

**Anne SEVAUX**  
**Paul MATHONNET**  
Société Civile Professionnelle  
AVOCAT AU CONSEIL D'ETAT  
ET A LA COUR DE CASSATION  
12, rue de Bourgogne, 75007 PARIS  
tél : 01.43.17.39.00  
cabinet@as-pm-fr

# CONSEIL D'ETAT

## Section du contentieux

---

### OBSERVATIONS COMPLEMENTAIRES

#### Réplique au mémoire en défense

**POUR :** L'association « Action sécurité éthique républicaines » (ASER)  
L'association « Action contre la faim » (ACF)  
L'association « Médecins du Monde »  
L'association « Salam for Yémen »  
L'association « Stop Fueling War »

L'association Action des chrétiens pour l'abolition de la torture  
(ACAT)

demandereses,  
*S.C.P. Anne SEVAUX et Paul MATHONNET*

**Sur les recours n° 436.099 et n° 436098**

Dans un mémoire en défense enregistré le 20 janvier 2021, le secrétaire général à la défense et à la sécurité nationale (SGDSN) fait valoir que la notion d'acte de gouvernement trouverait particulièrement à s'appliquer en matière d'autorisations d'exportation de matériels de guerre.

Le SGDSN soutient à ce titre que joueraient en faveur de cette qualification :

- l'objet même de l'acte, qui serait selon lui de fournir des États en équipements militaires et de constituer ainsi un instrument de politique étrangère ;

- les normes de référence applicables, qui sont principalement des normes de droit international public au premier rang desquels le Traité sur le commerce des armes entré en vigueur le 24 décembre 2014 et la position commune 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 ;
- les considérations au regard desquelles la licence est délivrée, qui sont fortement déterminées par des données internationales, notamment en ce que le Traité sur le commerce des armes et la position commune précités imposent d'apprécier les risques d'atteinte à la paix et à la sécurité internationale ou à la stabilité régionale, et la position commune de tenir également compte de la situation intérieure du pays de destination ;
- les informations au regard desquelles l'administration se prononce, et la circonstance qu'y figurent des informations recueillies grâce aux échanges diplomatiques ou aux capacités de renseignement nationales ;
- la nature diplomatique des mesures d'atténuation de nature à permettre d'écarter un risque de violation des droits de l'homme ou du droit international humanitaire ;
- les incidences d'une décision relative à une licence d'exportation sur la qualité des relations diplomatiques avec l'État étranger concerné, une telle décision pouvant témoigner de l'attention portée par la France à cet État et amorcer ou consolider un partenariat stratégique ou, à l'inverse, marquer à son encontre une défiance ou une hostilité.

Il convient de relever, d'ores et déjà, que le SGDSN ne fait ainsi état d'aucun engagement particulier pris par la France à l'égard des États de la Coalition à destination desquels ont lieu les transferts d'armes litigieux.

Ces éléments appellent de la part des exposants des observations complémentaires qui porteront sur le caractère détachable de la décision refusant de suspendre les autorisations d'exportation d'armes de guerre [I] et sur la nécessité, en tout état de cause, d'un contrôle du juge en présence d'une contestation d'une telle décision au regard du Traité sur le commerce des armes [II] et de la position commune n° 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 [III].

***I - Sur le caractère détachable de la décision refusant de suspendre les autorisations d'exportation d'armes de guerre***

1. On le sait, création purement prétorienne, la notion d'acte de gouvernement recouvre l'ensemble des actes qui ont en commun d'être soustraits au contrôle du juge, administratif comme judiciaire, en raison, selon la doctrine majoritaire, de ce qu'ils ont été pris dans l'exercice d'une fonction distincte de la fonction administrative – la fonction gouvernementale – dont le contrôle ne relèverait pas du contentieux administratif dévolu aux juridictions

administratives, ni de la compétence d'un autre juge interne à défaut de disposition légale ou constitutionnelle prévue à cet effet. Relèvent notamment de cette catégorie, les actes se rattachant à l'action diplomatique des autorités françaises et plus largement à la conduite des relations internationales de la France.

Appelée de longue date à évoluer dans le sens de la restriction, voire de sa disparition (L. Duguit, *Traité de droit institutionnel*, 3<sup>e</sup> éd. III, 1930 ; P. Duez, *L'acte de gouvernement*, Dalloz 2007), la notion d'acte de gouvernement est plus encore aujourd'hui contestée lorsque l'acte est de nature à porter atteinte aux droits humains (P. Binczak, *Répertoire de contentieux administratif*, v<sup>o</sup> Acte de gouvernement, § 67 ; Carpentier, *Permanence et utilité de la notion d'acte de gouvernement*, AJDA 2015. 799 ; F. Melleray, *L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement*, RFDA 2001, p. 1086 ; M. Kdhir, *La théorie de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux relations internationales de la France à l'épreuve du droit international*, JDI Clunet, 2003, 100032 ; Cl. Saunier, *La théorie des actes de gouvernement face aux droits fondamentaux*, Droit admn. 2019, comm. 38).

Déjà en 1936, après avoir relevé la grande souplesse de la notion, Paul Duez invitait le juge à « *poursuivre le travail de régression de l'acte de gouvernement, commencé avec l'abandon de la théorie du mobile politique* » (P. Duez, préc., p. 167). S'agissant précisément des actes relevant des relations extérieures de la France, il proposait d'extraire des actes de gouvernement les actes d'exécution des engagements internationaux pris dans leur « face » interne. Il escomptait en outre que la justiciabilité progressive des dénis de justice internes devant la justice internationale amènerait le pouvoir exécutif à renoncer à sa souveraineté à l'égard du juge pour éviter que ne soit finalement réduite la souveraineté de l'Etat par l'intervention d'un juge international.

La jurisprudence administrative l'a suivi sur le premier point, en retenant le caractère détachable des relations internationales des mesures d'exécution des engagements de la France lorsqu'elles sont « *tournées vers l'intérieur* » (B. Genevois, conclusions sous CE Sect., 22 décembre 1978, *Vo Thanh Nghia*, Rec. p. 523 ; F. Donnat, conclusions sous CE, 3 novembre 2004, n<sup>o</sup> 262626, *Association secours mondial de France*, publié au recueil).

Ont ainsi été regardés comme détachables de la conduite des relations internationales car tournés vers l'ordre interne, le refus d'abroger un décret relatif à l'engagement des forces aériennes stratégiques (CE, 8 décembre 1995, *Lavaurs*, Rec. p. 433), la délivrance d'un permis de construire une ambassade (CE, Sect., 22 décembre 1978, *Vo Thanh Nghia*, Rec. p. 523), des mesures de police destinées à protéger un diplomate étranger (CE, Sect., 29 avril 1987, *Consorts Yener et consorts Erez*, Rec. p. 151) ou des décrets d'extradition (CE, Ass., 28 mai 1937, *Decerf*, Rec. p. 534 ; CE, Ass., 30 mai 1952, *Kirkwood*, Rec. p. 291 ; CE, Ass. 24 juin 1977, *Astudillo-Calleja*, Rec. p. 290), comme une

décision de refus d'accorder l'extradition (CE, Ass., 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, Rec. p. 267).

