

*Droits et Débats*

**Droit comparé  
et territorialité du droit**

**Un cycle de conférences du Conseil d'État**

**Tome 2**

# Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

## **Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et Documents du Conseil d'État », EDCE)**

- Le droit souple – étude annuelle 2013, n° 64.
- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.
- Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016, n° 67.
- Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » – étude annuelle 2017, n° 68.

## **Collection « Les études du Conseil d'État »**

- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.
- Directives européennes : anticiper pour mieux transposer, 2015.
- Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 2016.

## **Collection « Droits et Débats »**

- La décentralisation des politiques sociales, n° 10, 2014.
- 1952-2012 : le juge français de l'asile, n° 11, 2013.
- Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique – Hommage à Marie-Dominique Hagelsteen, n° 12, 2014.
- La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 13, 2015.
- Où va l'État? – Tome 1, n° 14, 2015.
- Impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ?, n° 15, 2015.
- La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?, n° 16, 2016.
- La fiscalité sectorielle, n° 17, 2016.
- L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? Le regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 18, 2016.
- Où va l'État ? – Tome 2, n° 19, 2016.
- L'accord : mode de régulation du social, n° 20, 2016.
- Entretiens sur l'Europe – Tome 1, n° 21, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – Tome 1, n° 22, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – Tome 2, n° 23, 2017.
- Les entreprises publiques, n° 24 (à paraître).
- Le droit social et la norme internationale, n° 25 (à paraître).

## **Collection « Histoire et mémoire »**

- Conférences Vincent Wright – volume 1, 2012.
- Le rôle du Conseil d'État dans le développement économique de la France au XIX<sup>e</sup> siècle, 2014.
- Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948, 2014.
- Conférences Vincent Wright – volume 2, 2015.

## **Collection « Jurisprudences »**

- Jurisprudence du Conseil d'État 2012-2013, 2014.
- Jurisprudence du Conseil d'État 2014-2015, 2016.

<b>Avant-propos.....</b>	<b>5</b>
<b>Septième conférence - Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit financier et de la régulation.....</b>	<b>7</b>
Sommaire de la conférence .....	7
Présentation du thème de la conférence.....	9
Biographie des intervenants .....	15
Actes – Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit financier et de la régulation .....	17
Échanges avec la salle .....	47
Éléments de bibliographie .....	55
<b>Huitième conférence - Le creuset normatif européen : l'exemple du droit des étrangers .....</b>	<b>57</b>
Sommaire de la conférence .....	57
Présentation du thème de la conférence.....	59
Biographie des intervenants .....	63
Actes – Le creuset normatif européen : l'exemple du droit des étrangers ....	65
Échanges avec la salle .....	95
Éléments de bibliographie et de jurisprudence .....	99
<b>Neuvième conférence - Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit fiscal .....</b>	<b>103</b>
Sommaire de la conférence .....	103
Présentation du thème de la conférence.....	105
Biographie des intervenants .....	117
Actes – Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit fiscal .....	119
<b>Dixième conférence - L'a-territorialité du droit à l'ère numérique .....</b>	<b>149</b>
Sommaire de la conférence .....	149
Présentation du thème de la conférence.....	151
Biographie des intervenants .....	157
Actes – L'a-territorialité du droit à l'ère numérique.....	159
Échanges avec la salle .....	189
Éléments de bibliographie .....	197

<b>Onzième conférence - La souveraineté en questions.....</b>	<b>201</b>
Sommaire de la conférence .....	201
Présentation du thème de la conférence.....	203
Biographie des intervenants .....	211
Actes – La souveraineté en questions .....	213
Échanges avec la salle .....	237
Éléments de bibliographie .....	241
<b>Douzième conférence - Les droits fondamentaux .....</b>	<b>243</b>
Sommaire de la conférence .....	243
Présentation du thème de la conférence.....	245
Biographie des intervenants .....	261
Actes – Les droits fondamentaux .....	263
Éléments de bibliographie .....	307
<b>Conférence de clôture du cycle - Droit comparé et territorialité du droit : vers une nouvelle régulation juridique transnationale ? .....</b>	<b>309</b>



# Avant-propos

**Maryvonne de Saint Pulgent**

*présidente adjointe de la section de l'intérieur du Conseil d'État*

La première partie de ce cycle de conférences « Droit comparé et territorialité du droit » avait d'abord exploré des questions d'ordre méthodologique, puis traité les cas du statut de la personne et de l'environnement.

Cette seconde partie poursuit le parcours thématique ainsi entamé en s'intéressant à des problématiques nées de la mondialisation et ayant marqué l'actualité. Il y a celles nées des « crises », que ce soit la crise financière qui a débuté à l'été 2008 ou celle plus récente liée à l'afflux massif de migrants en Europe. Il y a celles qui conduisent à un renforcement et surtout un renouvellement de la coopération internationale, comme en matière de fraude et « d'optimisation » fiscale. Il y a celles, enfin, révélées par la confrontation de systèmes juridiques reposant sur des valeurs différentes, voire opposées, comme en matière de protection des données personnelles. Le cycle se clôt sur les deux questions essentielles, voire transcendantes, de la souveraineté et de la protection des droits fondamentaux.

À travers ces thématiques, les différentes interventions constatent et analysent les reculs contemporains de la territorialité du droit. Ces derniers résultent de l'impuissance des États face à des acteurs auxquels la dématérialisation des échanges offre une mobilité sans pareille, qui leur permet de se jouer des frontières et d'échapper au contrôle de la puissance publique. Parfois même, ils s'y soustraient de manière radicale en créant des « espaces autres »<sup>1</sup> qui, tirant leur autonomie intrinsèque des dernières avancées technologiques, échappent à tout regard et toute intervention extérieurs : ainsi les *Blockchains* constituent-elles peut-être les prémisses d'une déterritorialisation d'une nature et d'une ampleur nouvelles.

Le constat de cette distance entre la puissance réelle des États et ce qu'on peut appeler la croissante fiction de leur souveraineté devrait les conduire à renforcer et surtout repenser la coopération interétatique. Celle-ci se renouvelle actuellement à travers des méthodes empiriques, recourant principalement aux processus informels et au droit souple, car les États répugnent à consentir de nouveaux « abandons » de leur souveraineté, même si leur désir de conserver leur autonomie d'action les condamne, désormais, de plus en plus souvent, à l'impuissance.

Cependant, l'interaction croissante entre les systèmes juridiques, qui résulte de l'effacement des frontières, oblige ceux-ci à échanger entre eux, et parfois à converger. Faute d'articulation formelle par des institutions ou par des textes, les acteurs de ce rapprochement sont les juges eux-mêmes. Ils y œuvrent dans un

---

<sup>1</sup> L'hétérotopie renvoie à des lieux, à l'intérieur d'une société, qui obéissent à des règles qui sont autres : M. Foucault, « Dits et écrits, Des espaces autres » (conférence au Cercle d'études architecturales, 14 mars 1967), in *Architecture, Mouvement, Continuité*, n° 5, octobre 1984, pp. 46-49. L'hétérotopie renvoie à des lieux, à l'intérieur d'une société, qui obéissent à des règles qui sont autres.

dialogue « sans paroles »<sup>2</sup> qui ne peut se tenir qu'informellement, et parfois de manière implicite. Mais voilà qui s'accorde mal tant avec la démonstration juridique, dont le propre est de reposer sur le discours, qu'avec l'exigence démocratique, qui exige de la transparence.

Les cadres de l'analyse juridique se trouvent ainsi bouleversés par cette réalité nouvelle des relations juridiques internationales, qu'il lui faut néanmoins saisir en vue d'en proposer un encadrement adéquat.

Ce second cycle de conférence a mis en évidence les dangers d'un désordre normatif mondial incompatible avec le règne du droit. La clarification et la simplification des « territorialités gigognes »<sup>3</sup> qui résultent du pluralisme juridique contemporain s'imposent. Pour autant, l'uniformisation des systèmes n'est pas envisageable et elle serait d'ailleurs illusoire, en raison de leur nature intrinsèquement territoriale : ils naissent dans des « terroirs »<sup>4</sup> dont il faut préserver la diversité et qui résisteront toujours aux forces globalisantes. Il s'agit plutôt d'en assurer l'« interopérabilité »<sup>5</sup>, ce qui suppose peut-être de repenser la territorialité du droit pour la transférer, dans certains domaines, du lieu de l'acte à la personne<sup>6</sup>. Mais il faut avant tout promouvoir la connaissance et la compréhension mutuelles entre ces territoires juridiques multiples. Le droit comparé en montre le chemin.

---

2 Selon l'expression de O. Dutheillet de Lamothe, « Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, éd. Dalloz, Paris, 2008, p. 403.

3 Selon l'expression de D. Simon, *infra*, p. 274.

4 Selon l'expression de J. Masing, *infra*, p. 281.

5 Selon l'expression d'E. Geffray, *infra*, p. 193.

6 E. Geffray, *infra*, p. 172, évoque le passage d'une « territorialité du sol » à une « territorialité de la personne ».



# Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit financier et de la régulation

## Sommaire de la conférence

---

Présentation du thème de la conférence .....	9
Biographie des intervenants .....	15
Actes – Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit financier et de la régulation.....	17
Échanges avec la salle .....	47
Éléments de bibliographie .....	55





# Présentation du thème de la conférence

---

## 1. Crise financière et renouvellement du droit financier et de la régulation

La crise financière mondiale a, depuis 2008, suscité de nombreuses réformes aux niveaux national et européen, dans les domaines économique, budgétaire, institutionnel et social. Elle a conduit les acteurs institutionnels et économiques à évoluer vers un modèle de régulation reposant sur une approche renouvelée de la fabrication et des véhicules des normes, notamment financières. Pourtant, si le passage des *petites politiques* aux *grandes politiques*<sup>7</sup> se traduit par des réalisations concrètes, les mécanismes de fabrication des normes impliquent un champ si large d'interactions qu'ils sont recouverts d'une certaine obscurité rendant certains aspects difficiles à appréhender.

L'un des points de départ majeurs des réformes adoptées pour répondre à la crise fut le rapport du groupe présidé par Jacques de Larosière sur la surveillance financière dans l'Union européenne, publié le 25 février 2009, soit six mois après la chute de *Lehman Brothers* qui a marqué le début de la crise bancaire d'envergure mondiale<sup>8</sup>. La mise en place de ce groupe sur demande du président de la Commission européenne a fait suite aux conclusions du G20 de Washington le 15 novembre 2008. Il a produit des solutions d'experts qui ont donné lieu à l'adoption d'un paquet législatif comportant quatre textes fondateurs en matière de surveillance financière et de régulation : les règlements (UE) n° 1092 à 1095/2010, du 24 novembre 2010, ayant créé le Comité européen du risque systémique et les trois autorités européennes de surveillance actuelles (l'Autorité bancaire européenne, l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles et, enfin, l'Autorité européenne des marchés financiers).

La modélisation du contexte de crise définie par ce groupe de travail a servi de support aux solutions proposées tant au niveau européen que, bien souvent, national, et s'articule autour de trois piliers relatifs : aux enjeux sectoriels (abondance des liquidités et faiblesse des taux d'intérêt, innovation financière et rôle procyclique des méthodes de mesure comptable), aux défaillances des acteurs (agences de notation, marchés de produits titrisés et dérivés, et gouvernement d'entreprise qui les accompagne) et à la déficience de la gouvernance européenne. Sur ce dernier point, le rapport affirme que la réglementation, la surveillance et la gestion du risque étaient insuffisantes.

Dans ce contexte, les bouleversements institutionnels et législatifs ont renouvelé la prise de décision au sein de l'Union européenne ainsi que les véhicules des normes. Le droit financier et les évolutions en matière de régulation fournissent un exemple majeur de cette dynamique. Quel impact la crise au sein de l'Union européenne a-t-elle eu sur les acteurs de la régulation financière ? Comment les

---

<sup>7</sup> François-Gilles Le Theule, « Surveillance, régulation financière, et gouvernance européenne », sous la direction de Ch. de Boissieu, F.-G. Le Theule et P. Bailo, *Comment la régulation financière peut-elle sortir l'Europe de la crise ?*, Paris, éd. École nationale d'administration, 2014, p. 184.

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 185.

entités régulées se sont-elles, elles-mêmes, adaptées à ce nouveau contexte et comment influencent-elles la fabrication de la norme ? Comment le déficit de légitimité démocratique se pose-t-il dans le contexte de la régulation financière ? Dans quelle mesure le droit financier et la régulation permettent-ils d'appréhender la dynamique de renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes née de la crise de 2008 ? Dans ce contexte, une attention particulière est réservée au cadre de régulation propre à l'Union bancaire européenne.

## **2. Renouveau de la fabrique des normes**

Il existe dans les secteurs de l'assurance et de la banque un double niveau d'instances, international et européen, qui donne vie à un réseau de régulation complexe.

### *2.1. La coopération internationale<sup>9</sup>*

La Banque des règlements internationaux (BRI)<sup>10</sup> accueille des groupements internationaux (six comités et trois associations) chargés d'élaborer des normes et d'œuvrer en faveur de la stabilité financière.

Les comités hébergés par la BRI, dont le programme de travail est encadré par divers ensembles de banques centrales et d'autorités de contrôle, sont :

- le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB),
- le Comité sur le système financier mondial,
- le Comité sur les paiements et les infrastructures de marché,
- le Comité des marchés,
- le Groupe sur la gouvernance des banques centrales,
- le Comité Irving Fisher sur les statistiques de banque centrale.

Les associations hébergées par la BRI sont les suivantes :

- le Conseil de stabilité financière (CSF),
- l'Association internationale de protection des dépôts,
- l'Association internationale des contrôleurs d'assurance (AICA).

En outre, l'Institut pour la stabilité financière facilite la diffusion des travaux des régulateurs internationaux aux banques centrales et aux organismes de surveillance et de réglementation du secteur financier.

#### *2.1.1. Les principales instances communes de régulation*

##### *2.1.1.1. Le Conseil de stabilité financière*

Le Conseil de stabilité financière a pour mission d'identifier les vulnérabilités du système financier mondial, et de développer et mettre en place des principes en

9 Sources : site de la Banque des règlements internationaux ([www.bis.org](http://www.bis.org)) ; site de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution adossée à la Banque de France (<https://acpr.banque-france.fr/international.html>) ; site du Conseil de stabilité financière (<http://www.fsb.org>).

10 La Banque des règlements internationaux (BRI), en anglais, « *Bank for international settlements* » (BIS), a été créée le 17 mai 1930. Il s'agit d'une institution financière internationale dont le siège est situé à Bâle. Son capital est composé d'actions appartenant, depuis le dernier élargissement de 2011, à soixante banques centrales (les institutions et personnes privées en étant exclues depuis 2000). Elle a pour vocation essentielle de favoriser la coopération monétaire et financière entre les banques centrales des principaux pays industriels.



matière de régulation et de supervision dans le domaine de la stabilité financière. Il a pour objectif de coordonner, au niveau international, les travaux des autorités financières nationales et des normalisateurs internationaux, dans le domaine de la régulation et de la supervision des institutions financières.

Il regroupe les autorités financières nationales et plusieurs organisations internationales et groupements élaborant des normes dans le domaine de la stabilité financière.

Le Conseil de stabilité financière, créé lors de la réunion du G20 à Londres en avril 2009, succède au Forum de stabilité financière institué en 1999 à l'initiative du G7. Son secrétariat est hébergé par la Banque des règlements internationaux, à Bâle.

#### *2.1.1.2. Le « Joint Forum »*

Le « Joint Forum » a été créé en 1996 sous l'égide du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB)<sup>11</sup>, de l'Organisation internationale des commissions de valeurs mobilières (OICV)<sup>12</sup> et de l'Association internationale des contrôleurs d'assurance (AICA)<sup>13</sup>. Il a pour mission de coordonner les travaux sur les sujets communs aux secteurs de la banque, des valeurs mobilières et de l'assurance, y compris la régulation des conglomérats financiers. Il est composé à égalité des principaux superviseurs bancaires, d'assurances et de valeurs mobilières.

#### *2.1.2. Les instances sectorielles*

##### *2.1.2.1. Le secteur des marchés financiers*

Dans le domaine des marchés financiers opère l'OICV. Ses objectifs sont, principalement, la protection des investisseurs, la garantie de marchés équitables, efficaces et transparents, la prévention des risques systémiques, la coopération internationale et l'établissement de normes uniformes en matière d'autorisation des bourses et des titres.

##### *2.1.2.2. Le secteur bancaire*

Le Processus de Bâle d'harmonisation de la réglementation bancaire a commencé dans les années 1970.

Créé en 1974 par les dix principaux pays industrialisés, le Comité de Bâle est chargé de renforcer la solidité du système financier mondial ainsi que l'efficacité du contrôle prudentiel et la coopération entre régulateurs bancaires. Il rassemble aujourd'hui les superviseurs de vingt-sept pays : l'Argentine, l'Australie, la Belgique, le Brésil, le Canada, la Chine, la France, l'Allemagne, Hong Kong, l'Inde, l'Indonésie, l'Italie, le Japon, la Corée, le Luxembourg, le Mexique, les Pays-Bas, la Russie, l'Arabie Saoudite, Singapour, l'Afrique du Sud, l'Espagne, la Suède, la Suisse, la Turquie, le Royaume-Uni et les États-Unis. L'organe de gouvernance du Comité de Bâle est le groupe des gouverneurs de banque centrale et des responsables du contrôle bancaire (GHOS).

11 En anglais, « *Basel Committee on Banking Supervision* » (BCBS).

12 En anglais, « *International Organization of Securities Commissions* » (IOSCO).

13 En anglais, « *International Association of Insurance Supervisors* » (IAIS).



Le Comité de Bâle ne dispose d'aucune autorité supranationale de surveillance formelle. Ses conclusions n'ont pas force de loi. Il formule des grandes normes de surveillance, des lignes directrices et recommande un ensemble de bonnes pratiques dans l'espoir qu'elles soient adaptées et mises en œuvre dans les différents systèmes nationaux. Ainsi, le Comité encourage-t-il la convergence vers des approches et des normes communes, sans tenter une harmonisation détaillée des techniques de contrôle prudentiel des pays membres.

À côté du Comité de Bâle existent des groupes régionaux de superviseurs : le « Groupe des superviseurs bancaires francophones » réunit à la fois des superviseurs des pays qui n'appartiennent pas au G20 et des superviseurs membres du Comité de Bâle, afin de développer des relations étroites avec ce dernier.

### *2.1.2.3. Le secteur de l'assurance*

Plusieurs instances opèrent dans ce secteur :

- l'Association internationale des superviseurs d'assurance (AISA) ;
- l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) ;
- l'Organisation des contrôleurs retraite ;
- la Conférence interafricaine des marchés d'assurance.

En ce qui concerne l'AISA, elle a pour mission de favoriser des échanges d'informations entre contrôleurs sur les réglementations, les marchés et les entreprises ; définir des principes communs de contrôle et développer des règles de référence en vue de leur généralisation ; aider les contrôleurs des pays émergents à mettre en place une réglementation adéquate et une surveillance efficace (association non gouvernementale, elle n'a pas le pouvoir d'édicter des règles auxquelles les États devraient se conformer) ; et contribuer à la stabilité des marchés financiers.

## *2.2. Le niveau européen<sup>14</sup>*

### *2.2.1. Les instances de coopération*

L'année 2010 a été marquée par la mise en œuvre de la réforme de la structure de la supervision financière européenne, avec l'adoption des règlements européens entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, qui constituent les textes fondateurs du Système européen de surveillance financière (SESF), lequel répond pleinement aux recommandations du G20 avec, d'une part, le renforcement de la supervision macro prudentielle sur l'ensemble du système financier européen par la création d'un Conseil européen du risque systémique (CERS) et, d'autre part, le renforcement de la supervision micro-prudentielle, notamment par la mise en place des Autorités européennes de surveillance (AES)<sup>15</sup>.

14 Sources : site de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution adossée à la Banque de France (<https://acpr.banque-france.fr/international.html>) ; site de l'Autorité bancaire européenne ([http://www.eba.europa.eu/languages/home\\_fr](http://www.eba.europa.eu/languages/home_fr)) ; site de l'Autorité européenne des marchés financiers (<https://www.esma.europa.eu/>) ; site de l'autorité des marchés financiers (<http://www.amf-france.org>).

15 Les Autorités européennes de surveillance (AES) sont au nombre de quatre : Autorité bancaire européenne (ABE), Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP), Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), et Comité mixte des autorités européennes de surveillance (CMAES).



### 2.2.1.1. Le Comité européen du risque systémique (CERS)<sup>16</sup>

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, le CERS est chargé de surveiller et d'analyser les risques qui pèsent sur la stabilité du système financier dans son ensemble (surveillance macro-prudentielle).

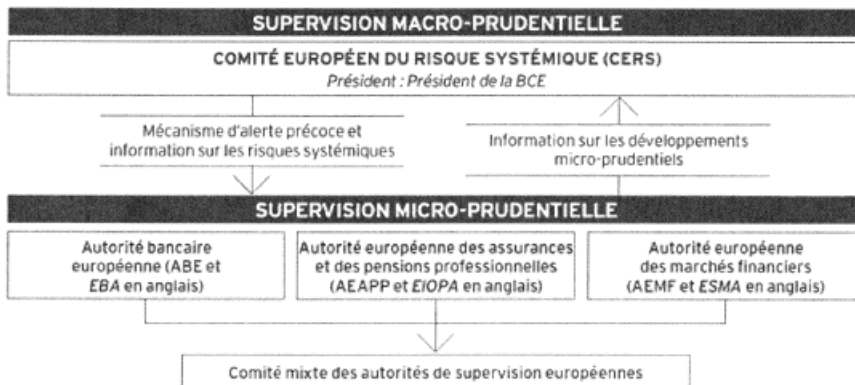
Afin de réaliser cette mission, le CERS émet des alertes rapides en cas de risque systémique et, le cas échéant, formule des recommandations concernant les mesures correctives à prendre, et des avertissements aux États membres (et aux autorités de surveillance nationales) ainsi qu'aux autorités européennes, qui devront s'y conformer ou se justifier s'ils ne s'y conforment pas.

Les dirigeants de la Banque centrale européenne (BCE), des banques centrales nationales, des autorités européennes de régulation et les autorités nationales de surveillance participent au CERS.

### 2.2.1.2. Les Autorités européennes de surveillance (AES)

Ces autorités, qui remplacent les comités de superviseurs préexistants (Comité des superviseurs bancaires européens, Comité européen des régulateurs de l'assurance et Comité européen des régulateurs), sont notamment dotées de pouvoirs de médiation entre les superviseurs nationaux ainsi que de pouvoirs d'urgence. Elles édictent des standards techniques sur la mise en œuvre de la législation communautaire.

Les organes constitutifs du Système européen de supervision financière (SESF)



### 2.2.2. Le rôle de la Banque centrale européenne (BCE) dans le cadre de l'Union bancaire<sup>17</sup>

Depuis le déclenchement de la crise financière en 2008, la Commission européenne a poursuivi de nombreuses initiatives pour mettre en place un secteur financier solide et sûr au sein du Marché unique. Ces initiatives, qui incluent des exigences prudentielles plus strictes pour les banques, une protection améliorée

<sup>16</sup> En anglais, « *European Systemic Risk Board* » (ESRB).

<sup>17</sup> V. les sites de la Commission ([http://ec.europa.eu/finance/general-policy/banking-union/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/finance/general-policy/banking-union/index_fr.htm)) et de l'Autorité bancaire européenne ([https://www.eba.europa.eu/languages/home\\_fr](https://www.eba.europa.eu/languages/home_fr)).

des déposants et des règles pour la gestion des banques défailtantes, établissent un règlement uniforme européen (en anglais, « *Single Rulebook* ») pour tous les acteurs financiers des vingt-huit États membres de l'Union européenne. Ce règlement uniforme constitue le socle de l'Union bancaire.

L'Union bancaire repose aujourd'hui sur les deux piliers du Mécanisme de surveillance unique (MSU) et du Mécanisme de résolution unique (MRU) pour les banques, constituant un ensemble de mesures à géométrie variable. Elle se construit selon le modèle de l'intégration différenciée et s'applique aux pays de la zone euro, tout en restant ouverte aux pays en dehors de cette zone qui désirent y participer (« *opt in* »).

Le MSU bancaire, dirigé par la BCE (à qui sont attribuées des missions spécifiques de surveillance), a pour but de renforcer l'Union économique et monétaire.

Il revient désormais au Conseil de surveillance unique de superviser directement les quelque cent vingt plus grandes banques de la zone euro avec l'assistance des autorités de supervision nationales. Ces dernières restent, en revanche, compétentes pour la supervision directe des plus petites banques. Les décisions seront adoptées par le conseil des gouverneurs de la BCE.

### **3. Renouveau des véhicules des normes**

À la multiplication des sources de droit financier et de la régulation correspondent celles des différents « *véhicules des normes* » utilisés par les différentes instances – internationales, européennes et nationales – lors de la régulation du secteur.

Ces nouveaux opérateurs disposent d'un pouvoir régulateur (qui s'exprime à travers l'adoption d'orientations, de recommandations, de lignes guides, ou de décisions), doublé d'un pouvoir de sanction administrative (dans le cas de la BCE) – ce qui pose la question de leur nature juridique.

On songe, notamment, aux lignes directrices et bonnes pratiques du Comité de Bâle, aux recommandations ou orientations de l'Autorité européenne des marchés financiers ou encore aux actes mixtes de la BCE adoptés dans le cadre de l'Union bancaire.

On assiste, en outre, au phénomène de « capture » de la fonction de régulation par les opérateurs du secteur (groupes de pression, professionnels, etc.), dont la participation à la formation de ces normes est de plus en plus souvent institutionnalisée.

La légitimité démocratique de la régulation économique et financière, déjà fortement mise en cause par le rôle des différentes autorités de régulation opérant dans le secteur, se trouve ainsi questionnée : par qui est définie la substance de la norme ?



# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **Rémi Bouchez**

*Président adjoint de la section des finances du Conseil d'État*

Diplômé de Sciences Po, licencié en droit et ancien élève de l'École normale d'administration (promotion Henri-François d'Aguesseau), Rémi Bouchez commence sa carrière à la direction du budget. Il occupe ensuite les fonctions d'attaché financier pour le Proche et le Moyen-Orient près l'ambassade de France au Caire. Il réintègre la direction du budget en 1988 comme chef du bureau affaires internationales, aide au développement, puis du bureau équipement, aménagement du territoire. En 1993, il est nommé au poste de conseiller pour les affaires économiques au Secrétariat général du gouvernement. En 2001, il intègre le Conseil d'État, où il exerce à la section du contentieux et à la section des finances. Rémi Bouchez est membre de la Cour de discipline budgétaire et financière. De 2010 à 2012, il a exercé les fonctions de Commissaire à la simplification auprès du Secrétaire général du Gouvernement. En 2013, il est nommé président de la Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, dont il est membre depuis 2010. Il est président adjoint de la section des finances depuis 2010.

## Intervenants

### **Gérard Rameix**

*Président de l'Autorité des marchés financiers*

Diplômé d'études supérieures de droit public et de Sciences Po, Gérard Rameix est un ancien élève de l'École normale d'administration (promotion Pierre Mendès France). Il commence sa carrière à la Cour des comptes comme auditeur (1978), puis conseiller référendaire (1982). Détaché en qualité de chargé de bureau à la direction du budget du ministère des finances, Gérard Rameix réintègre la Cour des comptes en 1984, puis est nommé conseiller technique au cabinet du Premier ministre de 1986 à 1988. Directeur des affaires industrielles (1989), puis des opérations financières et des investissements (1990) à la société Hottinguer Finances, il devient Président de la société Finindex en 1990. En 1993, Gérard Rameix est nommé directeur de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) puis devient, en 1997, directeur adjoint du cabinet du Premier ministre. Directeur général de la Commission des opérations de bourse en 1997, il est nommé secrétaire général de l'Autorité des marchés financiers à sa création en 2003, poste qu'il occupera jusqu'en 2009. Il a été Médiateur national du crédit aux entreprises de 2009 à 2012. Il préside l'Autorité des marchés financiers depuis août 2012.

**Daniel Sarmiento**

*Avocat, professeur à l'université Complutense de Madrid*

Daniel Sarmiento est docteur en droit, spécialisé en droit administratif et droit de l'Union européenne. De 2004 à 2006, il a été conseiller du ministère de la Présidence espagnole et, de 2006 à 2007, tout en enseignant au sein de l'université Complutense de Madrid, il a travaillé au sein du cabinet technique de la Cour suprême espagnole dont il assistait les chambres sur des questions de droit de l'Union européenne. À partir de 2007, il a exercé en qualité de référendaire au sein des cabinets des avocats généraux MM. Ruiz-Jarabo Colomer et Cruz Villalón près la Cour de justice de l'Union européenne. Depuis 2015, il a réintégré l'université Complutense de Madrid en qualité de professeur agrégé, conciliant ses activités universitaires avec l'exercice de la profession d'avocat spécialisé en droit administratif et de l'Union européenne au sein du bureau de Madrid du cabinet d'avocats Uría Menéndez. Il est l'auteur de nombreux ouvrages académiques et dirige l'un des *blogs* les plus visités d'Europe sur le droit de l'Union européenne (*Despite our Differences*). Il intervient par ailleurs régulièrement lors de conférences organisées par de nombreuses universités et centres de recherche européens, est membre du comité de rédaction de plusieurs publications juridiques et codirige le Centre de droit et technologie de l'université Autónoma de Madrid.

**Hélène Ruiz Fabri**

*Professeure des universités, directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit procédural*

Hélène Ruiz Fabri est diplômée de droit et de science politique, docteure en droit et professeure agrégée des facultés de droit. Avant de devenir directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit procédural en 2014, où elle est également responsable du département de droit international et règlement des différends, elle a été directrice de l'École de droit de la Sorbonne (université Panthéon-Sorbonne), de l'unité mixte de recherche de droit comparé (université Panthéon-Sorbonne/CNRS) et des Masters 2 Droit international économique et *Global Business Law and Governance*. Elle a publié de nombreux ouvrages, contributions ou articles, notamment dans les domaines du contentieux international, et du droit international économique.





# Actes – Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit financier et de la régulation

---

**Rémi Bouchez**

*président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Cette séance est la septième conférence du cycle consacré au droit comparé et à la territorialité du droit, organisée par la section du contentieux et la section du rapport et des études du Conseil d'État, en association avec la société de législation comparée et l'Institut français de sciences administratives.

Pour traiter du thème de cette conférence, à travers l'exemple du droit financier et de la régulation, j'ai le plaisir d'accueillir : Gérard Rameix, président de l'Autorité des marchés financiers (AMF) depuis août 2012, après une riche carrière nettement orientée vers les questions financières ; Daniel Sarmiento, avocat et professeur à l'université Complutense de Madrid, spécialiste du droit de l'Union européenne, qu'il a eu l'occasion de mettre en pratique dans des fonctions de référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne ; et Hélène Ruiz Fabri, professeure agrégée des facultés de droit et directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg, spécialiste du droit international économique.

L'objet de cette conférence va nous conduire à débattre des changements à l'œuvre en matière de production de normes dans le domaine du droit financier et de la régulation : comment, aujourd'hui, sont-elles élaborées ? D'où viennent-elles ? Quelles formes prennent-elles ? Ce champ de la régulation financière est certainement un champ dans lequel ces changements, et les questions qu'ils suscitent, sont particulièrement intéressants à étudier, notamment à la lumière des conséquences de la crise financière de 2008.

Pourtant, lorsque l'on fréquente assidument la section des finances du Conseil d'État – comme c'est mon cas depuis un certain nombre d'années –, l'on pourrait avoir le sentiment que le droit traditionnel (celui qui se loge dans les lois et les décrets) résiste assez bien à tous ces changements. Dans cette section du Conseil d'État, nous examinons, chaque année, de très nombreux projets de lois, d'ordonnances ou de décrets dans le champ de la régulation des marchés et du droit des opérateurs financiers (banques, assurances).

Tous ces textes viennent incessamment corriger ou compléter le droit en vigueur, souvent de manière substantielle.

D'ailleurs, les grandes réformes intervenues en réaction à la crise financière de 2008 ont toutes trouvé, d'une façon ou d'une autre, une traduction dans des

normes de nature législative ou réglementaire. Je pense, par exemple, en matière bancaire, à ce que l'on appelle le « paquet CRD IV »<sup>18</sup> ou, dans le domaine de l'assurance, à « solvabilité II »<sup>19</sup>.

Un chiffre pour illustrer mon propos : la partie législative (L) du code monétaire et financier, qui date de décembre 2000, a été modifiée entre cette date et aujourd'hui par, très exactement, deux cent vingt-six lois et ordonnances, dont certaines de très grande importance, sur le fond et en quantité d'articles.

Mais nous constatons aussi, dans notre travail sur ces projets de loi, d'ordonnance et de décret, qu'une très grande part – sans doute largement plus de la moitié – est composée de textes de transposition de directives européennes. Ce que nous constatons également, c'est que beaucoup de choses se jouent en amont, en aval, et même à côté de ces lois et de ces décrets, qui constituent toujours le cœur du « droit dur » au plan national.

En amont, il y a donc souvent les décisions de l'Union européenne, qui prennent la forme de règlements et de directives, mais ces textes traduisent aussi des réformes pensées, débattues et arrêtées dans des enceintes plus larges que l'Union européenne (G20, Comité de Bâle, Organisation de coopération et de développement économiques), et que l'Union européenne reprend à son compte. En aval, et en plus des instruments classiques du droit que sont la loi, le décret ou l'arrêté, il existe aujourd'hui d'autres instruments, de « droit dur » ou de « droit souple »<sup>20</sup>, souvent édictés par des institutions qui ont leur autonomie : le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF), qui est un document très épais que l'AMF a en charge de faire respecter et d'actualiser, mais aussi les prises de position, les recommandations, les lignes directrices, les « principes d'application sectoriels », les communiqués et autres « nouveaux véhicules » que les régulateurs ou les superviseurs nationaux que sont l'AMF ou l'Autorité de contrôle prudentiel de résolution sont habilités à émettre. Enfin, il y a aussi, à côté, en quelque sorte, de cet édifice national, d'autres formes de normes : celles qu'émettent, par exemple, la Banque centrale européenne (BCE) ou les différentes agences européennes constituées dans la période récente.

Tout cela pose beaucoup de questions que nous allons essayer d'explorer avec l'aide de nos intervenants. Ce nouveau système normatif, que nous voyons se mettre en place, est-il efficace et intelligible ? Soulève-t-il des questions de légitimité et

18 Le « paquet CRD IV », composé de la directive dite « CRD IV » et du règlement européen dit « CRR » (Règlement UE n° 575/2013), a été adopté le 26 juin 2013 pour une entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2014. Il s'agit de la déclinaison européenne des accords internationaux dits « Bâle III » qui prévoient le renforcement et l'harmonisation des exigences en fonds propres et l'introduction de normes de liquidité pour le secteur bancaire. Le « paquet CRD IV » comprend également plusieurs mesures, non directement liées aux accords « Bâle III », d'harmonisation des pratiques européennes, notamment en matière d'agrément, de gouvernance, y compris en matière de politiques de rémunérations, de supervision et de sanctions. Il s'applique aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille.

19 La directive « Solvabilité II » offre un cadre prudentiel harmonisé, sain et robuste aux entreprises d'assurance dans l'UE depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016. Ses dispositions s'appuient sur le profil de risque des différentes entreprises d'assurance en vue de renforcer la comparabilité, la transparence et la compétitivité.

20 Pour un approfondissement de la notion, v. Conseil d'État, *Le droit souple*, étude annuelle 2013, n° 64, Paris, éd. La documentation Française, 2013.



de contrôle démocratique ? Parvient-il à assurer une harmonisation des règles applicables entre les différents pays qui y participent ?

Pour éclairer ces questions, le président Rameix évoquera le rôle de l'AMF dans la genèse du droit des marchés financiers, dans le cadre européen et international, puis la façon dont la « place financière » est associée à ces évolutions.

Ensuite, maître Sarmiento présentera les changements qui résultent de la construction d'une Union bancaire européenne, édifice assez complexe qui comporte de nets éléments de fédéralisme qui méritent d'être soulignés et analysés.

Enfin, la professeure Ruiz Fabri analysera le rôle majeur du G20, à la suite notamment de la crise financière de 2008, et les interrogations que ce rôle peut susciter en termes d'efficacité et de légitimité.

---

### **Gérard Rameix**

*président de l'Autorité des marchés financiers*

Dans quelle mesure les conditions d'élaboration du droit ont-elles été bouleversées dans les années récentes dans le domaine du droit boursier, et du droit des marchés financiers ? D'emblée, l'on peut dire qu'elles le furent de façon progressive et accélérée, et de plus en plus fortement.

À la fin des années 1960, lorsque la Commission des opérations de bourse (COB) a été créée et a commencé à travailler, le paysage de départ était assez classique. La COB partait de la loi, étayée par des décrets, et ensuite prenait des règlements. Cela offrait deux particularités au domaine financier : la première résidait dans le partage du pouvoir réglementaire, puisque le règlement de la COB, à l'époque, n'était pas général mais thématique. Ce règlement était décidé en collaboration avec les services du ministère chargé de l'économie. Il ne pouvait être élaboré que par la COB qui le délibérait *in fine* de manière collégiale, et n'entraînait ensuite en application qu'avec l'approbation du ministre. Le pouvoir était donc partagé. La seconde particularité est qu'il existait des institutions de place qui, elles-mêmes, effectuaient un travail d'élaboration de normes à un niveau inférieur, mais possédaient une importance pratique aux côtés de la COB. Cette dernière, l'une des premières autorités indépendantes, restait en effet très « administrative ».

Aujourd'hui, ce paysage n'existe plus. La quasi-totalité des règles que l'Autorité des marchés financiers (AMF) applique sur les marchés pour la régulation financière ont une origine européenne, ou ont été revues au niveau européen aux fins d'harmonisation. Cela ne signifie pas que cette harmonisation soit totale, ou que les institutions étatiques ou de type autorités indépendantes nationales ne jouent aucun rôle, mais seulement que prédomine un effort majeur d'harmonisation des réglementations au sein de l'Union européenne.

Je souhaiterais développer mon exposé autour de trois points : d'abord, dire que l'essentiel du droit boursier est à présent harmonisé sur le plan européen ; ensuite,



préciser que le débat international est important car, souvent, cette harmonisation européenne se fait sur des éléments précédemment discutés au niveau mondial ; et enfin, indiquer que l'on se trouve devant un certain paradoxe parce que l'on assiste concomitamment au développement du droit souple et à l'augmentation des procédures répressives.

### **1. L'essentiel du droit boursier est à présent harmonisé sur le plan européen**

La procédure européenne est classique. Elle possède trois niveaux : le niveau 1 est le droit européen lui-même, qui se divise en directives et en règlements ; le niveau 2 concerne le respect des standards techniques « *Regulatory technical standards* » (RTS) ou « *Implementing technical standards* » (ITS) sur des textes qui sont d'interprétation et qui permettent de donner sa véritable portée au niveau 1, voire au niveau 3 qui est subordonné au niveau 2.

Quelles sont les grandes novations sur ce point ?

La plus importante est la création de l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF)<sup>21</sup> qui est une autorité de surveillance européenne indépendante faisant partie des trois Autorités de supervision européennes (ESA)<sup>22</sup> avec l'Autorité bancaire européenne (ABE) – en anglais, « *European Banking Authority* » (EBA) –, et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) – en anglais, « *European Insurance and Occupational Pensions Authority* » (EIOPA).

Ces agences ont été insérées, de façon novatrice, dans le paysage institutionnel européen, à un niveau que l'on peut considérer comme relativement modeste puisqu'elles sont inféodées à la Commission. La Commission siège à une grande partie des séances ; elle est représentée et n'est pas forcée d'accepter les textes de niveau 2 que propose l'AEMF, sur lesquels elle peut même demander des modifications. Le paysage institutionnel classique européen reste prégnant, mais il laisse place à des acteurs nouveaux. Certes, la place de l'AEMF au niveau européen est moindre que celle de l'Autorité des marchés financiers (AMF)<sup>23</sup> ou de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)<sup>24</sup> au niveau national – car au niveau

---

21 L'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), en anglais, « *European Securities and Markets Authority* » (ESMA), créée en 2011, vise à améliorer la protection des investisseurs et à promouvoir la stabilité et le bon fonctionnement des marchés financiers.

22 Le 22 septembre 2010, le Parlement européen, après accord unanime des États membres, a voté le nouveau cadre de surveillance proposé par la Commission, qui fut entériné par le Conseil ECOFIN du 17 novembre 2010. Trois Autorités de supervision européennes (ESA) et un Comité européen du risque systémique (CERS) ont été mis en place à partir de janvier 2011 pour remplacer les anciens comités de surveillance. Il s'agit d'une surveillance micro-prudentielle des établissements financiers.

23 Créée en 2003, l'Autorité des marchés financiers (AMF) est issue de la fusion de la Commission des opérations de bourse (COB), du Conseil des marchés financiers (CMF) et du Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF). Elle a pour missions de veiller à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tout autre placement donnant lieu à appel public à l'épargne ; à l'information des investisseurs ; et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers.

24 Issue de la fusion, en mars 2010, des quatre autorités de la banque et de l'assurance (Commission bancaire, Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, Comité des entreprises d'assurance, et Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement), l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), institution adossée à la banque de France, a pour mission de veiller à la qualité de la situation financière des entités du secteur financier qu'elle supervise, afin de garantir la stabilité du système financier et la protection des clients.



national, on a davantage laissé place à l'indépendance de ces institutions que cela n'a été fait au niveau européen –, mais il s'agit-là plus d'une question de degré que de nature.

Le reste est assez connu. Depuis 2007-2008, période durant laquelle la crise financière a débuté, et durant ce que l'on a appelé l'« *agenda Barnier* » – du nom du commissaire français qui était responsable de ce secteur<sup>25</sup> –, des directives ou des règlements sont intervenus dans pratiquement tous les compartiments du jeu sur le marché financier ; qu'il s'agisse de la directive « prospectus » pour les appels au marché<sup>26</sup>, de la directive « AIFM » pour la gestion alternative<sup>27</sup>, de la directive « MAD » pour la définition des infractions boursières<sup>28</sup>, ou du règlement « EMIR » pour le changement de régime – assez profond – des instruments dérivés<sup>29</sup>.

L'ensemble de ces éléments a été rediscuté au niveau européen avec, à la fois, une articulation assez précise par rapport à ce qui avait été demandé par le G20, et un certain parallélisme avec la loi américaine *Dodd-Frank Act*<sup>30</sup> ; mais à travers une coordination qui reste incertaine puisque l'on a vu, dans les discussions entre l'Autorité américaine de régulation des marchés de produits dérivés<sup>31</sup> et la Commission européenne, que, pour la mise en œuvre du fonctionnement des chambres de compensation, qui peuvent avoir des clients tant américains qu'européens, plus de deux ans ont été nécessaires. Cela montre que, malgré l'unicité de l'inspiration du G20, beaucoup de points de détails restaient à régler.

Mais ceci ne signifie pas que les pouvoirs des membres de l'AEMF soient si limités que cela, car ils composent le conseil de surveillance – ou conseil d'administration – qui est en fait l'organe de décision de l'AEMF ; et dont mes homologues et moi-même sommes membres.

Nous avons à organiser et à surveiller, en relation avec les autorités nationales, l'insertion des règles européennes dans le paysage juridique national. Nous avons le pouvoir d'appliquer complètement la norme, ou alors l'obligation d'expliquer pourquoi l'on y déroge. Nous sommes responsables de l'application, y compris sous la contrainte, de ces textes. Il y a encore énormément de travail à faire au niveau national, mais le cadre général reste européen.

---

25 Michel Barnier, commissaire européen chargé du marché intérieur et des services financiers du 10 février 2010 au 1<sup>er</sup> novembre 2014.

26 Directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant la directive 2001/34/CE.

27 Directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs.

28 Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché.

29 Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux ; connu en anglais sous le nom d'« *European Market and Infrastructure Regulation* » (EMIR).

30 Le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* du 21 juillet 2010 est le principal volet législatif de la réforme du marché financier engagée par l'administration Obama à la suite de la crise des *subprimes* et de ses conséquences financières et économiques.

31 Autorité américaine de régulation des marchés de produits dérivés, plus connue sous le nom anglais de « *Commodity Futures Trading Commission* » (CFTC).



## 2. L'importance des débats internationaux

Le débat international est également très important. Il se situe au niveau mondial, c'est-à-dire *supra*-européen. Pour quelle raison ? Au niveau des régulateurs de marchés, il existe une institution qui s'appelle l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV)<sup>32</sup>, sorte d'« Organisation des Nations Unies des régulateurs de marchés ». Les États-Unis ont la *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC)<sup>33</sup> et la *Securities and Exchange Commission* (SEC)<sup>34</sup>, le Royaume-Uni a la *Financial Conduct Authority* (FCA)<sup>35</sup>, et la France a l'Autorité des marchés financiers (AMF). Plus de cent régulateurs sont présents, avec un conseil de trente-cinq membres qui prend les décisions, un président – actuellement australien –, et un secrétaire général – aujourd'hui américain et auparavant britannique –, lesquels déterminent cette politique mondiale et ce dialogue mondial des régulateurs.

Ensuite, nous avons des *forums* qui rassemblent trois parties prenantes très importantes : les régulateurs de marché, les régulateurs prudentiels et les banques centrales, puis les représentants des ministres de l'économie. Cela est également vrai au niveau européen, dans une instance qui s'appelle le Conseil de résolution unique (CRU)<sup>36</sup> et, au niveau mondial, avec le Conseil de stabilité financière (CSF)<sup>37</sup>, qui est présidé par un Canadien, Mark Carney, gouverneur de la Banque centrale britannique et bras armé du G20 dans le domaine de la régulation financière.

C'est ici que toutes les interrogations sur les risques systémiques et macro-économiques liés à l'évolution de la finance sont examinées et, si possible, maîtrisées. Ces instances ont deux grands axes d'action : prévenir les risques systémiques, dont nous avons fait la douloureuse expérience, à la fois avec l'éclatement de la bulle en 2000-2001, puis avec la crise dite « *des subprimes* »<sup>38</sup> en 2007-2008 ; et – sans que cela ne soit forcément convergent – protéger l'épargne et garantir le bon fonctionnement des missions traditionnelles des régulateurs de marchés. Pour ce faire, des échanges constants ont lieu sur ces thèmes-là au sein de ces instances.

Dans ce contexte, quelle est la position d'une institution comme l'AMF ? En préparant notre plan stratégique pour les années 2013-2016, nous avons recensé

32 Plus connue en anglais comme : « *International Organization of Securities Commissions* » (IOSCO).

33 La « *Commodity Futures Trading Commission* » (CFTC), fondée en 1975, est une agence fédérale indépendante américaine chargée de la régulation des bourses de commerce, où se traitent les matières premières.

34 La « *Securities and Exchange Commission* » (SEC) est l'organisme fédéral américain de réglementation et de contrôle des marchés financiers.

35 La « *Financial Conduct Authority* » (FCA) est une institution britannique indépendante, c'est-à-dire non gouvernementale, qui vise à réguler le fonctionnement des marchés financiers au Royaume-Uni.

36 Le Conseil de résolution unique (CRU), en anglais « *Single Resolution Board* » (SRB), est la nouvelle autorité de résolution de l'Union bancaire européenne. Sa mission consiste à assurer la résolution ordonnée des banques défaillantes en réduisant, au minimum, les conséquences pour l'économie réelle et les finances publiques des pays de l'Union européenne participants et d'autres pays.

37 Le Conseil de stabilité financière (CSF), en anglais « *Financial Stability Board* » (FSB), est un groupement économique international créé lors de la réunion du G20 à Londres, en avril 2009, dont les objectifs relèvent de la coopération dans le domaine de la supervision et de la surveillance des institutions financières. Il regroupe vingt-six autorités financières nationales, plusieurs organisations internationales et groupements élaborant des normes dans le domaine de la stabilité financière.

38 Les « *subprimes* » sont des crédits immobiliers gagés sur le logement de l'emprunteur (principe de l'hypothèque), avec un taux d'emprunt fixe les premières années, puis variable au cours du temps.

que nous participions à soixante-dix groupes de travail, au niveau européen ou mondial, qui se réunissent dans une périodicité assez resserrée. C'est tout à fait considérable. Nos cadres se doivent donc d'être compétents, de parler anglais, et de savoir négocier sur des dossiers très techniques ; sans compter le travail réalisé en amont, dans un droit plus ou moins « dur », à partir d'éléments parfois abscons discutés dans des enceintes aussi discrètes que techniques.

Évidemment, le débat européen va se trouver influencé par cette discussion. Nous avons, cependant, une spécificité européenne, qui peut nous démarquer de façon plus ambitieuse que les demandes du G20 ou du Conseil de stabilité financière. Il existe un chassé-croisé euro-américain sur les fonds monétaires ; sur ce thème, les Européens sont beaucoup plus ambitieux, tandis que les Américains freinent en raison d'un débat interne très difficile. Pourtant, au final, l'étape majeure a été qu'il y a eu un consensus aux États-Unis, et l'Autorité des marchés financiers des États-Unis (la « *Security Exchange Commission* » ou SEC) a imposé une réforme qui restreint ce que l'on appelle les fonds monétaires à valeur constante, pendant que l'Europe, partie très forte sur ce thème, a reculé devant l'obstacle, et s'apprêterait même à « botter en touche ».

Le débat international reste donc très vif. Et si, fin 2008-2009, une impulsion extrêmement forte au niveau politique a eu lieu dans le cadre du G20, nous avons l'impression, depuis, que les technocrates ont repris le pouvoir, car ce sont des enceintes plus techniques. Le G20 a tendance à « bénir » des travaux qui ont été initiés par le Conseil de stabilité financière, ou par des instances spécialisées sous une certaine autorité du Conseil de stabilité financière. On peut le regretter, si l'on croit à la primauté et à la nécessité des arbitrages politiques.

### **3. L'utilisation croissante et concomitante du droit souple et des procédures répressives**

Actuellement, on constate l'apparition d'un paradoxe avec, d'un côté, l'augmentation des procédures répressives, en raison des infractions commises par le monde financier et, de l'autre côté, la multiplicité des normes juridiques, de natures parfois très variées, qui servent à gérer ces types de transactions.

Ainsi avons-nous tous pu constater qu'une grande banque française a été obligée d'accepter un compromis aux États-Unis, avec une très forte amende, en raison de la violation d'une norme qui n'en était pas une sur le plan européen<sup>39</sup>. Ladite banque n'avait commis aucune irrégularité juridique, ni en France, ni en Europe, mais elle avait, du point de vue américain, contrevenu à des positions américaines, et n'avait pas réagi assez vite par rapport à ces écarts vis-à-vis de la norme américaine. Pour éviter de voir ses intérêts menacés aux États-Unis, la banque

---

<sup>39</sup> Le 30 juin 2014, les États-Unis condamnaient la banque BNP Paribas à une amende de 8,834 milliards de dollars (6,45 milliards d'euros) pour avoir effectué des paiements en dollars en Iran, au Soudan et à Cuba. C'est la pénalité financière la plus lourde jamais infligée par les autorités américaines à une banque étrangère. Ces transactions étaient parfaitement légales en Europe ; mais, étant libellées en dollars, elles ont été compensées *via* la filiale de BNP Paribas à New York. La justice américaine fait, ainsi, du règlement en dollars d'une transaction le lien de rattachement aux États-Unis, permettant d'étendre l'application de la loi américaine aux sociétés européennes, et de résoudre le litige conformément à leurs propres règles procédurales, qui font une large place aux « *deals* de justice ».



française a été obligée d'accepter cette transaction<sup>40</sup>. On constate ici que la base juridique de ces condamnations est extrêmement limitée (et même inversement proportionnelle à l'énormité de la sanction).

À l'AMF, on a des règles dures plus nombreuses, mais qui sont quelquefois très générales, ce qui nous est parfois reproché : par exemple, telle société devra disposer d'un système adapté de contrôle interne, ou de détection des infractions. Derrière cela, nos équipes fournissent un rapport qui souligne que le système de détection en cours ne couvrait qu'une partie des instruments, ou ne fonctionnait pas complètement, ou a été mis en œuvre trop tard ; d'où la sanction, alors que la norme était d'une généralité très grande. L'on peut dire, par rapport au principe de droit répressif classique, que la précision de la norme est assez limitée. Pourtant cette norme reste un moyen de discipliner les comportements des acteurs des marchés financiers.

Face à cela, le droit souple acquiert une grande importance, car il est à la fois plus facile à modifier, à créer, et à diffuser par rapport à une pratique de marché qui est extrêmement mouvante. Le président Bouchez signalait, dans son introduction, la nécessité de dialoguer avec les acteurs ; or, le régulateur est fondamentalement un juriste ; et même s'il a des compétences techniques, le juriste ne peut faire des règles que sur des pratiques qu'il a comprises et qui sont en voie de se stabiliser. Dès que quelque chose de nouveau apparaît, il faut dialoguer aussi vite et aussi complètement que possible avec les acteurs, pour essayer d'appréhender ces nouvelles règles ou ces nouveaux risques. On a affronté la crise des *subprimes* avec des évaluations de cinquante à soixante trillions<sup>41</sup> de dollars d'instruments dérivés, qui avaient été créés à partir de rien, à partir uniquement du principe contractuel ! Il n'existait aucune règle de régulation. Il faut donc rester au courant de la pratique, dialoguer et essayer de mesurer les choses. Vous avez entendu parler des études d'impact : en théorie, on devrait faire, avant chaque élaboration de règle, une merveilleuse étude d'impact qui nous en précise toutes les conséquences. Mais je suis sceptique, car on ne sait pas toujours quelles vont être les conséquences de nos actions. Or l'absence de règles est aussi dommageable ; il faut donc essayer de prévoir, au maximum, les conséquences de nos actes, mais si on attend d'avoir documenté toutes les conséquences avant de prendre une règle, on risque d'aller aussi à la catastrophe.

Voilà les quelques éléments que je souhaitais évoquer sur l'élaboration du droit, qui est une chose, à la fois, passionnante et très difficile, à raison de l'internationalisation, de la rapidité des évolutions techniques, et de la capacité également des acteurs à échapper à la règle en se jouant des frontières comme le montre l'actualité.

40 Lorsqu'une entreprise est soupçonnée de pratiques illicites (corruption, violation d'embargo), elle se voit proposer de coopérer ou de s'opposer aux autorités américaines. Si l'entreprise s'oppose, elle est alors sous la menace d'une mise en examen et de sanctions lourdes, telle que le retrait de la licence bancaire. Par ailleurs, l'instrumentalisation du procès et la médiatisation conduisent à passer par le « *deal de justice* » plutôt que par le procès. Ces « *deals* » prennent la forme de « *guilty plea* », ou d'accords transactionnels, soumis ou non à un contrôle juridictionnel minimal. Sur ce sujet, v. l'ouvrage collectif codirigé par A. Garapon et P. Servan-Schreiber, *Deals de justice - Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, éd. PUF, 2013.

41 Un trillion représente un milliard de milliard.





---

**Rémi Bouchez**

*président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Merci beaucoup. Je me tourne vers les deux autres intervenants pour connaître leurs réactions, commentaires, ou points de vue.

---

**Hélène Ruiz Fabri**

*professeure agrégée des facultés de droit,  
directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit procédural*

Le président Rameix parlait d'influences qui arrivaient du niveau mondial. J'aurais été intéressée par sa définition de ce qu'il considère comme mondial.

---

**Gérard Rameix**

*président de l'Autorité des marchés financiers*

Ce que je considère comme mondial, c'est le fait que, même si nous travaillons essentiellement au niveau européen, nous dialoguons principalement avec les Américains, les Asiatiques, notamment au sein de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) qui est une instance mondiale. Elle n'a pas d'autorité en tant que telle, elle recherche des consensus, et publie des analyses ; elle essaie de faire converger des pratiques, mais elle n'est pas une institution internationale *stricto sensu*. Dans notre domaine, ce que j'appelle « mondial » est le G20. Le G20 et le Conseil de stabilité financière (CSF) sont les seules instances de niveau mondial à ma connaissance qui ont donné des orientations relativement précises quant aux conséquences à tirer de la crise en matière de régulation financière.

---

**Hélène Ruiz Fabri**

*professeure agrégée des facultés de droit,  
directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit procédural*

Ce que je trouve très frappant dans votre intervention est qu'à aucun moment vous ne mentionnez les institutions financières publiques, les grandes organisations internationales ; elles n'ont pas l'air de faire partie de votre paysage.

---

**Gérard Rameix**

*président de l'Autorité des marchés financiers*

Dans le domaine boursier, j'ai parlé en tant que régulateur de marchés. La principale contribution du Fonds monétaire international (FMI) est d'être mobilisé, par les instances mondiales justement, pour passer en revue l'état de la régulation pays par pays. Nous allons bientôt recevoir une délégation du FMI, dont les inspecteurs sont missionnés pour faire un état de la régulation française, dans le but de voir si elle respecte ou s'écarte des normes mondiales, plus ou moins précises, définies par le G20 et le CSF qui effectuent là un véritable travail technique.

