

CHRONIQUE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC Juillet/Décembre 2015

A. Le cyberespionnage en droit international : perspective comparée entre la France et l'Allemagne à la suite des révélations

*Robin CABALLERO, doctorant à l'École de Droit de la Sorbonne
(Université Paris 1) et à la Humboldt Universität, Berlin*

Les révélations récentes d'Edward Snowden ainsi que les publications de Wikileaks ont remis sur le devant de la scène les questions portant sur l'espionnage et la surveillance numérique en Allemagne. Si le droit international en ce domaine s'est intéressé à l'espionnage en temps de guerre, le cyberespionnage est un espace juridique autonome non encadré. Seuls des instruments régionaux de régulation des activités de cyberespionnage se mettent progressivement en place, si bien que l'adoption de textes internationaux devient une nécessité.

Spying and digital surveillance are placed to the forefront due to the recent disclosures of Edward Snowden and the publications of Wikileaks. International law only defines the regulation of spying in times of war, whereas cyber espionage is an independent legal space, which is not yet framed by a legal system. The adoption of international legislation is an absolute need when the regulation of cyber espionage activity is merely provided by regional regulatory instruments.

Comme l'a rappelé récemment le Président du *Bundesamt für Verfassungsschutz* Hans-Georg Maaßen, les révélations d'Edward Snowden et les documents publiés par Wikileaks depuis 2013 ont remis au goût du jour les questions liées à l'espionnage et à la surveillance numérique en Allemagne¹. L'Allemagne a été en effet durant la Guerre froide le théâtre de nombreuses affaires d'espionnage, avec l'arrestation en 1980 pour espionnage au profit de la Pologne d'un ressortissant polonais employé au service comptable de l'ambassade des Etats-

¹ <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/hans-georg-maassen-zeigt-sich-edward-snowden-dankbar-13713954.html> (consulté le 2/9/15).

Unis à Bonn², ou encore l'affaire du « commandant Nicholson » en 1984³. Une affaire majeure concernait le traitement des anciens agents du *Ministerium für Staatssicherheit* de la République démocratique allemande, plus connue sous le nom de « Stasi », à la suite de la réunification⁴. Cependant, la découverte dans les années 1990 de l'existence du programme Echelon, dont des stations se situaient en Allemagne, avait déjà levé le voile sur le développement du cyberespionnage international au profit des « Five-Eyes »⁵, prélude aux affaires récentes.

En octobre 2013, un premier scandale éclate lorsqu'un document révèle que le téléphone portable de la chancière avait été placé sur écoute de 2002 à l'été 2013 par la *National Security Agency* (NSA). L'affaire prend une tournure plus importante entre avril et juillet 2015, où est dévoilée la surveillance par l'agence américaine de plusieurs entreprises et ministères français et allemands. Si l'implication des services de renseignement américains ne fait aucun doute, plus trouble est le rôle joué par le *Bundesnachrichtendienst* (BND) dans la collecte de ces informations, la plupart de ces renseignements ayant été obtenus avec son assistance. Si elle existait déjà auparavant, la collaboration entre services de renseignement allemands et américains s'est intensifiée suite à la conclusion du *Memorandum of Agreement* signé le 28 avril 2002⁶. Ce programme, qui s'inscrit dans la lutte contre le terrorisme à la suite des attentats du 11 septembre 2001, donna naissance à un groupe de travail entre les deux agences, le *Joint SIGINT Activity*, un des plus importants complexes en matière de renseignements en Europe, situé à Bad Aibling, en Bavière. Si *Eikonal* est le programme de coopération le plus connu, avec pour but d'intercepter des communications internet et téléphoniques, d'autres sont concernés, comme *Glotaic* et *Monkeyshoulder*. Le premier concerne la collaboration du BND et de la CIA dans l'écoute de la filiale allemande de *MCI Worldcom*, un opérateur téléphonique américain. La seconde porte sur la collaboration entre le *Government Communications Headquarters* (GCHQ, le service de renseignement

² Ch. ROUSSEAU, « Chronique des faits internationaux. Arrestation d'un employé polonais de l'ambassade des Etats-Unis à Bonn », *RGDIP*, 1981, p. 355.

³ Du nom d'un agent américain en poste en RDA. Ch. ROUSSEAU, « Chronique des faits internationaux. Meurtre par un soldat soviétique le 24 mars 1985 près de Ludwigslust d'un officier américain de la mission militaire de liaison en RDA (affaire Nicholson) », *RGDIP*, 1985, p. 777. Les scandales liés à l'espionnage ont évidemment continué à avoir cours après la fin de la Guerre Froide, avec récemment les affaires « Edmond pope » ou encore l'expulsion en 2011 de l'attaché militaire israélien en poste à Moscou. Voir à ce propos F. LAFOUASSE, *L'espionnage dans le droit international*, Paris, Nouveau monde éditions, 2012, pp. 24 et 193.

⁴ J. FROWEIN, R. WOLFRUM, G. SCHUSTER, *Völkerrechtliche Fragen der Strafbarkeit von Spionen aus der ehemaligen DDR*, Heidelberg, Springer, 1995 ; M. GEHRLEIN, *Die Strafbarkeit der Ost-Spione auf dem Prüfstand des Verfassungs- und Völkerrechts*, Cologne, Carl-Heymanns Verlag, 1996.

⁵ Composé des Etats-Unis, de la Grande-Bretagne, du Canada, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Voir D. YERNAULT, « De la fiction à la réalité : le programme d'espionnage électronique global "Echelon" et la responsabilité internationale des Etats au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *RBDI*, 2000, p. 137 ; F. LAFOUASSE, *op. cit.*, pp. 161-163.

⁶ <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/mehr-als-200-us-geheimdienstler-spionieren-offiziell-in-deutschland-a-975285.html> (consulté le 2 septembre 2015).

britannique) et le BND. Ce dernier aurait accepté de livrer des informations collectées en échange d'une aide technique britannique dans l'analyse des données.

Si l'espionnage en temps de guerre est régi par les articles 29 à 31 de la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre du 18 octobre 1907, l'espionnage en temps de paix ne fait pas l'objet de règles particulières. La doctrine est donc divisée sur le sujet, une partie considérant que l'espionnage porterait atteinte à la souveraineté des Etats, et serait par conséquent illicite⁷, et l'autre affirmant que celui-ci serait permis⁸. Les partisans de la licéité de l'espionnage se fondent notamment sur le principe de l'arrêt *Lotus*⁹ pour affirmer qu'en l'absence de normes explicites l'interdisant, l'espionnage était admis en droit international. C'est l'opinion du *Bundesgerichtshof*, qui indiqua dans une décision de 1991 que « *(d)ie Spionage stellt sich zwar als kein völkerrechtliches Unrecht dar, sie ist im Krieg und im Frieden eine völkerrechtlich "legale Handlung" (...). Den einzelnen Staaten ist aber völkerrechtlich nicht untersagt, die Spionagetätigkeit durch nationale Regelungen mit Strafe zu bewehren. Die Tatsache, daß das Völkerrecht die Spionage als solche "erlaubt", bedeutet nicht, daß es den einzelnen Staaten untersagt ist, gegen sie gerichtete nachrichtendienstliche Tätigkeiten unter Strafe zu stellen* »¹⁰. C'est donc souvent plutôt dans les ordres juridiques nationaux qu'on trouvera des outils juridiques de lutte contre l'espionnage.

Il est toutefois difficile de transposer ce raisonnement au cyberespionnage. Si le cyberspace est aujourd'hui reconnu comme un espace juridique autonome¹¹, il n'existe pas, au contraire des autres espaces que sont la terre, la mer et l'espace aérien, de textes internationaux venant encadrer l'espionnage dans ce domaine. Les exécutifs français comme allemands se sont donc essentiellement contentés de protester, l'Allemagne procédant simultanément à l'expulsion du haut représentant des services secrets américains sur son territoire¹². Toutefois, cela peut sembler réduit au regard de l'ampleur du système de

⁷ Voir Q. WRIGHT, « Espionage and the doctrine of non-intervention in internal affairs », in *Essays on espionage and international law*, Columbus, Ohio State University Press, 1962, p. 12 et s.

⁸ J. FROWEIN, R. WOLFRUM, G. SCHUSTER, *op. cit.* ; M. GEHRLEIN, *op. cit.*, p. 80 ; F. LAFOUASSE, *op. cit.*, pp. 24-28.

⁹ CPJI, *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, Recueil des arrêts, Série A n°10, Arrêt n°9, p. 17 : « Les limitations de l'indépendance des États ne se présument (...) pas ».

¹⁰ « L'espionnage ne représente pas un fait illicite en droit international, il est en temps de guerre comme de paix une 'conduite licite' en droit international. (...) Il n'est cependant pas interdit en droit international aux Etats de lutter individuellement par le biais de normes internes répressives contre les activités d'espionnage. Le fait que le droit international 'autorise' l'espionnage ne signifie pas qu'il est interdit aux Etats de réprimer juridiquement les activités de renseignements dirigées contre eux » (BGH, 30 janvier 1991, 2 BGs 38/91, traduction de l'auteur).

¹¹ F. LAFOUASSE, *op. cit.*, p. 166.

¹² <http://www.sueddeutsche.de/politik/spionageaffaere-bundesregierung-weist-us-geheimdienstler-aus-1.2039826> (consulté le 2 septembre 2015).

surveillance mis à jour et du nombre de personnes impliquées. Ces activités de cyberespionnage pourraient constituer une intervention au sens du droit international, ou encore une violation du principe de l'égalité souveraine et de la coopération pacifique entre les Etats.

Alors que certains instruments régionaux de régulation des activités de cyberespionnage se mettent progressivement en place, l'adoption d'un texte international semble indispensable face à l'ampleur des écoutes. L'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la résolution 68/243 portant sur les « Progrès de l'informatique et des télécommunications et sécurité internationale » semble vouloir aller en ce sens¹³, mais la France s'y oppose, trouvant la démarche « prématurée »¹⁴, et semble privilégier l'échelle nationale dans un premier temps avec l'adoption de la loi sur le renseignement¹⁵.

¹³ A/RES/68/243, 9 janvier 2014.

¹⁴ Réponse de la France à la résolution 68/243 relative aux « Développements dans le domaine de l'information et des télécommunications dans le contexte de la sécurité internationale », <https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/UN-14XXXX-ITISreplyFrance.pdf> (consulté le 2 septembre 2015).

¹⁵ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, JORF n° 0171 du 26 juillet 2015, p. 12735, texte n° 2.

B. L'érosion de l'obligation, pour les Etats membres, de garantir le droit d'accès au juge au sein des organisations internationales ?