2. Si, par exception, un acte tourné vers l'ordre interne peut, au regard des circonstances dans lesquelles il a été pris, revenir dans le giron de la conduite des relations internationales et être finalement regardé comme indétachable de cette dernière, c'est dans la seule mesure où cet acte est directement commandé par un engagement pris par l'Etat français à l'égard d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale (voir par exemple : CE, 12 mars 1999, n° 162131, *Société Héli-Union*, aux Tables).

L'exigence d'un engagement précis est de mise. Monsieur Bacquet indiquait, dans ses conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à la décision *Coparex* du 13 juillet 1979 (n° 4.880 et 4.881, voir AJDA 1980, p. 371), que « *s'agissant des mesures réglementaires ou individuelles prises par l'autorité française, elles ne peuvent donc être jugées détachables que si elles ne sont pas des conséquences directes, inéluctables et automatiques des stipulations de l'accord ; autrement dit si cet accord laisse à l'Etat français une certaine marge de liberté et l'autonomie dans l'initiative de l'exécution et le choix des moyens. Voyez par exemple : Trib. Confl. 26 mai 1954, Société des Hauts-fourneaux de la Chiers (Leb. p. 706) ; CE, 16 mars 1962, Prince Slimane Bey (Leb. p. 179) ; Section 26 avril 1963, Laurent (Leb. p. 247) et enfin Trib. Confl. 17 septembre 1975 (Leb. p. 799) ».*

C'était également à cette analyse que renvoyaient les conclusions lues par le Président Massot dans l'affaire ayant donné lieu à la décision *Société Robatel* dont il sera question plus loin (CE, 19 février 1988, n° 51456, Rec. p. 75).

Et encore faut-il, pour qu'une décision normalement détachable de la conduite des relations internationale car tournée vers l'ordre interne puisse être finalement être regardée comme indétachable au motif qu'elle constitue l'exécution d'une obligation de droit international, que l'existence et le contenu de cette obligation soient établis devant le juge administratif.

En l'absence d'indication, par l'autorité publique appelée à défendre, de l'existence d'un accord dont le respect rendrait nécessaire l'acte interne, la détachabilité de cet acte ne peut être remise en cause.

Ainsi, dans l'affaire *Société Robatel* précitée, le Président Massot invitait le Conseil d'Etat à écarter la qualification d'acte non détachable, « *non que [...] la décision d'embargo qui est à l'origine du litige soit facilement détachable des relations internationales de la France [...]. Mais, d'une part, jamais le ministre de l'industrie n'a invoqué l'accord tripartite de 1976 [...] comme fondement de la décision du gouvernement français : ce sont nos*

*recherches personnelles qui nous l'ont fait découvrir ; d'autre part, c'est par une production de la société Robatel que nous apprenons que, conformément à ce que prévoyait cet accord, un arbitrage international a eu lieu entre la France et le Pakistan qui aurait conduit au versement par la France de 300 M de \$ de dédommagement pour l'annulation, en 1977, du contrat conclu en 1974. Aussi, nous semble-t-il difficile de relever d'office que l'attitude du gouvernement français a été en l'espèce directement commandée par un accord international ».*

La détachabilité d'un acte tourné vers l'ordre interne ne peut donc être remise en cause que si cet acte relève de l'exécution d'une obligation précise résultant d'un engagement international de la France dont l'existence et le contenu sont établis devant le juge administratif.

**3.** Par ailleurs, l'exception à la détachabilité d'un acte tourné vers l'ordre interne se limite à l'hypothèse de l'exécution d'un engagement pris par la France : ne saurait entrer en considération au point d'interdire le contrôle du juge français la seule circonstance que l'acte détachable est susceptible d'avoir des répercussions sur la conduite de la diplomatie française et, plus précisément, qu'il puisse en raison de son objet ou de ses motifs irriter un Etat étranger, freiner des partenariats, voir susciter des mesures de rétorsion.

On notera à ce titre que l'incidence négative que peut avoir sur les relations avec l'Etat concerné un refus d'extradition n'a jamais conduit à remettre en cause la détachabilité de ce type de décision.

La solution contraire, qui consisterait à remettre en cause le caractère non détachable d'un acte tourné vers l'ordre interne au regard de la seule incidence positive ou négative qu'aurait cet acte sur la qualité des relations diplomatiques avec un Etat étranger, aurait pour conséquence que la notion d'acte non détachable de la conduite des relations extérieures reposerait sur un critère qui n'aurait rien de précis et d'opératoire, voir à faire renaître le critère du mobile politique cent quarante-cinq ans après son abandon.

Elle génèrerait le risque de voir cette notion étendue sans limite en faisant reculer d'autant le contrôle du juge. Elle finirait par soumettre le respect de l'Etat de droit au bon vouloir de puissances étrangères car tout acte de droit interne, telle la nomination dans un emploi public ou le rejet de la candidature d'une entreprise étrangère à un marché, pourrait se voir soustrait au contrôle du juge dès lors qu'il affecterait les intérêts ou la susceptibilité d'un Etat étranger.

En tout état de cause, à supposer qu'il faille prendre en compte l'incidence de l'acte non détachable sur la qualité des relations diplomatiques

avec un État étranger, il doit être tenu compte, en défaveur de toute remise en cause de ce caractère détachable, de l'encadrement normatif de la décision tournée vers l'ordre interne : plus cet encadrement normatif est étroit et plus il contraint l'autorité publique et réduit sa marge de manœuvre, moins l'autorité qui agit dans la fonction gouvernementale et conduit les relations extérieures de la France peut se voir reprocher par un État étranger de n'avoir pas fait preuve de suffisamment d'attention ou de diligence à son égard. Au même titre qu'elle est déjà obligée de faire comprendre à ses interlocuteurs irrités par une décision judiciaire l'indépendance de l'autorité judiciaire, la diplomatie française peut trouver appui dans la contrainte que constitue l'encadrement normatif de la décision interne lorsqu'elle a à gérer les conséquences de cette décision.

