



HAL
open science

La mise en œuvre des normes sanitaires internationales dans les ordres juridiques internes

Alina Miron

► **To cite this version:**

Alina Miron. La mise en œuvre des normes sanitaires internationales dans les ordres juridiques internes. Santé et droit international. SFDI. Colloque de Rennes, Jun 2019, Paris, France. pp.125-142. hal-02863038

HAL Id: hal-02863038

<https://hal.science/hal-02863038>

Submitted on 9 Jun 2020

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

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

Colloque SFDI 2018 – Rennes – Droit international et santé

La mise en œuvre des normes sanitaires internationales dans les ordres juridiques internes

Alina MIRON
Professeure à l'Université d'Angers

Mise en œuvre : le terme est vague, ses définitions passablement contradictoires et ses manifestations protéiformes. S'inspirant de catégories familières aux administrativistes français, Sébastien Platon distingue entre l'hypothèse de *la mise en œuvre – respect*, où l'agent d'exécution ne fait qu'exercer une compétence que lui confère la norme, de celle de *la mise en œuvre – concrétisation*, où il est requis d'adopter les mesures complémentaires nécessaires à la bonne application de la règle¹. À cette distinction fondée sur le degré d'intervention normative de l'agent d'exécution s'ajoute une autre qui s'intéresse au destinataire de la norme. Raphaële Rivier propose ainsi une distinction entre *la mise en œuvre – exécution*, réalisée par les destinataires mêmes de la règle, et *la mise en œuvre – application* où « la prévision est réalisée par un être qu'elle ne lie pas, un tiers, extérieur aux intéressés (une juridiction qui 'applique' le droit par exemple). La problématique de l'exécution dépasse la sphère internationale même si celle-ci reste son domaine principal. De plus en plus, l'accomplissement des engagements internationaux implique aussi leur exécution par l'État dans sa propre normativité nationale »². Cela étant, le juge interne joue le double rôle d'agent d'exécution des obligations internationales de l'État et d'application des normes internationales dans l'ordre juridique interne. On peut enfin s'intéresser aux modalités de la mise en œuvre et distinguer, avec Patrick Jacob, entre *la mise en œuvre normative*, qui consiste en « l'édiction de normes, qu'elles soient générales et impersonnelles ou individualisées »³ et *la mise en œuvre matérielle*, qui se manifeste par des agissements concrets. Dans la présente étude, le terme de *mise en œuvre* est utilisé dans son acception la plus large, celle qui englobe l'ensemble des nuances identifiées précédemment (respect, concrétisation, exécution, application). On s'intéresse ainsi à la fois à l'exécution par les autorités législatives et exécutives, mais aussi à l'application ou prise en considération par les juges internes des normes internationales.

¹ S. PLATON, Fasc. 22 : Application des normes internationales, *JurisClasseur Administratif*, 2015, §§ 1-3.

² R. RIVIER, *Droit international public*, Themis-PUF, 3^{ème} éd. 2017, p. 4591, § 619.

³ P. JACOB, « La mise en œuvre de normes et opérations de l'organisation internationale », in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL, *Traité de droit des organisations internationales*, LGDJ, 2013, p. 863.

Identification des normes sanitaires internationales

Avant qu'on s'intéresse à l'efficacité interne des normes sanitaires internationales, il est nécessaire d'identifier celles-ci sur le plan international. Du point de vue substantiel, les normes sanitaires sont des standards de protection contre les risques d'atteinte à la santé⁴. Elles ont donc pour vocation de protéger les individus, mais aussi le monde animal et végétal et l'environnement contre les risques de pathologies. Elles ont une forte dimension technique et concernent la composition de certains produits, les règles de leur commercialisation, ou encore les meilleures pratiques administratives. En tant que standards, les normes sanitaires se distinguent du droit à la santé, consacré internationalement comme un droit de l'homme autonome (cf. art. 12 du Pacte sur les droits économiques et sociaux ou Préambule de la Constitution de l'OMS) ou comme un dérivatif de certains droits civils et politiques, principalement le droit à la vie⁵. Les auteurs sont ainsi amenés à faire une distinction entre le droit à la santé et le droit international de la santé, qui recouvrent les règles applicables aux actions de santé⁶.

Par ailleurs définir signifie identifier les sources formelles internationales dont les normes sanitaires découlent. On peut considérer avec Brigit Toebes, que le droit international de la santé

*« brings together international standard-setting instruments adopted in the context of the WHO and under human rights law, while health-related legal rules, norms and other (nonbinding) standards can also be found in several other branches of international law, including under international humanitarian and environmental laws, in medical ethics and patients' rights. »*⁷

Selon cette définition, les normes sanitaires relèvent principalement des standards établis par des organisations internationales comme l'OMS, mais on pourrait y ajouter la FAO et l'Organisation de la santé animale (également connu sous le nom d'Office international des

⁴ Dans le cadre de cette étude, le terme standard est ici un anglicisme assumé qui désigne « à la fois la norme technique, comme la norme ISO par exemple, le modèle (de comportement ou d'un objet), l'étalon (de mesure) ou le *benchmark* (le niveau de référence). » (B. FRYDMAN, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », in FRYDMAN, B. & A. VAN WAEYENBERGE (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : De Hume au rankings*, Bruylant, 2014, pp. 6-7). En français, le terme « standard » est souvent traduit par « norme » et standardisation par « normalisation » (v. définition de la « norme » dans le lexique de l'AFNOR, Les mots de normes, disponible en ligne à l'adresse <https://normalisation.afnor.org/les-mots-des-normes/> [dernière consultation : 12 janv. 2019]).

⁵ La justiciabilité interne du droit international à la santé est toutefois discutée (pour des exemples divergents, v. OMS, *Le droit à la santé*, fiche d'information n° 31, 2009, pp. 40-42 ; en France, le Conseil d'État considère l'art. 12 du Pacte comme dépourvu d'effet direct : Conseil d'État, 26 sept. 2005, *Association collectif contre l'handiphobie*, n° 248357).

⁶ J-M. CROUZATIER, *Droit international de la santé*, Ed. des archives contemporaines, 2009, p. 11.

⁷ B. TOEBES, « International Health Law: an Emerging Field of International Law », *Indian Journal of International Law*, vol. 55, 2015, n° 3, p. 300.

épizooties - OIE). Ce droit produit par les organisations internationales peut être de nature unilatérale (droit dérivé) ou conventionnelle, il peut être obligatoire *ipso facto* ou suivant l'acceptation par les États des règles édictées par les organisations internationales, que l'acceptation soit générale et *a priori*, avec une possibilité d'*opting out* ou qu'elle soit spéciale, pour chaque norme concernée et qu'elle intervienne *a posteriori*).

Les normes sanitaires internationales relèvent tout d'abord *du droit de l'OMS*. Le Règlement sanitaire international (dorénavant RSI) est le seul instrument obligatoire de droit dérivé adopté par l'Assemblée générale de l'OMS⁸. C'est un acte à caractère opérationnel, qui fixe une ligne de conduite et promeut un modèle de gestion en cas d'urgence sanitaire, dont l'objectif est la lutte contre la transmission transfrontière des maladies infectieuses. Formellement, le RSI constitue un acte unilatéral de l'OMS, bien qu'il ait été enregistré comme un traité (cf. art 66.3 RSI). Comme il est usuel pour les actes des organisations universelles, les États membres ont une possibilité d'*opting out*, qui les libère du caractère *a priori* obligatoire de ce texte. De plus, les États non membres peuvent y adhérer d'une manière volontaire⁹.

