito Paiva » (Ass., du 23 décembre 2011, n°303678, rec.).

⁴⁵ 3^{ème} éd. 2017, n°4.1.1, p. 479.

⁴⁶ V. sur l'activité consultative du Conseil d'Etat en matière de réserves aux traités, J-L Sauron, « La pratique des sections consultatives du Conseil d'Etat », in *Actualités des réserves aux traités*, op. cit. pp.167-170. Et s'agissant plus particulièrement des avis rendus sur la CEDH et ses protocoles : D. Girard, *La France devant la Cour européenne des droits de l'homme, Contribution à l'analyse du comportement étatique devant une juridiction internationale*, L'harmattan, 2015, not. p.53. V. en outre, les études générales du Conseil d'Etat abordant ce sujet et not. *Etude sur la pénétration dans le droit interne français des stipulations des conventions internationales*, 25 avril 1985, Tome 1, p. 65 s et *La norme internationale en droit français*, 29 juin 2000, p. 115 s.

⁴⁷ V. pour le cas particulier d'un avis sur un projet de loi constitutionnelle (autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires en tenant compte d'une « déclaration interprétative du 7 mai 1999) : 30 juillet 2015, n°390.268.

⁴⁸ Etudes et documents n°37, 1986, pp.135-137.

⁴⁹ Qui ne diffère pas selon que le juge statue par voie d'action ou d'exception. V. p. une confirmation : 12 févr. 2016, L..., n°387931 T.

Or, les réserves sont nées dans l'ordre juridique international où elles trouvent leur fondement et leur utilité⁵⁰. Les articles 2 et 21 de la convention de Vienne définissent la réserve comme une déclaration unilatérale qui modifie les dispositions du traité sur lesquelles elle porte. On peut donc estimer, soit qu'elle s'incorpore au traité qui en fait l'objet, soit qu'elle reste distincte de celui-ci mais pour constituer, alors, un acte unilatéral qui relèverait lui-même de l'ordre juridique international.

4.1.2 Certes, il vous arrive parfois d'identifier un **acte détachable** que vous acceptez de saisir, indépendamment de celui qui a une existence internationale. C'est assez fréquent pour les actes d'exécution des traités internationaux. Et lorsqu'ils supposent des notifications à des organes internationaux ou à des Etats parties, vous distinguez sans peine l'acte interne, que vous acceptez de contrôler, de sa notification que vous laissez seule échapper. V. pour des illustrations, le rétablissement des contrôles aux frontières dans le cadre de l'article 27 du « code frontière Schengen » (28 déc. 2017, ANAFE, n°415291 rec.) ou de manière plus originale, la notification des aides d'Etat où vous distinguez la décision de notifier, partie intégrante de la procédure d'instruction devant la Commission, du refus de notifier, que vous contrôlez (Ass. 7 nov. 2008, CNIVAO, n°282920, rec.).

Mais dans le cas des réserves aux traités, on ne voit pas bien ce qu'il y aurait à détacher, puisqu'elles n'ont de valeur que portées à la connaissance du dépositaire et des Etats parties et ne se laissent pas découper si facilement. On pourrait certes toujours songer à distinguer la réserve elle-même de la décision de la déposer, mais ce serait très artificiel et vous vous refusez à ce genre de fiction en matière d'introduction des traités internationaux dans l'ordre interne.

S'il fallait voir les réserves comme des actes de droit interne, le lien le plus pertinent serait sans doute à rechercher avec la **décision de ratifier** le traité dont elle affecte en réalité le champ et la portée. Mais la réserve en reste distincte car elle peut intervenir avant et surtout être levée après. Ce serait donc plus un rapprochement qu'un rattachement. Et il faudrait en tout état de cause vérifier qu'elle ne devrait pas subir le même sort que la décision de ratifier elle-même, qui échappe à votre contrôle non parce qu'il s'agit d'un acte international mais, de manière plus traditionnelle, parce que vous la regardez comme indissociable de la conduite des relations diplomatiques, ce qui nous conduit tout droit à la question suivante.

4.2. Cette deuxième question, c'est celle de savoir si vous êtes face à un acte à portée essentiellement interne ou qui interfère avec la conduite des **relations internationales**.

On entre là dans le test classique de l'**acte de Gouvernement**. Malgré plusieurs tentatives de présentations plus fines ou sophistiquées, on en revient toujours à la distinction de Paul Duez, remontant aux années trente, entre les actes « *tournés vers l'ordre interne* » et ceux « *tournés vers l'ordre international* »⁵¹. Comme vous allez le voir, c'est assez partagé s'agissant des réserves aux traités.

4.2.1 Il est clair que les effets d'une réserve sont très largement tournés vers l'ordre interne en tant qu'elle conditionne la **portée du traité dans l'ordre juridique national**.

⁵⁰ Très peu de textes de droit interne les évoquent : l'article 4 du décret n° 53-192 du 14 mars 1953 relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France (issu de sa modification par le décret n° 86-707 du 11 avril 1986) prévoit leur publication et l'article 11 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution prévoit quant à lui leur mention dans l'étude d'impact des projets de loi autorisant la ratification des traités internationaux.