Il y a lieu de préciser, à cet égard, que cet encadrement normatif est constitué, non seulement des normes nationales, mais également des traités ou accords régulièrement ratifiés et incorporés en droit interne en application de l'article 55 de la Constitution. Il est en effet logique de faire prédominer un engagement international de la France, intégré dans l'ordre interne, à des considérations de bonnes relations avec un État étranger à l'égard duquel aucun engagement précis n'aurait été pris, ou à l'égard duquel aucun engagement pris ne serait contrarié par l'acte détachable en question. Étant précisé que la circonstance que cet encadrement normatif conduit l'autorité publique à se déterminer en fonction des exigences d'un traité ou d'un accord régulièrement ratifié ne prive pas l'acte interne de sa détachabilité. Il n'a bien évidemment jamais été question de faire de l'acte par lequel l'autorité publique vérifie que ses décisions ne méconnaissent pas le contenu d'un traité, ni du contrôle de la conventionalité d'une décision administrative exercé par un juge, un acte non détachable de la conduite des relations extérieures. De même, il n'a jamais été question de rattacher à la conduite des relations extérieures un acte interne au seul motif qu'il ne peut être édicté qu'en conformité avec le contenu d'un traité et après contrôle de cette conformité. Seuls les actes situés en amont de la négociation puis de la ratification du traité, et ceux qui permettent cette dernière, relèvent de la conduite des relations extérieures (CE, 5 février 1926, *Dame Caraco*, n° 83.102, Rec. p. 125).

Ainsi, tant que l'acte tourné vers l'ordre interne ne conduit pas, à lui seul, l'État français à méconnaître un engagement pris à l'égard d'un État étranger ou d'une organisation internationale, la détachabilité de cet acte ne peut être remise en cause et, en toute hypothèse, à supposer qu'il y ait lieu de tenir compte des incidences que cet acte interne pourrait avoir sur la qualité des relations avec un État étranger ou une organisation internationale, la circonstance qu'il s'insère dans un cadre normatif étroit qui ne laisse que peu de marge de manœuvre à l'autorité publique exclut la remise en cause de cette détachabilité.

5. S'agissant plus précisément des décisions autorisant l'exportation d'armes de guerre, à l'instar de l'ancien décret du 18 avril 1939, les dispositions actuelles du code de la défense visent à permettre à l'État de soumettre l'exercice

de la liberté du commerce et de l'industrie à un régime d'autorisation préalable et de contrôler par l'octroi de différents types de licences auxquelles sont attachées des obligations à la charge des exportateurs l'activité de ces derniers.

Si l'article L. 2335-2 du code de la défense ne fixe pas les conditions d'octroi des licences, la situation n'est pas la même s'agissant de la suspension, de la modification, de l'abrogation ou du retrait de ces licences qui, elles, sont soumises à un régime plus précis et révélateur de l'exercice d'un pouvoir de police. Le premier alinéa de l'article L. 2335-4 prévoit en effet que :

*« L'autorité administrative peut à tout moment, dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat, suspendre, modifier, abroger ou retirer les licences d'exportation qu'elle a délivrées, pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité, d'ordre public ou de sécurité publique ou pour non-respect des conditions spécifiées dans la licence »*

Les décisions d'autorisation d'exportation d'armes de guerre s'inscrivent ainsi dans le cadre d'un régime de police et dans un rapport entre un opérateur économique et l'État. Elles consistent, pour l'État, à autoriser une exportation, non à décider de cette dernière et moins encore à proposer ou à garantir à un État étranger d'en être le bénéficiaire.

**6.** C'est ce qui explique que les décisions portant autorisation ou interdiction d'exporter des armes de guerre ont toujours été regardées comme mettant en cause la « face interne » de la conduite des relations diplomatiques et, à ce titre, comme des actes détachables.

La solution a d'abord été retenue par l'arrêt *Société française d'armement* du 14 janvier 1959 (n° 39.107, Rec. p. 42). S'agissant d'une demande d'indemnisation du préjudice résultant d'une décision par laquelle le Haut-commissaire de France en Indochine s'était opposé à une exportation d'armes et de munitions commandée par le gouverneur du Nord-Vietnam, le Conseil d'Etat a annulé le jugement qui avait décliné la compétence de la juridiction administrative et s'est prononcé au double motif, d'abord que les accords de droit international pour l'exécution desquels cette décision aurait été prise n'étaient pas encore publiés de sorte que la mesure n'était pas un acte non détachable de ces accords, ensuite que, prise par le ministre chargé des relations avec les États associés qui, « en application des décrets des 11 septembre et 4 décembre 1950, avait la responsabilité " de la haute administration des services d'intérêt français dans les Etats associés " et de "la direction des forces armées affectées à la défense de l'Indochine et la coordination de la mise en œuvre de cette défense" », la mesure avait le caractère d'une décision qu'il appartenait à la juridiction administrative de connaître.

De même, par un arrêt *Société Manufacture des machines du Haut-Rhin*, l'Assemblée du Conseil d'État a jugé au fond une requête tendant à l'indemnisation du préjudice résultant du refus du ministre de la défense nationale et des forces armées de délivrer une autorisation d'exportation d'armes de guerre à destination de la Syrie et a rejeté cette requête au motif que l'exportateur ne pouvait ignorer l'aléa que comporte nécessairement un contrat passé avec un gouvernement étranger et devait « envisager l'éventualité où, pour des motifs légitimes, tirés notamment de l'intérêt pour la Défense nationale et de la conduite des relations extérieures de la France, l'autorisation d'exporter ... serait refusée » (CE, Ass., 29 juin 1962, n° 53.929, Rec. p. 432).

Enfin, s'agissant cette fois de matériel civil mais particulièrement sensible puisque destiné à équiper une centrale nucléaire au Pakistan, le Conseil d'État a jugé, dans l'affaire *Société Robatel* (CE, 19 février 1988, n° 51456, Rec. p. 75), que la décision d'interdire l'exportation « [...] même si elle trouve son origine dans la volonté du gouvernement français d'obtenir des garanties de la part du Pakistan contre le risque de prolifération nucléaire, est un acte détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France », avant de rejeter la demande d'indemnisation du préjudice résultant de cette décision par des motifs similaires à ceux utilisés par la décision précitée *Société Manufacture des machines du Haut-Rhin*.

La circonstance que le matériel exporté n'était pas un matériel de guerre n'a pas influé sur la position du Conseil d'État en raison de la nature sensible de ce matériel, ce qu'atteste la volonté, dont la motivation de l'arrêt fait état, « du gouvernement français d'obtenir des garanties de la part du Pakistan contre le risque de prolifération nucléaire ». Comme le montrent les conclusions précitées du Président Massot, c'est parce qu'aucun accord international n'était invoqué par les autorités françaises pour établir que l'interdiction d'exportation était commandée par une obligation internationale de la France que la détachabilité de la décision administrative n'a pas été remise en cause, en dépit de cette volonté d'utiliser cette décision pour obtenir – dans le cadre des relations diplomatiques – des garanties de la part de l'État concerné.