Également obligatoire, bien que sur un fondement distinct, est la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac de 2003 (dorénavant CCLAT), véritable traité-loi universel qui définit une politique générale et systématique pour combattre « l'épidémie de tabagisme ». Début 2019, elle est ratifiée par 181 États¹⁰. La CCLAT se situe au centre d'une constellation de textes institutionnels recommandatoires, dont les plus importantes sont les directives adoptées par la Conférence des États parties (CoP) pour guider l'application de dispositions spécifiques de la Convention¹¹. Parmi les autres instruments de droit dérivé souple de l'OMS,

⁸ L'art. 22 de la Constitution de l'OMS prévoit ce pouvoir de l'Assemblée d'adopter des actes obligatoires: « Les règlements adoptés en exécution de l'article 21 [qui énumère les types de situations dans lesquelles l'Assemblée peut exercer ce pouvoir] entreront en vigueur pour tous les États Membres, leur adoption par l'Assemblée de la Santé ayant été dûment notifiée, exception faite pour tels Membres qui pourraient faire connaître au Directeur général, dans les délais prescrits par la notification, qu'ils les refusent ou font des réserves à leur sujet ». Le premier Règlement sanitaire international avait été adopté le 25 mai 1951 (Règlement n° 2 de l'Organisation mondiale de la santé, adopté le 25 mai 1951- v. C.-H. VIGNES, « Le règlement sanitaire international », *AFDI*, vol. 11, 1965. pp. 649-667). Un nouveau texte a été adopté par la rés. WHA58.3 de la 58^e Assemblée mondiale de la santé, le 23 mai 2005 (OMS, *Résolutions et Décisions*, Annexe, WHA58/2005/REC/1, 2005, p. 8- v. L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Le pouvoir réglementaire de l'Organisation mondiale de la santé à l'aune de la santé mondiale : réflexions sur la portée et la nature du Règlement sanitaire international de 2005 », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, 2007, pp. 1171 ss.). Plus généralement sur le RSI, v. M. POULAIN, « Le Règlement sanitaire international », in *Traité de droit des organisations internationales*, *op. cit.* note 3, pp. 756-765.

⁹ M. POULAIN, *ibid.*, p. 764.

¹⁰ L'ont signée, mais pas ratifiée : l'Argentine, Cuba, Haïti, le Maroc, la Suisse et les États-Unis.

¹¹ Selon la synthèse disponible sur le site internet de l'OMS : « Les directives et les dispositions et recommandations sont élaborées au cours d'un large processus consultatif intergouvernemental établi par la Conférence des Parties (COP) et sont reconnues par les Parties comme un outil utile pour la mise en œuvre de la Convention. » (*Les directives et les dispositions et recommandations pour la mise en œuvre de la Convention-*

dont l'application interne est un enjeu, on doit mentionner le Code international de commercialisation des substituts du lait maternel (1981) et diverses résolutions y afférentes qui visent à promouvoir l'allaitement maternel à travers des règles relatives à l'information, mais aussi à la commercialisation de ces produits.

Le droit conjoint de la FAO et de l'OMS. Ces deux organisations ont établi des organes subsidiaires conjoints avec des compétences en matière sanitaire, dont la Commission du *Codex alimentarius* est la plus connue. Celle-ci est une instance intergouvernementale dont la mission consiste à « harmoniser, au niveau international, les exigences de qualité et de sécurité sanitaire des aliments »¹². Le *Codex* lui-même est une compilation de normes, directives et recommandations d'ordre technique se rapportant aux denrées alimentaires. Sa valeur juridique se situe dans une zone grise. Certes, ses Statuts ne donnent pas compétence à la Commission pour adopter des actes obligatoires. Cependant, l'art. 1 d) des Statuts et les paragraphes 4 à 6 des Principes généraux du *Codex Alimentarius*, prévoient une procédure d'acceptation par les États qui prend effet par voie de notification. C'est bien cette acceptation qui constitue le fondement et le point de départ d'une éventuelle obligation étatique. Les États gardent donc la possibilité juridique de ne pas donner leur consentement ou de le faire sous réserve, partiellement ou de l'accompagner de dérogations.

Revois aux normes (standards) sanitaires internationaux par le droit de l'OMC

Cependant les contraintes de la mondialisation commerciale pèsent fortement sur cette liberté juridique. L'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires renvoie aux normes adoptées par la Commission du *Codex alimentarius*¹³. La valeur juridique de ces renvois a été discutée dans plusieurs des rapports de l'ORD¹⁴ : bien qu'ils ne rendent pas le *Codex* formellement obligatoire, l'incompatibilité de la réglementation nationale avec celui-ci fait peser sur l'État une présomption de violation du droit de l'OMC. Il appartient dès lors aux États de démontrer que les mesures adoptées ne sont pas des obstacles déguisés au commerce,

cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, disponibles en ligne : https://www.who.int/fctc/treaty_instruments/fr/ [dernière consultation : le 11 janv. 2019].

¹² OMS et FAO, *Directives pour le renforcement des systèmes nationaux de contrôle alimentaire*, 2003, disponible en ligne : https://www.who.int/publications/list/guidelines_food_control/fr/ [dernière consultation : le 11 janvier 2019]. V. aussi N. FERRAUD-CIANDET, « La Commission du Codex Alimentarius », *Journal du droit international*, 2009, n° 4, pp. 1181-1212.

¹³ Art. 3 §4 et 12 §3 et Annexe 1.

¹⁴ *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, Rapport de l'Organe d'appel, 16 janv. 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS481AB/R, pars. 160-166 ; Communautés européennes - Désignation commerciale des sardines, AB-2002-3, Rapport de l'Organe d'appel, 26 sept. 2002, WT/DS231/AB/R, pars. 219-226. V. égal. OMC, États-Unis, Mesures concernant l'essence ancienne et nouvelle formules, Rapport de l'Organe d'appel, 29 avr. 1996, WT/DS2/AB/R, p. 16 ; OMC, Communautés européennes - Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, Rapport du groupe spécial, 29 sept. 2006, WT/DS291/R Add.4, WT/DS292/R, WT/DS293/R, pars. 66 et 130.

mais bien des mesures nécessaires pour la protection de la santé publique. C'est ainsi que les normes du *Codex alimentarius* sont largement suivies en pratique et que la Commission du *Codex* est devenue une agence globale de production de normes alimentaires. Le même raisonnement s'applique aux Codes sanitaires des animaux terrestres et aquatiques adoptés par l'Organisation de la santé animale¹⁵.

En revanche, les renvois dans l'Accord sur les obstacles techniques au commerce sont moins précis, puisque les Art 2.4 et 2-5 se réfèrent aux « normes internationales pertinentes » (*relevant international standards*), sans donner plus de précisions sur l'origine et la nature de ces normes. Dans l'affaire *Australie — Emballage neutre du tabac*, le Groupe spécial de l'ORD a considéré que les directives adoptées par la CoP comme outils d'application de la CCLAT ne constituaient pas des normes au sens de ces dispositions¹⁶. Partant, les législations nationales qui s'y conforment ne bénéficient pas de la présomption de compatibilité avec le droit de l'OMC qui y est inscrite¹⁷.

