

Troisième conférence

La territorialité du droit : approches théoriques et usages méthodologiques

Mercredi
30 septembre 2015
(17h-30 – 19h30)

Conseil d'État
Salle
d'Assemblée
générale

Dossier du participant

Le modérateur :

- **Michel Pinault**
Président de section honoraire au
Conseil d'État

Les intervenants :

- **Jean-Bernard Auby**
Professeur à Sciences Po, directeur
de la chaire Mutations de l'action
publique et du droit public
- **Loïc Azoulai**
Professeur à l'École de droit de
Sciences Po
- **Mads Andenas**
Professeur à la faculté de droit de
l'université d'Oslo

Calendrier du cycle (2015-2016)

- Droit comparé, territorialité du droit : défis et enjeux
Mercredi 20 mai 2015
- Objectifs, méthodes et usages du droit comparé
Mercredi 8 juillet 2015

Prochaines conférences :

- Appréhension de la territorialité du droit et usages du droit comparé dans l'espace européen
Mercredi 25 novembre 2015
- Les figures de la mobilité : le statut de la personne, entre territorialité et extraterritorialité
Mercredi 27 janvier 2016
- Les nouveaux acteurs juridiques à l'heure de la globalisation : le cas du droit de l'environnement
Mercredi 24 février 2016
- Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit financier et de la régulation
Mercredi 13 avril 2016
- Le creuset normatif européen : l'exemple du droit des étrangers
Mercredi 25 mai 2016

- Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit fiscal
Mercredi 29 juin 2016
- L'a-territorialité du droit à l'ère numérique
Mercredi 28 septembre 2016
- La souveraineté en questions
Mercredi 9 novembre 2016
- Conférence de clôture
Mercredi 14 décembre 2016

Présentation de la conférence

La territorialité du droit : approches théoriques et usages méthodologiques

Le droit a longtemps été indissociable du territoire sur lequel il était conçu. Celui-ci constituait son horizon et bornait son champ d'application, à quelques exceptions notables, notamment les navires et aéronefs. En contrepartie, le droit d'un État jouissait sur le territoire de celui-ci d'une souveraineté sans partage. Si les échanges internationaux ou certaines situations civiles pouvaient conduire

à appliquer des droits étrangers, cette application demeurerait marginale et, s'agissant du droit civil, balisée par les règles de conflit de lois. Quant aux normes de droit international, elles ne produisaient d'effets sur le territoire de l'État que par la médiation du droit interne.

L'accroissement exponentiel de la mobilité des hommes et de leurs entreprises ainsi que la dématérialisation des relations humaines et économiques provoquées par l'avènement d'internet ont contribué à bouleverser cet ordonnancement, en faisant émerger des problèmes transnationaux qu'un droit international trop lacunaire peine souvent à appréhender. Le droit interne s'est efforcé de combler ces lacunes, en tentant de réguler les phénomènes en question et de réprimer leurs dérives. Ce faisant, il a été amené à appréhender des pratiques qui ne présentent souvent plus qu'un lien ténu avec son territoire. Parallèlement, la mainmise du droit national sur son propre territoire était battue en brèche par des normes internationales toujours plus nombreuses qui, pour une partie d'entre elles, produisent directement leurs effets dans l'ordre interne et peuvent conduire à écarter le droit national.

Ainsi, à l'heure actuelle, le droit applicable sur le territoire national se forge-t-il de plus en plus à l'extérieur de ce territoire et en particulier à l'échelle européenne, alors que le droit national a de plus en plus vocation à s'appliquer hors de son territoire.