Enfin, la seule décision ayant retenu le caractère non détachable d'un refus de délivrer une licence d'exportation d'armes de guerre vient confirmer la règle : l'arrêt *Société Héli-Union* du 12 mars 1999 (n° 162131, aux Tables) retient qu'une telle décision n'est pas détachable de la conduite des relations internationales dans la mesure où, par cette décision, le gouvernement français avait « appliqué la résolution [...] du Conseil de sécurité des Nations-Unies » n° 748 du 31 mars 1992 décidant que tous les États devaient appliquer un embargo à l'égard de la Lybie.

Cette décision vient donc confirmer que c'est uniquement lorsque la décision relative à une licence d'exportation est commandée par un



engagement international précis que son caractère non détachable ne peut être remis en cause.

En définitive, la décision du Premier ministre de délivrer, retirer ou abroger une licence d'exportation d'armes de guerre, comme le refus de prendre une telle décision, est *par nature* un acte détachable de la conduite des relations internationales et ne peut se voir retirer cette qualification que dans le cas particulier où elle consiste en l'exécution par l'État français d'une obligation qui lui est imposée en tant que sujet de droit international.

6. Or, dans le cas présent, il n'est fait état par le SGDSN d'aucun engagement pris par la France à l'égard des États de la Coalition portant sur la livraison d'armes de guerre qui commanderait de refuser un contrôle juridictionnel de la décision de refus de suspension qui était sollicitée par les exposants.

A aucun stade de la procédure, il n'a été question d'un accord ou d'un engagement précis avec les États concernés au premier rang desquels l'Arabie saoudite.

En l'absence d'un engagement international établi devant le juge administratif, le caractère détachable de la décision refusant de suspendre la licence d'exportation ne peut être remise en cause.

7. C'est donc en vain que le SGDSN soutient que la notion d'acte de gouvernement trouverait tout particulièrement à s'appliquer en matière d'autorisation d'exportation d'armes de guerre : c'est tout le contraire puisque ces autorisations ou les décisions refusant, suspendant, abrogeant ou retirant ces autorisations sont par nature des actes tournés vers l'ordre interne et à ce titre détachables de la conduite des relations internationales ; et ce n'est que dans le cas particulier, qui ne se retrouve pas dans la présente affaire, où un engagement pris par la France commanderait une telle décision qu'une solution différente peut être adoptée.

(i) Au demeurant, le premier argument présenté par le SGDSN et pris de ce que l'objet d'une autorisation d'exportation est de fournir un État étranger en armes de guerre repose sur une affirmation inexacte : seul l'engagement pris par l'opérateur de procéder à cette livraison a pour objet la fourniture d'armes. L'autorisation d'exporter n'engage en rien l'opérateur à procéder à cette livraison et n'a pas cette dernière pour objet. L'État étranger

n'intervient en rien dans l'opération qui aboutit à la délivrance ou non de l'autorisation.

C'est d'ailleurs à la faveur d'un glissement sémantique que l'argumentation présentée par le SGDSN passe de l'objet à l'enjeu de la décision d'autorisation d'exportation et à la circonstance que ce sont des considérations de relations internationales – et même « d'intérêts supérieurs de la France », selon l'extrait de doctrine cité – qui guident l'administration lorsqu'elle délivre l'autorisation.

Or, ainsi qu'il a été vu, la circonstance que la décision tournée vers l'ordre interne s'inscrit dans un contexte de relations internationales et est prise en fonction de la qualité des relations entre la France et un État étranger relève du mobile et non de la nature de la fonction à laquelle se rattache la décision, cette fonction devant être, pour ce qui concerne la présente discussion, la conduite des relations extérieures. Un simple mobile ne peut faire perdre à un acte tourné vers l'ordre interne son caractère détachable de la conduite des relations internationales. Et s'il s'agit de constater qu'une autorisation d'exportation n'est pas dénuée de lien avec la conduite des relations extérieures, dont acte : sans cela, la question de la détachabilité ne se poserait pas. Les liens entre l'autorisation d'exportation et la conduite des relations extérieures que le SGDSN met en valeur n'ajoutent rien au postulat de départ et ne sont pas de nature à modifier, ni la solution ancrée en jurisprudence au terme de laquelle une autorisation d'exporter est un acte tourné vers l'ordre interne, ni celle au terme de laquelle seule la circonstance que cette autorisation est commandée par un engagement international de la France permet de ramener cet acte interne parmi les actes non détachables de la conduite des relations internationales.

Par ailleurs, ainsi qu'il a été vu, la circonstance que la décision tournée vers l'ordre interne puisse avoir des incidences sur la qualité des relations entre l'État français et un État étranger – hors de tout manquement à une obligation internationale – est dénuée de la moindre incidence sur la question de savoir si une décision normalement détachable de la conduite des relations internationale perd ce caractère et peut finalement regardée comme non détachable.

A ce titre, l'exemple de l'annulation du contrat commercial que la DCNS avait conclu avec la société russe Rosoboronexport pour la cession de deux navires porte-hélicoptères Mistral aux forces navales russes est sans rapport avec la présente affaire puisqu'il s'agissait, d'une part d'une décision de sanctionner la Fédération de Russie prise par l'État français en tant que sujet de droit international et hors de tout encadrement normatif et, d'autre part, d'une décision qui, pour procéder de la volonté de sanctionner un État étranger, présentait dans ses conséquences une dimension toute particulière. La situation qui en a résulté était sans rapport avec celle dans laquelle le gouvernement devrait exposer à un État étranger – à l'égard duquel il n'a pas pris d'engagement

particulier – qu’il ne sera pas destinataire des armes de guerre en raison d’une décision prise par un juge indépendant qui a considéré que cette exportation méconnaît les obligations issues du Traité sur le commerce des armes ou de la position commune 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008.

Et il n’est pas inutile de rappeler qu’en l’absence d’engagement précis auquel contreviendrait la remise en cause de l’autorisation d’exportation, cette remise en cause n’a pas pour conséquence d’imposer ou de conduire l’État à engager des négociations avec une puissance étrangère. La décision n’impose aucune mesure diplomatique particulière.

(ii) Est également inopérant l’argument pris de ce que les normes de références applicables aux exportations d’armes de guerre seraient issues du droit international public et de ce que leur mise en œuvre appelle une appréciation de la situation et la conduite d’un État étranger, ce au regard d’informations provenant de l’activité diplomatique ou des capacités de renseignement des services français.