Pour le reste, leur politique macroéconomique, ou leurs interventions dans des pays en crise ne sont pas des choses qui sont de mon domaine. Le FMI n'intervient pas directement, par exemple, sur l'utilisation d'informations privilégiées sur le rôle des chambres de compensation. Son rôle est plus financier, et ne ressort pas du domaine du droit des marchés, du droit boursier, ou de la gestion d'actifs.

---

**Daniel Sarmiento**

*avocat, professeur à l'université Complutense de Madrid*

J'ai une question concernant les autorités au niveau européen. S'il existe une action coordonnée entre les autorités nationales au niveau européen du point de vue de la fabrication des normes – même informelle au niveau de l'AEMF –, existe-t-il des communications, une coopération entre autorités pour devenir producteur de normes ?

---

**Gérard Rameix**

*président de l'Autorité des marchés financiers*

Nous avons des contacts bilatéraux fréquents avec nos collègues britanniques, italiens, allemands ou espagnols. Soit pour des affaires précises, comme la situation d'Euronext<sup>42</sup> qui est une entreprise de marchés qui concerne quatre places importantes de la zone euro, dont la France. Chaque règle nationale donne des pouvoirs aux Portugais, aux Belges, aux Néerlandais, et à nous-mêmes, pour réguler l'activité d'Euronext. Comme cette activité dépasse largement les frontières, le carnet d'ordres est unique sur la plupart des valeurs. Nous nous réunissons régulièrement en un collège des présidents des différentes autorités. L'on a également constitué des groupes de travail. Les spécialistes se réunissent régulièrement pour voir ce qu'ils pensent de la solidité du fonctionnement des systèmes informatiques d'Euronext, de l'adaptation de leurs textes sur différents marchés, etc. Une coopération assez importante existe selon les circonstances.

L'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) fournit un cadre, non seulement, pour la production de normes, mais aussi, pour procéder à un basculement dans leurs plans stratégiques d'une activité très concentrée sur la production de normes, vers une activité concentrée sur la convergence des pratiques de supervision. C'est une chose de passer des heures à donner l'interprétation de telle ou telle page d'une directive européenne, à la transformer en norme technique de réglementation<sup>43</sup>, de la soumettre à la Commission européenne ;

---

42 Euronext est une société née de la fusion, en 2000, des bourses d'Amsterdam (AEX), de Bruxelles (BXS), et de Paris (Paris Bourse) ; en 2002, elle fusionne avec les bourses de Lisbonne et de Porto, puis, en 2007, avec le New York Stock Exchange (principale bourse américaine), formant le premier opérateur boursier global, NYSE Euronext. Elle organise la bourse française, mais également la bourse aux Pays-Bas, en Belgique et au Portugal. Première bourse paneuropéenne, Euronext est le principal opérateur financier de la zone euro avec plus de mille trois cents émetteurs représentant une capitalisation boursière totale de deux mille six cents milliards d'euros.

43 Les normes techniques sont adoptées par la Commission européenne, mais élaborées par l'AEMF dans le but, notamment, de garantir une harmonisation cohérente entre États membres. On distingue les normes techniques de réglementation (en anglais, « *Regulatory Technical Standards* » ou RTS), des normes techniques d'exécution (en anglais, « *Implementing Technical Standards* » ou ITS).

mais c'en est une autre de vérifier que l'Espagnol, le Britannique, l'Allemand et le Français l'appliquent concrètement, ou imposent dans les mêmes conditions l'application de ces règles ; la même phrase n'ayant pas la même portée pour un Britannique ou un Français.

Je préside, au sein de l'AEMF, le groupe permanent sur le droit des sociétés, dont les obligations découlent notamment des directives « prospectus »<sup>44</sup> et « transparence »<sup>45</sup>. Nous passons notre temps à établir des questions-réponses sur des problèmes d'interprétation, à discuter entre nous de la manière dont nous comprenons les textes. Il ne s'agit plus de collaboration pour élaborer les normes, mais pour les appliquer. Nous avons une équipe qui mène, en ce moment, un examen précis (en anglais, « *peer review* ») sur la manière dont les régulateurs des marchés financiers des différents États de l'Union européenne passent en revue les prospectus, avant une introduction en bourse ou une augmentation de capital. L'on va comparer très finement l'organisation, les moyens, l'âge des gens, la procédure, pour essayer d'être le plus harmonisé possible. À la fois directement et au travers de l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), l'on a considérablement resserré les liens, et l'on peut dire que l'on bâtit là un réseau européen de régulateurs de marchés.

---

**Rémi Bouchez**

*président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

De mon côté, j'ai deux questions à l'attention du président Rameix.

L'une porte sur les relations avec les acteurs de la place : les opérateurs. Lorsque l'AMF met en chantier une réflexion ou une éventuelle évolution de la réglementation, ou les conditions dans lesquelles sera mise en œuvre une réglementation européenne, les échanges, le dialogue avec les acteurs sont-ils organisés, institutionnalisés d'une façon ou d'une autre, ou la façon de procéder est-t-elle informelle ?

La seconde question est plus générale et, sans doute, est-il plus difficile d'y répondre : nous avons appris que beaucoup de travaux communs, de recherches de convergences, ou d'internationalisation, avaient été opérés ; mais, *in fine*, les règles que doit appliquer un opérateur financier qui agit dans l'un ou l'autre des pays engagés dans ces travaux et cette coopération sont-elles proches, ou y a-t-il beaucoup de distinctions entre ce qu'un opérateur sur les marchés financiers en Allemagne, en Grande-Bretagne, en France, en Espagne ou aux États-Unis doit respecter en tant que *corpus* de normes de droit dur ou souple ?

---

44 Directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre publique de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant la directive 2001/34/CE.

45 Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, et modifiant la directive 2001/34/CE.



En réponse à la première question, nous avons des pratiques systématiques de consultation, qui ne sont pas forcément écrites dans un texte. La manière la plus classique étant de faire rédiger un avant-projet de texte, qui fait l'objet d'une validation par le Collège de l'AMF, de le diffuser en ligne sur notre site Internet, et de donner quatre à huit semaines aux acteurs de la place afin qu'ils puissent nous envoyer des commentaires. Ensuite, nous revenons devant le collège pour lui présenter les principaux commentaires qui ont été faits, avec les réponses que l'on y donne. Puis le collège tranche. Parfois, en amont, nous créons un groupe de travail *ad hoc* réunissant des spécialistes de la place, parce que nous pensons que nous devons adapter nos règles à la pratique mise en œuvre.

C'est le cas, par exemple, en ce qui concerne les introductions en bourse où nous avons, en France, une très longue tradition de régulation. Estimant que nos règles étaient particulières par rapport à celles de nos voisins, nous avons créé un groupe de travail pour savoir si nous pouvions améliorer notre action : fallait-il se rapprocher, ou s'aligner sur la norme européenne qui, par ailleurs, était peu précise ? Des spécialistes ont travaillé avec nous durant plusieurs semaines, pour ensuite passer à une deuxième phase : la consultation.

Sur de tels projets, je préside la commission consultative « épargnants » de l'AMF – et je profite de cette tribune pour rendre hommage à Jacques Delmas-Marsalet qui était mon prédécesseur dans ce rôle. L'on a des commissions permanentes, indépendamment de ces consultations *ad hoc*, au sein desquelles on dialogue sur les principaux sujets. On a des commissions « émetteur », « *post* marchés », « gestion d'actifs » et « marchés ». On constate un certain déséquilibre entre les moyens dont dispose une association d'émetteurs, des associations de gérants, des associations de banquiers, et puis ceux qui représentent l'épargnant individuel. Il y a quelques associations, quelques spécialistes très passionnés qui se dévouent à cela, mais il existe un certain déséquilibre. Ce déséquilibre n'existe pas seulement en France, mais aussi au niveau européen. Dans ce contexte, nous considérons que nous sommes le protecteur naturel de l'épargnant.

La réponse à la seconde question varie selon les situations. Nous avons accusé une grande entreprise d'aéronautique de manquements graves. Cette entreprise est notamment implantée en Allemagne et en France : elle est donc franco-allemande. Les mêmes faits en Allemagne ont donné lieu à l'ouverture d'une enquête qui a duré trois semaines et a été immédiatement classée. En France, la procédure a duré... plusieurs années<sup>46</sup> et est même allée jusqu'au Conseil constitutionnel<sup>47</sup>.

---

46 Le Collège de l'AMF avait enquêté sur des soupçons de délits d'initiés envers des dirigeants d'Airbus, filiale d'EADS, avant que la Commission des sanctions ne prononce une décision de relaxe générale publiée le 17 décembre 2009.

47 CC, décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, M. John L. et autres.



---

**Rémi Bouchez**

*président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Merci. Nous poursuivons nos interventions, et je donne la parole à maître Sarmiento.

---

**Daniel Sarmiento**

*avocat, professeur à l'université Complutense de Madrid*

Mon propos sera axé sur le secteur bancaire et sur l'un des niveaux de production et d'exécution des normes qu'est l'Union européenne. La création d'une Union bancaire européenne, dotée de mécanismes européens de surveillance et de résolution, ainsi que d'un cadre commun concernant les exigences requises en matière de capital et de bonne gouvernance des établissements de crédits européens suppose une transformation radicale affectant également la fabrique et les véhicules des normes, tant européens que nationaux.

Dans le cadre de cette présentation, j'exposerai certains des apports les plus substantiels de cette Union bancaire européenne et, plus particulièrement, celui de la surveillance unique, au monde du droit et, notamment, au droit public.

### **1. La fédéralisation des institutions financières : la Banque centrale européenne (BCE) et le Mécanisme de surveillance unique (MSU)<sup>48</sup>**

La crise, qui a frappé le secteur financier à partir de l'année 2008, a mis en exergue la nécessité, pour l'Union européenne, d'assumer des fonctions plus directes de régulation des surveillances, tant sur les marchés des valeurs mobilières qu'à l'égard du secteur bancaire. Dans le cas de ce dernier secteur, un cadre uniforme a pu être adopté concernant tant l'harmonisation que la régulation applicables aux banques établies de l'Union dont l'expression principale réside dans deux actes législatifs européens : la directive 2013/36/UE<sup>49</sup> et le règlement (UE) n° 575/2013<sup>50</sup>. Ce *corpus*, communément dénommé « Règlement uniforme européen », en anglais « *Single Rulebook* »<sup>51</sup>, adapte non seulement les réformes convenues à

---

48 Le Mécanisme de surveillance unique (MSU) fait de la Banque centrale européenne (BCE) le superviseur prudentiel central des établissements bancaires de la zone euro (environ six mille banques) et des pays non-euro qui décident de participer au MSU.

49 Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE.

50 Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012.

51 Le « règlement uniforme » constitue le socle de l'Union bancaire. Il s'agit d'un ensemble de textes législatifs que toutes les institutions financières dans l'Union européenne doivent respecter. Ces règles définissent notamment les exigences en fonds propres pour les banques, la protection des déposants, et le cadre de redressement et de résolution des banques défaillantes.

l'échelle internationale de Bâle III<sup>52</sup>, mais aussi, dans certains cas, des dispositions additionnelles de portée strictement européenne.

Au demeurant, la fabrique des normes ne s'arrête pas là puisque les États membres devront, bien évidemment, adopter les normes et les transpositions opportunes. De surcroît, le règlement (UE) n° 575/2013 a octroyé à ces derniers d'importantes options dans l'application de la réglementation européenne. Les États membres disposent de facultés discrétionnaires pour la transposition de directives et, aussi, d'options ; ce qui n'est pas du goût de la Banque centrale européenne, et ne va pas sans engendrer de nombreuses difficultés. La fabrique des normes est complétée par l'irruption d'une agence européenne se consacrant spécifiquement à l'activité bancaire : l'Autorité bancaire européenne (ABE)<sup>53</sup> dont la mission principale, et non unique, consiste à élaborer des réglementations techniques devant être approuvées par la Commission dans le cadre du système des actes d'exécution prévus par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Or, la fabrique des normes, telle qu'exposée jusqu'à présent, concerne les vingt-huit États membres. Il est, dès lors, fondamental que le Règlement uniforme européen prévoit des options, des facultés discrétionnaires, offrant une certaine flexibilité à chaque pays<sup>54</sup>.

En revanche, pour les dix-neuf États de la zone euro, la fabrique des normes peut être complétée par des normes et des actes européens uniquement adoptés pour ces États. L'Union bancaire est donc, en réalité, constituée de deux unions bancaires. L'une comprenant les vingt-huit États membres, et l'autre les dix-neuf États de la zone euro. C'est dans le cadre de la seconde, qu'un système de nature fédérale de surveillance bancaire a été institué : le Mécanisme de surveillance unique (MSU), dans lequel la Banque centrale européenne contrôle directement les plus grandes banques établies dans la zone euro (cent vingt-neuf banques représentant 82 % des actifs bancaires de la zone euro), et coopère avec les autorités nationales pour surveiller les autres banques établies dans cette zone.

## **2. Le renouvellement des véhicules de normes dans le Mécanisme de surveillance unique (MSU)**

Afin d'assumer ces missions, la BCE dispose, en vertu du règlement (UE) n° 1024/2013<sup>55</sup>, de nouveaux organes de gouvernance : un conseil de surveillance, un comité de pilotage, avec un arsenal de moyens matériels et humains dont la principale mission est d'assurer la surveillance micro-potentielle des banques

52 Les accords de Bâle III prévoient principalement une définition plus restrictive des capitaux propres, la création d'un ratio de liquidité, et d'un ratio d'effet de levier maximum puisque les capitaux propres doivent représenter au moins 3 % du total de l'actif d'une banque. Leur mise en œuvre est progressive et s'étend jusqu'en 2019.

53 L'Autorité bancaire européenne, en anglais « *European Banking Authority* » (EBA), a été créée le 24 novembre 2010, par le règlement n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil européen. Mise en place le 1<sup>er</sup> janvier 2011, elle succède au Comité européen des contrôleurs bancaires, en anglais « *Committee of European Banking Supervisors* » (CEBS).

54 Le Mécanisme de résolution unique (MRU) s'applique aux banques couvertes par le Mécanisme de surveillance unique (MSU).

55 Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit.



importantes. Cette mission est menée en étroite collaboration avec les autorités nationales, qu'il s'agisse des banques centrales, ou des autorités de surveillance distantes de la banque centrale. Dans le cadre du MSU, la BCE est également dotée d'importants pouvoirs normatifs. Ainsi, l'article 4-3 du règlement (UE) n° 1024/2013 confère-t-il à la BCE les pouvoirs d'approuver des règlements « *dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour organiser ou préciser les modalités de l'accomplissement des missions qui lui sont confiées par le présent règlement* ». Toutefois, ce règlement, contraignant à l'égard des États de la zone euro, devra, non seulement, être compatibles avec le Règlement uniforme européen, mais également avec le règlement adopté par la Commission portant approbation des réglementations techniques de l'Autorité bancaire européenne. L'indépendance de la Banque centrale européenne se trouve ainsi, paradoxalement, en matière de surveillance, soumise aux actes d'exécution de la Commission.

Cette fabrique des normes a contribué à ce que le véhicule et, en particulier, le produit final – les actes d'application – revête une grande originalité. Le MSU a eu pour conséquence importante qu'une institution de l'Union adopte des actes dont la réglementation applicable n'est autre que la réglementation nationale. Il s'agit de l'hypothèse expressément prévue à l'article 4-3 du règlement (UE) n° 1024/2013 des actes adoptés par la BCE, dont la norme applicable est soit une norme nationale de transposition de la directive 2013/36/UE<sup>56</sup>, soit une norme nationale faisant usage d'une option dans le cadre du règlement (UE) n° 575/2013<sup>57</sup>. Ainsi, par exemple, bien que les exigences concernant le caractère adéquat des dirigeants des banques aient fait l'objet d'harmonisation<sup>58</sup>, rien n'empêche un État membre d'en introduire de nouvelles, lesquelles devront être prises par la BCE lors de l'adoption d'un acte positif ou négatif concernant lesdits caractères adéquats.

Or, ce qui est plus surprenant encore est le fait que cette immixtion des droits européens et nationaux pénètre également des éléments de procédure. Ainsi, les délais dont dispose la BCE afin de se prononcer, par exemple, sur le caractère adéquat des dirigeants des banques dans les délais prévus par les droits nationaux, ou une institution de l'Union, demeurent-ils soumis aux délais de procédure administrative fixés à l'échelle nationale. Cela n'est guère apprécié de la BCE.

Dans le cadre du MSU, nous nous trouvons face à un véhicule nouveau et original : les actes administratifs de l'Union font application du droit national, tout en étant soumis au contrôle des juridictions de l'Union. À l'inverse, il existe des actes administratifs adoptés par les autorités nationales de surveillance, en application des instructions impératives de la BCE, qui font application tantôt du droit national, tantôt du droit de l'Union ; mais les actes nationaux qui en résultent, dès lors qu'ils sont formellement adoptés par les autorités nationales, demeurent soumis au contrôle des juridictions nationales. Pourtant, l'origine de ces actes n'est

---

56 Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

57 Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement.

58 Cf. *Guide relatif à l'évaluation de l'honorabilité et de la compétence*, BCE, supervision bancaire, mai 2017.



autre qu'une instruction impérative de la BCE. Le contrôle de validité de ces actes impliquerait un contrôle direct des validités des actes de la BCE par les juridictions nationales, alors même que cela est depuis fort longtemps interdit par le droit de l'Union et réservé aux seules juridictions européennes.

### **3. Les conséquences sur le contrôle judiciaire des actes du Mécanisme de surveillance unique (MSU)**

Tout ceci amène à réfléchir sur les conséquences que soulèvent ces nouveaux véhicules du point de vue du contrôle judiciaire. Le MSU pose, en effet, aux juridictions européennes et nationales de nombreuses interrogations. Je ferai très brièvement référence à certaines questions délicates actuellement débattues. Le Tribunal de l'Union européenne<sup>59</sup> connaîtra des recours contre les actes de la BCE faisant application du droit national, ce qui le convertira en juge national.

Dès lors, la maxime affirmant que « *le juge national est juge communautaire* » est inversée. Désormais, le juge de l'Union est également juge national ! Il est vrai que ce phénomène existe déjà en matière contractuelle, dans les litiges dont sont saisies les juridictions de l'Union en vertu d'une clause compromissoire, mais il s'agit d'une hypothèse dans laquelle le tribunal intervient comme juge du contrat. Dans le cadre du MSU, le tribunal est donc, à la fois, juge judiciaire et juge administratif, responsable du respect de la légalité nationale d'un acte de l'Union.

Se pose alors la question de savoir qui est l'interprète ultime du droit national appliqué par une institution de l'Union ? La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ou la plus haute juridiction nationale ? Si le Conseil d'État français choisit une interprétation déterminée de la législation française, il est logique que cette interprétation soit scrupuleusement suivie par la CJUE. Or, dans ce cas de figure, le droit national, tel qu'interprété par les plus hautes juridictions nationales, primerait sur les actes juridictionnels de la CJUE.

Par ailleurs, et dans l'hypothèse inverse, il y a lieu de s'interroger sur le rôle attribué au juge national auquel est soumis un acte national qui est la conséquence directe d'une instruction impérative et non discrétionnaire de la BCE.

Est-il dans l'obligation de renvoyer une question préjudicielle à la CJUE ? Une hypothèse additionnelle à la jurisprudence *Foto-Frost*<sup>60</sup> serait-elle ainsi créée ? Pourrions-nous alors considérer que le juge national est intégré dans le système juridictionnel de l'Union (ici le MSU) ? S'agit-il d'une situation similaire à celles des juridictions nationales compétentes en matière de marque communautaire, dans laquelle le juge, tout en appartenant au pouvoir judiciaire national, est fonctionnellement transformé en une juridiction de l'Union et, par conséquent, jouit du pouvoir d'apprécier la légalité de certains actes ? Sommes-nous face à une mutation de la juridiction administrative nationale ? De manière inverse, c'est ce qui se produit actuellement concernant le système unifié des règlements des litiges

59 La Cour de Justice est assistée, depuis 1989, par un Tribunal de première instance qui devient, avec le traité de Lisbonne, le Tribunal. Il est composé de vingt-huit juges nommés par les États membres pour six ans renouvelables.

60 CJUE, aff. C-314/85, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost* (incompétence des juridictions nationales pour constater l'invalidité des actes communautaires).





en matière de brevets, dans lesquels les juridictions formellement internationales deviennent des juridictions formellement nationales.

#### 4. Les défis à venir

Je terminerai cette intervention en mettant en exergue, d'un point de vue général, certains des défis que présente la fabrique du véhicule du Mécanisme de surveillance unique (MSU).

Tout d'abord, le modèle fédéral de surveillance bancaire européenne ne répond pas à la question du contrôle politique et de son équilibre, avec l'indépendance des institutions de surveillance. Le fait que le modèle de surveillance se trouve combiné avec un clair déséquilibre au profit de l'autorité européenne pose de sérieuses questions concernant l'efficacité du contrôle politique que peut exercer le Parlement européen sur la BCE. De fait, le règlement (UE) n° 1024/2013 énumère les pouvoirs des parlements nationaux qui sont beaucoup plus réduits que ceux du Parlement européen. Ceci demeure un peu paradoxal, puisque les parlements les plus forts seront ceux qui disposeront d'une capacité plus faible de contrôle politique sur la BCE, alors qu'un parlement plus fragilisé, tel que le Parlement européen, porte tout le poids du contrôle politique.

Par ailleurs, une autre question cruciale est celle relative à la diversité et ses conséquences sur l'efficacité du système. Notons, par exemple, que seuls les États membres de la zone euro participent au MSU. Or, il existe la possibilité que d'autres États membres, non membres de la zone euro, s'intègrent au système, au moyen d'une coopération étroite. Une diversité qui peut devenir une source de complexité.

En effet, les récents accords du 19 février 2016 relatifs aux nouveaux statuts du Royaume-Uni au sein de l'Union européenne<sup>61</sup> prévoient la possibilité pour les États se situant en dehors de la zone euro de s'unir à un cadre normatif d'harmonisation ; le Règlement uniforme européen, comme l'actuel règlement (UE) n° 575/13, ayant, dès lors, vocation à s'appliquer exclusivement aux États de la zone euro. Le Mécanisme de résolution unique (MRU), dans lequel une directive de résolution s'applique à tous les États membres et des règlements sont applicables aux États de la zone euro, semble donc, désormais, constituer un modèle.

Je terminerai par une référence aux droits fondamentaux.

Le MSU constitue un modèle exportable à d'autres domaines d'action de l'Union européenne. Il convient de ne pas considérer que ces modèles de mécanismes sont exclusivement réservés au monde de la surveillance bancaire. Par conséquent, nombre de questions soulevées ici doivent nous conduire à réfléchir à leurs conséquences dans d'autres domaines d'action européens. Voilà pourquoi il est important d'observer la situation dans laquelle demeure la défense des droits fondamentaux. Certes, les droits fondamentaux des banques ne sont pas un sujet qui émeut l'opinion publique... Toutefois, si un mécanisme d'intervention intégré,

<sup>61</sup> Cf. Conseil européen, « Un nouvel arrangement pour le Royaume-Uni dans l'Union européenne - Extrait des conclusions du Conseil européen des 18 et 19 février 2016 », in *JOUE*, 23/02/2016, C 69 I/01.



comme le MSU, était étendu, par exemple, au domaine migratoire, nous devrions sans doute nous préoccuper de la défense des droits et des libertés de l'individu.

Je vous soumetts seulement une hypothèse dans le cadre du MSU : si la BCE adopte un acte dans lequel elle doit appliquer le droit national, et que l'intéressé invoque son droit fondamental à la propriété : quel droit de propriété, et quel niveau de protection devra appliquer la BCE ? Le droit de propriété prévu dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ou le droit de propriété national ? Si la BCE applique le droit de l'Union, la nature même de la norme nationale ne sera-t-elle pas pervertie, s'agissant d'une norme adoptée par un parlement national, norme conçue pour être appliquée et garantie par des pouvoirs publics nationaux, et soumise au système national des droits et des garanties en matière de libertés publiques ? Cette immixtion ne constituerait-elle pas une création de normes, ou d'actes « génétiquement modifiés », sorte d'OGM juridique, sans doute attractif mais potentiellement funeste pour la santé du système juridique ? Ces questions, et bien d'autres, sont celles qu'il appartient à notre communauté de juristes européens de résoudre.

---

**Rémi Bouchez**

*président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci beaucoup maître. Nos deux autres intervenants ont-ils des questions ou des remarques à faire ?

---

**Gérard Rameix**

*président de l'Autorité des marchés financiers*

En règle générale, il y a très peu de contentieux en droit bancaire. Ce qui est plutôt une bonne chose, si je vous ai bien compris, au risque sinon de soulever des questions difficiles. Néanmoins, l'on commence à travailler sur la résolution bancaire, définie comme l'état d'extrême difficulté ou de cessation de paiement d'un acteur financier. L'idée est donc de la régler en marge, par exemple, des procédures françaises de règlement judiciaire ou de liquidation. Les réflexions que vous avez faites sur le MSU s'appliquent-elles aussi au droit de la résolution ?

---

**Daniel Sarmiento**

*avocat, professeur à l'université Complutense de Madrid*

Oui et non. D'un côté, il est vrai que le droit bancaire n'est pas un secteur où les litiges sont très fréquents ; mais pour l'instant, au Luxembourg, des actions en annulation ont déjà été portées devant le Tribunal de l'Union européenne contre des décisions de la BCE en matière de surveillance. Je crois qu'il y a aussi une question de culture bancaire propre à chaque nation : certains États membres n'ont pas une culture bancaire qui tend à la judiciarisation des rapports avec le régulateur, contrairement à d'autres États membres où cette tradition existe.

Actuellement, il y a trois ou quatre affaires pendantes devant le Tribunal, et l'on va pouvoir observer s'il s'agit là d'un début, ou si cela va s'arrêter. Quant à la résolution bancaire, il s'agit d'un mécanisme plus récent, mais j'ai l'impression que dans les prochains mois, il y aura aussi des recours en annulation devant le Tribunal de l'Union sur des décisions des hautes autorités du Mécanisme de résolution unique (MRU)<sup>62</sup>. J'ai l'impression que nous sommes dans un contexte proche de la surveillance, mais en revanche lorsque vous dites que la logique et la dynamique de la résolution sont toutes deux différentes de la dynamique de la surveillance bancaire, je pense que tout va s'arranger après les quelques mois nécessaires au « rodage » du mécanisme<sup>63</sup>.

---

**Rémi Bouchez**

*président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Je souhaiterais faire un petit commentaire : c'est une heureuse idée que le Mécanisme de surveillance unique (MSU) ait été présenté et commenté ici. Il peut paraître un mécanisme obscur, parfois mal connu. Il est certes récent, mais il constitue un champ de réflexions et d'analyses extrêmement riche. La mise en place de ce mécanisme soulève beaucoup de questions et demande de nombreux efforts d'adaptation de la part des États et des superviseurs nationaux qui y participent. Je voudrais simplement indiquer trois choses que l'on n'a pas forcément bien en tête sur ce qu'implique le MSU :

- la première est que le pouvoir d'agréer les banques, ou de retirer l'agrément aux banques, condition de l'exercice de leur activité, a été entièrement transféré au MSU, donc à la Banque centrale européenne. Les autorités de supervision françaises ne disposent plus du pouvoir d'agréer un établissement de crédit, ou de lui retirer son agrément. Elles ont seulement la faculté de proposer ces décisions aux autorités de Francfort.

- La deuxième chose, qui a déjà été mentionnée, est que la supervision effective des plus grandes banques françaises est désormais de la responsabilité du MSU, en tout cas sur les questions prudentielles. Cela fonctionne en pratique avec des équipes conjointes. C'est une responsabilité à laquelle participe le superviseur français : l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). Mais la responsabilité de la supervision et son exercice ont été également transférés à la Banque centrale européenne.

- La troisième chose concerne les sanctions – dont il se trouve que je m'occupe. On y voit que la contrepartie des éléments de fédéralisme que comporte ce système,

---

62 Cf. Règlement n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique. Il institue un mécanisme de résolution unique (MRU) qui complète le MSU, et tend à une résolution ordonnée des défaillances des banques pour affecter le moins possible le contribuable et l'économie réelle. Il s'applique aux banques établies dans les États membres de la zone euro et dans les pays de l'Union européenne choisissant d'adhérer à l'union bancaire.

63 Le MRU est devenu pleinement opérationnel depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016.

c'est une certaine complexité. Il pourra arriver, par exemple, que des procédures de sanction d'établissements de crédit aient à être engagées en France, selon les procédures françaises, sur injonction ou sur demande du Mécanisme de supervision unique. En sens inverse, comme nous ne disposons pas du pouvoir de retirer un agrément, qui est l'une des sanctions prévues par le code monétaire et financier en cas de manquement grave à certaines obligations des banques, la commission des sanctions de l'ACPR devrait « retenir son bras » si elle décidait que la sanction appropriée est un retrait d'agrément, pour que celui-ci soit validé par les autorités européennes avant que la sanction ne puisse s'appliquer.

En résumé, l'on a donc un mécanisme nouveau, de nature fédérale, qui se met progressivement en place et qui comporte, comme maître Sarmiento l'a très bien démontré, encore beaucoup d'interrogations et offre un champ d'investigation assez largement ouvert aux juristes et aux praticiens.

---

**Hélène Ruiz Fabri**

*professeure agrégée des facultés de droit,  
directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit procédural*

Je souhaiterais poser une question en relation avec l'inachèvement de l'Union bancaire : le fait que le système de résolution unique ne soit pas complètement en place et, surtout, qu'il n'existe pas de système d'assurance-dépôt véritablement mutualisé – qui pourtant donnerait une cohérence globale au système –, ne présente-t-il pas un risque ?

---

**Daniel Sarmiento**

*avocat, professeur à l'université Complutense de Madrid*

Il s'agit du troisième et dernier pilier du système. Nous sommes, en effet, toujours en attente d'une solution finale au niveau européen. C'est peut être la question la plus délicate. Certes, la question de la résolution était déjà en elle-même assez délicate, mais je crois que sur ce point Michel Barnier est le père de tous ces systèmes. Quant aux points concernant les garanties des dépôts, j'ai l'impression qu'il faudra attendre encore un peu.

---

**Gérard Rameix**

*président de l'Autorité des marchés financiers*

On a un système de garanties des dépôts national qui n'est pas effacé par ce qui est en train de se préparer au niveau européen. Si la question est : un déposant dans une banque française est-il protégé dans les limites fixées par les règles françaises ? La réponse est oui.

---

**Rémi Bouchez**

*président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Merci. Je donne la parole à la professeure Ruiz Fabri pour la dernière intervention.

---

**Hélène Ruiz Fabri**

*professeure agrégée des facultés de droit,  
directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit procédural*

En remarque liminaire, je souhaiterais faire deux constats :

- le premier est que, pour l'internationaliste que je suis, la notion de droit souple est un élément de travail très familier. L'on grandit comme internationaliste avec le droit souple, et si l'on devait l'enlever du droit international, l'on perdrait beaucoup du champ que l'on explore. Il s'agit-là d'une notion dont on n'a pas une perception pathologique. L'on sait, de longue date, que l'on accomplit nombre de choses à travers elle, même si l'on n'a pas nécessairement d'illusion sur sa portée juridique réelle.

- Le second constat est qu'il y a longtemps que l'on sait que la régulation financière proprement internationale est d'une extrême faiblesse, si tant est qu'elle existe. Non que l'on ne dispose pas d'institutions qui auraient, en principe, pu l'élaborer ; mais la volonté politique d'élaborer cette régulation financière internationale n'a jamais existé. Quand la nécessité a joué, et qu'il a fallu essayer de renforcer les cadres juridiques, l'on est passé par des formes qui constituent, toutes, des étrangetés juridiques qui ruissellent sur tout l'édifice. Cela a été assez bien précisé dans les interventions précédentes.

En la matière, le G20 est un point d'observation assez intéressant si l'on veut réfléchir sur les caractéristiques de la régulation financière internationale, et sur la fabrique et les véhicules des normes. C'est aussi une manière de s'interroger sur *qui* élabore ces normes et *pour qui*. En définitive, l'analyse, sous cet angle, conduit à se demander si l'on n'est pas en présence d'un secteur privé, au sens général, qui se structure et se verticalise, et d'un secteur public qui, lui, s'atténue et s'efface petit à petit.

Notons que nous sommes tous habitués à ces appellations de « G20 », « G10 », etc. Les « G » se déclinent en plusieurs dimensions. Le G20 fait partie de ces réunions qui se tiennent au plan international et dont on entend parler régulièrement, mais avec le sentiment que c'est quelque chose de puissant que l'on connaît peu. Ce sujet m'a intéressée parce que, selon moi, il incarne de façon assez exemplaire un paradoxe apparent selon lequel, à un moment où le besoin de règles s'exprime avec une particulière vigueur, l'organe privilégié pour y répondre en première instance est un organe qui est dépourvu de tout pouvoir formel : pouvoir normatif, comme pouvoir d'exécution ; et est dépourvu de tout moyen et de toute

assise institutionnelle. J'ai même lu, au gré de mes investigations, l'appellation « *d'institution informelle* », bel oxymore qui montre bien le désarroi conceptuel dans lequel nous sommes.

L'origine du G20 est intéressante : il a été créé, en 1999, en qualité de réunion des ministres de l'économie et des finances, et il a évolué, en 2007-2008, avec la crise financière, en réunion des chefs d'États et de gouvernements. Même s'il existe, parallèlement, les réunions des ministres, l'on se situe ici au plus haut niveau décisionnel.

**1. Le G20 incarne le paradoxe selon lequel, à un moment où le besoin de règles s'exprime avec une particulière vigueur, il est dépourvu de tout pouvoir formel et de tout moyen.**

Le G20 n'est pas issu d'un traité, ni d'un accord international : il provient d'une décision d'un autre « G », le G7<sup>64</sup>, organisme plus élitiste encore, qui comprend les sept pays occidentaux les plus industrialisés (et des invités comme l'Union européenne et les grandes organisations internationales : Fonds monétaire international et Banque mondiale). Ces derniers, confrontés à la crise financière asiatique de 1997, ont jugé opportun de mettre en place un directoire quelque peu élargi pour maintenir leur légitimité (ce qui commença en 1998 par l'incorporation de la Russie pour créer le G8).

Le G7 a été créé en 1975 sans base juridique particulière. Il en est de même pour le G20, qui va, à partir de 2008, se trouver au cœur de la réflexion sur le renouvellement de la régulation financière internationale.

Ce phénomène s'explique par le fait que les États ressentent le besoin de se coordonner, de fixer entre eux des objectifs communs, de donner des impulsions, mais ne sont pas prêts à payer le prix que représenterait la délégation de ces compétences à une institution formelle comme le sont les organisations internationales existantes (Fonds monétaire international, etc.).

Ce faisant, le G20 prétend atteindre les États largement au-delà de ses membres : il va, certes, énoncer des principes, mais en espérant bien que ces principes produiront des effets bien au-delà des vingt pays qui le composent.

Pour préciser les choses, on notera que le G20 comprend les huit principaux pays industrialisés (qui appartiennent au G8), auxquels s'ajoutent onze petits pays industrialisés ou pays émergents (Argentine, Australie, Brésil, Chine, Inde, Indonésie, Mexique, Arabie saoudite, Afrique du Sud, Corée du Sud, Turquie), et l'Union européenne. Durant les sommets du G20, les dix-neuf pays membres sont représentés par les ministres des finances et les directeurs des banques centrales. L'Union européenne est, quant à elle, représentée par le Président du Conseil européen et celui de la Banque centrale européenne. On dit, pour légitimer le

---

64 D'abord G5 (États-Unis, Japon, Allemagne de l'Ouest, France, et Royaume-Uni) de façon informelle en 1974, puis provisoirement G6 (avec l'Italie) lors de sa création effective en 1975, et rapidement devenu G7 avec l'intégration du Canada en 1976, le groupe s'est élargi en 1998 à la Russie pour devenir le G8. Actuellement, bien que temporairement suspendue du G8 (redevenu G7), la Russie reste dans le G20.



G20, que ces pays représentent les deux tiers du commerce et de la population mondiale, et plus de 90 % du produit mondial brut (somme des produits intérieurs bruts de tous les pays du monde).

Si l'on veut analyser le rôle du G20, l'on est obligé, d'emblée, d'adopter des notions que les juristes emploient avec un peu de réticence parce que ce sont des notions épistémologiquement assez faibles, telles que : « régulation », « droit souple », « puissance imposée par la diplomatie » (en anglais, « *soft power* »), « gouvernance », ou « réseau ».

Avec ces concepts, l'on n'est pas réellement sûr de résoudre les problèmes, mais l'on essaie de capter – au besoin par des métaphores comme, par exemple, celle du « réseau » – une réalité qui échappe à l'analyse juridique classique. De même, intègre-t-on dans la notion de « régulation », qui est l'idée directrice de notre colloque, une conception relativement large qui va jusqu'à incorporer « l'interrégulation » ; c'est-à-dire la mise en relation de différentes régulations – pour l'essentiel des régulations internes – et la mise en relation des organes qui s'occupent de ces régulations.

## **2. Le G20 s'impose comme *plate-forme* de gouvernance systémique.**

Ce que je souhaiterais mettre en valeur concernant le G20, parfois qualifié de « *plate-forme de gouvernance systémique* », est que l'on n'est jamais en panne de vocabulaire nouveau. Si l'on veut le caractériser, il est d'abord un réseau de gouvernants qui fonctionne à l'image d'un club, mais qui, en réalité, s'avère être essentiellement un chef d'orchestre. Il s'exprime essentiellement par des déclarations, que les juristes internationalistes appellent « *des actes concertés non conventionnels* », qui ont comme caractéristique d'être non obligatoires. D'ailleurs, l'on se demande comment cet organe pourrait produire autre chose que du droit souple, compte tenu de son statut et de son absence de base juridique. Ses réunions servent à agréger des préférences, qui sont ensuite articulées en objectifs communs, lesquels sont ensuite exprimés dans des documents-cadres ou des déclarations.

Mais ce G20 (sans moyen) a besoin, ensuite, d'intermédiaires pour mettre en œuvre les objectifs et les orientations qu'il a définis. Ces intermédiaires sont de trois sortes : d'une part, il s'agit d'institutions clairement publiques, comme les organisations internationales (Fonds monétaire international, Banque mondiale), d'autre part, l'on trouve des organes de normalisation ou de régulation composés de représentants d'États ou d'institutions publiques comme les banques centrales (Conseil de stabilité financière, Comité de Bâle), enfin, l'on trouve aussi des institutions et des organes privés de régulation, comme le Bureau international des normes comptables (BINC)<sup>65</sup>.

Lorsque l'on subdivise le premier cercle d'influence du G20, l'on commence à trouver des organismes de natures assez diverses. Je les ai qualifiés « *d'intermédiaires* » car, de façon tout à fait délibérée, il est intéressant de constater que le G20 n'a

<sup>65</sup> Le Bureau international des normes comptables (BINC) est l'organisme international chargé de l'élaboration des normes comptables internationales IAS/IFRS.



aucune autorité hiérarchique sur eux. Il n'est pas en mesure de leur donner des ordres, il se borne à faire appel à eux et à demander leur assistance et celle-ci est, d'un point de vue juridique, toujours donnée sur une base volontaire. Lorsque le Fonds monétaire international fournit son assistance au G20 en lui apportant de l'expertise, en élaborant pour lui des rapports, en lui fournissant de l'information, il n'agit pas dans le cadre de son mandat institutionnel strict, mais en répondant à cette demande d'assistance, et en la justifiant par le fait que les objectifs poursuivis sont convergents avec ce qu'il estime nécessaire.

Mais l'on remarquera que d'autres intermédiaires ont la nature juridique d'organes privés. L'on a évoqué d'ailleurs le cas du Conseil de stabilité financière (ancien Forum de stabilité financière créé par le G7, puis transformé sous l'impulsion du G20 en Conseil de stabilité financière). Son statut juridique est aujourd'hui celui d'une association de droit suisse, hébergée par la Banque des règlements internationaux (BRI), elle-même société anonyme dont les actionnaires sont des banques centrales.

L'on est ici en présence de formes juridiques assez singulières, qui mêlent des dimensions publiques aux dimensions privées. Les arguments que je suis en train de donner peuvent paraître bien formels, mais le Bureau international des normes comptables (BINC) est aussi un organisme privé dont le statut juridique est celui d'une fondation de droit américain. Cependant, mon propos n'est pas de défendre la frontière, en tant que telle, de la sphère publique vis-à-vis de la sphère privée, mais seulement de montrer ses porosités qui poseront, à un moment donné, la question de la responsabilité des choix. Si tant est que ces personnes-là aient à rendre compte de leurs actions...

Enfin, l'on notera que le Fonds monétaire international (FMI) joue le rôle d'intermédiaire avec un certain nombre d'effets. Il assiste le G20 et, en contrepartie, celui-ci agit pour renforcer le FMI. C'est un jeu doublement gagnant.

### **3. L'analyse du G20 révèle les figures de la régulation financière internationale.**

Si l'on regarde le rôle qu'a eu le G20 concernant la régulation financière internationale, son rôle juridique est extrêmement faible. Ses déclarations sont des actes politiques qui, en tant que tels, ne sont pas contraignants. Mais en utilisant les intermédiaires que j'ai cités, le G20 espère atteindre ce que l'on considère comme les cibles, c'est-à-dire les États, le lieu où se situe l'essentiel de la réglementation dure et, bien sûr, les acteurs privés des marchés financiers. En quelque sorte, on a une normativité qui se renforce en ruisselant. Sous réserve des ambiguïtés que j'ai mises en valeur en parlant du statut des intermédiaires, le G20 a assez peu de contacts avec les acteurs privés.

L'on a donc l'impression qu'il existe une forme de division internationale du travail normatif : le G20 ne fait rien directement, à part déclarer des objectifs, mais il demande l'assistance d'intermédiaires. Ce sont ces derniers qui vont rendre les mécanismes opérationnels, et donner eux-mêmes des impulsions vers la base. Le pouvoir d'influence est donc privilégié. Néanmoins, je signale une autre dimension : l'absence de force normative est compensée par l'accent mis sur ce que l'on





appelle le respect des recommandations (en anglais, « *compliance* »). Au niveau du G20, l'on donne une forte impulsion au suivi des initiatives qui sont prises ou des objectifs qui ont été fixés. Cela relève encore d'un grand mouvement que l'on a vu se développer à partir de la fin des années 1990, et qui a été accentué dans les années 2000, ce que l'on appelait le groupe d'observation des recommandations (en anglais, « *compliance pool* ») qui consiste à vouloir des rapports sur les objectifs réellement atteints parmi ceux qui ont été fixés. La base de l'efficacité du G20 vient du fait qu'il s'agit de réunions conduites au plus haut niveau, et qu'il peut être difficile de faire face à ses pairs en admettant ne pas avoir fait le nécessaire pour atteindre les objectifs fixés !

#### **4. Les interrogations sur l'efficacité versus la légitimité du G20.**

Dans ce contexte, la question qui se pose est de savoir si l'on est en présence d'une véritable influence, d'une capacité d'impulsion, ou d'une illusion de pouvoir.

L'impression de puissance vient précisément du fait que l'on se réunisse au plus haut niveau : celui des chefs d'États et de gouvernements. L'on a délibérément élaboré un club élitiste, qui n'est pas seulement composé des pays industrialisés, mais qui compte aussi des pays émergents que l'on incorpore sur un pied d'égalité. À ceux qui avanceraient un argument de légitimité démocratique consistant à faire remarquer que la plupart des pays ont été laissés de côté, on répliquera, en réalité, que l'on a pris ceux qui comptaient pour produire une réglementation efficace et convergente au niveau international. C'est un argument qui est souvent émis, et que je livre à votre réflexion. Car, même si l'on a au sein du G20 les pays les plus puissants, l'on peut se demander ce que pèse cette puissance par rapport à celle de leur cible, notamment les acteurs privés des marchés financiers ? Ne serions-nous pas, ici, en présence d'une illusion de puissance ?

La seconde question qui se pose concerne les effets de l'action du G20, et la façon dont les choses s'organisent, d'abord, au niveau des intermédiaires, puis, au niveau suivant, comme cela a été indiqué dans les interventions précédentes. Ces acteurs (régulateurs, Autorité des marchés financiers, agences dont on a bien compris qu'elles se coordonnaient de mieux en mieux et qu'elles développaient une activité de réseau de plus en plus internationale) donnent l'impression d'une efficacité croissante, car ils ont un statut qui les rend *a priori* indépendants des exécutifs : l'Autorité des marchés financiers (AMF) est une autorité administrative indépendante (AAI), la Banque centrale européenne (BCE) est une instance indépendante. Dans ce contexte, comment articule-t-on la coordination nécessaire entre l'impulsion lancée, au plus haut niveau, par le pouvoir politique, et des interlocuteurs qui sont sensés être juridiquement indépendants et pourraient éventuellement résister aux impulsions données ?

Je reste consciente que je pose plus de questions que je n'apporte de réponses sur ces différents aspects. Bien sûr, le G20 est un organisme important, mais ce n'est pas le seul organisme « politique » de concertation. Je m'interroge également, car cet organe réputé puissant a élargi son mandat à d'autres questions, si bien que l'aspect financier ne semble plus au premier rang de ses préoccupations. Il



n'est, d'ailleurs, pas en haut de son agenda, même pour le sommet à venir<sup>66</sup>. On a l'impression que, comme le disait le président Rameix, la régulation financière est redescendue à un niveau plus technique pour être pensée par des organismes plus techniques, sans par ailleurs être certain qu'elle soit devenue moins politique. Comme c'est le cas avec la publication, aujourd'hui même, du rapport du Fonds monétaire international, qui prétend que nous devrions nous attendre à de nouvelles turbulences financières devant lesquelles nous ne semblons pas être suffisamment armés<sup>67</sup>.

---

**Rémi Bouchez**

*président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci beaucoup à la professeure Ruiz Fabri. Les autres intervenants souhaitent-ils réagir ?

---

**Gérard Rameix**

*président de l'Autorité des marchés financiers*

J'ai été très intéressé, car j'ai oscillé entre l'assentiment et le refus à l'égard de vos propos. Cela montre qu'ils étaient stimulants. Toutefois, je ne partage pas le pessimisme de votre introduction et de votre conclusion. Vous semblez penser que la régulation internationale financière n'existe pas, ou n'a pas progressé, voire est floue. Je pense que c'est inexact, car elle a accompli d'importants progrès. Cela ne signifie pas qu'elle nous mette à l'abri de toute crise, mais il ne faut pas donner trop de poids à l'analyse juridique. Ce n'est pas parce que telle instance est une institution de droit suisse, américain ou britannique, que cela va influencer sur son efficacité. Ce sont deux choses différentes. Le métier de la régulation est extrêmement complexe, compte tenu du monde dans lequel nous vivons, et du phénomène de mondialisation. Et, s'il n'est pas plus efficace, je ne pense pas que cela soit en raison de l'absence de traité constitutif à la création du G20.

Au demeurant, je rejoins votre analyse sur le fait que l'on a créé un club de pays puissants, dont les représentants sont au plus haut niveau, afin d'essayer de se poser les bonnes questions. J'apporte une nuance en soulignant qu'à ma connaissance, il n'a jamais eu une fonction de régulation financière prioritaire, ni même principale. Ce n'est qu'à la faveur de la grave crise financière de 2008 que le G20 a placé la régulation financière, et la maîtrise des risques systémiques au premier rang de son agenda, mais cela ne fait pas partie de son plan, car il possède un domaine beaucoup plus large que la régulation financière et les risques systémiques.

Je reconnais que votre image de « *ruissellement* » est assez pertinente. L'efficacité du G20 provient de l'appui des institutions de régulation. Ce sont les dérivés qui créent le bouleversement le plus fort. Le G20 a décidé que cela ne pouvait plus

---

66 La Chine accueille le G20 les 4 et 5 septembre 2016 pour une rencontre intitulée « Construire une économie mondiale innovante, revigorée, interconnectée et inclusive ».

67 Cf. Fonds monétaire international, *Rapport sur la stabilité financière dans le monde*, 13 avril 2016.



durer d'avoir des dispositifs hors bourse, c'est-à-dire purement contractuels. Il fallait absolument que les régulateurs obligent à passer par les chambres de compensation<sup>68</sup>. Qu'en a-t-il été en aval ? Le législateur américain a tiré le premier, en 2010, avec la loi de réforme bancaire « *Dodd-Frank* »<sup>69</sup>. L'Union européenne a notamment publié le règlement EMIR<sup>70</sup>, destiné à accroître la sécurité des marchés des produits dérivés de gré à gré. C'est un chantier considérable qui n'est, d'ailleurs, pas complètement achevé.

Nonobstant le fait que le G20 n'a pas de statut juridique très précis, il reste un élément déterminant du paysage international. Je pense qu'il a été plus efficace que si l'on avait réuni l'assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies pour savoir que faire des dérivés de crédits ! Maintenant que la priorité politique est un peu moins forte, je pense que le Conseil de stabilité financière (CSF), donc les techniciens, ont davantage l'initiative. À défaut de contrôle politique, si le G20 n'est pas d'accord avec l'action du CSF, les dirigeants sont en position de le lui dire ; mais ils ne s'aventurent pas toujours sur ce terrain, car ils ont d'autres priorités.

Je ne placerais pas la priorité sur l'analyse du statut, du pouvoir. Que le Bureau international des normes comptables (BINC) soit une association de droit britannique n'est pas ce qui compte. Souvent critiqué, il accomplit un travail que personne d'autre ne peut faire à sa place, à part le CSF américain. En tant que praticien, je dirais donc que c'est un point plutôt secondaire, car le plus important est ce que l'on fait réellement sur les mêmes bases juridiques, quelles soient nationales ou européennes.

---

### **Hélène Ruiz Fabri**

*professeure agrégée des facultés de droit,  
directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit procédural*

Mon propos s'inscrivait dans une réflexion sur la fabrique et les véhicules des normes. Qui fait les normes ? Je suis frappée par la mixité des statuts. On peut juger sans importance le fait que le Conseil de stabilité financière soit une association de droit privé. En même temps, une instance qui joue un rôle majeur dans ce domaine-là est, en réalité, une personne juridique de droit privé. Cela mérite d'être souligné. Il s'agit de l'évolution du pouvoir, de la façon dont sont fabriquées les normes aujourd'hui. Ce constat n'avait aucune relation dans mon esprit avec l'efficacité de l'action menée. Pour faire un parallèle, peut-être impropre, il fut un temps où, compte tenu des contraintes des règles de comptabilité, l'on voyait de nombreuses structures publiques créer des associations comme moyen de financement. Je n'emploie donc pas ce parallèle, car les problématiques sont différentes, et qu'il s'agit d'échapper à des contraintes ; mais dans ces conditions

<sup>68</sup> Les chambres de compensation apportent une garantie en cas de faillite d'un intermédiaire financier adhérent à la chambre en s'interposant entre l'acheteur et le vendeur sur les marchés financiers. Elles participent ainsi à la stabilité du système financier et à la réduction du risque systémique.

<sup>69</sup> La loi américaine *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, du 21 juillet 2010, traite de questions soulevées par la crise bancaire et financière déclenchée aux États-Unis en 2007-2008. Elle a pour objectif de réformer Wall Street et de protéger le consommateur.

<sup>70</sup> Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux.

comment se fabriquent les normes aujourd'hui ? Comment se font les contacts avec les acteurs privés, les acteurs de marché ? Lorsque l'on redescend vers des organes techniques, comment s'organisent les responsabilités ? Ce sont des questions qu'il faut continuer à poser.

---

**Gérard Rameix**

*président de l'Autorité des marchés financiers*

Il est exact que le Conseil de stabilité financière (CSF) est une association. Mais quand le gouverneur de la Banque de France et le directeur du Trésor se rendent à une réunion du CSF, ils n'ont pas l'impression de participer à une réunion associative. Ils participent à une action publique internationale déterminée. Pourquoi n'en a-t-on pas fait une institution internationale ? Je pense que la raison réside dans la longueur de la mise en chantier et que, peut-être, en 2025, aura-t-on le début d'un premier chapitre de statut.

La deuxième question concerne les rapports avec les puissances financières. Le *Dodd-Frank Act* et le règlement EMIR font bouger les lignes, mais les acteurs financiers entravés par la régulation s'en plaignent. Lorsque l'on décide que la régulation bancaire doit changer en profondeur, et qu'il faut augmenter massivement les fonds propres des banques, la conséquence est que celles-ci ont plus de fonds propres qu'il y a sept ou huit ans. C'est le G20 qui a été le premier à le préciser.

Puis, il y a eu la réforme dite de « Bâle III » du 16 décembre 2010, qui a cependant un cadre juridique assez limité. Le problème est que si une banque française n'est pas satisfaite, tant pis pour elle, la BCE lui dira qu'elle n'a pas le choix.

---

**Daniel Sarmiento**

*avocat, professeur à l'université Complutense de Madrid*

Vous avez évoqué les acteurs internationaux. J'ai une question sur les normes internationales. À votre avis, jusqu'à quel point le droit international a-t-il changé, notamment depuis la crise financière de 2008 ? Je vous donne quelques exemples : pour l'Union européenne, le droit international est devenu un instrument fondamental au cours de cette même crise. Les programmes d'assistance financière des États membres ont ainsi été soumis aux dispositions du droit international avec des instruments, plus ou moins connus, mais dans un contexte nouveau, comme le Protocole d'entente (en anglais, « *Memorandum of Understanding* »)<sup>71</sup>. Dans le contexte d'un programme d'assistance financière, ces instruments sont devenus extrêmement importants par rapport à la condition imposée aux États membres. Jusqu'à quel point des instruments de cette nature, de droit international, ou de droit privé, ont-ils contribué à changer, en même temps, le rôle du droit international ?

---

71 Aussi appelé : déclaration commune d'intention, ou protocole d'accord.



Un autre exemple : le Fonds de résolution unique (FRU)<sup>72</sup>. La difficulté pour l'Union européenne d'introduire un FRU a pour conséquence de limiter les compétences de l'Union. Cette difficulté a été résolue par le biais d'un accord international<sup>73</sup>. Les objections des autorités allemandes, et leur préoccupation sur la possibilité que la Cour constitutionnelle puisse, éventuellement, être en désaccord avec la création d'un Fonds de résolution européen ont été tranchées, également, par le biais d'un accord international entre les États membres, ce qui n'est pas un instrument habituel dans le droit de l'Union. Jusqu'à quel point le droit international, lui-même, a-t-il changé en raison de la crise ?

---

**Hélène Ruiz Fabri**

*professeure agrégée des facultés de droit,  
directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit procédural*

Je pense que l'on a vu utiliser, à grande échelle, des instruments qui étaient déjà présents et qui avaient tendance à se développer. Ce n'est pas seulement lié à la crise financière de 2008. De façon plus générale, l'hétérogénéité croissante du monde dans un contexte de libéralisation croissante, a conduit à l'utilisation de ces instruments.

Le Protocole d'entente est décliné en termes d'arrangements administratifs, arrangements informels entre des administrations. Cela signifie que l'on confère à ces administrations, voire à des agences indépendantes comme l'Autorité des marchés financiers (AMF), le pouvoir de conclure des accords internationaux, pouvoir qui est normalement détenu par les autorités politiques. L'on en a tiré des conséquences en prévoyant, par exemple, pour l'AMF, la publication au Journal officiel, ce qui implique une forme d'endossement par les autorités gouvernementales, à mettre en rapport avec l'indépendance de l'organe. L'on a donc une diffusion du pouvoir de conclure de véritables accords internationaux. Sur ce plan-là, il y a une évolution.

Avec la multiplication de ces instruments, le droit international est-il devenu plus divers ? Je ne le pense pas. L'on en est davantage conscient actuellement, car la plupart des gens, qui faisaient essentiellement du droit interne, se rendent compte de l'existence du droit international qui portait déjà en lui-même cette diversité, dont les internationalistes sont familiers, étant rompus au caractère très instrumental des outils du droit international.

---

72 Le Fonds de résolution unique (FRU), placé sous l'autorité du Conseil de résolution unique (CRU) devenu depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 l'autorité compétente en cas de crise d'insolvabilité des deux-cent cinquante plus grandes banques européennes, est un outil complémentaire de financement d'une banque en situation de résolution. Il est la « colonne vertébrale financière » du Mécanisme de résolution unique (MRU) entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015 et dont la mission est d'assurer efficacement la gestion du plan de résolution d'une banque assujettie au Mécanisme de supervision unique (MSU) et confrontée à de sérieuses difficultés financières en minimisant le coût pour l'économie réelle et pour les contribuables. On notera que le MRU est complémentaire au MSU, alors que le Système de garantie des dépôts (SGD) est l'accomplissement de ce dernier pour une Union bancaire complète.

73 Accord concernant le transfert et la mutualisation des contributions au fonds de résolution unique (ensemble deux déclarations), signé à Bruxelles le 21 mai 2014.

L'on n'a donc pas découvert ces aspects-là avec la crise financière de 2008. L'on en a découvert un usage accéléré, et un usage qui s'est diffusé vers des autorités que l'on ne voyait pas, traditionnellement, avoir la compétence de les utiliser. Je ne vois pas d'originalité particulière des outils eux-mêmes. La nouveauté réside uniquement dans le contexte dans lequel ils sont utilisés.