⁵¹ P. Duez, *Les actes de Gouvernement*, Sirey, 1935, réédité par la LGDJ, Dalloz, nov. 2006.

C'est bien pour **l'application du traité en France** que la réserve est formulée. Si la question est posée au juge administratif, c'est que seront invoquées devant lui des stipulations d'effet direct, qui présenteront donc un enjeu pour les requérants dans leurs rapports à l'administration française⁵². Et lorsqu'il s'agit en plus de conventions qui touchent aux droits de l'homme, cet enjeu est l'application des droits qu'elles reconnaissent aux individus dans l'ordre interne, indépendamment de la manière dont elles sont appliquées ou non par les autres Etats parties⁵³.

Ce sont d'ailleurs ces mêmes considérations qui expliquent que l'un **des reculs les plus marqués** de l'acte de Gouvernement dans votre jurisprudence ces dernières années ait concerné ceux qui déterminaient le droit international applicable dans l'ordre interne. Vous vous êtes ainsi reconnus compétents pour interpréter les traités (Ass. 29 juin 1990, GISTI, n°78519, rec.) avant de vous reconnaître le droit de vérifier par vous-mêmes le respect de la condition de réciprocité (Ass. 9 juill. 2010, Mme Cheriet-Benseghir, n°317747 rec.).

Et ce sont des considérations pour partie voisines, liées à l'introduction des traités en droit interne et donc la détermination du droit applicable, qui vous ont déterminés à contrôler dans le cadre du contentieux du décret de publication d'un traité, le respect des dispositions constitutionnelles quant à l'autorisation parlementaire de ratification et ce, alors même qu'elles pouvaient conduire à remettre en cause des traités déjà ratifiés et exposer à un risque d'engagement de la **responsabilité de l'Etat** (Ass. 18 déc. 1998, SARL du parc d'activités de Blotzheim et S.C.I Haselaecker, n°181249, rec. ; 5 mars 2003, M. A..., n°242860 rec.). Or, s'agissant des réserves aux traités, l'impact sur le droit applicable dans l'ordre interne est le même et, en revanche, il y a beaucoup moins de risque de mise en cause des engagements déjà pris au niveau international puisque, contrairement à l'éventuelle censure de la ratification d'un traité, celle d'une réserve lève des obstacles à son exécution⁵⁴. Il y a donc de très bons arguments pour voir dans les réserves un acte tourné vers l'ordre interne. Mais il est tourné, aussi, vers l'ordre international.

4.2.2 La réserve occupe en effet une place centrale dans la **conclusion des traités** internationaux, champ que la théorie des actes de Gouvernement a laissé intact.

La possibilité de conclure des réserves est d'abord un élément qui influe sur la conduite des **négociations**. Lorsqu'un Etat participant à une conférence internationale ou à d'autres formes de discussion réalise qu'il sera minoritaire, la perspective de pouvoir déposer une réserve le conduira à ne pas prolonger la discussion, puisqu'il sait disposer d'autres moyens pour obtenir satisfaction. Inversement, le risque que des Etats importants n'en formulent peut inciter les autres à modifier le projet d'accord pour éviter qu'ils ne recourent à ce type d'expédients au stade de leur adhésion. Or, la conduite des négociations diplomatiques reste un domaine solidement installé de l'acte de Gouvernement (v. not. 8 mars 1968, Société Rizeries indochinoises - Maïseries indochinoises, n°57414, rec. ; 30 nov. 1973, Sté marchand et Botella, n°81806 T. ; Sect. 13 juillet 1979 Coparex n°s 4880 et 4881 rec. ; 25 mars 1988, Sté Sapvin, n°65022 rec. ; 20 déc. 2013, Fano, 335235, T. sur un autre point).

⁵² CE Ass., 11 avril 2012, GISTI et FAPIL n°322326, rec.

⁵³ L'application de ces traités objectifs n'est pas soumise à la même exigence de réciprocité que les traités synallagmatiques comme déjà indiqué, v. supra 2.2.

⁵⁴ V. notamment sur ce point la directive 3.3.2 du guide de la pratique des réserves aux traités. Il ne pourrait par hypothèse en aller autrement que dans le cas où l'Etat aurait réussi à convaincre de l'indissociabilité de la réserve avec l'engagement souscrit qui serait ainsi lui-même remis en cause.

Les réserves entretiennent ensuite, on l'a dit, un lien encore plus étroit avec la décision de s'engager qu'est la **ratification**, dont vous refusez de contrôler le bien fondé parce qu'il touche au consentement de l'Etat à souscrire cet engagement⁵⁵. Il en va rigoureusement de même pour la réserve qui se présente comme une condition plus ou moins déterminante de ce consentement. Et le juge aurait à affronter la redoutable question de ce « plus ou moins » si l'Etat entendait se libérer de son engagement en cas de remise en cause de la validité de la réserve qui s'attachait à l'expression de son consentement⁵⁶.