En l’absence d’engagement international précis auquel la suspension des autorisations d’exportation ferait obstacle, il n’est question, pour l’administration comme pour le juge, que d’apprécier la conformité d’une décision administrative à un traité international régulièrement ratifié et incorporé en droit interne en application de l’article 55 de la Constitution – le Traité sur le commerce d’armes, et aux engagements issus de la décision (PESC) 2019/1560 du Conseil du 16 septembre 2019 modifiant la position commune 2008/944/PESC définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d’équipements militaires. Ce contrôle de la conformité d’une décision administrative à un traité s’exerce évidemment sans que n’y fasse obstacle la circonstance que les normes de ce traité relèvent du droit international public.

La circonstance que le juge apprécie la situation et le comportement d’un État étranger n’est pas un obstacle. Une telle appréciation est déjà exercée par le juge depuis que ce dernier, sans avoir à s’en remettre au ministère des Affaires étrangères, apprécie la condition de réciprocité lors de l’application d’un accord international (CE, Ass. 9 juillet 2010, n° 317747, *Mlle Cheriet-Benseghier*, Rec. p. 241).

Quant à la difficulté que pourrait rencontrer le juge pour appréhender la complexité d’une situation internationale ou régionale et la compatibilité du contentieux administratif avec l’exigence de confidentialité de certaines informations, d’autres contentieux tout aussi sensibles, notamment en

matière de renseignements, ont démontré qu'il ne s'agit pas d'obstacles insurmontables.

8. En tout état de cause, à supposer que l'incidence de la décision sur la qualité des relations diplomatiques avec des États étrangers entre en ligne de compte, il convient, ainsi qu'il a été déjà exposé, de tenir compte de l'encadrement normatif étroit des décisions d'exportation.

Comme le décrit le rapport initial de la France sur la mise en œuvre du Traité sur le commerce d'armes de 2014 (disponible sur <https://www.thearmstradetreaty.org/download/4a5af1d9-15cc-3dc0-998a-bd1b0a4b3133>), toute autorisation d'exportation se fait en prenant en compte : le Traité de non-prolifération des armes nucléaires ; la Convention sur les armes biologiques et à toxines ; la Convention sur les armes chimiques ; la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination et ses cinq protocoles et la Convention d'interdiction des mines antipersonnel ; la Convention d'interdiction des armes à sous-munitions. De plus, l'État français indique respecter ses engagements découlant de l'Arrangement de Wassenaar, du Comité Zangger, du Groupe des fournisseurs nucléaires, du Groupe Australie, du Régime de contrôle de la technologie des missions et du Code de conduite de la Haye contre la prolifération des missiles balistiques. A tous ces instruments s'ajoutent les outils du droit de l'Union européenne définissant les règles communes et réglementation du commerce de matériels militaires. Enfin, il est tenu compte du Traité sur le commerce d'armes et de la décision (PESC) 2019/1560 du Conseil du 16 septembre 2019 modifiant la position commune 2008/944/PESC définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires

Si la France avance ainsi comme garantie de la mise en œuvre effective du Traité sur le commerce des armes l'examen, avant toute décision d'exportation, de l'ensemble de ces instruments de droit international, c'est bien qu'elle assume le risque de sacrifier la qualité des relations diplomatiques qu'elle peut avoir avec un État étranger sur l'autel de légalité internationale.

Il serait donc paradoxal que, dans le même temps, il soit retenu, pour soustraire les décisions relatives à l'exportation de matériels de guerre au contrôle du juge, un critère tiré de l'incidence négative d'une décision de ce juge sur la qualité de ces relations diplomatiques. Que le refus d'exportation émane du gouvernement dans le cadre du contrôle qu'il exerce de lui-même en exécution de ces obligations internationales ou qu'il s'impose par une décision du juge, le résultat est le même sur la qualité des relations diplomatiques, et il n'est pas exclu que cette incidence soit d'autant plus réduite que la décision n'appartient pas à l'autorité qui conduit ces relations mais a été prise par un organe distinct sur lequel cette autorité n'a pas prise.

Sauf à admettre que l'administration est moins exigeante que ne le serait le juge lorsqu'elle fait application des instruments de droit international précités, le critère de l'incidence péjorative d'une décision de refus d'exportation sur la qualité des relations diplomatiques avec les États concernés – et à l'égard desquels aucun engagement international n'a été pris - n'est pas opérant.

On ajoutera que l'argument avancé par le SGDSN, pris de ce que les décisions d'exportation font appel à l'activité diplomatique en tant qu'elles peuvent requérir des « *mesures d'atténuation de nature à écarter un risque de violation des droits de l'homme ou du droit international humanitaire* » n'est pas déterminant – mesures qui ne peuvent au demeurant s'appliquer que dans le cadre de l'article 7 du Traité, et on dans celui de son article 6. D'autres contentieux donnent lieu à un contrôle, de la part du juge, sur les assurances présentées par les autorités étrangères, notamment le contentieux de l'extradition. Ces assurances sont toujours obtenues dans le cadre des relations diplomatique avec un État étranger sans que cela ne fasse obstacle à l'intervention du juge, sans que le contrôle de ce juge ne dégrade la qualité de cette relation, et sans que le juge n'en vienne à contrôler l'activité diplomatique du gouvernement.

**9.** Il résulte de tout ce qui précède qu'en l'absence d'engagements pris par la France à l'égard des États de la coalition qui feraient obstacle à ce que les autorisations d'exportation soient remise en cause et qui seraient établis en leur existence et dans leur contenu devant le juge administratif, la décision refusant de suspendre les autorisations d'exportation d'armes de guerre est un acte détachable de la conduite des relations extérieures.

***II - Sur l'impossibilité de soustraire la décision refusant de suspendre les autorisations d'exportation d'armes de guerre au contrôle du juge en présence d'un moyen tiré de la violation du Traité sur le commerce des armes***

**10.** A supposer qu'elle soit regardée comme un acte non détachable de la conduite des relations internationales, la décision refusant de suspendre les autorisations d'exportation d'armes de guerre ne peut être soustraite au contrôle du juge en présence d'un traité international qui, à l'instar du Traité sur le commerce des armes, a pour objet tant d'encadrer la conduite des États sur le terrain de leurs relations extérieures lorsqu'ils édictent des actes susceptibles mettre en cause le respect des droits humains, que de permettre à des tiers de concourir à cet encadrement.

11. Pour mémoire, les stipulations d'un traité peuvent être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir (CE, Ass. 11 avril 2012, *Gisti*, n° 322326, publié au recueil). 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 Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* » (préc.).

S'agissant du Traité sur le commerce des armes, ses rédacteurs ont d'abord marqué leur intention d'adopter cet instrument pour « *agir conformément aux principes suivants : (...) l'obligation de respecter et faire respecter les droits de l'homme (...)* » (exposé des motifs). Ils ont en outre assigné au Traité la finalité de « *réduire la souffrance humaine* » (art. 1<sup>er</sup>).