# Échanges avec la salle

---

## Question du public

Je souhaiterais poser une question à chacun des intervenants :

Pour le président Rameix : la « norme » est une arme commerciale et sans doute financière. A-t-on des exemples de banques américaines, ou de banques non européennes condamnées pour contraventions – à l’instar de la BNP aux États-Unis – en raison de leurs agissements en Europe ?

Pour maître Sarmiento : l’on a bien compris que les États n’ont plus d’action d’agrément avec leurs banques, que la BCE intervient avec ces dernières, et que les directives et les règlements interviennent en direction des États. Ne sommes-nous pas, dans cet enchevêtrement, en présence de certaines contradictions ?

Pour la professeure Ruiz Fabri : le G20, club concerté non obligatoire, est une institution qui n’ayant aucune obligation me rappelle le Conseil de l’Europe sur son champ d’application (qui est certes différent) ; mais le Conseil de l’Europe a une assemblée permanente, alors que le G20 est constitué des chefs d’États et de gouvernements. Quels sont les avantages d’une réunion de chefs d’États par rapport à une assemblée permanente ? Que pourrait-il être intéressant de partager à ce sujet ?

---

## Gérard Rameix

La question est importante. A-t-on été capable, en Europe, de sanctionner les banques américaines pour nous avoir fourni des produits « AAA » qui étaient, en fait, de très mauvaise qualité ? La réponse est non ! Et c’est l’un de mes grands regrets.

Dans le domaine du Libor<sup>74</sup>, l’on a progressé. Le préjudice a été causé un peu partout, y compris aux États-Unis. J’ai entendu des Américains dire qu’il n’était pas normal qu’à Londres par exemple, sur l’indice Libor ou sur l’Euribor<sup>75</sup>, il n’y ait pas eu davantage de surveillance, parce qu’ils avaient utilisé ces indices, qui ont été truqués plutôt en Europe ; même si je pense que des acteurs non européens y ont participé. Pourquoi n’a-t-on pas sanctionné ? Je ne peux pas complètement répondre à la question.

La première chose est que les acheteurs de nombreuses sociétés de gestion, dont certaines sociétés françaises et d’autres majoritairement allemandes, ont acheté ces fameux produits. À ma connaissance, ils n’ont pas formulé de recours, mais ils ont plutôt essayé de s’en sortir financièrement en demandant

---

74 London Interbank Offered Rate, taux du marché monétaire pratiqué à Londres.

75 Euro Interbank Offered Rate, taux d’intérêt moyen des prêts interbancaires de la zone euro.

*des aides, en ayant le soutien de la maison-mère, etc. Les régulateurs n'ont pas agi en ce sens non plus. Je pense que c'est une erreur.*

---

*Daniel Sarmiento*

*Je suis d'accord avec le président Rameix. Cela est contradictoire. C'est la raison pour laquelle la Banque centrale européenne essaye, actuellement, d'uniformiser les règles pour toutes les options et toutes les discrétions adressées aux autorités des États de la zone euro. On verra si les États membres sont d'accords. Pour le moment, rien ne se concrétise. C'est l'une des faiblesses du système. Il faut s'habituer à ces faiblesses, car pour le moment, la banque a essayé de trancher avec ses moyens, qui sont limités.*

---

*Hélène Ruiz Fabri*

*Je souhaiterais préciser brièvement le sens de mes propos qui n'étaient pas de dire que l'on avait eu tort de créer un G20 et de procéder de la sorte. Mes propos consistaient à mettre en valeur la confusion entre les acteurs et leurs interactions au sein de cet enchevêtrement. Ma préoccupation est également de savoir qui est responsable en dernier ressort. Il est intéressant de s'en préoccuper. Lorsque l'on parle de « véhicules de normes » et de « qui les fabrique », on reste ouvert à tous types d'acteur, même les plus originaux ; mais, ensuite, demeure le véritable problème de fond qui est de savoir qui, en définitive, prend les décisions (puisque nous sommes inspirés par un idéal démocratique) et avec quelle légitimité ?*

---

*Gérard Rameix*

*S'il y a une nouvelle catastrophe, ce seront les banques centrales (Banque centrale européenne, Bank of England, Réserve fédérale des États-Unis), puis les États avec leurs moyens – lesquels sont très importants – qui « paieront ».*

---

*Remarque de Michel Barnier*

*Je suis très heureux que le Conseil d'État ouvre un débat sur des sujets sur lesquels, avec toutes mes équipes, j'ai beaucoup travaillé pendant les années 2010-2014, en particulier sur cet agenda<sup>76</sup> que vous avez évoqué. Je souhaiterais formuler quelques remarques qui peuvent être utiles à toutes les personnes qui nous font l'amitié d'assister à cette conférence, et peut être aussi aux intervenants.*

*Les années 1990 à 2008 constituent quasiment vingt ans d'accélération de la mondialisation et de la dérégulation, avec la foi excessive dans l'ultra libéralisme, la dérégulation, la loi souple, ou l'autorégulation, accompagnés du progrès apporté par les échanges, mais aussi d'excès, avec, au final, des banquiers,*

76 V. notes 19 et suivantes.



*pas seulement américains, qui se croient tout permis parce qu'on leur a tout permis : produits toxiques, ou bonus insensés dépourvus de supervision.*

*La crise arrive et bouscule tout le monde. Elle coûte treize points de PIB aux Européens. Et le G20 se réunit. Ce n'était ni son agenda, ni son objectif, mais il se réunit au plus haut niveau des vingt dirigeants européens, dans cette forme de gouvernance dite à « institutions informelles ». Pour avoir été pendant ces cinq années-là, le régulateur européen unique, je peux vous dire que, même si c'est une institution informelle, sa feuille de route a été extrêmement formelle, comme l'a dit le président Rameix. Je l'ai d'ailleurs précisé en arrivant au Parlement européen, et nous avons considéré cet agenda extrêmement précis.*

*Si vous lisez les conclusions du G20 dans les années 2008-2009 (il y a eu plusieurs réunions à Londres, Washington, etc.) vous voyez des textes extrêmement précis, appuyés sur les travaux du Conseil de stabilité financière (CSF) et du Comité de Bâle. C'est de cette façon que l'on a bâti cet agenda européen de quarante et une lois, de telle sorte qu'aucun acteur, aucun produit, aucun secteur n'échappe à une régulation, si possible intelligente, et à une supervision publique. Je précise que, dans ces quarante et une lois, la quasi-totalité est liée au G20, mais certaines ne le sont pas. La plus importante est l'Union bancaire, puis les textes que j'ai présentés, en 2012 et début 2013, sur la supervision et la résolution, ainsi que d'autres textes sur le compte bancaire de base qui n'étaient pas dans le G20. Tout cela a été contraignant. Maintenant, et en espérant qu'il n'y ait pas d'autre crise, la question de la responsabilité se pose ; et je pense que le Conseil de stabilité financière (CSF) mériterait de mener une réflexion sur son contrôle et sa responsabilité.*

*Le G20, c'est autre chose, car ce sont des chefs d'État élus par leur peuple. Je pense que tous les organismes qui travaillent pour lui mériteraient sans doute une réflexion globale.*

*Vous parliez du Bureau international des normes comptables (BINIC) – en anglais, « International Accounting Standards Board » (IASB) –, il faut rappeler qu'il s'agit d'un organisme international qui fabrique les normes comptables. La Commission européenne, dans le grand vent ultra libéral qui a soufflé – et souffle encore un peu à Bruxelles –, avait délégué la fabrication des normes comptables à cet organisme privé composé d'un organe de surveillance (« board ») et de membres appelés « trustees ». Je me suis beaucoup intéressé à ce sujet, au point d'y investir beaucoup de temps ; je n'ai manqué aucune de ses réunions, et nous avons obtenu qu'à côté des « trustees », il y ait tous les régulateurs présents dans les réunions décisionnelles.*

*Je souhaiterais également corriger un point qui a peut être été mal compris : lorsque l'on évoque l'Union bancaire, l'on ne parle pas, à ma connaissance, de normes et de règles différentes dans la zone euro et dans le marché unique. Nous avons un corpus réglementaire et juridique, vous avez évoqué le Règlement uniforme européen (en anglais, « Single Rulebook ») pour les vingt-huit États membres, y compris le Royaume-Uni, et les quelques six mille*



*banques de l'Union européenne, ce sont les mêmes règles de capitalisation, de mesures prudentielles, et de fonds propres. Ce qui est différent, dans la zone euro, c'est la décision qui a été prise par les dirigeants européens sur la proposition du président de la Commission, du président de l'Eurogroup et du président du Conseil européen, de créer un « système fédéral » de résolution et, d'abord, de supervision, mais pour appliquer les mêmes règles que celles qui sont appliquées dans les pays qui n'appartiennent pas à la zone euro.*

*Il s'agit d'un des points en discussion avec le Royaume-Uni, et je rappelle que le président de la République française s'est beaucoup battu dans les négociations avec le Royaume-Uni pour que l'on reste bien dans le cadre d'un seul Règlement uniforme européen ; qu'il n'y ait pas un retrait pour les Britanniques sur les règles, s'ils restaient dans l'Union.*

*Un dernier mot sur la question de l'application des règles, et du respect de ces règles. Il se trouve que les règles sont, maintenant, pour l'essentiel, européennes, mais leur surveillance et leur respect restent nationales. C'est cela le problème que nous avons ; lequel m'a conduit, dans ma dernière réunion avec le ministre des finances, à suggérer la création d'un procureur financier européen. Cela pourrait être un commissaire, ou toute autre personnalité indépendante qui aurait la capacité d'imposer des sanctions financières à une institution financière européenne, américaine, ou chinoise qui viendrait mettre en cause la stabilité financière européenne en ne respectant pas les règles que nous nous sommes fixées. Actuellement, nous n'avons pas cette personnalité. Il faudrait la créer. Aujourd'hui, la seule personne qui fasse vraiment peur aux Américains et aux Chinois est le commissaire chargé de la concurrence, car il est capable d'infliger des sanctions de centaines de millions d'euros lorsque les règles ne sont pas respectées. Il faut agir de même pour la stabilité financière. Cela est possible ; c'est juste une question de volonté politique.*

---

*Rémi Bouchez*

*Merci. Peut-être y a-t-il encore des questions ?*

---

*Question du public*

*À travers le monde de la finance et des échanges monétaires, l'on évoque le risque systémique, mais paradoxalement l'on n'entend aucun discours sur les aspects de l'analyse conceptuelle de la notion de danger.*

*Or, les trois interventions de ce colloque ont permis, chacune dans son domaine, d'apporter de petits éléments de réponse. Au début, l'on ne parlait pas de l'écoulement du temps, puis l'on en a largement parlé avec l'« agenda européen ». L'on a abordé la question des migrations. Des prospectivistes ne cachent pas leurs incertitudes. D'ici 2030, voire 2050 selon la façon dont les régulations climatiques et les régulations financières vont s'opérer, il pourrait y avoir en Europe entre deux cents millions et cinq cents millions de migrants,*

*même si des « experts », qui se veulent raisonnables et rassurants, assurent que c'est exagéré. Le rôle des prospectivistes est quand même d'alerter. Pourquoi cela n'existe pas en matière financière ?*

---

### *Question du public*

*Ma question concerne l'activité jurisprudentielle du Conseil d'État, au sujet d'une décision d'assemblée, récente, sur les communiqués publiés sur Internet, où le Conseil d'État a accepté d'être saisi de recours en annulation contre des actes de droit souple<sup>77</sup>. Je souhaiterais connaître la position de l'Autorité des marchés financiers (AMF) et comprendre les conséquences que cela peut avoir, à l'avenir, sur des autorités de régulation.*

---

### *Gérard Rameix*

*En premier lieu, sur la notion de risque et de danger, il faut savoir que les régulateurs de marchés prudeniels passent leur temps à mesurer les risques dans leur sphère d'action ; certes, ce n'est pas complètement rassurant, mais le risque zéro n'existe pas.*

*En second lieu, sur l'affaire Société Fairvesta : cette jurisprudence est très intéressante et novatrice, car c'est la première fois, à ma connaissance, que le Conseil d'État a accepté de juger un recours en annulation contre des actes de droit souple, à certaines conditions toutefois ; car de tels actes n'étaient, jusqu'alors, pas susceptibles de recours juridictionnels dès lors qu'ils n'ont aucun effet juridique.*

*Cette affaire concernait des communiqués de presse publiés par l'Autorité des marchés financiers (AMF) sur son site Internet. Dans ces communiqués, l'AMF entendait inviter les investisseurs à la vigilance s'agissant de placements immobiliers qu'elle estimait commercialisés de façon « très active par des personnes tenant des discours parfois déséquilibrés au regard des risques encourus ». La société ainsi mise en cause a alors attaqué ces communiqués devant le Conseil d'État. Celui-ci a estimé que le recours était recevable, car faisant grief. Il a ensuite examiné la légalité des communiqués de presse de l'AMF appelant les investisseurs à la vigilance.*

*Pour examiner la légalité de ces actes, le juge administratif a contrôlé la compétence des personnes publiques pour les édicter, le respect des droits de la défense et, avec une intensité variable selon les actes en cause, l'appréciation portée par l'AMF. Le Conseil d'État a jugé que l'AMF était bien compétente, dans sa mission de régulation, pour adresser de telles mises en garde aux épargnants ou aux investisseurs. Ce faisant, il estime que l'AMF n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation et, après avoir écarté les critiques*

<sup>77</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta international GMBH et autres*, req. n° 368082, 368083 et 368084, au sujet de communiqués émis par l'AMF pour mettre en garde les investisseurs au sujet des conditions de commercialisation de certains produits de placement. V. également : CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, req. n° 390023.

de la société Fairvesta, a rejeté son recours. Je pense que cette jurisprudence est très logique et particulièrement bienvenue, notamment dans le contexte actuel où nous rencontrons énormément d'ennuis avec ce que l'on appelle les options binaires<sup>78</sup> comme le Forex<sup>79</sup>, c'est-à-dire les produits sur les marchés des changes. Ces produits présentent des risques spéculatifs considérables. Il serait gênant de nous empêcher de parler de ces sujets, et de nous confiner dans nos procédures strictes.

Je comprends tout à fait que les différents acteurs ne souhaitent pas qu'on leur demande des comptes, mais il s'agit plutôt ici de les responsabiliser. Dans ce cadre-là, l'AMF doit prendre le risque de parler de certains sujets. À nous de bien préparer notre argumentation.

---

*Daniel Sarmiento*

Je souhaiterais réagir très rapidement par rapport au commentaire de M. Barnier. Le Règlement uniforme européen s'applique à tous les États de l'Union. Peut-être me suis-je mal exprimé lorsque je parlais des « deux » unions bancaires, dans la mesure où il y a des mécanismes pour les dix-neuf États de la zone euro (mécanismes de surveillance et mécanismes de résolution), ce qui n'empêche pas la possibilité de la participation des autres États de l'Union. Cependant, pour l'instant, c'est un système institutionnel pour les États de la zone euro.

Toutefois, j'ai l'impression que le Règlement uniforme européen pourrait devenir moins « uniforme ». Par exemple, en premier lieu, la Banque centrale européenne est en train d'introduire des mesures pour uniformiser les options et les discrétions des États membres dans le cadre des États de la zone euro. Donc, pour les États de la zone euro, le Règlement uniforme européen sera encore plus « uniforme », ce qui entraînera l'existence de deux règlements uniformes européens à l'avenir, si le projet de la Banque centrale européenne arrive à son terme<sup>80</sup>.

En second lieu, l'accord avec le Royaume-Uni du 19 février 2016<sup>81</sup> – tel que je l'ai interprété – est un accord selon lequel les États de la zone euro auront la possibilité, dans le futur, d'approfondir le Règlement uniforme européen. Cela signifie qu'il y aura un règlement uniforme européen encore plus « uniforme » pour les États de la zone euro. Dans l'accord du 19 février 2016, j'ai l'impression

---

78 L'une des particularités du Forex est de fonctionner selon un système de paires : l'actif n'est pas une devise, mais une *paire de devises* (EUR/USD, GBP/USD, EUR/CHF, etc.). Ouvrir une position consiste en la vente d'une devise et en l'achat d'une autre, en tablant sur leur appréciation ou leur dépréciation.

79 Contraction de « *Foreign Exchange* », désignant le marché sur lequel les devises monétaires sont échangées. En terme de volume global (cinq mille trois cents milliards de dollars), le *Forex* représente le deuxième marché financier de la planète derrière celui des taux d'intérêt. Contrairement à la bourse, le *Forex* permet de passer des ordres vingt-quatre heures sur vingt-quatre et cinq jours sur sept. Il est depuis quelques années accessible aux simples particuliers.

80 Cf. Résolution du Parlement européen du 10 mars 2016 sur l'union bancaire – rapport annuel 2015 (2015/2221(INI)).

81 Accord du 19 février 2016 qui donne au Royaume-Uni un « statut spécial » dans l'Union européenne (le vote du 23 juin 2016 donnera toutefois le *Brexit* vainqueur).

que les États de la zone euro ont exprimé cette volonté. C'est la raison pour laquelle j'ai dit que le Règlement uniforme européen deviendra, probablement, un instrument pour tous les États membres de l'Union, mais un instrument encore plus puissant au point de vue normatif, pour les États de la zone euro.

---

**Rémi Bouchez**

*président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Nous terminons là ces échanges très riches, et je remercie nos trois intervenants ainsi que toutes les personnes qui nous ont fait l'amitié de participer à ce colloque.



# Éléments de bibliographie

---

Ascensio H., « L'interrégulation et les relations internationales entre États », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, éd. Presse de Science Po/Dalloz, 2005, p. 93.

Bénassy-Quéré A., Bara Y.-E., Carton B., Destais C. et Piton S., *Ending the Euro Crisis : Crossing the River by Feeling the Stones*, G-MonD Policy Paper, n° 1, novembre 2012.

Boissieu (de) Ch., Le Theule F.-G., Bailo P. (dir.), *Comment la régulation financière peut-elle sortir l'Europe de la crise ?*, Paris, éd. École nationale d'administration/La documentation Française, 2014.

Bonneau Th., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2016 (3<sup>e</sup> éd.).

Bonneau Th., « Efficacité et avenir de la régulation financière », in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 6, novembre 2010, étude 35.

Bonneau Th., « Extraterritorialité, ouverture des marchés et démocratie », in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, janvier-février 2015, repère 1.

Brehier B., « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2015, dossier 31.

Cafaggi F., « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », in *Revue française d'administration publique*, n° 109, 2004, p. 23.

Caillemer du Ferrage A., « Les enjeux de l'extraterritorialité du droit financier », in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2015, dossier 51.

Canac J.-M., « Droit bancaire : supranationalité et extraterritorialité » (1<sup>re</sup> partie), in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2015, dossier 29.

Canac J.-M., « Droit bancaire : supranationalité et extraterritorialité » (2<sup>e</sup> partie), in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2015, dossier 37.

Carton B., « La crise de la zone euro », in *Les systèmes financiers : mutations, crises et régulation*, sous la direction de Boissieu (de) Ch. et Couppey-Soubeyran J., Paris, éd. Economica, 2013 (4<sup>e</sup> éd.).

Conseil économique, social et environnemental (CESE), « La crise bancaire et la régulation financière », Avis présenté par M. Bourven et Y. Zehr.

d'Avout L., « L'extraterritorialité vue de Sirius (où il est question d'extraterritorialité « régulatoire », entre autres difficultés actuelles d'un droit mondial des affaires peu coordonné) », in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2015, dossier 54.

European Commission, *A Roadmap Towards a Banking Union*, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, 2012.

Fondation Robert Schuman, « La régulation financière après la crise des subprimes : quelles leçons et quelles réformes ? », in *Question d'Europe*, n° 246, 2012.

Frison-Roche M.-A., « Régulation bancaire, régulations financière », in *Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, éd. Economica, 2008, pp. 173-187.

Frison-Roche M.-A., « Le droit de la régulation », in *Le Dalloz*, 2001, n° 7, pp. 610-616.

Frison-Roche M.-A., « L'hypothèse de l'interrégulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, éd. Presse de Science Po/Dalloz, 2005, pp. 69-80.

Habermas J., *Droit et démocratie - Entre faits et normes*, Paris, éd. Gallimard, coll. NRF essais, 1997.

Laffont J.-J., Tirole J., « The politics of Government decision-making : a theory of regulatory capture », in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 106, n° 4, 1991, p. 1089.

Lordon F., « Après la crise financière : « réguler » ou refondre ? », in *Revue de la régulation*, 2009.

Morel-Maroger J., « La nouvelle architecture française et européenne en matière bancaire », in *Droit et crise financière*, J. Morel-Maroger, T. Kirat, C. Boiteau (dir.), Bruxelles, éd. Bruylant, 2015, p. 75.

Noyer C., « Quelle régulation financière pour l'après-crise ? », in *Revue de la stabilité financière*, n° 13, septembre 2009.

Rameix G., « Vers une culture de régulation financière commune » in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, éd. Presse de Science Po/Dalloz, 2005, pp. 145-150.

Rosanvallon P., *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, éd. Le Seuil, 2008.

Roussille M., « La nouvelle architecture française et européenne en matière financière », in *Droit et crise financière*, J. Morel-Maroger, T. Kirat, C. Boiteau (dir.), Bruxelles, éd. Bruylant, 2015, p. 87.

Ruiz-Fabri H., « Immatériel, territorialité et État », in *Archives de Philosophie du Droit*, n° 43, 1999, pp. 187-212.

Sauvé J.-M., « Une vision renouvelée de la régulation économique », introduction au colloque : *Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique – Hommage à Marie-Dominique Hagelsteen*, Paris, éd. La documentation Française, 2014.

Shleifer A., Glaeser E., La Porta R., Lopez de Silanes F., Djankov S., « The New Comparative Economics », in *Journal of Comparative Economics*, n° 31, 2003.

Torchiana D., « L'extraterritorialité vue des États-Unis », in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2015, dossier 53.





## Huitième conférence

---

# Le creuset normatif européen : l'exemple du droit des étrangers

### Sommaire de la conférence

---

Présentation du thème de la conférence .....	59
Biographie des intervenants .....	63
Actes – Le creuset normatif européen : l'exemple du droit des étrangers.....	65
Échanges avec la salle .....	95
Éléments de bibliographie et de jurisprudence .....	99





# Présentation du thème de la conférence

## 1. La législation en matière de droit des étrangers

### 1.1. Article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

« 1. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres.

« 2. Elle assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. Aux fins du présent titre, les apatrides sont assimilés aux ressortissants des pays tiers ».

À côté de la politique de contrôle des frontières extérieures, née de la communautarisation de l'acquis Schengen, l'Union européenne développe « une politique commune en matière d'asile », en conformité avec la convention de Genève du 28 juillet 1951 et le protocole de New York du 31 janvier 1967.

### 1.2. Directives et règlements de l'Union européenne

Dans le cadre du Régime d'asile européen commun (RAEC), l'Union a adopté de nouvelles dispositions qui prévoient des normes communes élevées et renforcent la coopération, afin de garantir aux demandeurs d'asile « un traitement égal, dans un système transparent et équitable ». Le RAEC se compose d'un cadre juridique qui couvre tous les aspects du processus d'asile, et d'une agence d'appui : le Bureau européen d'appui en matière d'asile (BEAA ou BEAMA)<sup>82</sup>.

- Directive révisée sur les procédures d'asile : directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte) : elle fixe les délais aux États membres pour apporter des réponses aux demandes de protection et vise à améliorer leur qualité. Elle impose de nouvelles garanties procédurales, telles que l'entretien systématique, la présence d'un tiers aux côtés du demandeur, la possibilité – sous certaines conditions – d'être entendu par un officier de protection et un interprète de même sexe, ou l'enregistrement de l'entretien. Les besoins particuliers des demandeurs identifiés comme « personnes vulnérables », telles que les mineurs non accompagnés (isolés) et les victimes d'actes de torture, par exemple, sont pris en compte pour leur permettre d'expliquer les motifs de leur demande dans les meilleures conditions.

- Directive révisée relative aux conditions d'accueil : directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour

<sup>82</sup> V. le règlement (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile.

l'accueil des personnes demandant la protection internationale : elle encadre les modalités de l'accueil des demandeurs d'asile dans les pays de l'Union européenne. Elle a pour objectif de garantir aux personnes, en attente d'une réponse à leur demande de protection, un hébergement, des conditions de vie et une assistance sociale comparables d'un État à l'autre. Elle prévoit une évaluation des besoins spécifiques des personnes vulnérables. Elle encadre strictement le placement en rétention des demandeurs d'asile, qui ne doit être engagé qu'en dernier ressort.

- Directive « qualification » révisée : directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte) : elle énonce les motifs justifiant l'octroi d'une protection internationale. La protection accordée peut être le statut de réfugié, conformément à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 ou la protection subsidiaire, si la personne ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié mais fait état de craintes d'être exposée à des atteintes graves en cas de retour dans son pays. La directive améliore aussi l'accès de ces personnes protégées aux droits sociaux et aux mesures d'intégration.

- Règlement de Dublin révisé : règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride : il améliore le processus de détermination de l'État responsable de la demande et accroît les garanties des demandeurs d'asile dans le cadre de cette procédure. Il prévoit en particulier un droit à l'information et des entretiens systématiques. Il précise également les garanties procédurales, les critères de détermination, les procédures de prise/reprise en charge, les recours, les conditions de placement en rétention ou encore les échanges d'informations entre États membres. Le règlement « Dublin III » institue aussi un système de détection précoce des problèmes pouvant désorganiser les régimes nationaux d'asile ou d'accueil, et permet d'intervenir sur les causes structurelles avant que la situation ne se dégrade en véritable crise de l'asile.

- Règlement Eurodac révisé : règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales : elle encadre le fonctionnement du système informatisé permettant la comparaison des empreintes digitales dans le but de contribuer à déterminer l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale (système Dublin). La base de données regroupe les empreintes des demandeurs d'asile de plus de quatorze ans et celles des personnes appréhendées lors du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure. Sa version révisée accorde aux services de police et de renseignements des États membres ainsi qu'à EUROPOL l'accès à la base de données, dans des circonstances strictement limitées aux seules fins de prévention et de lutte contre la grande criminalité et le terrorisme.



## **2. Les institutions européennes face au nouveau défi de l'immigration**

### *2.1. Mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration*

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relatif du 10 février 2016 sur l'état d'avancement de la mise en œuvre des actions prioritaires prévues par l'agenda européen en matière de migration (COM(2016) 85 final) : « *La présente communication dresse le bilan de la mise en œuvre des actions décidées en réaction à la crise des réfugiés et énumère les domaines clés dans lesquels de nouvelles mesures s'imposent à très brève échéance pour reprendre le contrôle de la situation* ».

### *2.2. Réforme « Dublin III »*

Dans un communiqué de presse du 4 mai 2016, la Commission déclare avoir présenté des propositions qui visent à réformer le régime d'asile européen commun en créant un système de répartition des demandes d'asile entre les États membres plus équitable, plus efficace et plus durable. Le principe de base restera le même : les demandeurs d'asile devraient, sauf s'ils ont de la famille ailleurs, demander l'asile dans le premier pays d'entrée, mais un nouveau mécanisme d'équité permettra de faire en sorte qu'aucun État membre ne voie son régime d'asile subir une pression disproportionnée. Les propositions prévoient aussi de transformer l'actuel Bureau européen d'appui en matière d'asile (BEAA ou BEAMA) en une véritable Agence de l'Union européenne pour l'asile, afin de rendre compte de son rôle accru dans le nouveau système, et de renforcer la base de données d'empreintes digitales de l'Union européenne, Eurodac, en vue de mieux gérer le système d'asile, et de contribuer à la lutte contre l'immigration irrégulière.

### *2.3. Réintroduction temporaire du contrôle aux frontières*

Le 4 mai 2016, la Commission a publié une proposition de décision d'exécution du Conseil, arrêtant une recommandation relative à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen : la décision vise à recommander que l'Autriche, l'Allemagne, le Danemark, la Suède et la Norvège maintiennent des contrôles aux frontières, temporaires et proportionnés, pendant une durée maximale de six mois à compter de la date d'adoption de la décision d'exécution, aux frontières intérieures qui y sont indiquées.





# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **Mattias Guyomar**

*Conseiller d'État*

Diplômé de Sciences Po, ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), Mattias Guyomar a commencé sa carrière au Conseil d'État en 1996 à la section du contentieux. Après avoir été responsable du centre de documentation, il a exercé les fonctions de commissaire du Gouvernement puis rapporteur public à la section du contentieux de 2002 à 2011. Il a également été commissaire du Gouvernement auprès du tribunal des conflits de 2009 à 2011. Il est actuellement assesseur à la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux et juge des référés. M. Guyomar est également professeur associé à l'université Panthéon-Assas. Il est, par ailleurs, secrétaire général de l'Institut français des sciences administratives, secrétaire général de la Commission des sondages, rapporteur général de la Commission supérieure de codification, et membre de la Cour de discipline budgétaire et financière.

## Intervenants

### **Sabino Cassese**

*Ancien juge à la Cour constitutionnelle italienne, professeur émérite à l'École normale supérieure de Pise*

Sabino Cassese est diplômé du collège juridique de l'École normale supérieure de Pise. Il est professeur à l'École de gouvernement LUISS de Rome, et a été professeur à l'université Urbino de Naples, à La Sapienza de Rome, ainsi qu'à l'École normale supérieure de Pise. Il a été ministre de la fonction publique du cinquantième gouvernement de la République italienne, et juge à la Cour constitutionnelle italienne. Il est docteur *Honoris causa* des universités d'Aix-en-Provence, Cordoue, Panthéon-Assas, Castille-La Manche, Athènes, Macerata, de l'Institut universitaire européen de Florence et de Rome La Sapienza. Il est professeur émérite à l'École normale supérieure de Pise, et juge émérite de la Cour constitutionnelle italienne.

**Yves Bot**

*Avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne*

Diplômé de la faculté de droit de Rouen, docteur en droit (université de Panthéon-Assas), Yves Bot a été professeur associé à la faculté de droit du Mans. Il a commencé sa carrière comme substitut, puis Premier substitut, au parquet du Mans (1974-1982). Il a ensuite occupé les fonctions de procureur de la République près le tribunal de grande instance (TGI) de Dieppe (1982-1984), puis procureur de la République adjoint près le TGI de Strasbourg (1984-1986) et procureur de la République près le TGI de Bastia (1986-1988). Il devient ensuite avocat général près la cour d'appel de Caen (1988-1991), puis procureur de la République près le TGI du Mans (1991-1993) et, après une période comme chargé de mission auprès du ministre d'État garde des Sceaux (1993-1995), procureur de la République près le TGI de Nanterre (1995-2002) puis de Paris (2002-2004). Il est par la suite nommé procureur général près la cour d'appel de Paris en 2004. Il est avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne depuis le 7 octobre 2006.

**Danièle Lochak**

*Professeure émérite de droit public à l'université de Paris Ouest-Nanterre La Défense, ancienne présidente du GISTI*

Danièle Lochak est professeure émérite de droit public de l'université de Paris Nanterre. Elle a été, jusqu'en 2006, professeure de droit public dans cette même université, où elle a eu la responsabilité du master « Droits de l'homme » ainsi que du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF). Elle a été présidente du GISTI (Groupe d'information et de soutien des immigrés) et vice-présidente de la Ligue des droits de l'homme, deux associations dans lesquelles elle est encore très active. Ses recherches et ses principales publications portent sur la théorie générale des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit des étrangers et les politiques d'immigration, les discriminations, et les usages sociaux du droit.





# Actes – Le creuset normatif européen : l'exemple du droit des étrangers

---

**Mattias Guyomar**

*Conseiller d'État,*

**modérateur de la conférence**

Cette huitième conférence du cycle consacré au *droit comparé et à la territorialité du droit* porte sur le droit des étrangers comme illustration du creuset normatif européen. Pour traiter de ce sujet, nous avons l'honneur et le plaisir d'accueillir :

- M. Sabino Cassese, ancien ministre, juge à la Cour constitutionnelle italienne et professeur, notamment à l'École normale supérieure de Pise ;
- M. Yves Bot, ancien procureur général près la cour d'appel de Paris et avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ;
- et Mme Danièle Lochak, professeure émérite à Paris Ouest-Nanterre La Défense et ancienne présidente du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI).

Pour traiter des territoires du droit, nous avons choisi ici de nous intéresser au droit des territoires. Les foyers de juridicité traditionnels, qu'il s'agisse des lieux de production normative comme des champs d'application des normes, peinent, en effet, à appréhender de manière adéquate un certain nombre de phénomènes qui, par nature, échappent aux seules logiques territoriales. Le droit des étrangers est d'abord celui des migrations, des déplacements, de l'entrée, du séjour et, parfois, de l'éloignement forcé des étrangers dans un certain nombre de territoires étatiques. Ce faisant, les États sont justement en prise avec des situations qui, par nature, sont transnationales et a-territoriales.

À ceci s'ajoute une caractéristique dont le droit des étrangers n'a pas le monopole mais qui, dans son domaine, s'avère particulièrement marquée : la part déterminante qu'occupent dans le *corpus* des règles applicables celles qui proviennent de l'ordre juridique international, et tout spécialement européen. Directement, comme c'est le cas par exemple du droit d'asile de la Convention de Genève, ou plus ou moins indirectement (Convention européenne des droits de l'homme, droit de l'Union européenne), des règles d'origine externe irriguent le droit interne. Ceci découle de la nature des choses. Le cadre national, en effet, n'est plus le cadre le plus approprié pour la définition des régimes juridiques applicables à des situations qui appellent au minimum une forme de coordination, au mieux une coopération entre les États. De l'espace Schengen aux conventions<sup>83</sup>, puis aux règlements de

---

83 À l'origine, l'accord de Schengen a été signé le 14 juin 1985 par cinq des membres de la Communauté européenne (Allemagne de l'Ouest, France, Belgique, Pays-Bas et Luxembourg). La convention de Schengen, signée le 19 juin 1990 (et entrée en vigueur le 26 mars 1995), organise l'ouverture des frontières à ses vingt-six États signataires.

Dublin<sup>84</sup>, le droit déborde nécessairement le cadre national pour mieux épouser la réalité des faits qu'il entend encadrer.

Au-delà de la réception de ces règles d'origine externe en France, par exemple dans le cadre du régime moniste qui caractérise nos institutions, il y a aujourd'hui à l'œuvre, en Europe, une forme singulière de « creuset normatif » où règles et principes issus de ces cadres juridiques différents s'imbriquent, s'articulent – parfois coïncident, parfois grincent –, mais desquels se dégage finalement une forme de droit commun, pas nécessairement stabilisé et dont les précipitations sont parfois délicates à appréhender. Or, il est des croisements stériles comme il est des fertilisations hybrides. Nous allons donc essayer de tenter de saisir ce qui se produit dans ce creuset normatif européen. S'agit-il, ou non, d'une hybridation féconde ?

Dans ce mécanisme, quelle place occupent encore les États ? Situation inconfortable que la leur, pris entre une réalité qui leur échappe et un droit qu'ils ne maîtrisent plus complètement. Ils restent cependant les débiteurs ultimes du respect de l'ordre public, d'une part, et de la garantie effective des droits subjectifs, d'autre part. De cette tenaille, ils ne peuvent s'extirper qu'en dégageant des points d'équilibre. C'est d'abord au législateur que cette mission incombe. Entre la transposition des directives communautaires et l'impérative obligation de respecter, dans le cadre des marges nationales d'appréciation, les standards conventionnels, que reste-t-il à la loi nationale dans la définition du droit applicable à son propre territoire ? Mais c'est aussi au juge qu'il revient, dans les situations les plus complexes et les plus difficiles, de résoudre les conflits de normes, d'effectuer des arbitrages, de ménager ces équilibres délicats. Pour lancer les débats, je me bornerai donc à donner quelques exemples qui, selon moi, illustrent ces mécanismes brièvement exposés.

Tout d'abord, deux arrêts récents de la Cour de justice de l'Union européenne : un arrêt du 15 février 2016<sup>85</sup> à propos de la validité de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 *établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, dite directive « accueil », en tant qu'elle permet le placement en rétention administrative des demandeurs d'asile. La Cour y effectue cet arbitrage et cette conciliation entre des impératifs *a priori* contradictoires.

Un autre arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, du 17 mars 2016<sup>86</sup>, traite de la faculté, ouverte par le règlement Dublin III, pour un État responsable d'une demande d'asile, de transférer le demandeur dans un pays tiers sûr.

---

84 Dublin est un instrument permettant de coordonner la politique d'asile et de lutter contre les abus. Le règlement « Dublin II » (anciennement, convention de Dublin) est un règlement européen qui déterminait l'État membre de l'UE responsable d'examiner une demande d'asile dans l'Union européenne en vertu de la Convention de Genève (art. 51). Il a été réformé en juin 2013 par le règlement « Dublin III ».

85 CJUE, Gde ch., aff. C-601/15 PPU, 15 février 2016, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

86 CJUE, aff. C-695/15 PPU, 17 mars 2016, *Shiraz Baig Mirza c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*.



Également, un arrêt de la Cour EDH, grande chambre, du 23 mars 2016<sup>87</sup> consacre une obligation positive découlant des articles 2 et 3 de la Convention EDH pesant sur l'État qui expulse un étranger débouté du droit d'asile ; obligation positive de laquelle il résulte qu'il appartient à l'État d'évaluer les risques individuels manifestes que l'étranger peut encourir en cas de retour dans son pays, même s'il ne les a pas personnellement évoqués.

Enfin, je terminerai par un arrêt récent du Conseil d'État, un arrêt *GISTI* du 22 juillet 2015<sup>88</sup>, qui traite de la possibilité d'éloigner à Mayotte de manière forcée des étrangers sur le fondement de l'article L. 514-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), alors même que ce recours n'est pas suspensif contrairement à ce qui est prévu dans le droit commun. Cette décision du Conseil d'État me semble emblématique de ce creuset normatif. Il y est jugé, en effet, que cette disposition ne peut s'appliquer que dans le respect des engagements internationaux de la France et, qu'en particulier, le respect du droit au recours effectif posé par l'article 13 de la Convention EDH impose à l'administration de ne pas exécuter la mesure d'éloignement, alors même que le recours n'est pas suspensif, si le juge des référés a été saisi, et tant qu'il n'a pas statué.

Il s'agit là de la réception de la jurisprudence *De Souza Ribeiro c. France* de la Cour EDH de 2012<sup>89</sup>. Le Conseil d'État, juge national de la norme nationale, en assure l'application conformément aux exigences conventionnelles, assurant par là la réception de la jurisprudence de la Cour EDH. Et je termine par cet arrêt, non pas parce qu'il est du Conseil d'État, mais parce qu'il est, d'une certaine manière, pionnier dans cette hybridation. Qu'a fait le législateur dans la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France ? Il a modifié l'article L. 514-1 du CESEDA et il a consacré comme règle de droit positif cette interprétation dégagée par voie prétorienne.

Je laisse maintenant la parole au ministre Cassese, qui va nous entretenir du sujet du colloque sous l'angle particulier des frontières, et de ce qui reste à la main des États.

---

### **Sabino Cassese**

*ancien juge à la Cour constitutionnelle italienne,  
professeur émérite à l'École normale supérieure de Pise*

Je souhaiterais vous présenter quelques réflexions sur les notions de « territoire », de « peuple » et de « souveraineté ». C'est-à-dire les trois éléments constitutifs de l'État. Je vous propose, tout d'abord, de faire un peu de théorie puis, ensuite, de vous exposer deux décisions à la manière des études de cas à l'américaine.

En ce qui concerne les réflexions théoriques, il est connu que les États nationaux présentent trois caractéristiques : le contrôle d'un territoire continu et bien défini par des frontières ; un rapport stable avec une collectivité de personnes unies par

---

87 CEDH, Gde ch., 23 mars 2016, *F.G. c. Suède*, n° 43611/11.

88 CE, ssr, 22 juillet 2015, *GISTI et autres*, n° 381550 et n° 383034.

89 CEDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07.

leur qualité commune de citoyens ; et la « titularité » d'un pouvoir souverain qui se manifeste à l'intérieur envers les citoyens et à l'extérieur vis-à-vis des autres États.

Actuellement, nous constatons que ces trois caractéristiques sont en pleine mutation. Je voudrais maintenant considérer très rapidement ces mutations, tout d'abord au sujet du territoire, ensuite au niveau de la souveraineté et, en dernier lieu, en ce qui concerne la population.

### **1. Les territoires et les frontières**

Les frontières se prêtent à des manipulations. Je vous donne un exemple : en 1996, bien que les confins cartographiques n'aient pas varié, les limites définies des États-Unis, pour ce qui concerne les aspects migratoires, ont été repoussées de cent soixante kilomètres. Les immigrés irréguliers arrêtés dans cet espace distant de cent soixante kilomètres de la frontière cartographique, la « vraie » frontière, sont traités comme s'ils se trouvaient sur la ligne de frontière : ils sont expulsés selon une procédure rapide, et la décision d'expulsion n'est pas attaquant et peut être prise sans que soit contrôlé le statut éventuel de réfugié parce que les lois nationales ne s'appliquent pas hors du territoire national. L'Australie a adopté des mesures analogues en 2001 et 2005. Il existe donc une zone du territoire des États-Unis, ou de l'Australie, où il y a deux droits : un droit pour les citoyens et un droit pour les immigrants. C'est un changement du concept de frontière.

### **2. La souveraineté**

D'exclusive, la souveraineté devient partagée. De nombreuses matières ne peuvent pas être réglementées par les seuls États, parce que les problèmes à résoudre sont de portée supranationale. C'est typiquement le cas des migrations, que l'on ne peut affronter qu'avec l'aide d'organismes supranationaux, comme l'« *International Organization for Migration* »<sup>90</sup>, ou grâce à la coopération régionale dans le cadre de l'Union européenne.

### **3. La citoyenneté perd de son importance**

L'on sait que la nation est composée de citoyens, tous membres d'une collectivité, relativement stable et définie comme un *peuple*, qui se reconnaît dans une *histoire commune*, ce qui présente certains caractères identitaires tout en restant relativement ouvert. L'on se souvient du célèbre discours d'Ernest Renan : « Qu'est-ce qu'une nation ? »<sup>91</sup>. Toutefois, au cours des dernières décennies, les collectivités nationales se sont modifiées depuis qu'un grand nombre de résidents sont des personnes nées dans d'autres pays. C'est le cas pour un quart de la population en Australie, un cinquième au Canada, plus d'un sixième en Autriche, en Suède et en Belgique, plus d'un dixième aux États-Unis, en Allemagne, en France et au Royaume-Uni. En 1960, les personnes qui vivaient dans un pays autre que leur pays natal étaient au nombre de soixante dix-sept millions ; en 1980, on en comptait

90 En français : Organisation internationale pour les migrations (organisme des Nations unies chargé des migrations).

91 Ernest Renan (1823-1892), « Qu'est-ce qu'une nation ? », conférence prononcée en Sorbonne le 11 mars 1882. On notera que l'on oppose classiquement cette conception française à la conception allemande de Johann Gottlieb Fichte (1762-1814).



cent cinquante millions ; en 2013, deux cent trente deux millions ; et, en 2015, deux cent quarante quatre millions. Cela représente plus de 3 % de la population mondiale, dont il faut noter le nombre de cent trente-six millions de personnes dans les pays développés. Il est, dès lors, évident que la présence d'un tel nombre d'individus provenant d'autres pays fait naître des problèmes de toutes sortes dans les pays d'accueil ; et je voudrais vous présenter au moins six problèmes soulevés par ce phénomène.

- En premier lieu, ce qui caractérise l'ensemble des citoyens, les unit, leur donne une identité réside dans l'existence : d'un territoire, d'une langue commune, d'une histoire commune, de la mémoire de cette histoire, d'une culture commune, de principes communs, et nombre d'institutions partagées. Les liens familiaux ou les liens sociaux donnent-ils le droit de devenir partie d'une communauté nationale ? Voici une première catégorie de questions qui sont posées par ce mélange de citoyens et de résidents dans tous les pays.

- En deuxième lieu, qui est citoyen ? Est-ce seulement le titulaire de droits ou bien le titulaire de droits *et* de devoirs : s'agit-il, par exemple, de payer les impôts, de participer à la vie sociale et politique de la communauté d'appartenance ? La citoyenneté consiste-t-elle dans « *le droit d'avoir des droits* » selon la formule d'Hannah Arendt<sup>92</sup> ? Et est-elle fondée sur la correspondance biunivoque entre le système juridique et le sujet ?

- En troisième lieu, lequel de ces éléments caractérisant les citoyens est exclusif ? Bien que provenant de pays différents, ne peut-on pas résider ensemble sur un même territoire ? Ne peut-on pas apprendre une langue étrangère ? Ne peut-on pas respecter les institutions d'un autre pays ? Ne peut-on pas partager une culture ?

- En quatrième lieu, aucune communauté nationale n'est totalement fermée, mais les degrés d'ouverture sont différents. L'on peut alors se demander comment sont choisies les personnes qui sont introduites dans une communauté. Le sont-elles en fonction de la nationalité, comme dans la récente ouverture de l'Allemagne en faveur des migrants syriens ? Ou bien en raison de l'instruction ou de la fortune ? Et dans quelles mesures ce choix est-il discrétionnaire ? Le choix tient-il seulement compte des intérêts de la communauté d'accueil, par exemple dans le cas de l'immigration sélective aux États-Unis ? C'est-à-dire que les savants et les personnes qui possèdent une instruction supérieure sont facilement admis parce qu'ils peuvent davantage contribuer à la vie de la communauté nationale que les personnes sans qualification. Si l'on est Albert Einstein, l'on est très rapidement reçu aux États-Unis, pas les autres. Ou est-ce également dans l'intérêt de ceux qui demandent à être accueillis, parce qu'ils fuient leur communauté d'origine ? Ne faut-il pas respecter un « droit à la nationalité » qui découle de droits internationaux ou, au moins, des limitations internationales au pouvoir de l'État de priver une

---

92 Dans un passage situé à la fin du deuxième tome des *Origines du totalitarisme* (Harcourt Brace & Co., New York, 1951), Hannah Arendt (1906-1975) met en évidence, à travers l'idée de « *droit d'avoir des droits* », le paradoxe inhérent à une conception universaliste des droits de l'homme comme des droits naturels, alors que leur garantie suppose une appartenance à une communauté politique, qui serait donc le premier des droits, conditionnant tous les autres.

personne de sa nationalité en en faisant un apatride ? L'on connaît notamment la jurisprudence de la CJUE à ce sujet<sup>93</sup>. À l'opposé, l'immigration irrégulière peut-elle être considérée comme un délit ?

- En cinquième lieu, dans quelle mesure un État tolère-t-il des appartenances multiples, une citoyenneté double ou même triple ? Ou cet État attribue-t-il à ses propres citoyens un nouveau titre d'appartenance, comme dans le cas des États-Unis, où chaque personne naturalisée est, à la fois, citoyenne des États-Unis et de l'État dans lequel elle a établi sa résidence à l'intérieur des États-Unis, ou, comme dans le cas de l'Union européenne, où les citoyens des États membres se sont vus attribuer une nouvelle citoyenneté : la citoyenneté européenne ?

- En sixième et dernier lieu, vu le grand nombre de résidents provenant d'autres pays, les États deviennent des lieux d'accueil, non seulement des citoyens, mais aussi des résidents auxquels il faut alors reconnaître bon nombre de droits qui sont garantis aux citoyens : pratiquement tous, sauf les droits de nature politique. La Cour constitutionnelle italienne, durant mes dix ans de mandat, a donné droit aux bénéficiaires de l'État providence aux immigrés. Tous les droits au niveau social ont été reconnus aux immigrés. Et cela, soit parce que les États ne peuvent pas faire de discriminations entre les personnes et ignorer la dignité humaine, soit parce que les étrangers sont, eux aussi, titulaires de droits de l'homme découlant des traités internationaux indépendamment des États et des normes nationales qui ouvrent les systèmes juridiques au droit international.

Les conséquences en sont la séparation entre le droit et l'appartenance à la communauté d'origine, c'est-à-dire à la nation. Il s'agit d'une sorte de dévaluation de la citoyenneté à travers la « nécessité » de ne pas considérer les droits de l'étranger *via* le prisme de la citoyenneté, et de les rapporter, non pas à la loi nationale, mais aux droits de l'homme reconnus au niveau *supra* étatique.

Mais à la reconnaissance des droits, correspond l'introduction de conditions ou l'attribution de devoirs.

La condition la plus répandue est le critère de la durée de la résidence, selon un principe bien développé aux États-Unis : « *plus le séjour est long, plus la revendication est fondée* » (en anglais, « *the longer is the stay, the stronger is the claim* »), ou le séjour sur le territoire pendant au moins quatre ans selon la proposition du Premier ministre britannique Cameron au Royaume-Uni, ou pendant un an comme le propose l'Union chrétienne sociale bavaroise.

Il a également été reconnu légitime d'imposer un examen d'intégration civique : connaissance de la langue et de la société. Cela se pratique en Allemagne ou en Hollande. Une certaine durée du séjour sur le territoire est aussi une condition rattachée à la participation au financement des services publics, donc des devoirs par l'imposition fiscale. Ou encore la prestation du service civil comme l'a soutenu

---

93 À diverses occasions, la CJUE a souligné que l'exercice par les États membres de leur compétence en matière d'octroi et de retrait de la nationalité pouvait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel opéré au regard du droit de l'Union européenne, en particulier au regard du principe de proportionnalité. V. en ce sens : CJUE, Gde ch., aff. C-135/08, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*.



la Cour constitutionnelle italienne. Selon la Cour constitutionnelle italienne, c'est une forme de participation solidaire à la vie de la communauté qui ne peut pas être réservée aux seuls citoyens.

En conclusion, je constate un mouvement contradictoire à propos de la population, qui est l'un des trois éléments constitutifs de l'État : les communautés nationales composées de citoyens se défendent en se fermant, mais, de l'autre côté, accueillent et intègrent aussi des non-citoyens. Cependant, elles leur accordent la « titularité » de devoirs civils, économiques et sociaux, mais non pas celle des droits politiques.

---

**Mattias Guyomar**  
*conseiller d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci beaucoup, M. le ministre, pour cette introduction qui nous place tout de suite dans un horizon politique. Car, en réalité, les questions juridiques qui sont à l'ordre du jour découlent d'une situation politique à laquelle les États, mais également les personnes, sont confrontés ; d'abord, les étrangers qui viennent résider dans des proportions croissantes sur les territoires d'autres États que le leur, et dont vous avez, à juste titre, rappelé qu'ils étaient au premier chef le sujet qui nous occupe aujourd'hui, et, ensuite, les ressortissants de ces États d'accueil.

Vous aviez évoqué la possibilité de présenter deux cas concrets dans le prolongement de votre discours. Vous pouvez, si vous le souhaitez, satisfaire notre curiosité en faisant état de ces deux cas.

---

**Sabino Cassese**  
*ancien juge à la Cour constitutionnelle italienne,*  
*professeur émérite à l'École normale supérieure de Pise*

Il s'agit de deux décisions, dont l'une est de la Cour EDH<sup>94</sup> et l'autre de la CJUE<sup>95</sup>.

### **1. Le premier cas est lié à l'expérience italienne.**

En septembre 2011, trois migrants tunisiens sont interceptés par les gardes côtes italiens. Après leur identification, le chef de la police d'Agrigente en Sicile émet trois décrets de refoulement sur la base de la loi italienne de 1998, qui précise que : « *Le refoulement avec reconduite à la frontière est ordonné par le chef de la police à l'encontre des étrangers qui pénètrent sur le territoire de l'État en se soustrayant au contrôle de frontière lorsqu'ils sont arrêtés au moment de l'entrée sur le territoire ou immédiatement après* ».

---

94 CEDH, 1<sup>er</sup> septembre 2015, *Khlaifia et autres c. Italie*, n° 16483/12. Il doit être noté que cet arrêt était renvoyé devant la grande chambre le 1<sup>er</sup> février 2016 – le présent colloque ayant eu lieu le 25 mai 2016 –, ce qui a donné lieu à une nouvelle décision. V. en ce sens : CEDH, Gde ch., 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, n° 16483/12.

95 CJUE, aff. C-249/13, 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*.

Mais à la loi italienne se superpose un droit supranational, notamment le protocole n° 4, article 4, de la Convention EDH qui interdit les expulsions collectives d'étrangers<sup>96</sup>.

À un niveau plus général, l'article 33 de la Convention de 1961<sup>97</sup> relative au statut des réfugiés et l'article 3 de la Convention contre la torture de 1984<sup>98</sup> établissent l'interdiction du *refoulement*. Les trois migrants font donc un recours à la Cour EDH qui, le 1<sup>er</sup> septembre 2015, prend la décision suivante : « *La simple mise en place d'une procédure d'identification ne suffit pas à exclure l'existence d'une expulsion collective* »<sup>99</sup>. En l'espèce, l'exclusion critiquée avait bien un caractère collectif. En particulier, les décrets de « refoulement » ne contiennent aucune référence à la situation personnelle des intéressés ; le Gouvernement n'a produit aucun document susceptible de prouver que des entretiens individuels portant sur la situation spécifique de chaque requérant aurait eu lieu avant l'adoption de ces décrets. Un grand nombre de personnes de même origine – tunisienne – ont connu, à l'époque des faits incriminés, le même sort que les requérants. Les accords bilatéraux entre l'Italie et la Tunisie n'ont pas été rendus publics et prévoyaient le rapatriement des migrants irréguliers tunisiens par le biais de procédures simplifiées sur la base de la simple identification de la personne concernée de la part des autorités consulaires tunisiennes.

Cela suffit à la Cour EDH pour exclure l'existence de garanties suffisantes d'une prise en compte réelle différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées. Au vu de ce qui précède, la Cour EDH conclut, le 1<sup>er</sup> septembre 2015, que l'éloignement des requérants a revêtu un caractère collectif contraire à l'article 4 du Protocole n° 4 et, ce faisant, qu'il y a eu violation de cette disposition (cet arrêt a été renvoyé devant la grande chambre de la Cour EDH)<sup>100</sup>.

L'on peut noter que, sur un tel sujet, le point de vue d'un Américain serait bien différent du nôtre, eu égard à la loi de 1946, dite de l'« *Administrative Procedure Act* » (APA), qui a établi la procédure de « *notice and comment* »<sup>101</sup>.

## **2. Le second cas concerne une décision de la CJUE qui précise la portée du droit des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière d'être entendus.**

M. Boudjlida, de nationalité algérienne, était arrivé en France en qualité d'étudiant. Puis, après ses études, il est passé dans une situation irrégulière sur le territoire français. Il est invité par les services de la police aux frontières à se présenter à leur

96 L'expulsion collective, prohibée par l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf lorsqu'une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe. Il importe qu'il y ait eu un examen et une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées. Voir en ce sens : [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Collective\\_expulsions\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Collective_expulsions_FRA.pdf)

97 Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, dite « Convention de Genève ».

98 Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (adoptée le 10 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987).

99 CEDH, 1<sup>er</sup> septembre 2015, *Khlaifia et autres*, précité.

100 CEDH, Gde ch., 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres*, précité.

101 Procédure de consultation des milieux intéressés et des administrés.





bureau. À l'issue d'un entretien, le préfet des Pyrénées-Atlantiques prend, en janvier 2013, une décision selon laquelle M. Boudjlida est obligé de quitter le territoire français. La décision française est prise au regard du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), notamment de l'article sur l'immigration et l'intégration à la nationalité qui énonce : « *L'autorité administrative peut obliger à quitter le territoire français un étranger non ressortissant d'un État membre de l'Union européenne si l'étranger n'a pas demandé le renouvellement de son titre de séjour temporaire et s'est maintenu sur le territoire français à l'expiration de ce titre. La décision énonçant l'obligation de quitter le territoire français est motivée* ». Dans ce cas, il y a encore un deuxième niveau de droit : le droit européen. L'article 6 de la directive 2008/115/CE<sup>102</sup>, dite directive « retour », énonce que : « *Les États membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. La présente directive n'empêche pas les États membres d'adopter une décision portant sur la fin du séjour régulier en même temps qu'une décision de retour et/ou une décision d'éloignement et/ou d'interdiction d'entrer dans le cadre d'une même décision ou d'un même acte de nature administrative ou judiciaire conformément à leur législation nationale sans préjudice des garanties procédurales offertes au titre du chapitre troisième ainsi que d'autres dispositions pertinentes du droit communautaire et du droit national* ».

M. Boudjlida saisit le tribunal administratif de Pau qui, à son tour, saisit la CJUE d'une question préjudicielle<sup>103</sup>. La CJUE répond de la manière suivante : le droit d'être entendu dans toute procédure (en anglais, *the « right to hearing »*), « *doit être interprété en ce sens qu'il comprend pour un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier (...) le droit d'exprimer avant l'adoption d'une décision de retour le concernant son point de vue sur la légalité de son séjour, sur l'éventuelle application des articles 5 et 6 de [la] directive ainsi que sur les modalités de son retour. En revanche, le droit d'être entendu (...) n'oblige l'autorité nationale compétente ni à prévenir ce ressortissant préalablement à l'audition organisée en vue de ladite adoption de ce qu'elle envisage d'adopter à son égard une décision de retour, – c'est un point qui est considéré comme illégal aux États-Unis – ni à lui communiquer les éléments sur lesquels elle entend fonder celle-ci, ni à lui laisser un délai de réflexion avant de recueillir ses observations dès lors que ledit ressortissant a la possibilité de présenter, de manière utile et effective, son point de vue au sujet de l'irrégularité de son séjour et des motifs pouvant justifier, en vertu du droit national, que cette autorité s'abstienne de prendre une décision de retour* »<sup>104</sup>.