Cette question n'est pas sans lien avec l'hypothèse de la **suspension** d'un traité, que vous avez déjà rencontrée et que vous avez, de manière symétrique à sa ratification, regardée comme un acte de Gouvernement par votre décision d'Assemblée du 18 déc. 1992, Préfet de la Gironde c. M. M... (n°120461 rec., implicite mais qui ne laisse aucun doute sur ce point et d'ailleurs confirmée par votre décision du 30 juill. 1997, M. E..., n° 155760. T⁵⁷).

4.2.3 En outre, plus globalement, les réserves présentent des enjeux importants pour les **relations internationales** elles-mêmes, indépendamment du processus de négociation et de conclusion d'un traité donné.

Une remise en cause d'une réserve est évidemment de nature à **fragiliser la position de l'Etat** vis-à-vis de ses partenaires, que ce soit ceux auxquels il s'était opposé dans la négociation et qui auront pu à l'issue de celle-ci émettre des objections ou bien des Etats qui avaient, au contraire, fait front commun avec lui en déposant des réserves proches sinon identiques et qui se trouveraient fragilisés par ricochet. C'est le crédit de l'Etat comme acteur international qui serait ainsi amoindri.

Mais un contrôle juridictionnel des réserves est également de nature à troubler les procédures du « **dialogue réservataire** ». L'examen des réserves donne lieu en effet à des discussions entre Etats ainsi qu'à des revues spécifiques qu'avec les dépositaires et les autres organes de surveillance ou de suivi des traités, parfois dans des cadres organisés, comme c'est le cas au sein du Conseil de l'Europe (CAHDI, Observatoire européen des réserves aux traités). Ces procédures sont marquées par une grande retenue, les objections aux réserves étant, comme on l'a indiqué, utilisées avec parcimonie. On peut douter que ce dialogue et ces procédures puissent s'accommoder de décisions juridictionnelles qui suivent leur logique propre, étrangère aux accommodements du jeu diplomatique.

Il en va enfin de la solidité même de la réserve comme **instrument** de facilitation du multilatéralisme. Si un usage désordonné des réserves peut porter atteinte à l'intégrité des traités, un contrôle trop strict pourrait dissuader les Etats d'y recourir et, alors, de souscrire à des traités multilatéraux qui ne peuvent leur convenir complètement⁵⁸.

Comme on le voit, si une réserve est un paramètre essentiel de l'application d'un traité dans l'ordre interne et est, à cet égard, tournée vers ce dernier, elle est aussi une partie intégrante du processus de négociation et de conclusion des traités et, au-delà, des relations multilatérales. Elle est, ainsi, au moins autant tournée vers l'ordre international.

⁵⁵ A rapprocher de l'absence de contrôle des décisions de publier ou non un traité : CE, 4 nov. 1970, M. V..., n°68866, rec.

⁵⁶ En renversant la présomption retenue par le guide de la pratique des réserves aux traités en droit international général et dans des conditions plus incertaines en droit de la CEDH, la cour ne semblant plus même s'interroger sur cette question aujourd'hui (v. *supra* 2.3).

⁵⁷ Courant de jurisprudence qui ne nous semble pas remis en cause par la décision ANAFE précitée (v. *supra* 4.1.2).

⁵⁸ L'équilibre à maintenir en ce domaine est bien exprimé par le préambule de la résolution de l'assemblée générale des Nations Unies de 2013 précitée soulignant que les réserves aux traités peuvent contribuer « *au juste équilibre entre l'objectif consistant à préserver l'intégrité de traités multilatéraux et celui tendant à favoriser une large participation à ces derniers* ».

4.3. Troisième et dernière question : êtes-vous comme juge national **au bon niveau** pour procéder à ce contrôle ?

4.3.1 Vous le savez, le juge national est le **premier juge de la conventionnalité** et tout ce que pourrait faire un juge international est *a priori* à sa portée. Et ce, d'autant qu'aucune règle du droit international ou de la CEDH ne reconnaît respectivement de monopole au juge international ou au juge européen sur la question du contrôle de validité des réserves⁵⁹.

Lorsque la saisine d'un juge international est hypothétique, comme c'est le cas de l'éventuelle saisine de la CIJ en droit international général, le juge national est finalement assez libre de son choix de contrôler ou non. Cela lui appartient complètement. La question est évidemment différente dans le cas où l'intervention du juge international est probable, voire certaine, et relativement rapide comme dans le cas de la CEDH. En refusant de contrôler, le juge national peut alors se placer lui-même en **porte-à-faux** et prendre le risque non seulement d'exposer « son » Etat à davantage de condamnations, faute de contrôle préventif, mais aussi de s'affaiblir lui-même dans le dialogue avec le juge international, en donnant le sentiment de choisir la fuite plutôt qu'un dialogue constructif ou, à tout prendre, offensif.

4.3.2. Nous pensons néanmoins que ce risque de porte-à-faux n'en est pas un, car le juge national n'est **pas dans la même situation** qu'une cour internationale telle que la CEDH. Le contrôle juridictionnel national nous paraît en effet soulever plusieurs difficultés qui n'ont pas d'équivalent dans son cas.