Les articles 6 et 7 du Traité et particulièrement l'article 6.3 montrent que la finalité des obligations mises à la charge des États parties est de prévenir la commission de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, autant de comportements illicites qui ont pour victimes directe des populations et des individus. Signe de l'intention de faire de ces populations et individus les bénéficiaires directs des obligations mises à la charge des États parties, les termes utilisés par les articles 6 et 7 n'emploient pas les formules qui se retrouvent dans les autres stipulations du traité au terme desquelles les États parties prennent ou adoptent les mesures nécessaires. Il est bien question d'obligations directement édictées au bénéfice des populations et individus victimes des armes de guerre lorsqu'il est stipulé, au début de la première phrase de chacun des trois paragraphes de l'article 6, que « *un Etat Partie ne doit autoriser aucun transfert [...]* ».

Loin de se limiter à régir les relations entre les États en termes d'exportation et d'importation d'armes de guerre, le Traité est un instrument international de protection des populations et des individus au même titre que d'autres traités de protection des droits de l'homme.

Mais ce n'est pas tout.

L'exposé des motifs du Traité atteste en effet de l'intention des rédacteurs d'aller au-delà de la distinction traditionnelle entre relations interétatiques et droits des particuliers, en :

« *reconnaisant que la société civile, notamment les organisations non gouvernementales et le secteur industriel, peuvent contribuer activement*

*de leur propre initiative à faire connaître l'objet et le but du présent Traité et concourir à sa mise en œuvre ».*

Cette intention de faire concourir les organisations non gouvernementales à la mise en œuvre du Traité résulte de la genèse de ce dernier, qui a été fortement marquée par la mobilisation et l'implication de la société civile. C'est en effet à l'initiative de la société civile et de personnalités comme l'ancien président du Costa-Rica, Arias Sanchez, que dans les années 1990 des campagnes de sensibilisation des pouvoirs publics et des organisations internationales ont été mises en œuvre – comme la campagne « Contrôlez les armes » menée dans une cinquantaine de pays par des organisations comme Amnesty international, Oxfam ou The International Action Network on Small Arms – et ont permis d'aboutir à l'ouverture de négociations dans le cadre de l'ONU. Une fois les négociations lancées, les organisations non gouvernementales y ont participé dans une position tout à fait inédite : le comité d'organisation du Traité sur le commerce des armes comprenait seize organisations non gouvernementales. C'est donc dans le prolongement de cette mobilisation et implication des organisations non gouvernementales que les rédacteurs du Traité ont prévu la participation de ces dernières à la mise en œuvre de ce dernier, ceci au demeurant en cohérence avec la finalité ultime de cet instrument international qui est la protection de populations contre des crimes de génocides, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, populations éloignées des États exportateurs et qui ne peuvent agir que par le relai des organisations non gouvernementales.

L'article 16.2 du Traité est l'une des concrétisations de ce rôle en stipulant, au titre de l'assistance internationale, que « *chaque Etat Partie peut demander, offrir ou recevoir une assistance, notamment par l'intermédiaire de l'Organisation des Nations-Unies, d'organisations internationales, régionales, sous-régionales ou nationales, d'organisations non gouvernementales, ou à titre bilatéral* ».

Le Traité n'a donc pas pour *objet exclusif* de régir les relations entre États, puisqu'il a pour finalité la protection des populations et des individus contre des crimes illicites au regard du droit international et qu'il confère expressément aux organisations non gouvernementales le rôle de concourir à la mise en œuvre des engagements souscrits par les États.

Par ailleurs, les stipulations des articles 6 et 7 du Traité qui portent interdiction de transfert d'armes dans certaines circonstances, et obligation pour les États de procéder à une évaluation objective dans d'autres, ne requièrent pas l'intervention d'autres actes pour produire leurs effets à l'égard de ces organisations. C'est d'ailleurs la position de la France qui, dans le rapport initial sur la mise en œuvre du traité sur le commerce d'armes établi en 2014 (disponible sur <https://www.thearmstradetreaty.org/download/4a5af1d9-15cc->

[3dc0-998a-bd1b0a4b3133](#)), expose que l'état du droit positif lui permet d'exécuter ses engagements.

Les stipulations du Traité, et précisément de ses articles 6 et 7, ont donc un effet direct, et sont invocables à l'appui d'un recours exercé par des organisations non gouvernementales dont l'objet social est affecté par la décision contestée.

**12.** Ceci étant posé et pour revenir à l'immunité des actes de gouvernement, ainsi qu'il a déjà été mentionné, critique à l'égard de la soustraction des actes de gouvernement à tout contrôle du juge, Paul Duez escomptait, au-delà de la réduction de la notion par le critère de détachabilité, que la justiciabilité progressive des dénis de justice internes devant la justice internationale amènerait le pouvoir exécutif à renoncer à sa souveraineté à l'égard du juge interne pour éviter que ne soit finalement réduite la souveraineté de l'État par l'intervention d'un juge international.

On ne peut non plus ignorer que la notion d'acte de gouvernement est plus encore aujourd'hui contestée lorsque l'acte est de nature à porter atteinte aux droits humains (P. Binczak, *Répertoire de contentieux administratif*, v° Acte de gouvernement, § 67 ; Carpentier, *Permanence et utilité de la notion d'acte de gouvernement*, AJDA 2015. 799 ; F. Melleray, *L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement*, RFDA 2001, p. 1086 ; M. Kdhir, *La théorie de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux relations internationales de la France à l'épreuve du droit international*, JDI Clunet, 2003, 100032 ; Cl. Saunier, *La théorie des actes de gouvernement face aux droits fondamentaux*, Droit admn. 2019, comm. 38).

Le juge administratif est ainsi régulièrement invité à suivre la voie tracée de manière prémonitoire par Paul Duez sur le second terrain proposé par ce dernier, ce que permettrait le recours à la notion d'actes mixtes : des actes non détachables des relations internationales mais qui ne concernent pas uniquement ces dernières en ce qu'ils portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes en méconnaissant une norme de protection de ces derniers.

Proposée en doctrine (E. Carpentier, préc. ; voir également M. Kdhir, préc., §19 ; L. Favoreu, *Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis au contrôle du juge administratif?*, RFDA 2003, p. 8, §11), cette notion complémentaire à celle des actes détachables s'impose pour des raisons de logique juridique (i) et pour que soient respectés les engagements internationaux de la France en matière de respect des droits fondamentaux et d'interdiction des crimes de droit international (ii). Elle permettrait de trouver le point d'équilibre que de nombreux autres systèmes juridiques ont déjà trouvé (iii).