À travers ces deux exemples, l'on voit l'évolution du droit et l'influence sur un principe qui, récemment, le 18 mars 2016, a été établi sur une base contractuelle par l'Union européenne<sup>105</sup>. En effet, l'Union européenne a signé un accord avec la Turquie aux fins de convenir d'un plan global pour offrir aux réfugiés syriens

102 Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

103 TA de Pau, 30 avril 2013, *M. Boudjlida*, n° 1300264 (recours préjudiciel enregistré sous C-249/13).

104 CJUE, aff. C-249/13, 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida*, précité, paragr. 68 et 69.

105 Conseil européen, *Déclaration UE-Turquie*, 18 mars 2016. V. le document sur Internet à l'adresse : [www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement](http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement)

un accès sûr et légal à l'Union européenne, et réduire la migration irrégulière. Et je voudrais vous lire les stipulations de cet accord qui montrent que l'Union européenne et la Turquie sont convenues que « *tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques à partir du 20 mars 2016 seront renvoyés en Turquie. Cela se fera en totale conformité avec le droit de l'Union européenne et le droit international, excluant ainsi toute forme d'expulsion collective. Tous les migrants seront protégés conformément aux normes internationales applicables et dans le respect du principe de non-refoulement. Les migrants arrivant dans les îles grecques seront dûment enregistrés et toute demande d'asile sera traitée individuellement par les autorités grecques* ». On a donc des autorités au niveau national, des autorités de l'Union européenne et des autorités internationales, conformément à la directive sur la procédure d'asile en coopération avec le Haut Commissariat aux réfugiés des Nations Unies.

Il y a ainsi une coopération entre, d'un côté, un niveau normatif administratif national, supranational et global, et, de l'autre côté, un niveau juridique national, supranational et global ; il existe donc bien là une imbrication, un creuset d'ordre juridique.

---

**Mattias Guyomar**  
*conseiller d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci pour ces présentations de cas. À vous seul, vous illustrez les deux dimensions du sujet. Dans un premier temps, la dimension à la fois politique et humaine de situations qui se développent et, dans un second temps, les réponses qui sont apportées sur le plan juridique avec ces mécanismes d'enchevêtrements normatifs qui font qu'à elle seule, la loi nationale n'est plus apte à répondre à ces situations. Soit que cette loi leur échappe par nature, soit qu'elle est elle-même soumise à des contraintes juridiques qu'elle doit respecter.

Les deux autres intervenants souhaitent-ils réagir à cet exposé ?

---

**Danièle Lochak**  
*professeure émérite de droit public à l'université Paris Ouest-Nanterre La Défense,*  
*ancienne présidente du GISTI*

Vous avez prononcé le mot « citoyenneté », et comme nous parlons aujourd'hui de l'Europe, j'aimerais dire une ou deux choses à propos de la citoyenneté européenne instituée par le traité de Maastricht en 1992. Cette réforme a en fait creusé l'écart entre les ressortissants des États membres et ceux des États tiers. Lorsque l'on raisonnait uniquement en termes de non-discrimination, comme c'était le cas auparavant, on pouvait penser que les progrès accomplis dans la voie de l'assimilation aux nationaux des ressortissants des États membres pourraient ensuite s'étendre, presque naturellement, aux ressortissants des États tiers. Or les choses ont tourné autrement, notamment, quoique non exclusivement, parce que la citoyenneté élève une barrière entre ceux qui en sont titulaires et les autres.

Plus sont importants les avantages accordés aux citoyens de l'Union, plus s'élargit le fossé qui tient à distance les non citoyens.

Et ceci reste globalement vrai malgré le fait que, depuis l'adhésion des pays d'Europe de l'Est à l'Union européenne, la jurisprudence de la CJUE favorable aux citoyens de l'Union s'est quelque peu écornée. Le sort des ressortissants des États tiers n'a pas été conforme au programme adopté, en 1999, lors du Conseil européen de Tampere<sup>106</sup>. Il était question de mettre en place une politique d'intégration des ressortissants des pays tiers installés durablement en Europe et de leur offrir un « *ensemble de droits uniformes aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union* », incluant par conséquent la liberté de circulation. Les choses ont tourné autrement. Ce volet de la politique européenne d'immigration et d'asile a été sacrifié à la lutte contre l'immigration clandestine et à la protection des frontières, déclarées prioritaires lors du sommet de Séville en 2002<sup>107</sup>. La directive sur les ressortissants de longue durée<sup>108</sup> ne leur a conféré que des droits limités. Quant à la directive sur le regroupement familial<sup>109</sup>, dont la négociation a duré des années, elle crée si peu d'obligations qu'elle laisse finalement chaque État libre de conserver sa propre législation restrictive, y compris par exemple le droit d'imposer un délai préalable de trois ans avant de pouvoir être rejoint par sa famille. L'intégration, mise systématiquement en avant, apparaît comme un alibi pour restreindre les droits des personnes concernées. Ainsi, le statut de résident de longue durée peut être subordonné à une condition d'intégration ; si une personne veut se faire rejoindre par ses enfants de plus de douze ans, l'administration peut vérifier qu'ils satisfont à une condition d'intégration ; et, toujours au nom de cet impératif d'intégration un État peut décider d'inscrire dans sa législation un âge limite de quinze ans.

Il ne faut guère s'étonner de ce que le droit de l'Union européenne ne soit pas réellement protecteur pour les ressortissants des États tiers. Pourquoi le serait-il plus que les législations nationales, alors que le « creuset normatif européen », fonctionne dans les deux sens : certes, le droit de l'Union lie les États membres, mais ce droit – du moins le droit « légiféré » – n'est jamais que le produit d'une négociation entre des gouvernements mus par l'objectif de la maîtrise des flux migratoires.

---

**Mattias Guyomar**

*conseiller d'État,*

**modérateur de la conférence**

Il y aurait, dans la dimension du creuset normatif, quelque chose qui, selon vous, irait à rebours de la logique de ce que la pénétration des normes devrait permettre de réaliser ; c'est-à-dire que l'on échappe au territoire national mais pour mieux

106 Le Conseil européen de Tampere (Finlande) des 15 et 16 octobre 1999, est à l'origine d'une série de décisions importantes prises au niveau de l'Union européenne dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (JAI).

107 Conseil européen des 21 et 22 juin 2002.

108 Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

109 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.



reconstituer un autre territoire à l'échelon communautaire où les logiques que vous décrivez comme d'exclusion et non d'intégration – si je transcris fidèlement vos propos – se reproduisent avec d'autant plus de force qu'il y a une mutualisation des appareils administratifs et juridiques au niveau européen. Peut-être que l'avocat général Bot peut réagir sur l'œuvre communautaire dans le sens d'une intégration moindre que celle souhaitée par certains ?

---

**Yves Bot**

*avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne*

J'ai été très sensible à l'exposé du ministre Cassese, notamment en ce qu'il traite en même temps de ces deux aspects : le politique et l'humain. Il est clair que la situation humaine qui doit être traitée, à titre individuel, l'est à chaque fois au vu de textes, ou de directives. Ces directives ménagent, pour chaque État, une marge d'appréciation. À l'intérieur du cadre qui lui est laissé, l'État peut être tenté d'utiliser cette marge pour lui-même, afin de continuer à appliquer des règles qui lui paraissent plus faciles au regard de sa structure, et non au regard de la pureté des principes, notamment des conventions internationales qui jouent un jeu dialectique entre elles.

---

**Mattias Guyomar**

*conseiller d'État,*

**modérateur de la conférence**

Je vous propose de garder la parole puisque la transition est toute trouvée pour que l'on appréhende maintenant la question du point de vue plus strictement communautaire.

---

**Yves Bot**

*avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne*

En remarque liminaire, je souhaiterais préciser que je parle en mon nom propre et que mes propos n'engagent que moi, et aucunement la CJUE.

Le droit des étrangers est l'exemple d'un creuset normatif qui est constitué par l'effet croisé de normes portées par plusieurs textes à valeur internationale : la Convention EDH et la Convention de Genève. Il faut les avoir constamment présents à l'esprit, ainsi que les normes propres de l'Union européenne. D'ailleurs, quand la CJUE doit interpréter un texte de l'Union européenne en matière de statut des réfugiés, par exemple, si l'expression de la directive ne lui paraît pas clair – cela peut arriver car il n'y a pas qu'une seule langue officielle dans l'édition des textes – et que la comparaison des différentes expressions ne lui permet pas de trancher l'équivoque du terme, elle se réfère alors, notamment, à ce que cette notion exprime dans la Convention de Genève ou dans la Convention EDH et ce, indépendamment du jeu de renvoi que la Charte des droits fondamentaux fait avec la Convention EDH. L'ensemble forme un socle de valeurs démocratiques.

L'Union européenne se réfère à la notion d'État de droit, considérée comme une production de la démocratie, à des principes généraux qui expriment nombre de valeurs et qui interpellent le droit national, donnant à l'État ce que le président Genevois appelait « *l'obligation d'obéissance jurisprudentielle* » – quand il parlait de la jurisprudence elle-même. Le droit de l'Union européenne donne l'obligation d'obéissance, non seulement à la jurisprudence, mais aussi au législateur à raison de la marge d'appréciation qu'il laisse à ce dernier lorsqu'il s'agit de transposer une directive. La marge d'appréciation implique une liberté. La question que l'on peut se poser est : quel est l'usage qui en a été fait ? Si l'on porte un regard sur l'utilisation de cette liberté par la France, il faut reconnaître que la France a été de nombreuses fois condamnée pour n'avoir pas respecté certains des textes auxquels je faisais allusion. Depuis ces dernières années, la France a cependant effectué de très gros progrès dans ce domaine, et l'on peut dire qu'elle fait aujourd'hui partie des États qui ont à cœur de transposer correctement.

L'influence normative du droit de l'Union européenne a connu un effet d'accélération avec l'officialisation de l'espace de liberté et de sécurité et de justice et la création de l'espace Schengen. Créer un espace commun sans frontières intérieures impose évidemment de prévoir des règles communes pour y entrer, y circuler, s'y établir et, le cas échéant, en sortir lorsque cette issue n'est pas volontaire.

Pour y rentrer, il faut une justification, avec ou sans visa, selon des conditions qui sont à remplir en fonction du cas personnel de chacun. L'espace étant commun, les dispositions doivent être communes. L'Europe de Schengen est l'abolition des frontières intérieures, donc l'édiction de règles communes concernant les frontières extérieures. Dans ce contexte, l'on peut se demander sur le plan juridique quelle est la légalité de l'installation de barbelés anti-migrants ? La question n'est pas posée pour l'instant. Elle pourrait l'être.

Les juristes savent bien que le « Droit » avec un grand « D » se distingue de la réglementation : il a une valeur expressive. Sous cet aspect, il a aussi une fonction créatrice. Appliquée à la nature humaine, cette fonction créatrice révèle, peu ou prou, la conception de l'homme et la conception de ses rapports avec ses congénères exprimés par la loi et la jurisprudence. Si l'on veut jeter un regard sur le droit de l'Union européenne, l'on pourrait être tenté d'essayer l'approche que je vous propose ici.

Bien entendu, je ne vais pas me lancer dans l'énoncé de l'ensemble des décisions qui ont été rendues par la CJUE en matière de droit des étrangers, ni même, d'ailleurs, dans une lecture, fut-elle abrégée, du sommaire des décisions en question.

En revanche, je crois qu'il pourrait être intéressant de soumettre à votre réflexion les deux thèmes suivants : le premier thème consiste en quelques éclairages sur le statut de l'étranger en situation illégale – vous allez penser : « voilà bien un réflexe d'ancien procureur : il s'intéresse à l'illégal et le légal le laisse froid ». Ce n'est certes pas faux, mais comme le disait le doyen Carbonnier : « *Le droit est une pathologie* »<sup>110</sup>. En l'espèce, la pathologie, employée dans le sens que lui donnait le

<sup>110</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit*, 10<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, p. 23 : « *la jurisprudence, c'est le contentieux, et le contentieux, c'est le droit pathologique, non point le droit à l'état normal* ».



doyen Carbonnier, est l'illégalité ; car c'est là que se confrontent le comportement individuel et la règle de droit. C'est cela qui va générer le conflit, donc la décision de justice. Le second thème, quant à lui, concerne les questions qui relèvent de la sphère personnelle.

## 1. Le statut de l'étranger en situation illégale

Le statut de l'étranger est un contentieux assez objectif, car il touche aux conditions fixées par les textes et les règles de procédure pour les appliquer. Que va-t-il arriver au statut de l'étranger en situation illégale et, surtout, comment allons-nous le traiter quand il est constaté qu'il se trouve en situation illégale ? Il existe un certain nombre de textes qui ont donné lieu à des décisions de jurisprudence que tout le monde connaît : la directive « retour »<sup>111</sup>, le règlement « Dublin II »<sup>112</sup> qui a donné lieu à ce que l'on a appelé l'arrêt *N. S.*<sup>113</sup>. La politique de « Dublin II » est que l'intéressé doit ressortir par où il est rentré. Si l'État où il a été pris n'est pas l'État d'entrée, on le remet dans l'État où il est entré pour que ce soit ce dernier qui se charge d'examiner la situation de l'étranger et de toutes les formalités qui l'accompagnent, dont la difficulté d'établir d'où il vient, où il faut le renvoyer. L'État d'entrée paie ainsi sa négligence. C'est un peu un moyen de sanctionner la non-observation du devoir de coopération loyale entre les États.

Cet arrêt est intéressant parce que la CJUE a tiré les conséquences de constatations faites par la Cour EDH à propos des conditions de détention et de rétention en Grèce, et a conclu que l'étranger en situation illégale interpellé, par exemple, en France ou au Danemark ne devait pas être renvoyé dans l'État « d'entrée » s'il y encourait des risques de « traitements inhumains ou dégradants », mais que c'était dans le lieu de son interpellation, où l'on avait constaté l'irrégularité de sa situation, que la procédure devait être conduite. Pour ces raisons, tirées de la Convention EDH et de la Charte des droits fondamentaux, la CJUE a apporté *motu proprio* cette exception aux textes mêmes de « Dublin II ».

Autre exemple : celui de l'arrêt *Achughbabian*<sup>114</sup>, c'est-à-dire de la directive « retour » appliquée en France. C'est le cas de l'étranger que l'on interpelle, dont on vérifie l'identité, et que l'on place en garde à vue – puisque le fait de rentrer illégalement sur le territoire français constitue un délit pénal puni d'une peine qui autorise la mise en garde à vue. Cette législation française est-elle conforme au droit de l'Union européenne et, notamment, à la directive « retour », puisque nous sommes dans la mise en œuvre du droit de l'Union, donc dans l'application de la Charte et, par ricochet, de la Convention EDH ?

---

111 Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

112 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers.

113 CJUE, Gde ch., aff. jointes C-411/10 et C-493/10, 21 décembre 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, et *M.E. et autres c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*.

114 CJUE, Gde ch., aff. C-329/11, 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian c. préfet du Val-de-Marne*.



La question posée était : un État a-t-il le droit d'avoir une législation qui pénalise l'entrée illégale sur son territoire ? La CJUE répond en trois temps dans le même arrêt :

- i) Oui, l'État peut avoir une législation qui pénalise l'entrée illégale sur son territoire.
- ii) Non, l'État ne doit pas appliquer la règle pénale dans le cadre de la procédure de vérification du statut et ensuite de l'application des mesures de retour. Ce que la France faisait pourtant : quand les parquets pouvaient faire appliquer la procédure administrative, ils classaient la procédure pénale sans suite et laissaient à la juridiction administrative le soin d'agir – c'était notre collaboration quotidienne.
- iii) Sauf si l'immigré illégal, après être sorti du territoire, était entré à nouveau illégalement dans un pays européen, ou, par son comportement, avait rendu impossible la mise en œuvre des mesures de retour qui doivent être privilégiées.

La Cour de cassation a interprété l'arrêt de la CJUE d'une manière extensive, en décidant que le système français était illégal<sup>115</sup>, ce qui a amené le législateur à prendre d'autres mesures<sup>116</sup> qui reviennent à peu près au même sous une autre appellation. Le jeu des garanties par rapport aux normes qui pouvaient apporter une sanction a ainsi été recadré.

Un autre aspect concerne l'Allemagne : il s'agit des conditions de rétention de l'étranger en situation irrégulière dans le cadre de la procédure de retour. L'obligation est de détenir celui-ci dans un centre spécialisé. Un certain nombre de *Länder* n'ont pas de centre spécialisé, ce qui pose la question suivante : « *est-il normal de retenir les étrangers en situation irrégulière dans un centre pénitentiaire, alors que les conditions de détention ne permettent pas à une famille de rester unie ?* ». Évidemment, la CJUE a déclaré que cela était impossible<sup>117</sup>, et la loi fédérale allemande a été modifiée en conséquence pour préciser qu'il fallait toujours que les familles puissent bénéficier d'une sphère d'intimité.

Comme transition avant mon second thème, je souhaiterais aborder l'appréciation des conditions de rétention sous l'angle d'une souffrance qui confinerait au traitement inhumain.

Ceci est illustré par un arrêt de la Cour EDH, *Popov c. France*<sup>118</sup>. Il s'agit de la situation d'une famille retenue dans des conditions très difficiles, ensemble certes, mais dans une seule pièce de dimensions très réduites : le père, la mère et deux enfants en bas âge. La Cour EDH a considéré que la question ne se posait pas pour les enfants compte tenu de leur âge (deux ans et six mois) : l'absence de possibilité de sortir ou de jouer était un traitement inadmissible, mais pas pour les parents. Il y a eu une opinion séparée qui était, à mon sens, tout à fait justifiée : voir le malheur de leurs enfants est déjà une souffrance inhumaine pour des parents.

115 C. cass., ch. civ., 5 juillet 2012, n°s 11-30371, 11-19250 et 11-30530.

116 Loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

117 CJUE, aff. C-61/11 PPU, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*.

118 CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n°s 39472/07 et 39477/07.



## 2. La question de la relation avec l'étranger en situation illégale sous l'angle de l'appréhension de la sphère personnelle

S'agissant des questions relevant de la sphère personnelle, la CJUE a rendu, début septembre 2012, un arrêt particulièrement intéressant : l'arrêt *Y et Z*<sup>119</sup>, qui explique les conditions dans lesquelles la liberté de manifester sa religion doit être protégée. Saisie par le Tribunal administratif fédéral d'Allemagne, la grande chambre de la CJUE a exposé les principes à prendre en compte dans une affaire de refus d'une demande d'asile par deux pakistanais du fait du risque de persécution liée à leur religion.

Les personnes concernées étaient des ahmadistes, branche de l'islam considérée, par l'islam majoritaire, comme une secte. Au titre de leurs croyances, les pratiquants de ce courant religieux sont astreints au prosélytisme, impliquant d'être démonstratif. La question posée venait à demander s'il était possible d'isoler dans une pratique religieuse un « noyau dur » auquel il ne saurait être touché, au contraire des aspects de la pratique extérieurs à ce noyau, et, dans l'affirmative, s'il serait envisageable de demander aux pratiquants de s'en abstenir. La Cour a répondu par la négative. La même affaire a été ensuite « renvoyée » à la Cour sous un autre aspect. La question cette fois était : « *peut-on décider de l'opportunité de renvoyer ou pas un étranger en situation irrégulière en fonction de la probabilité qu'il subisse un mauvais traitement dans son pays d'origine ?* ». Et si l'on constate que, dans la réalité, de tels traitements ne sont jamais appliqués, doit-on renvoyer ? J'ignore ce que dira la CJUE, mais je peux vous parler de mes conclusions qui sont publiques et qui proposent à la CJUE de dire « non ».

Un autre cas, délicat, dont la CJUE a eu à connaître est celui de l'orientation sexuelle. Elle fut interrogée par une juridiction néerlandaise sur la façon de déterminer objectivement si une personne mentait ou non au sujet de son orientation sexuelle. Il s'agissait des cas de trois personnes qui avaient fui leur pays et disaient ne pas pouvoir retourner chez elles en raison de leur orientation homosexuelle. Pour l'une d'elles, son cas avait été rejeté au motif qu'elle n'avait pas été capable de donner des indications sur des adresses d'organisations luttant contre les persécutions de cette nature. Pour les deux autres, rien ne le prouvait. L'un a proposé de produire des cassettes de sa vie intime. La CJUE a statué en rejetant l'absence de connaissance d'adresses d'organisations luttant contre l'homophobie comme raison du refus. Pour le reste, elle a demandé le respect de la sphère de la vie privée et des droits fondamentaux dans la manière d'interroger la personne<sup>120</sup>.

Je trouve que cela pose exactement le problème de manière générale, indépendamment du cas particulier. Il s'agit du problème du devenir de la construction du droit de l'Union européenne, et pas seulement du droit des étrangers selon la façon dont je le vois. Il ne faut pas perdre de vue, dans chaque cas, la situation personnelle de la personne qui est en face de soi. L'on est vraiment

119 CJUE, Gde ch., aff. jointes C-71/11 et C-99/11, 5 septembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland c. Y et Z*.

120 CJUE, aff. jointes C-199/12 à C-201/12, *Minister voor Immigratie en Asiel c. X, Y ; et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel* en présence de *Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de Vluchtelingen*.



dans le face à face entre celui qui explique son cas et celui qui l'écoute et qui instruit sa demande. Cela doit vraiment être le face à face entre deux consciences excluant tout excès. Il s'agit tout simplement du respect de la personne. Le respect ne doit pas être nié en raison de la prégnance du problème de l'immigration illégale au niveau global, même si l'on perçoit la difficulté pour les États de trouver un juste équilibre sous les pressions dont ils sont l'objet de la part de leurs opinions publiques.

Je souhaiterais vous soumettre une dernière réflexion qui, cependant, sort du cadre des étrangers : ce type de problèmes, de réaction à l'échelon général face à la pénétration des frontières, d'éclatement des cadres, ne met-il pas en péril Schengen ? Actuellement, d'après le journal anglais *The Guardian*, il y aurait quelques vingt mille réfugiés mineurs dont on ignore la localisation, et même le nombre exact selon une récente communication du Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF). Cette ignorance est-elle admissible au regard même des principes humains élémentaires ? L'on ne pourra traiter ce genre de cas qu'avec un peu plus d'intégration européenne, et sans doute un approfondissement de la notion de citoyenneté.

---

**Mattias Guyomar**

*conseiller d'État,*

**modérateur de la conférence**

Merci pour cette intervention. J'en retiens, notamment, les deux éléments suivants qui vont dans le même sens de ce que nous disions auparavant : d'abord, le choc entre le systémique et la prise en considération des situations individuelles. Une politique publique, qu'elle soit menée au niveau national ou au niveau de l'Union européenne, doit reposer sur la prise en considération d'équilibres généraux. Dans le domaine du droit des étrangers, la mise en œuvre de ces politiques publiques percute immédiatement des situations individuelles.

Ensuite, selon les exemples concrets que vous avez donnés dans la prise en compte des situations individuelles, sont en train de se développer des standards d'un certain nombre de protections des droits fondamentaux ou de garanties procédurales. Nous allons voir, par la suite, si c'est à un niveau suffisant ou non pour certains intervenants. Dans la définition de ces standards, l'on voit les ordres juridiques se répondre, la CJUE étant le lieu où s'entremêlent – vous l'avez très justement restitué – à la fois le droit propre à l'Union européenne et, *via* la Charte des droits fondamentaux, le droit propre à la Convention EDH, avec une inspiration des jurisprudences entre elles. Ces standards relatifs à la « *sphère personnelle* » – je reprends vos termes – sont en train d'être co-définis dans l'espace européen, par les cours européennes, à la demande des juridictions nationales, lorsqu'il y a des renvois ; à charge pour les États, ensuite, de les respecter dans la mise en œuvre des politiques publiques. Ce sont les entrelacs de l'ensemble de ces dimensions-là qui rendent particulièrement difficile la définition des points d'équilibre que l'on évoquait précédemment.

---

**Danièle Lochak**

*professeure émérite de droit public à l'université Paris Ouest-Nanterre La Défense,  
ancienne présidente du GISTI*

Je souhaiterais revenir un instant sur la directive « retour »<sup>121</sup> parce qu'elle est très emblématique de la politique européenne, en tant que pièce maîtresse du dispositif visant à lutter contre l'immigration irrégulière.

De fait, comme vous l'avez vous-même souligné, le sort des étrangers en situation irrégulière a polarisé l'essentiel de l'attention des instances européennes depuis que la politique d'immigration et d'asile a été « communautarisée » par le traité d'Amsterdam, signé en 1997. Cette directive est très significative, mais en même temps le processus de son application est assez singulier. La directive « retour » oblige les États à renvoyer les personnes qui sont en situation irrégulière ; elle prévoit la possibilité ou même l'obligation d'assortir la décision d'éloignement d'une interdiction de séjour sur le territoire de l'Union européenne pendant une durée qui peut aller jusqu'à cinq ans ; elle permet enfin l'enfermement des étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement pendant une durée qui peut – exceptionnellement précise-t-elle – aller jusqu'à dix-huit mois. Mais cette directive, que ses détracteurs ont qualifiée de directive « de la honte », a pourtant eu, au niveau de son application, des retombées positives en raison de l'interprétation qu'en a donnée la CJUE.

Ainsi, les arrêts *El Dridi* et *Achughbaban*<sup>122</sup> ont obligé à supprimer la pénalisation du séjour irrégulier ; la Cour a également rappelé que l'assignation à résidence devait être systématiquement préférée à la rétention et que le risque de fuite qui justifie l'enfermement devait être apprécié au cas par cas, le seul fait d'être démuné de documents d'identité ne suffisant pas à l'établir. Force est toutefois de relever le raisonnement utilisé par la CJUE pour parvenir à la conclusion que la peine d'un an de prison sanctionnant le simple séjour irrégulier n'est pas compatible avec la directive : elle n'invoque nullement la protection du droit à la liberté de l'étranger, mais seulement l'effectivité de l'éloignement. En substance : la peine de prison est contre-productive car la philosophie de la directive « retour », c'est que le renvoi ait lieu le plus vite possible ; or si l'on enferme un étranger pendant un an (hypothèse qui, en France, est d'ailleurs très théorique, car l'intérêt principal de la pénalisation du séjour irrégulier est de permettre le placement en garde à vue), on retarde d'autant le départ de cet étranger.

---

**Yves Bot**

*avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne*

Permettez-moi d'apporter une correction : dans le système ancien, l'on appliquait la prison et l'expulsion.

---

121 Directive n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

122 CJUE, aff. C-61/11 PPU, 28 avril 2011, *El Dridi* ; CJUE, aff. C-329/11, 6 décembre 2011, *Achughbaban*.

---

**Sabino Cassese**

*ancien juge à la Cour constitutionnelle italienne,  
professeur émérite à l'École normale supérieure de Pise*

Vous avez présenté un problème qui est très important. On peut le résumer de la manière suivante : en droit interne, la Constitution reconnaît des droits seulement aux citoyens, ou aux citoyens et aux hommes en général, ou bien établit des distinctions entre les droits qui sont reconnus à tous et des droits qui ne sont pas reconnus à tous.

---

**Yves Bot**

*avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne*

Je souhaiterais dire la chose suivante au sujet de l'accueil et des droits qui en découlent : après un certain temps de présence, et aussi en fonction du motif pour lequel le séjour a été autorisé, la qualité de réfugié est plus protectrice que celle de protection subsidiaire, qui elle-même l'est davantage que certains autres types de statuts. Le problème qui se pose est clairement une question d'articulation entre différents textes, traitant de différentes situations dont le problème n'a pas toujours été vu par le législateur. La CJUE statue lorsqu'on l'interroge, le requérant n'étant pas toujours sans arrière-pensées. Elle construit le système par petites touches. Il y a peu, la CJUE a rendu une décision qui constatait l'état du droit, en réalité, l'absence de protection internationale en tant que telle pour celui qui risque, en retournant dans son pays, de subir une situation inhumaine pour des raisons qui tiennent à son état de santé<sup>123</sup>. La CJUE bloque clairement sur ce point, parce que soit elle fait la loi à la place du Conseil et du Parlement européen, soit elle parle en son nom propre.

---

**Mattias Guyomar**

*conseiller d'État,  
modérateur de la conférence*

Je voudrais revenir sur les offices des cours européennes. Ce qui est très intéressant dans ce que vous avez rapporté, M. l'avocat général, est qu'en réalité, lorsque la CJUE est interrogée, par exemple, par le biais d'un renvoi en interprétation d'une directive, elle va interpréter ces normes minimales dont on peut estimer que la lettre est trop stricte ou non sur le regroupement familial.

Sur la directive « retour », la CJUE va l'interpréter *in abstracto* : qu'autorise ou non le texte communautaire ? Mais cette interprétation *in abstracto* va être effectuée à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH qui, elle, statue *in concreto*. C'est-à-dire qu'elle assure l'importation de considérations concrètes parce que ce sont des litiges individuels, avec des prises en considération des circonstances humaines, lesquelles nourrissent la jurisprudence de la Cour EDH. La CJUE assure ainsi l'importation, dans l'interprétation de la norme faite *in abstracto*,

---

123 CJUE, Gde ch., aff. C-542/13, 18 décembre 2014, *Mohamed M'Bodj c. État belge*.

de ces points d'équilibre qu'il convient de ménager, afin de préserver un certain nombre de situations individuelles. Je trouve que le pont ainsi jeté entre les deux jurisprudences, qui correspondent à deux rôles différents, est extrêmement emblématique de ce creuset normatif. Me confirmez-vous que l'inspiration se fait bien dans cette mesure-là ?

---

**Yves Bot**

*avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne*

Bien sûr. De toute façon, les modalités d'application de la Charte des droits fondamentaux l'imposent puisque l'on est, dans ces matières-là, dans la mise en œuvre du droit de l'Union ; la Charte s'applique, et l'on a ce jeu de miroirs.

---

**Mattias Guyomar**

*conseiller d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Sans doute encourent-on, tous les deux, le risque de se voir taxer d'être exagérément optimistes. C'est pourquoi je passe maintenant la parole à Danièle Lochak, dont le propos sera certainement d'une tonalité différente.

---

**Danièle Lochak**

*professeure émérite de droit public à l'université Paris Ouest-Nanterre La Défense,*  
*ancienne présidente du GISTI*

Je commencerai par citer le vice-président Sauvé qui déclarait : « *Grâce à un dialogue attentif et dynamique entre juges nationaux et européens, la protection des droits fondamentaux des ressortissants étrangers a été considérablement renforcée* »<sup>124</sup>.

En élargissant le *corpus* analysé à la législation – celle de l'Union européenne et sa transposition par la France –, je défendrai ici un point de vue différent que je peux résumer ainsi : même lorsque les droits fondamentaux des étrangers sont affirmés et théoriquement reconnus, ils restent subordonnés aux impératifs de la politique migratoire. Or cette politique fait prévaloir, que ce soit au niveau européen ou au niveau national, le droit souverain des États de protéger leurs frontières contre l'afflux de migrants illégaux, voire même le bien-être de leurs citoyens qui serait menacé par la présence sur leur territoire d'immigrés trop nombreux.

Ceci se confirme, non seulement, lorsque l'on examine la législation de l'Union et sa transposition dans les législations nationales, dont j'ai déjà eu l'occasion de souligner qu'elles reflétaient l'« obsession » de la fermeture des frontières à tous les migrants, demandeurs d'asile inclus, mais aussi lorsque l'on se penche sur la jurisprudence de la Cour EDH, *a priori* plus soucieuse de la protection des droits de l'homme, ou sur celle des juridictions françaises. Ces dernières doivent appliquer

<sup>124</sup> J.-M. Sauvé, « Le droit européen des étrangers : quelles solutions juridictionnelles pour des progrès effectifs dans la protection des droits fondamentaux ? », *in* séminaire ACA-Europe, 9 mai 2014.



une législation interne dont beaucoup de dispositions sont la transposition – plus ou moins fidèle – du droit de l’Union, en tenant compte également de la jurisprudence de la CJUE et de celle de la Cour EDH.

L’influence de cette jurisprudence sur le droit français est parfois directe, notamment lorsqu’il y a condamnation claire et précise d’un dispositif français – on a cité tout à l’heure, à propos de la directive « retour », la jurisprudence *Achughbabian*, mais l’on pourrait donner d’autres exemples de condamnations, émanant cette fois de la Cour EDH. Cette influence peut être indirecte, résultant de la fixation de standards jurisprudentiels – on pense par exemple au mode d’emploi de l’article 8 donné par la Cour EDH, qui conduit à mettre en balance le droit à la vie privée et familiale des étrangers et les impératifs étatiques légitimes.

## 1. Le droit de la Cour EDH

La jurisprudence de la Cour EDH est « constructive » et apparemment protectrice ; elle n’en reste pas moins influencée elle aussi par la problématique de la « maîtrise des flux migratoires » qu’elle considère comme un objectif légitime justifiant des restrictions aux droits et libertés des étrangers.

Sur son versant positif, la jurisprudence de la Cour EDH est celle qui a le plus manifestement contribué à consacrer les droits fondamentaux des étrangers, et à donner un contenu concret à l’idée d’universalité des droits de l’homme. On peut citer à cet égard l’interprétation de l’article 8 dont la Cour EDH a considéré, dès 1988, qu’il obligeait les États à prendre en compte le droit à la « *vie privée et familiale* » des étrangers lorsque ces États entendaient mettre fin à leur droit au séjour<sup>125</sup> ; ou l’interprétation rigoureuse de l’article 3, incluant la protection par ricochet<sup>126</sup> ; ou encore les conséquences tirées de l’article 13 en ce qui concerne les garanties de procédure que les États doivent accorder aux étrangers lorsqu’ils sont éloignés de force et qu’est en cause la violation potentielle des articles 2 et 3<sup>127</sup>.

Mais en contrepoint, force est de constater sa timidité et, parfois, ses reculs sur certains points. C’est ainsi que, dans l’arrêt *Üner c. Pays-Bas* en 2006<sup>128</sup>, la grande chambre de la Cour EDH a ouvertement pris le contrepied de la recommandation de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe proposant que les immigrés de longue durée ne puissent en aucun cas être expulsés. C’est ainsi, également, que la Cour refuse de faire découler de l’article 8 un droit au regroupement familial<sup>129</sup>. Elle persiste par ailleurs à refuser d’appliquer l’article 6 sur le droit à un procès équitable au contentieux des étrangers<sup>130</sup>. On l’a vue, enfin, s’agissant du renvoi des étrangers malades, transiger avec le caractère indérogeable du droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et le mettre en balance

125 CEDH, 21 juin 1988, *Berrehab c. Pays-Bas*, n° 10730/84.

126 CEDH, 5 novembre 1997, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93 ; CEDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06.

127 CEDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07 ; CEDH, 22 avril 2014, *A.C. et autres c. Espagne*, n° 6528/11.

128 CEDH, Gde ch., 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, n° 46410/99.

129 V. notamment : CEDH, 15 novembre 2012, *Kissiwa Koffi c. Suisse*, n° 38005/07.

130 CEDH, Gde ch., 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, n° 39652/98 ; CEDH, 2 février 2010, *Dalea c. France*, n° 964/07.

avec la charge pour les dispositifs de protection sociale des États européens que représenteraient les soins donnés à ces personnes<sup>131</sup>. Ceci a incité le législateur français à restreindre la protection accordée aux étrangers malades<sup>132</sup>, au moment même où le Conseil d'État avait fini par se rallier à une interprétation plus rigoureuse et plus protectrice des textes<sup>133</sup>.

---

**Mattias Guyomar**  
*conseiller d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Je vous interromps parce que la loi du 7 mars 2016 revient sur cet aller-retour législatif, et rétablit l'exigence de disponibilité concrète dans l'accès aux soins.

---

**Danièle Lochak**  
*professeure émérite de droit public à l'université Paris Ouest-Nanterre La Défense,*  
*ancienne présidente du GISTI*

Vous avez raison : j'aurais dû le dire. Mais en contrepartie les médecins chargés d'établir les certificats sont désormais des médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), qui est sous la tutelle du ministère de l'intérieur.

## **2. Le droit de l'Union européenne**

Il n'est pas excessif de caractériser le droit de l'Union européenne comme globalement défavorable aux ressortissants des pays tiers, la jurisprudence de la CJUE atténuant ponctuellement l'impact des atteintes portées à leurs droits.

### *2.1. La législation européenne*

J'ai déjà évoqué le contraste entre les bonnes résolutions prises au Conseil européen de Tampere de 1999 et la façon dont les choses ont tourné par la suite. La grande majorité des textes adoptés dans le cadre de la politique d'immigration et d'asile concernent soit la répression de l'immigration irrégulière – la directive « retour » en est la plus emblématique – soit l'accueil des demandeurs d'asile. Sur ce terrain, on réaffirme la fidélité à la Convention de Genève sur les réfugiés ; mais

---

131 CEDH, Gde ch., 27 mai 2008, *N. c. Royaume Uni*, n° 26565/05. La Cour a toutefois, dans une décision plus récente, nuancé sa position en jugeant, d'une façon qui reste malgré tout restrictive, que ne devait pas être renvoyée une personne qui, « *même ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie* » (CEDH, Gde ch., 16 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, n° 41738/10).

132 Les étrangers gravement malades qui ne pourraient pas recevoir de soins dans leur pays d'origine ne peuvent pas être éloignés du territoire et reçoivent de plein droit une carte de séjour « vie privée et familiale ». Là où la loi initiale subordonnait cette protection à l'impossibilité de bénéficier « *effectivement* » d'un traitement approprié dans le pays d'origine, la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (dite loi « Besson ») n'évoquait plus que l'absence d'un traitement approprié.

133 CE, 7 avril 2010, n° 316625 ; CE, 7 avril 2010, n° 301640.

l'effet, sinon l'objet, du Régime d'asile européen commun (RAEC)<sup>134</sup> est de limiter la reconnaissance du statut pour ceux qui, malgré tous les obstacles mis sur leur chemin, sont parvenus jusqu'au territoire de l'Union européenne. L'objectif est de dissuader plutôt que de protéger.

Ceci ressort de la systématisation de notions comme celles « *d'asile interne* »<sup>135</sup>, de « *pays de premier asile* »<sup>136</sup>, de « *pays tiers sûr* »<sup>137</sup>, de « *pays d'origine sûr* »<sup>138</sup>, de la procédure d'octroi du statut qui, sous prétexte de déjouer les abus, multiplie les motifs justifiant le recours à une procédure accélérée, ou encore du fait que la directive « accueil » autorise l'enfermement des demandeurs d'asile pendant le temps d'examen de leur demande dans un nombre très élevé d'hypothèses. La loi du 31 juillet 2015 ayant transposé le RAEC, le droit français reproduit ces restrictions au droit d'asile. Un panorama plus complet de cette politique de maintien à distance des migrants, toutes catégories confondues, supposerait d'évoquer aussi la politique des visas et des sanctions aux transporteurs qui amènent aux frontières de l'Europe des personnes démunies des documents exigés.

## 2.2. Le rôle spécifique de la CJUE

La Cour a contribué à conférer aux ressortissants des États membres un statut de plus en plus stable et de plus en plus proche de celui des nationaux. Mais depuis quelques années – coïncidant avec l'élargissement de l'Union aux pays d'Europe de l'est et à l'intégration de deux pays, la Bulgarie et la Roumanie, qui comprennent une importante minorité Rom – l'on observe un reflux de la protection due aux citoyens de l'Union. L'attitude de la CJUE reproduit à cet égard celle des États membres, marquée par la suspicion à l'égard de cette population : preuve que le « creuset normatif » ne plane pas dans les airs, ou plutôt qu'il reste toujours marqué par « l'air du temps ». Or l'air du temps n'est pas bon pour les Roms.

Il n'est pas bon non plus pour les étrangers en général. Concernant les ressortissants des pays tiers, la jurisprudence de la CJUE ne s'est pas révélée protectrice. À titre d'exemple, elle a rejeté un recours des parlementaires européens contre la directive « regroupement familial »<sup>139</sup>, dont on a souligné le caractère restrictif, estimant qu'elle ne violait en aucune façon le droit au respect de la vie familiale<sup>140</sup>. Et si l'on peut mettre au crédit de la CJUE l'interprétation plutôt libérale qu'elle a donnée de la directive « retour », on ne peut pas escamoter le fait que la Cour est guidée ici autant, sinon plus, par le souci de donner toute son efficacité au dispositif mis en place en raccourcissant les délais entre la décision d'éloignement et son exécution, que par celui de garantir les droits des étrangers concernés.

134 Ce régime commun comporte principalement trois directives et deux règlements : une directive dite « qualification », du 13 décembre 2011 ; une directive dite « procédures » et une directive dite « accueil » du 26 juin 2013 ; le règlement Dublin révisé dit « Dublin III » et le règlement Eurodac révisé, adoptés le 26 juin 2013.

135 Possibilité pour un demandeur de trouver une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine. Cette possibilité peut justifier le rejet de la demande d'asile (article L. 713-3 du Ceseda).

136 CEDH, 7 mars 2000, *T.I. c. Royaume-Uni*, n° 43844/98.

137 V. La politique du « pays tiers sûr » à la lumière des obligations internationales des États vis-à-vis des réfugiés et des demandeurs d'asile, HCR, Londres, juillet 1993.

138 CEDH, Gde ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

139 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

140 CJUE, aff. C-540/03, 27 juin 2006, *Parlement européen c. Conseil*.

Avant d'en venir à la France, je souhaiterais évoquer, à l'aide d'un exemple qui a joué ici en faveur des étrangers, une autre dimension du « creuset normatif » : la combinaison entre le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne.

La Cour EDH a jugé que les États ne pouvaient pas se dégager de leur responsabilité en invoquant les obligations découlant de leur appartenance à l'Union européenne. À propos de l'application du règlement Dublin, qui implique de renvoyer un demandeur d'asile vers le pays responsable de cette demande, en général celui par lequel il a pénétré sur le territoire de l'Union, la Cour EDH a ainsi condamné la Belgique, puis l'Italie, pour avoir renvoyé un demandeur d'asile vers la Grèce, alors que l'on savait qu'il serait ainsi exposé à des traitements contraires à l'article 3<sup>141</sup>. Et la CJUE, à son tour, a accepté de reconnaître que la présomption selon laquelle les États membres ne se livraient pas à des traitements prohibés par l'article 3 n'était pas irréfragable et que l'application du règlement Dublin pouvait donc éventuellement céder face à des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans le pays de renvoi<sup>142</sup>.

### 3. Le droit interne français

On s'attachera ici à montrer, à partir de quatre exemples, comment et dans quelle mesure les principes posés par la jurisprudence de la Cour EDH ont été incorporés au droit français légiféré ou jurisprudentiel.

#### 3.1. L'article 3 de la Convention EDH et la protection par ricochet

Dès 1987, le Conseil d'État a obligé l'administration, lorsqu'elle procède à l'éloignement d'un étranger, à tenir compte des risques encourus dans le pays de destination et a décidé d'exercer un contrôle entier sur la décision fixant ce pays<sup>143</sup>. En 1993, le législateur, à son tour, a incorporé ce principe jurisprudentiel dans les textes, et il figure aujourd'hui dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda)<sup>144</sup>. Cependant, dans la pratique, les annulations prononcées sur le fondement des risques encourus dans le pays de destination sont rares : la plupart des recours – qui émanent en général de demandeurs d'asile qui n'ont pas obtenu le statut de réfugié ou la protection subsidiaire – sont rejetés, au motif que le requérant n'établit pas la réalité des risques auxquels il serait exposé en cas de retour dans son pays.

Les dispositions protectrices concernant les étrangers malades, adoptées en 1997 et en 1998, peuvent également être considérées comme une retombée de l'article 3 même si par la suite, comme on l'a évoqué plus haut, l'effectivité de cette protection a été très sérieusement écornée, soit en raison des pratiques administratives, soit par les textes législatifs et réglementaires eux-mêmes.

141 CEDH, Gde ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

142 CJUE, Gde ch., aff. C-411/10, 21 décembre 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*.

143 CE, Ass., 6 novembre 1987, *Buayi*, n° 65590.

144 V. article L. 712-1 et article L. 723-4 du Ceseda.



### 3.2. L'article 8 de la Convention EDH

En 1991, le Conseil d'État a, pour la première fois, dans les affaires *Belgacem* et *Babas*<sup>145</sup>, fait référence à l'article 8 de la Convention EDH, tel qu'interprété par la Cour EDH dans l'arrêt *Moustaquim*<sup>146</sup>, pour vérifier la légalité de mesures d'éloignement. Par la suite, il a jugé que l'administration devait également tenir compte de l'article 8 dans le cadre de la délivrance des visas et des titres de séjour. Toutefois, quand il s'agit d'apprécier les situations au cas par cas, le juge a tendance à entériner les décisions d'une administration plus préoccupée par la maîtrise des flux migratoires que par le respect de la vie privée et familiale des étrangers. La loi, depuis 1998, reconnaît un « droit au séjour », concrétisé par la délivrance d'une carte dite « *vie privée et familiale* », sur le fondement des attaches familiales ou personnelles en France. Elle proclame également comme un droit le regroupement familial. Même si le regroupement familial a été enserré dans des conditions de plus en plus strictes, avalisées par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, le droit français reste malgré tout sur ce point plus protecteur que la jurisprudence de la Cour EDH et un peu plus libéral que ce qui est autorisé par les directives de l'Union européenne.

Ayant déjà commenté l'application de la directive « retour », je concentrerai mes développements sur le droit à un recours effectif et sur l'enfermement des enfants, qui sont de bons exemples pour s'interroger sur les effets du « creuset normatif européen ».

### 3.3. Le droit à un recours effectif

La Cour EDH attache une importance particulière à la méconnaissance du droit à un recours effectif lorsqu'elle est combinée avec celle de l'article 2 ou de l'article 3, compte tenu de la « *nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitement* ». Cependant, les trois condamnations de la France par la Cour EDH n'ont pas débouché sur des réformes suffisantes de la législation nationale.

- La Cour, dans l'affaire *Gebremedhin*<sup>147</sup>, en 2007, a sanctionné l'absence de caractère suspensif des recours formés contre le refus d'entrée en France par les personnes qui demandent l'asile à la frontière. À la suite de cette condamnation, le législateur français a introduit un recours suspensif qui doit être introduit dans les quarante-huit heures devant le tribunal administratif, lequel doit lui-même statuer dans les soixante-douze heures de sa saisine. Sur le papier, son caractère effectif ne pose pas de problème, c'est du moins ce qu'ont jugé le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État. Toutefois, au regard des critères auxquels se réfère habituellement la Cour EDH, ce caractère effectif peut être contesté, dans la mesure où l'intéressé ne peut disposer d'aucune assistance juridique gratuite et a difficilement accès à un avocat, alors qu'il lui faut préparer, dans un délai très bref, une requête rédigée en français, motivée en droit et en fait.

145 CE, Ass., 19 avril 1991, *Hamid Belgacem*, n° 107470 ; CE, Ass., 19 avril 1991, *Dame Babas*, n° 117680.

146 CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, n° 12313/86.

147 CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05.

- Dans l'affaire *I.M.*<sup>148</sup>, en 2012, la Cour a sanctionné le classement automatique en procédure prioritaire des demandes d'asile déposées en rétention, compte tenu de la brièveté des délais de recours (cinq jours) et des difficultés matérielles et procédurales pour réunir des preuves dans un contexte de privation de liberté. La loi du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile a donc modifié les règles d'examen des demandes d'asile déposées en rétention. Mais la demande continue à être examinée en procédure accélérée, dès lors que le préfet estime que cette demande est présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement – à moins que l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) considère qu'il ne peut pas examiner la demande selon la procédure accélérée. L'appel devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) n'est, par ailleurs, suspensif de la mesure d'éloignement que s'il a été mis fin à la rétention. On peut donc douter que ce dispositif, très complexe de surcroît, soit satisfaisant au regard des exigences d'un recours effectif puisqu'il est subordonné à l'appréciation du préfet et à une décision du juge des libertés et de la détention (JLD).

- L'affaire *De Souza Ribeiro*<sup>149</sup>, en 2012, où le grief portait sur l'atteinte à la vie familiale, s'était déroulée en Guyane où il n'existe pas de recours suspensif contre une obligation de quitter le territoire français (OQTF). Le requérant avait pu saisir le tribunal administratif, mais ce recours ne satisfaisait pas, selon la Cour EDH, aux exigences de l'article 13 de la Convention EDH, dès lors qu'il n'avait aucune chance d'aboutir en raison de la brièveté du délai (trois quarts d'heure) qui s'était écoulé entre l'introduction du recours et la mise à exécution de la mesure d'éloignement, brièveté qui excluait de surcroît toute possibilité d'un examen sérieux de la requête. De manière incidente, la Cour EDH a constaté également que les procédures de référé étaient inopérantes et ne pouvaient pas être regardées comme des recours effectifs dès lors que l'exécution de la décision contestée aboutissait à un non-lieu à statuer. Le Gouvernement et le législateur français ne semblent pas avoir tiré toutes les conséquences de cet arrêt :

a) L'ordonnance du 7 mai 2014 étendant l'application du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) à Mayotte<sup>150</sup> n'a pas prévu de recours suspensif contre une OQTF, mais seulement la possibilité pour l'intéressé d'assortir son recours d'un référé suspension. Le Conseil d'État a validé le dispositif (CE, 22 juillet 2015, *Gisti et autres*, n° 381550) et a écarté notamment le grief de violation de l'article 13 de la Convention EDH combiné avec les articles 2, 3 et 9 sur la base d'une réserve d'interprétation formulée de la façon suivante : pour l'application de ces dispositions, l'administration doit tenir compte du respect des engagements internationaux de la France, et la mise en œuvre des mesures d'éloignement forcé doit donc être différée dans le cas où l'étranger a saisi le juge des référés et, s'il ne rejette pas la requête au tri, jusqu'à ce qu'il ait statué ; or c'est justement ce qu'a prescrit le ministre de l'intérieur au préfet de Mayotte par une note du 3 avril 2013. On peut s'étonner qu'une disposition soit jugée

148 CEDH, 2 février 2012, *I.M. c. France*, n° 9152/09.

149 CEDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07.

150 Ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda).

conforme aux engagements internationaux de la France sur la seule foi d'une note du ministre prescrivant aux préfets une application conforme à ses engagements mais nullement prévue par la lettre de la loi.

b) La loi du 7 mars 2016<sup>151</sup> n'a pas été aussi loin. En effet elle prévoit qu'en Guyane, en Guadeloupe, à Mayotte, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, l'étranger qui a fait l'objet d'une OQTF et qui défère cet acte au tribunal administratif, peut assortir son recours d'une demande de suspension de son exécution. Dans le cas où il forme un référé-liberté, l'OQTF ne peut pas être exécutée d'office avant que le juge des référés ait fait savoir s'il rejetait au tri la requête comme irrecevable ou mal fondée, ou, s'il décide de tenir audience, avant qu'il ait statué. La loi répare le « défaut » constaté dans l'affaire *De Souza Rivero* où l'intéressé avait été reconduit entre le dépôt de son référé-liberté et la décision prise par le juge. Mais ceci ne suffit pas à garantir le droit à un recours effectif. En effet, le délai imposé à l'administration ne concerne que le référé-liberté non rejeté au tri, alors qu'il est quasiment impossible de démontrer que les conditions – particulièrement strictes – en sont remplies. Par ailleurs, aucune garantie n'est donnée de pouvoir saisir le juge avant le renvoi : en témoigne le nombre dérisoire de référés (quelques dizaines) au regard de celui des éloignements effectués (près de vingt mille, en 2014, depuis Mayotte).

### 3.4. L'enfermement des enfants

La Cour EDH accepte, dans son principe, la détention de mineurs, dès lors qu'elle a pour but de permettre aux États de combattre l'immigration clandestine et que ceux-ci respectent leurs engagements internationaux, notamment la Convention internationale relative aux droits de l'enfant<sup>152</sup>. Les conséquences qu'elle tire de ces engagements sont toutefois limitées, puisque ceux-ci impliquent seulement de prendre en compte « l'extrême vulnérabilité » qui caractérise la situation des enfants pour déterminer s'il y a eu, ou non, violation de l'article 3. La Cour EDH n'en a pas moins conclu à la violation de l'article 3 de la Convention EDH dans plusieurs affaires mettant en cause des enfants (CEDH, 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, n° 41442/07 ; CEDH, 13 décembre 2011, *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, n° 5297/09). Dans l'arrêt *Popov c. France* (19 janvier 2012 n°s 39472/07 et 39474/07), elle a condamné la France pour la rétention d'enfants dans des locaux qui, bien que prévus pour accueillir des familles, n'étaient manifestement pas adaptés à la présence d'enfants. Elle a jugé que, compte tenu de ce que l'enfermement avait duré quinze jours, de la forte présence policière, de l'absence d'activités destinées à les occuper et de la détresse des parents, cette situation ne pouvait que les placer dans une situation de particulière vulnérabilité et engendrer une situation de stress et d'angoisse aux conséquences particulièrement traumatisantes sur leur psychisme. La Cour EDH a conclu également à une violation de l'article 8 de la Convention EDH, considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant ne commande pas seulement la préservation de l'unité familiale, mais aussi la limitation de la détention des familles accompagnées d'enfants. Elle a conclu enfin à une violation de l'article 5 § 4, car le statut de simples « accompagnants » de leurs parents fait tomber les enfants retenus « dans un vide juridique ne leur permettant

151 Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

152 CEDH, 29 novembre 2011, *A. et autres c. Bulgarie*, n° 51776/08.



*pas d'exercer le recours garanti à leur parents* » : de fait, ils ne peuvent pas former de recours contre des mesures qui ne les visent pas directement.

Les plus hautes juridictions françaises (Conseil d'État et Cour de cassation) n'ont pas tiré sur ce point les conséquences de l'arrêt *Popov c. France*. Elles ont continué à dire qu'il n'y avait pas violation de l'article 5 § 1 ou 5 § 4 de la Convention EDH, car les enfants ne font pas l'objet d'une décision préfectorale de placement en rétention. Mais le fait que cette décision ne vise que les parents n'exclut pas que l'accompagnement des parents par leurs enfants ne puisse pas être considéré comme une mesure privative de liberté au sens de l'article 5 de la Convention EDH, contre laquelle un recours devrait donc exister.

---

**Mattias Guyomar**  
*conseiller d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Cela étant, la loi du 7 mars 2016 prévoit qu'en principe la rétention des familles accompagnées de mineurs passe par l'assignation à résidence comme modalité de la mise en œuvre de la mesure d'éloignement.

---

**Danièle Lochak**  
*professeure émérite de droit public à l'université Paris Ouest-Nanterre La Défense,*  
*ancienne présidente du GISTI*

J'y venais. L'assignation à résidence doit être désormais la règle et la rétention l'exception, en particulier s'agissant de parents accompagnés d'enfants mineurs. Toutefois, comme l'a fait remarquer le Défenseur des droits<sup>153</sup>, cette apparente avancée est en réalité battue en brèche du fait des nombreuses dérogations introduites par le législateur à ce principe.

En effet, l'article L. 551-1 du Ceseda autorise le placement en rétention, pour la durée la plus brève possible, des étrangers accompagnés de mineurs : en cas de soustraction avérée aux obligations résultant d'une assignation à résidence ; en cas de fuite ou de refus opposé à l'occasion de la mise à exécution de la mesure d'éloignement ; et si l'intérêt de l'enfant le commande, aux fins de limiter les transferts, pour les seules heures précédant immédiatement le départ programmé (l'idée est ici d'aller chercher les familles à leur domicile et, plutôt que de les transférer dans un hôtel, de les transférer directement au centre de rétention, juste avant le départ de l'avion).

Les dérogations à l'interdiction de la présence de mineurs en Centre de rétention administrative (CRA) sont ainsi proches de celles prévues par la circulaire du 6 juillet 2012 qui, pour tenir compte de l'arrêt *Popov c. France*, mais aussi des interpellations et des critiques réitérées et convergentes de nombreuses instances nationales ou internationales, avait demandé aux préfets de privilégier l'assignation à résidence

---

<sup>153</sup> V. avis du Défenseur des droits n° 16-02 du 15 janvier 2016, et rapport : *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, mai 2016.



comme alternative au placement de familles en rétention. Or cette circulaire n'a pas empêché le placement quasi quotidien de familles en rétention, comme en témoignent les observations des associations présentes dans les CRA.

---

**Mattias Guyomar**

*conseiller d'État,*

**modérateur de la conférence**

Je savais bien que la tonalité de votre propos serait différente. Ce à quoi vous nous invitez est de confronter ce que produit le creuset normatif à un certain nombre de principes et de valeurs. On les partage, ou non, mais votre conviction est que la machine de production normative, qui est à l'œuvre aujourd'hui en Europe, doit être en permanence évaluée à l'aune de ce qu'elle produit au regard de ces principes et valeurs. Cela rejoint les propos de l'avocat général Bot sur les consciences individuelles.