Les décisions *Perez et Klausecker* rendues par la CEDH

*Anne-Marie THEVENOT-WERNER, LL.M. (Cologne/Paris 1),
maître de conférences à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas*

In its decisions *Perez* and *Klausecker* rendered on 6 January 2015, the European Court of Human Rights reaffirms its case law derived from the decisions *Waite and Kennedy* and *Bosphorus*. However, the way it applies the principles allowing the Court to engage a State's responsibility for violations of the human rights protected by the European Convention on Human Rights may lead to an erosion of the obligation of a State to protect these rights, as the Court seems to require implicitly their protection to be "manifestly deficient", including in the framework of the proportionality test developed in the decision *Waite and Kennedy*. In the end, the Court protects in any way possible the autonomy of International Organisations. This might lead however to the hardly desirable consequence that International Organisations and their Member States are free not to apply the same standard of human rights protection as the Convention offers to acts and omissions of the Organisation – even to Organisations where all Member States are a Party to the Convention.

Dans ses décisions *Perez* et *Klausecker* rendues le 6 janvier 2015, la Cour européenne des droits de l'homme réaffirme sa jurisprudence issue des décisions *Waite et Kennedy* et *Bosphorus*. La manière dont elle applique cependant les principes qui permettent à la Cour d'engager la responsabilité d'un Etat pour violation des droits de l'homme protégés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peut mener à une érosion de l'obligation d'un Etat de protéger ces droits, dès lors que la Cour conditionne implicitement l'engagement de cette responsabilité par une « insuffisance manifeste » dans leur protection, y compris dans le cadre du contrôle de proportionnalité développé par sa décision *Waite et Kennedy*. En fin de compte, la Cour protège par tout moyen possible l'autonomie des organisations internationales. Cela pourrait cependant entraîner la conséquence peu souhaitable que les organisations internationales et

leurs Etats membres soient libres de ne pas appliquer le même standard de protection des droits de l'homme que celui prévu par la Convention aux actes et omissions de l'organisation – même dans le cas où tous les Etats membres sont parties à la Convention.

Le 6 janvier 2015, l'Allemagne échappe une nouvelle fois à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) pour violation du droit d'accès à un tribunal non garanti par une organisation internationale implantée en Allemagne. La CEDH a été confrontée à ce domaine du Droit dans des litiges impliquant l'Allemagne pour la dernière fois en 1999, dans les affaires *Waite et Kennedy*, ainsi que *Beer et Regan contre Allemagne* du 18 février 1999¹⁶, décisions à l'occasion desquelles la CEDH a fait évoluer fondamentalement la mise en balance entre le droit d'une organisation internationale à son immunité de juridiction et le droit de ses membres du personnel à l'accès au juge¹⁷. Depuis, elle a statué sur plusieurs affaires touchant au droit de la fonction publique internationale, mais n'a jamais engagé la responsabilité des Etats¹⁸.

¹⁶ CEDH, Grande Chambre, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, n° 26083/94, arrêt du 18 février 1999 ; Grande Chambre, *Beer et Regan c. Allemagne*, requête n° 28934/95, arrêt du 18 février 1999.

¹⁷ Pour une analyse de celles-ci, voy., par ex. C. DOMINICÉ, « Observations sur le contentieux des Organisations internationales avec des personnes privées », *AFDI*, 1999, vol. 45, pp. 623-648 ; J.-F. FLAUSS, « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », *RSDIE*, 2000-3, vol. 10, pp. 299-324 ; E. J. HABSCHEID, « Die durch Art. 6 I EMRK beschränkte Immunität internationaler Organisationen im Erkenntnisverfahren », *IPRax*, 2001-5, vol. 21, pp. 396-399 ; A. REINISCH, A. WEBER, « In the Shadow of Waite and Kennedy: the Jurisdictional Immunity of International Organizations, the Individual's Right of Access to the Courts and the Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement », *IOLR*, 2004, vol. 1, pp. 59-110.

¹⁸ CEDH, 2^{ème} section, *A.L. c. Italie*, n° 41387/98, décision du 11 mai 2000 ; 5^{ème} section, *Boivin c. France et Belgique et 32 autres Etats membres du Conseil de l'Europe*, n° 73250/01, décision du 9 septembre 2008, note S. AKTYPIS, *JDI*, 2009-3, vol. 136, pp. 1001-1002 ; 5^{ème} section, *Bernard Connolly c. Allemagne, Autriche, Belgique Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède*, n° 73274/01, décision du 9 décembre 2008 ; 2^{ème} section, *Emilio Gasparini c. Italie et Belgique*, n° 10750/03, décision du 12 mai 2009 ; 5^{ème} section, *Taner Beygo c. 46 Etats membres du Conseil de l'Europe*, n° 36099/06, décision du 16 juin 2009, note E. DECAUX, « Grievs incompatibles *ratione personae* avec la Convention », *JDI*, 2010-3, vol. 137, pp. 959-961 ; 3^{ème} section, *Luis Maria Lopez Cifuentes c. Espagne*, n° 18754/06, décision du 7 juillet 2009 ; 5^{ème} section, *Chapman c. Belgique*, n° 39619/06, décision du 5 mars 2013. Pour une analyse, voy., not. J.-F. FLAUSS, « Immunités des organisations internationales et droit international des droits de l'homme », in SFDI-IIDH, *Journées d'études de Strasbourg. La soumission des organisations internationales aux normes relatives aux droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, 143 p. ; G. M. PALMIERI, « Fonction publique internationale et droit international des droits de l'homme », pp. 58-68 in SFDI-IIDH, *Journées d'études de Strasbourg. La soumission des organisations internationales aux normes relatives aux droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, 143 p. ; A. REINISCH (dir.), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, xxix-302 p. Pour une analyse de la question en anglais, voy. nos développements publiés sur le site du TACE.

Dans les deux décisions rendues par la CEDH à propos des affaires *Klausecker* et *Perez contre Allemagne* le 6 janvier 2015¹⁹, la chambre, composée dans les deux affaires des mêmes juges²⁰, réaffirme l'approche consacrée par les deux décisions rendues en 1999 en Grande Chambre. Toutefois, la manière dont elle met en œuvre le contrôle de proportionnalité invite à soulever plusieurs interrogations.

Dans la décision *Perez*, la requérante a travaillé pour le programme des Volontaires des Nations Unies (VNU) à Bonn en tant que fonctionnaire. En raison d'évaluations défavorables de sa prestation à la suite du changement de son supérieur hiérarchique, l'agente, un cadre supérieur, devait être réaffectée dès 2002, mais n'a pas trouvé un nouveau poste au sein du système des Nations Unies et a été licenciée avec effet le 4 mars 2003 pour raison de réduction des effectifs et suppression de poste. Pour contester cette décision et pour demander une réparation du retard dans la procédure de contestation de son évaluation qui a indûment duré onze mois, la requérante introduisit un recours auprès du Tribunal administratif des Nations Unies (TAdNU) après avoir saisi la Commission paritaire de recours. Le Tribunal accorda une réparation de six mois de salaires pour le retard dans la procédure de contestation de son évaluation, comme l'avait recommandé la Commission paritaire de recours au Secrétaire général qui n'avait accordé que la moitié de ce montant. Insatisfaite, la requérante décida de saisir la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement que le Tribunal administratif ne répondait manifestement pas aux conditions du droit à un procès équitable découlant de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDH) et que l'Allemagne, en tant que membre de l'ONU, pouvait en être tenue responsable conformément à la jurisprudence *Bosphorus* et la jurisprudence *Gasparini*.

Dans l'affaire *Klausecker*, en revanche, c'est une décision de non recrutement qui fut mise en cause. M. Klausecker réussit le concours de recrutement de l'Office européen des brevets (OEB) pour devenir membre du personnel de l'OEB. Cependant, à l'issue de l'examen médical conditionnant le recrutement, le médecin considéra que, bien que le requérant ait été, au moment du recrutement, considéré comme apte à exercer les fonctions d'examineur de brevets, il ne pouvait pas être exclu que sa main droite serait constamment surmenée, parce que le requérant avait perdu sa main gauche lors d'un accident de voiture à l'âge de 18 ans, lors duquel il avait également perdu son œil gauche et des doigts de sa main droite. On pouvait envisager un risque plus important d'absences au travail et une

¹⁹ CEDH, 5^{ème} section, *Perez c. Allemagne*, n° 15521/08, décision du 6 janvier 2015, ci-après « *Perez* ». (Pour une présentation de la décision, voy. J. TAVERNIER, « Le mécanisme de règlement des litiges du travail interne à l'ONU devant la Cour européenne des droits de l'homme », *sentinelle-droit-international*, bull. n° 421 du 8 février 2015. CEDH 5^{ème} section, *Klausecker c. Allemagne*, n° 415/07, décision du 6 janvier 2015, ci-après « *Klausecker* »).

²⁰ Mark Villiger, *Président*, Angelika Nußberger, Boštjan M. Zupančič, Vincent A. De Gaetano, André Potocki, Helena Jäderblom et Aleš Pejchal.

incapacité de travail prématurée pour des raisons de santé. Le médecin conclut alors que M. Klausecker n'était pas apte pour le recrutement ce qui justifia le rejet de sa candidature. Pour contester la décision, M. Klausecker saisit, en parallèle, le *Bundesverfassungsgericht* allemand et le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail (TAOIT). Le 22 juin 2006, la Cour constitutionnelle fédérale déclara cependant la requête du requérant irrecevable²¹. Le recours auprès du TAOIT offrit en revanche plus de perspectives au requérant. Bien que ledit Tribunal ait constaté son incompétence pour connaître du recours en raison de sa juridiction d'attribution circonscrite par son propre statut, il nota « que le présent jugement crée une situation de vide juridique et estim[a] très souhaitable que l'Organisation recherche une solution qui garantisse à l'intéressé l'accès à un juge, soit en levant son immunité soit en soumettant le différend à l'arbitrage »²². L'OEB choisit la deuxième option. Toutefois, cet arbitrage n'a finalement pas eu lieu faute d'accord entre les parties et le requérant a décidé de saisir la CEDH contre l'Allemagne, pour violation des articles 6, paragraphe 1, et 13 CSDH. Le requérant invoqua une violation de ces articles par l'Allemagne, d'une part, par le refus du *Bundesverfassungsgericht* d'écarter l'immunité de juridiction de l'OEB pour protéger le requérant contre une discrimination en raison de son handicap et, d'autre part, pour ne pas avoir assuré la mise en place d'une voie de recours répondant aux exigences des articles 6 et 13 CSDH au niveau international.

Dans l'affaire *Perez*, la CEDH devait décider si un Etat pouvait être tenu pour responsable pour les violations, par une organisation dont il était membre, des droits reconnus par la CSDH, et cela même en l'absence d'épuisement des voies de recours nationales. En revanche, dans l'affaire *Klausecker*, la CEDH a été amenée à examiner si un Etat pouvait être tenu responsable pour une violation des articles 6 et 13 de la CSDH, d'une part, en raison du maintien de l'immunité de juridiction d'une organisation internationale sans avoir vérifié si une voie de recours alternative avait été accessible au requérant, et, d'autre part, en raison d'insuffisances dans les voies de recours internationales.

Malgré les divergences factuelles et procédurales, la CEDH répond par l'application des mêmes principes aux deux affaires mais dans un ordre inversé : d'une part, il revient aux juridictions nationales de vérifier, dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité entre l'immunité de juridiction et le droit d'accès au juge, si une voie de recours alternative est à la disposition du requérant. D'autre part, la Cour réaffirme le principe de l'obligation incombant aux Etats membres d'une organisation internationale de s'assurer que l'organisation offre une protection qui n'est pas entachée d'une insuffisance manifeste par rapport à celle prévue par la CSDH.