(i) La notion d'acte mixte s'impose d'abord par logique : dans le cas où il affecte une population ou des individus en portant une atteinte au principe d'interdiction des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, l'acte de gouvernement, d'une part ne peut plus être regardé comme mettant uniquement en rapport des États, d'autre part, ne peut plus être considéré comme relevant d'un pouvoir discrétionnaire qui ne serait encadré par aucune norme, et enfin, ne peut plus bénéficier d'une immunité totale au titre d'une souveraineté qui, à l'échelle de l'État lui-même, se trouve réduite par l'intervention possible du juge international, notamment de la Cour pénale internationale s'il s'agit d'un acte de complicité comme peut l'être la fourniture, en connaissance de cause, d'armes de guerre utilisées pour commettre de tels crimes.

La notion d'acte mixte n'est d'ailleurs pas si étrangère au contentieux des actes de gouvernement. D'aucuns s'interrogent en effet sur le point de savoir si elle ne se trouve pas dissimulée sous le pavillon de l'acte détachable dans le contentieux de l'extradition (E. Carpentier, *Permanence et utilité de la notion d'acte de gouvernement*, AJDA 2015. 799). En effet, acte « d'un caractère (...) foncièrement international » (P. Laroque, sous CE, 28 mai 1937, Sirey 1937, III, p. 73), la décision d'extrader un individu et plus encore celle de refuser une telle extradition relèvent indubitablement de la conduite des relations extérieures. De telle sorte que, si elle a été justifiée par la théorie de l'acte détachable, c'est en réalité en raison de l'encadrement législatif de l'extradition, par la loi du 10 mars 1927, que la compétence du juge administratif a été initialement retenue (P. Laroque, préc.). Or, cette loi encadre le pouvoir de l'État de décider d'une extradition précisément dans le but de garantir un certain nombre de droits et libertés individuels. C'est donc bien plus parce qu'elle affecte les droits individuels, que parce qu'elle serait détachable des relations internationales, que la décision d'extradition est susceptible de recours.

(ii) La notion d'acte mixte s'impose par ailleurs au regard des engagements internationaux de la France. Mieux : elle est indispensable lorsque le droit fondamental atteint par l'acte de politique étrangère est le droit de ne pas faire l'objet d'actes de torture ou de traitements inhumains ou dégradants, dont on sait qu'il relève du jus cogens (TPY, 10 décembre 1998, *Procureur c. Furundzija*, n° TI-95-17/1-T), et plus encore l'interdiction des crimes de droit international que sont les génocides, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

En effet, placé au plus haut rang normatif du droit international, le jus cogens ne peut subir une atteinte du fait d'un acte de politique étrangère alors qu'il serait possible d'en empêcher la perpétration par une décision rendue par un juge national dans la sphère de sa compétence purement interne.

Il convient de souligner que, dans une telle situation c'est l'acte de gouvernement lui-même, et non son immunité, qui est contraire au jus cogens.

A ce titre, les situations appelant la qualification d'acte mixte ne doivent pas être confondues avec celles, couvertes par la jurisprudence actuelle, où l'atteinte au droit fondamental, et plus précisément au droit au recours, résulte de l'immunité accordée à l'acte de gouvernement et non de ce dernier (CE, 30 décembre 2015, *Dupin*, n°383321, 3 octobre 2018, *M. A.*, n° 410611, publié au recueil ; TC, 11 mars 2019, *Mme F.C.*, n° C4153, publié au recueil). Elle ne doit pas non plus être confondue avec la situation dans laquelle la Cour européenne a refusé de faire application de l'article 6 de la Convention en raison de l'injusticiabilité d'un acte de politique étrangère, et où la solution résultait de ce que les requérants ne pouvaient se prévaloir de la méconnaissance d'un droit à caractère civil défendable en droit interne (CEDH, 14 décembre 2006, *Markovic et a. c. Italie*, n° 1398/03). L'acte mixte s'impose, et avec lui le recul de l'injusticiabilité des actes de politique étrangère, précisément parce que l'acte contesté est lui-même à l'origine ou participe lui-même à la violation de l'interdiction des actes de torture et des traitements inhumains ou dégradants.

Le recours à la notion d'acte mixte permettrait ainsi d'assurer un équilibre entre la souveraineté revendiquée par le gouvernement dans la conduite des relations extérieures, d'une part, et l'obligation de respecter les droits fondamentaux, d'autre part.

(iii) Le droit comparé montre que dans de nombreux États cet équilibre a été trouvé et résulte de la compétence du juge pour connaître des contestations dirigées contre un acte de politique étrangère, avec un contrôle qui se module en fonction de la marge de manœuvre dont le pouvoir exécutif doit bénéficier et de l'incidence de l'acte sur les droits fondamentaux.

Sans prétendre à une analyse exhaustive et de dernière actualité, les exposants sont en mesure de faire état sur ce sujet la situation de l'Espagne, de l'Allemagne, du Royaume-Uni et des États-Unis d'Amérique, ainsi que celles des institutions de l'Union européenne :

- s'agissant de l'Espagne, le Pr. F. Melleray décrit le contenu et la portée de la loi du 13 juillet 1998 mettant fin à l'injusticiabilité des actes de gouvernement, y compris les actes de politique étrangère (préc.) ;

- s'agissant de l'Allemagne, déjà en 1989, l'avocat général Marco Darmon observait, dans ses conclusions lues sous l'affaire *Watson et cie / Conseil et Commission* (C-241/87), que la théorie de l'acte de gouvernement ne faisait pas obstacle à la recevabilité d'un recours en cas d'atteinte à des droits subjectifs, et citait à cet égard la décision rendue le

16 décembre 1983 par le Tribunal constitutionnel sur la décision du gouvernement fédéral d'autoriser l'installation de missiles Pershing (conclusions sous *Watson et cie / Conseil et Commission C-241/87*, §72) ; analyse confirmée depuis (U. Held-Daab, *Review of administrative decisions of government by administrative courts and tribunals*, National report for the Federal administrative Court of Germany, <https://www.aihja.org/images/users/1/files/germany.en.0.pdf> ; F. Garditz, *Judicial review and remedies in a nutshell*, Annal report 2010 - Germany, mai 2011, [http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/05\\_07\\_2011\\_9\\_42\\_Gaerditz.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/05_07_2011_9_42_Gaerditz.pdf));

- s'agissant du Royaume-Uni, il a été décrit comment une casuistique avait été dégagée et a permis aux juges d'exercer un contrôle sur les actes de politique étrangère en raison des conséquences que ces derniers ont sur les droits et libertés des individus (Cl. Saunier, préc.) ; plus récemment, la Court of appeal a déclaré illégales les autorisations d'exportation d'armes vers l'Arabie saoudite comme contraires au droit humanitaire en raison de leur usage au Yémen, par une motivation qui ne semble laisser aucun doute sur le contrôle ainsi exercé sur les relations extérieures du Royaume ( <https://www.theguardian.com/law/2019/jun/20/uk-arms-sales-to-saudi-arabia-for-use-in-yemen-declared-unlawful>).