Cette projection du droit national dans un espace qui n'était pas le sien à l'origine est susceptible de poser problème, dès lors qu'elle se heurte à la souveraineté d'autres États. Cependant, pour que cette rencontre fasse débat, encore faut-il que la norme nationale ne se borne pas à avoir un simple *effet* extraterritorial – c'est-à-dire être applicable à des situations qui, tout en comportant certains éléments d'extranéité, présentent des liens indiscutables avec le territoire dont elle est originaire – mais bien qu'elle entende régir des situations qui ne présentent qu'un rapport très lointain avec ce dernier. Ce sera notamment le cas lorsqu'une norme d'un État cherche à imposer « *des obligations à des personnes étrangères dépourvues de rattachement territorial pertinent avec l'État régulateur, qu'il s'agisse de leur présence sur son territoire ou du lieu de réalisation des agissements visés*¹ ». En résumé, plus le lien entre la situation visée

¹ Laurent Cohen-Tanugi, *L'application extraterritoriale du droit américain, fer de lance de la régulation économique internationale ?* En temps réel - Les cahiers, décembre 2014.

et le territoire sera ténu, plus la légitimité de l'application de son droit sera discutable.

L'extraterritorialité du droit peut être le fait de la loi, le législateur entendant conférer à la règle qu'il édicte une portée qui aille au-delà de celle qui caractérise habituellement la norme de droit interne.

Cette extraterritorialité est souvent « défensive ». En effet, un certain nombre de phénomènes transnationaux ont pour conséquence « *de dépouiller l'État de ses pouvoirs par l'effet de rapports de force*² ». Ceci ne vaut pas pour les seuls phénomènes criminels, mafieux ou terroristes. Face à un droit limité par ses frontières, l'entreprise multinationale jouit d'un avantage certain. Il en va de même de l'internet, que sa structuration en réseau fait par principe échapper à toute définition territoriale, contraignant le régulateur à se saisir d'un point d'entrée pour le rattacher au droit d'un territoire. Ainsi dans l'affaire *Google Spain* la Cour de justice de l'Union européenne a eu une approche extensive du champ d'application de la directive 95/46/CE afin de permettre aux utilisateurs du moteur de recherche de bénéficier des protections de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Pour ce faire, elle a considéré que le traitement des données à caractère personnel était bien effectué sur le territoire d'un État membre, dès lors que l'exploitant du moteur de recherches créait dans cet État une succursale ou une filiale chargée de la vente des espaces publicitaires disponibles sur ce moteur³.

La volonté du législateur de conférer à la norme nationale une large mesure d'extraterritorialité peut également procéder d'une démarche quasi messianique. Ainsi, un État estimant qu'il lui incombe de pallier les manques du système international de protection des droits de l'homme, insère dans sa législation une disposition qui permet à ses juridictions de se déclarer compétentes pour connaître de toute violation de ces droits, indépendamment du territoire sur lequel elles sont commises, de la nationalité du commettant et de celle des victimes. C'est notamment le cas des lois belges des 16 juin 1993 et 10 février 1999 instituant une compétence universelle des juridictions de cet

² Monique Chemillier-Gendrot, « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 5, septembre 2014, pp. 1283 et suiv.

³ Jean-Philippe Foegle, « La CJUE, magicienne européenne du « droit à l'oubli » numérique », *Revue des droits de l'homme*, 16 juin 2014.

État pour juger des crimes de guerre, des actes de génocide et des crimes contre l'humanité (ou des lois françaises portant sur la répression des mêmes crimes en ex-Yougoslavie et au Rwanda). En conférant à sa loi pénale une prérogative d'extraterritorialité radicale, le législateur n'innove toutefois pas complètement, puisque quelques textes internationaux (Conventions de Genève de 1949, Convention contre la torture du 10 décembre 1984...) habilent les juridictions nationales à connaître des infractions commises à l'étranger, par un étranger et ne présentant pas de rattachement avec leur territoire. Néanmoins, lorsque l'État décide unilatéralement de s'auto-habiller, il le fait en dehors de toute légitimation par la communauté des États, en invoquant simplement la nécessité de ne pas laisser ces crimes impunis. L'extraterritorialité de la loi nationale trouve donc une forme de légitimité fondée sur la gravité des actes visés et sur les insuffisances du droit international répressif.