L'identification substantielle et formelle des normes sanitaires internationales et de leurs interactions avec d'autres régimes juridiques internationaux permet de mieux comprendre les enjeux de leur mise en œuvre interne. D'ordinaire, celle-ci s'apprécie selon deux approches : l'une internationaliste, qui s'intéresse à l'exécution par l'État de ses engagements internationaux, l'autre interniste, sensible à l'aptitude du droit international à s'insérer dans l'ordonnement juridique interne. Dans les deux cas, c'est l'effectivité des normes internationales qui est jugée, mais selon une démarche scientifique radicalement différente : dans le premier cas, on scrute les mesures normatives, opérationnelles ou juridictionnelles des autorités nationales dans leur ensemble, tandis que dans le second, on s'attache à analyser la jurisprudence interne, pour savoir si celle-ci applique ou non les normes internationales. L'analyse de la jurisprudence se fait généralement par référence à la

¹⁵ S. KAHN, « Mise en œuvre des normes de l'OIE par les pays membres de l'OIE : état des lieux et besoins spécifiques de renforcement des capacités », Rapport pour la 86^{ème} session de l'Assemblée de l'OIE, doc. 86 SG/9 A, 2018, pp. 2-3.

¹⁶ V. Rapport du Groupe spécial dans les affaires jointes *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage* (abrégé : *Australie — Emballage neutre du tabac*), 28 juin 2018, aff. WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R, §§ 7.270-7.289.

¹⁷ Certes, en l'espèce l'ORD a rejeté les plaintes du Honduras, de la République dominicaine, de Cuba et de l'Indonésie selon lesquelles les mesures australiennes de conditionnement du tabac ordinaire violaient les accords de l'OMC. Le groupe spécial a considéré qu'elles étaient susceptibles de contribuer à l'objectif de réduire l'usage des produits du tabac et l'exposition à ces produits, qu'elles étaient nécessaires pour atteindre un objectif légitime de santé publique et que la restriction au droit d'utilisation des marques était justifiée. Mais l'ORD est arrivé à ces conclusions au bout d'un long raisonnement et de l'analyse de nombreux éléments de preuve, notamment de nature scientifique.

grille de lecture classique des rapports de systèmes qui consiste à distinguer entre dualisme (ou pluralisme) et le monisme.

Les normes sanitaires internationales sont effectivement des normes qui s'adressent ou concernent les sujets de l'ordre juridique interne (administrations, entreprises et parfois des personnes privées). En même temps, les situations qu'elles régissent sont transnationales, car elles s'appliquent à des produits du circuit commercial international ou à des épidémies qui font fi des frontières. Leur effectivité est conditionnée par une mise en œuvre interne adéquate, qui fait l'objet d'une surveillance internationale plus ou moins sourcilleuse (I). Toutefois, le droit sanitaire international reste un droit de la coordination des législations nationales plus que de réglementations internationales. Les organisations internationales dont émanent ces normes ne s'immiscent généralement pas dans les modalités d'applicabilité interne des normes sanitaires internationales, qui relèvent de l'autonomie constitutionnelle des États, à savoir¹⁸. L'incorporation interne apparaît souvent comme une nécessité systémique, quel que soit le modèle constitutionnel des rapports de système (II). Cela étant, le potentiel normatif de ces normes se déploie au-delà de l'incorporation : pour le juge interne, les instruments internationaux sont des outils d'interprétation pertinents et s'inscrivent ainsi dans un réseau normatif global (III).

I. La mise en œuvre interne, un enjeu international

La mise en œuvre interne est généralement inscrite parmi les principes directeurs des textes internationaux relatifs aux normes sanitaires internationales¹⁹. Des mécanismes de surveillance publics ou privés sont mis en place, qui, conjugués aux puissants effets de contrainte des règles du marché international, s'avèrent, dans certains cas, d'une considérable efficacité. De fait, certaines normes sanitaires internationales sont devenues de puissants vecteurs d'harmonisation dans de nombreux domaines de libéralisation des marchés internationaux²⁰.

¹⁸ Sur cette manifestation particulière du principe d'autonomie constitutionnelle, v. E. LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2011, pp. 325-329.

¹⁹ V. not. les art. 4 et 5 de la CCLAT (Principes directeurs et obligations générales) ; art. 3 et 4 du RSI ; mais aussi Préambule du Code international de commercialisation des substituts du lait maternel. V. aussi présentation générale du *Codex* sur le site de la Commission : « Les normes du Codex et textes apparentés sont de nature volontaire. Ils doivent être transposés dans la législation ou dans les réglementations nationales pour avoir force exécutoire. » (<http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/codex-texts/fr/> - consulté le 12 janv. 2019).

²⁰ Cette fonction est souvent rappelée par l'ORD. Ainsi, au sujet des normes dans l'Accord OTC : « tant l'article 2.4 que la deuxième phrase de l'article 2.5, conjointement à d'autres dispositions de l'Accord OTC, ont pour but d'harmoniser le plus largement possible les règlements techniques » (*Australie — Emballage neutre du tabac*, préc. note 16, § 7.272).

A. Surveillance internationale de la mise en œuvre interne

Comme en matière de droits de l'homme, l'application interne des normes sanitaires internationales peut ainsi faire l'objet d'une surveillance internationale, soit par les organisations internationales elles-mêmes, soit par des ONG (surtout pour les normes non obligatoires). À la différence des comités d'experts instaurés par les traités des droits de l'homme, la surveillance en matière sanitaire est réalisée par les biais des organes politiques ou administratif de l'organisation. Elle prend la forme classique, bureaucratique, de la production de rapports étatiques plus ou moins réguliers et leur analyse par l'organisation. Cette régularité démontre que la mise en œuvre interne s'inscrit dans le temps, car elle nécessite une adaptation du cadre normatif et institutionnel national. En cas de besoin, les organisations internationales accompagnent ce processus interne.

Quelques exemples : l'article 21 de la CCLAT impose aux États de soumettre des rapports biennaux à la CoP. Sur cette base, le Secrétariat de la Convention produit un rapport biennal de synthèse, dans lequel la mise en œuvre nationale est jaugée selon des indicateurs statistiques précis (article par article ; région par région, voire pays par pays)²¹. Cette surveillance porte non seulement sur la mise en œuvre de la Convention elle-même, mais aussi des directives explicatives adoptées par la COP, signe qu'en dépit de leur caractère non obligatoire, il existe une forte attente à ce qu'elles soient mises en œuvre. Bureaucratique certes, fastidieuse probablement, cette forme de surveillance sourcilleuse exerce une pression sur les autorités étatiques et atteint globalement ses objectifs de mise en œuvre interne.

Le mécanisme de surveillance de la mise en œuvre du RSI est moins performant. Certes, le Préambule du RSI (§ 3) prévoit la présentation d'un rapport initial et envisage la possibilité d'un suivi, mais on peut douter que ce soit un outil efficace au contenu du RSI, qui est de nature opérationnelle et dont l'exécution interne passe par l'établissement de structures administratives adéquates pour la détection du risque épidémique. Cette forme de mise en œuvre suppose en outre l'engagement financier immédiat des États. Or les pays à risque sont généralement les pays les plus pauvres et l'accompagnement financier et opérationnel de la part de l'OMS devrait faire partie du suivi²².

²¹ FCTC, *Rapports de situation mondiaux*, disponibles en ligne : https://www.who.int/fctc/reporting/summary_analysis/fr/ [dernière consultation : 13 janv. 2019].