Trois remarques avant de laisser la parole à la salle pour des questions :

Je voudrais revenir sur l'article L. 514-1 du Ceseda tel que modifié par la loi du 7 mars 2016. Je pense qu'avoir limité au dépôt d'un référé-liberté l'article L. 521-2 est conforme aux exigences de l'article 13 de la Convention EDH tel qu'interprété par la Cour EDH dans l'arrêt *De Souza Ribeira c. France*. Il y a, en effet, une violation du droit de recours effectif à défaut d'un différé d'exécution seulement en cas de grief défendable.

L'équilibre – inspiré de la jurisprudence – que le législateur a retenu est bien celui-là : on ne peut pas exécuter tant que le juge qui a entendu l'affaire n'a pas statué.

Quant aux conditions assez rigoureuses qui doivent être réunies pour que la demande soit fondée, elles sont sans incidence sur ce point. Il suffit que la demande soit déposée pour que l'exécution soit « gelée ».

---

**Danièle Lochak**

*professeure émérite de droit public à l'université Paris Ouest-Nanterre La Défense,  
ancienne présidente du GISTI*

On a certes réparé en apparence le « défaut » mis en lumière dans l'arrêt *De Souza Ribeiro*, mais l'on n'en respecte toujours pas l'esprit, comme j'ai tenté de le démontrer.





# Échanges avec la salle

---

---

## *Question du public*

*Jusqu'ou peut-on aller, ou ne pas aller, dans la normalisation du droit des étrangers dans le creuset européen ? Ne faut-il pas laisser les pays libres d'agir aux fins de préserver leurs identités propres, leurs cultures particulières ? Peut-on, dans ce domaine, comparer le droit français avec le droit anglo-saxon ? Le directeur exécutif de l'agence européenne de sécurité aérienne a précisé récemment : « Effectivement, l'on veut instituer un creuset européen parce que l'on constate l'incapacité des États à gérer, à prendre des décisions ». Quelles sont, alors, les limites du creuset normatif en matière de droit des étrangers ?*

---

## *Danièle Lochak*

*Je n'ai pas de réponse générale à apporter. Le seul objectif pertinent à mes yeux est de renforcer les droits et les libertés des étrangers – des autres aussi d'ailleurs –, mais c'est plus une question de volonté politique que de droit – ou plus exactement : le droit, ici comme ailleurs, n'est que le reflet de la politique que l'on entend mener.*

---

## *Yves Bot*

*Vous évoquez « l'incapacité des États » à régler eux-mêmes un certain nombre de problèmes. Cela est exactement l'expression du principe de subsidiarité. Il s'agit du fondement du principe de la relation entre l'Union européenne et les États – l'on a parlé précédemment des marges d'appréciation –, il est évident que l'on doit tenir compte d'un certain nombre de difficultés.*

*Ce qui rend les choses difficiles, en ce qui concerne la CJUE, c'est qu'elle n'est interrogée que ponctuellement : elle statue au cas par cas à partir d'une situation concrète qui lui est présentée par la juridiction qui l'interroge, situation qu'elle ne remet pas en cause. La CJUE n'interprète pas le droit national. Cela est la mission de la juridiction nationale. Elle dira seulement comment il convient d'interpréter l'article qui vient en interférence avec le droit national en question. De plus, elle applique des textes qui sont négociés par les exécutifs des États avec le concours du Parlement et cela constitue, à l'origine, le cœur du problème. Lorsque vous écoutez les confidences de quelques négociateurs, vous réalisez qu'il y a des notions ou des expressions qui sont prises, car il faut conclure à cinq heures du matin ; alors on prend une expression qui convient à peu près à tout le monde, et la CJUE sera priée de l'interpréter ! Mais la CJUE se réfère à la Charte, à la Convention EDH, et, dans le domaine du droit des étrangers, à d'autres conventions internationales.*

---

### *Question du public*

*Il semble y avoir autant de transpositions, notamment de directives, que d'États ; d'où les éventuelles erreurs qui se répètent très souvent. Dans ce contexte, ne conviendrait-il pas, pour assurer une certaine unité au sein des États membres, de donner à l'Union européenne une compétence exclusive en matière de droit des étrangers, de façon à pouvoir régler par règlement, et non plus par directive, le règlement étant d'application directe ? Cela, dans le but que les « standards » deviennent des obligations et non plus des indications pour les États et leurs juridictions ?*

---

*Mattias Guyomar*

*Vous proposez de substituer au creuset normatif européen un monopole normatif communautaire ?*

---

*Yves Bot*

*Ma réponse va être très simple : pour cela, il faut modifier les traités car vous ne pouvez agir par règlement que si vous avez une base légale pour le faire.*

---

*Sabino Cassese*

*J'ai deux réactions : d'une part, il ne faut jamais oublier, comme le disait Jean Monnet, que l'Union européenne s'est développée à travers les crises et grâce aux crises<sup>154</sup> ; d'autre part, le droit global (le droit supranational) signifie toujours des compétences partagées entre États et institutions globales. Que ce soit les États, ou les organismes au niveau supranational, tous sont acteurs du droit global ou du droit national.*

---

### *Question du public*

*Au moment où l'Europe est confrontée à un afflux massif d'immigrants illégaux, comment sortir du pessimisme ? L'on constate aujourd'hui que cet afflux d'étrangers en Europe n'a pas été traité. Le droit s'est révélé particulièrement inefficace et n'a pas empêché certaines violations des droits de l'homme. En ce qui concerne l'avenir, nous savons que ces mouvements d'afflux massifs d'immigrants illégaux vont se multiplier et s'intensifier, notamment vers l'Europe, pour des raisons aujourd'hui essentiellement économiques, demain peut-être climatiques. Or, notre corpus législatif et juridique ne paraît pas du tout adapté pour pouvoir affronter ces défis futurs. Comment, dans un tel contexte, peut-on rester optimiste ?*

---

154 « L'Europe se fera dans les crises et elle sera la somme des solutions apportées à ces crises », J. Monnet, *Mémoires*, Paris, éd. Fayard, 1976, p. 488.



---

*Sabino Cassese*

*C'est très simple : pour sortir du pessimisme, il faut considérer la situation sans l'Union européenne. Comme si les États géraient seuls, à leurs niveaux, le phénomène migratoire.*

---

*Yves Bot*

*Je crois qu'une des solutions passe par l'expression de la vérité. Il faut reconnaître que nous sommes, à l'heure actuelle, dans un système où l'on ne dit pas la vérité sur un grand nombre de sujets, à commencer par les sujets concernant l'Union européenne. Il n'y a qu'à écouter les discours, non seulement en France, mais également dans d'autres pays. L'Union européenne est faite par les États, or elle devient leur bouc émissaire ! À partir du moment où l'on ne remet pas au clair certains problèmes, qui ne sont souvent que l'expression de vérités fondamentales, l'on ne peut poser aucune question.*

*Maintenant, interrogeons-nous sur les raisons pour lesquelles nous avons construit l'Union européenne. Interrogeons-nous sur les conséquences que cela aurait vis-à-vis des jeunes générations si nous déconstruisions maintenant cette même Union européenne. L'approche des problèmes est une question générationnelle. Comment feront les étudiants quand ils voudront, par exemple, faire un séjour en Allemagne ? Leur faudra-t-il un visa ou un passeport, pour aller apprendre une nouvelle langue ? Si je leur réponds « oui », ils vont me considérer comme fou. Et ils auront raison. Ils demanderont ce que les peuples européens vont devenir. À cet égard, la notion de citoyenneté est une notion qui mérite d'être repensée. Et si l'on y repense, on verra qu'elle nécessite une adhésion qui n'est pas le simple fait de naître dans un pays occidental donné. Il faut prendre en considération ce que l'on a comme idéal et comme projets communs. Si la crise amène à effectuer cette démarche, alors l'Union européenne, et à travers elle l'Europe, va progresser, une fois de plus, grâce à la crise comme Jean Monnet l'évoquait.*

---

*Mattias Guyomar*

*Cette réponse se veut optimiste. Mais l'on pourrait imaginer être plus pessimiste. Il faut toutefois remettre les choses à l'endroit. Le droit de l'Union européenne est d'abord tourné vers la protection d'un certain nombre de valeurs partagées et la possibilité de les garantir effectivement en permettant leur mise en œuvre. Aujourd'hui, vous évoquez la crise migratoire. Évidemment, par la force des choses, celle-ci est en filigrane de l'ensemble des débats de ce colloque. De sorte qu'actuellement, l'Union européenne se donne à voir plutôt sur la défensive. Mais les éléments défensifs ne sont pas les seuls à l'œuvre ; je constate que la citoyenneté européenne a été assez peu évoquée.*

Certes, c'est un très beau projet qui consiste à adosser à un territoire une résidence et un citoyen, à inventer un nouveau modèle de citoyenneté qui dépasse le territoire strictement national ; mais cela ne pénètre pas encore les esprits et ne fonctionne pas encore complètement. Cependant, l'on voit quand même dans la jurisprudence de la CJUE le prix que l'on attache à la citoyenneté européenne et, lorsque les parents d'un citoyen européen sont des ressortissants d'un État tiers, ils profitent par ricochet de cette citoyenneté européenne<sup>155</sup>. Il y a donc des éléments positifs que l'on peut mettre en avant. Et cela est aussi une esquisse de réponse à votre question.

---

### *Question du public*

*Existe-t-il des groupes de pensée, des groupes de cohérence, au sein de l'Union européenne qui ont la même façon d'aborder ces sujets ? A-t-on intégré, par exemple, le fait que les pays de l'Est pensent d'une façon complètement différente de l'Europe de l'Ouest ou des pays nordiques ?*

---

*Yves Bot*

*Il est extrêmement difficile de répondre à cette question parce que les convergences peuvent se faire en un point, et les divergences apparaître sur d'autres points. Je pense que la certitude est partagée, à savoir qu'il n'est pas question de défaire les institutions de l'Union européenne. Ce sont des spéculateurs, des intervenants extérieurs, qui pensent cela. Certes, l'Occident découvre soudain le nombre et la diversité des immigrés illégaux présents sur son sol dans sa réalité immédiate et brutale. On n'a pas pensé à cela en créant l'espace Schengen. Et comme l'Union européenne a une compétence d'attribution, elle n'a de compétences que celles transférées par les États. Si, face à la crise migratoire, l'Union européenne en tant que telle n'a pas les moyens de réagir, où se trouve la solution ? Dans le transfert à l'Union européenne, par les États, des pouvoirs qui lui sont nécessaires ? Dans la prise en main du problème par les États eux-mêmes – solution se révélant pour l'instant assez peu probante ?*

---

**Mattias Guyomar**  
*conseiller d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Ce sera le mot de la fin. Je lève la séance et je remercie chaleureusement nos trois intervenants d'avoir participé à cette conférence et enrichi nos connaissances sur ce sujet majeur.

---

<sup>155</sup> CEDH, Gde ch., aff. C-34/09, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*.

# Éléments de bibliographie et de jurisprudence

## 1. Droit des étrangers et normes européennes : généralités

### 1.1. Éléments de bibliographie

Labayle H., « Schengen : un espace dans l'impasse », *Europe*, mars 2016, dossier n° 2.

Lochak D., « Introduction du colloque portant sur «Droits de l'homme et droit des étrangers depuis le 11 septembre 2001 : approche comparée France, Europe, États-Unis», du 20 mai 2003 », in *Gazette du Palais*, 21 octobre 2003, n° 294, p. 3.

Lochak D., « Devoir d'intégration et immigration », in *Revue de droit sanitaire et social*, 2009, p. 18.

Wiernasz M., « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et contentieux des étrangers », in *AJDA*, 13 janvier 2014, n° 1, pp. 42-45.

### 1.2. Jurisprudence de la CJUE

Arrêts récents de la CJUE rendus en assemblée plénière et en grande chambre, relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice ; et, plus particulièrement, à la politique d'immigration, à la politique d'asile et au contrôle aux frontières (*source : CURIA*) :

Affaire C-601/15 PPU, 15 février 2016, *J.N.*

Affaire C-561/14, 12 avril 2016, *Genc.*

Affaire C-443/14, 1<sup>er</sup> mars 2016, *Alo.*

Affaire C-218/14, 16 juillet 2015, *Singh e.a.*

Affaire C-67/14, 15 septembre 2015, *Alimanovic.*

Affaire C-542/13, 18 décembre 2014, *M'Bodj.*

Affaire C-148/13, 2 décembre 2014, *A.*

Affaire C-394/12, 10 décembre 2013, *Abdullahi.*

Affaire C-364/11, 19 décembre 2011, *Abad El Karem El Kott e.a.*

Affaire C-329/11, 6 décembre 2011, *Achughbabian.*

Affaire C-256/11, 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*

Affaire C-245/11, 6 novembre 2012, *K.*

Affaire C-71/11, 5 septembre 2012, *Y.*

Conclusions récentes de l'avocat général Yves Bot, relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice et, plus particulièrement à la politique d'immigration, à la politique d'asile et au contrôle aux frontières (*source* : CURIA) :

Conclusions dans l'affaire C-542/13, du 17 juillet 2014, *M'Bodj*.

Conclusions dans l'affaire C-604/12, du 7 novembre 2013, *N*.

Conclusions dans l'affaire C-356/11, du 27 septembre 2012, *O. et S*.

Conclusions dans l'affaire C-277/11, du 26 avril 2012, *M*.

Conclusions dans l'affaire C-175/11, du 6 septembre 2012, *D. et A*.

Conclusions dans l'affaire C-71/11, du 19 avril 2012, *Y*.

Conclusions dans l'affaire C-508/10, du 19 janvier 2012, *Commission c. Pays-Bas*.

Conclusions dans l'affaire C-502/10, du 15 mai 2012, *Singh*.

### 1.3. Jurisprudence de la Cour EDH

Expulsions collectives d'étrangers : voir [fiche thématique](#) mise à jour en février 2016, unité de presse de la Cour EDH.

Affaires « Dublin » : voir [fiche thématique](#) mise à jour en juillet 2015, unité de presse de la Cour EDH.

## 2. Réfugiés (exemples de problématiques actuelles à l'échelle européenne)

### 2.1. Éléments de bibliographie

Basilien-Gainche M.-L., « Regard critique sur le régime d'asile européen commun. La persistance d'une conception restrictive de la protection », *in Europe*, février 2014, étude n° 1.

Guimezanes N., « Réforme du droit d'asile. À propos de la loi 2015-925 du 29 juillet 2015 », *in JCP G*, 2015, p. 903.

Kilroy Ch., « The role of international and domestic law in creating the refugee crisis which faces Europe », *in European Human Rights Law Review*, 2015, p. 559.

Labayle H., « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *in RFDA*, 2011, p. 273.

Pascouau Y., « «Crise des réfugiés» et contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *in Europe*, mars 2016, dossier n° 4.

### 2.2. Déficiences systémiques

Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil : deuxième rapport sur la relocalisation et la réinstallation des migrants du 12.4.2016 – COM(2016) 222 final.



### 2.2.1. Jurisprudence

CEDH, 30 juin 2015, *A.S. c. Suisse*, n° 39350/13.

CEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12.

CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

CJUE, aff. C-411/10, 21 décembre 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, paragr. 85.

Conseil d'État, ord. 29 août 2013, *M. Khafer Gashi*, n° 371572.

Cour administrative d'appel de Rhénanie-Westphalie, décision n° 1 A 21/12.A du 7 mars 2014.

Cour suprême britannique, 19 février 2014, *R. v. Secretary of State for the Home Department*, [2014] UKSC 12.

### 2.3. Mutilations génitales

#### 2.3.1. Éléments de bibliographie

Mutilations génitales féminines et asile dans l'Union européenne – rapport du Haut commissariat aux réfugiés des Nations Unies : une analyse statistique, février 2013.

Abassade L., « Female genital mutilation and the asylum claim in France : what rights, what legal protection ? », in *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, 2015, 29(3), pp. 308-321.

Crepey E., « Menaces d'excision et qualité de réfugié », in *Revue française de droit administratif* (RFDA), n° 3, 2015, pp. 565-575.

Marti G., « Précisions quant au statut des parents de fillettes non excisées : ni groupe social exposé, ni bénéficiaires de l'unité de famille », in *JCP A* (Administrations et collectivités territoriales), 31 mars 2014.

Marti G., « Le séjour légal des parents, motif illégal de refus de la protection subsidiaire pour l'enfant menacée d'excision », in *JCP A* (Administrations et collectivités territoriales), 29 juin 2015.

#### 2.3.2. Jurisprudence

Conseil d'État, 17 juillet 2013, *M. Fofana*, n° 368081.

Conseil d'État, 25 juillet 2013, *OFPRA c. Mlle Joy Edosa Felix*, n° 350661, concl. Crepey.



### **3. L'État et les frontières (problématiques liées à la globalisation, l'extradition, et la nationalité)**

Boskovic O., Corneloup S., Jault-Seseke F., Joubert N., Parrot K., « Droit des étrangers et de la nationalité. Panorama décembre 2014 - décembre 2015 », in *recueil Dalloz*, 2016, p. 336.

Cassese S., « La fonction constitutionnelle des juges non nationaux. De l'espace juridique global à l'ordre juridique global », in *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, 2008, n° 693, p. 1.

Cassese S., « Le droit administratif global : une introduction », in *Droit administratif*, 2007, n° 5, p. 17.

Guyomar M., « L'article 3 de la Convention européenne fait obstacle à l'extradition d'une personne exposée à une peine incompressible de réclusion perpétuelle insusceptible de réexamen ; note sous Conseil d'État, deuxième et septième sous-sections réunies, 9 novembre 2015, arrêt n° 387245 », in *La Gazette du Palais*, 2016, p. 329.

Jault-Seseke F., Corneloup S., Barbou des Places S., *Droit de la nationalité et des étrangers*, Paris, éd. PUF, 2015.

de Vareilles-Sommières P., « Droit de la nationalité et des étrangers », in *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, octobre 2015.



# Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit fiscal

### Sommaire de la conférence

---

Présentation du thème de la conférence .....	105
Biographie des intervenants .....	117
Actes – Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit fiscal.....	119





# Présentation du thème de la conférence

---

La présente conférence se propose d'analyser le rôle des sources juridiques supranationales en matière fiscale, à travers des développements récents intervenus en droit français, en droit de l'Union européenne ainsi qu'au sein de l'OCDE et en mettant en lumière les difficultés que présente, pour les différents acteurs (contribuables, administrations, juridictions), l'imbrication de ces différents niveaux de normes.

## 1. L'harmonisation fiscale par l'Union européenne

### 1.1. Instruments d'harmonisation de la fiscalité directe en Union européenne

#### 1.1.1. Base juridique

#### **Article 115 TFUE – directives uniquement – unanimité au Conseil.**

#### 1.1.2. Directives d'harmonisation visant le droit matériel

##### - Directive « mère-fille »

Version en vigueur : Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (refonte) (JO L 345 du 29.12.2011, pp. 8-16).

Version historique : Directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (JO L 225 du 20/08/1990, pp. 6-9).

##### - Directive « fusions »

Version en vigueur : Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE<sup>156</sup> ou d'une SCE<sup>157</sup> d'un État membre à un autre (codification) (JO L 310 du 25.11.2009, pp. 34-46).

Version historique : Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents (JO L 225 du 20.8.1990, pp. 1-5).

##### - Directive « intérêts et redevances »

Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents (JO L 157 du 26.6.2003, p. 49-54).

<sup>156</sup> Société européenne.

<sup>157</sup> Société coopérative européenne.



### 1.1.3. Directives de coopération entre autorités fiscales

#### - Directive « assistance mutuelle »

Version en vigueur : Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE («DAC1») (JO L 64 du 11.3.2011, pp. 1-12).

Modifications successives : Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal («DAC2») (JO L 359 du 16/12/2014, pp. 1-29) ; Directive 2015/2376/UE du Conseil du 8 décembre 2015 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal («DAC3») (JO L 332 du 18/12/2015, pp. 1-10) ; Directive 2016/881/UE du Conseil du 25 mai 2016 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal («DAC4») (JO L 146 du 03/06/2016, pp. 8-21).

Version historique : Directive 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs (JO L 336 du 27/12/1977, pp. 15-20).

#### - Directive « recouvrement »

Version actuellement en vigueur: Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures (JO L 84 du 31/03/2010, pp. 1-12).

#### Versions historiques:

Directive 2001/44/CE du Conseil du 15 juin 2001 modifiant la directive 76/308/CEE concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances résultant d'opérations faisant partie du système de financement du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, ainsi que de prélèvements agricoles et de droits de douane, et relative à la taxe sur la valeur ajoutée et à certains droits d'accise (JO L 175 du 28/06/2001, pp. 17-20).

Directive 76/308/CEE du Conseil, du 15 mars 1976, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances résultant d'opérations faisant partie du système de financement du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, ainsi que de prélèvements agricoles et de droits de douane (JO L 73 du 19/03/1976, pp. 18-23).

#### - Directive « épargne »

Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (JO L 157 du 26/06/2003, pp. 38-48).



Abrogation avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2016 (sauf pour l'Autriche au 1<sup>er</sup> janvier 2017) : Directive (UE) 2015/2060 du Conseil du 10 novembre 2015 abrogeant la directive 2003/48/CE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (JO L 301 du 18/11/2015, pp. 1-4).

#### 1.1.4. Autres

**Convention d'arbitrage 90/436/CEE** : Convention relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéficiaires d'entreprises associées (JO L 225 du 20/08/1990, pp. 10-24).

#### 1.1.5. Propositions de directives d'harmonisation visant des obstacles fiscaux

**Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS)** (COM(2011) 121 du 03/10/2011) – nouvelle proposition prévue fin 2016.

**Proposition de directive du Conseil établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur** (COM(2016) 26 du 28/01/2016).

#### 1.2. Amplification de l'effet des directives fiscalité directe en droit interne

- **CE, 12 novembre 2015, Société Métro Holding, n° 367256** : décision de saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du b ter du 6 de l'article 145 du code général des impôts dans sa version issue de la loi de finances pour 1993.

Extrait de la décision du Conseil d'État :

« (...) 5. Considérant que l'article 3 de la directive du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, dans sa rédaction en vigueur en 2003, dispose : « 1. Aux fins de l'application de la présente directive : / a) la qualité de société mère est reconnue au moins à toute société d'un État membre qui remplit les conditions énoncées à l'article 2 et qui détient, dans le capital d'une société d'un autre État membre remplissant les mêmes conditions, une participation minimale de 25 % ; (...) / 2. Par dérogation au paragraphe 1, les États membres ont la faculté : / - par voie d'accord bilatéral, de remplacer le critère de participation dans le capital par celui de détention des droits de vote (...) » ; qu'aux termes de son article 4, dans sa rédaction alors en vigueur : « 1. Lorsqu'une société mère reçoit, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de celle-ci, l'État de la société mère : / - soit s'abstient d'imposer ces bénéfices, - soit les impose, tout en autorisant cette société à déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt de la filiale afférente à ces bénéfices et, le cas échéant, le montant / de la retenue à la source perçue par l'État membre de résidence de la filiale en application des dispositions dérogatoires de l'article 5, dans la limite du montant de l'impôt national correspondant. (...) ;

« 6. Considérant qu'aux termes de l'article 145 du code général des impôts, dans sa rédaction applicable en 2003 : « 1. Le régime fiscal des sociétés mères, tel qu'il est défini à l'article 216, est applicable aux sociétés (...) qui détiennent des participations satisfaisant aux conditions ci-après : / (...) b. les titres de participation doivent représenter au moins 5 % du capital de



la société émettrice ; ce pourcentage s'apprécie à la date de mise en paiement des produits de la participation (...). / 6. Le régime fiscal des sociétés mères n'est pas applicable : / (...) b.ter. aux produits des titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote (...) » ; que l'article 216 du même code dispose : « I. Les produits nets des participations, ouvrant droit à l'application du régime des sociétés mères et visés à l'article 145, touchés au cours d'un exercice par une société mère, peuvent être retranchés du bénéfice net total de celle-ci, défalcation faite d'une quote-part de frais et charges (...) ;

« 7. Considérant que le régime des sociétés mères résultant des articles 145 et 216 du code général des impôts, issu de textes législatifs antérieurs à la directive du 23 juillet 1990 et qui n'a pas été modifié à la suite de l'intervention de cette directive, doit être regardé comme assurant la transposition de ses objectifs ; que le législateur n'a pas entendu traiter différemment les situations concernant uniquement des sociétés françaises, qui sont hors du champ de cette directive, et celles qui, concernant des sociétés d'États membres différents, sont seules dans son champ ; que l'obligation de l'État membre ayant choisi le système prévu au premier tiret du paragraphe 1 de l'article 4 précité de la directive, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne, de s'abstenir d'imposer les bénéfices que la société mère reçoit, à titre d'associée, de sa société filiale n'est assortie d'aucune condition et est exprimée sous la seule réserve des paragraphes 2 et 3 du même article ainsi que de celle prévue au paragraphe 2 de l'article 1<sup>er</sup> de cette directive, qui précise que celle-ci ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus ; que, par conséquent, en excluant la possibilité de déduire du bénéfice net total de la société mère les produits des titres de participation auxquels aucun droit de vote n'est attaché, alors que ni l'article 4, ni l'article 1<sup>er</sup> de la directive ne prévoient une telle restriction, les dispositions du b. ter du 6 de l'article 145 du code général des impôts méconnaissent les objectifs de la directive dont elles assurent la transposition ; qu'elles ne peuvent, dès lors, être légalement appliquées qu'aux situations concernant uniquement des sociétés françaises, qui sont hors du champ de cette directive, et que le juge, saisi de moyens en ce sens, doit en écarter l'application lorsque sont en cause des sociétés d'États membres différents ;

« 8. Considérant que, dans ces conditions, les dispositions du b. ter du 6 de l'article 145 du code général des impôts créent une différence de traitement entre les sociétés mères françaises, selon que les filiales dont elles perçoivent des distributions sont établies en France ou dans d'autres États membres de l'Union européenne ; que ces dispositions, qui doivent être regardées comme applicables au litige dont était saisie la cour dès lors qu'elles ont été opposées à la société requérante, n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; que le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques garantis par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 présente un caractère sérieux ; qu'ainsi, il y a lieu de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel et de surseoir à statuer sur le surplus des conclusions de la société Metro Holding France jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel ait tranché cette question prioritaire de constitutionnalité ; (...) ».

- **CC, 3 février 2016, req. n° 2015-520 QPC** : en édictant une condition relative aux droits de vote attachés aux titres des filiales pour pouvoir bénéficier du régime fiscal des sociétés mères, le législateur a entendu favoriser l'implication des sociétés mères dans le développement économique de leurs filiales. Il en a déduit que la différence de traitement entre les produits de titres de filiales, qui repose sur la localisation géographique de ces filiales, est sans rapport avec un tel objectif. Le Conseil constitutionnel a, en conséquence, déclaré contraire à la Constitution le b ter du 6 de l'article 145 du code général des impôts.



Extrait de la décision du Conseil constitutionnel :

« (...) 2. Considérant que l'article 145 du code général des impôts détermine les conditions requises pour bénéficier de l'exonération d'impôt sur les sociétés prévue, en faveur des sociétés mères, par l'article 216 du même code ; que le 6 de l'article 145 énumère les cas dans lesquels les produits des titres de participation versés par une filiale à sa société mère sont exclus du bénéfice du régime des sociétés mères ; qu'aux termes du b ter de ce 6, dans sa rédaction issue de la loi du 30 décembre 1992, ce régime fiscal n'est pas applicable : « Aux produits des titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote » ;

« 3. Considérant que, selon la société requérante, il résulte des dispositions contestées, telles qu'interprétées par le Conseil d'État, une différence de traitement entre les sociétés recevant des produits des titres de participation auxquels ne sont pas attachés des droits de vote selon que ces produits sont versés par une filiale établie en France, auquel cas elles ne bénéficient pas du régime fiscal des sociétés mères, ou par une filiale établie dans un autre État membre de l'Union européenne, auquel cas elles bénéficient de ce régime fiscal ; que cette différence de traitement serait contraire au principe d'égalité devant la loi ; que les dispositions contestées méconnaîtraient également le principe d'égalité devant les charges publiques en raison de la double imposition économique à laquelle seraient soumis les produits des titres de participation reçus par une société mère de la part de sa filiale établie en France ;

« 4. Considérant qu'il ressort de la jurisprudence constante du Conseil d'État que l'exclusion, instituée par les dispositions contestées, de la déduction du bénéfice net total de la société mère des produits des titres de participation auxquels aucun droit de vote n'est attaché est seulement applicable aux produits des titres de participation de sociétés établies en France ou dans des États autres que les États membres de l'Union européenne ;

« 5. Considérant qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition législative contestée ;

« 6. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;

« 7. Considérant qu'aux termes de l'article 13 de la Déclaration de 1789 : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés » ; que cette exigence ne serait pas respectée si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives ; qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives ; qu'en particulier, pour assurer le respect du principe d'égalité, il doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ;

« 8. Considérant qu'il résulte des dispositions contestées, telles qu'interprétées par une jurisprudence constante, une différence de traitement entre sociétés bénéficiant du régime



*fiscal des sociétés mères selon que les produits des titres de participation auxquels ne sont pas attachés de droits de vote sont versés soit par une filiale établie en France ou dans un État autre qu'un État membre de l'Union européenne soit, à l'inverse, par une filiale établie dans un État membre de l'Union européenne ; que ces sociétés se trouvent, au regard de l'objet de ce régime fiscal, dans la même situation ;*

*« 9. Considérant que l'exclusion de l'application des dispositions contestées aux produits des titres de participation de filiales établies dans un État membre de l'Union européenne autre que la France tire les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles de la directive n° 90/435/CE susvisée et ne met en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ; qu'en revanche, l'application des dispositions contestées aux produits des titres de participation de filiales établies en France ou dans un État non membre de l'Union européenne ne procède pas de la transposition de la directive n° 90/435/CE ;*

*« 10. Considérant qu'en édictant une condition relative aux droits de vote attachés aux titres des filiales pour pouvoir bénéficier du régime fiscal des sociétés mères, le législateur a entendu favoriser l'implication des sociétés mères dans le développement économique de leurs filiales ; que la différence de traitement entre les produits de titres de filiales, qui repose sur la localisation géographique de ces filiales, est sans rapport avec un tel objectif ; qu'il en résulte une méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques ; que le b ter du 6 de l'article 145 du code général des impôts doit être déclaré contraire à la Constitution ; (...) ».*

## **2. Le projet « Base Erosion and Profit Shifting » (BEPS) de l'OCDE**

Le projet BEPS est un projet lancé par le G20 en 2012 et mis en œuvre par l'OCDE.

Il vise à faire échec aux stratégies d'optimisation fiscale mises au point par certaines entreprises qui tirent profit de l'absence d'harmonisation fiscale à l'échelle internationale pour transférer artificiellement leurs profits vers des États qui ne connaissent pas l'impôt sur les sociétés, diminuant ainsi considérablement les recettes fiscales des États. Cette optimisation est préjudiciable aux États et particulièrement aux États émergents qui sont tributaires des recettes fiscales provenant de l'imposition des entreprises multinationales.

Le projet BEPS se compose de quinze actions (adoptées lors du sommet qui s'est tenu à Antalya les 15 et 16 novembre 2015) qui visent à fournir aux gouvernements les moyens de faire échec à l'optimisation fiscale ; l'action 15 consiste en la mise au point d'une convention multilatérale à cette fin.

Le projet BEPS illustre la manière dont l'OCDE a su se renouveler en devenant un forum international de négociations où se retrouvent pays en développements, pays émergents, mais également représentants des organisations intergouvernementales et non gouvernementales ainsi que des entreprises multinationales. Il traduit également l'importance prise par les conventions fiscales multilatérales.



*2.1. Les travaux de l'OCDE relatifs à l'érosion des bases d'imposition et au transfert des bénéficiaires (BEPS) - Élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales.*

Les mesures retenues pour lutter contre l'érosion des bases d'imposition et le transfert des bénéficiaires nécessiteront pour certaines d'entre elles de modifier les conventions fiscales bilatérales.

Dans la mesure où la renégociation individuelle de ces accords<sup>158</sup> demanderait aux États participants du temps et des ressources considérables, l'action 15 du projet BEPS vise à développer un instrument juridique multilatéral unique pour modifier les conventions fiscales.

*2.1.1. À l'issue de travaux préparatoires finalisés en 2014, la négociation d'un instrument multilatéral pour insérer dans les conventions fiscales bilatérales des dispositions contre l'optimisation est engagée.*

Pour préciser les conditions de cette procédure, l'OCDE a d'abord réuni un groupe de quinze experts qui a examiné la faisabilité d'un instrument multilatéral. Sur la base de leurs travaux, l'OCDE a publié le 9 septembre 2014 un rapport en vue de l'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales comprenant notamment une « *Boîte à outils pour l'élaboration d'un instrument multilatéral destiné à mettre rapidement en œuvre les mesures BEPS* ». Dans le prolongement de ces travaux, un mandat pour la formation d'un groupe ad hoc chargé de l'élaboration de cet instrument multilatéral a été adopté par l'OCDE et endossé par les ministres des finances du G20 les 9 et 10 février 2015. Il est ouvert à la participation de tous les États intéressés, y compris ceux qui ne sont pas membres de l'OCDE, sur un pied d'égalité. Pour des raisons d'efficacité et d'économie, sa gestion pratique est assurée par le secrétariat de l'organisation.

La première réunion préparatoire s'est tenue à Paris le 27 mai 2015. Elle a notamment eu pour objet de désigner un président et trois vice-présidents et de s'accorder sur les organisations intergouvernementales régionales et internationales invitées à participer aux travaux en tant qu'observateurs (ONU, FMI, Banque mondiale, Centre interaméricain des administrations fiscales, Forum sur l'administration fiscale en Afrique, Association des administrations fiscales des pays islamiques, etc.). La France a obtenu de faire partie du bureau composé de quinze États.

D'autres réunions se sont tenues depuis lors, afin de discuter et de mettre au point les clauses qui seront contenues dans le futur accord. À ce jour, quatre-vingt seize États au total, dont la France, y participent. L'objectif retenu est que l'instrument multilatéral (IM) soit ouvert à la signature dès la fin de l'année 2016<sup>159</sup>.

---

158 Par exemple, cent vingt-cinq États et territoires, sont liés à la France par une convention d'élimination des doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu.

159 En juin 2017, plus de soixante-dix ministres et hauts représentants avaient pris part à la cérémonie de signature de la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires.



### 2.1.2. Ce chantier soulève des problématiques inédites dans le champ fiscal

Les travaux sur l'instrument multilatéral issu du projet BEPS soulèvent des interrogations, notamment au regard de l'impact sur les stipulations actuelles et à venir des conventions fiscales bilatérales.

#### 2.1.2.1. Sur les relations entre l'instrument multilatéral et les conventions fiscales bilatérales :

##### De l'utilité des clauses de compatibilité :

Lorsqu'il n'existe pas de stipulation analogue dans les conventions liant deux parties à l'instrument multilatéral, celle de l'instrument multilatéral s'appliquera comme si elle y était ajoutée. En revanche, lorsqu'une stipulation analogue existe dans une convention elle a, en principe, vocation à être remplacée par la nouvelle. À cet égard, le projet d'accord prévoit différents types de clauses de compatibilité selon la nature de chaque article, pouvant prendre l'une des formes suivantes :

- abrogation et remplacement de la clause qui régit le même domaine ;
- abrogation et remplacement de la clause qui régit le même domaine mais uniquement lorsque la clause bilatérale est incompatible avec la clause nouvelle ;
- non remplacement de la clause bilatérale si celle-ci est compatible avec la règle nouvelle ou plus protectrice des finances publiques (exemple d'une clause anti-abus) ;
- non remplacement de la clause bilatérale si celle-ci est compatible avec la règle nouvelle ou plus protectrice des droits du contribuable (exemple d'un délai pour saisir une commission).

##### Autres difficultés :

Les questions suivantes se posent :

- comment viser la clause idoine alors que les numérotations peuvent varier d'un traité à l'autre ?
- quelles sont les conventions couvertes *rationae temporis* ? Que faire des conventions négociées postérieurement à la signature et à l'entrée en vigueur du traité multilatéral ?
- quelle est la date d'entrée en vigueur des changements apportés aux conventions bilatérales ?

#### 2.1.2.2. Sur la recherche d'un juste équilibre entre la flexibilité et l'applicabilité

Eu égard à la pluralité des approches, l'instrument multilatéral prévoit d'introduire des flexibilités sur les points n'ayant pas donné lieu à l'adoption d'un nouveau standard international dans le cadre du projet BEPS, condition pour permettre la conclusion d'un accord entre tous les pays participant à cette négociation.





À ce stade, les clauses qui formeront le « standard minimum » ou le cœur du traité ne sont pas encore déterminées, même s'il est certain d'ores et déjà que ce sera le cas pour la clause relative à l'anti-abus.

Les divers systèmes retenus afin d'apporter de la flexibilité sont les suivants :

- introduction d'un mécanisme d'exclusion ou de clauses dites d'« *opt-out* » ;
- introduction d'un mécanisme d'inclusion ou de clauses dites d'« *opt-in* » ;
- introduction de choix entre plusieurs dispositions pour une même clause (exemple de l'établissement stable – rapport sur l'action 7 du BEPS).

## 2.2. *Éléments documentaires sur les travaux de l'OCDE*

### 2.2.1. *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (version du 15 juillet 2014)*

Lien vers la dernière version : <http://www.oecd.org/fr/ctp/conventions/modele-de-convention-fiscale-concernant-le-revenu-et-la-fortune-version-abreegee-20745427.htm>

### 2.2.2. *L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales (rapport final de l'action 15)*

Lien vers le rapport : <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/l-elaboration-d-un-instrument-multilateral-pour-modifier-les-conventions-fiscales-bilaterales-action-15-rapport-final-2015-9789264248588-fr.htm>

### 2.2.3. *Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale*

Lien vers le texte : <http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/conventionconcernantlassistanceadministrativemutuelleenmatierefiscale.htm>

### 2.2.4. *Accord multilatéral entre autorités compétentes sur l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers*

Lien vers le texte : <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/>

### 2.2.5. *Accord multilatéral entre autorités compétentes portant sur l'échange automatique des déclarations pays par pays*

Lien vers le texte : <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/about-automatic-exchange/country-by-country-reporting.htm>

### 2.2.6. *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises et des administrations fiscales*

Lien vers le texte : <http://www.oecd.org/fr/ctp/prix-de-transfert/principes-de-locde-applicables-en-matiere-de-prix-de-transfert.htm#TableofContents>



### 3. La multiplication des clauses anti-abus

La multiplication des clauses anti-abus générales conduit les contribuables, les administrations ainsi que les juges à se confronter à des concepts dont les frontières sont très subtiles et posent des difficultés d'application et de sécurité juridique.

Textes de référence :

#### 1 - LPF, art. 64

Les actes constitutifs d'un abus d'un droit sont ceux qui, « *recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* ».

#### 2 - CGI, art. 209

Pour pouvoir bénéficier du transfert des déficits d'une société absorbée, l'absorbante doit démontrer que : « *l'opération est justifiée du point de vue économique et obéit à des motivations principales autres que fiscales* ».

#### 3 - CGI, art. 210 B, 3

Pour pouvoir bénéficier, sur agrément, du régime de faveur des fusions en cas d'apport partiel non éligible de plein droit ou en cas de fusion transfrontalière, l'opération doit être justifiée par un motif économique et ne doit pas avoir « *pour objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales* ».

#### 4 - CGI, art. 119 ter, 3 (transposant la directive « mère-fille »)

L'exonération de retenue à la source sur les dividendes distribués (art. 119 ter, 1) ne s'applique pas lorsque ces derniers sont « *distribués dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de ce même 1, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties. Pour l'application du présent 3, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique* ».

#### 5 - Proposition de directive de la Commission européenne du 28 janvier 2016 relative à la lutte contre l'évasion fiscale, art. 7 COM(2016) 26 final

Cette règle générale obligerait les États à lutter contre « *les montages non authentiques ou séries de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité des dispositions fiscales normalement applicables* ».



## **6 - BEPS, action n° 6 « Empêcher l'octroi des avantages des conventions fiscales lorsqu'il est inapproprié d'accorder ces avantages »**

L'OCDE propose d'insérer dans les conventions fiscales, la clause générale anti-abus suivante : « *nonobstant les autres dispositions de la présente convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de capital si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux (« one of the principal purposes ») d'un montage ou d'une transaction (« of any arrangement or transaction ») ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à moins qu'il ne soit établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention ».*

## **7 - Recommandation de la Commission européenne du 28 janvier 2016 relative à la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive de conventions fiscales**

Par rapport à la clause proposée par l'OCDE (définition n° 6), la commission suggère la modification suivante (en gras) : « *nonobstant les autres dispositions de la présente Convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de capital si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à moins qu'il soit établi que ce montage ou cette transaction correspond à une activité économique authentique ou que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention ».*

## **8 - Convention franco-britannique du 18 juin 2008, art. 11.5**

L'article relatif aux dividendes ne s'applique pas si le « *principal objectif ou l'un des principaux objectifs d'une personne concernée par la constitution ou l'affectation des actions ou autres droits générateurs des dividendes a été de tirer avantage du présent article grâce à cette constitution ou à cette affectation ».*

## **9 - Convention franco-chinoise du 26 novembre 2013, art. 10.7 et 24**

Comme dans la convention franco-britannique, l'article relatif aux dividendes ne s'applique pas si « *le principal objectif ou les principaux objectifs de toute personne intervenant dans la création ou la cession des actions ou autres droits au titres desquels sont versés des dividendes consiste à titrer avantage du présent article au moyen de cette création ou de cette cession ».*

L'article 24 introduit, en plus de cette clause spécifique aux intérêts, la clause générale anti-abus suivante : « *les avantages résultant de toute réduction ou d'exonération d'impôt prévue par le présent Accord ne sont pas accordés lorsque le principal objectif de certaines transactions ou opérations ou d'accords est d'obtenir une position fiscale plus avantageuse et lorsque l'octroi de cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des dispositions pertinentes du présent Accord ».*



## 10 - Convention franco-colombienne du 25 juin 2015, art. 10.8 et 26

L'article 10.8 est formulé dans les mêmes termes que l'article 10.7 de la convention franco-chinoise. Mais ici encore, une clause générale anti-abus est introduite : *« nonobstant les dispositions de tout autre article de la présente convention, un résident d'un État contractant ne peut bénéficier des réductions ou exonérations d'impôt accordées par l'autre État contractant en vertu de la convention si le principal objectif ou l'un des principaux objectifs de la conduite des opérations par ce résident ou par une personne liée à ce résident est de bénéficier des avantages prévus par la convention. Aux fins du présent paragraphe, deux personnes seront considérées comme liées si l'une détient au moins 50 pour cent des intérêts effectifs dans l'autre ou si une autre personne détient directement ou indirectement au moins 50 pour cent des intérêts effectifs dans chacune d'elles. Dans tous les cas, deux personnes seront considérées comme liées si, en prenant en compte l'ensemble des faits et circonstances propres à ce cas, l'une est sous le contrôle de l'autre ou si elles sont toutes les deux sous le contrôle d'une même personne ou de plusieurs autres personnes ».*



# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **Philippe Martin**

*Président de la section des travaux publics du Conseil d'État*

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et titulaire d'un diplôme d'études approfondies de droit des affaires (université Panthéon-Assas), Philippe Martin est ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA, promotion « Droits de l'homme »). Il commence sa carrière au Conseil d'État en 1981, à la section du contentieux et à la section sociale. Commissaire du Gouvernement, puis assesseur à la section du contentieux entre 1985 et 1999, il a ensuite été affecté à la section des finances. Il a présidé la neuvième sous-section du contentieux de 1999 à 2004, avant d'être nommé président adjoint de la section du contentieux. Il a également été vice-président du tribunal des conflits de 2008 à 2010. Il a, par ailleurs, exercé à l'extérieur du Conseil d'État les fonctions de conseiller technique auprès du secrétaire général du Gouvernement de 1989 à 1992. Il est membre de la Commission des participations et des transferts depuis 2008, et il a été membre du Conseil des prélèvements obligatoires de 2010 à 2014. Il préside la section des travaux publics du Conseil d'État depuis 2012.

## Intervenants

### **Martin Klam**

*Chef du bureau chargé des principes de la fiscalité internationale (E1) à la direction de la législation fiscale du ministère des finances et des comptes publics*

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et titulaire d'un DEA de droit public approfondi de l'université Panthéon-Assas, Martin Klam a débuté sa carrière en tant que magistrat administratif en métropole, puis outre-mer, en charge notamment du contentieux fiscal. Il rejoint la direction de la législation fiscale (DLF) en 2008, au bureau de coordination et de synthèse et a, depuis lors, exercé plusieurs fonctions à la DLF et à la direction générale des finances publiques (DGFiP). Il a d'abord participé à l'élaboration des lois de finances au sein du bureau de synthèse et de coordination, puis, en 2010, il a rejoint, pour deux ans, le service juridique de la DGFiP, comme chef du bureau en charge des rescrits et du contentieux en matière de droits d'enregistrement. À compter de 2012, il dirige le bureau chargé des grands principes de la taxe sur la valeur ajoutée communautaire et nationale et de la négociation européenne en matière de taxe sur les transactions financières. Depuis 2015, il est responsable du bureau des négociations fiscales bilatérales au niveau international. À ce titre, il participe aux négociations fiscales à l'Organisation

de coopération et de développement économiques (OCDE), notamment dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations issues du projet BEPS.

**Wim Roels**

*Conseiller juridique au service juridique de la Commission européenne, maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles (ULB)*

Wim Roels est licencié en droit de l'université d'Anvers (1984-1989) et titulaire d'un *Master of Laws* du *Queen Mary College, University of London* (1989-1990). Après avoir été avocat au barreau de Bruxelles et juriste d'entreprise, il est actuellement conseiller juridique au service juridique de la Commission européenne en charge de la fiscalité directe et, parallèlement, maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles (ULB) où il dispense des cours de droit fiscal européen depuis 2012.

**Daniel Gutmann**

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, avocat*

Daniel Gutmann, agrégé de droit privé (1997) et diplômé de l'École des Hautes études commerciales (HEC) (1990), est professeur de droit à l'École de droit de la Sorbonne, où il dirige le Master 2 de droit des affaires et fiscalité, un double diplôme en partenariat avec HEC, et le centre de recherches Sorbonne Fiscalité. Il est également avocat associé au sein du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre, où il est responsable de l'équipe de doctrine fiscale. Auteur de nombreux articles en matière fiscale, il a publié un ouvrage de droit fiscal des affaires aux éditions Lextenso (7<sup>e</sup> éd., 2016) couronné par le « prix spécial du livre juridique » décerné par le Conseil constitutionnel et le Club des juristes. Actuellement membre du Conseil des prélèvements obligatoires, il a été membre, en 2010, de la commission constituée par la Cour des comptes sur la convergence fiscale franco-allemande, et a été auditionné depuis lors par diverses commissions parlementaires sur des aspects intéressant la fiscalité internationale. Il a également participé à différents travaux de la Commission européenne, et est membre de plusieurs associations ou cercles de réflexion en matière fiscale, en France et à l'étranger. Il a été consultant fiscal, en 2006, auprès du Fonds monétaire international (FMI) à Washington.



# Actes – Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit fiscal

---

**Philippe Martin**

*président de la section des travaux publics du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

La neuvième conférence du cycle « droit comparé et territorialité du droit » est consacrée au cas du droit fiscal et aux particularités du renouvellement de la fabrication des normes dans cette branche du droit.

En matière fiscale, dans le débat entre territorialité et supranationalité, il existe une sorte de paradoxe : la fiscalité, par essence, est un droit de la souveraineté nationale, elle est même l'un des éléments essentiels de cette souveraineté, mais elle est aussi un droit très exposé à la supranationalité et l'on verra pourquoi.

Au premier abord, la fiscalité est typiquement l'exemple du droit de la souveraineté nationale pure. Le droit de lever l'impôt et la règle fiscale se rattachent aux éléments essentiels qui forment la souveraineté nationale et, dans de nombreux États, l'on peut ainsi rattacher la souveraineté fiscale de chaque État au principe du consentement à l'impôt par les citoyens – qui fut l'un des éléments fondateurs des régimes démocratiques –, principe qui s'effectue dans le cadre constitutionnel et juridique de chaque État souverain. Dans notre droit interne, c'est l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789 qui permet aux citoyens de constater « *la nécessité de la contribution publique* »<sup>160</sup>. La fiscalité relève donc d'un élément de souveraineté. Dans l'Union européenne, l'harmonisation fiscale relève de la règle de l'unanimité, et s'élabore donc difficilement. Cela explique aussi la curiosité du système fiscal international : il est essentiellement fondé sur des réseaux de conventions bilatérales, alors que dans d'autres branches du droit, les conventions multilatérales sont l'instrument international prépondérant.

La norme internationale, en matière fiscale, est fondée sur un réseau de très nombreuses conventions fiscales strictement bilatérales. Cette particularité est probablement due au fait que les conventions fiscales ont pour objet de régler les complications naissant de la confrontation de deux souverainetés concurrentes. Chaque État est souverain par rapport à son propre système fiscal, qu'il a inventé avec ses caractéristiques propres ; et, dans les échanges entre ces deux États, c'est la comparaison de ces deux systèmes fiscaux qui va donner lieu à des problèmes de confrontation, de conciliation, de double imposition, etc. La négociation est

---

<sup>160</sup> « *Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée* » (art. 14, DDHC).

bilatérale, puisque chaque État compare son système à celui de l'autre ; ensuite, les deux États se mettent d'accord pour aplanir les difficultés qui proviennent de leurs systèmes respectifs.

En dépit de cela, c'est un droit qui est extrêmement exposé à la supranationalité. Ce phénomène, croissant en raison du développement des échanges économiques entre les États, se constate au sein de marchés intérieurs tels que celui de l'Union européenne, mais aussi dans le cadre du phénomène de mondialisation qui va au-delà des blocs régionaux.

Ces règles supranationales ont en général deux fonctions : la première fonction est de faciliter les échanges économiques qui pourraient être entravés par ce que l'on appelle en jargon fiscal les « *frottements fiscaux* » ; la seconde fonction est de lutter contre les mécanismes de fraude et d'évasion fiscales qui utilisent les disparités entre les systèmes nationaux, puisque, si la disparité entre les systèmes nationaux entraîne un risque de double imposition et d'entraves pour les échanges, c'est également une aubaine pour ceux qui bâtissent des schémas fiscaux fondés justement sur l'exploitation de disparités entre ces souverainetés nationales.

De fait, en tant que praticien du contentieux fiscal, j'ai pu constater au Conseil d'État la très grande importance de la règle internationale dans la pratique du droit fiscal sous l'angle contentieux puisque, par rapport à d'autres branches du droit public pratiquées par mes collègues, les formations fiscales du Conseil d'État ont été depuis très longtemps confrontées à des contestations fondées sur le droit de l'Union européenne (libertés de circulation et directives fiscales), sur les conventions fiscales bilatérales, sur des conventions multilatérales en matière de droits de l'homme comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, etc. En raison de ces flux d'échanges, l'on utilise un certain nombre de normes, et les enjeux économiques motivent les opérateurs à aller jusqu'au contentieux pour résoudre des difficultés naissant des chocs des systèmes nationaux.

Il doit être noté qu'à l'heure actuelle, l'on assiste à une relance de ces sources supranationales, et c'est autour de ces phénomènes qu'est bâti le présent colloque.

- Le premier thème se situe dans l'Union européenne. Il s'agit d'une réflexion sur la relance des directives en matière d'impôts directs. Personne n'ignore que la TVA<sup>161</sup> a été harmonisée depuis quelque temps, avec des limites pour certains sujets délicats comme, par exemple, les taux, sur lesquels la progression est très lente. Dans ce contexte, les impôts directs se trouvent quelque peu à la traîne, car traités par des directives relatives aux opérations transfrontalières. La Commission européenne essaie donc, depuis un certain temps, d'étendre les directives en matière d'impôts directs et, actuellement, des réflexions sont orientées sur les relances.

---

161 Taxe sur la valeur ajoutée.





- Le deuxième thème concerne le projet de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS)<sup>162</sup> de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), lequel se rattache à la branche de la fiscalité internationale qui combat la fraude et l'évasion fiscale internationales facilitées par cette disparité entre les systèmes nationaux.

Ce projet comprend quinze actions couvrant de nombreux sujets. Deux aspects du projet BEPS présentent un intérêt particulier, car ils concernent la position des normes les unes par rapport aux autres.

i) C'est tout d'abord le cas de l'action 15, qui se rapporte à la création d'un instrument multilatéral en matière fiscale modifiant le réseau de conventions fiscales bilatérales. Cet événement, extrêmement novateur, préfigurerait un passage de la matière fiscale à un système davantage multilatéral que strictement bilatéral.

ii) Par ailleurs, on notera que l'OCDE tente de renforcer la portée juridique de ses recommandations ; je pense aux principes directeurs en matière de prix de transfert<sup>163</sup>, ou aux commentaires de la convention modèle de l'OCDE<sup>164</sup>. Certes, ces recommandations n'ont pas forcément une valeur juridique reconnue dans le droit interne des différents États – en tous cas, les juridictions nationales ont des positions divergentes en la matière, et bon nombre d'entre elles ne reconnaissent pas de force juridique réelle à ces recommandations de l'OCDE –, mais l'idée est de renforcer leur portée par la proclamation, au niveau international, de la force juridique de ces principes de l'OCDE en matière de prix de transferts et des commentaires de la convention modèle.

- À l'intersection de ces deux axes, il existe un troisième thème, qui devrait occuper assez fortement les fiscalistes pour les années à venir : la multiplication des clauses anti-abus. Chaque système juridique comporte des clauses anti-abus. La France a son célèbre « *abus de droit* », codifié par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales (LPF), qui est une création purement interne, largement jurisprudentielle, relayée par le législateur. Mais différents instruments se mettent à inventer leur propre clause anti-abus, à savoir l'anti-abus de portée générale destiné à traquer non pas un comportement précis, un montage précis, mais tout montage, tout comportement ayant pour effet de passer outre l'esprit et la portée réelle de la norme.

Les directives de l'Union européenne commencent à intégrer, qu'elles soient en vigueur, comme la directive « mère-fille », ou en cours de préparation comme

---

162 Le projet BEPS, réalisé sous l'égide de l'OCDE et du G20, a pour objet de combler les décalages entre les règles fiscales des différents pays utilisés par les entreprises multinationales pour transférer légalement, mais artificiellement, des bénéfices vers des pays à fiscalité faible ou nulle. Il se compose de quinze actions qui équipent les gouvernements d'instruments nationaux et internationaux pour lutter contre l'évasion fiscale, en s'assurant que les profits soient taxés à l'endroit même où ils sont générés et où a lieu la création de valeur.

163 Cf. l'édition 2017 des *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*.

164 Cf. le *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, publié par l'OCDE.



la directive dite « ATAD » pour *Anti-Tax Avoidance Package*<sup>165</sup>, des clauses anti-abus générales qui ont leur propre rédaction. Le projet BEPS de l'OCDE, dans son action 6, comprend ses propres formules de clauses anti-abus. Cela risque de poser des problèmes de champ d'application, voire d'influences réciproques, entre les systèmes nationaux, le système résultant des directives européennes et le système qui serait inséré dans les conventions fiscales en raison de l'action 6 du projet BEPS.

Ce troisième thème est ainsi à l'intersection des deux thèmes principaux qui sont le droit de l'Union européenne avec ses directives, et le « droit de l'OCDE » – du moins, inspiré par l'OCDE.

Nous allons présenter ces trois sujets dans l'ordre suivant :

Tout d'abord, nous étudierons l'Union européenne et ses directives avec le professeur Roels, qui est également conseiller juridique au service juridique de la Commission européenne. J'en profiterai pour glisser un mot sur le développement jurisprudentiel français récent, qui semble conférer aux directives transfrontalières une portée juridique nettement supérieure, au-delà des seules opérations transfrontalières. Ce qui, d'un certain côté, est une démultiplication de l'effet de ces directives.

Puis, nous analyserons l'approche de l'OCDE, avec M. Klam, chef du bureau chargé des principes de la fiscalité internationale à la direction de la législation fiscale du ministère des finances et des comptes publics, également appelé « *bureau des conventions fiscales* ».

Enfin, le professeur Gutmann, également avocat au sein du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre, interviendra sur le sujet transversal des clauses anti-abus.

---

### **Wim Roels**

*conseiller juridique au service juridique de la Commission européenne,  
maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles (ULB)*

En remarque liminaire, je souhaiterais préciser que les propos que j'exprime ici n'engagent en rien l'institution pour laquelle je travaille.

Le sujet que j'ai choisi de développer concerne la relance des directives en matière de fiscalité directe.

Pour le praticien du droit de l'Union européenne – et certainement pour les praticiens issus des États membres fondateurs –, une directive ne se qualifie plus comme un nouveau véhicule des normes. Cependant, je comprends que pour les fiscalistes, et notamment les fiscalistes spécialisés en fiscalité directe, cela peut toujours être d'une relative nouveauté. Pourquoi ? Parce que les traités sont muets sur la fiscalité directe. En raison du principe de l'attribution des compétences de l'Union européenne, la fiscalité directe reste donc une compétence nationale.