Dans l'affaire *Perez*, la CEDH reconnaît d'abord ce dernier principe. Elle laisse cependant ouverte la question de l'existence d'une violation en poursuivant que, dans tous les cas, un Etat ne peut être tenu responsable par la CEDH pour une

²¹ BVerfG, 22 juin 2006, 2 BvR 2093/05, *Klausecker (OEB)*.

²² TAOIT, *Klausecker c. OEB*, jugement n° 2657 du 11 juillet 2007, § 6.

violation de cette obligation qu'après épuisement des voies de recours nationales. La requérante n'avait cependant pas répondu à cette obligation en l'espèce, alors qu'il résulte de la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* qu'il vérifie dans des cas analogues si la protection des droits fondamentaux procédurales accordée par l'organisation était entachée d'une insuffisance manifeste. La Cour constate, en revanche, dans l'affaire *Klausecker*, l'absence de violation des droits par le maintien de l'immunité de juridiction en raison de l'existence d'une voie de recours alternative assurée par une procédure d'arbitrage *ad hoc* et elle conclut que les voies de recours au sein de l'OEB et du TAOIT ne seraient pas entachés d'une insuffisance manifeste en application de la jurisprudence *Bosphorus*. Dans les deux cas, la requête a donc été rejetée comme irrecevable.

Ces deux décisions apportent plusieurs éclaircissements sur les obligations incombant aux Etats dans la garantie des droits de l'homme procédurales par une organisation internationale et se rejoignent sur ces points, raison pour laquelle il convient de les traiter ensemble. Bien que la Cour réaffirme des principes qui *en droit* rappellent l'obligation des Etats et, par ricochet, des organisations internationales, de prévoir une voie de recours alternative, la protection *a minima* de ce droit de l'homme par les juridictions nationales dans ce domaine particulier lui suffit (I). Elle offre ainsi une grande latitude aux organes dotés de l'autorité publique dans la conception des voies de recours administratives internationales, au point que l'on peut se demander si elle ne ferme pas les yeux sur des insuffisances pour préserver de manière absolue l'autonomie des organisations (II).

I. L'APPROCHE ALLEMANDE APPROUVÉE

La condition de l'épuisement des voies de recours nationales conformément à l'article 35, paragraphe 1, CSDH, dans l'affaire *Perez* et le maintien de l'immunité de juridiction de l'OEB par le *Bundesverfassungsgericht* dans l'affaire *Klausecker* mènent la Cour à un examen de la conformité à la Convention de la manière dont les juridictions allemandes apprécient les moyens tendant à un refus de l'immunité de juridiction à une organisation internationale dans des litiges relevant du droit de la fonction publique internationale. Dans ce cadre, la CEDH reconnaît le critère d'acte d'autorité publique imputable à l'Etat comme critère de détermination de l'étendue du champ d'action et de responsabilité de l'Etat (A). A l'occasion de l'examen de la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht*, elle retient par ailleurs le critère d'une « insuffisance manifeste » comme seuil à dépasser afin qu'un requérant puisse exiger la prépondérance du droit d'accès au juge sur l'immunité de juridiction (B).

A. L'acceptation du critère d'acte d' « autorité publique »

La CEDH devait vérifier dans l'affaire *Perez*, conformément à une interprétation téléologique de l'article 35 CSDH qui assure le droit du préalable aux Etats parties à la Convention, « que l'ordre interne offre un recours effectif quant à

la violation alléguée »²³. De ce fait, la charge de la preuve « que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, était susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès », incombe en premier lieu au gouvernement²⁴. Ce n'est qu'une fois que le gouvernement a apporté cette preuve qu'il revient au requérant « d'établir que le recours évoqué par le Gouvernement a en fait été employé ou bien, pour une raison quelconque, n'était ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause ou encore que certaines circonstances particulières le dispensaient de cette obligation »²⁵. Toutefois, l'existence d'un doute sur les chances de succès du recours ne dispense pas le requérant de son obligation de l'épuiser²⁶.

Dans le cadre de l'application des principes à l'espèce, la Cour conclut, dans un premier temps, que le gouvernement n'avait pas démontré que la présentation de l'affaire devant les juridictions allemandes de travail aurait constitué une voie de recours effective. A ce jour, elle pourrait cependant être amenée à conclure le contraire, parce que, quelques jours seulement après que la Cour eut rendu sa décision, le Tribunal du travail de Munich a appliqué dans un jugement du 13 janvier 2015 le contrôle de proportionnalité de la CEDH énoncé dans l'affaire *Waite et Kennedy* lors d'un litige entre, d'une part, l'Union syndicale de l'Office européen des brevets (USOEB), ainsi que sa section locale à Berlin et, d'autre part, l'Organisation européenne des brevets²⁷.

Dans un deuxième temps, la Cour étudie dans l'affaire *Perez* la jurisprudence établie par le *Bundesverfassungsgericht* dans l'affaire *Klausecker*. Contrairement aux juridictions belges et néerlandaises qui se fondent dans ces cas directement sur la jurisprudence *Waite et Kennedy*²⁸, le juge constitutionnel allemand a développé sa propre grille d'analyse à partir de la jurisprudence

²³ *Perez*, § 75, citant CEDH, Grande Chambre, *Selmouni c. France*, n° 25803/94, arrêt du 28 juillet 1999, § 74, et Grande Chambre, *Akdivar et al. c. Turquie*, n° 21893/93, arrêt du 16 septembre 1996, § 65.

²⁴ *Perez*, § 76, confirmant *Akdivar et al. c. Turquie*, eod. loc., § 68, confirmé par *Selmouni c. France*, eod. loc., § 76.

²⁵ *Perez*, § 76, confirmant *Akdivar et al. c. Turquie*, ibid., § 68, confirmé par *Selmouni c. France*, ibid., § 76.

²⁶ *Perez*, § 76, confirmant 4^{ème} section, *Allaoui et al. c. Allemagne*, n° 44911/98, décision du 19 janvier 1999.

²⁷ *Arbeitsgericht München, Union syndicale de l'OEB (USOEB) et sa section locale à Berlin c. OEB*, 16 Ca 2864/14, jugement du 13 janvier 2015, non publié.

²⁸ Cf. par ex. Belgique, Cass., *UEO c. Siedler*, arrêt n° S.04.0129.F du 21 décembre 2009 ; Pays-Bas, *Hoge Raad, X c. OEB*, n° 08/00118, 23 octobre 2009 ; CA La Haye, *X c. Tribunal irano-américain de réclamations*, n° 200.103.895/01, arrêt du 17 septembre 2013 ; *X et 102 autres c. ESA*, n° 200.108.812-01, arrêt du 6 mai 2014 ; *USOEB et sa section locale à La Haye c. OEB*, n° 200.141.812/01, arrêt du 17 février 2015 ; *X c. OEB*, n° 200.153.423/01, arrêt du 2 juin 2015, présentés dans la chronique « Jurisprudence étrangère intéressant le droit international », publiée sous la direction du Professeur Raphaële Rivier, *RGDIP*, 2015, n° 4.

*Eurocontrol II*²⁹. La CEDH considère que, dans tous les cas, la Cour constitutionnelle fédérale examine, si le niveau de protection des droits fondamentaux accordé dans les litiges en matière du droit de la fonction publique internationale était compatible avec la Loi fondamentale³⁰. La CEDH reconnaît que le contrôle n'est que restreint, en ce que le requérant doit montrer que l'action litigieuse constitue un acte de l'« autorité publique » (« *public authority* », ou « *öffentliche Gewalt* »³¹), ce qui est le cas à la fois de la décision de licenciement d'une organisation internationale de son personnel et de l'omission des autorités allemandes de s'assurer que ce standard de protection des droits fondamentaux soit suffisant au sein de l'organisation³². Dans l'affaire *Klausecker*, le *Bundesverfassungsgericht* avait cependant décidé que le requérant n'avait pas démontré que le refus de recruter M. Klaussecker constituait un acte de l'autorité publique imputable à l'Allemagne. Selon le *Bundesverfassungsgericht*, le recrutement aurait, en revanche, pu avoir la qualité d'acte de l'« autorité publique », parce que le statut du requérant aurait été modifié, et cela aurait eu des conséquences dans l'ordre juridique allemand³³. Pour cette raison, la voie de recours auprès du *Bundesverfassungsgericht* aurait pu être effective pour Mme Perez et elle aurait dû l'épuiser³⁴. Cependant, la distinction faite par la haute juridiction allemande est fondée dans les deux cas sur une question de modification du statut du requérant : dans le premier cas, il s'agit de la décision de refus du recrutement, et dans le deuxième de la décision de licencier. Dans les deux cas, la décision produit également des effets juridiques dans l'ordre national : la personne n'est pas recrutée ou elle a perdu son poste. Le *Bundesverfassungsgericht* a donc fait une distinction entre les actes et les omissions, alors qu'il est généralement reconnu qu'une omission peut également produire des effets juridiques. La CEDH aurait donc dû tancer le juge constitutionnel allemand dans l'affaire *Klausecker* pour son refus de reconnaître la qualité d'acte d'autorité publique indirectement imputable à l'Allemagne par la décision de non recrutement de M. Klaussecker. Conclure le contraire signifierait l'acceptation d'exclure potentiellement tout contrôle sur les décisions de non recrutement, alors que la constitution adéquate de la fonction publique internationale et la garantie de l'absence de l'arbitraire sont indispensables au maintien de son intégrité et de son efficacité, ce qui serait dans l'intérêt des Etats membres qui en assurent le financement.

²⁹ BVerfG, 10 novembre 1981, 2 BvR 1058/79, *Eurocontrol II*, §§ 79-100.

³⁰ *Perez*, §§ 81 et 82, en se référant aux décisions BVerfG, 28 novembre 2005, n° 2 BvR 1751/03, *D (OEB)* ; 22 juin 2006, n° 2 BvR 2093/05, *Klausecker (OEB)*, et 3 juillet 2006, n° 2 BvR 1458/03, *B., B., K. (OEB)*.

³¹ Sur cette notion, voy. M. GOLDMANN, *Internationale öffentliche Gewalt*, coll. « Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht » vol. 251, Heidelberg/New York/Dordrecht/Londres, Springer, 2015, xxix-636 p.

³² *Perez*, §§ 83-84.

³³ BVerfG, 22 juin 2006, *Klausecker (OEB)*, *op. cit.* note 15, §§ 8-15, not. § 15.

³⁴ *Perez*, §§ 86 et 90.

La Cour préfère traiter dans l'affaire *Klausecker* rapidement l'argument selon lequel l'immunité ne pouvait non plus être écartée du fait que le droit substantiel à la non discrimination était en cause, car un tel droit ne saurait écarter le droit procédural d'une organisation à son immunité³⁵, en restant fidèle à sa jurisprudence *Stichting Mothers of Srebrenica*³⁶. Or, ici est justement en cause un droit procédural : le droit d'accès au juge.