Le législateur peut être guidé par des considérations plus pragmatiques lorsqu'il édicte une loi dont le champ d'application embrasse délibérément des situations qui échappent normalement au droit interne. Il cherchera notamment par ce biais à contrôler et à punir des comportements préjudiciables à ses intérêts. Les entreprises étrangères qui, nonobstant les embargos décidés par les USA à l'encontre de certains États, poursuivent leurs opérations financières avec ces États, ont pu le constater à leurs dépens⁴. C'est guidés par cette logique que les États-Unis ont adopté une loi (le *Corrupt Practice Act* de 1977) leur permettant de poursuivre des entreprises, notamment étrangères, qui corrompent des agents publics d'États tiers dans le but de se voir adjuger des marchés dans ses États, faussant ainsi le libre jeu de la concurrence et portant, de ce fait, potentiellement atteinte aux intérêts américains.

Même lorsque le législateur n'a pas entendu conférer à un texte une portée extraterritoriale, ou tout au moins ne l'a pas explicitement prévue, celle-ci peut lui être reconnue ultérieurement par décision juridictionnelle. C'est alors l'activisme des justiciables qui enclenche le processus qui aboutira à l'extension du champ d'application de la loi. Là encore, cette extension peut être

⁴ C'est ainsi que BNP Paribas s'est vue infliger dans le cadre d'une procédure de *plea bargaining* (plaider – coupable) une amende de 8,9 milliards de dollars, une de ses filiales basée en Suisse ayant financé des transactions vers le Soudan, l'Iran et Cuba malgré les embargos américains à l'encontre de ces États.

radicale, comme en témoignent les « *foreign-cubed cases* », dans lesquels le demandeur, le défendeur et le lieu de l'infraction sont étrangers.

La mise en œuvre d'une telle stratégie de la part de requérants étrangers peut s'expliquer par le fait que ni l'arsenal législatif de leur État ni le droit international ne leur offrent la possibilité de présenter leur réclamation. Souhaitant mettre fin à ce qu'ils perçoivent comme un déni de droit, ils portent leur demande devant une juridiction étrangère, en se fondant sur une loi du for dont le champ d'application leur paraît devoir être suffisamment large pour englober leur situation. Dans l'affaire *Kiobel*⁵, des ressortissants nigériens (qui au moment des faits ne résidaient pas aux USA) tentaient ainsi d'engager devant une juridiction américaine la responsabilité de la *Royal Dutch Shell Petroleum* (société étrangère mais cotée à la Bourse de New York) pour sa complicité alléguée dans les violations des droits de l'homme commises par le régime nigérien. Les demandeurs se prévalaient des dispositions d'une loi américaine, l'*Alien Tort Statute*, qui prévoit la compétence des tribunaux fédéraux américains pour toute action engagée à l'étranger pour un dommage commis en violation du droit des nations ou d'un traité auquel seraient parties les USA⁶. En 2013, la Cour suprême a rejeté la demande à l'unanimité, en estimant « pour la première fois dans l'histoire du *Alien Tort Statute* [que] le for qu'offre ce dernier est (...) inaccessible à raison de l'extranéité géographique des faits⁷ ». La Cour a, en effet estimé « que la présomption contre l'extranéité qui commande l'interprétation judiciaire des tous les actes du Congrès s'applique également au *Alien Tort Statute* » et que ni les termes employés par le texte ni le contexte de son adoption n'indiquait que le législateur de 1789 ait entendu renverser cette présomption. Cette prudence dans l'approche de l'extraterritorialité de la loi est nouvelle, dans la mesure où prévalait jusque là une interprétation extensive de son champ d'application.

L'hypothèse d'un déni de droit n'est pas la seule dans laquelle des justiciable font le choix

⁵ Cour suprême des États-Unis 17 avril 2013.