<sup>165</sup> Proposée par la Commission européenne le 28 janvier 2016, la directive (UE) 2016/1164 du Conseil établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur a été adoptée le 12 juillet 2016 – soit postérieurement à la présente conférence (29 juin 2016).



Toutefois, ce principe fondamental de la souveraineté nationale connaît deux limites :

Une première limite est celle de l'interdiction des discriminations sur la base de la nationalité. En matière de fiscalité, l'on parle plutôt de « *résidence fiscale* ». Cette interdiction générale trouve son expression plus concrète dans les quatre libertés de circulation<sup>166</sup>. Il en résulte que le législateur national, bien que souverain, doit exercer cette souveraineté dans le respect des libertés de circulation et, de manière plus générale, de l'interdiction de discrimination des non-résidents. L'examen du respect de ces limites donne lieu à ce que l'on appelle « l'harmonisation » ou « l'intégration par la négative ». Ainsi, est-ce à travers les jugements de la CJUE que les États membres découvrent les limites de leur souveraineté. Pourtant, selon moi, cette harmonisation/intégration négative me semble un terme inadéquat qui relève plutôt de la « publicité mensongère », car elle n'a nullement comme résultat une harmonisation ou une intégration des fiscalités des États membres concernés.

Une deuxième limite est celle du droit dérivé. Celui-ci constitue le sujet de mon intervention. Une fois que le législateur de l'Union européenne s'est exprimé, les États membres sont liés, et la souveraineté nationale ne peut plus s'exercer en sens contraire.

Je dirais que la fiscalité directe connaît deux types de directives : les directives qui visent la coopération entre les autorités fiscales des États membres et interviennent donc dans le droit procédural, et les directives qui ont vocation à harmoniser le droit fiscal matériel.

Tout cela a commencé, assez timidement, avec la directive 77/799<sup>167</sup> qui est la première directive concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs. Si cette directive « assistance mutuelle » est très importante à plusieurs niveaux, elle reste tout de même un instrument de coopération entre États membres dotés de systèmes fiscaux différents. Elle n'est pas un instrument d'harmonisation du droit matériel des États membres ; et cette remarque vaut également pour la directive « assistance au recouvrement »<sup>168</sup>, et essentiellement pour la directive « épargne »<sup>169</sup> à l'exception du régime dérogatoire qui a été accordé à trois États membres : l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg (et qui est actuellement en vigueur uniquement pour l'Autriche).

À trois reprises seulement, le législateur européen a adopté une directive harmonisant le droit matériel avec :

166 Les « quatre libertés de circulation » garanties par le marché unique et pertinentes en matière de fiscalité directe sont : la liberté d'établissement, la libre circulation des personnes, des services et des capitaux.

167 Directive 77/799/CEE du 19 décembre 1977 du Conseil, concernant l'assistance mutuelle des autorités des États membres dans le domaine des impôts directs.

168 Directive 2010/24/UE du 16 mars 2010 du Conseil, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures.

169 Directive 2003/48/CE du 3 juin 2003 du Conseil, en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts. Abrogation avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2016 (sauf pour l'Autriche au 1<sup>er</sup> janvier 2017) : v. directive (UE) 2015/2060 du Conseil du 10 novembre 2015 abrogeant la directive 2003/48/CE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts.



- la directive « fusion »<sup>170</sup> ;
- la directive « mère-fille »<sup>171</sup> ;
- la directive « intérêts et redevances »<sup>172</sup>.

Ces directives sont des réussites dans le sens où elles ne donnent pas lieu à un contentieux volumineux devant la CJUE. Il s'agit d'instruments bien adaptés et qui fonctionnent. Enfin, je signalerais la convention d'arbitrage<sup>173</sup> qui a vocation à trouver des solutions concernant les prix de transfert entre sociétés liées. Il s'agissait, à l'origine, d'une proposition de directive qui, pour des raisons juridiques erronées, est devenue un accord intergouvernemental sur la base de l'ancien article 293 du traité sur la Communauté européenne (article qui n'existe plus). Il ne s'agit donc pas d'un instrument de l'Union européenne, mais d'un instrument de droit international. Une nouvelle proposition de directive est actuellement à l'étude pour rectifier les défauts que présente, dans la pratique, cette convention.

Mais plutôt que de se cantonner aux échecs et aux succès du passé, je propose de nous concentrer sur le futur, incarné par l'Assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS)<sup>174</sup>. Et si, par malheur, l'ACCIS n'incarnait pas le futur, elle devrait pourtant l'envisager.

En 2011, la Commission a lancé cette proposition qui est actuellement en discussion au sein du Conseil, mais qui n'est pas prête d'être approuvée par les États membres – l'unanimité étant requise. Pourquoi la Commission a-t-elle fait cette proposition, et pourquoi veut-elle encore une relance de ce projet ? Pour répondre à cette question, je reviens au caractère insatisfaisant de la soi-disant « harmonisation » ou « intégration par la négative ». Je prendrais comme exemple l'affaire *Marks and Spencer*<sup>175</sup> concernant la compensation transfrontalière des pertes, affaire qui a duré quinze ans et qui s'est terminée par une victoire à la Pyrrhus. La fiscalité de groupe est à la base de nombreux renvois préjudiciels issus de nombreux États membres, ce qui signifie qu'il existe au sein des États membres des difficultés d'application, des incertitudes, des controverses que les arrêts successifs de la CJUE n'arrivent pas à résoudre.

Quelles sont les inquiétudes des États membres ? Il suffit de regarder les causes de justification que les États membres invoquent à l'appui de leur législation fiscale

170 Directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009 du Conseil, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

171 Directive 2011/96/UE du 30 novembre 2011 du Conseil, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.

172 Directive 2003/49/CE du 3 juin 2003 du Conseil, concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents.

173 Convention d'arbitrage 90/436/CEE relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées.

174 Propositions de directives du Conseil du 25 octobre 2016 concernant une assiette commune pour l'impôt sur les sociétés (COM[2016] 685 final et COM[2016] 683 final) ; proposition de directive du Conseil concernant une Assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS) (COM(2011) 121 du 03/10/2011).

175 CJCE, Gde ch., aff. C-446/03, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*.

restrictive des libertés de circulation. Dans les affaires concernant la fiscalité de groupe, il s'agit essentiellement de la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres. L'on peut également penser à la cohérence du système fiscal de l'État membre concerné, au risque de double emploi des pertes et au risque d'évasion fiscale.

Beaucoup a été dit et écrit sur le contenu exact de ces concepts. Toutefois, je crois qu'il s'agit de variantes sur un même thème. Et le thème est : un État membre doit pouvoir s'opposer au transfert artificiel par le contribuable de sa base taxable au profit de la base taxable d'un autre État membre. Cette crainte fondamentale – et justifiée – de la part des États membres, disparaît avec un système tel que l'ACCIS parce que le projet de l'assiette commune consolidée mettra un terme à la motivation, à l'intérêt qu'ont les entreprises pour, artificiellement, réduire la base taxable dans un État membre au profit d'un autre État membre.

Maintenant, en quoi consiste cette proposition ? C'est un ensemble de règles communes pour le calcul de l'assiette imposable des sociétés qui sont résidentes fiscales au sein de l'Union européenne, et des succursales situées dans l'Union européenne d'entreprises établies dans des États tiers. Plus concrètement, cette proposition prévoit des règles concernant : (i) le calcul des résultats fiscaux individuels de chaque société ou succursale, (ii) la consolidation de ces résultats lorsqu'existent plusieurs membres au sein du groupe, et (iii) la répartition de l'assiette imposable consolidée entre les États membres éligibles. L'harmonisation portera donc uniquement sur le calcul de l'assiette imposable, et elle n'interfère pas avec les comptes financiers.

En conséquence, les États membres conserveront leurs règles nationales relatives à la comptabilité financière ; et le régime de l'ACCIS introduira des règles autonomes pour le calcul de l'assiette imposable des sociétés. Ces règles n'auront pas d'incidence sur la préparation des comptes annuels ou consolidés. Le taux d'imposition est également exclu de l'harmonisation. Chaque État membre appliquera son propre taux à « sa » quote-part de l'assiette imposable consolidée. Le groupe de sociétés ne traitera qu'avec une seule administration fiscale : c'est le principe du « *guichet unique* ». Il y a consolidation des résultats transfrontaliers, afin d'éviter une surimposition pour les entreprises qui exercent des activités internationales.

Qu'en est-il de la relance annoncée pour l'automne<sup>176</sup> ? Rien n'a été décidé à ce stade, et je n'ai vu aucun projet. L'on m'a promis un projet à mon retour à Bruxelles. Toutefois, ce n'est pas un secret que la Commission reste convaincue de l'importance de cette proposition pour le marché intérieur : il ne faut donc pas s'attendre à un projet qui serait méconnaissable. L'on constatera des différences avec le projet précédent<sup>177</sup>, notamment pour tenir compte de ce qui a déjà été débattu au sein du Conseil, ou pour permettre une adoption plus facile.

176 Depuis la date à laquelle s'est tenue cette conférence (29 juin 2016), les propositions de directives du Conseil du 25 octobre 2016 concernant une assiette commune pour l'impôt sur les sociétés (COM[2016] 685 final et COM[2016] 683 final), déjà citées, ont vu le jour.

177 Proposition de directive du Conseil concernant une Assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS) (COM(2011) 121 du 03/10/2011), précitée.



Deux modifications ont été annoncées publiquement bien qu'étant toujours à l'étude :

- l'application de l'assiette commune deviendrait obligatoire pour les entreprises multinationales, et ce, pour éviter un « chalandage fiscal » entre le régime national et le régime de l'assiette commune ;
- la scission de la proposition actuelle en deux propositions : l'une pour l'assiette commune qui serait discutée immédiatement au Conseil, et l'autre concernant la consolidation qui aurait vocation à être adoptée plus tard. Cette dernière partie est celle qui pose le plus de problèmes au sein du Conseil, car elle est la plus difficile à faire accepter par les États membres en période de restrictions budgétaires à cause de la suppression de la double imposition.

Le résultat de l'adoption de la directive ACCIS serait que dans le droit fiscal matériel des États membres, il existerait deux régimes séparés : un régime de règles communes qui s'appliquerait à certains groupes de sociétés qui exercent des activités transfrontalières, et le régime existant des règles nationales qui s'appliquerait à toutes les autres. La situation ressemblerait donc à celle de la directive « fusion » qui, de même, visait uniquement les fusions transfrontalières et non pas les fusions au sein d'un même État membre. Étant entendu toutefois que bon nombre d'États membres ont choisi de transposer cette directive « fusion » en l'appliquant également aux fusions purement nationales.

---

**Philippe Martin**

*président de la section des travaux publics du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Ce qui est intéressant, effectivement, est que l'on voit que le projet ACCIS se situe à mi-chemin entre les directives d'harmonisation totale – la TVA est l'harmonisation totale d'un impôt, que l'opération soit interne ou transfrontalière –, et le jeu des directives visant les situations transfrontalières en matière d'impôts directs.

L'intérêt de l'ACCIS est qu'elle s'applique globalement à l'impôt sur les sociétés (IS), et non pas à des flux particuliers, car nous avons des directives sur les flux : opérations de dividendes, d'intérêts, de redevances, de restructuration, etc. Mais l'on retrouve dans ce projet l'accent porté sur les groupes multinationaux soumis aux règles de l'ACCIS, et la conservation par les États membres d'un IS national de droit commun qui s'appliquerait en dehors du champ des règles de l'ACCIS. L'on retrouve cette tendance de l'harmonisation de la fiscalité directe consistant à se focaliser sur les entreprises les plus gênées par les frottements fiscaux dans un marché intérieur.

Même si l'on passe à un niveau supérieur d'harmonisation, l'on garde le sentiment que la fiscalité directe procède en s'occupant d'abord du cas des flux (des opérations), ou des entreprises qui subissent le plus ces problèmes de frottements fiscaux.



Tout ce qui a été dit précédemment introduit le sujet de la portée pratique de ces directives sur les opérations internes puisque, juridiquement, elles ne devraient concerner que les opérations transfrontalières. Du fait qu'elles concernaient des flux ou opérations précis (dividendes, intérêts, redevances, restructurations), de nombreux États membres ont choisi d'aligner le traitement fiscal des opérations internes sur les opérations transfrontalières qui sont dans le champ de la directive.

D'où la question de savoir si l'interprétation et/ou les règles de la directive auraient une incidence sur le droit applicable aux opérations purement internes. Au point de vue juridique, il n'en n'est rien : nous sommes en dehors du champ de la directive. Mais quelles conséquences tirer du choix de l'État membre d'aligner les deux régimes ? Nous avons eu, tout d'abord, une décision de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE devenue CJUE) dite « *Leur-Bloem* » du 17 juillet 1997<sup>178</sup>, arrêt plutôt incitatif par lequel la Cour de justice a admis d'interpréter la directive « fusion » alors que le tribunal national l'avait saisie (*via* la procédure de questions préjudicielles) sur une opération purement interne. La CJCE a admis l'intérêt de fournir une interprétation commune à la partie interne et à la partie transfrontalière du droit, en l'espèce néerlandais.

À partir de là, un certain nombre de contribuables ont commencé à invoquer la jurisprudence *Leur-Bloem* pour se plaindre de discordances entre le droit national, en l'occurrence le droit français, et le texte de la directive, y compris dans des opérations purement nationales. Le premier réflexe des juridictions françaises a été de refuser, car lorsque l'on est hors champ de la directive, une divergence entre la règle nationale et la directive n'a aucune incidence sur une opération purement nationale.

Puis, est arrivée une réflexion complémentaire par l'utilisation de la discrimination à rebours : si l'on a, pour des opérations comparables, un régime transfrontalier qui est régi par une directive avec des règles interprétées conformément à celle-ci, et un régime purement interne qui, lui, peut garder des règles qui ne sont pas compatibles avec la directive, l'on aboutit à une différence de traitement entre opérations internes et opérations transfrontalières. Cela a donné lieu à l'invocation du principe d'égalité, à la fois au titre de l'article 14 de la Convention EDH comportant une clause de non-discrimination (ce qui relève du juge fiscal) et au regard du principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt ou d'égalité devant les charges publiques (ce qui, procéduralement, débouche sur une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)).

Ainsi, cela a donné lieu récemment à des applications positives, avec un arrêt fondateur qui est l'affaire *Métro Holding*<sup>179</sup> où le Conseil d'État juge ce qu'il ferait en situation transfrontalière sur la directive « mère-fille » avant de renvoyer une QPC sur la discrimination à rebours, et une décision du Conseil constitutionnel du 3 février 2016 qui constate une violation du principe d'égalité en raison de la discordance entre la règle nationale, telle que rabotée en situation transfrontalière par le juge national en application de la directive, et la même règle nationale qui

178 CJCE, aff. C-28/95, 17 juillet 1997, A. *Leur-Bloem c. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*.

179 CE, 12 novembre 2015, *Société Métro Holding*, n° 367256.



demeure intouchée en situation purement interne<sup>180</sup>. Le principe d'égalité n'est bien sûr méconnu que si les situations internes et transfrontalières sont jugées comparables.

Puis un arrêt de l'assemblée du contentieux du 31 mai 2016 *Jacob*<sup>181</sup> reprend cette problématique sur le fondement de l'article 8 de la directive « fusion » qui traite de la neutralisation des plus-values d'échange de titres à l'occasion de restructurations, et quatre arrêts du 27 juin 2016<sup>182</sup> sur une taxe de 3 % sur les distributions de dividendes qui a été contestée sur de nombreux aspects. L'un de ces arrêts, qui est l'arrêt *APSYS*<sup>183</sup>, concerne une discrimination à rebours fondée sur l'application des articles 4 et 5 de la directive « mère-fille ». Dans les deux cas, contrairement à l'affaire *Métro Holding*, le Conseil d'État renvoie une question préjudicielle à la CJUE sur l'article 8 de la directive « fusion » et les articles 4 et 5 de la directive « mère-fille », afin de s'assurer de ce que serait son action dans le champ de la directive et, à partir de cela, de pouvoir constater ou non l'existence d'une différence de traitement pour les opérations internes qui ne sont pas dans le champ de la directive.

Cela incite à plusieurs réflexions :

- La première est que lorsqu'un État membre transpose une directive, il est quasiment obligé d'aligner le droit interne sur le droit transfrontalier, sauf possibilité, au regard du principe d'égalité, de pratiquer une divergence de rédaction. Dans le cas de la jurisprudence *Leur-Bloem*, l'on parlait de l'idée qu'il s'agissait d'une sorte « d'accident de l'histoire ». Il se trouve que le Parlement national (le législateur néerlandais) a cru bon d'aligner le droit applicable aux opérations internes sur le droit applicable aux opérations transfrontalières. L'on en tire donc simplement les conséquences. L'on peut aussi aller au-delà, car le principe d'égalité est mobilisé. L'on peut se demander si le Parlement national, face à une directive transfrontalière, ne serait pas obligé, au regard du principe d'égalité, de définir un régime de droit interne qui soit aligné sur le régime de droit transfrontalier. L'on part d'une directive qui est purement transfrontalière, visant à résoudre les problèmes de frottements fiscaux entre deux États membres dans le cadre du marché intérieur, et ... surprise : voici que l'État membre est obligé de se demander si la justification au regard du principe d'égalité est valable pour cantonner la transposition de la directive aux seules opérations transfrontalières. Ceci a un effet démultiplicateur de l'effet de ces directives transfrontalières.

- Le second effet agit sur les États tiers, puisque les directives n'ont pas pour objet de régir les opérations avec des États tiers, mais, au regard du principe d'égalité, si l'on admet qu'il y a comparabilité entre une opération effectuée en situation interne et une même opération entre la France et un État tiers, l'on rencontre les mêmes problèmes de justification de la différence de traitement. Je passe sur les

180 CC, 3 février 2016, n° 2015-520 QPC.

181 CE, ass., 31 mai 2016, *Jacob*, n° 393881.

182 CE, 27 juin 2016, *Société APSIS*, n° 398585 ; CE, 27 juin 2016, *Association française des entreprises privées (AFEP) et autres*, n° 399024 ; CE, 27 juin 2016, *Société Layher SAS*, n° 399506 ; et CE, 27 juin 2016, *Société SOPARFI*, n° 399757.

183 *Ibid.* n° 398585.





techniques contentieuses : l'argumentation de la discrimination à rebours, l'usage du recours pour excès de pouvoir qui est plus abstrait, etc. Indépendamment de ces problèmes contentieux, la règle de fond est que – sauf à trouver une bonne justification pour traiter différemment les États tiers et les opérations internes – ne serait-on pas, *a priori*, presque obligé d'aligner les régimes juridiques interne et concernant les États tiers sur le régime transfrontalier au sein de l'Union européenne ? Cela apporte des débouchés aux directives transfrontalières d'impôts directs de l'Union européenne que l'on n'envisageait pas forcément au départ. Je pense que les conséquences sont assez révolutionnaires sur le fond.

Avez-vous des réactions sur ce sujet, que ce soit sur l'ACCIS, ou sur le réglage fin du projet d'ACCIS, ou sur cet effet démultipliateur des directives transfrontalières ?

---

**Martin Klam**

*chef du bureau chargé des principes de la fiscalité internationale (E1) à la direction de la législation fiscale du ministère des finances et des comptes publics*

Je voudrais revenir sur l'actualité de la fiscalité directe de ces derniers jours dans l'Union européenne. L'on ne peut que constater qu'elle présente une certaine accélération quant à la discussion et à l'adoption de directives alors que l'on n'avait pas connu un tel rythme avec le projet d'ACCIS, lequel éprouvait des difficultés à se concrétiser et à se développer. Et les réticences qu'il a dû affronter s'expliquent par tout ce qui vient d'être dit.

En quelques mois, nous avons eu l'adoption de deux directives :

- La première est la *directive sur l'assistance administrative*, qui est modifiée pour la quatrième fois, sur la mise en place d'une déclaration pays par pays en matière de prix de transfert ; j'y reviendrai, car le sujet est largement lié au BEPS. En tout état de cause, aujourd'hui, la déclaration pays par pays est obligatoire dans l'Union européenne et ce telle qu'elle avait été imaginée au sein de l'action 13 de l'OCDE. Cette directive qui reprend quasi intégralement les conclusions de l'action 13 du BEPS a été adoptée en quelques semaines<sup>184</sup>.

- La seconde est la *directive sur la lutte contre l'évasion fiscale* (en anglais, « *Anti Tax Avoidance Directive* » ou ATAD)<sup>185</sup> qui est sur le point d'être adoptée. Elle est passée au Conseil ECOFIN<sup>186</sup> du 17 juin 2016 avec une procédure d'adoption en vertu de laquelle, sauf objection écrite d'un État, elle sera adoptée dans les tous prochains jours. Elle prend largement ses racines dans plusieurs actions composant le projet BEPS : il existe des dispositions sur la déduction des intérêts,

---

184 Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2011/16/UE (COM(2016) 25 final), le 25 mai 2016, le Conseil des ministres de l'économie et des finances a officiellement adopté la directive (UE) 2016/881 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.

185 Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

186 Le Conseil Affaires économiques et financières (ECOFIN) correspond à la formation du Conseil réunissant, une fois par mois, les ministres chargés de l'économie et des finances de l'ensemble des États membres, la Commission européenne et la Banque centrale européenne (BCE). La Banque européenne d'investissement (BEI) y participe en tant que de besoin.

sur les dispositifs hybrides, sur une « *Exit Tax* » pour les personnes morales, sur les sociétés étrangères contrôlées et, enfin, sur la mise en place d'une clause anti-abus générale dans la fiscalité.

L'on ne peut que penser que cette accélération de l'adoption de directives est une bonne chose. En réalité, cette accélération a été possible car nous ne sommes pas sur une harmonisation de fond de l'impôt sur les sociétés, ou de l'impôt direct. Ce sont davantage des directives permettant l'introduction de nouveaux outils de contrôle, comme par exemple la déclaration pays par pays. Il est plus facile, pour un Etat membre, d'accepter un dispositif supranational qui lui procure de nouveaux moyens d'action et de contrôle qu'une directive qui limite sa souveraineté fiscale. Par ailleurs, l'on ne peut que se féliciter de ce phénomène de transposition dans des normes juridiques contraignantes des actions du BEPS. Toutes les dispositions que je viens d'évoquer n'étaient pas forcément des standards minimaux au sein de l'OCDE et donc il fallait bien les rendre obligatoires d'une manière ou d'une autre : soit d'une manière centralisée *via* l'Union européenne comme cela a été fait, soit par la norme nationale. Il faut désormais espérer que cette dynamique permette de faire prospérer et de relancer le projet d'ACCIS. Car, même si l'on n'est pas dans le « secret » de la Commission, l'on pressent bien que les projets qui seront mis sur la table ne seront pas aussi ambitieux que le projet qui est actuellement en discussion.

Pour conclure sur ce point concernant l'Union européenne, je vous propose une mise en parallèle avec la fiscalité indirecte, même si ce sujet n'est pas aujourd'hui au cœur de la conférence.

Avant la fiscalité internationale, j'ai travaillé sur la TVA. Pendant les trois ans où j'ai négocié à Bruxelles, les sujets qui avançaient soit concernaient la mise en place de dispositifs anti-abus, soit permettaient un surplus de recettes budgétaires pour la plupart des États membres. J'en prends pour exemples les directives en matière d'auto-liquidation de la TVA<sup>187</sup>, dont le but est de mettre fin à des fraudes, ou le règlement qui fixe les règles précises de territorialité du commerce électronique<sup>188</sup>. Les États membres y ont vu une nouvelle source budgétaire, puisque la TVA n'était plus, en matière de commerce électronique, prélevée dans l'État de situation du prestataire mais dans l'État du consommateur. Ainsi, mis à part le Luxembourg, la plupart des États membres percevaient des ressources supplémentaires. Par contre, les projets d'harmonisation de règles de fond ou dont les bénéficiaires auraient surtout profité aux entreprises n'ont pas prospéré.

Ainsi, les projets qui prospèrent sont ceux qui ont une dimension budgétaire, ou qui proposent aux États de nouveaux outils fiscaux. En revanche, l'harmonisation sur le fond est un processus plus lent. J'espère qu'en matière d'imposition directe l'on arrivera avec le projet d'ACCIS, avant la fin de l'année 2016, à donner et à garder ce souffle que l'on a su trouver fin 2015 début 2016 pour aller de l'avant.

187 Directive 2008/117/CE du Conseil modifiant la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, afin de lutter contre la fraude fiscale liée aux opérations intracommunautaires.

188 Règlement d'exécution (UE) n° 1042/2013 du Conseil du 7 octobre 2013 modifiant le règlement d'exécution (UE) n° 282/2011 en ce qui concerne le lieu de prestation des services.



Ce qu'a dit le président Martin me paraît essentiel. Cet effet démultiplicateur de la jurisprudence constitutionnelle française est une véritable révolution juridique qui a cours en France, mais n'a pas forcément cours dans tous les pays de l'Union européenne. Et je trouve intéressant, du point de vue qui est le nôtre, un peu élevé sur les normes du droit fiscal, de voir qu'aujourd'hui, lorsque les autorités européennes mettent en place une directive, elles n'ont peut-être pas pleinement conscience du fait que les effets produits par cette directive seront en réalité très différents d'un État à l'autre selon que l'État concerné a une jurisprudence de type *Métro Holding* ou non.

De façon plus générale, sur la directive « ATAD » et sur la proposition de directive d'ACCIS, de vraies questions se posent :

- D'abord, *quid* de l'articulation entre la future directive « ACCIS » et la directive « ATAD » ? Car relancer la directive « ACCIS » ne peut se faire que dans le contexte de l'adoption préalable de la directive « ATAD ». Cette dernière aura déjà procédé à une harmonisation partielle des assiettes taxables en Europe, harmonisation qui est plutôt dirigée contre les abus entendus au sens large. Or, il reste une autre harmonisation à faire, qui est celle des bases taxables indépendamment de toute réflexion sur les abus. Cela ne va pas de soi, car il va falloir trouver dans la directive « ACCIS » une forme de contrepois à ce qui aura été préalablement adopté dans le cadre de la directive « ATAD ».

- Par ailleurs, se pose la question de l'application territoriale de la future directive « ACCIS » qui, selon M. Roels, ne s'appliquerait théoriquement que dans des relations transfrontalières à l'intérieur de l'Union européenne ; ce qui est effectivement l'esprit dans lequel elle a été conçue en 2011. Mais l'on voit que, si tel est le cas, l'on aura une sorte de décalage entre le champ d'application de la future directive « ACCIS », et le champ d'application de la directive « ATAD ». Pour cette dernière, je rappelle que l'article premier énonce que toutes les règles qui figurent dans la directive s'appliquent aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés dans un État de l'Union européenne. D'où il résulte qu'un certain nombre de dispositions de la directive « ATAD » s'appliquent d'ores et déjà à des situations purement internes.

Je pense que c'est une véritable révolution de la construction communautaire, qui suit, d'une certaine façon, l'exemple qui était dans la directive « épargne » : un exemple de règles matérielles ordonnées par l'Union européenne et qui vont s'imposer aux États membres dans un cadre purement interne. Il y aurait une anomalie à ce que l'on ait une directive « ATAD » qui s'applique à des situations internes et une directive « ACCIS » qui ne s'appliquera qu'à des relations transfrontalières, sachant qu'avec l'effet démultiplicateur de l'arrêt *Métro Holding* en France, la directive « ACCIS » pourrait se retrouver applicable dans des situations purement internes. Tout cela suscite des questions pour l'avenir.

---

**Wim Roels**

*conseiller juridique au service juridique de la Commission européenne,  
maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles (ULB)*

Elle s'appliquera dans l'ordre interne quand telle sera la volonté du législateur national.

---

**Daniel Gutmann**

*professeur à l'école de droit de la Sorbonne, avocat*

Dans la directive « ATAD », l'on a un article sur les déductions d'intérêts. Celui-ci s'appliquera à des situations purement internes, c'est-à-dire, que l'on va fixer un plafonnement des intérêts déductibles qui ne dépendra pas de savoir si l'endettement est un endettement interne, transfrontalier, etc. Sauf à ce que vous me disiez qu'implicitement le champ d'application de la directive « ATAD » ne se limitera qu'à des situations transfrontalières. Il me semble bien que les législateurs internes n'auront pas d'autre choix que celui de transposer, y compris dans des situations purement internes, le contenu de la directive. Ce qui pose des questions juridiques, comme celle de savoir si le fondement choisi pour la directive « ATAD » permet d'aboutir à un tel résultat ?

D'après ce que je comprends, le fondement de la directive « ATAD » est l'article 115 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Cet article énonce que les directives sont adoptées pour rapprocher les dispositions qui ont une incidence sur l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. L'endettement, lorsqu'il est purement interne, a-t-il une incidence sur le fonctionnement du marché intérieur ? Si, demain, un boulanger de quartier était redressé sur le terrain de la clause anti-abus de la directive « ATAD », dira-t-on que les activités exercées par ledit boulanger, qui aura créé son S.A.R.L. à l'impôt sur les sociétés, méritent d'être soumises à une norme fondée sur la nécessité de construire le marché intérieur ?

---

**Wim Roels**

*conseiller juridique au service juridique de la Commission européenne,  
maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles (ULB)*

Je crois que la base légale ne doit pas s'analyser au niveau du boulanger du coin, mais plutôt du point de vue de la directive dans sa globalité. À cet égard, je ne me fais pas trop de souci.

---

**Philippe Martin**

*président de la section des travaux publics du Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Je rebondis sur la remarque de M. Roels sur le fait que le législateur national choisit ou pas d'étendre une règle d'une directive transfrontalière aux situations internes.



Je crains que le débat ne s'arrête pas là, car, si l'on s'engage dans le maniement du principe d'égalité en comparant des situations internes, ou États membres / États tiers, à des situations entre États membres, l'on se trouve dans des situations où l'on se demande si quelqu'un ne pourrait pas *ab initio* contester le fait que la loi nationale a cru bon de maintenir une distinction entre des règles réservées aux opérations entre États membres, alors que d'autres règles s'appliqueraient aux opérations internes et aux opérations États membres / États tiers.

Si l'on trouve une justification rationnelle à une différence de traitement, il n'existe aucun problème ; mais je crains que l'on ait des débats futurs dont j'ignore le résultat, car tout se fera au cas par cas pour savoir de quelles règles l'on parle et quels sont les critères de comparabilité que l'on peut utiliser dans la comparaison des différents régimes fiscaux et selon les situations. Je pense que nous aurons des débats alors même que la loi nationale n'a pas choisi d'aligner les régimes juridiques entre les opérations internes et les opérations transfrontalières, à moins que l'on ait des débats juridiques sur le thème de la rupture d'égalité lorsque la loi nationale choisit de maintenir des règles fiscales différentes. Je ne prétends pas qu'invoquer cela permettra de gagner à chaque fois en raison du problème de comparabilité, et cette comparabilité s'apprécie à l'égard de l'objet de la norme dont il s'agit. Il faut voir quelle est la norme dont on parle, et quelles sont les situations à comparer. C'est pour cette raison que le jeu devient assez passionnant.

Nous allons maintenant écouter l'intervention de M. Klam.

---

### **Martin Klam**

*chef du bureau chargé des principes de la fiscalité internationale (E1) à la direction de la législation fiscale du ministère des finances et des comptes publics*

En remarque liminaire, je précise que je m'exprime ici à titre personnel et non pas au nom du ministère des finances.

Je commencerai mon intervention en formulant quelques remarques sur le projet BEPS<sup>189</sup>, car j'ai constaté l'existence d'un certain paradoxe concernant la fiscalité. Alors que la fiscalité est perçue comme l'une des dernières expressions de la souveraineté nationale dans un cadre de plus en plus contraint au niveau budgétaire, les producteurs de cette norme se multiplient au niveau supranational. Le BEPS, dont l'origine se situe hors de l'Union européenne, montre l'aboutissement d'un processus normatif au sein de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).

Avant de rentrer dans l'action 15, rappelée par le président Martin, je souhaiterais brièvement souligner que l'OCDE n'en est pas, avec le projet BEPS, à son « galop d'essai ». Par le passé, en matière d'échanges de renseignements, l'OCDE avait déjà montré la voie lui permettant de devenir un acteur supranational de la création de norme fiscale. L'OCDE édicte un modèle de conventions fiscales depuis 1963.

---

<sup>189</sup> Projet d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices (en anglais, « *Base Erosion and Profit Shifting* » ou BEPS) lancé par le G20 en 2012 et conduit par l'OCDE à partir d'un plan très ambitieux de quinze actions adoptées lors du sommet du G20 à Antalya (Turquie) les 15 et 16 novembre 2015.

Les États membres participent à la définition de ce modèle, mais ils sont libres de le suivre ou non dans les négociations bilatérales. Il n'en demeure pas moins que l'article 26 du modèle en matière d'échanges de renseignements est devenu petit à petit, au fur et à mesure de ses améliorations, une norme internationale à part entière.

Toujours dans cette matière, la convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale a été développée, en 1988, conjointement avec le Conseil de l'Europe et l'OCDE. Elle a connu, en 2010, une ouverture au-delà des seuls pays membres de ces deux institutions et compte aujourd'hui quatre-vingt-seize pays. Elle permet également d'échanger des renseignements et de se donner les moyens d'une assistance au recouvrement qui est juridiquement contraignante pour les États signataires.

Jusque là, un État était libre ou pas d'adhérer aux principes qu'elles contiennent : soit de prendre l'article 26 dans ses négociations bilatérales, soit d'adhérer ou pas à la convention multilatérale susmentionnée.

Mais en 2009, les décideurs prennent conscience de la nécessité pour les administrations fiscales d'être outillées et de disposer d'informations suffisantes, afin de pouvoir asseoir leur assiette fiscale de manière cohérente et équitable. L'OCDE est chargée de ce projet et publie donc, la même année, une liste « grise » ou « noire » de l'OCDE (il y a plusieurs types de classement), afin de mettre en lumière, selon le principe du « *naming and shaming* », les États qui ne respecteraient pas cette norme considérée désormais comme « le standard minimal ». Cela aurait pu s'arrêter là, mais cette liste de l'OCDE a été reprise en droit interne par les lois de finances pour 2010, à l'article 238-0 A de notre code général des impôts (CGI) qui fixe la liste de ce que l'on appelle « *les États et territoires non coopératifs* ».

Cette première liste a été basée, selon les termes mêmes de la loi, sur la liste faite par l'OCDE. Elle est depuis actualisée tous les ans (l'on retire ou l'on ajoute des États selon les cas). Notons que la loi elle-même fait référence à l'OCDE, et au forum sur la transparence et l'échange des renseignements. Ainsi, un État qui n'aurait pas signé de convention permettant l'échange de renseignements, mais qui aurait été favorablement noté par ce forum, doit être retiré de la liste. Il existe donc un précédent au BEPS. Si l'OCDE n'a pas en principe une activité normative, elle a créé, petit à petit, une règle qui est devenue la norme minimale en termes d'échanges de renseignements. C'est la première fois que l'OCDE a connu un impact aussi fort dans le droit national.

Sans en refaire l'historique, le projet BEPS est une sorte d'accélération et d'amplification du phénomène que je viens d'expliquer. C'est un ensemble de quinze actions, dont je citerai, au fur et à mesure, celles qui nous intéressent le plus.

Nous avons l'action 6 sur les abus des conventions et les actions 14, sur le règlement des différends et 15, pour la mise en place d'un instrument multilatéral, qui sont les plus pertinentes à cette fin. Désormais l'OCDE, produit deux types de normes : les standards internationaux, et les recommandations ou bonnes pratiques. Les deux



peuvent se compléter, mais le standard international est perçu comme quelque chose que les États membres devront, au moins à terme, mettre en œuvre.

Le BEPS est en quelque sorte une massification de la production des standards internationaux. À travers l'action 6, on a créé plusieurs normes, ou plusieurs standards internationaux qui vont se retrouver dans l'action 15.

L'action 6 concerne la mise en place de dispositifs anti-abus. Ainsi, pour respecter le standard relatif à la lutte contre les abus de convention, les États doivent introduire dans leur réseau conventionnel des clauses anti-abus. Pour ce faire, l'OCDE offre un choix entre une clause d'inspiration européenne de type PPT (« *Principle Purpose Test* ») ou d'inspiration anglo-saxonne de type LOB (« *Limitation On Benefits* ») réputée moins subjective. La clause LOB suppose le passage d'un certain nombre de tests, même pour les personnes résidentes au sens conventionnel du terme, pour pouvoir bénéficier des avantages de la convention. Ainsi si l'OCDE n'offre pas le choix quant à l'objectif, à savoir l'introduction d'une clause anti-abus dans chaque convention, elle l'offre quant au moyen : soit la clause PPT, soit la clause LOB.

D'autres standards existent dans l'article 6, notamment le préambule. Le préambule est important, car il explicite la raison d'être des conventions fiscales, à savoir éviter les doubles impositions. Mais cet objectif ne doit pas pour autant permettre de créer des doubles exonérations. L'origine du projet BEPS est de combler ces lacunes, qui permettaient la création de doubles exonérations parce que les multinationales utilisaient les différences, certes ténues mais réelles, entre les systèmes fiscaux.

Toujours dans le cadre du BEPS et de la fabrication de standards internationaux, nous avons le renforcement, au sein de l'action 14, des règles relatives au règlement des différends. Il existe inexorablement des différences d'interprétations et de vues entre les États parties à une convention fiscale. Pour cette raison, l'article 25 du modèle de convention de l'OCDE prévoit que lorsqu'une entreprise est victime d'une double imposition, ou d'un problème d'interprétation d'une clause conventionnelle, elle puisse demander l'ouverture d'une procédure amiable. Chaque convention du réseau conventionnel d'un État ne contient pas forcément un tel outil. Désormais avec ce « standard minimal », les États membres seront obligés d'intégrer l'intégralité de l'article 25 dans leurs conventions. Ces standards minimaux font partie du cœur de l'action 15, qui prévoit la mise au point d'un traité multilatéral, qui va permettre d'actualiser l'ensemble du réseau conventionnel de l'ensemble des États membres qui ont décidé de participer à cette action sans avoir à ouvrir pour chaque convention une négociation bilatérale.

L'instrument multilatéral est un instrument très connu des juristes de droit international public largement répandu dans de nombreux domaines. Il n'en va pas de même dans le domaine de la fiscalité dans lequel un tel instrument est une



première. Un groupe de travail, sous la direction du président Martin<sup>190</sup>, a essayé de livrer des pistes envisageables pour que l'instrument multilatéral puisse arriver à bon port dans ce domaine. En effet, sa particularité réside dans son objet, qui n'est pas autonome mais vise à modifier des conventions bilatérales déjà existantes. Ainsi, au sein d'un groupe *ad hoc*<sup>191</sup>, chaque État participe à l'élaboration du traité multilatéral sur un pied d'égalité. Son intérêt est de pouvoir intégrer dans les conventions bilatérales, de manière rapide et efficace, l'ensemble des dispositions mises au point d'un commun accord, notamment les deux standards minimaux évoqués précédemment.

La modification d'une convention bilatérale entraîne des négociations longues qui s'étalent généralement sur deux à cinq ans. Si l'on avait voulu intégrer les nouveautés du BEPS en bilatéral, cela aurait duré au moins cent ans – l'OCDE estime qu'il existe, à ce jour, trois mille conventions bilatérales à modifier avec les cent États et territoires qui sont pour le moment membre du groupe *ad hoc*. La négociation s'emploie ainsi à trouver un juste milieu entre la mise au point d'un instrument juridique contraignant et le fait de laisser de la flexibilité aux États membres, afin que le plus grand nombre y participent sachant que chacun d'entre eux a sa propre politique et ses propres contraintes conventionnelles.

---

**Philippe Martin**

*président de la section des travaux publics du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Le projet BEPS comporte deux aspects : un aspect technique, avec quinze actions qui vont changer un certain nombre de règles en matière de fiscalité internationale, et un aspect relatif au changement de la manière de produire des règles en fiscalité, notamment en fiscalité internationale. Eu égard au thème de la conférence, il est très intéressant de voir que, dans le changement de la manière de produire des normes, l'on constate l'irruption d'une nouvelle manière de créer des règles internationales. À ce stade, l'on a un organisme qui s'appelle l'OCDE – l'ONU fait un peu la même chose – et qui propose un modèle de convention, mais laisse fondamentalement tous les États négocier les conventions bilatérales selon leurs

---

190 Pour préciser les conditions de cette procédure, l'OCDE a d'abord réuni un groupe de quinze experts, dont le Français Philippe Martin, conseiller d'État, qui a examiné la faisabilité d'un instrument multilatéral.

Sur la base de leurs travaux, l'OCDE a publié, le 9 septembre 2014, un rapport en vue de l'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales comprenant notamment une « boîte à outils pour l'élaboration d'un instrument multilatéral destiné à mettre rapidement en œuvre les mesures BEPS ».

191 Dans le prolongement de ces travaux, un mandat pour la formation d'un groupe *ad hoc* chargé de l'élaboration de cet instrument multilatéral a été adopté par l'OCDE et endossé par les ministres des finances du G20 les 9 et 10 février 2015. Il est ouvert à la participation de tous les États intéressés, y compris ceux qui ne sont pas membres de l'OCDE. Pour des raisons d'efficacité et d'économie, sa gestion pratique est assurée par le secrétariat de l'organisation. La première réunion préparatoire s'est tenue à Paris le 27 mai 2015. Elle a notamment eu pour objet de désigner un président et trois vice-présidents et de s'accorder sur les organisations intergouvernementales régionales et internationales invitées à participer aux travaux en tant qu'observateurs (ONU, FMI, Banque mondiale, Centre interaméricain des administrations fiscales, Forum sur l'administration fiscale en Afrique, Association des administrations fiscales des pays islamiques, etc.). La France a obtenu de faire partie du bureau composé de quinze États.





propres vœux et au rythme qui leur semble approprié. Autrement dit, l'initiative est entre les mains du négociateur de chaque État.

Premier aspect : ce que propose l'OCDE dans le projet BEPS, notamment avec l'action 15, est de passer à un système dans lequel, en matière fiscale, il y aurait une organisation internationale qui élaborerait collectivement des propositions de conventions, en fonction d'un projet politique commun ; et cette convention serait ouverte à la signature de tout État souhaitant adhérer. Ce modèle n'est pas parfait, puisque lorsqu'une organisation internationale ouvre une convention à la signature, il faut qu'elle prévoie des clauses d'option, des clauses de dérogation dans l'hypothèse où les États auraient des réticences. Mais l'on observe quand même un changement radical : au lieu de laisser le jeu uniquement entre les mains des États, une organisation internationale envisage d'ouvrir à la signature une convention élaborée sous son égide avec un succès qui dépendra de l'appétence des États à signer ou non.

Si soixante États se précipitaient pour signer un projet de convention proposé par l'OCDE, l'on entrerait dans un système du type ONU ; et l'OCDE concurrencerait l'ONU. Mais là se pose un problème de pouvoir entre organisations internationales.

Le second aspect qui change est l'occasion donnée à un organisme tel que l'OCDE de chercher à transformer du « droit souple » en « droit dur ». Les instruments que manie le projet BEPS peuvent créer une opportunité de valider des instruments de droit souple dans des instruments juridiques, à supposer que les États et les parlements nationaux acceptent ce genre de chose. Il est tentant de stipuler, quelque part, que ce que racontent les principes de prix de transfert, ou ce que racontent les commentaires de l'OCDE, sont un élément valide d'interprétation des conventions et des règles de fiscalité internationale.

Est-il préférable de demander aux parlements nationaux de voter ce genre de choses par eux-mêmes ? Est-il bon de l'inclure dans un élément conventionnel, éventuellement multilatéral ? Un préambule suffirait-il ? Toute une gradation subtile existe selon la force de la règle qui sera introduite, sur le degré d'approbation des parlements nationaux. Les parlements étant souverains en matière fiscale, il n'est pas évident qu'un État abandonnerait à une organisation comme l'OCDE le soin d'interpréter la règle fiscale d'une manière qui lierait les autorités nationales.

Un chantier non négligeable se présente sous la forme de l'éventuelle transformation de règles de droit souple en règles de droit dur, qui impacterait véritablement l'interprétation des règles fiscales réellement applicables à des contribuables. En termes généraux, ce sont les deux évolutions qui sont les plus intéressantes. Il n'est pas dit que tout cela s'appliquera avec l'ampleur générale souhaitée par l'OCDE, mais ce sont des changements de direction qui ne sont pas complètement négligeables.



---

**Daniel Gutmann**

*professeur à l'école de droit de la Sorbonne, avocat*

Il est vrai que le multilatéralisme en matière fiscale est une évolution particulièrement intéressante à évoquer, en précisant cependant que le multilatéralisme auquel on assiste aujourd'hui n'est pas un vrai multilatéralisme, car il s'agit de modifier de façon multilatérale des conventions qui resteront fondamentalement bilatérales. Nous ne nous trouvons donc pas encore dans une vraie situation de multilatéralisme, mais il n'en demeure pas moins que l'évolution à laquelle on assiste est très instructive avec une question pratique en contrepoint : si l'on a des phénomènes d'« *opt-in* » et d'« *opt-out* », si les États peuvent, dans la convention multilatérale, choisir les dispositions BEPS qui les intéressent et les appliquer de façon sélective, selon les cas, avec tel ou tel État, l'on peut s'interroger sur la complexité du système qui en résultera et l'efficacité *in fine* du BEPS.

Ma deuxième observation est que l'on va peut-être un jour assister à un vrai multilatéralisme, même s'il est incomplet. Tous les États membres de l'Union européenne engagés dans le BEPS ont déclaré partager les objectifs poursuivis par l'OCDE. L'on voit, avec la directive « ATAD », qu'ils en tirent des conséquences dans l'ordre communautaire, puisque celle-ci se veut une sorte de transposition, en droit dur, des objectifs poursuivis par le BEPS. Les évolutions que l'on observe aujourd'hui ne vont-elles pas mettre sur la table une question assez fondamentale : les États membres de l'Union européenne ont-ils encore le pouvoir de conclure des conventions bilatérales en leur nom ?

Si j'en crois la jurisprudence de la CJUE sur les compétences implicites de l'Union européenne, et sur le lien qu'opère la Cour de justice entre les compétences internes et les compétences externes de l'Union<sup>192</sup>, je crois que l'on pourra valablement soutenir, dans quelques années, que l'Union européenne a compétence pour conclure des conventions bilatérales avec d'autres États ; à moins que les États membres n'aient perdu leurs compétences de conclure de telles conventions ? Je ne suis pas sûr que cela soit souhaitable, mais d'un strict point de vue juridique l'on n'échappera pas à cette interrogation qui est la révolution suivante.

---

**Wim Roels**

*conseiller juridique au service juridique de la Commission européenne,  
maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles (ULB)*

Je voudrais aborder les quelques points de friction entre l'OCDE et l'Union européenne. Le grand point que je voudrais soulever est que l'approche de l'OCDE est complètement différente de celle de l'Union européenne en matière de fiscalité directe.

L'OCDE, notamment par ses conventions modèles, préconise à la fois une approche étatique et bilatérale : étatique parce que l'État souverain estime avoir le droit

---

<sup>192</sup> V. notamment : CJCE, aff. 22-70, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil* ; CJCE, aff. 467-98, 5 novembre 2002, *Commission c. Royaume du Danemark*.

d'imposer ; bilatérale parce que deux États estiment pouvoir imposer un même revenu et se répartir le pouvoir d'imposition.

Dans l'optique actuelle au sein de l'Union européenne, où la fiscalité n'est pas encore harmonisée, l'Union ne peut pas avoir une approche bilatérale de la fiscalité. Elle peut seulement l'avoir au moment où elle commence à légiférer. En l'absence d'une législation européenne qui harmonise le droit fiscal matériel, l'Union européenne est limitée à une approche basée sur les libertés de circulation, c'est-à-dire par une approche non-discriminatoire, laquelle implique toujours une analyse du droit matériel d'un seul État membre, abstraction faite de l'état du droit matériel de l'autre État concerné dans la situation transfrontalière. De nombreux juristes et fiscalistes ont des difficultés à saisir cette différence d'approche assez fondamentale.

Quant au projet BEPS, la Commission a suivi de très près les travaux au sein de l'OCDE, et elle a réagi très rapidement par la proposition de textes législatifs. Dans ce contexte, quelle est la motivation de la Commission européenne ? Sans doute s'agit-il d'éviter que les États membres mettent en place les recommandations BEPS de façon disparate, ce qui pourrait conduire à la mise en danger du marché intérieur. C'est pour cette raison que la Commission a proposé la directive « ATAD » qui met en œuvre plusieurs actions BEPS, citées par M. Klam.

Les recommandations de l'OCDE, compte tenu de son approche différente, ne sont pas nécessairement compatibles avec le droit de l'Union européenne, notamment avec l'analyse non-discriminatoire basée sur les libertés de circulation. La proposition faite par l'OCDE concernant l'action 6, mentionnée antérieurement sur l'abus des conventions, n'était pas nécessairement compatible avec l'approche sur la base de l'analyse en termes de non-discrimination et la recommandation (UE) 2016/136<sup>193</sup> a dès lors proposé une reformulation de la recommandation BEPS.

---

**Philippe Martin**

*président de la section des travaux publics du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Nous allons maintenant aborder, avec l'intervention du professeur Gutmann, un cas pratique, à travers les clauses anti-abus qui se multiplient et qui ont pour origine tantôt des directives, tantôt une action du BEPS.

---

**Daniel Gutmann**

*professeur à l'école de droit de la Sorbonne, avocat*

Le terrain des clauses anti-abus est, à l'heure actuelle, un parfait laboratoire d'observation de l'évolution des sources du droit en matière fiscale, et de la construction de la norme fiscale.

---

<sup>193</sup> Recommandation (UE) 2016/136 de la Commission du 28 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales.

## **1) Il existe, aujourd’hui, un nombre extrêmement élevé de clauses anti-abus présentant un caractère général.**

Cela est assez nouveau car, jusqu’à une époque récente, le monde était simple pour le juriste français : l’on avait une théorie de l’abus de droit, qui figurait à l’article L. 64 du livre des procédures fiscales (LPF)<sup>194</sup>. Notre grand débat interne en France était : la jurisprudence est-elle bien conforme à la lettre de la loi ? L’on en discutait et, finalement, la loi était changée. Nous avions une jurisprudence qui convergeait à peu près avec la lettre de la loi et la discussion sur l’abus de droit s’arrêtait là.

## **2) Petit à petit, l’on a vu apparaître, dans l’ordre juridique, des règles anti-abus légèrement différentes possédant, à la fois, un caractère général et ciblé.**

Il ne s’agissait pas de règles anti-abus couvrant toutes les matières de la fiscalité, tous les impôts, ou toutes les situations, mais de règles anti-abus ciblées quoique rédigées de façon générale. En voici un exemple : l’article 209 du code général des impôts (CGI) subordonne, à l’occasion d’une fusion, le transfert des déficits de la société absorbée à la société absorbante à une demande d’agrément, l’administration devant alors vérifier que l’opération est justifiée du point de vue économique, et obéit à des motivations principales autres que fiscales. Selon moi, c’est une clause anti-abus.

Dans la terminologie anglo-saxonne, l’on n’appelle pas cela une GAAR (« *General Anti-Avoidance Rule* » ou règle générale anti-évitement), mais une TAAR (« *Targeted Anti-Avoidance Rule* » ou règle anti-évitement ciblée), par opposition à une SAAR (« *Specific Anti-Avoidance Rule* » ou règle d’anti-évitement spécifique), clause anti-abus dépourvue de caractère général mais visant à lutter contre un montage spécifiquement décrit et identifié. Si ces « TAAR » sont apparues dans notre ordre juridique, c’est parce que, parallèlement à l’évolution de ces clauses, l’on a commencé à tirer les conséquences du droit de l’Union européenne.

Dans les textes de référence du code général des impôts (CGI) recensant les différentes clauses anti-abus, l’on note que les articles 209 et 210 B<sup>195</sup> sont des règles issues de la transposition de la directive « fusion ». Mais l’on se trouvait alors dans une phase encore embryonnaire de la construction communautaire des clauses anti-abus, puisque dans la directive « mère-fille », première mouture, et dans la directive « fusion », première et actuelle mouture, les États membres de l’Union européenne avaient le choix de lutter ou non contre l’abus des directives. C’était une option ouverte aux États membres, qu’ils étaient libres d’utiliser ou non.

---

194 Les actes constitutifs d’un abus d’un droit sont ceux qui, « *recherchant le bénéfice d’une application littérale des textes ou de décisions à l’encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n’ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d’éluider ou d’atténuer les charges fiscales que l’intéressé, si ces actes n’avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* » (article L. 64 du livre des procédures fiscales).

195 Subordonnant le bénéfice du régime de faveur à la condition que l’opération soit justifiée par des motifs économiques et non pas simplement fiscaux.



### **3) La troisième étape de l'évolution des clauses anti-abus réside dans le développement de l'idée que, notamment pour la directive « mère-fille », les États membres ne pouvaient plus bénéficier du choix de lutter ou de ne pas lutter contre les abus de la directive.**

En 2015, lorsque la directive « mère-fille » a été réformée<sup>196</sup>, une clause anti-abus a été introduite<sup>197</sup>, qui est une règle de droit matériel s'imposant aux États membres. Si ladite directive a été réformée, en substituant à une option une obligation de lutter contre l'abus, c'était pour éviter une nouvelle forme de concurrence fiscale négative qui consistait, pour certains États, à ne pas lutter contre l'abus, tandis que d'autres s'y employaient.

Ainsi, nous avons dans la directive « mère-fille », et par ricochet dans notre droit interne, une clause « ciblée », ou semi-spéciale qui touche le seul abus du régime « mère-fille », mais elle est formulée de façon extrêmement générale.

L'évolution est assez intéressante : l'on est passé, du point de vue de l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit interne, de clauses anti-abus ciblées mais optionnelles, à une clause anti-abus de la directive « mère-fille » ciblée mais obligatoire. Toutes ces clauses n'étant pas rédigées de la même manière, l'on peut s'interroger au sujet de la définition qui figure à l'article 119 ter<sup>3</sup><sup>198</sup> du CGI, qui renvoie à un abus comparable à celui que prévoit la directive « fusion ». Les différences de formulation – j'aborderai cette question ultérieurement – renvoient-elles ou pas à des différences de concepts ?

### **4) Aujourd'hui, une quatrième phase de la construction communautaire est en train de se produire : dans la directive « ATAD », figure une clause anti-abus qui présente la double caractéristique d'être à la fois générale et obligatoire.**

En effet, cette clause s'applique à toutes les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés (IS), sans qu'il soit fait référence à une opération particulière. Il ne s'agit pas de lutter contre l'abus du régime « mère-fille », ou contre un abus de déduction d'intérêt, mais de lutter contre n'importe quelle opération par laquelle une société réduit son IS, et peu importe que cette opération ait un caractère purement interne ou qu'elle présente un caractère transfrontalier. Cette clause a d'ailleurs évolué dans sa rédaction, car lorsque l'on consulte la proposition de directive dans son

---

196 Directive (UE) 2015/121 du Conseil du 27 janvier 2015 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents.

197 *Ibid.* En France, la clause anti-abus a été transposée par la loi de finances rectificative pour l'année 2015 (n° 2015-1786 du 29 décembre 2015), qui a repris à l'identique les termes de la directive.

198 L'exonération de retenue à la source sur les dividendes distribués (art. 119 ter 1 du CGI) ne s'applique pas lorsque ces derniers sont « *distribués dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de ce même 1, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties. Pour l'application du présent 3, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique* » (article 119 ter 3 du code général des impôts).



état originel daté du 28 janvier 2016<sup>199</sup>, il s'agissait de lutter contre des montages non-authentiques mis en place « *essentiellement* » dans le but d'obtenir un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité des dispositions fiscales normalement applicables. L'adverbe « *essentiellement* » a disparu dans la version actuelle, qui date du 17 juin 2016, laquelle n'a pas encore été traduite en français et reprend une terminologie que l'on connaît bien : il est fait référence à l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux qu'aurait poursuivi le contribuable en contrariété avec l'esprit des textes des dispositions applicables.

Nous sommes, ici, en présence de l'évolution la plus aboutie possible de la construction de la norme anti-abus au niveau de l'Union européenne.

Cette évolution est intéressante et l'on peut se demander si, sur le fond, la nouvelle clause anti-abus figurant dans la directive « ATAD » est synonyme ou non de la définition de l'abus de droit qui existe aujourd'hui en droit interne. L'on est obligé de se poser la question de cette ressemblance, car elles ont le même champ en matière d'IS et couvrent toutes les opérations qui donnent prise à l'IS.