A propos de la question de l'appréciation de la proportionnalité entre l'immunité et le droit d'accès au juge, la Cour profite, dans les deux décisions, de l'examen de la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* pour s'aligner sur celui-ci.

B. L'alignement sur le critère d'une « insuffisance manifeste »

Conformément à la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht*, le requérant doit également montrer que le niveau de protection des droits fondamentaux par l'organisation a été généralement et manifestement inférieur au niveau de protection requis par la Constitution³⁷. Comme le constate la CEDH, la Cour constitutionnelle applique ici un seul niveau de contrôle, indépendamment de la question de savoir si l'action litigieuse émane soit directement des juridictions allemandes maintenant l'immunité de l'organisation soit de l'omission des autorités allemandes au sein de l'organisation en tant qu'Etat membre, approche que la CEDH endosse³⁸.

Or, jusqu'à présent, la CEDH avait elle-même appliqué un raisonnement différent aux deux cas de figure : le premier faisait l'objet d'un contrôle de proportionnalité, exigeant des voies de recours alternatives conformément à la jurisprudence *Waite et Kennedy*, et le deuxième d'un contrôle restreint, exigeant une insuffisance manifeste dans la protection des droits fondamentaux conformément à

³⁵ *Klausecker*, § 51, se référant à CEDH, Grande Chambre, *Fogarty c. Royaume-Uni*, n° 37112/97, arrêt du 21 novembre 2001, § 26.

³⁶ CEDH, 3^{ème} section, *Stichting Mothers of Srebrenica et al. c. Pays-Bas*, n° 65542/12, décision du 11 juin 2013, § 158, se référant à la CIJ, *Immunités juridictionnelles des Etats (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, arrêt du 3 février 2012, §§ 81-97.

³⁷ BVerfG, *Eurocontrol II*, *op. cit.* note 14, § 79 : « *Erscheint der Rechtsschutz gegen Akte einer zwischenstaatlichen Einrichtung gemessen an innerstaatlichen Anforderungen unzulänglich, so käme allenfalls eine Verletzung des Art. 24 Abs. 1 GG in Betracht ; mit Blick auf die Grundprinzipien der Verfassung bestehende Grenzen dieser „Übertragungsermächtigung“ könnten überschritten sein, wenn bei der Schaffung einer zwischenstaatlichen Einrichtung und bei ihrer organisatorischen und rechtlichen Ausgestaltung der – schon im Rechtsstaatsprinzip verankerten – Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes gegen Akte der öffentlichen Gewalt nicht hinreichend Rechnung getragen wurde* ».

³⁸ *Perez*, § 85 ; *Klausecker*, § 74.

la jurisprudence *Bosphorus*³⁹. Même dans les décisions commentées ici, la CEDH a énoncé les principes issus de la jurisprudence *Waite et Kennedy* à la partie portant sur l'examen de la jurisprudence allemande⁴⁰ et ceux issus de la jurisprudence *Bosphorus* à l'examen des voies de recours en place⁴¹. En ne respectant pas strictement cette distinction établie lors de l'application des principes aux affaires *Klausecker* et *Perez*, elle rompt donc avec cette différenciation et aligne le seuil de contrôle de l'existence d'une voie de recours alternative à celui d'une insuffisance manifeste dans les voies de recours⁴². Au lieu de renforcer la protection des droits fondamentaux, elle la réduit encore davantage. Et pourtant, d'aucuns ont déjà constaté que l'utilisation du critère d'une voie de recours alternative implique un risque d'une « régression du standard de protection » des droits individuels relevant du droit international général⁴³. Cela est d'autant plus apparent dans le cas de l'utilisation du critère d'une insuffisance manifeste⁴⁴.

Dès lors que la CEDH reste elle-même ambiguë sur la différence de degré de protection entre une voie de recours alternative et une insuffisance manifeste, on ne peut qu'espérer que sa souplesse à l'égard de la Cour constitutionnelle fédérale ne freine pas d'autres juridictions nationales dans leur élan pour examiner les voies de recours en détail et pour écarter l'immunité de juridiction également en cas d'insuffisances importantes dans les voies de recours, comme l'a fait le juge belge dans l'affaire *Siedler*⁴⁵ ou la Cour d'appel de La Haye⁴⁶, car elles sont fondées en droit et encourageant de manière plus efficace et effective un renforcement des droits de l'homme au sein des organisations internationales. Dans tous les cas, rien n'empêche le juge national d'accorder une protection renforcée des droits de l'homme par rapport au degré de protection accordé par la CSDH telle qu'interprétée par la CEDH, conformément à l'article 53 CSDH.

En raison de l'absence *de facto* d'une différenciation entre les deux cas de figure, la CEDH conclut que la voie de recours devant le juge constitutionnel

³⁹ CEDH, Grande Chambre, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, n° 45036/98, arrêt du 30 juin 2005, § 156.

⁴⁰ *Perez*, § 93 ; *Klausecker*, §§ 62-63.

⁴¹ *Perez*, §§ 61-62 ; *Klausecker*, §§ 92-97.

⁴² *Perez*, §§ 85 ; *Klausecker*, § 74.

⁴³ J.-F. FLAUSS, *RSDIE*, *loc. cit.* note 2, p. 323 ; J.-F. FLAUSS, SFDI-IIDH, *loc. cit.* note 3, p. 86 ; A. REINISCH, A. WEBER, *loc. cit.* note 3, pp. 68, 78-79 et 89. Voy. aussi H. ASCENSIO, « Le règlement des différends liés à la violation par les organisations internationales des normes relatives aux droits de l'homme », *in* SFDI-IIDH, *op. cit.* note 3, p. 124, qui constate que le contrôle du droit à un procès équitable est « à géométrie variable ».

⁴⁴ B. TAXIL, « Les 'différends internes' des organisations internationales : des modes appropriés de règlement juridictionnel des différends », *RGDIP*, 2012-3, vol. 116, p. 616.

⁴⁵ Belgique, Cass., *UEO c. Siedler*, *op. cit.* note 13.

⁴⁶ Pays-Bas, CA La Haye, 17 février 2015, *op. cit.* note 13.

allemand constitue une voie de recours accessible et apte à offrir une voie de recours effective⁴⁷. Le fait que la Cour constitutionnelle fédérale n'ait jamais écarté l'immunité de juridiction d'une organisation internationale ne porte pas préjudice à cette conclusion, selon la CEDH, car les faits dans les affaires jugées par cette Cour étaient différents de ceux en cause dans l'affaire *Perez*⁴⁸. En effet, dans ces cas était généralement en cause le TAOIT⁴⁹, et non pas le Tribunal administratif des Nations Unies. Par conséquent, Mme Perez aurait dû épuiser au préalable les voies de recours nationales. Il est remarquable que c'est la première fois que la CEDH déclare une requête tendant à l'application de la jurisprudence *Bosphorus* dans cette matière comme irrecevable sur ce fondement. Par conséquent, pour contester la conformité d'une voie de recours aux exigences du droit à un procès équitable, un membre du personnel est contraint d'épuiser à la fois les voies de recours internationales et nationales avant de pouvoir obtenir une décision de la CEDH, ce qui implique que le requérant doit être prêt à patienter de nombreuses années et faire preuve d'endurance (neuf ans et demi dans l'affaire *Klausecker*), sans même parler de la question du financement d'une telle entreprise. L'opportunité de l'exigence d'une telle double condition de l'épuisement des voies de recours internes (nationales et internationales) prête de ce fait pour le moins à réflexion.

Bien que la CEDH reconnaisse donc la possibilité de principe d'engager la responsabilité d'un Etat pour ne pas avoir répondu à son obligation de résultat de garantir l'accès au juge en matière de droit de la fonction publique internationale, elle ne l'oblige pas, *de facto*, à intervenir dans le fonctionnement interne d'une organisation.

II. L'AUTONOMIE DES ORGANISATIONS, PROTÉGÉE

A la lecture des deux décisions, il semblerait que la CEDH cherche, par les différents moyens juridiques à sa disposition, à éviter toute ingérence dans l'autonomie des organisations internationales en question. Elle se fonde, d'une part, sur une applicabilité restreinte de la CSDH aux organisations internationales auxquelles ces dernières ne sont pas – et ne peuvent pas l'être – parties (A). D'autre part, elle refuse de constater une « insuffisance manifeste » du degré de protection exigé par l'article 6, paragraphe 1, et l'article 13 CSDH (B).

A. Une applicabilité restreinte de la CSDH

La CEDH reste très prudente dans l'engagement de la responsabilité d'un Etat pour des violations de droits reconnus par la CSDH au sein d'une organisation internationale. Ainsi, le seul fait d'être membre d'une organisation ou le fait que

⁴⁷ *Perez*, § 86 ; *Klausecker*, §§ 76 et 77.

⁴⁸ *Perez*, § 87.

⁴⁹ BVerfG, *Eurocontrol II*, *op. cit.* note 14 ; *B., B., K. (OEB)*, *op. cit.* note 15 ; 27 janvier 2010, 2 BvR 2253/06 S. (*OEB*).

celle-ci accueille sur son territoire des organes de celle-ci ne suffit pas à lui seul à engager la responsabilité de l'Etat⁵⁰. Cela se justifie par le fait qu'une organisation internationale dispose d'une personnalité juridique distincte de celle de ses membres et qu'elle est indépendante – et doit le rester – à l'égard des Etats qui la composent et de ceux qui l'accueillent. Cela vaut, selon la CEDH, en particulier pour les litiges entre une organisation et son personnel en raison de leur extranéité intégrale par rapport au droit interne de l'Etat. En effet, ces litiges « *[i]e] entirely within the internal legal order of an international organisation* »⁵¹. Dans ces cas particuliers, il faudrait alors prouver une intervention directe ou indirecte de l'Etat dans le litige afin que le requérant relève « de [sa] juridiction » conformément à l'article 1^{er} de la CSDH et que la CEDH soit compétente *ratione personae* pour connaître du litige⁵². Conformément à la jurisprudence *Bosphorus*, le requérant doit prouver que l'organisation n'assure pas une « protection équivalente » au standard de protection prévu par la CSDH⁵³. Pour apporter cette preuve, le requérant doit montrer que la protection des droits fondamentaux par l'organisation était entachée d'une « insuffisance manifeste ». L'obligation de résultat des Etats membres d'assurer une « protection équivalente » au sein de l'organisation n'est donc en réalité pas identique à celle découlant directement de la Convention : un degré moindre de protection suffit, pour autant que la violation n'est pas manifeste.

Cette approche se comprend dans la mesure où la personnalité juridique de l'organisation réduit dans une certaine mesure les pouvoirs de contrôle des Etats membres sur l'action de l'organisation. Elle rappelle aux Etats qu'ils ne peuvent pas se contenter de conférer des compétences à une organisation, sans s'assurer de l'accompagnement de ces compétences par la protection des droits de l'homme. Néanmoins, le critère d'une « insuffisance manifeste » assure un standard de protection *de facto* tellement faible, qu'il est difficile de parler encore de « protection équivalente », d'autant plus que ce sont les Etats membres de l'organisation qui adoptent, au sein des organes de l'organisation, les dispositions applicables aux voies de recours. Dans le cas où tous les Etats membres de l'organisation sont également parties à la CSDH, comme dans le cas de l'Organisation européenne des brevets, il n'y a donc aucune justification d'une réduction aussi importante du degré de protection des droits de l'homme au sein de celle-ci, comme l'Union européenne nous en a montré l'exemple⁵⁴.