La première différence tient aux **titres de compétences** respectifs des deux juges. En matière de supériorité des traités dans l'ordre interne, votre titre de compétence à vous est l'article 55 de la Constitution et il ne vous permet de faire prévaloir sur la loi interne que les accords régulièrement ratifiés ou approuvés. Or, la réserve retransche au périmètre de ce qui est ratifié⁶⁰, de sorte que si vous deviez l'invalidier comme juge national, la partie du traité qui n'a pas été ratifiée ne le serait pas davantage après cette invalidation, ce qui conduirait à une impasse. C'est différent pour la Cour européenne des droits de l'homme. Sa compétence s'étend, en vertu de l'article 32 de la Convention à : « *à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises...* » ; article qui ajoute qu'« *En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide* ». C'est une cour souveraine, gardienne de la Convention, dont l'office n'a d'autres limites que celles qu'elle veut bien se donner.

La deuxième différence tient aux **risques d'atteinte à la séparation des pouvoirs** liés à l'intervention des deux juges. La fonction diplomatique est un attribut traditionnel de l'exécutif et le Conseil constitutionnel se montre très vigilant sur son autonomie, en veillant à prévenir toute ingérence du Parlement sur le dépôt ou la levée des réserves à l'occasion de l'examen des projets de lois autorisant la ratification des traités (v. 2003-470 DC du 9 avril 2003, point 18 à propos du droit d'amendement ; 2009-579 DC du 9 avril 2009, points 23 à 25 à propos des études d'impact). Certes, les risques d'ingérence qui proviennent du juge national ne sont pas de même nature que ceux provenant du Parlement. Mais on a vu il y a

⁵⁹ V. sur la perspective d'un contrôle par le juge national : J. Lepoutre, « Invalidité des réserves françaises au principe *non bis in idem* (Convention EDH, art. 4, prot. 7) : et si les juges nationaux n'attendaient pas la Cour de Strasbourg ? », précité et A. Louvaris et J.-L. Sauron, « Le principe *non bis in idem* en droit des affaires : une crise, des solutions », préc. ; v. aussi H. Matsopoulou, note ss CEDH 4 mars 2014, *Grande Stevens* : Rev. sociétés 2014. 675, n° 16.

⁶⁰ C'est en ce sens que Pierre Collin avait conclu sur la décision G..., n°282995, précitée (v. *supra* point 3.2).

quelques instants que les interférences du contrôle juridictionnel avec la conduite des relations internationales ne pourraient qu'être élevées et la théorie des actes de Gouvernement est aussi là pour les prévenir. Or, le contrôle juridictionnel opéré par le juge international n'est pas susceptible de soulever les mêmes difficultés, puisqu'il est extérieur à la séparation des pouvoirs et aux équilibres voulus par le constituant dans l'ordre interne.

La troisième différence tient aux **risques de désordre** liés aux interventions respectives de chaque juge. Il est évident que le contrôle des réserves par le juge international ne peut créer les mêmes difficultés qu'un contrôle disséminé entre une multitude de juridictions nationales qui pourraient s'ignorer ou se contredire. Il en va ainsi entre juridictions d'Etats différents, les juges nationaux pouvant avoir à apprécier les réserves d'autres Etats. Ce n'est pas une hypothèse d'école : il s'en est fallu de peu que vous soyez confrontés à la question dans l'affaire d'assemblée du 30 juillet 2014, Mmes K... et H..., (n° 349789 au rec.), à propos d'une réserve autrichienne. De même, à l'étranger, dans un arrêt du 8 juin 2010 (2 BvR 432/07, 2 BvR 507/08), la Cour constitutionnelle fédérale allemande a été amenée à se prononcer sur une réserve émise par le gouvernement Suisse. Mais le problème existe aussi à l'intérieur même d'un Etat, du fait de la dispersion du contrôle entre ses juridictions, qu'il y ait d'ailleurs unité ou pluralité d'ordre de juridictions.

La différence de situation entre le juge national et la CEDH nous paraît ainsi nette et de nature à justifier une différence de traitement, pour reprendre une formule bien connue.

4.3.3 Il est vrai que la nouvelle procédure **d'avis consultatif** de la CEDH instituée par le protocole n°16, pourrait changer un peu la donne, en vous permettant de vous prononcer après avoir recueilli l'avis de ce juge international⁶¹.

Mais il ne s'agit que d'un avis consultatif, de sorte qu'en toute rigueur, il vous faudrait d'abord affirmer explicitement ou implicitement votre compétence avant de poser la question de la validité de la réserve à la Cour. Or, le champ du protocole est encore **très incertain** et elle pourrait très bien estimer que cette question ne relève pas « *des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles* » au sens de ce texte, si on devait le lire comme limitant cette procédure aux questions touchant au fond du droit. Et le risque paraît d'autant plus grand que la Cour a veillé à se réserver une large marge d'appréciation dans la procédure d'admission des demandes. Vous risqueriez ainsi, *in fine*, de devoir apprécier la validité de la réserve par vos propres moyens. Nous ne pensons donc pas que cette procédure soit de nature à modifier les termes de cette différence de niveau entre le juge international et vous.