Mais que la ressemblance soit avérée ou non, cela implique d'effectuer une gymnastique intellectuelle originale puisque, pour comprendre cette clause, l'on croit comprendre en lisant les considérants introductifs de la directive « ATAD » qu'il faut se référer à la jurisprudence de la CJUE en matière de respect des libertés fondamentales, et il faut se demander si cette jurisprudence contient elle-même des critères d'identification de l'abus de droit qui sont les mêmes que ceux que nous connaissons dans notre droit interne avec la théorie qui est transcrite à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales (LPF). Pour résumer : afin de comprendre la directive « ATAD », il faut l'interpréter à la lumière de la jurisprudence de la CJUE, et pour comprendre notre théorie de l'abus de droit, il faut l'interpréter là-aussi à la lumière d'exigences qui sont formulées par ailleurs.

Si les clauses sont synonymes et si la règle anti-abus figurant dans la directive est absolument identique, en substance – en dépit de sa différence de formulation –, à celle qui existe dans l'article L. 64 du LPF, nous aurons fait beaucoup de choses pour rien, du point de vue du droit français. Il n'y a en effet pas besoin de transposer quoi que ce soit car, par hypothèse, ce qui figure dans la directive existe déjà dans le droit interne français. J'ignore si l'administration fiscale, qui aura la lourde tâche de tirer les conséquences de cette directive, partagera cette analyse, mais si tout est identique il n'y a donc pas lieu de changer quoi que ce soit en droit interne.

Si la signification de la règle qui figure dans la directive est quelque peu différente de celle qui existe en droit interne, cela signifiera l'existence de deux standards de lutte contre l'abus : l'on aura alors un standard communautaire et un standard français. En conséquence de quoi, si deux standards s'appliquent aux mêmes opérations, l'on se demandera si l'administration fiscale aura le choix d'appliquer

<sup>199</sup> Proposition de directive de la Commission européenne du 28 janvier 2016 relative à la lutte contre l'évasion fiscale, article 7 COM(2016) 26 final. Cette règle générale obligerait les États à lutter contre « *les montages non authentiques ou séries de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité des dispositions fiscales normalement applicables* ».



un standard plutôt qu'un autre et, *a priori*, c'est la conséquence à laquelle il faudrait aboutir, avec une difficulté spéciale qui est que cette différence entraînera que le standard communautaire définira plus largement l'abus de droit. Dans ce cas, l'on risque de se heurter à un écueil constitutionnel, puisque le Conseil constitutionnel a jugé qu'une définition exagérément large de l'abus de droit ne passait pas le cap du contrôle de constitutionnalité. Il est vrai que le Conseil constitutionnel l'a dit parce que l'abus de droit est réprimé par une sanction à caractère punitif en France ; ce qui justifie un contrôle d'une rigueur particulière. Ce contrôle pourrait-il être exercé à l'occasion de la transposition d'une éventuelle nouvelle règle générale qui s'ajouterait à l'abus de droit ? Cela n'est pas évident.

S'agissant d'une règle qui transposera une directive communautaire, dès lors que la Constitution, dans son article 88-1 tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, prévoit que « *la transposition des directives est une exigence constitutionnelle* », nous ne pourrions pas contrôler cette nouvelle transposition, et l'on ne pourra pas même dissocier le contrôle du Conseil constitutionnel sur les situations couvertes ou non par le droit communautaire parce que toutes les situations seront *in fine* couvertes par le droit communautaire. Dans ce dernier cas, l'analyse du Conseil constitutionnel n'aura pas lieu de s'appliquer, car aucune situation n'échappera au droit communautaire. Ces questions de conflits de sources du droit restent assez délicates à articuler et à régler entre elles.

Au demeurant, l'on peut noter qu'il reste encore d'autres séries de clauses anti-abus qui figurent dans les conventions fiscales. Elles constituent un florilège extraordinaire et posent de nombreuses questions. Peut-on abuser d'une convention fiscale ? Peut-on appliquer la doctrine française de l'abus de droit à une convention fiscale ? *A priori*, oui ; c'est du moins ce que le Conseil d'État semble penser<sup>200</sup>. Oui au sens de la théorie française de l'abus de droit, oui peut-être au sens de la nouvelle directive « ATAD », car rien n'indique que la clause générale anti-abus de cette directive, qui s'appliquera à toutes les situations, ne puisse pas également être appliquée pour s'opposer à l'application d'une convention fiscale.

Dans le plan BEPS, action 6, l'OCDE recommande à l'ensemble des États d'insérer dans leurs conventions une clause anti-abus qui constituera un troisième fondement, pouvant éventuellement se cumuler aux deux précédents, pour lutter contre l'abus des conventions, avec une formulation qui n'est pas exactement la même que celle qui existe dans les autres textes.

D'ailleurs, la Commission européenne ne s'y est pas trompée : dans une recommandation du 28 janvier 2016<sup>201</sup>, elle a accepté de transposer l'action 6 du plan BEPS dans les traités conclus par les États membres de l'Union européenne avec des États tiers, mais en rédigeant la clause anti-abus des traités à la « sauce communautaire », avec une petite différence de formulation qui sera introduite dans ces conventions. Si l'on consulte la pratique conventionnelle française, nous n'avons pas un nombre très élevé de conventions à ce jour qui contiennent des clauses anti-abus générales (environ une dizaine). Si vous comparez les clauses

200 CE, ssr, 25 octobre 2017, n° 396954.

201 Recommandation (UE) 2016/136 de la Commission du 28 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales.



anti-abus qui figurent dans cette convention, vous pourrez constater qu'elles sont rédigées de façon, là aussi, très légèrement différente à chaque fois ; le luxe ou le raffinement ultime étant atteint lorsqu'à l'intérieur d'une même convention existent plusieurs clauses anti-abus : l'une qui définit de façon générale les conditions dans lesquelles la convention, dans son ensemble, peut faire l'objet d'un écartement par l'administration, cependant que dans certaines clauses spécifiques, en matière de dividendes, d'intérêts, ou de redevances, il existe une clause spéciale qui permet d'écarter l'application de l'article général de la convention à ces revenus. Mais là aussi dans des conditions différentes de celles qui sont prévues pour écarter d'autres stipulations de la convention. De sorte que si l'on fait le compte de ces différentes définitions, l'on arrive à un nombre qui dépasse les quelque dix conventions évoquées précédemment.

Cela pose un certain nombre de questions concernant les conventions fiscales. Si l'une contient deux clauses anti-abus à l'intérieur du même instrument, comment les deux clauses s'articulent-elles ? Y en a-t-il une qui déroge à l'autre, parce qu'elle aurait un caractère plus spécial en dépit de son caractère général ? Faut-il prendre au sérieux les différences rédactionnelles qui existent entre les conventions fiscales ? Faut-il considérer qu'au fond, tout cela n'a pas grande importance et que, bien que les rédactions diffèrent, elles sont le produit d'un équilibre conventionnel toujours aléatoire, toujours contingent ? Mais si l'on ne prend plus au sérieux la rédaction contingente des textes, l'on cesse de faire du droit ! Dans ce contexte, quel sera l'impact de l'éventuelle convention multilatérale sur l'ensemble de ces clauses anti-abus ? Une convention multilatérale que signerait la France aurait-elle pour effet de rendre caduques les clauses anti-abus qui figurent d'ores et déjà dans les conventions ?

Voilà toute une série de questions qui démontrent, à travers cet exemple des clauses anti-abus générales, que le droit est aujourd'hui d'une certaine complexité, voire d'une complexité certaine.

---

**Philippe Martin**

*président de la section des travaux publics du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Une vaste richesse nous attend donc ! Comment l'administration fiscale française voit-elle l'irruption de cette grande richesse ?

---

**Martin Klam**

*chef du bureau chargé des principes de la fiscalité internationale (E1) à la direction de la législation fiscale du ministère des finances et des comptes publics*

Je pense que l'administration constate également une certaine multiplication du nombre de clauses anti-abus et du nombre d'instruments et d'instances qui sont aujourd'hui producteurs de ces clauses anti-abus. Ces instances ont été rappelées : la loi, l'OCDE à travers le BEPS, l'Union européenne, et les conventions bilatérales sur lesquels je ne reviendrai pas. L'on ne peut que se réjouir de cette multiplication



en raison de la prise de conscience générale et partagée de la nécessité de lutter contre les comportements abusifs. Ces instances tentent de rapatrier la matière fiscale au lieu de la création de la valeur et des richesses, sans tenir compte des montages artificiels effectués par les multinationales.

J'ai ainsi envie d'exprimer un message de confiance dans l'avenir, même si je n'ignore pas que la tâche sera ardue pour le juriste face à la multiplicité des définitions de l'abus retenues. Certes, au-delà de l'aspect positif du constat de cette multiplication, ces définitions diverses témoignent d'une certaine anarchie. Mais je pense qu'au fond, ce que l'on veut réprimer c'est un type de comportement. De sorte que s'il existe des rédactions non-harmonisées, il faudra davantage tenir compte de l'esprit que de la lettre du texte.

Ensuite, sur le sujet précis de la multiplication des clauses conventionnelles anti-abus dont les rédactions ne sont pas harmonisées, nous avons bien conscience que cela est insatisfaisant, alors même qu'il n'y a qu'une dizaine de conventions munies d'une telle clause générale, sans parler de celles qui possèdent, de surcroît, des clauses sectorielles anti-abus.

Si la décision reste à prendre par le ministre, la volonté de l'administration est d'harmoniser la rédaction de la clause anti-abus dans l'ensemble du réseau conventionnel. Il s'ensuit que si, dans un traité bilatéral, une clause anti-abus est rédigée d'une manière différente de celle contenue dans le traité multilatéral, elle sera remplacée par la nouvelle formulation dudit traité. De même si l'on a dix conventions avec clause anti-abus, cela signifie qu'il reste cent quinze conventions sans clause anti-abus expressément prévue. Aujourd'hui, l'administration considère qu'elle peut tout de même se protéger de l'abus *via* l'article L. 64 du LPF, mais il s'agit d'une procédure lourde à mettre en œuvre que l'on n'aura pas forcément à mener avec une clause anti-abus dans le traité.

Je pense qu'il faut que l'on ait la volonté de systématiser dans le réseau conventionnel la rédaction de la clause anti-abus, telle qu'elle sera issue des travaux de l'instrument multilatéral. Au-delà, il faudrait, autant que faire se peut, essayer d'avoir une grille de lecture des clauses anti-abus qui soit proche, nonobstant les rédactions qui peuvent varier.

Une fois que l'administration aura suivi cette voie – si elle la suit –, le rôle du juge sera de nous apporter la sécurité juridique nécessaire.

---

**Wim Roels**

*conseiller juridique au service juridique de la Commission européenne,  
maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles (ULB)*

Personnellement, je reste sceptique en ce qui concerne la nécessité de cette multiplication des clauses anti-abus. Je crois qu'en ce qui concerne le droit de l'Union européenne, la jurisprudence est très claire : il y a un concept d'abus de droit qui a été appliqué à la fiscalité directe par la Cour de justice dans deux arrêts

majeurs<sup>202</sup>, les critères en sont assez clairs et suffisamment étoffés. Je crois que l'abondance de clauses anti-abus dans les directives pourrait se justifier par un souci de consolidation, mais malheureusement, pour une grande partie, l'intérêt politique est de réagir à l'actualité.

Le professeur Gutmann a effectivement mis l'accent sur le deuxième point que je voulais évoquer : la différence de libellé entre la proposition de la Commission et le libellé proposé et accepté par le Conseil. L'on constate ici la présence d'une lutte entre les États membres, d'une part, et la Commission européenne, d'autre part. En effet, les États membres n'ont jamais accepté les principes dégagés par la jurisprudence *Cadbury Schweppes*<sup>203</sup>. Cela vaut en premier lieu pour le Royaume Uni, mais je pense que de nombreux États membres trouvent également que les consignes données par la CJCE dans cet arrêt complexifient le travail de leurs administrations fiscales. La proposition de la Commission était d'adhérer davantage aux prescriptions de la CJUE. Par contre, le Conseil a repris le libellé d'une clause anti-abus qui figure dans le droit anglais. Cette clause fait maintenant l'objet d'une opération « copier-coller » dans les autres directives qui passent. La Commission a résisté, dans toutes les propositions qu'elle a faites, au ralliement à cette nouvelle formulation du Conseil, parce qu'elle estime qu'elle ne doit pas proposer une clause anti-abus qui ne soit pas tout à fait circonscrite par la CJUE.

Comment va réagir la CJUE ? Personne ne le sait. Elle pourrait procéder à un revirement de sa jurisprudence et se rallier à cette nouvelle réalité dans les directives, et estimer que, tout compte fait, il n'y a pas trop de danger. Elle pourrait aussi avoir recours à sa méthode d'interprétation conforme et interpréter la clause telle qu'elle a été rédigée par le Conseil à la « sauce *Cadbury Schweppes* ». Dans ce scénario, la clause littérale serait, *de facto*, appliquée de façon beaucoup plus restrictive. Finalement, elle pourrait considérer que la clause est contraire aux libertés de circulation. Il s'agit d'une possibilité qui est peu probable dans le sens où la CJUE est assez réticente à censurer le législateur européen.

---

**Philippe Martin**

*président de la section des travaux publics du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Je voudrais faire quelques remarques du point de vue de l'exercice des fonctions juridictionnelles. Je trouve que ce qui est intéressant dans cette affaire est que l'on voit le paradoxe de l'intervention des normes internationales. En principe, la norme internationale possède un aspect unificateur. Autrement dit, la cacophonie provient de la multiplication des droits nationaux et de leurs divergences. Le paradoxe, d'un point de vue français, est que l'on avait l'impression que la situation était assez harmonieuse. La jurisprudence interne ressemblait à l'article L. 64 actuel du LPF. L'application aux conventions fiscales dans l'arrêt *Bank of Scotland*<sup>204</sup>

---

202 CJCE, Gde ch., aff. C-196/04, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd. c. Commissioners of Inland Revenue* ; CJCE, Gde ch., 13 mars 2007, aff. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*.

203 CJCE, Gde ch., 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, précité.

204 CE, ssr, 29 décembre 2006, *Bank of Scotland*, n° 283314.



s'explique notamment par le fait que cette règle anti-fraude était perçue comme légitime ; d'où la légitimité d'appliquer cette règle anti-fraude, même nationale, à des conventions bilatérales parce que cela relève d'un principe immanent anti-fraude à l'ensemble du droit. Si l'affaire *Bank of Scotland* avait traité d'une loi anti-abus française, écrite parce que la direction de la législation fiscale (DLF) et le Parlement s'étaient mis d'accord, je ne sais pas si l'arrêt *Bank of Scotland* aurait existé. Cela s'explique en partie par le fait que la jurisprudence du Conseil d'État sur l'abus de droit était perçue comme une jurisprudence anti-fraude immanente découlant d'un principe général du droit.

Depuis l'arrêt *Sagal*<sup>205</sup>, nous avons la conviction qu'une harmonie existait entre la conception française de l'abus de droit et la jurisprudence *Cadbury Schweppes*, et que tout fonctionnait parfaitement. Tout cela revêtait une cohérence. Or, ce à quoi l'on assiste à présent, c'est que la multiplication des centres d'initiative au niveau international aboutit à une cacophonie. C'est un comble, car l'international est censé unifier, tandis qu'ici il ajoute à la cacophonie. Certes, je suis un peu sévère – c'était entre les juridictions françaises et la CJUE que l'on voyait une certaine harmonie –, puisque l'avantage des normes internationales est quand même d'unifier une règle entre de nombreux États. Mais il est ennuyeux que cette multiplication des initiatives internationales aboutisse à une cacophonie, source de problèmes. Je ne ferai donc pas montre d'un optimisme total à l'égard de cette évolution.

Lorsqu'une convention fiscale contient sa propre règle anti-abus, elle s'applique au bénéfice ou non des règles de la convention. Lorsque l'on est dans le droit interne, l'on applique l'article L. 64 du LPF. Cela, nous savons faire. Mais nous aurons des problèmes d'interprétation et de conflits de normes.

Les problèmes d'interprétation sont multiples : habitué à appliquer les textes en fonction de leur rédaction, formé à l'école du Conseil d'État qui est parmi les juridictions qui prennent le plus au sérieux la rédaction des clauses anti-abus, j'ai constaté que des juridictions étrangères pratiquaient le « *smell test* » pour savoir si le montage « sent bon »... Le Conseil d'État, depuis des décennies, prend au sérieux sa propre règle de conduite en matière de règle anti-abus. Quand on écrit « motif exclusivement fiscal », c'est vraiment « exclusivement fiscal ». Tandis que si l'on évoque un motif « principalement fiscal », ou s'il s'agit de « l'un des motifs principaux », ce n'est pas du tout la même chose.

Nous avons ce problème d'interprétation avec la directive « mère-fille » qui est totalement incompréhensible, car l'articulation de deux phrases n'est pas totalement évidente : d'un côté, l'on évoque « *l'un des objectifs principaux* » et, de l'autre côté, « *un montage est non authentique s'il n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables* ». Cela signifie-t-il qu'il suffit d'un motif commercial valable pour que cela soit authentique ?

---

205 CE, ssr, 18 mai 2005, *Société Sagal*, n° 267087.

---

**Wim Roels**

*conseiller juridique au service juridique de la Commission européenne,  
maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles (ULB)*

Permettez-moi de préciser que le texte original ou « négocié » de cette phrase, ou de cette clause, est le texte en version anglaise ; et je crois qu'il est, hélas, impossible de comprendre la version française si l'on en ignore la version anglaise.

---

**Philippe Martin**

*président de la section des travaux publics du Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

J'espère que l'on va inscrire cela dans les « tables » du Conseil d'État : quand il faudra interpréter cette clause, il ne faut surtout pas l'appliquer en français, mais regarder la comparaison linguistique avec l'anglais !

L'on aura donc des problèmes d'interprétation, mais aussi des conflits de normes, car il est néanmoins vrai que l'on sera obligé de se poser la question de la compatibilité entre les clauses des directives et la jurisprudence de la CJUE. Avec l'affaire *Holcim*<sup>206</sup> le Conseil d'État a renvoyé une question préjudicielle à la CJUE, et je crois que les juridictions nationales seront de nouveau amenées à interroger la Cour de justice sur l'interprétation de ces directives, en liaison ou non avec les principes dégagés dans l'affaire *Cadbury Schweppes*. Il existera également un jeu de la part des juridictions qui va consister à se demander s'il n'y a pas matière à mettre tout cela en harmonie, quitte à raboter un peu au passage la portée apparente de ces clauses. Littéralement, elles présentent de grosses divergences. Sans doute, à la fin, tout cela sera-t-il géré et harmonisé ; mais, entretemps, il y aura eu pas mal de péripéties. C'est sans doute la rançon à payer de la multiplicité des centres d'initiatives au niveau international qui compliquent quelque peu les choses, avec le paradoxe que l'avantage de l'international est habituellement que l'on sort du cloisonnement des souverainetés nationales, et qu'en sortant de ce cloisonnement, la norme supranationale apporte de l'unification et de la simplification. Malheureusement, dans ce cas précis, les centres d'initiatives internationaux compliquent l'application du droit.

Il me reste à remercier nos trois intervenants pour ces très justes éclairages qu'ils ont su développer et nous faire partager, notamment à travers l'état récent de la jurisprudence et les propositions de textes européens qui soulignent, aussi, les regards croisés et les échanges existant entre les juges européens et les juges nationaux.

---

<sup>206</sup> CE, 30 décembre 2015, *Holcim France SAS, Société Enka*, n°374841 et 374836, affaire enregistrée devant la Cour de justice de l'Union européenne sous le numéro C-6/16.

## Dixième conférence

---

# L'a-territorialité du droit à l'ère numérique

### Sommaire de la conférence

---

Présentation du thème de la conférence .....	151
Biographie des intervenants .....	157
Actes – L'a-territorialité du droit à l'ère numérique .....	159
Échanges avec la salle .....	189
Éléments de bibliographie .....	197





# Présentation du thème de la conférence

---

## 1. Le cadre européen de protection des données personnelles

### 1.1. La réforme de la protection des données

Proposée par la Commission européenne en janvier 2012 (voir IP/12/46), la réforme de la protection des données a abouti en avril 2016 avec l'adoption du règlement général sur la protection des données<sup>207</sup> ainsi que de la directive relative à la protection des données à caractère personnel traitées par la police et les autorités judiciaires pénales<sup>208</sup>.

Ce nouveau cadre juridique offre désormais une législation uniforme et actualisée en matière de protection des données, afin de garantir le droit fondamental des personnes à la protection de leurs données personnelles, permettre le développement de l'économie numérique et améliorer la lutte contre la criminalité et le terrorisme.

### 1.2. Le groupe de travail « article 29 » (G29) sur la protection des données

Le groupe de travail sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, dénommé « groupe de travail article 29 », a été institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 afin de veiller au traitement des données à caractère personnel.

Ce groupe de travail, qui a un caractère consultatif et indépendant, a pour mission :

- i) d'examiner toute question portant sur la mise en œuvre des dispositions nationales prises en application de la directive, en vue de contribuer à leur mise en œuvre homogène ;
- ii) de donner à la Commission un avis sur le niveau de protection dans la Communauté et dans les pays tiers ;
- iii) de conseiller la Commission sur tout projet de modification de la directive, sur tout projet de mesures additionnelles ou spécifiques à prendre pour sauvegarder les droits et libertés des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, ainsi que sur tout autre projet de mesures communautaires ayant une incidence sur ces droits et libertés ;
- iv) de donner un avis sur les codes de conduite élaborés au niveau communautaire.

---

207 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

208 Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données.

### 1.3. Les accords internationaux pour le transfert des données personnelles avec les États-Unis

En 2000, le Département du commerce du gouvernement américain et la Commission européenne ont conclu un accord (dénommé « *Safe Harbor* »), autorisant le transfert des données personnelles de l'Union européenne vers les États-Unis, conformément à l'article 25 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 sur la base du constat que les États-Unis pouvaient garantir un « *niveau de protection adéquat* »<sup>209</sup>.

Cet accord visait à protéger le transfert entre l'Union et les États-Unis de données à caractère personnel, énumérant une liste de conditions que toute entreprise établie aux États-Unis devait respecter pour pouvoir recevoir de telles données.

Dans son arrêt *Schrems* du 6 octobre 2016, cependant, la décision de la Commission a été invalidée par la Cour de justice de l'Union européenne, qui a considéré que l'étendue de la surveillance de masse aux États-Unis ainsi que les recours judiciaires limités pour les citoyens européens compromettent l'essence du droit fondamental au respect de la vie privée.

Les États-Unis et la Commission européenne ont annoncé le 1<sup>er</sup> février 2016 la conclusion d'un nouvel accord (« *Privacy Shield* »), censé renforcer la protection des données personnelles, qui a fait l'objet d'une décision d'adéquation de la Commission européenne le 12 juillet 2016<sup>210</sup>, bien que le G29 ait émis un avis réservé<sup>211</sup>.

## 2. Éléments de jurisprudence

### 2.1. Cour de Justice de l'Union européenne

#### - CJUE, aff. C-362/14, 6 octobre 2015, *Maximillian Schrems contre Data Protection Commissioner*

La Cour de Justice de l'Union juge invalide la décision 520/2000 de la Commission du 20 juillet 2000, constatant que les États-Unis assurent un niveau de protection adéquat aux données à caractère personnel transférées. La Cour relève, plus précisément, que la Commission n'a pas opéré un tel constat, mais qu'elle s'est bornée à examiner le régime de la sphère de sécurité. Elle considère, notamment, que le régime américain rend possible des ingérences par les autorités publiques américaines dans les droits fondamentaux des personnes, mais que la décision de la Commission ne fait état ni de l'existence de règles destinées à limiter ces éventuelles ingérences ni de l'existence d'une protection juridique efficace contre ces ingérences.

Ainsi, tout en se réservant la compétence exclusive pour déclarer l'invalidité d'un acte de l'Union, la CJUE affirme que les autorités nationales de contrôle, saisies

209 V. la décision 2000/520/CE de la Commission du 26 juillet 2000.

210 Décision prise en application de l'article 25 (2) de la directive 95/46/CE et reconnaissant au mécanisme du *Privacy Shield* un niveau de protection « essentiellement équivalent » aux exigences européennes.

211 Avis WP 238 rendu le 13 avril 2016.





d'une demande, peuvent examiner elles mêmes - en dépit de la décision de la Commission - si le transfert des données d'une personne vers ce pays respecte les exigences de la législation de l'Union relative à la protection de ces données. Elles peuvent, également, saisir les juridictions nationales, au même titre que la personne concernée, afin qu'elles procèdent à un renvoi préjudiciel aux fins de l'examen de la validité de cette décision.

Paragraphe 66 : « (...) l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46, lu à la lumière des articles 7, 8 et 47 de la Charte, doit être interprété en ce sens qu'une décision adoptée au titre de cette disposition, telle que la décision 2000/520, par laquelle la Commission constate qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat, ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité de contrôle d'un État membre, au sens de l'article 28 de cette directive, examine la demande d'une personne relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel la concernant qui ont été transférées depuis un État membre vers ce pays tiers, lorsque cette personne fait valoir que le droit et les pratiques en vigueur dans celui-ci n'assurent pas un niveau de protection adéquat ».

Paragraphe 78 : « (...) il convient de constater que, compte tenu, d'une part, du rôle important que joue la protection des données à caractère personnel au regard du droit fondamental au respect de la vie privée et, d'autre part, du nombre important de personnes dont les droits fondamentaux sont susceptibles d'être violés en cas de transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat, le pouvoir d'appréciation de la Commission quant au caractère adéquat du niveau de protection assuré par un pays tiers s'avère réduit, de sorte qu'il convient de procéder à un contrôle strict des exigences découlant de l'article 25 de la directive 95/46, lu à la lumière de la Charte (voir, par analogie, arrêt *Digital Rights Ireland e.a.*, C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, points 47 et 48) ».

Paragraphe 96 : « Ainsi qu'il a été constaté notamment aux points 71, 73 et 74 du présent arrêt, l'adoption par la Commission d'une décision au titre de l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46 exige la constatation dûment motivée, de la part de cette institution, que le pays tiers concerné assure effectivement, en raison de sa législation interne ou de ses engagements internationaux, un niveau de protection des droits fondamentaux substantiellement équivalent à celui garanti dans l'ordre juridique de l'Union, tel qu'il ressort notamment des points précédents du présent arrêt ».

Paragraphe 97 : « Or, il y a lieu de relever que la Commission n'a pas fait état, dans la décision 2000/520, de ce que les États-Unis d'Amérique « assurent » effectivement un niveau de protection adéquat en raison de leur législation interne ou de leurs engagements internationaux ».

Paragraphe 98 : « Par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les principes de la sphère de sécurité quant à leur contenu, il convient de conclure que l'article 1<sup>er</sup> de cette décision méconnaît les exigences fixées à l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46, lu à la lumière de la Charte, et qu'il est de ce fait invalide ».



**- CJUE, Gde ch., aff. C-131/12, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia española de protección de datos (AEPD)***

Selon la CJUE, l'article 4 de la directive 95/46/CE, relatif au champ d'application territorial, énonce que chaque État membre applique les dispositions nationales aux traitements de données personnelles lorsque le traitement est effectué « *dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre* » (paragraphe 3). *Google* est donc tenu responsable pour son activité de traitement des données personnelles par le biais de son établissement espagnol et sur le fondement du droit espagnol, quand bien même le traitement est réalisé par *Google Inc.*, dont le siège social est situé aux États-Unis.

Paragraphe 60 : « (...) *l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens qu'un traitement de données à caractère personnel est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable de ce traitement sur le territoire d'un État membre, au sens de cette disposition, lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche crée dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur et dont l'activité vise les habitants de cet État membre* ».

Paragraphe 88 : « (...) *Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la deuxième question, sous c) et d), que les articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 doivent être interprétés en ce sens que, afin de respecter les droits prévus à ces dispositions et pour autant que les conditions prévues par celles-ci sont effectivement satisfaites, l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, également dans l'hypothèse où ce nom ou ces informations ne sont pas effacés préalablement ou simultanément de ces pages web, et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite* ».

**- CJUE, Gde ch., aff. C-293/12, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources e. a.*, et aff. C-594/12 *Kärntner Landesregierung***

La CJUE affirme que la protection du droit fondamental au respect de la vie privée au niveau de l'Union exige que les dérogations à la protection des données à caractère personnel et les limitations de celle-ci s'opèrent dans les limites du strict nécessaire. Sur ce fondement, elle déclare invalide la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, considérant qu'elle excède les limites imposées par le respect du principe de proportionnalité au regard des articles 7, 8 et 52, paragraphe 1, de la Charte.



Paragraphe 57 : « À cet égard, il importe de constater, en premier lieu, que la directive 2006/24 couvre de manière généralisée toute personne et tous les moyens de communication électronique ainsi que l'ensemble des données relatives au trafic sans qu'aucune différenciation, limitation ni exception soient opérées en fonction de l'objectif de lutte contre les infractions graves ».

Paragraphe 60 : « En deuxième lieu, à cette absence générale de limites s'ajoute le fait que la directive 2006/24 ne prévoit aucun critère objectif permettant de délimiter l'accès des autorités nationales compétentes aux données et leur utilisation ultérieure à des fins de prévention, de détection ou de poursuites pénales concernant des infractions pouvant, au regard de l'ampleur et de la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte, être considérées comme suffisamment graves pour justifier une telle ingérence. Au contraire, la directive 2006/24 se borne à renvoyer, à son article 1er, paragraphe 1, de manière générale aux infractions graves telles qu'elles sont définies par chaque État membre dans son droit interne ».

Paragraphe 63 : « En troisième lieu, s'agissant de la durée de conservation des données, la directive 2006/24 impose, à son article 6, la conservation de celles-ci pendant une période d'au moins six mois sans que soit opérée une quelconque distinction entre les catégories de données prévues à l'article 5 de cette directive en fonction de leur utilité éventuelle aux fins de l'objectif poursuivi ou selon les personnes concernées ».

Paragraphe 65 : « Il résulte de ce qui précède que la directive 2006/24 ne prévoit pas de règles claires et précises régissant la portée de l'ingérence dans les droits fondamentaux consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte. Force est donc de constater que cette directive comporte une ingérence dans ces droits fondamentaux d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans l'ordre juridique de l'Union sans qu'une telle ingérence soit précisément encadrée par des dispositions permettant de garantir qu'elle est effectivement limitée au strict nécessaire ».

Paragraphe 66 : « De surcroît, en ce qui concerne les règles visant la sécurité et la protection des données conservées par les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, il convient de constater que la directive 2006/24 ne prévoit pas des garanties suffisantes, telles que requises par l'article 8 de la Charte, permettant d'assurer une protection efficace des données conservées contre les risques d'abus ainsi que contre tout accès et toute utilisation illicites de ces données ».

## 2.2. Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, Gde ch., 16 juin 2015, *Delfi As contre Estonie*, n° 64569/09

Cette affaire est la première dans laquelle la Cour a été appelée à examiner un grief relatif à la responsabilité d'un portail d'actualités sur Internet en raison des commentaires laissés par les internautes sur celui-ci.



La société requérante, Delfi AS, qui exploitait à titre commercial un portail d'actualités, se plaignait que les juridictions nationales l'aient jugée responsable des commentaires injurieux laissés par ses visiteurs sous l'un de ses articles d'actualités en ligne, qui concernait une compagnie de navigation.

À la demande des avocats du propriétaire de la compagnie de navigation, Delfi avait retiré les commentaires injurieux environ six semaines après leur publication.

L'affaire concerne donc les devoirs et responsabilités des portails d'actualités sur Internet qui fournissent à des fins commerciales une plateforme destinée à la publication de commentaires émanant d'internautes sur des informations précédemment publiées. Or, il arrive que certains internautes, identifiés ou anonymes, déposent des propos clairement illicites portant atteinte aux droits de la personnalité de tiers. L'affaire Delfi ne concerne pas d'autres types de forums sur Internet, susceptibles de publier des commentaires provenant d'internautes, par exemple, les forums de discussion, les sites de diffusion électronique, ou encore les plateformes de médias sociaux.

La question que la grande chambre était appelée à trancher en l'espèce n'était pas de savoir s'il avait été porté atteinte à la liberté d'expression des auteurs des commentaires mais si le fait de juger Delfi responsable de ces commentaires déposés par des tiers avait porté atteinte à la liberté de l'intéressée de communiquer des informations.

La grande chambre juge que la décision des juridictions estoniennes de tenir Delfi pour responsable était justifiée et ne constituait pas une restriction disproportionnée du droit de l'intéressée à la liberté d'expression. La grande chambre a tenu compte du caractère extrême des commentaires en cause, du fait qu'ils avaient été laissés en réaction à un article publié par Delfi sur un portail d'actualités que celle-ci exploitait à titre professionnel dans le cadre d'une activité commerciale, de l'insuffisance des mesures prises par Delfi pour retirer sans délai après leur publication les commentaires injurieux, ainsi que du caractère modéré de la somme (320 euros) que Delfi avait été condamnée à payer.



# Biographie des intervenants

---

Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence

## Modérateur

### Jean Massot

*Président de section (h) au Conseil d'État*

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et docteur ès sciences économiques, Jean Massot est un ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA, promotion Saint-Just). Président de la section des finances du Conseil d'État de 1996 à 2001, Jean Massot a eu une longue carrière dans les formations contentieuses de ce corps occupant les fonctions de rapporteur, de commissaire du Gouvernement et de président de sous-section. À l'extérieur du Conseil d'État, Jean Massot a été conseiller juridique de 1968 à 1969 du Centre national d'études spatiales dont il a été le directeur de 1969 à 1972 avant d'être nommé directeur des études de l'Institut international d'administration publique de 1972 à 1975. Directeur de la population et des migrations au ministère des affaires sociales de 1983 à 1985, et directeur du cabinet du garde des sceaux (1998), il a présidé la Commission des recours des réfugiés (CRR) de 2002 à 2005. Jean Massot a été membre de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) de 2005 à 2014 et membre titulaire de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) de 2006 à 2015 en qualité de personnalité qualifiée en matière de protection des données à caractère personnel. Il est l'auteur de nombreux ouvrages de droit constitutionnel et de droit administratif.

## Intervenants

### Antoine Garapon

*Inspecteur général adjoint des services judiciaires, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice*

Antoine Garapon est magistrat, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice, après avoir été juge des enfants pendant plusieurs années. Co-directeur de la rédaction de la revue *Esprit*, il dirige la collection « Bien commun » aux éditions Michalon et anime une émission hebdomadaire sur *France culture*. Antoine Garapon est l'auteur de nombreux ouvrages, dont *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice* (éd. Odile Jacob, 2010) ; en direction avec Pierre Servan-Schreiber, *Deals de justice. L'économie américaine de l'obéissance mondialisée* (éd. PUF, 2013) ; *La Prudence et l'autorité. Juges et procureurs du XXI<sup>e</sup> siècle*, avec Sylvie Perdrille et Boris Bernabé (éd. Odile Jacob, 2014) ; ou *Démocraties sous stress. Le défi du terrorisme global*, avec Michel Rosenfeld (éd. PUF, 2016).



**Édouard Geffray**

*Secrétaire général de la CNIL*

Ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA, promotion Romain Gary), Édouard Geffray est diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et titulaire d'une maîtrise d'histoire. Édouard Geffray est Secrétaire général de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) depuis 2012. Il a été précédemment directeur des affaires juridiques, internationales et de l'expertise de la CNIL. Maître des requêtes au Conseil d'État, il a été successivement rapporteur à la dixième sous-section du contentieux du Conseil d'État de 2005 à 2008, responsable du centre de recherches et de documentation juridiques (CRDJ) en 2008, et rapporteur public à la troisième sous-section du contentieux de décembre 2008 à janvier 2012.

**Manuel Ponte Fernández**

*Magistrat au Cabinet de la Chambre du contentieux administratif du Tribunal suprême espagnol*

Manuel Ponte Fernández est magistrat au Cabinet de la Chambre du contentieux administratif du Tribunal suprême depuis 2016. Il est diplômé en droit de l'université Complutense de Madrid. Il a été juge de première instance et d'instruction de 1999 à 2005 à Marín (Pontevedra), à Icod de los Vinos (Tenerife) et à Ceuta, avant d'être nommé magistrat de la Chambre du contentieux administratif du Tribunal supérieur d'Andalousie à Grenade de 2005 à 2009. Nommé, en 2009, magistrat de l'Audience nationale il a, en tant que magistrat du Tribunal contentieux administratif n° 11 de l'Audience, participé à l'implantation de la procédure numérique à l'audience. Manuel Ponte Fernández est l'auteur de plusieurs articles publiés dans les cahiers de la formation du Conseil général du pouvoir judiciaire. Il a également été professeur associé à la faculté de droit de l'université de Grenade.



# Actes – L'a-territorialité du droit à l'ère numérique

---

**Jean Massot**

*président de section (h) au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

J'adresse mes très vifs remerciements aux organisateurs, qui ont fait appel à un ancien membre de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) dont le mandat, d'un peu moins de dix ans, s'est terminé par une décision sanctionnant la politique de confidentialité de la firme Google, dans une affaire où la question du champ d'application territorial de la loi française était âprement discutée<sup>212</sup>.

Quelques mots de rappel historique : la loi du 6 janvier 1978 dite « *informatique et libertés* »<sup>213</sup> ne contenait rien sur le champ d'application territorial. La directive 95/46/CE du 24 octobre 1995<sup>214</sup> établit le double critère de l'établissement et des moyens de traitement, et la loi de transposition du 6 août 2004 reprend fidèlement ce double critère. Le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016<sup>215</sup> y substitue un triple critère : établissement, offre de biens ou de services à des personnes concernées dans l'Union, ou suivi du comportement de ces personnes dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu dans l'Union.

Cela ne veut pas dire que les législateurs nationaux ne conservent aucune marge de manœuvre : ce colloque a lieu au moment même où le Parlement français a mis la dernière main à un projet de loi dénommée « *pour une République numérique* »<sup>216</sup>, dont l'intitulé-même manifeste l'exercice d'une certaine souveraineté.

La question qui nous est posée est donc de savoir si cette territorialité a encore un sens face à la montée des techniques de plus en plus a-territoriales, comme leur nom l'indique, qu'il s'agisse du « *cloud* » ou, plus subtilement, des « *blockchains* » et des « *smart contracts* » qui génèrent un droit échappant à toute intervention des autorités publiques.

Pour y répondre, j'ai l'honneur et le plaisir d'accueillir trois orateurs venus d'horizons très différents.

---

212 Commission nationale de l'informatique et des libertés, délibération de la formation restreinte n° 2016-054 du 10 mars 2016 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société *Google Inc.*

213 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

214 Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

215 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

216 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

Un magistrat de l'ordre judiciaire français, Antoine Garapon, qui est aussi secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice, co-directeur de la revue *Esprit* et auteur de nombreux ouvrages de réflexion sur l'évolution du droit à l'heure de la mondialisation. Il lui reviendra, tout naturellement, de nous faire partager ses lumières sur les enjeux juridiques des plus récentes techniques « *a-territoriales* » dans des domaines très variés, allant du droit fiscal à l'exercice des professions juridiques ou juridictionnelles.

Un magistrat de l'ordre administratif français, mon collègue et ami Édouard Geffray, ancien responsable du centre de recherches et de diffusion juridiques (CRDJ) et ancien rapporteur public (fonction anciennement dénommée « commissaire du Gouvernement »), présent à ce colloque parce qu'il est, depuis 2012, secrétaire général de la CNIL et qu'il a, à ce titre, suivi de près les affrontements entre grands systèmes juridiques pour répondre aux défis de la « déterritorialisation » du traitement des données personnelles ; c'est donc une comparaison entre les réponses de « *Common Law* » et de droit romano-germanique que nous attendons de lui.

Le troisième orateur est également un magistrat de l'ordre administratif, mais venu de l'autre côté des Pyrénées : M. Manuel Ponte Fernandez qui travaille actuellement au cabinet de la Chambre du contentieux administratif du Tribunal suprême. C'est donc vers lui que nous nous tournons pour nous exposer le plus éclatant cas concret de l'application du droit européen à une entreprise multinationale, la célèbre affaire *Google Spain* jugée le 13 mai 2014 par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>217</sup>.

Je donne la parole au premier orateur, M. Garapon.

---

### **Antoine Garapon**

*inspecteur général adjoint des services judiciaires,  
secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice*

Merci beaucoup M. le président. Ce que je vais faire est un peu audacieux : je vais évoquer une technologie qui n'est pas arrivée à maturité, mais à laquelle on attribue déjà beaucoup de changements. L'on dit même qu'après la révolution des ordinateurs individuels des années 1970, et celle de l'Internet dans les années 1990, la prochaine révolution a pour nom la « chaîne des blocs » (en anglais, « *blockchain* »).

Il s'agit d'une technique de stockage et de transmission d'informations transparentes, sécurisées et, surtout, qui ne nécessite aucun organe de contrôle. Elle est infalsifiable et permet d'obtenir une fiabilité qu'aucune institution humaine, *a fortiori* politique, ne peut atteindre. C'est un système d'organisation et d'échanges d'informations qui se passe de tout tiers de confiance. Cela est important pour nous autres, juristes. Je serais bien en peine de vous expliquer les aspects techniques de la « *blockchain* », mais l'on n'est pas obligé de connaître

---

<sup>217</sup> CJUE, Gde ch., aff. C-131/12, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*.





le fonctionnement d'un moteur pour apprendre à conduire. Plus modestement, je vais essayer d'en comprendre les défis, et d'en tirer les conséquences pour les juristes.

Cette technique est constituée de ce que l'on appelle les contrats intelligents (en anglais, « *smart contracts* »). Ce sont des programmations qui possèdent une simple existence cryptographique et algorithmique non écrite. Leur réalisation dépend des objets connectés ou de causes externes, intégrés *via* le numérique, qui interagissent avec le monde réel. Par exemple, l'arrivée d'une voiture géo-localisée au domicile de l'acheteur entraîne le transfert du montant de la transaction sur le compte du vendeur. Cette technique est très liée à celle du « *bitcoin* » ou devise numérique. Ces contrats intelligents concernent un nombre remarquable de domaines, ainsi que des organisations autonomes décentralisées (OAD)<sup>218</sup>, qui peuvent relever aussi bien de la politique, du secteur privé que de la banque ou des activités étatiques. C'est pourquoi, je pense qu'avec cette technologie nous allons passer à une étape majeure dans l'avènement de la société numérique.

Vous avez sans doute appris, par la presse, l'existence d'une fraude très importante sur la plate-forme Ethereum<sup>219</sup> – le quotidien *Le Monde* s'en faisait récemment l'écho<sup>220</sup> –, et le fait que ce projet n'était pas très au point – il est en effet en expérimentation réelle, notamment en matière de transactions financières électroniques. Ethereum conduit le droit et la technologie à franchir une étape majeure dans leurs rapports. Grâce à la technique du « *blockchain* », l'on peut penser faire vivre de véritables organisations « post-politiques » entièrement numériques. Pourquoi post-politiques ? Parce que l'on va retrouver dans leur fonctionnement les principales caractéristiques de la vie politique, à commencer par la publicité : les codes sont « *open source* », ce qui signifie que chacun peut vérifier le fonctionnement de ces OAD. Une partie des clefs de cryptage sont privées. Les décisions sont validées quand 51 % de la capacité de calcul des ordinateurs a ratifié une transaction, lesquelles transactions sont validées toutes les dix minutes. Une prime assez conséquente va à celui qui, parmi les quelque cinq mille ou six mille ordinateurs dans le monde ou équipes de recherches, aura validé l'opération. C'est la raison pour laquelle une telle approche est infalsifiable et irrévocable. L'on voit aussi l'importance de la participation de tous ces ordinateurs et de véritables organisations qui peuvent se démultiplier à l'infini en gardant la mémoire de toutes les opérations antérieures.

Avec ces organisations décentralisées, je crois que l'on arrive à un stade de suppression des intermédiaires beaucoup plus poussé qu'avec l'Internet actuel. Aussi, pour qualifier ce changement de paradigme, j'emploierai le mot d'« *hétérotopie* », car la question est moins celle de l'a-territorialité, qui passe encore par des plates-formes traditionnelles, que celle de l'hétérotopie, c'est-à-dire

218 Fonctionnant selon des règles inscrites dans la « *blockchain* » grâce à un programme informatique, sans organe central de contrôle.

219 Ethereum met en place une chaîne de blocs (ou « *blockchain* ») permettant à ses utilisateurs de conclure des contrats intelligents (ou « *smart contracts* ») et utilise une monnaie électronique spécifique comme moyen de paiement, les *ethereums*.

220 V. par exemple « Après un "cyber-casse", la technologie *blockchain* se cherche un avenir », 26 septembre 2016, *Le Monde.fr* ([http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/09/26/apres-un-cyber-casse-la-technologie-blockchain-se-cherche-un-avenir\\_5003434\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/09/26/apres-un-cyber-casse-la-technologie-blockchain-se-cherche-un-avenir_5003434_3234.html))



des lieux totalement autonomes qui ne subissent plus l'emprise des plates-formes ou des géants du numérique que sont les « GAFA » (*Google, Apple, Facebook et Amazon*). J'emprunte le mot d'hétérotopie au philosophe Michel Foucault<sup>221</sup> dans le sens où ces lieux sont véritablement « autres », voire « plus autres » que ne le sont les plates-formes aujourd'hui. Ces organisations décentralisées sont différentes, et ce qui perturbe les juristes que nous sommes, est le fait que le tiers de confiance n'est plus un tiers public ; il n'est plus externe ; il est le système lui-même. L'on assiste ainsi à une sorte de fusion entre la formulation d'un contrat et son exécution. C'est la même formule mathématique qui, grâce à cette cryptologie asymétrique, va permettre d'être immédiatement et parfaitement exécutée, sans recours possible et d'une manière qui sera ratifiée avec une capacité d'adaptation et d'extension extraordinaire.

En d'autres termes, par rapport au public externe et par rapport au tiers public qu'est l'institution, la force des « *blockchains* » est que celles-ci n'ont pas besoin de requérir une confiance politique ou une confiance assise sur l'histoire ou l'appartenance à un peuple, parce que cette confiance est directement encodée dans une formule mathématique et qu'elle se porte sur la technique et la science, et non plus sur une organisation politique. À cet égard, je vous renvoie à certains ouvrages récents sur ce sujet qui montrent que ces OAD répondent à une idéologie libertaire très californienne, promettant l'autonomie totale, non seulement au sujet, mais aussi à un groupe de sujets, qui peuvent ainsi définir eux-mêmes leurs propres règles de vie<sup>222</sup>.

Cela signifie que la formulation et l'exécution sont confondues. Il n'y a pas cette distance entre la formulation d'un droit, sa revendication et sa garantie par un tiers public. Ces trois éléments sont « fondus » par la science ; « fondu » parce que l'on pourrait dire que l'on est passé du tiers public externe reconnu politiquement par tous, comme l'est un juge, ou un notaire, ou une autorité politique, au tiers inclus d'Internet et au tiers « fondu » dans la technique du « *blockchain* ».

Dans la littérature américaine, laquelle est la seule disponible actuellement, l'on est confronté à une sorte de radicalité technique. Je n'ai pas le temps dans le délai qui m'est imparti de justifier ce terme de « radicalité », mais il signifie que la technique va rapprocher la réalité de la relation contractuelle avec l'abstraction d'une formule mathématique. Il n'existe plus de distance entre la réalité des relations et leur formulation. L'on découvre *a contrario*, en étudiant les « *blockchains* », tout ce qui disparaît, qui s'échappe avec cette troisième étape des rapports entre le droit et la technologie. Inutile de dire que cette technique du « *blockchain* », que l'on va retrouver aussi bien dans le secteur de la santé, ou de la gestion des ressources humaines, en matière financière ou boursière, pose de nombreux défis juridiques.

221 Michel Foucault (1926-1984), « Des espaces autres », conférence au Cercle d'études architecturales, 14 mars 1967, in *Architecture, Mouvement, Continuité*, n° 5, octobre 1984, pp. 46-49 ; dans *Dits et écrits*, vol. 4, Paris, éd. Gallimard, 1994. L'hétérotopie renvoie à des lieux, à l'intérieur d'une société, qui obéissent à des règles qui sont autres.

222 V. notamment : Blockchain France (collectif), *La blockchain décryptée - les clefs d'une révolution*, éd. Netexplo, Paris, 2016 ; Vilotte J.-F., Verbiest Th., Jean-Marie O., Geiben D., *Bitcoin et Blockchain : Vers un nouveau paradigme de la confiance numérique ?*, éd. Revue Banque, Paris, 2016 ; Tapscott D., Tapscott A., *Blockchain Revolution : How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World*, éd. Penguin, New-York, 2016.



Le premier défi juridique est un profond bouleversement de la souveraineté. Tout d'abord, par un risque d'appauvrissement économique en raison de la disparition d'une base fiscale. Comme ces opérations passent par une devise numérique, elles sont absolument hors de portée des autorités publiques, et n'offrent plus de recette fiscale à l'État.

Le second défi majeur, révélé par l'affaire d'Apple contre le FBI<sup>223</sup>, concerne la guerre de la cryptologie des données. Dans ce contexte, la question est de savoir si les OAD ne risqueraient pas de faire le jeu des entreprises hostiles à la République, comme les organisations terroristes ou mafieuses, parce qu'elles seront inaccessibles. Cette radicalité de la technique fait qu'aujourd'hui, il s'agit d'un sujet extrêmement polémique. Ainsi, l'on découvre que la cryptologie est, à la fois, une excellente garantie de la liberté, et une ennemie de la liberté. Dans ce contexte, comment trouver un moyen terme, lorsque l'on est dans une hétérogénéité aussi grande entre la technique et la vie politique concrète ? Cela constitue un risque majeur pour la souveraineté et pour le privatiste que je suis. L'on se rend compte que tout le vocabulaire du droit privé, du droit tout court même, est totalement modifié, transformé, par les « *blockchains* » :

- la notion de *contrat* qui est pensée depuis le début comme « *tout dans le contrat n'est pas contractuel* », selon la formule célèbre de Durkheim<sup>224</sup>. Finalement, le contrat est bien sûr infalsifiable, irrévocable et exécutable ; il se réalise tout seul par les voies de la technique, mais est-ce encore un contrat ?

- le *droit de propriété* également, car il n'existe plus aucune distinction entre l'objet de droit et la nomination par le droit. Dans le « *blockchain* », la formule mathématique, le code, c'est le droit et sa réalisation. L'on voit en droit boursier, en droit économique, cette grande difficulté d'arriver à faire correspondre ce qui se passe sur la « *blockchain* » avec les catégories classiques. Le législateur français, dans son ordonnance du 28 avril 2016<sup>225</sup> qui a créé les mini-bons qui sont liés à cette technologie du « *blockchain* », ne sait pas comment les nommer. Il parle de « titres », cela n'engage pas à grand-chose... Comment prouver une opération contractuelle ou une opération sur une « *blockchain* » et, surtout, est-elle opposable au tiers et selon quelles conditions ?

L'on se rend compte que la conception et l'utilisation d'une technologie n'est pas la même chose que l'exercice d'un droit de propriété sur une chose. Ce sont deux opérations différentes que l'on ne peut pas rabattre aussi facilement, d'autant que la technologie, dans certains cas, a une avance en raison de son effectivité et en raison de sa formalisation extrême par la « *blockchain* » et par la devise numérique. Cela constitue aussi une menace sur les prérogatives étatiques telles que la tenue de l'état civil des personnes ou du cadastre. La conjonction de *Google Map* ou d'une définition très précise du territoire avec la garantie des différents

---

223 Le FBI avait publiquement demandé à Apple de déverrouiller l'iPhone de l'un des auteurs de l'attentat de San Bernardino du 2 décembre 2015 (14 morts). Apple avait refusé cette requête « *sans précédent* ». Finalement, les enquêteurs ont réussi à accéder sans l'aide d'Apple au contenu dudit téléphone.

224 Durkheim David Émile (1858-1917), *De la division du travail social*, éd. PUF, Paris, 1998.

225 Ordonnance n° 2016-520 du 28 avril 2016 relative aux bons de caisse.



titres de propriété pourrait constituer une certification de la propriété immobilière extrêmement précise et incorruptible, puisqu'il n'y aurait encore une fois aucune intervention humaine ou très minimale.

Toutes les professions juridiques se préoccupent beaucoup de cette nouvelle technique en leur qualité de tiers de confiance, comme le sont les notaires, les officiers d'état civil, les avocats, les banques et, plus largement, tous les fonctionnaires publics qui, à terme, peuvent se voir concurrencer par les « *blockchains* ». Ma profession n'est, d'ailleurs, pas épargnée parce que, dans la littérature que l'on peut voir actuellement dans les universités américaines ou sur Internet, l'on ne peut pas imaginer ces contrats intelligents, ces formules, sans arbitre – mais qui ne sera pas véritablement un tiers. Cet arbitre ne peut pas être un juge du monde des institutions, car celui-ci a failli. L'on va donc rechercher des oracles.

L'on remarque qu'au point de vue lexicographique, dans toutes ces innovations, les mots les plus modernes font référence à des notions très ancienne. L'on connaît par exemple un rapprochement à faire évident entre la formule des actions de la loi de l'ancien droit romain, et la formule mathématique ou la formule de la « *blockchain* ». Dans les formules du droit romain, la loi était la formule que l'on prononçait rituellement et qui était censée réaliser, en même temps, le droit.

L'idée, aujourd'hui, est de créer cent, deux cents ou trois cents oracles qui seront des ordinateurs répartis dans tous les endroits du monde et qui répondront aux mêmes critères de légitimité, parce que leur légitimité se fondera sur leur traçabilité par tous les utilisateurs de la « *blockchain* » : traçabilité sur les décisions qu'ils ont rendues, sur leur expertise, sur leur participation dans les jeunes pousses (en anglais, « *start up* »), base de tous les conflits tranchés précédemment pour leur accorder le titre de super arbitres ou d'oracles.

En conclusion, quelle est la stratégie pour le droit ? Tout cela se trouve mis au conditionnel : des communautés, les « *Digital Common Laws* », c'est-à-dire des coutumes juridiques établies par la pratique des « *blockchains* » vont se multiplier, parce qu'il sera possible pour n'importe quel groupe humain, à condition qu'il ne soit pas lié par des liens matériels comme des liens de sang ou des liens d'amitié, de constituer une chaîne, un groupe, une OAD.

Dans ce contexte, comment le droit peut-il réagir ?

Il existe des opérations qui peuvent être réalisées par une « *blockchain* » : les contrats qui reflètent ou qui possèdent un point de connexion avec le monde réel, où la transaction a un retour sur une monnaie nationale, ou sur une transaction réelle au sens commun et non juridique, sur laquelle les autorités pourront agir ; mais, en revanche, les contrats « cryptés » seront absolument inaccessibles à toute régulation nationale.



La réaction du législateur peut être de prendre des mesures autoritaires, ou de police pour se protéger. C'est un débat actuellement vif, comme on a pu le voir dans la campagne présidentielle américaine, sur les réactions les plus appropriées à tenir face au terrorisme ; sans même parler du *Darknet*<sup>226</sup> ou de la cryptologie qui représentent d'autres enjeux extrêmement importants. Face à cela, il est nécessaire de mettre en place une stratégie, notamment pour un pays comme la France, puissance moyenne au sein de l'Union européenne.

Dans ce contexte, sauf cas extrême, les réactions autoritaires ne constituent pas, selon moi, la voie à suivre. Il me semble beaucoup plus intéressant de réfléchir à ce que pourrait être un écosystème favorable à reconnaître et à promouvoir la technologie « *blockchain* », en (im)posant le législateur national comme le certificateur en dernier ressort ; et ainsi trouver des alliances ; ce qui est d'ailleurs la stratégie que l'on retrouve dans beaucoup de contrats passés *de facto* entre les Gafa et le législateur américain. L'on ne se trouve plus du tout dans un rapport souverain, mais dans un rapport d'une souveraineté partagée.

Tout le monde est à la recherche d'un nouveau paradigme juridique : comment mettre en forme ces accords au jour le jour, en fonction des défis qui seront posés par les « *blockchains* » ? Cela constituera peut-être un nouveau *corpus* juridique, ou une nouvelle doctrine ?

Mais puisque je suis au Conseil d'État, je plaiderais pour la solution, adoptée par l'État du Vermont aux États-Unis, qui a produit une étude anticipant de deux ans cette technologie, le temps que l'introduction de la « *blockchain* » devienne effective<sup>227</sup>.

Dans ce contexte, pourquoi ne pas anticiper ?

C'est le mot clé, car pour les autorités publiques, pour les juristes, pour les universités et pour toutes les instances, il faut anticiper. Anticiper de façon à ne pas avoir, sans cesse, ce « coup de retard » qui ne nous permet plus d'être un modèle aux yeux du monde, et n'offre pas la sérénité et la distance nécessaires à une réflexion et à une implantation fructueuses des évolutions technologiques qui révolutionnent nos sociétés.

---

**Jean Massot**  
*président de section (h) au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci beaucoup. Je me tourne vers les deux autres orateurs pour connaître leurs réactions au sujet de l'intervention de M. Garapon.

---

226 L'Internet profond (ou obscur) rassemble une collection de pages non indexées introuvables via les moteurs de recherche classiques.

227 Hansen J., *Blockchain in Vermont : A Primer*, octobre 2015. Étude présentée au *Vermont Blockchain Study Committee* le 29 septembre 2015.