⁵⁰ *Perez*, § 60, et *Klausecker*, § 81 : « *the sole fact that an international organisation or tribunal has its seat and premises on the territory of the respondent State is not a sufficient ground to attribute the matters complained of to the State concerned* », en confirmant 3^{ème} section, *Galić c. Pays-Bas*, n° 22617/07, décision du 9 juin 2009, § 46 ; 3^{ème} section, *Blagojević c. Pays-Bas*, n° 49032/07, décision du 9 juin 2009, § 46 ; et 3^{ème} section, *Lopez Cifuentes c. Espagne*, n° 18754/06, décision du 7 juillet 2009, § 25.

⁵¹ *Perez*, § 61 ; *Klausecker*, § 92.

⁵² *Perez*, § 61 ; *Klausecker*, § 92.

⁵³ *Perez*, § 62 ; *Klausecker*, § 97.

⁵⁴ Cf. par ex. CJCE, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, C-4-73, arrêt du 14 mai 1974, §§ 13-14.

A cela s'ajoute le fait que l'interdiction du déni de justice, qui constitue un principe général à la fois de droit⁵⁵ et du droit international reconnu par les juridictions administratives internationales⁵⁶, est une norme du droit international. En tant que telle, elle est donc opposable aux organisations internationales⁵⁷. Elles ont donc l'obligation d'en garantir le corollaire qui est le droit d'accès à une juridiction de ses agents⁵⁸, qu'ils soient potentiels⁵⁹, actuels ou anciens. Même si la CSDH n'est pas opposable en tant que telle aux organisations internationales dès lors qu'elles ne peuvent pas y être parties, le *contenu* de l'article 6, paragraphe 1, l'est donc. Le droit de l'homme qu'il garantit peut ainsi opérer comme « charnière entre les systèmes et ordres juridiques », pour reprendre l'expression des Professeurs

⁵⁵ CEDH, plénière, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, arrêt du 21 février 1975, § 35 : « 'le déni de justice' est prohibé par le droit international » au sens de l'« article 38 par. 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice ».

⁵⁶ S. BASTID, « Have the U. N. Administrative Tribunals Contributed to the Development of International Law ? », in W. FRIEDMANN, L. HENKIN et O. LISSITZYN, *Transnational Law in a Changing Society. Essays in Honor of Philip C. Jessup*, New York/Londres, Columbia University Press, 1972, pp. 309-310. Voy. aussi G. M. PALMIERI, *loc. cit.* note 3, p. 58, qui qualifie le principe de principe général du droit.

⁵⁷ TAOIT, *Rudin (n° 3) c. OIT*, jugement n° 630 du 5 décembre 1984, § 5 : « Les droits et devoirs des fonctionnaires internationaux ne sont pas fixés d'une manière exhaustive par les statuts du personnel. La part de la coutume qui ne fait qu'appliquer des principes généraux que l'on retrouve dans la plupart des législations nationales est importante. C'est ainsi qu'ont été dégagés le principe du droit au traitement après service fait, celui du droit d'association, celui du respect des droits acquis, celui de l'égalité de traitement ». Cf. aussi La Haye, C.A., *X c. OEB*, affaire n° 200.065.887/01, arrêt du 4 juillet 2011, § 16, se référant au droit international coutumier, les conventions internationales relatives aux droits de l'homme et d'autres principes généraux. Pour une analyse de la question en anglais, voy. nos développements publiés sur le site du TACE.

⁵⁸ CIJ, *Effet de jugements du tribunal administratif des N. U. accordant indemnité*, avis consultatif du 13 juillet 1954, *CIJ Recueil* 1954, p. 57, concernant les fonctionnaires de l'ONU ; TAOIT, *Desgranges c. OIT*, jugement n° 11 du 12 août 1953 : « que le Tribunal administratif, en raison du but même qui a donné lieu à son institution, doit être considéré comme une instance de droit commun disposant des pouvoirs nécessaires pour assurer la sécurité de l'emploi de tous les fonctionnaires dépendant de l'Organisation internationale du Travail ; [...] que c'est une norme fondamentale de toute technique juridique qu'aucun tribunal ne peut s'abstenir de juger sous prétexte de silence ou d'obscurité de la loi ; [...] que, si le Statut du Personnel sous la forme actuelle qualifie de fonctionnaires les agents dont il s'agit en la cause, c'est pour stipuler qu'ils seront soumis à des conditions d'emploi spéciales à déterminer en leur faveur, mais qu'à défaut de la détermination de telles conditions, il n'est pas possible de les laisser sans recours » ; TACE, *Maria Grazia Loria-Albanese c. Secrétaire général*, recours n° 255/1999, sentence du 22 mars 2000, § 22 ; Tribunal d'appel des Nations Unies (TANU), *Iskandar c. Secrétaire général des Nations Unies*, arrêt n° 2011-UNAT-116 du 11 mars 2011, § 28 : « Without access to the administration of justice system within the United Nations, Iskandar would have no right to an effective remedy from the competent tribunal in respect of administrative decisions taken by UNAMID. This would be a denial of justice ».

⁵⁹ TAOIT, jugement n° 2657, *op. cit.* note 7, § 6.

Dubout et Touzé⁶⁰ – à savoir l'ordre juridique partiel de l'organisation (qui est imbriqué dans l'ordre juridique international) et les ordres juridiques nationaux dans lesquels la CSDH produit ses effets – en raison de la continuité matérielle du même droit dans deux ordres juridiques différents. A cela s'ajoute que la constatation d'une violation du droit garanti par l'article 6, paragraphe 1, CSDH, qui est un droit essentiellement procédural, n'implique pas une ingérence telle quelle dans l'autonomie des organisations qui, dans tous les cas, continuent à se voir appliquer le droit interne à l'organisation et le droit international général. Le juge national ou européen n'agit qu'en tant que juge de nécessité. L'approche de la CEDH est donc trop précautionneuse.

Par ailleurs, la CEDH tend à réduire sur un autre plan l'applicabilité de l'article 6, paragraphe 1, CSDH, à l'affaire *Klausecker* : elle considère que « *the Convention itself does not require in all circumstances full access to a tribunal in respect of complaints concerning the refusal of a person's recruitment to civil service* »⁶¹. Or, l'absence de précédent invoquée par la CEDH ni en faveur ni contre l'interprétation selon laquelle l'article 6, paragraphe 1, CSDH offrait le droit d'accès au juge aux candidats non recrutés à un poste de la fonction publique internationale⁶², ne suffit pas à elle seule pour conclure à son inapplicabilité. Au contraire, dans les arrêts *Glaserapp* et *Vilho Eskelinen*, la CEDH accepte d'étendre le jeu de l'article 6, paragraphe 1, CSDH, au droit de la fonction publique nationale⁶³ : « il y aura présomption que l'article 6 trouve à s'appliquer »⁶⁴.

A cela s'ajoute la question de la qualification elle-même du droit de la fonction publique internationale. Celui-ci régit les droits et les obligations incombant à une autorité publique internationale et ses agents, potentiels, actuels ou anciens dans leurs relations entre eux. Une logique de droit administratif s'applique donc fréquemment⁶⁵. Or, comme nous le rappelle le TAOIT,

« il [...] appartient [au TAOIT] d'assurer le respect du droit dans toute l'étendue de la compétence définie par son Statut et d'appliquer à cet effet toute

⁶⁰ E. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, coll. « Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », Paris, Pedone, 2010, p. 16.

⁶¹ *Klausecker*, § 99, en renvoyant aux §§ 48-51 de la même décision.

⁶² *Klausecker*, §§ 48-51 et 99.

⁶³ CEDH, plénière, *Glaserapp c. Allemagne*, n° 9228/80, arrêt du 28 août 1986, §§ 48-49 ; Grande Chambre, *Vilho Eskelinen et al. c. Finlande*, n° 63235/00, arrêt du 19 avril 2007, §§ 57-62.

⁶⁴ CEDH, Grande Chambre, *Vilho Eskelinen et al. c. Finlande*, n° 63235/00, arrêt du 19 avril 2007, § 62.

⁶⁵ M. VIRALLY, « L'ONU devant le droit », *JDI*, 1972-3, vol. 99, pp. 501-533, p. 526, à propos de l'ONU ; J. BARBERIS, « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *RCADI*, 1983-I, vol. 179, pp. 221-225 ; P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, coll. « de droit international », vol. 37, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 13.

règle de droit pertinente, qu'elle soit attribuée au droit international, au droit administratif, au droit du travail ou à toute autre matière juridique. La seule catégorie normative à laquelle le Tribunal refuse de faire appel est le droit national d'un Etat, sauf en cas de renvoi exprès par le statut du personnel d'une organisation ou par les contrats d'emploi qu'elle a conclus^[66]. L'Organisation défenderesse fait donc erreur si elle prétend cantonner le Tribunal dans les limites du droit 'administratif' et lui interdire en particulier l'accès au droit du 'travail' »⁶⁷.

En outre, l'autorité investie du pouvoir de nomination n'est pas un organe d'un des Etats parties à la CSDH, mais un organe d'une organisation internationale. Vis-à-vis de l'autorité publique nationale, la décision d'une organisation internationale en matière de recrutement, de gestion, ou de licenciement de son personnel n'est, à l'égard des Etats, pas un simple acte de droit public national pur, mais il s'agit d'une relation entre un tiers et son personnel potentiel, actuel ou ancien. Pour cette raison, les juridictions administratives nationales se déclarent en général incompétentes pour connaître de recours en cette matière⁶⁸. En revanche, dès lors que les juridictions administratives nationales sont incompétentes et qu'il s'agit d'une relation d'emploi entre une entité tierce et un particulier, les juridictions civiles, et plus précisément de travail, sont compétentes⁶⁹. Simplement, l'immunité de juridiction de l'organisation est susceptible de rendre la requête irrecevable en tant qu'exception procédurale⁷⁰, comme le reconnaît la CEDH elle-même⁷¹. Par exemple, dans le cas de l'Université franco-allemande, qui constitue une organisation internationale mais ne bénéficie pas d'une immunité de juridiction en la

⁶⁶ TAOIT, *Guerra Ardiles c. ESO*, jugement n° 1311 du 31 janvier 1994, § 15.

⁶⁷ TAOIT, *Decarnière (n° 2) et Verlinden (n° 1 et 2) c. Eurocontrol*, jugement n° 1369 du 13 juillet 1994, § 15.

⁶⁸ Cf. par ex. déjà CE, 24 avril 1929, *Marthoud* ; 25 juin 1930, *Godard* ; 17 juillet 1931, *dame Adrien et autres*, *RGDIP*, 1934-1, vol. 41, pp. 85-86, note C. ROUSSEAU.