²² L'insuffisance de l'implication de l'OMS dans la crise de l'Ebola a été à l'origine d'une crise importante qui a secoué l'organisation (*Rapport du groupe d'experts chargé de l'évaluation intérimaire de la riposte à Ebola*,

Moins médiatique qu'en matière environnementale, l'implication de la société civile dans la surveillance de la mise en œuvre de certaines normes sanitaires est pourtant bien réelle. Ainsi, International Baby Food Action Network, un réseau de groupes, ONG et associations nationales, prépare des rapports annuels conjoint sur la mise en œuvre interne du Code de commercialisation des substituts du lait maternel de l'OMS²³. En 2016, l'OMS et l'UNICEF ont fait appel à l'expertise de cette ONG pour produire le premier rapport mondial conjoint qui analyse dans quelle mesure les dispositions du Code ont été intégrées dans le cadre juridique national de 191 pays²⁴. On y note une grande disparité, due à des traditions culturelles, au niveau de développement du pays, mais aussi aux poids dans l'économie nationale des industries de production des substituts.

B. La marge d'appréciation nationale : entre harmonisation sanitaire et conditionnalité économique

On pourrait penser que le but principal des normes sanitaires internationales est la réduction des risques à la santé, mais ce serait oublier que la réduction des entraves au commerce international s'y insère également²⁵. Cette dualité d'objectifs n'est absente que pour les produits dont la commercialisation elle-même est érigée, sur le plan international, en un risque pour la santé (cf. le tabac).

Certes, les États bénéficient d'une certaine marge d'appréciation dans la mise en œuvre interne des normes sanitaires internationales. C'est le propre du droit de la coordination. En effet, la standardisation/ normalisation sanitaire internationale relèvent de l'harmonisation des droits internes et non pas de leur uniformisation²⁶. Mais compte tenu du haut degré de technicité de certaines normes sanitaires, par définition très précises quant à leur

2015, disponible en ligne www.who.int/csr/resources/publications/ebola/ebola-panel-report-fr.pdf [dernière consultation: 13 janv. 2019].

²³ V. IBFAN, *Implementation of the International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes and Subsequent*, en ligne: <http://ibfan.org/code-monitoring> [dernière consultation: 13 janv. 2019].

²⁴ Commercialisation des substituts du lait maternel: mise en œuvre du code international à l'échelle nationale, Rapport de situation 2016, disponible en ligne : https://www.who.int/nutrition/publications/infantfeeding/code_report2016/fr/ [dernière consultation: 13 janv. 2019].

²⁵ Selon les termes mêmes de son art. 2, l'objet et la portée du RSI (2005) consistent à « prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, *en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux* » (ital. ajoutées). La présentation synthétique du *Codex alimentarius* sur le site de la Commission : « L'harmonisation des normes alimentaires contribue à protéger la santé des consommateurs et à faciliter le plus possible le commerce international ».

²⁶ Pour des définitions schématiques de ces concepts, v. A. JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », in *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, 1998, p. 47 (unification = règles uniques ; uniformisation = règles distinctes mais identiques ; harmonisation = règles distinctes mais équivalentes). Sur l'inhérence de la marge de manœuvre dans l'harmonisation du droit, v. M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, pp. 71-78.

contenu et à leur portée, cette marge peut paraître souvent illusoire²⁷. On pourrait arguer du fait que les normes du *Codex* ne sont que des recommandations. La marge de manœuvre des États s'exprimerait ainsi lors de leur acceptation, plutôt qu'au stade de la mise en œuvre. Mais cette approche formaliste fait fi du fait que, grâce au droit de l'OMC, les normes du *Codex* constituent les outils privilégiés du libéralisme économique et de la fluidité des échanges internationaux et qu'une forte conditionnalité économique s'exerce par ce biais.

Pour certains États, la conditionnalité économique est tellement forte, le besoin d'accès au marché international si important, qu'ils hésiteront à faire jouer en pratique cette marge d'appréciation dont ils bénéficient en théorie. C'est ainsi par exemple que le Madagascar a adopté en 2017 une loi instaurant des procédures de contrôle sanitaire des aliments, qui prévoit à son article 22 un principe de cohérence entre les normes nationales et internationales. Saisie, la Haute Cour Constitutionnelle a considéré que « l'accès au marché régional ou international requiert *la mise en conformité aux normes internationales reconnues* », en identifiant ensuite la Commission du *Codex Alimentarius* comme l'instance privilégiée de production de telles normes²⁸. L'identification par la Cour d'une obligation de conformité laisse peu de place à l'exercice pratique de la marge d'appréciation nationale.

La situation est différente dans l'Union européenne, qui choisit d'incorporer uniquement les standards du *Codex* compatibles avec les objectifs de sécurité alimentaire propres à son ordre juridique et d'émettre des objections ou des réserves à l'encontre de ceux qui paraissent en contradiction²⁹. La Cour de Justice de l'Union européenne défend cette liberté juridique de s'écarter des normes du *Codex*. Ainsi, loin de le faire en toute circonstance, la CJUE utilise le *Codex* de manière à renforcer l'autonomie du droit européen. C'est ainsi que la Cour a jugé qu'un produit légalement fabriqué dans un des États membres de l'Union bénéficie de la libre circulation, même s'il n'est pas conforme aux standards du *Codex alimentarius*³⁰. Mais, sans contradiction aucune, elle a tiré argument de la conformité au *Codex* et surtout au droit interne de plusieurs États membres pour permettre la

²⁷ Prenons au hasard, la norme du Codex CODEX STAN 12-1981 relative au miel, qui comporte pas moins de 10 pages. La composition du produit et son étiquetage sont réglementés dans le moindre détail.

²⁸ Haute Cour Constitutionnelle de Madagascar, *Décision n°09-HCC/D3 du 31 janvier 2018 concernant la loi n°2017-048 régissant la sécurité sanitaire des denrées alimentaires et de l'alimentation animale*, en ligne : <http://www.hcc.gov.mg/category/decisions/> [dernière consultation : 13 janv. 2019] (ital. ajoutées).

²⁹ F. D. SCHILD, « The Influence of the Food and Agriculture Organization (FAO) on the EU Legal Order », in R. A. WESSEL, S. F. BLOCKMANS (dir.), *Between Autonomy and Dependence : the EU Legal Order under the Influence of International Organisations*, The Hague/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 235-236.

³⁰ CJCE, 22 sept. 1988, *Ministère public contre Gérard Deserbais*, aff. 286/86, §§ 14-16. Il en va de même de la prise en compte des critères OCDE pour définir les pays en développement (CJCE, 5 oct. 1994, aff. C-400/92, *Allemagne c. Commission*, §§ 27-31). Pour une confirmation de cette jurisprudence, v. TPI, ord. 21 déc. 2010, *Le Levant 015 EURL et autres c. Commission*, aff. T-34/02, § 26).

commercialisation en France d'un emmenthal sans croûte, alors qu'au-delà de la composition spécifique, la législation française de l'époque réservait cette dénomination à un mode d'affinage avec croûte³¹. Pour la Cour de Luxembourg, le principe de reconnaissance mutuelle l'emporte sur la conformité au standard international.

La position de la Cour de Luxembourg n'est pas radicalement différente de celle de la Cour de cassation française, qui souligne que « les dispositions du *Codex alimentarius* ne présentent qu'un caractère indicatif, et en l'absence de réglementation communautaire sur la dénomination des différents types de fromage, les États sont habilités à réglementer souverainement l'usage d'une dénomination »³².

Il apparaît ainsi qu'une incorporation des normes sanitaires au cas par cas, plutôt qu'*a priori* et en bloc, de l'ensemble d'un instrument institutionnel sujet à des amendements réguliers comme le *Codex*, reste le seul moyen juridique pour les États ou l'Union de préserver leur marge d'appréciation. Du reste, l'incorporation des normes sanitaires internationales est généralement exigée par les ordres juridiques internes.