Quel bilan tirer de ces trois séries de questions ? La réserve semble d'abord être un acte de l'ordre juridique international. Et si l'on voulait y voir aussi un acte interne, ses liens avec la décision de l'Etat de s'engager au plan international et avec la conduite des relations diplomatiques rendraient un contrôle, sans doute pas impossible -eu égard aux enjeux pour la détermination du droit conventionnel applicable dans notre pays-, mais assez difficile. Enfin, votre positionnement serait loin d'être aussi favorable que celui du juge international qu'est la CEDH pour procéder à ce contrôle de conventionnalité tout de même très particulier. Vous l'avez compris, la balance nous semble pencher nettement d'un côté.

⁶¹ La France a ratifié ce protocole après l'autorisation accordée par la loi n° 2018-237 du 3 avril 2018. Il est entré en vigueur le 1^{er} août 2018 mais il n'a pas été publié au Journal officiel à ce jour.

5. Mais, avant de vous proposer de prendre parti, nous croyons utile d'explorer plus avant les **perspectives** qui s'attachent à chacune des deux options.

5.1 Commençons par l'option du « **non-contrôle** ». Elle ne serait pas synonyme d'injusticiabilité totale de la réserve. Trois éléments d'atténuation seraient en effet envisageables.

5.1.1 Première atténuation : nous pensons que vous seriez de toute façon amenés à opérer un contrôle de **l'existence et de l'opposabilité** de la réserve.

En cas de contentieux, il vous appartiendrait certainement de répondre à un moyen tiré de ce qu'elle se rapporte à un traité qui serait lui-même insusceptible d'application dans l'ordre interne, eu égard à l'ensemble des conditions que vous acceptez de contrôler le concernant lui. Mais il y aurait place, en outre, pour un **contrôle spécifique** de l'existence et de l'opposabilité de la réserve, prise indépendamment du traité, à la manière du contrôle que vous avez pratiqué sur la décision de suspendre l'application d'un traité par votre décision M. M..., n°120461, précitée⁶², en vérifiant que cette suspension émanait bien d'une autorité habilitée et avait fait l'objet d'une publication⁶³. Il est vrai que, compte tenu de la concomitance du dépôt de la réserve et de l'instrument de ratification, d'une part, et de leurs publications elles-mêmes simultanées, d'autre part⁶⁴, ce contrôle aura beaucoup moins d'autonomie que dans le cas d'une suspension, qui intervient après-coup. Mais votre contentieux montre que l'hypothèse d'un vice affectant la seule réserve peut se rencontrer : v. à propos d'une réserve ajoutée par un rectificatif au Journal Officiel, alors qu'elle n'existait pas dans le décret de publication original : 16 mars 1966, Cartel d'action morale et sociale et Union féminine civique et sociale, rec.

Mais de manière beaucoup plus significative, nous pensons que le contrôle de l'existence inclut nécessairement celui de **qualification de la réserve**. Le juge ne peut appliquer une réserve sans s'être assuré qu'il est bien face à une réserve⁶⁵, ce qui suppose *a minima* de vérifier qu'elle correspond bien à l'objet défini à l'article 2 de la convention de Vienne, c'est à dire modifier la portée d'un traité, faute de quoi elle n'est qu'une simple déclaration interprétative. C'est d'ailleurs ce type de contrôle que la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation nous semble avoir pratiqué dans son arrêt du 11 juillet 2006 précité⁶⁶. Ce serait la vérification minimale.

On pourrait songer en **ajouter deux autres**. D'une part, comme la définition même de la réserve intègre sa temporalité, puisqu'elle doit être formulée au plus tard lors de la ratification, on pourrait regarder les réserves tardives non comme invalides mais comme des déclarations interprétatives qui peuvent quant à elles être déposées à tout moment⁶⁷. D'autre part, mais il s'agirait d'un pas sans doute un peu moins facile à faire, vous pourriez être tentés de procéder de même pour les réserves formulées en dépit d'une interdiction formelle du traité. Dans un cas comme dans l'autre, vous procéderiez, en somme, non à une invalidation de la réserve mais à son déclassement, ce qui reviendrait néanmoins à un résultat très proche, puisque vous n'êtes pas liés par le sens d'une déclaration interprétative.

⁶² V. Les conclusions de F. Lamy très explicites sur cette question ainsi que la chronique à l'AJDA (1993, p. 82).

⁶³ Cette jurisprudence est encore vivace comme le confirment les conclusions de V. Daumas dans l'affaire L..., n°387931, précitée.

⁶⁴ Publication simultanée prévue par le décret n° 53-192 du 14 mars 1953 précité.

⁶⁵ Comme il arrive du reste de constater, mais avec moins d'aléa que pour une réserve, que ce qui se présentait comme un traité international n'en est en réalité pas un, v. par exemple CE, 23 juillet 2010, I..., 309993 T ou encore, dans la jurisprudence constitutionnelle : 83-160 DC du 19 juillet 1983.

⁶⁶ V. sur l'interprétation de cet arrêt M. Audit, « De la notion de réserve faite par un Etat lors de la signature d'un traité », *Revue critique de droit international privé*, 2007 p. 391 et J. Lepoutre, « Invalidité des réserves françaises au principe non bis in idem (Convention EDH, art. 4, prot. 7) et si les juges nationaux n'attendaient pas la Cour de Strasbourg ? » précité.