⁶ Nicolas Maziau, *L'arrêt Kiobel : reconnaissance différée d'une responsabilité des sociétés multinationales pour les crimes contre les droits de l'homme ?*, Recueil Dalloz 2013, pp. 1316 et suiv.

⁷ Horatia Muir Watt, *L'Alien Tort Statute devant la Cour Suprême des États-Unis – Territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique*, Revue de droit international privé 2013, pp. 595 et suiv.

de revendiquer l'application d'une norme étrangère qui ne présente qu'un lien ténu avec les faits. L'autre est celle du *Forum shopping*, par lequel une partie choisit une loi étrangère qui lui semble présenter des avantages supérieurs à ceux offerts par la norme applicable en vertu du principe de territorialité. La Cour suprême des États-Unis a, par son arrêt du 24 juin 2010 *Morrison v. National Australia Bank*, souhaité mettre un terme à cette pratique. Dans cette affaire qui portait sur une fraude boursière, des actionnaires australiens qui avaient acheté des titres en Australie attaquaient une banque australienne devant les juridictions américaines. Le seul lien avec les États-Unis était M. Morrison, citoyen américain. Le choix des actionnaires relevait d'une pure stratégie judiciaire puisqu'ils entendaient bénéficier ainsi d'un droit qu'ils jugeaient particulièrement favorable. En l'espèce l'intérêt du for américain tenait pour les demandeurs, d'une part, au fait que le droit américain autorise les *class actions* et, d'autre part, au fait qu'un jury et non un juge professionnel statuerait sur les demandes, laissant plus de chance à de arguments non juridiques de prospérer. Quelques années avant son arrêt *Kiobel*, la Cour avait donc déjà estimé que l'extraterritorialité ne se présuait pas et ne pouvait résulter que d'une disposition expresse de la loi votée par le Congrès.

Le législateur et le juge peinent à définir un nouvel équilibre entre la permanence d'un rattachement territorial permettant d'articuler les différents ordres juridiques nationaux et la nécessité d'appréhender des phénomènes nouveaux qui dépassent les limites des territoires nationaux. La Belgique a abrogé, dès 2003, la loi instituant une compétence universelle de ses juridictions pénales pour les crimes de guerre et de génocide. Les arrêts *Kiobel* et *Morrison* ainsi que la jurisprudence ultérieure des tribunaux américains ont marqué un net recul de l'expansion extraterritoriale de la loi américaine. Néanmoins l'arrêt *Google Spain* s'oppose à toute tentation de conclure à un retour à une stricte adéquation entre droit et territoire à l'heure du numérique, du défi environnemental et de la mondialisation économique et financière.

Biographies des intervenants

■ Michel Pinault

Diplômé de l'École des hautes études commerciales, ancien élève de l'ENA, Michel Pinault a commencé sa carrière en 1976 à la section du contentieux du Conseil d'État, où il a notamment été commissaire du Gouvernement (1981-1983). Il a également exercé les fonctions de secrétaire général du Conseil d'État de 1987 à 1991. Président de la 9^e sous-section du contentieux à partir de 2006, il a été nommé en 2008 président de la section de l'administration, fonctions qu'il a été exercées jusqu'en 2012. Il est par la suite devenu président adjoint de la section des finances.

M. Pinault a par ailleurs été conseiller juridique à la représentation permanente de la France auprès des Communautés européennes (1983-1987). Entre 1991 à 2004, il a été directeur des affaires juridiques et fiscales, puis directeur général du groupe UAP, avant de travailler pour le groupe AXA comme directeur général Asie-Pacifique, membre du comité exécutif. Il préside depuis 2014 la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers.