II. La mise en œuvre interne, une nécessité systémique

Il est communément admis que les modalités d'exécution interne des obligations internationales dépendent du cadre constitutionnel national (exception faite, bien entendu du droit de l'UE, qui établit lui-même les conditions de son applicabilité dans les ordres internes des États membres). On distingue traditionnellement entre les régimes de tradition dualiste et ceux de tradition moniste. Selon la formule de Carlo Santulli, « [d]ans le système interne moniste le droit international fait partie de l'ordre juridique interne dès son entrée en vigueur dans l'ordre juridique international ; dans le système dualiste la proposition internationale existera dans l'ordre juridique interne seulement lorsqu'elle sera reproduite par un acte interne »³³. Pour reprendre le constat de Ronny Abraham, « [o]n raisonne ici dans le cadre des définitions probablement approximatives du monisme et du dualisme, mais habituellement reçues à des fins de simplification pédagogique »³⁴. L'exigence d'un acte de réception formelle et spéciale serait donc le signe de reconnaissance du dualisme. Toutefois, les normes

³¹ CJCE, 5 déc. 2000, *Guimont*, C-448/98, § 32.

³² France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 12 oct. 1999, n° 98-83307, *Soc. Entremont c. Bernier et Président*, *Bulletin criminel* 1999, n° 213, p. 671 (ital. ajoutées).

³³ C. SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit interne par le droit international*, Pedone, 2001, p. 89.

³⁴ R. ABRAHAM, « L'articulation du droit interne et du droit international », in *La France et le droit international*, G. CAHIN et al. (dir.), Pedone, 2007, p. 260.

sanitaires internationales dévoilent une ligne de partage supplémentaire, entre le droit conventionnel et le droit institutionnel : dans les systèmes de tradition moniste, le premier peut se voir reconnaître un effet direct pour constituer une source immédiate de droits et obligations ; en revanche, le droit institutionnel en est dépourvu, quel que soit le système juridique considéré.

A. L'effet direct des normes sanitaires conventionnelles (CCLAT)

En l'absence d'une théorie universelle de l'effet direct, on peut se référer aux critères les plus couramment utilisés par les juges internes³⁵ :

- un critère subjectif tenant l'intention des auteurs de conférer l'effet direct aux normes internationales ;
- et des critères objectifs, dont celui relatif à l'objet - la norme internationale doit créer des droits subjectifs pour les individus et ;
- celui relatif à la qualité de la norme, qui doit être suffisamment précise et inconditionnelle pour se prêter à une application par un juge (critère de la complétude normative).

Selon Guy Isaac et Marc Blanquet, est inconditionnelle la disposition dont l'application n'est subordonnée « à aucune mesure [normative] ultérieure comportant un pouvoir discrétionnaire »³⁶. Dans cette hypothèse l'acte interne ne se borne pas à reproduire le contenu de la norme internationale, mais le complète également. En effet, « [c]e qui est dirimant, c'est le caractère insuffisamment complet de la norme, qu'il faut admettre lorsque le traité [ou un acte institutionnel] laisse à l'État une marge d'appréciation, un pouvoir

³⁵ Sur cette grande question toujours irrésolue des rapports de système, v. J. VERHOEVEN, « La notion 'd'applicabilité directe' en droit international », *RBDI*, n° 2, 1980, pp. 243-264 ou plus récemment B. TAXIL, « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France », *RIDC*, n° 1, 2007, pp. 157-176. A. MIRON, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, thèse soutenue à l'Université Paris-Nanterre, 2014, spéc. pp. 230-252, disponible en ligne : <http://www.theses.fr/2014PA100165> [dernière consultation : le 12.01.2019]. En France, ce n'est qu'en 2012 que le Conseil d'État a systématisé les critères de l'effet direct : « une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit. » (Conseil d'État, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, N° 322326, *Lebon*, p. 142 et commentaire par F. LATTY dans son commentaire de l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, in A. MIRON et A. PELLET (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Dalloz, 2015, pp. 674-696).

³⁶Guy Isaac et Marc Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Sirey, 2012, p. 379.

discrétionnaire quant à l'étendue, aux conditions ou aux modalités du droit ou de l'obligation dont il se borne à prévoir le principe, sous forme en quelque sorte d'objectif »³⁷.

L'application de ces critères aux normes sanitaires d'origine conventionnelle (principalement la CCLAT) n'est pas aisée. On pourrait arguer que la Convention-cadre est un texte programmatoire, générique, qui impose aux États des obligations de mise en œuvre, tout en leur laissant une certaine marge de manœuvre (par exemple : ils peuvent choisir d'imposer ou pas un prix minimum, d'interdire ou pas certains produits etc.). De plus, l'article 7 de la Convention prévoit que la « Conférence des Parties propose des directives appropriées pour l'application » de la Convention, ce qui mettrait par ailleurs en exergue l'absence de précision de ses dispositions.

D'ailleurs, les États membres de l'UE avaient adopté dans les années 2010 des politiques disparates d'étiquetage des produits du tabac, de taxation ou de commercialisation de cigarettes aromatisées³⁸. Ces différences de mise en œuvre n'en étaient pas moins compatibles avec la CCLAT, même si elles constituaient des distorsions du marché intérieur. Le législateur européen a considéré que ces différences justifiaient l'adoption par l'Union de règles uniformes concernant le tabac. En 2016, la CJUE a considéré que

« En laissant ainsi une marge importante d'appréciation aux parties contractantes, ces directives partielles permettent de prévoir, avec suffisamment de vraisemblance, que, en l'absence de mesures prises au niveau de l'Union, les réglementations nationales en la matière pourraient évoluer de manière hétérogène, y compris en ce qui concerne l'utilisation du menthol. »³⁹

Si l'effet direct repose sur l'absence d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre, on s'attendrait à ce que la CCLAT en soit dépourvue. Mais les décisions nationales sont plus nuancées. Quelques exemples tirés de la jurisprudence néerlandaise permettent d'illustrer le propos⁴⁰. Les juridictions des Pays-Bas examinent l'effet direct des dispositions

³⁷ Concls. G. DUMORTIER sous Conseil d'État, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, *RFDA*, 2012, p. 547.

³⁸ CJUE, 4 mars 2010, Aff. C-197/08, *Commission européenne c. République française ; Commission européenne c. Irlande*, n° C-221-08 ; *Commission européenne c. Autriche*, n° C-198-08.

³⁹ CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brands SARL and Others v Secretary of State for Health*, aff. C-547/14, § 120.