⁶⁷ A rapp. de la décision du Tribunal fédéral suisse du 17.12.1992 précitée.

Si vous souhaitiez appliquer cette grille d'analyse **en l'espèce**, il n'y aurait aucune difficulté. La réserve française à l'article 4 du Protocole n° 7 de la CEDH en est bien une⁶⁸, elle a été déposée par une autorité habilitée pour ce faire et elle a bien été publiée. Elle a été déposée dans les temps et la convention n'interdisait pas d'en déposer.

Mais comme vous le voyez, même en poussant assez loin la vérification de l'existence de la réserve, vous n'auriez **pas rejoint l'option du contrôle**. Les critères centraux que sont le respect de l'objet et du but du traité dans le droit international général, ou les différentes exigences de l'article 57 de la CEDH telles qu'interprétées par la cour quant au degré suffisant de précision de la réserve dans le système européen des droits de l'homme, resteraient hors de votre portée. Or, c'est sur ces critères que la part d'appréciation est la plus grande et que les contestations peuvent être les plus nombreuses, comme c'est le cas avec l'article 4 du protocole n°7. Et vous seriez bien amenés, en l'espèce, à décliner votre compétence pour connaître de ces griefs là.

5.1.2 Mais, et c'est la deuxième atténuation envisageable, nous pensons que si vous ne contrôlez pas vous-mêmes la validité de la réserve au regard des critères essentiels du traité, vous pourriez le moment venu **tenir compte des décisions rendues par une juridiction internationale** habilitée à le faire.

S'agissant en particulier de la CEDH, ce parti serait cohérent avec votre jurisprudence sur les conséquences qu'il y a lieu de tirer des arrêts de la Cour : Assemblée, 30 juillet 2014, M. N..., (n° 358564, rec.⁶⁹). Et le droit international général ne retient pas une solution différente lorsqu'un organe de type juridictionnel a invalidé une réserve⁷⁰.

Dans ce cas, vous ne vous seriez **pas vous mêmes contrôleurs**. Vous tireriez les conséquences de la décision rendue par le contrôleur⁷¹. Cette dissymétrie apparente entre le refus de contrôler une réserve en amont avec l'application de ces éventuelles décisions en aval n'aurait rien de baroque. Elle tiendrait à la différence d'office des deux juges déjà évoquée. Il vous arrive d'ailleurs fréquemment de tirer les conséquences de décisions du juge judiciaire ou du Conseil constitutionnel que vous n'auriez pas été compétents pour rendre vous-mêmes ni même, parfois, pour leur renvoyer la question.

Et cette solution pourrait être fondée sur l'idée qu'en ratifiant un traité donnant compétence à un organe juridictionnel pour trancher toutes les questions d'application de ce traité, la France aurait **accepté que cet organe opère un contrôle** de validité sur les réserves émises au moment de sa ratification.

Cela étant, rien ne vous oblige à anticiper la question dans la décision que vous aurez à rendre dans la présente affaire.

⁶⁸ Cette déclaration est présentée au sein d'une annexe unique au décret de publication intitulée « déclarations et réserves » mais le caractère de réserve ne fait pas de doute et c'est bien ainsi qu'elle a été enregistrée par le Conseil de l'Europe (v. sur le site du Conseil : Recherches sur les traités / Réserves et déclarations pour le traité n°117 / Déclarations en vigueur).

⁶⁹ V. aussi. Section, 4 octobre 2012, B..., n°328502, rec.

⁷⁰ Directives 3.2.3 et 3.2.5 du guide de la pratique des réserves aux traités.

⁷¹ C'est ainsi que l'on peut comprendre, *a contrario*, l'ouverture récente de la chambre criminelle de la cour de cassation en 2017 faisant état de l'absence d'invalidation de la réserve française, de même d'ailleurs que certaines observations de vos rapporteurs publics dans leurs conclusions sur l'état de la jurisprudence de la CEDH (P. Collin dans l'affaire G..., n°282995, ou G. Dumortier dans l'affaire Dalenson précitées). Et c'est ainsi que les juridictions autrichiennes se comportent semble-t-il depuis que la réserve de leur pays a été invalidée (Cour constitutionnelle fédérale autrichienne, 5. décembre 1996, n°G9/96, G83/96; G86/96; G110/96; G136/96; G143/96; G148/96; G159/96; G197/96).

5.1.3 Enfin, et c'est la troisième atténuation possible, nous croyons utile de rappeler qu'indépendamment des questions d'existence, d'opposabilité et de validité des réserves, vous conservez toujours une capacité minimale de contrôle sur leur portée.

On ne peut totalement exclure, au moins à titre d'hypothèse, qu'une réserve, restreignant l'application d'un traité, puisse porter atteinte aux droits fondamentaux en prévoyant une application **discriminatoire** de ce traité. Cette question là est distincte de celle de la validité de la réserve et renvoie davantage au fond du droit qui en résulte. De ce point de vue elle n'est donc pas différente de celle que poseraient des traités qui comporteraient des clauses elles-mêmes discriminatoires.