⁶⁹ Voy., par ex. Belgique, Cass., *UEO c. Siedler*, *op. cit.* note 13 ; France, Cass., soc., 25 janvier 2005, *Degboe c. Banque africaine de développement*, pourvoi n° 04-41012, publié au bulletin, *RCDIP*, 2005-3, vol. 94, pp. 477-478, note I. PINGEL, pp. 478-483 ; *JDI*, 2005-4, vol. 132, p. 1142, note L. CORBION, pp. 1143-1165 ; *JT*, 2005, vol. 124, n° 6187, p. 454, note E. DAVID, pp. 454-455 ; Cass., soc., 13 mai 2014, *X c. Communauté du Pacifique*, n° 12-23805 ; Italie, C. Sup. Cass., *Sez. Unite civili*, 19 février 2007, *Drago c. Institut international des ressources phylogénétiques*, n° 3718 ; Pays-Bas, CA de La Haye, 17 février 2015, 200.141.812/01, *op. cit.*

⁷⁰ Cf. par ex. M.-L. NIBOYET et G. DE GEAUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd. 2011, pp. 518-519, n° 595 ; L. CORBION, *eod. loc.*, p. 1162.

⁷¹ *Klausecker*, § 51.

matière⁷² et à laquelle s'applique une convention collective régissant la situation des contractuels de la fonction publique nationale (« *Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst* »), les juridictions allemandes du travail seraient compétentes en cas de litige, et non pas les juridictions administratives. Il serait alors incohérent de considérer que, devant les juridictions nationales, la relation d'emploi est assimilable à une relation de droit privé, mais que devant la CEDH, elle est assimilable à une relation de droit public. Alors qu'il a été soutenu qu'il y aurait « une incompétence absolue, *ratione materiae*, des tribunaux nationaux au regard de l'ordre international »⁷³, il faut reconnaître que le juge du for est régulièrement amené à appliquer des normes édictées par un autre sujet du droit international en vertu des règles du droit international privé, à savoir, en particulier, les normes édictées par un autre Etat. En fin de compte, si ni les juridictions administratives nationales, ni les juridictions judiciaires n'étaient compétentes en raison de la nature du litige en cause, le concept même d'immunité de juridiction des organisations internationales n'aurait pas de raison d'être, faute de besoin juridique.

Pour conclure sur cette question, c'est donc à tort que la CEDH assimile la décision de non recrutement d'une organisation internationale à une relation de droit public excluant ainsi la décision de non recrutement du champ d'application de l'article 6, paragraphe 1, de la CSDH. Pour compléter son analyse, la CEDH aborde toutefois la question de la caractérisation d'une « insuffisance manifeste » dans les voies de recours mises en place.

B. Un refus de constater une « insuffisance manifeste »

A la fois dans l'affaire *Perez* et dans l'affaire *Klausecker*, la CEDH refuse de constater une « insuffisance manifeste ». Dans le premier cas, la CEDH ne prend pas le risque de s'exposer à de nouvelles critiques sur la manière dont elle applique ce critère. Elle se contente de réitérer les moyens invoqués par la requérante selon lesquels il y aurait une insuffisance manifeste, *primo*, en raison de l'absence d'une procédure orale alors que les faits n'étaient pas clairement établis, *secundo*, en raison de l'absence d'accès à tous les documents fournis par la partie défenderesse au TAdNU en violation du principe de l'égalité des armes et, *tertio*, en raison du fait que le Statut du TAdNU ne lui permettait pas d'ordonner au Secrétaire général la

⁷² Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne relatif à la création de l'Université franco-allemande, art. 1, al. 2 : « Les prescriptions figurant aux paragraphes 3, 4, 7, 9 et 31 a de la Convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, le 21 novembre 1947, sur les immunités et privilèges des institutions spécialisées s'appliqueront tant en République française qu'en République fédérale d'Allemagne ». Le paragraphe accordant l'immunité de juridiction à une institution spécialisée en matière de « différends dans lesquels serait impliqué un fonctionnaire d'une institution spécialisée » est le paragraphe 31 b de cette Convention du 21 novembre 1947.

⁷³ C. DOMINICÉ, *L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales*, RCADI, 1984-IV, vol. 187, p. 185 ; J.-L. FAGNART, « Immunité de juridiction des organisations internationales », in G. CLOSSET-MARCHAL *et al.* (dir.), *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 188-189, n° 18 ; G. ULLRICH, *Das Dienstrecht der Internationalen Organisationen. Institutionelles Völkerrecht, Recht und Praxis*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 39.

réintégration de la requérante⁷⁴.

La décision de la CEDH de ne pas statuer sur la question de savoir si, concrètement, il y avait insuffisance manifeste est stratégique. D'une part, un organe indépendant institué par l'ONU elle-même, le Groupe de la refonte de l'administration de la justice à l'ONU, avait disqualifié avec force le système des voies de recours en place⁷⁵. La preuve objective d'insuffisances du système avait donc été apportée et il aurait été difficile de soutenir que ces insuffisances n'étaient pas manifestes puisque le rapport du Groupe de la refonte disait clairement que le système était « caractérisé par ses dysfonctionnements [...], dépassé [et] incompatible avec les principes et aspirations de l'Organisation »⁷⁶. D'autre part, la reconnaissance expresse d'une telle insuffisance manifeste aurait pu déclencher un contentieux de masse incitant les parties succombantes auprès du Tribunal administratif des Nations Unies à saisir la CEDH ce qui aurait risqué de congestionner encore plus cette Cour déjà surchargée. Enfin, il faut reconnaître à l'ONU et à ses membres que, après le rapport du Groupe de la refonte, le système des voies de recours a été réformé de manière approfondie. Toutefois, les moyens invoqués par la requérante portent sur des insuffisances qui ne sont pas spécifiques au Tribunal administratif des Nations Unies, mais réapparaissent à propos d'autres tribunaux administratifs internationaux. Par exemple, la question de l'étendue du droit à l'accès aux documents à la disposition de l'organisation revient régulièrement⁷⁷ et les statuts de plusieurs tribunaux administratifs confèrent le choix à l'administration entre la réparation en nature par la réintégration, ou la réparation pécuniaire⁷⁸.

⁷⁴ *Perez*, § 65.

⁷⁵ ONU, Assemblée générale, A/61/205, *Rapport du Groupe de la refonte du système d'administration de la justice de l'Organisation des Nations Unies*, 28 juillet 2006, § 150.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Cf. par exemple les analyses de L. LEVI, « Droits fondamentaux et principes généraux de droit de la fonction publique internationale », in I. GOVAERE, G. VANDERSANDEN (dir.), *La fonction publique communautaire. Nouvelles règles et développements contentieux*, coll. « Pratique du droit communautaire », Bruxelles, Bruylant, 2008, not. pp. 96-101 ; L. LEVI, « La procédure devant le juge du contentieux de la fonction publique : quelques réflexions pour un 'point d'équilibre' entre les parties dans l'administration de la preuve », in A. DE WALSCHE, L. LEVI, *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 939-954 ; G. VANDERSANDEN, « La procédure et les voies de recours » in I. GOVAERE, G. VANDERSANDEN, *op. cit.*, spéc. pp. 121-122 ; M. CHOPRA, « Discovery in administrative tribunal cases », in O. ELIAS (dir.), *The Development and Effectiveness of International Administrative Law*, coll. « Queen Mary Studies in International Law » vol. 8, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 187-201.

⁷⁸ Statut du TAdNU, art. 10, § 2 ; Statut du TCNU, art. 10, § 5, (a) ; Statut du TANU, art. 9, § 1, (a) – dans ces deux derniers cas en matière de nomination, de promotion et de licenciement – ; Statut du TAFMI, art. XIV, § 2 ; Statut du TABRI, art. X, § 2 ; Statut du TABafD, art. XIII, § 2 ; Statut du TABasD, art. X, § 1, 2^{ème} phrase ; Statut du TABERD, art. 8.05, (a) ; Statut du TABiaD, art. IX, § 3 ; OIF, *Statut du personnel*, art. 215 et 233 ; Statut du CSAT, art. X, § 1, 2^{ème} phrase ; Statut du Jury de l'OSCE, art. VIII, § 18 ; Statut du TAOEA, art. IX, § 2.

Contrairement à l'affaire *Perez*, le contournement du contrôle des voies de recours n'était cependant pas possible dans l'affaire *Klausecker*, puisque le requérant avait pris soin d'épuiser au préalable la voie de recours nationale. La CEDH rappelle alors, tout d'abord, que l'absence d'un catalogue écrit des droits fondamentaux garantis par ce tribunal n'est pas nécessaire pour autant que sa jurisprudence en assure leur respect⁷⁹. Ensuite, le fait que la procédure orale devant le TAOIT ne serait pas publique ne suffit pas pour conclure à une violation dudit article, comme l'avait déjà constaté la Cour dans l'affaire *Gasparini*⁸⁰. Par ailleurs, l'irrecevabilité du recours devant les instances administratives internes à l'OEB et devant le TAOIT ne donne pour son compte pas lieu à une violation de l'article 6, paragraphe 1, CSDH, car une procédure d'arbitrage a été organisée par l'OEB⁸¹. Celle-ci offre également une protection équivalente à celle offerte par l'article 6, paragraphe 1, CSDH, car il y aurait eu une procédure orale et le droit applicable aurait été le droit qu'applique le TAOIT à l'OEB, c'est-à-dire le droit interne de l'OEB et les principes généraux⁸². Bien que l'OEB ait refusé de modifier le droit applicable – ce qui se comprend dès lors que le droit national ne peut être applicable en tant que tel à une organisation internationale sans son consentement pour préserver son autonomie – il a accepté d'examiner des propositions pour revoir la procédure d'arbitrage dans une lettre du 29 avril 2008⁸³. Il y a donc eu pour le moins un espoir à ce qu'elle renonce à la condition de confidentialité de la procédure d'arbitrage et de la publicité de la décision, ce qui aurait effectivement été nécessaire, faute de justification objective aucune d'une telle confidentialité. En outre, l'absence de publicité des débats eux-mêmes ne constitue pas une violation de l'article 6, paragraphe 1, CSDH⁸⁴, pour autant qu'elle soit justifiée. Or, la Cour n'a pas précisé en quoi le huis clos était « dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique », en quoi des « intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès » l'auraient exigé ou en quoi il y aurait « des circonstances spéciales » en raison desquelles « la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice », conformément audit article. Quant à la critique selon laquelle l'avocat de l'OEB n'avait pas fourni une preuve de son mandat à l'égard du requérant⁸⁵, il aurait été certes plus coopératif de la part de l'avocat de répondre à cette demande et le « bon père de famille » l'aurait sans doute fait, mais elle ne concerne pas directement la question du respect d'une protection équivalente à l'article 6, paragraphe 1, CSDH, sur lequel la CEDH

⁷⁹ *Klausecker*, § 73, et not. § 100.

⁸⁰ *Klausecker*, §§ 74 et 100.