⁴⁰ La jurisprudence néerlandaise est plus précise sur la démarche à suivre pour la détermination de l'effet direct. Elle met à son centre l'interprétation de la convention suivant les principes établis au niveau international. Elle a été résumée ainsi : « With regard to the question of whether Article 8(2) of the WHO FCTC has direct effect within the meaning of Articles 93 and 94 of the Dutch Constitution, the following principles apply (cf Dutch Supreme Court, 10 October 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928)

- the referred question must be answered by an explanation of the relevant provision, which must be interpreted in accordance with the criteria of Articles 31 -33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969 (Dutch Official Gazette, 1972, 51 and 1985, 79;

de la Convention, prises individuellement, et non pas de la Convention dans son ensemble. La première affaire concerne la contestation de la légalité d'un décret qui, tout en interdisant le tabac dans les lieux publics fermés, prévoyait une exception pour certaines catégories d'établissements. La Cour du district de La Haye avait dénié l'effet direct à l'ensemble de la Convention⁴¹. La juridiction saisie en appel a rétabli la bonne méthode du dépeçage et d'appréciation individualisée de l'effet direct :

« the provision in article 8 paragraph 2 of the Convention has direct effect must be answered through close analysis of its wording and the scope of this provision. The fact that other provisions of the Convention may possibly not have direct effect does not also mean that this is the case with article 8 paragraph 2. »⁴²

En suivant cette méthode, la Cour du district de La Haye a considéré en 2015 que l'article 5 (qui énonce des obligations générales et exige la mise en place d'une stratégie nationale de lutte anti-tabac) n'était pas d'effet direct car il n'était pas inconditionnel ou suffisamment précis pour être appliqué comme un droit objectif dans le système juridique national⁴³. S'agissant de l'article 8 (Protection contre l'exposition à la fumée du tabac)⁴⁴, qui dans sa lettre même prévoit une transposition nationale, la Cour d'appel de La Haye n'a pas tenu cette formulation pour un obstacle dirimant à la reconnaissance de son effet direct :

- if it follows from neither the text nor the history of its implementation that no direct effect is envisaged, the content of that provision shall be decisive, whether the Treaty provision is unconditional and sufficiently precise to be applied without exception as an objective law in the national legal order;

- if the result to be achieved in the national legal order by virtue of the Treaty has been unconditionally and sufficiently precisely defined, the mere fact that the national legislature enjoys freedom of choice or policy with regard to the measures to be taken to achieve that result does not prevent the provision from having direct effect. » (Pays Bas, Cour d'appel de La Haye, 13 févr. 2018, *Dutch Non-Smokers Association CAN (Club of Active Non-Smokers)/The State of the Netherlands (Department of Public Health, Welfare and Sport)*, Case Number: 200.205.667/01 (les arrêts concernant l'application de la CCLAT sont tous réunis et disponibles dans une base de données en ligne appelée Tobacco Control Laws: <https://www.tobaccocontrolaws.org/> [dernière consultation : 14 janv. 2019].

⁴¹ Les arguments mis en avant étaient les suivants : « It is evident from the other content of the Convention that the Member States have a great deal of freedom in how they give form to these measures. Therefore, in the view of the District Court, there are no standards that are so formulated as to be able to function without objection as objective law in a national legal system. That the Guidelines (...) give further specification of the obligations of the contracting States on the ground of article 8 of the Convention makes no difference to this, since the Guidelines do not form part of the Convention. Furthermore, according to the District Court, it is all the more evident from the purpose of the Guidelines ('to assist Parties in meeting their obligations under Article 8 of the Convention') that the Convention requires further elaboration. This means that the Convention cannot be deemed to have direct effect within the jurisdiction of the Netherlands and that its residents cannot invoke the content of the Convention pursuant to article 94 of the Constitution of the Netherlands. » (Pays Bas, Cour d'appel de La Haye, 26 mars 2013, *Dutch Assoc. CAN/State of Netherlands*, HR, Case Number: 200.111.618/01 Netherlands).

⁴² *Ibid.*, § 2.4.

⁴³ Pays-Bas, Cour du district de La Haye, 9 nov. 2015, *Youth Smoking Prevention Foundation v. Netherlands*, ECLI: NL: RBDHA: 2015: 12746.

⁴⁴ Celui-ci prévoit que : « Chaque Partie adopte et applique, dans le domaine relevant de la compétence de l'Etat en vertu de la législation nationale, et encourage activement, dans les domaines où une autre compétence s'exerce, l'adoption et l'application des mesures législatives, exécutives, administratives et/ou autres mesures efficaces prévoyant une protection contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux de travail intérieurs, les transports publics, les lieux publics intérieurs et, le cas échéant, d'autres lieux publics. »

« the circumstance that the standard of article 8 paragraph 2 of the Convention must still be transposed into national legislation does not automatically mean that it has no direct effect. In such cases, too, there can be direct effect, for example if the convention standard prescribes in a clear and unconditional way the results to be achieved by the national legislation. »⁴⁵

Selon cette jurisprudence, l'effet direct s'apprécie par rapport à l'existence ou non d'un pouvoir discrétionnaire au bénéfice des autorités nationales. Une obligation de résultat ne laisse *a priori* pas de marge d'appréciation. Et c'est ainsi que, sur la base de l'art 8 de la CCLAT, le juge a annulé le décret national qui rabaisait le seuil international de protection contre l'exposition au tabac⁴⁶.

Cela étant, aucune jurisprudence n'a à ce jour reconnu la CCLAT comme la source immédiate d'un droit subjectif à indemnisation des dommages de santé subis directement par les fumeurs ou indirectement par les compagnies d'assurance, pour les frais engendrés par le traitement des maladies causées par le tabac⁴⁷. Certes, l'offensive judiciaire contre les compagnies de tabac, exercée soit dans le cadre de recours individuels soit dans celui des actions de groupe (*class action*), s'est parfois soldée par des condamnations chiffrées à des dizaines de milliards de dollars (notamment en raison de l'octroi de dommages punitifs par les juridictions états-uniennes et canadiennes)⁴⁸. Ces recours n'étaient cependant pas fondés sur la CCLAT – les États-Unis n'y sont pas partie, et les juridictions canadiennes ne s'y sont pas référées⁴⁹. En dehors de ces pays, les contentieux relatifs à l'indemnisation ont connu plus d'échecs que de succès⁵⁰. La tradition et la culture juridique de l'indemnisation explique mieux que la pure logique positiviste ces divergences de solution : un effet, de telles procédures sont longues et coûteuses et les victimes ont rarement les moyens de faire face aux géants de cette industrie. Si les contentieux ne sont pas pris en charge par des ONG dans le

⁴⁵ *Dutch Assoc. CAN/State of Netherlands*, préc. note 41, § 2.4.

⁴⁶ À l'opposé, la Cour suprême du Paraguay a jugé que, même si la CCLAT était devenue juridiquement contraignante pour le Paraguay, l'effectivité de l'article 8 reposait sur l'adoption par le Congrès de la réglementation de mise en œuvre (18 oct. 2010, *Tabacalera del Este S.A., et al. v. Paraguay*, Sentencia No. 754). De même, la Cour suprême du Mexique a rejeté en 2011 un recours d'*amparo*, qui arguait que la loi sur la santé violait plusieurs dispositions de la CCLAT. Le juge, tout en relevant la contradiction entre la loi et la Convention, a noté que le recours d'*amparo* ne peut conduire qu'à l'adoption de mesures individualisées pour réparer le dommage du demandeur (*Balderas Woolrich v. Mexico*, n° 315/2010).

⁴⁷ L'article 19 (Responsabilité) de la CCLAT prévoit toutefois que : « Aux fins de la lutte antitabac, les Parties envisagent de prendre des mesures législatives ou de promouvoir les lois existantes, si nécessaire, en matière de responsabilité pénale et civile, y compris l'indemnisation le cas échéant ». Cette disposition reste encore plus difficile à mettre en œuvre que les autres et les directives d'application sont loin d'être adoptées.

⁴⁸ G. Howells, *The Tobacco Challenge: Legal Policy and Consumer Protection*, Ashgate, 2013, 323 p.