Si vous **refusiez de contrôler** la réserve au regard des règles conventionnelles gouvernant leur formulation - c'est l'hypothèse que nous terminons d'étudier - leur contrôle au regard de règles conventionnelles de fond ne serait pas plus envisageable. Et le contrôle de constitutionnalité n'est pas très couvrant. Vous refusez de l'opérer sur les engagements internationaux autrement que sur le respect des procédures constitutionnelles et le Conseil Constitutionnel n'y procède lui-même que dans le cadre d'un contrôle *a priori*⁷², des seules conventions qui appellent une autorisation de ratification législative (art. 53) et par des mécanismes non systématiques (ceux des articles 54 et 61 qui supposent une saisine). A considérer qu'il accepte de se prononcer sur la constitutionnalité du traité au vu de la réserve et donc indirectement sur la constitutionnalité de celle-ci, ce contrôle ne serait donc lui-même que ponctuel. En particulier, toutes les réserves d'ores et déjà en vigueur y échapperaient, comme pour les traités eux-mêmes.

C'est donc, comme pour eux, par le jeu d'une **interprétation neutralisante** que vous pourriez éviter ce type de difficulté. C'est loin d'être négligeable et vous avez l'habitude de vider ainsi de leur venin potentiel des normes que vous n'êtes pas en situation de contrôler. Au total, comme vous le voyez, vous conserveriez de nombreux leviers pour compenser l'inconvénient d'une absence de contrôle de la réserve dans cette option du « non contrôle ».

5.2 Passons pour finir à l'**option du contrôle**. Ce choix vous confronterait évidemment à des questions difficiles que le cas de la réserve à l'article 4 du Protocole n°7 à la CEDH illustre bien.

5.2.1 Première question difficile : **la réserve est-elle valide ?**

On aurait très envie de répondre oui s'agissant de celle qui nous occupe en l'espèce. La réserve de la France était légitime compte tenu de son modèle de répression administrative et pénale qu'elle entendait préserver. Elle ne souffre **d'aucune ambiguïté** puisque la ligne de partage est parfaitement claire dans notre ordre juridique national entre une sanction pénale et administrative. Et le critère organique de la juridiction compétente, retenu par les auteurs de la réserve, est aisément compréhensible par tout un chacun. La réserve française n'est pas rédigée tout à fait de la même façon que celle de l'Italie et de l'Autriche à cet égard. Quant au fait qu'elle n'ait pas comporté un bref exposé de la loi en cause, cela se comprend bien compte tenu de sa nature : il aurait fallu recenser tous les textes concernés, ce qui était immense pour le pénal et au moins autant pour l'administratif. La réserve ne nous aurait pas semblé plus claire en procédant à un tel inventaire.

⁷² Les QPC sont exclues sur les lois de ratification (2010-605 DC du 12 mai 2010 ; 14 mai 2010, R..., n°312305, rec) et le Conseil constitutionnel refuse d'appliquer sa jurisprudence dite « état d'urgence en Nouvelle-Calédonie » en matière de contrôle de constitutionnalité des traités internationaux (92-308 DC du 9 avril 1992 ; 2004-505 DC du 19 novembre 2004).

Une validation de la réserve pourrait en outre paraître **moins transgressive** depuis la décision A et B. contre Norvège de 2016. Vous donneriez ainsi une petite chance à la réserve française de s'en sortir. Car, à n'en pas douter, ces chances s'évanouiraient si vous la regardiez comme invalide à votre niveau.

Mais tout cela ne peut fonctionner qu'à la condition d'une **inflexion très nette** de la jurisprudence de la Cour et elle se montre particulièrement exigeante sur la question du bref exposé, qu'elle regarde comme une condition de fond et dont elle a même refusé de dispenser la Suisse qui faisait valoir que, dans son cas, cela impliquait de recenser les lois de chaque canton⁷³. Enfin et surtout, à considérer que l'on parvienne à convaincre sur ces deux premiers paramètres de la précision et du bref exposé, il reste qu'en principe, la réserve ne peut porter que sur des textes antérieurs à sa formulation. Or, la réserve française est potentiellement dynamique et elle l'a été en pratique, avec le fort développement ces dernières décennies dans notre pays des systèmes de sanctions administratives, qui ne s'est pas accompagné d'une remise en cause de la répression pénale à due concurrence. Même si les organes de la CEDH ont pu admettre une petite souplesse sur cette condition⁷⁴, on ne peut avoir aucune certitude sur la position que la cour pourrait adopter compte tenu de l'ampleur du champ couvert et de son accroissement depuis que la réserve a été déposée.

5.2.2 La deuxième question est à peine moins difficile : si vous regardiez la réserve comme invalide, le **protocole resterait-il applicable** ?

C'est toute la thématique de la **divisibilité** déjà abordée. La France a déjà eu l'occasion de dire que, pour elle, la réserve était bien une condition de son engagement et qu'elle ne s'estimerait plus liée par les stipulations en cause si elle devait être invalidée. Cela étant, cette déclaration a été faite bien après sa formulation, dans le cadre d'observations qu'elle présentait à l'occasion d'un litige devant la cour en 1999⁷⁵.