⁸¹ *Klausecker*, §§ 105-106.

⁸² *Klausecker*, §§ 73-74.

⁸³ *Klausecker*, §§ 27, 70.

⁸⁴ *Klausecker*, § 74.

⁸⁵ Voy. sur ce point l'appréciation de la CEDH, *Klausecker*, § 71.

doit se prononcer. En revanche, il aurait dû être possible pour le requérant d'ajouter à l'article portant sur l'objet du litige dans la proposition de compromis les réclamations relatives à tout acte de l'OEB survenu à la suite de la décision de non recrutement et d'y intégrer, par exemple, des prétentions relatives à la durée de la procédure ou au remboursement des dépens – une question qui n'a pas été suffisamment prise en compte par la CEDH. Ces demandes n'auraient toutefois qu'été accessoires par rapport au litige identifié au principal. En raison du caractère international du litige, de l'immunité de l'OEB devant les juridictions nationales et de l'incompétence du TAOIT, il a enfin été erroné de croire qu'en refusant la procédure d'arbitrage, l'Allemagne pouvait être tenue responsable d'une violation de l'article 6, paragraphe 1, CSDH par l'OEB : ce dernier avait justement tenté de remédier à l'absence d'une voie de recours alternative par la mise en place d'une telle voie de recours. Il doit être souligné en revanche qu'une obligation de négocier la procédure d'arbitrage de bonne foi résulte implicitement de cette décision : une organisation doit permettre au requérant de s'exprimer sur la mise en place d'une telle procédure en lui accordant des délais raisonnables à cette fin, entendre les exigences procédurales du requérant relatives à la mise en place de la procédure d'arbitrage et veiller à ce qu'elles soient prises en compte le mieux possible, dans la limite du raisonnable.

A propos de l'opportunité générale de recourir à l'arbitrage en matière du droit de la fonction publique internationale, il faut toutefois reconnaître que, comme le souligne la grande Professeure Bastid déjà dans sa thèse de 1931 à propos d'une procédure d'arbitrage organisée pour régler le premier litige entre un membre du personnel et la Société des Nations,

« Sans doute le recours ouvert dans ces conditions [par une procédure d'arbitrage] à un fonctionnaire du Secrétariat était de nature, dans l'espèce considérée, à donner une solution satisfaisante au problème que nous envisageons. Mais il est aisé de se rendre compte qu'il n'était possible que d'une façon tout à fait exceptionnelle et il a été adopté comme pierre d'attente, en quelque sorte, alors que la question de l'institution d'un Tribunal administratif de la S. D. N. chargé du règlement des questions de cet ordre, prévue et préconisée par M. Grunebaum-Ballin en 1921, allait venir en discussion. En effet, le caractère essentiellement occasionnel d'un tel collège et son mode de nomination donnent moins de garantie aux fonctionnaires qu'un corps stable, régulièrement organisé ; en outre, sa constitution ne peut être provoquée que pour une affaire d'une certaine importance juridique ou propre à la personnalité du fonctionnaire visé. Surtout, son organisation dépend essentiellement d'une décision du Conseil qui est prise arbitrairement et ne permet pas une garantie, en tout état de cause, des droits des fonctionnaires »⁸⁶.

Pour cette raison, le recours à l'arbitrage ne peut qu'être ponctuel en droit de la fonction publique internationale et il serait temps que le TAOIT se voie sa compétence étendue aux recours des candidats à un poste pour combler statutairement la lacune dans son système, qu'il a lui-même qualifiée de déni de

⁸⁶ S. BASTID, *Les fonctionnaires internationaux*, thèse, Paris, Sirey, 1931, pp. 271-272.

justice. Le TAOIT n'est par ailleurs pas la seule juridiction à exiger des voies de recours juridictionnelles pour les candidats externes à un poste non recrutés : ainsi, le Tribunal administratif de l'OCDE est expressément compétent pour connaître des

« requêtes présentées par des personnes non membres du personnel de l'Organisation contre le refus de retenir leur candidature à des fonctions relevant des statuts mentionnés ci-dessus, dans la mesure où la requête invoque une discrimination fondée sur l'origine raciale, ou ethnique, la nationalité, les opinions ou croyances, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état de santé ou le handicap »⁸⁷.

Il est remarquable – notamment dans le contexte de la jurisprudence de la CEDH – que le Tribunal administratif du Conseil de l'Europe (TACE) ait interprété sa propre compétence de telle façon que, sur le fondement du principe de l'interdiction du déni de justice – auquel la CEDH a reconnu, dans l'arrêt *Golder contre Royaume-Uni* rendu le 21 février 1975, la qualité de « principe de droit international »⁸⁸ – et sur le fondement du « principe de la prééminence du droit » reconnu dans le Statut du TACE, il était compétent pour examiner les recours des candidats externes à un poste⁸⁹. De même, les juridictions de l'Union européenne se reconnaissent la compétence pour connaître des requêtes des candidats externes depuis des décennies, et cela même en l'absence d'attribution expresse d'une telle compétence⁹⁰, contrairement à ce qu'a considéré le TAOIT dans son arrêt *Klausecker* pour refuser de s'inspirer de la jurisprudence européenne. Pourquoi alors ne pas donner un coup de pouce au TAOIT en lui reconnaissant expressément cette compétence, qui permettrait de renforcer, d'une part, l'état de droit au sein des organisations et, d'autre part, l'égalité d'accès à la fonction publique internationale de tout citoyen, ce qui serait susceptible de contribuer à une consolidation du service public qu'offrent les organisations internationales ?

Bien que les décisions *Perez* et *Klausecker* citent largement la jurisprudence élaborée par la CEDH en la matière, les éléments novateurs à en tirer laissent conclure, dans l'ensemble, à une érosion du standard de protection des droits de l'homme à exiger au sein des organisations internationales par la CEDH. Or, à l'heure où les Etats mènent leurs actions de plus en plus souvent par les moyens des organisations, il faut se demander s'il n'y aurait pas plutôt lieu d'affermir la protection des droits de l'homme en leur sein et si la CEDH, en tant que gardienne de ceux-ci à l'échelle européenne, n'aurait pas, sur ce point, un rôle phare à jouer.

⁸⁷ Statut du TAOCD, article 1, (c).

⁸⁸ CEDH, plénière, *Golder c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 40, § 35. Il résulte de la lecture de ce paragraphe que la Cour entend conférer à ce principe la qualité de principe général de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1, c, du Statut de la Cour internationale de Justice.

⁸⁹ TACE, *Zimmermann c. Secrétaire général*, n° 226/1996, sentence du 24 avril 1997, §§ 24-29. Voy. aussi TACE, *Schmitt c. Secrétaire général*, n° 250/1999, sentence du 9 juin 1999, §§ 14-16, confirmé par *Nikoghosyan c. Secrétaire général*, n° 409/2008, sentence du 31 mars 2009, § 42.

⁹⁰ Voy. déjà CJCE, *Mlle Vandevyvere c. Parlement européen*, 23/64, arrêt du 31 mars 1963, § II.

C. Panorama des activités des centres de recherche allemands.

L'Institut Max Planck pour le droit public comparé et pour le droit international de Heidelberg

Milan TAHRAOUI, Doctorant à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1) et à la Freie Universität, Berlin ; Research Fellow à l'Institut Max Planck pour le droit public comparé et pour le droit international de Heidelberg

Grâce à son fonctionnement particulier (I), le *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (MPIL) peut, contrairement à la plupart des autres instituts, se dédier exclusivement à la recherche, accueillir en particulier les meilleurs jeunes chercheurs et chercheurs confirmés des quatre coins du monde et offrir ainsi un terrain fertile pour le développement de grilles de lectures innovatrices du droit international, du droit européen et du droit public

comparé (II). Élaborés sous la direction des deux directeurs du centre de renommé international, les Professeurs von Bogdandy (III) et Peters (IV), les travaux de l'institut remettent en cause, du moins en partie, les idées que l'on puisse se faire traditionnellement du droit international, européen et du droit public comparé.

Due to the special *modus operandi* and on the contrary of most other institutes (I) the Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (MPIL) can dedicate itself exclusively to research, can host the most qualified young researchers and experienced researchers from all over the world and therefore open opportunities for the development of innovative keys for understanding of International law, European law and the Comparative Public law (II). The work of the institute drawn up under the guidance of two directors of international reputation, Professor von Bogdandy (III) and Professor Peters (IV) calls into question, at least partially, the picture which is traditionally provided by International law, European law and Comparative Public law.

I. L'Institut

Le *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* situé à Heidelberg dans le *Land* du *Baden-Württemberg* constitue un des centres de recherche fondamentale en droit international public, en droit européen et en droit public comparé parmi les plus dynamiques du monde germanophone. Anciennement situé à Berlin, dans la même enceinte que le désormais Institut Max Planck pour le droit international privé, situé à Hambourg, l'Institut succède au *Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* fondé en 1924, et intégré à la *Max-Planck-Gesellschaft* (« Société Max Planck »). La *Max-Planck-Gesellschaft* est à la tête d'un réseau dense de 83 Instituts du même nom à travers l'Allemagne et en Europe. Si sa personnalité juridique de droit privé lui assure une certaine autonomie statutaire vis-à-vis du gouvernement fédéral allemand, elle est majoritairement financée par des fonds publics.

Le MPI de Heidelberg est un des principaux Instituts Max Planck dédiés au droit. Il dispose d'une des plus grandes bibliothèques d'Europe dans les domaines du droit international public, du droit de l'Union européenne ainsi que du droit public comparé avec 638.000 volumes et un accès à plus de 24.000 revues juridiques et autres périodiques. Les directeurs actuels sont Armin von Bogdandy (depuis 2002) et Anne Peters (depuis 2013).

S'il n'est pas exclusif d'un certain intérêt pour la recherche dite « appliquée », un point d'ancrage essentiel de l'identité de cette institution est l'intérêt porté à la recherche fondamentale. En effet, une grande partie de la vie de l'Institut est purement dédiée à la recherche et aux discussions académiques. Le type de recherches qui y sont menées se distingue en grande partie de la recherche telle qu'elle est conçue en France et dans le reste du monde universitaire allemand, par la

perspective pluraliste, syncrétique et holistique suivie (voir pour plus de détails, les parties III à V, ainsi que les liens hypertextes proposés). La recherche poursuivie au Max Planck est caractérisée aussi par son approche centrée sur la recherche fondamentale (qui n'exclut pas des recherches à l'intérêt pratique plus concret), et par le fait que cette institution n'est pas tournée vers l'enseignement. Cela cohabite avec l'indépendance des recherches menées qui repose sur l'autonomie statutaire offerte par sa personnalité juridique et par la manière dont l'Institut évolue sans liens étroits avec les activités des autorités publiques allemandes.