⁴⁹ Cour supérieure du Québec, 25 mai 2015, *Létourneau c. JTI-MacDonald Corp. and Jean-Yves Blais c. JTI-MacDonald Corp.*, 2015 QCCS 2382 ; sur d'autres procédures au Canada, v. Université d'Ontario, Unité de recherche sur le tabac, *Litigation against the Tobacco Industry*, 2013, disponible en ligne : <http://otru.org/otru-publications/all-otru-publications/> [dernière consultation : 14 janv. 2019].

⁵⁰ « L'industrie du tabac peut-elle être ébranlée par les procès de fumeurs ? », *Le Monde*, 15 mars 2012.

cadre d'une stratégie d'activisme judiciaire et si les dommages octroyés sont trop faibles, les chances de sortir du labyrinthe des appels et procédures accessoires sont réduites.

B. L'absence d'effet direct des normes sanitaires institutionnelles

Les normes sanitaires institutionnelles ne jouissent pas de l'effet direct – soit parce qu'elles ne sont pas obligatoires en elles-mêmes, même si elles le deviennent par le biais de l'acceptation des États, soit parce que les États ont la possibilité juridique de se soustraire à leur force obligatoire par un mécanisme d'*opting out*, soit parce que leur contenu n'est pas suffisamment inconditionnel⁵¹. Ainsi, l'application du RSI, qui pourtant est obligatoire et sans possibilité d'*opting out*, nécessite l'adaptation du cadre institutionnel interne et la création de structures administratives particulières (ex : la création d'un point focal national pour surveiller et communiquer sur les urgences sanitaires). En France, le RSI a été publié par décret au Journal officiel⁵², mais cet acte ne vaut pas incorporation dans l'ordre juridique français⁵³. La publication au JO a été suivie et complétée par l'adoption d'un décret substantiel, qui modifie plusieurs articles du Code de la santé publique⁵⁴, ce qui démontre, si besoin il était, l'absence d'effet direct de cet acte international⁵⁵.

Les normes de pure *soft law* sont *a fortiori* dépourvues de l'effet direct, puisqu'elles laissent aux États la liberté de les mettre ou pas en application. Leur incorporation est donc *a fortiori* exigée pour qu'elles puissent servir comme source de droit interne. Mais si cette incorporation est effectuée, c'est uniquement l'acte interne qui constitue le fondement de la décision judiciaire. D'éventuelles différences ou incompatibilités avec l'acte international n'entament pas la force juridique de l'acte interne d'incorporation. Ainsi, la Cour suprême des Philippines a considéré, à propos du Code international de commercialisation des substituts du

⁵¹ Sur l'absence de caractère exécutoire du droit institutionnel international, v. A. MIRON, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, *op. cit.* note 35, spéc. pp.202-219 et pp. 234-252.

⁵² V. Décret n° 2007-1073 du 4 juil. 2007 portant publication du règlement sanitaire international (2005) adopté par la cinquante-huitième Assemblée mondiale de la santé le 23 mai 2005, *JO* n°156 du 7 juil. 2007 p. 11570.

⁵³ Il faut néanmoins reconnaître que la jurisprudence française relative à la portée de la publication est ambiguë (v. A. MIRON, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, *op. cit.* note 35, pp. 271-274).

⁵⁴ V. Décret n° 2013-30 du 9 janv. 2013 relatif à la mise en œuvre du règlement sanitaire international (2005), *JP* n° 9, du 11 janv. 2013, p. 831.

⁵⁵ Un arrêt ancien de la Cour d'appel de Paris le confirme : « [L]e Règlement sanitaire international adopté par l'Organisation mondiale de la santé n'est pas de plein droit applicable au droit interne des pays membres de ladite organisation ; que pour ce faire, il était nécessaire que des mesures réglementaires interviennent dans chacun des pays signataires. » (France, Cour d'appel de Paris, 18 nov. 1967, *Époux Pivert*, *RCDIP*, 1968, p. 442 et *AFDI*, vol. 14, 1968, p. 866).

lait maternel (1981), que sa décision ne pouvait se fonder que l'instrument national d'incorporation. En revanche, les différentes résolutions et directives de l'OMS non incorporées conformément aux dispositions constitutionnelles ne pouvaient être utilement invoquées par l'administration comme un fondement pour sanctionner la publicité des substituts au lait maternel :

« the ICMBS [le Code] which was adopted by the WHA in 1981 had been *transformed into domestic law through local legislation*, the Milk Code. Consequently, it is the Milk Code that *has the force and effect of law in this jurisdiction* and not the ICMBS *per se*. (...) »⁵⁶

*[L]egislation is necessary to transform the provisions of the WHA Resolutions into domestic law. The provisions of the WHA Resolutions cannot be considered as part of the law of the land that can be implemented by executive agencies without the need of a law enacted by the legislature. »*⁵⁶

III. Le processus d'interprétation comme matrice de l'harmonisation normative

En réalité, la force normative de la *soft law* se révèle mieux dans le processus d'interprétation du droit existant plutôt que dans celui de création législative. Dépourvu de force obligatoire et d'effet direct, le droit souple se voit reconnaître une force persuasive dont l'intensité reste difficile à évaluer. Qu'on appelle ce phénomène interprétation croisée⁵⁷, harmonisation horizontale ou droit international comparé⁵⁸, il met en exergue une ouverture de plus en plus prononcée des juges internes aux sources internationales, mais aussi à leur interprétation par des juridictions étrangères.

A. Le droit souple comme outil d'interprétation

Les instruments recommandatoires peuvent être utilisés par les juges internes comme des outils d'interprétation et de concrétisation de droits déjà consacrés dans l'ordre juridique de for, qu'il s'agisse de ceux dérivés des traités auxquels la *soft law* se rapporte ou bien de droits constitutionnels (dans le cas des normes sanitaires, principalement le droit à la santé).

Les exemples en matière de normes sanitaires concernent principalement la lutte anti-tabac. Ainsi, Philip Morris a introduit plusieurs procédures contestant l'interdiction d'utilisation d'ingrédients pouvant servir à améliorer le goût des produits du tabac, en

⁵⁶ Philippines, Cour suprême, 9 oct. 2007, *PHAP v Duque III, Pharmaceutical and Health Care Association of the Philippines v Duque III and ors*, GR No 173034, ILDC 1299 (PH 2007), §§ 25 et 63 (italiques ajoutées).

⁵⁷ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.* note 26, pp. 46-49.

⁵⁸ A. ROBERTS, « Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law », *ICLQ*, vol 60, 2011, p. 60.

particulier le menthol. Sur renvoi préjudiciel par une juridiction britannique, la CJUE a conclu à la validité de la directive 2014/40/UE en se référant extensivement aux directives CCLAT. Selon les termes de l'arrêt, « les recommandations ainsi élaborées ont vocation à influencer de manière déterminante le contenu de la réglementation adoptée dans le domaine considéré »⁵⁹. La Cour donne plusieurs raisons pour leur utilisation comme outils interprétatifs déterminants:

- la directive UE d'incorporation y renvoie : « le législateur de l'Union a tenu compte, ainsi qu'en atteste le considérant 15 de ladite directive, des directives partielles pour l'application des articles 9 et 10 de la CCLAT »⁶⁰ ;

- la CCLAT y renvoie également: « S'il est exact que les directives de la CCLAT n'ont pas de force contraignante, celles-ci ont pour objet, conformément aux articles 7 et 9 de la CCLAT, d'assister les parties contractantes aux fins de l'application des dispositions contraignantes de cette convention »⁶¹ ;

- les directives sont l'expression d'un consensus scientifique international : « ces directives reposent sur les meilleures données scientifiques disponibles ainsi que sur l'expérience des parties à la CCLAT (...) et ont été adoptées par consensus, y compris par l'Union et ses États membres »⁶².