■ Jean-Bernard Auby

Jean-Bernard Auby a été le doyen de la faculté de droit de l'université de Paris XII (Saint-Maur) de 1989 à 1993, puis professeur de droit public à l'université de Paris II (Panthéon-Assas) de 1994 à 2006. Il a par ailleurs été directeur adjoint de l'Institut de droit européen et comparé de l'université d'Oxford de 1998 à 2000. Professeur à Sciences Po depuis 2006, il dirige la chaire « Mutations de l'action publique et du droit public ». Il a également enseigné comme professeur invité dans de nombreuses universités européennes et internationales.

M. Auby est le directeur du *JurisClasser* administratif et de la revue *Droit Administratif* (Lexis Nexis), ainsi que de la collection « Droit Administratif / Administrative Law » (Bruylant). Il est en outre membre des comités éditoriaux de nombreuses revues internationales, notamment *l'International & Comparative Law Quarterly* et *Global Law Press*. Il est l'auteur de divers ouvrages, dont: *Droit de l'urbanisme et la construction*, Montchrestien, 9^e éd., 2011 ; *Droit des collectivités locales*, PUF, 4^e éd., 2008 ; *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 5^e éd., 2009 ; *Droit administratif des biens*, Dalloz, 6^e éd., 2011 ; *La globalisation, le droit et l'Etat*,

Montchrestien, 2^e éd., 2010 ; *La décentralisation et le droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006 ; *Droit de la Ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Lexisnexis, 2013.

■ Loïc Azoulai

Loïc Azoulai est professeur de droit à l'École de droit de Sciences Po, spécialiste de droit européen. Détaché de l'université Panthéon-Assas entre 2003 et 2006, il travaille en qualité de référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne auprès du cabinet de l'avocat général Poiares Maduro. De 2010 à 2015, il occupe la chaire de droit de l'Union européenne de l'Institut universitaire européen (Florence). Il est membre du comité éditorial de la *Common Market Law Review* et de la *Revue trimestrielle de droit européen*. Il est titulaire d'une chaire d'excellence "Sorbonne Paris Cité" avec un projet de recherche intitulé « *Manières d'être Européen. Régimes juridiques, modes d'appartenance, formes d'existence* ». Il a dirigé plusieurs ouvrages dont : *Persons and Personhood in EU Law* (avec S. Barbou des Places et E. Pataut, Hart Publishing, à paraître en 2016), *L'entrave dans le droit du Marché intérieur* (Bruylant, 2011), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (avec M. Poiares Maduro, Hart Publishing, 2010). Parmi ses articles les plus récents : « Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes », *Politique européenne* n° 50 (à paraître fin 2015); "The Complex Weave of Harmonisation" in A. Arnulf et D. Chalmers (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (Oxford UP, 2015).

■ Mads Andenas

Professeur à la faculté de droit de l'université d'Oslo, Mads Andenas est le rapporteur spécial des Nations unies sur la détention arbitraire ; il préside le groupe de travail mis en place sur ce sujet. Il est membre du bureau de l'*International Law Association* et a exercé des responsabilités dans plusieurs associations de droit international, européen et comparé. M. Andenas a dirigé l'Institut britannique de droit comparé et international (BIICL) ainsi que le Centre de droit européen de King's College à Londres. Il a enseigné comme professeur invité dans plusieurs universités, notamment à Paris, à Rome, à l'Institut universitaire européen de Florence, à Bruxelles, aux Pays-Bas et à Hong-Kong. M. Andenas a dirigé la revue *International and Comparative Law Quarterly*

et dirige actuellement *European Business Law Review* ; il est membre du comité éditorial d'une dizaine d'autres revues. Par ailleurs il a occupé des fonctions dans plusieurs ministères norvégiens (notamment directeur général adjoint à la direction générale de la politique économique au ministère de l'économie et des finances), ainsi qu'auprès de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque mondiale et le FMI. Il est l'auteur de nombreux articles et ouvrages. Parmi les plus récents : *The Foundations and Future of Financial Regulation Governance for Responsibility* (Routledge, 2014, avec Iris Chiu) et *Theory and Practice of Harmonisation* (Edward Elgar Publishing, 2012).