La doctrine anglo-saxonne de l'Act of State fait échapper aux tribunaux nationaux les seuls litiges relatifs aux actes des souverains étrangers concernant des personnes ou des biens se trouvant sur le territoire national (V. N'Guyen Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit International public*, LGDJ, 1992, p. 434).

- s'agissant des États-Unis d'Amérique, il a également été décrit qu'une partie de la doctrine insiste sur la nécessité de soustraire des actes injusticiables ceux qui affectent les droits individuels et que cette logique est sous-jacente, bien qu'implicite, à certaines décisions de justice (Cl. Saunier, préc.) ;

- s'agissant des institutions de l'Union européenne, la Cour de justice se déclare compétente pour connaître des recours dirigés contre des actes relevant de la politique extérieure de l'Union (X. Dupré de Boulois, préc. ; M. Kdhir).

**13.** Par suite, dès lors que le Traité sur le commerce des armes, d'une part a pour finalité la protection des populations contre les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre auxquels peuvent concourir des transferts d'armes, d'autre part a précisément pour objet d'encadrer l'activité intrinsèquement internationale des États en matière de commerce d'armes et, enfin, prévoit comme moyen pour assurer sa mise en œuvre la participation des organisations non gouvernementales, et alors que le contrôle du juge interne

constitue le meilleur rempart contre l'intervention d'un juge international, notamment la Cour pénale internationale s'il s'avère qu'un manquement à l'article 6.2-3 peut être empêché, il y a lieu de considérer que le juge administratif est compétent pour connaître, sur le recours d'une organisation non gouvernementale, d'une décision relative à l'exportation d'armes quand bien même serait-elle non détachable de la conduite des relations internationales.

***III - Sur l'impossibilité de soustraire la décision refusant de suspendre les autorisations d'exportation d'armes de guerre au contrôle du juge en présence d'un moyen tiré de la violation de la position commune n° 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 modifiée par la décision 2019/1560/PESC***

**14.** En toute hypothèse, à la supposer praticable au regard des critères du droit interne, la qualification en acte de gouvernement ou en acte non détachable de la conduite des relations internationales de la décision refusant la suspension des autorisations d'exportation d'armes soulève une difficulté sérieuse qui justifie que soit renvoyée à la Cour de justice les questions préjudicielles mentionnées au premier mémoire des exposants.

**15.** Il est parfaitement acquis depuis l'arrêt *Simenthal* du 9 mars 1978 (CJCE, 106/77) qu'est incompatible avec le droit de l'Union européenne toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle (préc., pt 56).

Il se trouve par ailleurs que le droit de l'Union européenne ne reconnaît aucune immunité à des actes des autorités de l'Union fussent ces derniers pris dans le cadre des relations extérieures, notamment pour ce qui concerne la négociation, la conclusion ou la suspension d'accords internationaux (M. Kdhir, *La théorie de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux relations internationales de la France à l'épreuve du droit international*, JDI Clunet, 2003, 100032).

Dans l'avis délivré dans l'affaire *Watson et cie / Conseil et Commission* (C-241/87), l'avocat général Darmon conclut, après un exposé de droit comparé, que l'irrecevabilité des recours contre les actes des Etats en matière de politique étrangère ne pouvait être regardé comme un principe

commun aux Etats membres, et invitait la Cour – qui n’a pas eu à se prononcer en raison d’un désistement – à écarter toute irrecevabilité de principe tirée de ce que l’acte relève d’une activité de politique étrangère, quitte à ce que le contrôle exercé au fond en soit corrélativement réduit.

Depuis, la Cour de justice de l’Union européenne a confirmé cette approche en jugeant recevable le recours en annulation contre une délibération du Conseil des ministres relative à l’objectif et à la procédure de négociation d’un accord européen en matière de transport routier international (CJCE, 31 mars 1971, *Commission / Conseil*, C-22/70). Et quand elle contrôle la décision de conclure un accord et sa compatibilité avec les traités originaires et les principes généraux du droit de l’Union, la Cour de justice ne se limite pas à un contrôle de légalité externe, mais apprécie la légalité interne de la décision (CJCE, 10 mars 1998, *Allemagne / Conseil*, C-122/95).

Plus récemment, la Cour de justice a étendu son intervention au contentieux de la validité d’un acte adopté sur le fondement des dispositions relatives à politique étrangère et de sécurité commune (PESC) « *pour autant que la demande de décision préjudicielle porte soit sur le contrôle du respect de l’article 40 TUE par cette décision, soit sur le contrôle de la légalité des mesures restrictives à l’encontre des personnes physiques ou morales* » (CJUE, 28 mars 2017, *PJSC Rosneft Oil Company contre Her Majesty’s Treasury e.a.*, aff. C-72/15)

Ce qui conduit à conclure à l’incompatibilité de la notion d’acte de gouvernement avec le droit de l’Union, et précisément avec le principe de primauté et d’effectivité de ce dernier, lorsque cet acte intervient dans le champ d’application de ce droit (X. Dupré de Boulois, *La théorie des actes de gouvernement à l’épreuve du droit communautaire*, RDP 2000, p. 1791).

**16.** La portée particulière des positions communes adoptées en matière de PESC ne retire rien de la difficulté, s’agissant du contrôle d’une autorisation d’exportation à la position commune n° 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008. Ce d’autant que l’intervention de la décision 2019/1560/PESC pour actualiser la position commune devrait conférer à cette dernière le caractère d’une décision.

En effet, et comme il a déjà été indiqué dans le premier mémoire des exposants, quelle que soit la portée de la position commune et sa justiciabilité devant la Cour de justice, cette position commune est mise en œuvre lors d’une décision de l’État d’autoriser une exportation d’armes de sorte que cette décision relève du champ d’application de la Charte des droits fondamentaux.

Si à ce jour la compétence que la Cour de justice n'a été admise, en matière de décisions adoptées en matière de PESC, qu'au titre du « *contrôle de la légalité des mesures restrictives à l'encontre des personnes physiques ou morales* », cette solution a indubitablement vocation à être étendue pour le contrôle de la légalité des mesures qui, à l'instar de transferts d'armes à destination d'États tiers qui sont parties prenantes dans un conflit armé dont souffrent des populations civiles, sont susceptible de participer à une violation des droits de l'homme et du droit humanitaire visés par le §2 de l'article 2 de la position commune.

**PAR CES MOTIFS**, et tous autres à produire, déduire, ou suppléer au besoin d'office, les exposants persistent dans leurs précédentes conclusions

*Pour la S.C.P. Anne SEVAUX et Paul MATHONNET,  
l'un d'eux.*