Or, on l'a dit, la cour ne semble même plus s'interroger sur ce point désormais. Il serait sans doute difficile de juger autrement à votre niveau en prenant sur vous de déclarer le protocole inapplicable. La solution la plus sûre serait alors **d'écarter de vous-mêmes la réserve** et d'appliquer directement le protocole sans attendre la réaction des autorités françaises auxquelles il appartiendrait de déterminer, pour l'avenir, si elles se résignent (en ne faisant rien ou en levant la réserve pour plus de clarté, ce que ni l'Italie ni l'Autriche n'ont fait pour leur part semble-t-il à ce jour) ou bien si, au contraire, elles cherchent à s'adapter, en tentant de corriger la réserve ou en dénonçant les stipulations concernées avec, à la clé, une question sur l'étendue de ce qui pourrait être dénoncé (qui n'est pas évidente au regard de l'article 58 de la Convention).

5.2.3 La troisième et dernière question est sans doute la plus lourde d'enjeux : **qu'advierait-il du droit interne** si on appliquait le protocole sans la réserve ?

La question a une véritable **portée utile** car, en l'état actuel des choses, la jurisprudence de la CEDH reste la plus exigeante en matière de *non bis in idem*, en comparaison de celle que vous rendez sur le Pacte international des droits civils et politique⁷⁶,

⁷³ V. la décision Belilos c. Suisse précitée, points 56 s.

⁷⁴ V. not. Com EDH 16 déc. 1964, x. c. Autriche, n°1731/62.

⁷⁵ Dans les suites de l'affaire Ponsetti : 14 septembre 1999, Ponsetti c. France, n°36855/97, et Chesnel c. France, n°41731/98.

⁷⁶ Avis 4 avril 1997, M. J..., n°183658, rec.

de celle du Conseil constitutionnel⁷⁷, et de celle de la CJUE, cette dernière ayant un champ au demeurant plus étroit, puisque ne concernant que les affaires relevant du droit de l'Union⁷⁸.

Cette jurisprudence, initiée par l'arrêt de Grande Chambre du 10 février 2009, *Sergeï Zolotoukhine c. Russie*, (req. n° 14939/03), prohibe le cumul de poursuites, de jugements et de peines pour les mêmes faits. Le **dernier état** de la jurisprudence de la cour résulte de l'arrêt *A. et B. c/ Norvège* que nous avons déjà beaucoup cité. Elle y admet certes que les Etats « *devraient pouvoir légitimement opter pour des réponses juridiques complémentaires face à certains comportements socialement inacceptables (...) au moyen de différentes procédures formant un tout cohérent de manière à traiter sous ses différents aspects le problème social en question, pourvu que ces réponses juridiques combinées ne représentent pas une charge excessive pour la personne en cause* ». Mais la cour livre ensuite une série de critères d'appréciation qui ne sont ni exhaustifs ni d'une très grande précision⁷⁹.

Compte tenu des enjeux qui s'attachent à ce que cette jurisprudence, si on en arrivait là, soit appliquée de manière raisonnable, nous serions enclins à vous proposer de dégager une interprétation du droit interne **aussi compatible que possible** avec ces exigences. Vous pourriez solliciter à cet effet les marges laissées par les critères formulés par la cour et faire, au besoin, évoluer votre interprétation des textes internes sur les aspects qui paraîtraient les plus problématiques. L'alternative serait bien sûr de renvoyer une demande d'avis à la CEDH sur cette seule question de l'application du protocole et qui ne soulèverait pas les mêmes problèmes que sur la validité de la réserve. Mais elle resterait malaisée alors qu'on ignore comment la cour abordera cette nouvelle procédure. Elle nous semblerait, en tout état de cause, moins intéressante en termes de dialogue des juges qu'une interprétation des exigences du protocole par vos soins.

Le scénario du contrôle vous confronterait ainsi à des choix difficiles entre le souci de vous conformer au dernier état de la jurisprudence de la CEDH et la tentation de bâtir une démonstration différente dans l'espoir de la convaincre, mais avec des conséquences assez lourdes en cas d'échec.

Vous l'aurez compris, ces perspectives ne conduisent pas à inverser la pesée à laquelle nous avons procédé en chemin et que nous pensons toujours, à l'arrivée, nettement favorable à l'absence de contrôle de validité de la réserve. Si vous nous suivez, vous écarterez ce 3^{ème} et dernier moyen dirigé contre les motifs de l'arrêt attaqué ayant pris parti en ce sens.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que la SARL Super Coiffeur verse à l'Office français de l'immigration et de l'intégration une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

⁷⁷ V. not. les décisions n° 2014-453/454 et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 et n° 2016-572 QPC du 30 septembre 2016.

⁷⁸ V. pour le dernier état de sa jurisprudence : Grande chambre, 20 mars 2018, Procédure pénale contre Luca Menci (aff. C-524/15).

⁷⁹ V. sur cette jurisprudence, le guide diffusé par les services de la Cour sur l'article 4 du Protocole n°7 à la CEDH – Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois, mis à jour au 30 avril 2018.