Un trait notable de la vie institutionnelle de ce centre de recherche est le caractère international de ses activités académiques. Cela résulte du fait que l'Institut reçoit des visites fréquentes de professeurs ou chercheurs qui viennent présenter leurs travaux ou publications récentes, dans le cadre ou en dehors de partenariats institutionnels. En outre, plusieurs chercheurs internationaux sont présents à l'Institut pour des séjours de recherche qui varient d'une semaine à plusieurs mois, voire de plus d'une année. La nature internationale des échanges qui ont lieu au sein de l'Institut enrichit ainsi considérablement les nombreux formats de travail et de discussion. Cette ouverture s'est accentuée progressivement, marquant le fonctionnement interne de cette Institution et des recherches qui y sont menées : si l'allemand et l'anglais sont les principales langues de travail, le multilinguisme y est consacré et valorisé, mais plus généralement cela s'observe dans les objectifs scientifiques de l'Institut. A cet égard, l'espagnol, l'italien et le français sont très répandus parmi les chercheurs invités et sont utilisés au sein de « cercles de discussion ».

II. Principaux projets de recherche

La conception du droit public retenue dans ce centre de recherche est large mais elle se démarque en partie de la conception plus traditionnelle du droit international. Une des ambitions de l'Institut est de connecter la tradition publiciste allemande et européenne avec d'autres parties de la doctrine « mondiale ». Le droit international est considéré en tant qu'ordre juridique global, qui n'est idéalement ni la manifestation d'une hégémonie nationale ou régionale, ni seulement un instrument au service de la réalisation d'intérêts politiques particuliers. De ce fait, les projets de recherche menés ont pour objectif de développer une approche du droit international fondée sur l'indépendance normative de cet ordre juridique global, en veillant à éviter toute fragmentation régionale ou culturelle, précisément afin de contribuer à sa nature globale⁹¹. Beaucoup de projets portent sur des régimes juridiques ou concepts juridiques relevant du droit international, de systèmes supranationaux ou encore nationaux considérés comme interconnectés⁹². La ligne officielle de recherche de l'Institut Max Planck d'Heidelberg consiste ainsi à promouvoir dans ses recherches un pluralisme aussi bien thématique et théorique

⁹¹ <http://www.mpil.de/en/pub/institute/the-institute/research-profile.cfm> .

⁹² *Ibid.*

que méthodologique.

III. Les principaux projets de recherche menés par l'équipe du Pr. Armin von Bogdandy

On peut identifier trois projets principaux menés sous la direction du Pr. Armin von Bogdandy, regroupés sous l'intitulé général « La transformation structurelle du droit public »⁹³ : celui du *Ius Publicum Europaeum*, celui du *Ius Constitutionale Commune en América Latina* et celui du *Exercise of International Public Authority*.

Ces trois projets peuvent être mis en lien les uns par rapport aux autres du fait de leurs objectifs complémentaires : la recherche de développements juridiques au niveau national (régional/supranational) qui participent à la transformation du droit international. Le premier projet analyse la possible « renaissance » d'un droit public européen, à savoir celui constitué conjointement par le droit de l'Union européenne, par le droit des États membres ainsi que d'autres sources juridiques. Une des ambitions de ce projet vise à favoriser l'émergence d'une doctrine publiciste proprement européenne dans les différents aspects qui caractérisent la manière dont la recherche juridique est effectuée sur le continent. Le deuxième projet est très lié au premier en ce qu'il renvoie à l'idée de l'émergence d'un droit commun à l'Amérique latine, où peut être identifié, malgré certaines différences, un processus se rapprochant de la construction européenne, notamment en ce qui concerne l'intégration économique. Or, il reste que des rapprochements juridiques s'opèrent par le biais de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de son influence significative sur les divers droits nationaux. De même, il existe aussi une grande proximité en termes de communication et d'information réciproque entre différents systèmes juridiques nationaux de cette région, quand il ne s'agit pas d'influences juridiques réciproques. Cela se constate du fait des relations mutuelles et multiples existantes entre les différents ordres juridiques nationaux, mais aussi au niveau du monde académique : par exemple, les universitaires mexicains sont ainsi souvent bien informés des principaux développements juridiques en Colombie. Si l'investigation d'un tel processus est significatif, c'est du fait que l'existence de ces relations peut éventuellement aider une juridiction nationale (par exemple mexicaine) à s'appuyer sur une jurisprudence similaire qui aurait été adoptée dans un autre État (par exemple, au Brésil ou en Argentine).

L'intérêt de la réflexion approfondie menée dans le cadre de ces deux projets, est aussi à mettre en lien avec un troisième projet d'envergure sur l'autorité internationale publique (*International Public Authority*), mené sous la direction du Pr. Armin von Bogdandy. Il s'agit ici d'analyser l'autorité publique exercée par les institutions internationales en essayant d'en tirer une grille d'analyse juridique alternative au droit international classique, ou apte à réagir à et à intégrer des phénomènes traversant la société internationale contemporaine, telle la privatisation

⁹³ <http://www.mpil.de/en/pub/research/areas/structctural-transformation/leibniz-project.cfm#project>.

de l'ordre juridique international et des formes de droit « souple » y évoluant. L'ambition de renouvellement épistémologique portée par ce projet peut être rapproché d'autres courants doctrinaux contemporains, tels que le *Global Administrative Law*, le « droit international institutionnel » ou encore le *Global Constitutional Law*, ainsi que certains aspects des *Critical Legal Studies*. Toutefois, une des ambitions affichées de ce projet est de développer une perspective englobant certains éléments des courants précités, en s'intéressant ainsi tant au niveau international que national, tant au droit public qu'au droit privé, tant aux normes « dures » de droit international qu'à celles plus informelles (*soft law*), et à l'ensemble des institutions s'y référant. Dans le même temps, la spécificité de ce projet consiste à mettre en exergue le concept d'« autorité publique » et l'élément public de ces phénomènes. Un exemple récent de cette approche est la publication récente de la monographie *In Whose Name? A Public Theory of International Adjudication*, dirigée par Armin von Bogdandy et Ingo Venzke et parue chez Oxford University Press en 2014 dans sa traduction anglaise (version originale en allemand).

IV. Les principaux projets de recherche menés par l'équipe de la Pr. Anne Peters

On retrouve dans les projets menés par l'équipe d'Anne Peters, une volonté d'adopter une approche holistique du droit international et du droit public comparé qui rendent compte de certaines transformations fondamentales du droit public tel qu'il existe à différentes échelles. Dans l'équipe menée par la Pr. Anne Peters, les recherches se concentrent sur les questions fondamentales du droit international ainsi que sur son histoire. Les principaux axes de recherche portent sur le droit de la paix et de la sécurité internationales, sur le *Global Constitutionalism*, dont la Pr. Anne Peters est une spécialiste reconnue ; sur le statut de l'individu en droit international, incluant les droits de l'homme ; ainsi que sur le *Global Animal Law*.

Le programme de recherche portant sur le constitutionalisme global repose sur l'approche qu'en a Anne Peters, à savoir l'idée que l'ordre juridique international se structure progressivement autour de principes de nature constitutionnelle. Il poursuit deux objectifs principaux. D'une part, il s'agit de vérifier si le droit « global » et la gouvernance peuvent être reconstruits en tant qu'ensembles constitutionnels ; dans cette perspective analytique de droit positif, le but est de veiller à l'identification, à la description et à l'explication de tels éléments et tendances. D'autre part, une évaluation est conduite quant à des phénomènes juridiques internationaux spécifiques du point de vue de leur habilité à respecter et à protéger ou non les principes constitutionnels de l'ordre juridique international. Dans cette perspective *de lege ferenda*, il s'agit d'esquisser et de justifier de nouveaux mécanismes et principes ou de nouvelles institutions à même de permettre une meilleure réalisation du constitutionalisme global.

Le projet de recherche sur l'histoire du droit international constitue un des axes fondamentaux de la recherche menée à l'Institut Max Planck d'Heidelberg, où

est hébergé le comité éditorial du *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international* publié chez BRILL. Cette revue dirigée par Anne Peters, ainsi que par Emmanuelle Tourme-Jouannet (Science Po, Paris) et par Randall Lesaffer (Université de Tilburg, Université catholique de Louvain), consacre sa ligne éditoriale à une réflexion critique sur les grands récits classiques du droit international, interroge les perspectives non-occidentales sur son histoire, et vise à promouvoir la recherche doctrinale de l'histoire du droit international tout en visant à y introduire une dimension interdisciplinaire. On peut signaler dans ce sillon la monographie *Oxford Handbook of the History of International Law*, publiée chez Oxford University Press (2014) et dirigée par Bardo Fassbender et Anne Peters, qui a reçu le prix du livre de l'*American Society of International Law* en 2014.

Le projet relatif au droit animalier global part du postulat que le droit animalier doit être développé de manière à être véritablement global. En effet, du fait de la mondialisation et des interactions (marchandes) humains-animaux à tous les niveaux, les animaux peuvent être considérés comme des « biens » globaux qui méritent une régulation globale. Les domaines privilégiés du droit international en rapport au droit animalier global comportent le droit international économique, le droit international de l'environnement, le droit international des droits de l'homme et le droit international du développement. Afin de contribuer à l'édification du droit animalier mondial comme branche du droit international, la recherche vise à identifier les déficits existants de régulations transnationales et internationales des animaux, et à développer des arguments et concepts juridiques capables de reposer sur un ensemble épars de normes juridiques. Celles-ci sont issues de diverses branches du droit international, du droit européen, de la *soft law*, mais aussi du contentieux pertinent à différents niveaux, ainsi que des projets de réforme juridique (législatifs, constitutionnels).

Enfin, plusieurs projets de recherche individuels ou collectifs s'inscrivent dans la perspective du droit de la paix et de la sécurité internationales. Parmi ceux collectifs, à titre d'exemple, on peut citer le *workshop* organisé en 2014 en plein cœur du conflit ukrainien qui a réuni à Heidelberg des universitaires allemands et internationaux, notamment russes et ukrainiens. Dans une autre direction, une série de publications sous forme de trilogie va être initiée à partir de cette année. Ce nouveau format qui sera initié à l'Institut Max Planck d'Heidelberg s'intitulera *Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War* et consistera dans une série d'au moins neuf monographies sur des sujets choisis ayant trait aux conflits armés. Ils concerneront à la fois le *jus contra bellum*, le *jus in bello* et le *jus post bellum* sur des sujets tels que la défense légitime, la cyberguerre ou encore la réparation en droit international humanitaire. La particularité du concept est de réunir trois universitaires dont les origines géographiques, théoriques, méthodologiques ou les intérêts diffèrent, dans le but d'écrire conjointement une monographie sur un sujet commun, sous forme de trilogie. Ce projet donnera ainsi lieu à partir de cette année à plusieurs ateliers de recherche et à la publication de plusieurs monographies.

L'Institut Max Planck d'Heidelberg est un des principaux centres de recherche fondamentale de droit public dont la solide réputation et l'attractivité

internationale ne demandent qu'à être mises à l'épreuve des évolutions contemporaines des disciplines du droit public. Par ailleurs, cette institution est particulièrement désireuse de compléter et intensifier ses liens avec la sphère francophone de la recherche en droit public, comme le démontre le développement récent d'un partenariat avec certaines institutions parisiennes.

Pour plus d'informations :
<http://www.mpil.de/en/pub/news.cfm>
<https://twitter.com/MPILheidelberg>