La juridiction britannique de renvoi s'est montrée plus réservée quant à la force persuasive décisive des directives, tout en estimant que « they nonetheless remain important and relevant as guides to interpretation of the TPD and as to the powers and rights of the Member States to adopt tobacco control measures »⁶³.

Le droit souple peut par ailleurs participer à la *concrétisation de principes consacrés sur le plan interne*, en particulier de droits dont la justiciabilité est mise en doute. Dans cette perspective, les normes internationales deviennent – à un degré très variable – à la fois source matérielle et source de légitimation de la démarche judiciaire. Un exemple provient d'une décision de la Cour suprême du Bangladesh, qui a emphatiquement mis en avant une résolution non spécifiée de l'OMS afin de justifier l'existence de l'obligation pour le gouvernement de prendre des mesures pour restreindre la publicité pour le tabac⁶⁴. Le juge a

⁵⁹ CJUE, *Philip Morris Brands*, préc. note 39, §§ 113 et 175. Dans le même sens, CJUE, 4 mai 2016, *République de Pologne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-358/14, §§ 45-47.

⁶⁰ *Ibid.*, § 110.

⁶¹ *Ibid.*, § 111.

⁶² *Ibid.*, § 112.

⁶³ Royaume-Uni, The High Court of Justice, Queens Bench Division of the Administrative Court, 19 mai 2016, *British American Tobacco (UK) Limited and Ors v Secretary of State for Health*, [2016] EWHC 1169.

⁶⁴ Bangladesh, Cour suprême, 7 févr. 2000, *Professor Nurul Islam and ors (Cigarette Advertising Case)*, ILDC 477 (BD 2000).

considéré que cette obligation découlait de celle de respecter et promouvoir le droit à la santé. De la même manière, la Cour constitutionnelle belge a considéré que le droit à la santé consacré par la Constitution devait être lu à la lumière de la CCLAT, et puis, dans l'interprétation de celle-ci, elle a fait une application indirecte très extensive des directives relatives à la CCLAT⁶⁵.

B. Les réseaux normatifs interprétatifs

L'interprétation du droit international par le juge interne relève de l'intuition⁶⁶ et parfois même du bricolage. En effet, il manque généralement dans les droits internes une méthodologie établie de l'interprétation. Rares sont les juges internes qui fassent appel aux catégories établies par la Convention de Vienne sur le droit des traités⁶⁷. On est loin du postulat selon lequel « *the rules of a given legal order, even when applied by the judiciary of another legal order, should be interpreted according to the principles of interpretation of the legal order in which they originate* »⁶⁸. Mais on voit dans les exemples analysés combien, dans certains domaines, le droit souple et le droit dur sont complémentaires et le droit interne et le droit international imbriqués, pour former des réseaux normatifs qui s'alimentent réciproquement⁶⁹.

Certes, l'interprétation par le juge interne est par définition une interprétation unilatérale du traité. Son attitude oscille entre une approche minimaliste – éviter que l'interprétation donnée constitue une violation du traité – et maximaliste – assurer le plein effet des droits consacrés par le traité. Pour arriver à ces fins, le juge interne fait preuve d'un grand

⁶⁵ Belgique, Cour constitutionnelle, 15 mars 2011, *Loi du 22 décembre 2009 instaurant une réglementation générale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux fermés accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac*, n° 37/2011, disponible en ligne : <http://www.const-court.be/fr/common/home.html> [dernière consultation: 15 janv. 2019].

⁶⁶ On ne peut que se référer ici aux mots de sage de Ch. DE VISSCHER : « L'interprétation [...] requiert l'esprit de finesse plus que l'esprit de géométrie ; elle fait appel à l'intuition plus qu'à la technique. Il y a un art de l'interprétation des traités. » (*in Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 13).

⁶⁷ Le juge néerlandais s'est néanmoins référé à l'article 31 de la CVDT comme méthode consacrée pour l'interprétation de la CCLAT (jurisprudence citée note 40).

⁶⁸ J. D'ASPREMONT, « The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts : Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order », in O. K. FAUCHALD et A. NOLLKAEMPER (dir.), *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 152. La jurisprudence de la CPIJ reflète d'ailleurs ce postulat : « La Cour étant arrivée à la conclusion qu'il y a lieu d'appliquer le droit interne d'un pays déterminé, il ne semble guère douteux qu'elle doit s'efforcer de l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur. » (12 juil. 1929, *Emprunts brésiliens*, Série A, n° 15, p. 124).

⁶⁹ Pour l'utilisation par les juges internes de l'interprétation dans d'autres domaines, v. A. MIRON, *op. cit.* note 35, pp. 409-423.

pragmatisme et l'utilisation du droit institutionnel souple est l'une des expressions de ce pragmatisme. En s'en remettant au droit institutionnel, le juge :

- se rapporte à des autorités compétentes pour confirmer l'interprétation textuelle ou contextuelle qu'il fournit et conjure ainsi le risque des interprétations infondées unilatérales ;
- assure l'harmonisation d'interprétation du traité ;
- permet la réalisation des objectifs du traité, dont les organes institutionnels sont réputés être les gardiens.

Le recours aux textes internationaux pour clarifier le sens du droit interne a par ailleurs pour fonction d'assurer la compatibilité entre les deux. C'est ce qu'on appelle l'interprétation conforme du droit interne et du droit international. Elle repose sur le postulat selon lequel, en légiférant, les autorités nationales n'ont pas entendu violer les obligations internationales de l'État. C'est donc un moyen pour promouvoir l'exécution des obligations internationales dans l'ordre interne. Partant, l'interprétation conforme naît soit en présence d'un acte institutionnel obligatoire, soit d'un acte recommandatoire, si et dans la mesure où celui-ci reflète des normes obligatoires. Dans cette dernière hypothèse, la conformité se mesure non pas avec l'acte directement, mais à l'égard de la norme que celui-ci incarne⁷⁰.

Dans certains domaines comme celui de la santé, il existe en outre un référencement de plus en plus systématique des décisions internes, qui s'intéresse à la norme applicable, que sa source formelle soit internationale ou nationale⁷¹. Cette libre mise à disposition de la jurisprudence nationale est un outil de connaissance et de diffusion qui permet d'inscrire les juges nationaux parmi les interprètes du droit international. La convergence de leurs solutions participe à la formation d'un consensus interprétatif. Mais leur influence est dépendante d'une multitude de facteurs juridiques (réflexe d'invocabilité et d'application du droit international) et extra-juridiques (les arrêts rédigés ou traduits en anglais bénéficient d'une meilleure diffusion). Les traditions de rédaction des décisions y jouent également un rôle : une motivation est d'autant plus convaincante si elle est étayée, expliquée et qu'au-delà du pur raisonnement juridique, elle mobilise des valeurs de portée universelle⁷². L'influence est aussi une question d'ambition des juridictions internes à devenir des passeurs d'idées. Certains juges s'y montrent plus sensibles que d'autres.

⁷⁰ Pour plus de développements à ce sujet, v. *ibid.*, pp. 361-401.

⁷¹ V. ainsi les bases de données en ligne portant sur la santé (<https://www.globalhealthrights.org/>) ou celles relatives à la lutte anti-tabac (<https://www.tobaccocontrolaws.org/>) qui recensent et reproduisent plusieurs centaines de décisions.

⁷² V. en ce sens G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la bénévolence des juges », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, pp. 799-818.