---

**Manuel Ponte Fernández**

*membre de la troisième chambre du Tribunal suprême espagnol*

Je dois avouer que j'éprouve encore quelque difficulté à comprendre ce qu'est la « *blockchain* ». S'agit-il d'une technologie attachée au contrat ? Le contrat est-il différent de la technologie ? Est-ce un contrat « analogique »<sup>228</sup> qui évoluerait selon certaines logiques « numériques »<sup>229</sup> ? Par ailleurs, étant donné que l'application de ce contrat serait plutôt d'obtenir une garantie rapide d'exécution, il me semble, en réalité, qu'il n'y a là rien de bien nouveau, car il existe déjà de tels éléments informatisés comme la caution, le crédit immobilier, ou la lettre de change.

---

**Antoine Garapon**

*inspecteur général adjoint des services judiciaires,  
secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice*

Il est vrai que c'est une technique très complexe. Mais il ne s'agit pas d'un contrat analogique. La garantie de ce protocole est l'exécution automatique du contrat sans intervention humaine. Cette exécution est validée et garantie de deux manières : dans l'espace et dans le temps. Dans l'espace, elle est garantie par la reconnaissance simultanée et par une technique assez complexe de codification à créer, qui va mobiliser une énergie et une puissance de calculs considérables, bien supérieures à celles que l'on connaît dans d'autres domaines.

Dans le temps, la validation de cette opération va venir s'enchaîner à la suite de toutes les opérations antérieures. Donc, la technique de la « *blockchain* » est précisément une technique qui ne recourt ni à l'analogie, ni à l'intervention d'un tiers. Elle est absolument autonome, et c'est bien cela qui est perturbant. Mais l'essentiel de cette « pensée » se trouve dans le domaine économique, en raison du risque de volatilité extraordinaire que l'on a vis-à-vis d'un système d'échanges qu'en quelque sorte l'on ne peut ni contrôler, ni réguler.

---

**Jean Massot**

*président de section (h) au Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Certes, mais comment, pour prolonger la question de M. Ponte Fernández, se matérialise l'adhésion à la « *blockchain* » ? S'agit-il d'un acte contractuel ?

---

228 Selon le Larousse, se dit de systèmes, dispositifs, ou procédés qui représentent, traitent, ou transmettent des données sous la forme de variations continues d'une grandeur physique, par opposition à numérique.

229 Selon le Larousse, se dit de la représentation d'informations ou de grandeurs physiques au moyen de caractères, tels que des chiffres, ou au moyen de signaux à valeurs discrètes, par opposition à analogique.



---

**Antoine Garapon**

*inspecteur général adjoint des services judiciaires,  
secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice*

L'adhésion à la « *blockchain* » se concrétise de deux manières : par une clé publique et par une clé privée. La clé publique est une formule cryptologique ouverte et la clé privée permet d'actionner et de rentrer dans une relation contractuelle depuis son adresse. Toute la force du système dépend de la combinaison de cette cryptologie asymétrique. Il est évident que les gens adhèrent volontairement à ce système. Dans la tête de ses promoteurs – et de ses zéloteurs, notamment libertariens –, cette adhésion sera plus enthousiaste et plus générale que l'adhésion politique à une association ou à une banque.

---

**Edouard Geffray**

*secrétaire général de la CNIL*

J'ai une question qui est en même temps un commentaire : en termes de certifications, l'on passe du « tout un » étatique au « tout multiple » individuel. Je m'explique : la souveraineté est de pouvoir d'abord authentifier ses ressortissants. Jusqu'à présent, c'était l'État qui authentifiait ses ressortissants. Aujourd'hui, l'on voit apparaître les questions d'identité numérique certifiées par des tiers. De sorte que l'on pourrait bientôt considérer que l'identifiant *Facebook* vaut presque plus, croisé avec de nombreuses autres données, pour certifier que je suis Édouard Geffray, que ma carte d'identité.

L'État souverain est celui qui « bat monnaie », or l'on voit apparaître des monnaies virtuelles comme le « *bitcoin* » ; monnaies virtuelles qui s'appuient en partie sur la « *blockchain* » justement pour certifier leur valeur. Puis, il y a l'État souverain qui applique son droit et protège ses résidents ; et qui est un sujet que nous évoquerons plus tard. Par rapport à tout cela, l'on perçoit bien la présence d'un enjeu « d'exercice des problématiques de puissance publique ». Ma question est donc celle-ci : faut-il, selon vous, maintenir le différentiel de degré de confiance et de degré de certitude qu'il y avait depuis toujours entre la puissance publique et « le reste du monde » quel qu'il soit, ou faut-il admettre qu'aujourd'hui l'univers numérique apporte d'autres gages de certification qui, le cas échéant, peuvent non pas disqualifier mais abondamment concurrencer ce qui, jusqu'à présent, était le monopole de la puissance publique ?

---

**Antoine Garapon**

*inspecteur général adjoint des services judiciaires,  
secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice*

Mon sentiment est qu'il faut se garder de rejeter cette technique avec superbe, comme sont tentés de le faire certains États, et d'essayer de l'opposer à la puissance publique. La faiblesse de cette technique est ce qui en fait, apparemment, la force. Mais en apparence seulement. C'est-à-dire qu'il s'agit de la force de



l'automaticité, de la radicalité. Je ne suis pas sûr que tout le monde se réjouisse d'une exécution immédiate, infalsifiable et irrévocable d'un contrat. Ce n'est pas du tout l'expérience humaine que nous avons ici, où la vie sociale, la vie politique, sont faites de compromis, de deuxièmes tours, de revoyure, etc.

J'imagine bien qu'après une phase de séduction – comme avec toutes les technologies nouvelles – l'on va découvrir le monde quelque peu glacial que réserveront ces techniques. De là, l'intérêt de penser l'intégration, par exemple : pour le cadastre, pour la propriété, pour les contrats en matière bancaire, en matière de santé, en matière de dépistage, etc., en raison de cette certification beaucoup plus fiable que l'état civil. L'on pourra en tirer énormément de bénéfices. Cela relève de la capacité de l'État à intégrer cette technique pour rester une entité politique, car je ne pense pas que l'on puisse se libérer de la politique.

---

**Jean Massot**

*président de section (h) au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci. Nous allons passer maintenant à notre second intervenant, et je retiens la question que j'avais sur les lèvres parce que je suis certain qu'il va y répondre : que devient la protection des données personnelles dans tout cela ? M. le secrétaire général, vous avez la parole.

---

**Édouard Geffray**

*secrétaire général de la CNIL*

Merci beaucoup M. le président. Je suis ravi de ces échanges, parce que la question qui est posée est absolument fondamentale pour la régulation du numérique. Lorsque l'on parle « d'a-territorialité du droit numérique » à l'ère numérique, l'on part du postulat que le numérique est a-territorial. Le numérique n'est pas a-territorial : il part toujours d'un territoire. L'on a toujours quelque part un établissement, qu'il s'agisse d'un garage ou d'une tour de cent étages, qui produit de la technique et qui, généralement, a vocation tantôt à s'abstraire de la technique pour construire un service qui se présente comme mondial (et s'abstrait donc des frontières), tantôt au contraire à rappeler que les frontières existent et les « redresser » : frontières fiscales, juridiques, pour précisément opposer autant de lignes de fronts à une éventuelle régulation globalisée. Et puis, à côté de ces acteurs qui appartiennent plutôt au secteur privé, l'on voit apparaître la même problématique pour les États : vous avez des appétits qui sont liés à un extraordinaire effet de propagation et de contagion que permet la déterritorialisation technique offerte par le numérique et qui conduit, par exemple, à des problématiques de type « surveillance de masse » tout simplement parce que, derrière, les frontières sont fondamentalement brouillées.

L'une des questions, dans la protection des données, est un cas d'école. C'est pour cette raison que j'axerai mon propos sur la protection des données, car je préfère parler de ce que je connais. Dans ce contexte, quelle est la portée territoriale de





la régulation d'un phénomène qui est, par nature, déterritorialisé ou, en tous cas, aspire à la déterritorialisation ?

J'aimerais commencer par un petit parallèle. Quand vous vous rendez sur Internet, vous naviguez ; vous allez regarder des vidéos en « *streaming* », parfois le « *cloud* » s'amoncèle au-dessus de votre tête, il peut même arriver que vous soyez « *hackés* » par des pirates – l'on n'a pas encore inventé l'équivalent des corsaires mais l'on n'en est pas loin : les corsaires respectent un droit, les pirates n'en respectent pas. Vous êtes donc pris dans des flux de données. Vous arrivez dans des ports ; parfois ces ports sont réputés « *safe* » comme le « *Safe Harbor* » jusqu'au jour où ce dernier est invalidé par la CJUE. Bref, vous empruntez un vocabulaire qui est fondamentalement celui de la mer. Et la mer, par définition et historiquement, est quelque chose qui reste *nullus* : c'est un espace qui ne se règle pas, qui n'appartient à personne ; c'est un espace qui ne se partage pas ; c'est un espace sur lequel, historiquement, l'on ne rend pas justice.

Comme pour la mer, le numérique conquiert les continents qu'il invente. L'on découvre que le numérique, comme la mer, est un continent que l'on conquiert au fur et à mesure de ses avancées, que l'on traverse, et dans lequel l'on se croise, l'on se bat, et l'on y introduit des règles. L'histoire du droit de la mer est l'histoire de l'a-territorialisation de l'espace maritime partiel ; c'est l'histoire des conflits de conceptions entre deux types d'approches au-delà de la déterritorialisation immédiate, du halo territorial qui entoure l'espace terrien (et la mentalité qui va avec). Pour résumer, l'on assiste à deux types de conceptions :

La première approche est celle du « droit des ports ». Si je tiens le port de départ, et si je tiens le port d'arrivée, je tiens ce qui se passe entre les deux, et je suis maître de l'espace maritime et j'y impose mon droit, quels que soient les bateaux et les personnes qui y naviguent.

La seconde approche est celle du « droit du navigateur », celui qui bat pavillon. L'on n'accoste pas n'importe comment un bateau qui bat pavillon, car il existe des règles pour cela, sachant qu'en outre le capitaine du navire est le seul maître à bord.

Si l'on reprend ces distinctions, et qu'on les applique aux approches extraterritoriales qui existent aujourd'hui en matière numérique, vous avez une « approche américaine » – qui certes n'est pas qu'américaine, mais tout le monde connaît les acteurs américains et a une idée de ce qui se passe en Amérique – que l'on pourrait qualifier d'approche de l'extraterritorialité par le droit des ports ou par le droit de l'eau. L'idée est qu'aux États-Unis la protection des données n'est pas un droit fondamental, il s'agit d'un droit qui va être activé à différentes occasions ; par exemple, vous n'avez pas de CNIL mais une direction américaine de la consommation et de la concurrence (la « *Federal Trade Commission* » ou FTC) seule compétente lorsque vous invoquez la méconnaissance de votre vie privée en tant que consommateur. Mais cela ne va pas être le seul organisme compétent. Au-delà de cette différence fondamentale par rapport au droit européen, vous avez une approche par la législation qui projette sur des acteurs étrangers des



règles extraterritoriales lorsqu'ils sont amenés à interagir avec les États-Unis. Non seulement, pour la partie sur laquelle ils interagissent aux États-Unis, mais parce qu'ils interagissent avec les États-Unis ils doivent également respecter un certain nombre de règles juridiques.

L'on en connaît un certain nombre : la loi Sarbanes-Oxley<sup>230</sup> qui fait suite aux scandales comptables et financiers d'*Enron*, de *Tyco International* ou de *WorldCom* ; le *FACTA*<sup>231</sup> qui oblige les banques à faire remonter à l'administration fiscale américaine des données à partir d'une présomption d'américanité, etc. L'on retrouve cette même logique pour ce qui concerne la surveillance de masse dénoncée par M. Snowden<sup>232</sup>. À partir du moment où certains acteurs maîtrisent les flux, ils peuvent se permettre de poser des sondes sur les câbles sous-marins pour éventuellement capter l'information.

Et puis, dans l'approche de ces acteurs économiques particuliers que sont les géants de l'Internet (les GAFAs), ceux-ci ont une double tentation entre, d'un côté, s'assurer une forme de déterritorialisation complète et, de l'autre côté, rapatrier la compétence auprès des seules juridictions américaines. Mais il n'y a pas que ces entreprises-là qui aient de telles visées. Pendant longtemps, l'on a dit qu'en matière de données personnelles, le droit européen ne s'appliquait pas, et que seul le droit américain s'appliquait sans se poser la question de l'éventuelle limitation en termes d'universalité dudit droit... jusqu'à l'arrêt *Google Spain* de 2014. Dans le même temps, l'on se demande si les frontières sont opposables à cet acteur particulier que sont les États-Unis ?

L'approche européenne est ce que je qualifierais d'approche par le droit du « navigateur », par le droit de la personne. Le cadre juridique actuel en matière de protection des données est celui-ci : la protection des données est un droit fondamental garanti par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, c'est un droit qui est attaché à chaque personne.

Ceci emporte deux conséquences majeures : i) le droit européen de la protection des données s'applique dès lors que le « responsable de traitement » qui détermine les finalités, les modalités du traitement, est établi en Europe sans considération de savoir de qui il traite les données, et où partent ces données. Il est établi en Europe et, en conséquence, il doit respecter le traitement des données selon le droit européen ; ii) les transferts internationaux de données sont encadrés en vertu d'un principe de « *bulle juridique* ». Ce qui signifie qu'il est interdit de transférer les données des Européens en dehors du territoire de l'Union européenne, sauf à créer une bulle juridique qui garantit un niveau de protection substantiellement équivalent quand elles partent à l'étranger.

230 Loi fédérale américaine adoptée en 2002, à la suite des scandales financiers d'*Enron* et de *Worldcom*, pour redonner confiance aux investisseurs, imposant à toutes les entreprises, qu'elles soient américaines ou non, cotées sur un marché aux États-Unis de présenter des comptes certifiés par leurs dirigeants à l'autorité américaine des marchés financiers.

231 Le *Foreign Account Tax Compliance Act* (FACTA) est une loi fédérale américaine adoptée en 2010 qui oblige les banques, partout dans le monde, à transmettre des informations à l'administration fiscale américaine concernant des contribuables de ce pays.

232 Edward J. Snowden est un informaticien américain, ancien employé de la *Central Intelligence Agency* (CIA) et de la *National Security Agency* (NSA), qui a révélé les détails de plusieurs programmes de surveillance de masse américains et britanniques. Il est actuellement réfugié en Russie.



Cela signifie que la protection attachée à la personne suit la donnée, que la donnée ne circulera jamais sans une protection substantiellement équivalente avec deux mécanismes :

1) Le mécanisme d'adéquation des pays ou d'adéquation des entreprises. C'est le propre du système américain de l'ancien « *Safe Harbor* » devenu « *Privacy Shield* » ou protection par des clauses contractuelles types, qui maintient le niveau de garantie européenne.

J'ouvre une parenthèse pour préciser que la CJUE a invalidé le « *Safe Harbor* » qui permettait de transférer des données vers les entreprises américaines parce que la Commission européenne n'avait pas vérifié deux points fondamentaux :

i) qu'il n'y avait pas de collecte massive et indifférenciée des données des résidents européens par des autorités publiques américaines, ce qui serait substantiellement contraire à l'équilibre des droits fondamentaux en Europe – parce que mon équilibre s'applique à ma donnée, et quand ma donnée part aux États-Unis, cet équilibre doit être respecté ;

ii) La Commission européenne n'avait pas vérifié que, dans l'hypothèse où les autorités publiques américaines accédaient aux données d'un résident européen, celui-ci disposait d'un droit au recours effectif.

2) Un mécanisme de bulle juridique à créer autour de la donnée. À partir de là, tout un ensemble de questions se posent. Une fois le principe en droit posé, encore faut-il pouvoir le faire vivre. Une question se pose actuellement, dont parlera sans doute M. Ponte Fernandez dans quelques minutes sur le déréférencement. Le déréférencement sur Internet est-il obtenu uniquement pour les terminaisons européennes ou sur l'ensemble du traitement, puisque l'on a, en tant qu'individu, un droit sur ce traitement ? C'est cela que la CNIL défend. D'autres acteurs économiques défendent un point de vue différent. Le débat reste ouvert.

J'aborderai deux derniers points à ce sujet :

- Le cadre juridique européen, dans le cadre de la directive actuelle, présente une faille qui va être résolue par le règlement européen qui a été adopté en avril 2016<sup>233</sup> et qui sera applicable en mai 2018. Comme je l'ai dit antérieurement, le droit européen s'applique, aujourd'hui, lorsque l'on a un établissement sur le territoire européen. Lorsqu'une entreprise est localisée ailleurs dans le monde et n'a pas d'établissement en Europe, ou de moyen de collecte en Europe, le droit européen ne s'applique pas. C'est une faille majeure en termes de territorialité. Le règlement européen de 2016 y répond, en précisant que, non seulement le droit européen s'applique en cas d'établissement localisé en Europe – que le traitement soit mis en œuvre en Europe ou pas –, mais aussi lorsque ce traitement réalisé depuis l'étranger vise un résident européen. À supposer que je sois installé aux îles Caïmans et que je crée un traitement pour des résidents européens depuis cet endroit, je devrai respecter, aux îles Caïmans,

233 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.



le droit européen pour les données des résidents européens. *A contrario*, cela montre bien que celui qui est établi en Europe doit respecter le droit européen pour les Européens. L'on corrige là une faille grâce aux critères du ciblage.

- Le second point est que l'on maintient les règles contraignantes liées au transfert, c'est-à-dire que l'on maintient l'idée de la bulle juridique.

En conclusion, je préciserais que nous sommes sur une approche juridique qui est substantiellement différente parce que, dans tous les cas, l'on constate des effets extraterritoriaux de fait avec, d'un côté, les effets extraterritoriaux de la législation américaine qui visent à imposer, de manière systématique, le respect du droit dans le pays étranger d'arrivée par rapport au point de départ que sont les États-Unis, au motif que des personnes interagissent avec moi ; et, de l'autre côté, une conception européenne consistant à dire que la souveraineté européenne consiste, d'abord, à assurer une protection des ressortissants et, ensuite, à assurer le suivi de cette protection au-delà de la frontière nationale.

C'est pourquoi, le thème de ce colloque est si important, car l'on y trouve un enjeu de souveraineté au niveau étatique (suis-je capable de faire respecter mon droit et de protéger mes ressortissants ?), et un enjeu que nous vivons très concrètement, à la CNIL, d'efficacité de la protection des données. À quoi servent les droits informatiques et de liberté d'accès, d'opposition, ou d'effacement s'il suffit de passer la frontière – ce qui dans le numérique est très simple : vos données font tous les jours des milliers de kilomètres et personne ne se pose la question – pour pouvoir s'en abstraire ?

Je terminerai par une phrase de Gide<sup>234</sup>, qui fait le lien avec le droit de la mer que j'évoquais précédemment et que je soumets à votre sagacité : « *L'homme ne peut pas découvrir de nouveaux océans tant qu'il n'a pas le courage de perdre de vue la côte* ».

Il faut donc construire et développer un droit qui ne s'enferme pas dans la territorialité du sol, mais qui fasse vivre une sorte de territorialité de la personne. Parce que si le résident national se trouve doté de droits sur le territoire national, la circonstance que l'univers dans lequel il évolue soit déterritorialisé ne fait pas obstacle à ce que la protection suive sa donnée.

---

**Jean Massot**

*président de section (h) au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci beaucoup. Les autres orateurs ont-ils des questions ? Pour ma part, je souhaiterais demander à M. Garapon si les « *blockchains* » relèvent du droit des ports ou du droit des personnes ?

---

234 André Gide (1869-1951), écrivain français, prix Nobel de littérature en 1947.

---

## Antoine Garapon

*inspecteur général adjoint des services judiciaires,  
secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice*

Ni l'un, ni l'autre. Je trouve très intéressante cette approche par la terre et la mer, parce qu'au fond la mondialisation nous oblige à avoir une sorte d'anthropologie élémentaire au sens des éléments ; et l'on voit bien que dans la sphère numérique, il n'existe aucun sentiment d'obligation à l'égard du droit aussi fort que sur terre.

M. le secrétaire général citait Gide. Pour ma part, je citerais Virgile<sup>235</sup> qui évoquait la « *justissima tellus* »<sup>236</sup> ; en effet, la terre est foncièrement juste parce qu'elle rend à celui qui travaille, elle rend son dû à celui qui la soigne, la laboure, la cultive et elle garde la mémoire de nos passions et de nos activités<sup>237</sup>. Cette opposition entre un droit systémique et un droit protecteur des personnes n'est pas résolue. Je constate le rôle déterminant qu'a eu la CJUE, et je m'interroge pour savoir si, dans l'arrêt dit du « *Safe Harbour* »<sup>238</sup>, l'une des critiques adressées au système américain était l'inaccessibilité des tribunaux par les ressortissants européens. Quel est le rôle des juges ? Nous sommes en présence de deux masses politiques relativement homogènes. Dans ce contexte, les juges n'ont-ils pas un rôle arbitral spécifique ?

---

## Édouard Geffray

*secrétaire général de la CNIL*

Je crois que la jurisprudence de la CJUE parle d'elle-même. Lorsque vous avez, en l'espace de deux ans, l'arrêt *Digital Rights Ireland*<sup>239</sup>, l'arrêt *Google Spain*<sup>240</sup> et l'arrêt *Maximillian Schrems* sur le « *Safe Harbour* », tout est dit.

Le juge joue un rôle majeur dans la construction de cette régulation parce qu'il est celui qui est amené à clarifier l'application de principes historiques puissants. La loi « informatique et libertés » a mon âge (trente-huit ans). Elle a des principes robustes qui ont su épouser des contours différents. À l'époque, personne ne pensait à l'Internet ou aux réseaux sociaux. Pourtant, ce sont les mêmes principes qui régissent ces nouveaux outils. Le juge européen a un rôle particulièrement déterminant, notamment dans le cadre du futur règlement européen, où les différentes CNIL qui protègent les données prendront des sanctions conjointes.

---

235 Virgile (-70 av. J.-C./-19 av. J.-C.), poète, artiste et penseur romain.

236 « *O fortunatos nimium, sua si bona norint / Agricolas ! Quibus ipsa procul discordibus armis / Fundit humo facilem victum justissima tellus* » : Trop heureux, s'ils savaient leur bonheur, les paysans. Loin des luttes armées, la terre elle-même, dans sa très grande justice, leur offre volontiers les fruits du sol. Virgile, *Géorgiques*, chant II, vers 458 à 460.

237 V. Carl Schmitt, *Le nomos de la Terre*, Paris, éd. PUF, 2008.

238 CJUE, Gde ch., aff. C-362/14, 6 octobre 2015, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner en présence de Digital Rights Ireland Ltd.*

239 CJUE, Gde ch., affaires jointes C-293/12 et C-594/12, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e. a.*, en présence de Irish Human Rights Commission, *Kärnter Landesregierung (C-594/12)*, *Michael Seitlinger, Christof Tschohal e. a.*

240 CJUE, Gde ch., aff. C-131/12, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia española de protección de datos (AEPD)*.



Demain, l'on aura un seul texte, sur un seul continent, avec une seule réponse juridique coordonnée par les vingt-huit autorités. Dans un univers comme celui-là, le juge européen joue un rôle déterminant ; ceci avec une certaine audace, car les arrêts que je viens de citer sont audacieux d'un strict point de vue juridique.

---

**Manuel Ponte Fernández**

*membre de la troisième chambre du Tribunal suprême espagnol*

La différence de culture juridique entre les États-Unis et l'Europe m'amène à penser que la liberté d'information et d'expression aux États-Unis a une portée plus étendue qu'en Europe, où il y a une préférence pour contrôler les choses. Dans ce contexte, comment faire exécuter les décisions des tribunaux européens ou de la CJUE aux États-Unis ? Et si nous y arrivons, ne s'agit-il pas d'une sorte d'impérialisme juridique de notre part ? J'ajouterais – en tant qu'ancien juge pénal – qu'en matière pénale cette politique expansive n'est pas contrôlée aux États-Unis, étant donné que la plupart des litiges sont tranchés par un accord du parquet. Il y a, de plus, un contrôle sur cet excès de territorialité des institutions américaines.

---

**Édouard Geffray**

*secrétaire général de la CNIL*

Je pense qu'en termes de représentation collective, nous sommes immobilisés entre le marteau et l'enclume. Le marteau, c'est le sentiment d'impuissance juridique ; et je suis frappé par le nombre de gens qui disent que l'on ne peut rien faire. L'enclume, c'est l'impérialisme. Et dès que vous commencez à suggérer l'idée que le droit européen pourrait s'appliquer aux ressortissants de pays non-européens d'une manière pleine et entière, vous êtes très vite taxé d'impérialisme. Je n'hésiterais pas à affirmer qu'il existe une forme « d'impérialisme juridique » si le droit européen, aujourd'hui, visait à s'appliquer à des entreprises implantées en dehors de l'Union européenne qui traiteraient les données de non-résidents européens. À partir du moment où des entreprises s'implantent en Europe pour travailler, c'est une question de modèle d'affaires.

Aujourd'hui, l'on considère que le marché des données personnelles en Europe est évalué à mille sept cents milliards de dollars à l'horizon 2020. Ce marché existe et attire des entreprises du monde entier qui viennent traiter les données des résidents européens. La circonstance que l'on puisse accéder à ces données depuis des filiales situées par exemple à Kuala Lumpur ou à Brasilia – il y a un enjeu global pour ces entreprises multinationales – est sans incidence, à mon sens, sur le fait que le droit européen continue à s'appliquer pour le résident européen impacté par ces traitements, sachant qu'il est évidemment hors de question d'aller fixer les règles européennes dans ces pays tiers.

Je ne suis pas du tout convaincu par cette nouvelle directive européenne qui essaie de nous renvoyer à des effets extraterritoriaux qui ne sont pas les nôtres, mais qui sont ceux, au contraire, de législations dont on connaît, par ailleurs, les effets



(plutôt négatifs). Mais l'on voit bien que les effets croisés s'articulent parce que nous vivons tous sous des effets extraterritoriaux croisés, sans que cela soit choquant. Je ne pense pas qu'il faille en faire un *casus belli* juridique, mais je trouve qu'il ne faut pas, non plus, se laisser emporter trop vite par cette dialectique qui exagère la portée réelle de ce qui est une certaine forme de la souveraineté qui consisterait à vouloir protéger à tout prix ses ressortissants.

---

**Jean Massot**

*président de section (h) au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Je crois que M. Ponte Fernández a déjà amorcé l'exposé qu'il va nous faire, puisqu'il va nous parler de la reconnaissance du « droit au déréférencement » par la Cour de justice de l'Union européenne à travers l'affaire *Google Spain*. Je lui donne maintenant la parole.

---

**Manuel Ponte Fernández**

*membre de la troisième chambre du Tribunal suprême espagnol*

Permettez-moi, tout d'abord, de remercier le Conseil d'État de l'invitation envoyée au Tribunal suprême espagnol, afin que je prenne part à cette conférence. Ma présence ici montre le degré d'amitié et de coopération qui existe entre nos deux institutions et, par là même, entre nos deux pays ; pays qui partagent une tradition juridique et une histoire communes, toutes deux marquées par un grand nombre d'événements et de relations très étroites.

Récemment, un écrivain espagnol apprécié en France, Arturo Pérez-Reverte, a publié un ouvrage intitulé *Hombres buenos* (en français, *Des hommes bons* ou *Des hommes de bien*)<sup>241</sup>. Ce livre raconte le voyage de deux académiciens espagnols, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, qui ont pour objectif l'achat des vingt-huit volumes de *l'Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert dans le Paris des Lumières, afin d'en rapporter un exemplaire en Espagne. Durant leur pérégrination, ils ne rencontrent qu'épreuves et difficultés, et pas seulement celles provoquées par l'Inquisition.

Certes, mon voyage à Paris est, fort heureusement, bien différent de celui des deux académiciens espagnols ! Mais je ne peux pas m'empêcher de penser qu'à l'instar du voyage de *l'Encyclopédie* en diligence vers l'Espagne au temps du siècle des Lumières, la circulation de l'information au temps de l'Internet doit faire face à, et engendre, un certain nombre de problèmes...

C'est dans ce contexte que mon intervention est axée sur les suites de l'affaire *Google Spain* du 13 mai 2014, aussi bien en ce qui concerne les jugements et les arrêts qui ont suivi la décision de la CJUE (en référence, principalement, aux tribunaux espagnols), qu'en ce qui concerne le niveau législatif. C'est le cas du contenu du nouveau règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à

---

241 Arturo Pérez-Reverte, *Hombres buenos*, éd. Alfaguara, Madrid, 2015.

l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ; nouveau règlement qui a abrogé la directive 95/46/CE qui était auparavant le texte européen de référence en la matière, et sur lequel a porté la célèbre décision *Google Spain*.

En effet, comme l'a souligné le magistrat espagnol du Tribunal suprême, Diego Córdoba Castroverde, l'utilisation croissante des échanges sur Internet, qui a réellement changé nos vies, renferme quelques paradoxes, et non des moindres.

Premièrement, nos sociétés connaissent un véritable engouement pour partager sur les réseaux sociaux ou, de façon plus générale, sur Internet, des données, des événements ou des images concernant notre vie privée ou même notre intimité. Et corrélativement, l'on constate une forte augmentation des demandes pour que certaines de ces données soient effacées de l'Internet. En effet, selon la société Google, suite à la reconnaissance par la CJUE du droit au déréférencement, cette société aurait reçu environ cent vingt mille demandes pour obtenir l'effacement de données personnelles sur Internet pendant les premiers mois qui ont suivi l'arrêt de la CJUE. Ce qui montre l'importance et la légitimité de vouloir préserver sa vie privée sur le réseau des réseaux.

Secondement, l'on exige un respect croissant de la vie privée et de l'intimité – droit fondamental qui est à l'origine de ce droit au déréférencement, parfois abusivement appelé « droit à l'oubli ». Mais en même temps la société demande toujours plus de transparence, notamment aux pouvoirs publics, comme c'est le cas dans la plupart des États membres de l'Union européenne, avec la promulgation de lois en ce sens, comme par exemple en Espagne la loi sur la transparence du 9 décembre 2013<sup>242</sup>.

En effet, même la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union, dans son article 42, reconnaît le droit de tout citoyen ou résident, personne physique ou morale, à l'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil, et de la Commission. Les problèmes se posent dès lors que cette transparence entre en conflit avec d'autres droits, comme le droit à l'honneur, à l'intimité, ou à la vie privée et familiale des personnes : en somme, le droit à la protection des données à caractère personnel. L'équilibre entre ces droits constitue donc l'un des enjeux majeurs de notre époque, ce qui, en soi, n'est pas un phénomène nouveau, car il s'agit d'un conflit ancien et répandu dans le domaine des médias ou des publications, conflit que l'on retrouve dans le monde numérique, parfois de manière très différente comme nous aurons l'occasion de le constater.

### **1. L'affaire *Google Spain* (arrêt de la CJUE du 13 mai 2014, aff. C-131/12)**

Je souhaiterais exposer les faits et les conclusions juridiques de l'arrêt du 13 mai 2014, afin d'expliquer les conséquences et les principaux défis juridiques que présente aujourd'hui un tel sujet. Cette affaire a commencé par la réclamation faite par un citoyen espagnol, M. Costeja González, auprès de l'autorité de contrôle l'Agence espagnole de protection des données (AEPD) contre un journal espagnol de grande diffusion, *La Vanguardia*, ainsi que contre les personnes morales de *Google Spain*, société domiciliée en Espagne, et contre *Google Inc.*, dont le siège

<sup>242</sup> Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.





est aux États-Unis. La réclamation était liée au fait que, lorsqu'un internaute introduisait le nom du plaignant dans le moteur de recherche géré par la firme Google, il obtenait des liens vers deux pages du journal dans lesquelles figurait une annonce mentionnant son nom au sujet d'une vente aux enchères immobilières liée à une saisie pratiquée pour cause de dettes envers la sécurité sociale.

Cette personne, M. Costeja, demandait donc qu'il soit ordonné au quotidien la suppression ou la modification des pages concernées, afin de que ses données personnelles n'y apparaissent plus, et qu'il soit enjoint à *Google Spain* ou à *Google Inc.* de supprimer ou d'occulter ses données personnelles, afin qu'elles cessent d'apparaître dans les résultats du moteur de recherche, étant donné que la dette avait été entièrement réglée depuis plusieurs années et que, par conséquent, la mention de celle-ci n'était pas pertinente.

L'Autorité espagnole de contrôle a rejeté la réclamation en ce qui concernait le journal, estimant que la publication était justifiée, car celle-ci avait été ordonnée par le ministère du travail et des affaires sociales afin de donner une publicité maximale à la vente publique. En revanche, la réclamation a été acceptée en ce qui concerne les deux personnes morales, la Cour ayant estimé que les exploitants de moteurs de recherche sont soumis à la législation en matière de protection des données, puisqu'ils réalisent un traitement de ces mêmes données.

Cette décision a été contestée devant l'Audience nationale espagnole par deux recours qui ont été joints par le Tribunal. L'Audience nationale, avant de statuer, a saisi la CJUE d'une question préjudicielle relative à l'interprétation de certains articles de la directive 95/46/CE. Le tribunal espagnol souhaitait en effet connaître les critères d'interprétation de la CJUE pour ce qui concerne l'article 4, paragraphe 1 a) et c), et l'article 2 d), par rapport aux articles 12 b) et 14 a). La question préjudicielle portait sur le champ d'application matériel et territorial de la directive, sur l'étendue de la responsabilité de l'exploitant d'un moteur de recherche, et sur la portée des droits de la personne concernée garanties par la directive 95/46/CE.

La CJUE, réunie en grande chambre, répond à ces interrogations dans son arrêt du 13 mai 2014 pour arriver aux conclusions suivantes :

En premier lieu, face au champ d'application matériel de la directive, la CJUE a statué qu'en explorant de manière automatisée, constante et systématique Internet à la recherche des informations qui y sont publiées, l'exploitant d'un moteur de recherche collecte des données qu'il extrait, enregistre et organise dans le cadre de ses programmes d'indexation, conserve sur ses serveurs et, le cas échéant, communique et met à disposition de ses utilisateurs sous forme de listes des résultats de leurs recherches. Par conséquent, ces opérations doivent être qualifiées de « *traitement* » à la lumière de l'article 2 b) de la directive 95/46/CE et, en outre, l'exploitant du moteur de recherche doit être considéré comme le responsable du traitement, au sens de l'article 2 d) de la même directive.



En deuxième lieu, pour ce qui concerne le champ d'application territorial, étant donné que – selon l'article 4.1 a) de la directive – chaque État membre applique ses dispositions de transposition lorsque le traitement est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre, la CJUE conclut que, même si l'activité de *Google Spain* n'est pas une activité de traitement de données, mais de promotion et de vente des espaces publicitaires dans le moteur de recherche visant à rentabiliser le service offert par le moteur géré par l'établissement principal localisé aux États-Unis, pourvu que ces deux activités soient indissociablement liées – car les activités publicitaires constituent le moyen pour rendre le moteur de recherche économiquement rentable –, l'activité dudit moteur de recherche est soumise aux dispositions nationales d'adaptation de la directive.

En outre, la CJUE ajoute que la soustraction du traitement de données effectué par le moteur de recherche aux obligations et aux garanties de la directive 95/46/CE porterait atteinte à l'effet utile de celle-ci, et à la protection efficace et complète des libertés et des droits fondamentaux qu'elle vise à assurer.

En troisième lieu, pour ce qui concerne la responsabilité de l'exploitant du moteur de recherche, à la lumière de l'article 12 b), celle-ci est avérée. En effet, selon la CJUE, ledit moteur de recherche est susceptible d'affecter significativement des droits fondamentaux liés au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, lorsque la recherche est effectuée à partir du nom d'une personne physique et dès lors que ledit traitement permet d'obtenir, par la liste des résultats qu'il crée, un aperçu structuré des informations relatives à ladite personne qui touchent à une multiplicité d'aspects de sa vie et qui, par conséquent, permet d'établir un profil plus ou moins détaillé de cette même personne. En outre, l'effet sur la vie privée de la personne est démultiplié par rapport à des informations qui peuvent être trouvées directement sur des sites différents.

Autrement dit, l'activité du moteur de recherche est susceptible de constituer une ingérence plus importante dans le droit fondamental au respect de la vie privée que la publication d'informations par un éditeur de page(s) web.

En quatrième lieu, à l'égard des articles 12 b) et 6 de la directive, une personne peut demander à l'exploitant d'un moteur de recherche de supprimer de la liste de résultats des données qui seraient inadéquates, non pertinentes, ou excessives au regard des finalités du traitement, non mises à jour, ou conservées pendant une durée excessive par rapport à ce qui est nécessaire, même si ces informations ne sont pas effacées préalablement ou simultanément des sites Internet et, le cas échéant, même lorsque leur publication sur ces sites est licite.

Enfin, l'arrêt de la CJUE nous apporte certains éléments d'interprétation en ce qui concerne l'équilibre à maintenir entre les différents types de droits mis en cause (droit au respect de la vie privée, droit à l'information, etc.). Ce qui permettra ultérieurement aux tribunaux espagnols de s'y référer pour parfaire leurs jugements – j'y reviendrai pour évoquer les cas les plus significatifs.



Dans son arrêt, la CJUE a souligné que le droit à la vie privée et à l'intimité prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt du public à trouver ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de la personne en question ; sauf à ce que ladite personne joue un rôle important dans la vie publique, auquel cas l'ingérence dans ses droits fondamentaux pourrait être justifiée.

## **2. Conséquences de l'arrêt. Décisions les plus récentes des tribunaux espagnols.**

À la suite de la décision de la CJUE, l'Audience nationale a tranché le litige introduit par M. Costeja, par un jugement en date du 29 décembre 2014, en suivant bien sûr les critères de la CJUE, mais en y ajoutant aussi des éléments d'interprétation.

Dans l'affaire *Google Spain*, la CJUE avait, à partir d'une interprétation des principes relatifs à la qualité des données (article 6 de la directive), des principes relatifs à la légitimation des traitements de données et des droits de la personne concernée (droit d'accès de l'article 12 et droit d'opposition de l'article 14), étendu la portée de la directive en ce qui concerne, notamment, les droits de la personne concernée, par rapport à la qualité des données, et centré son analyse de fond sur la pondération entre le traitement des données et le respect des droits fondamentaux des articles 7 et 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux (droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 7 et droit à la protection des données à caractère personnel de l'article 8).

Dans son jugement, l'Audience nationale introduit la notion de droit à la liberté d'entreprise (d'ailleurs reconnu à l'article 16 de la Charte européenne), car la firme Google plaidait son droit à offrir le plus grand nombre possible de résultats sur son moteur de recherche, sa stratégie commerciale se fondant sur cet aspect-là.

Mais – le Tribunal constitutionnel espagnol s'est déjà prononcé sur ce sujet – la liberté d'entreprise ne peut pas porter atteinte aux droits fondamentaux, car dans la Constitution espagnole cette liberté n'est pas considérée comme un droit de même niveau que le droit à la protection des données, qui jouit d'une protection maximale dans le texte constitutionnel.

Dans le cadre de la Charte européenne, le droit à la protection des données et la liberté d'entreprise apparaissent au même niveau, au Chapitre II, intitulé « Libertés ». Mais la CJUE a établi, dans son arrêt *Melloni*, que les autorités et les tribunaux nationaux peuvent appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, étant entendu que cette application ne doit pas compromettre le niveau de protection prévu par la Charte, ni la primauté, l'unité, ou l'effectivité du droit de l'Union européenne<sup>243</sup>.

Dans ce contexte, on doit noter une autre nuance ajoutée par l'Audience espagnole : le renforcement de la position de la personne concernée par le traitement de ses données. L'analyse de la CJUE ne s'en tient, en effet, qu'au droit au respect de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel, mais le jugement de l'Audience, lui, met en relief que la portée de ce droit est plus étendue

243 CJUE, Gde ch., aff. C-399/11, 26 février 2013, *Stefano Melloni c. ministero fiscal*, paragr. 60.



que celle du droit à la vie privée ou à l'intimité, car elle intègre non seulement des données intimes de la personne, mais aussi n'importe quelle donnée à caractère personnel, qu'elle soit ou non intime, et dont la connaissance par des tiers peut porter atteinte aux droits de la personne concernée, qu'il s'agisse ou non de droits fondamentaux, notamment dans le cas où l'ensemble des données trouvées peut servir une finalité de profilage.

Ce jugement affirmerait ainsi l'existence d'une sorte de droit à « l'autodétermination informationnelle » de la personne, comme l'avait souligné la doctrine, ce qui déborde quelque peu le contenu de l'arrêt de la CJUE.

### **3. La portée territoriale du droit au déréférencement. L'arrêt de la chambre contentieuse administratif versus l'arrêt de la chambre civile du Tribunal suprême espagnol. Qui est vraiment le responsable de l'effacement ?**

La question de la portée territoriale du droit au déréférencement semble résolue dans l'arrêt de la CJUE, dont le critère est reproduit dans le jugement de l'Audience espagnole. La directive européenne est applicable parce que la société *Google Inc.* a une filiale dans un pays membre – l'Espagne –, même si l'activité de cette filiale ne consiste pas en un traitement de données, mais en une activité de publicité qui rend économiquement rentable l'activité du moteur de recherche – ce qui s'est déroulé aux États-Unis où l'établissement principal de Google a son siège –, car cette activité se développe « dans le cadre » des activités de l'établissement filiale, selon le raisonnement de la CJUE<sup>244</sup>.

Néanmoins, cela ne résout pas les problèmes qui se posent, comme par exemple celui de savoir qui est vraiment responsable de l'effacement des données, notamment dans une procédure d'exécution d'un jugement ou d'une décision administrative d'une autorité de contrôle.

Je tiens ici à montrer les différents critères retenus par la chambre civile et la chambre du contentieux administratif du Tribunal suprême espagnol, en raison du récent arrêt de la chambre civile de ce Tribunal.

Permettez-moi d'ouvrir, ici, une parenthèse, car le droit à l'effacement de données à caractère personnel peut être réclamé au moyen de deux procédures différentes : la procédure du contentieux administratif, suite à la décision prise par l'organe de contrôle administratif, et la procédure civile qui, selon la loi espagnole, se fonde sur la protection du droit à l'honneur et du droit à l'intimité et dont les conflits auxquels elle donne lieu sont tranchés par les tribunaux de la juridiction civile. D'ailleurs, la portée de cette procédure civile est plus restrictive que celle de la procédure de contentieux administratif, laquelle s'étend à la protection de n'importe quelle donnée à caractère personnel.

La chambre du contentieux administratif du Tribunal suprême a, par un arrêt du 4 juillet 2016, cassé le jugement rendu par l'Audience, en affirmant que même si la présence d'une filiale de *Google Inc.* sur le territoire d'un État membre – en l'occurrence l'Espagne – oblige à appliquer au conflit le droit de l'Union

<sup>244</sup> Arrêt *Google Spain*, précité, paragr. 55.



européenne, par l'application de la règle de conflit prévue à l'article 4 a) de la directive, cela ne signifie pas que cet établissement soit le responsable de l'effacement ou du déréférencement des données, étant donné que les fins, les moyens ou, en définitive, l'activité du traitement des données est réalisée par un autre établissement : la société mère *Google Inc.*, dont le siège se trouve dans un pays tiers, les États-Unis.

En effet, la chambre du contentieux administratif a établi que c'est *Google Inc.*, domicilié en Californie, qui est responsable du déréférencement des données, que celui-ci fasse suite ou non à l'accueil d'une demande. D'autant plus que, selon le raisonnement des juges, le plaignant ne rencontrerait pas de difficultés pour cela, la société Google ayant mis à la disposition du public un formulaire de réclamation numérique et donné des instructions pour exercer ce droit. Finalement, l'exigence de responsabilité faciliterait l'accomplissement de l'obligation de déréférencement, car Google est la seule personne morale qui possède les moyens et la capacité pour le faire, contrairement à l'établissement filiale qui se consacre, lui, à des activités de promotion publicitaire et de promotion du moteur de recherche.

En revanche, la chambre civile du Tribunal suprême, dans un litige concernant le droit à l'honneur, à l'intimité et à l'image, où le plaignant demandait l'effacement des données relatives à une grâce accordée par le Gouvernement pour un délit commis des années auparavant – apparaissant à la suite d'une recherche dans le moteur de Google –, a établi la responsabilité de *Google Spain* en matière de déréférencement. Pour aboutir à cette conclusion, la chambre s'est fondée sur l'existence d'un lien fort entre les deux entreprises, qui implique la responsabilité de *Google Spain* selon les buts de la directive et le besoin de protection de la personne concernée, qui aurait des difficultés à porter plainte contre *Google Inc.* dans le *for* de cet établissement.

Certes, à la différence de la procédure administrative, qui fait suite à une décision préalable d'une autorité de contrôle, dont le siège est dans le même État du *for*, dans la procédure civile, la règle générale est qu'il faut introduire la requête au lieu du domicile du défendeur, ce qui représente un chemin de croix pour une personne domiciliée en Espagne.

Toutefois, il faut distinguer entre une règle de conflit, comme celle dont fait état l'article 4 de la directive, qui sert à l'application du droit de l'Union européenne – autrement dit, à délimiter le champ d'application territoriale de ce droit –, et une règle qui établit quel est le responsable du moteur de recherche. Cette règle se trouve à l'article 2 de la directive, selon lequel le responsable du traitement est la personne physique ou morale qui détermine les finalités et les moyens du traitement de données. Une fois que l'on conclut que le droit européen est le droit d'application, et que les droits nationaux sont ceux de transposition, c'est alors ce droit qui nous apporte les critères pour déterminer la responsabilité. Néanmoins, l'application du droit européen n'implique pas nécessairement la responsabilité de l'établissement domicilié dans l'État membre. C'est le raisonnement qu'ont suivi



plusieurs tribunaux européens, dont le tribunal de grande instance de Paris dans sa décision du 19 décembre 2014<sup>245</sup>.

De plus, le nouveau règlement européen en la matière<sup>246</sup> vient à l'appui de cette conclusion, car il introduit, conjointement avec la définition du « responsable de traitement » prévue à l'article 4.7 (qui reproduit la définition que contenait la directive abrogée), par son article 26, le concept de « responsables conjoints de traitement ». En effet, selon cette définition, les coresponsables déterminent conjointement les finalités et les moyens du traitement. Par conséquent, la responsabilité d'un établissement domicilié dans un État membre, qui gère une activité – comme la publicité – liée à la gestion du moteur de recherche et développée par un établissement principal dont le siège est dans un État tiers ne saurait être affirmée à la lumière du nouveau règlement.

#### **4. La portée territoriale dans le nouveau règlement européen (UE) 2016/679**

La récente norme européenne prévoit une nouvelle réglementation du champ d'application territorial, ce qui intéresse directement le sujet de cette conférence.

Selon moi, ce nouveau règlement contient un critère plus proche de ce qui a été nommé « centre de gravité du conflit ».

L'article 3 dudit règlement prévoit son application au traitement des données à caractère personnel quand celui-ci est effectué dans le cadre des activités d'un établissement avec un responsable du traitement situé sur le territoire de l'Union européenne, que ce traitement ait lieu ou non dans l'Union, et énonce une règle dont le critère principal est la personne concernée, dans le cas où le responsable du traitement n'est pas établi dans l'Union européenne. Selon cette disposition, le règlement sera appliqué lorsque les activités de traitement sont liées soit à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes, soit au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union.

Ce nouveau règlement élargit le champ d'application de la directive abrogée. À côté du critère traditionnel lié au lieu d'établissement du responsable, elle introduit comme règle de rattachement au droit de l'Union européenne le critère de la personne ciblée par l'activité du moteur de recherche. Ce critère me fait croire – si nous ne nous trouvons pas, en raison de l'a-territorialité du droit due à la globalisation, dans un monde régi par le phénomène numérique – à une « reterritorialisation » du droit à travers les droits des personnes, qui sont ici la clé pour l'application du droit de l'Union européenne en ce qui concerne le « droit à l'oubli ».

---

245 Le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris a condamné la société *Google Inc.* à déréférencer un lien venant en résultat d'une requête sur son moteur de recherche faisant apparaître des données à caractère personnel (ordonnance du 19 décembre 2014, *Mme Marie-France M. c. Google France et Google Inc.*, RLDI 2014/107, n° 31).

246 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, abrogeant la directive 95/46/CE.



En outre, il doit être noté que l'article 4 de la directive ainsi que l'article 3 du règlement, en mentionnant ladite règle de conflit par rapport à l'établissement, évoquent le « *cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement* ». En revanche, dans le texte espagnol, et alors même que la directive contient l'expression « *en el marco [dans le cadre] de las actividades de un establecimiento del responsable* », le règlement parle de « *en el contexto [dans le contexte] de las actividades de un establecimiento del responsable* ». Certes, le mot « *contexto* » (contexte) permettrait de déduire un élargissement du critère par rapport au mot « *marco* » (cadre). Cependant, si l'on observe d'autres versions linguistiques, comme l'anglais, qui utilise dans les deux textes les mots « *in the context* », la conclusion doit être de ne pas changer l'esprit de la norme. En outre, comme a souligné la CJUE dans l'affaire *Christies's France*<sup>247</sup>, la nécessité d'une interprétation uniforme d'une disposition du droit de l'Union exige, en cas de divergence entre les différentes versions linguistiques de celle-ci, que la disposition en cause soit interprétée en fonction du contexte et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément.

## 5. La vraie question territoriale : les domaines Internet

Le vrai défi territorial ne réside pas tant dans la façon d'avoir fait émerger la notion de responsable du déréférencement des données à la lumière du droit de l'Union européen, que dans la portée de ce déréférencement.

Dans la *Divine Comédie*, Dante<sup>248</sup> imaginait que pour atteindre le Paradis terrestre et rencontrer Béatrice, Mathilde l'immerge dans le fleuve Léthé, qui dans le monde classique était le fleuve de l'oubli, parce que cette eau faisait oublier les péchés. Mais ce n'était pas suffisant, car pour aller vers les étoiles et atteindre le paradis où Béatrice l'attendait, Dante a dû encore boire l'eau d'un autre fleuve nommé Eunoé (bonne-intention). Combien de fleuves faut-il traverser, aujourd'hui, pour arriver au paradis de l'oubli ?

Les exemples abondent pour montrer la difficulté de mise en œuvre de ce « droit à l'oubli ». On peut lire, par exemple, dans les journaux de ces dernières semaines la tragédie subie par une jeune fille concernant une vidéo pornographique malicieusement placée sur Internet. Même si cette personne avait obtenu une décision favorable d'un tribunal face à la suppression de cette vidéo et au déréférencement de ses données du moteur de recherche. Cela montre le problème qui émerge suite à l'exercice dudit « droit à l'oubli ». Premièrement, est-il possible, même techniquement, d'obtenir un déréférencement/effacement total et définitif de ses données ? Deuxièmement, la responsabilité de la société Google suite à une condamnation (à une déclaration de responsabilité) doit-elle se limiter aux domaines nationaux, voire aux domaines localisés dans l'Union Européenne, ou doit-elle s'étendre aux domaines mondiaux, notamment ceux terminés par l'extension « *.com* » ? Ni la CJUE, ni le nouveau règlement en la matière ne se prononcent sur cette incontournable question.

247 CJUE, aff. C-41/14, 26 février 2015, *Christie's France SNC c. Syndicat national des antiquaires*.

248 Dante Alighieri (1265-1321), dit Dante, poète, écrivain et homme politique florentin.



Deux critères émergent alors :

D'une part, le conseil d'experts de Google, dans son avis du 6 février 2015<sup>249</sup>, est de l'opinion que le déréférencement des données soit appliqué aux domaines au sein de l'Union Européenne, car les utilisateurs du moteur de recherche, dans la pratique, sont automatiquement renvoyés vers le domaine national où la recherche se déroule. De plus, même s'ils s'accordent pour dire que seul un effacement global correspond réellement à l'exécution du jugement, il pourrait porter atteinte aux droits fondamentaux des ressortissants des pays tiers, notamment en ce qui concerne le droit à la liberté d'information.

Tandis que, d'autre part, selon l'avis du groupe des « CNIL européennes » (G29)<sup>250</sup> l'exécution du jugement ne saurait être effectif que par l'effacement des données au niveau global, au risque sinon que le droit de l'Union européenne ne soit détourné. Ce critère est aussi suivi en France par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Selon son avis, limiter le déréférencement aux domaines européens des moteurs de recherche ne garantit pas de manière satisfaisante le droit des personnes tel que retenu par la CJUE. Finalement, cette thèse est aussi soutenue en Espagne, entre autres juristes, par le magistrat du Tribunal suprême Pablo Lucas Murillo.

Plusieurs enjeux apparaissent ici.

- Comme l'a souligné en Espagne le professeur Joaquín Sarrión Esteve<sup>251</sup>, la portée mondiale du « droit à l'oubli » pourrait porter atteinte aux droits des ressortissants de pays tiers, notamment en ce qui concerne la liberté d'information, étant donné les différents standards de protection des droits fondamentaux ; ce qui pourrait constituer, selon cet auteur, un cas d'impérialisme juridique. En effet, en ce qui concerne le monde anglo-saxon, aux États-Unis, la protection des données à caractère personnel n'a pas la même portée expansive qu'en Europe, compte tenu de la protection du droit à la liberté d'expression tel qu'elle est assurée par la constitution des États-Unis. En outre, selon l'avis du conseil d'experts de Google, l'application « extraterritoriale » du droit de l'Union pourrait devenir un précédent dangereux pour d'autres États, précisément pas respectueux des droits fondamentaux, notamment de la liberté d'expression.

Ma conviction est que l'Internet étant un phénomène numérique à portée globale, il est légitime que la protection qui exige le « droit à l'oubli » jouisse de cette même extension globale dans la mesure où cela est techniquement possible. Des principes du droit européen peuvent nous aider à trouver des solutions en ce sens : l'Union européenne est régie par un principe de territorialité, ce qui est établi de manière très précise à l'article 52 du traité de l'Union européenne (TUE), qui énumère chacun des États membres, par rapport à l'article 355 du Traité sur le fonctionnement de

249 Rapport du comité Google, *The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten*, 6 février 2015. Pour une analyse juridique de ce rapport, voir : Tambou (O.), « Rapport du comité Google : exercice d'autorégulation d'un droit à l'oubli », *Dalloz actualité*, 19 février 2015.

250 Communiqué du G29, « Droit au déréférencement : le G29 adopte des lignes directrices », 28 novembre 2014.

251 J. Sarrión Esteve, « El alcance territorial de una sentencia que no tenemos derecho a olvidar : una particular aproximación a *Google Spain* », revista CEFLEGAL, n° 184, mayo 2016.





l'Union européenne (TFUE) qui apporte un certain nombre de précisions quant au champ d'application territoriale du droit européen, notamment en ce qui concerne certains territoires d'outre-mer ou des régions dites « *ultrapériphériques* ».

Certes, on peut trouver peut-être certaines exceptions ou nuances à ce principe. Par exemple, comme le souligne l'ordonnance de la Cour de justice du 16 avril 2008<sup>252</sup>, concernant la sixième directive TVA : même si les faits du litige se situent en dehors du champ d'application du droit de l'Union, en l'occurrence le territoire des îles Canaries, la Cour s'est déclarée compétente quand les dispositions de ce droit avaient été rendues applicables soit par le droit national, soit en vertu de dispositions contractuelles. Toutefois, ce n'est pas notre cas.

- Ensuite, l'on trouve le principe de proportionnalité, selon lequel et d'après l'interprétation donnée par la Cour de justice, les actes des institutions communautaires ne peuvent pas dépasser les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché<sup>253</sup>. En particulier, la Cour a établi un lien entre le principe de proportionnalité et la protection des droits des administrés, ce qui signifie qu'il convient de recourir à la protection la moins contraignante possible et que ses conséquences ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés<sup>254</sup>. En ce qui concerne notre sujet, à mon avis, contrairement à ce qui est soutenu par le conseil de Google, ce principe ne devrait pas être appliqué pour limiter ou contraindre les droits des citoyens européens par rapport à des ressortissants inconnus de pays tiers, dont on ne se sait pas quel type de droit ils pourraient exercer ni à quel endroit.

- Enfin, je pense qu'il est important d'évoquer également ici le principe d'efficacité, selon lequel les moyens mis à disposition des citoyens doivent être efficaces, pour atteindre l'objectif visé et ne pas rendre difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union européenne, comme c'est le cas pour le droit à la protection des données à caractère personnel.

---

**Jean Massot**  
*président de section (h) au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci beaucoup. Je me tourne vers les autres intervenants pour savoir s'ils souhaitent réagir à cet exposé. Je crois que l'arrêt *Google Spain* est à la fois un très grand progrès et, en même temps, propose un certain nombre d'options qui ne mènent pas toujours à une solution immédiate.

---

252 CJCE, ordonnance de la huitième chambre, aff. C-186/07, 16 avril 2008, *Club Náutico de Gran Canaria/Comunidad Autónoma de Canarias*.

253 CJCE, aff. C-122/78, 20 février 1979, *SA Buitoni c. Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles*.

254 CJCE, aff. C-504/04, 12 janvier 2006, *Agrarproduktion Staebelow GmbH c. Landrat des Landkreises Bad Doberan*.

---

**Antoine Garapon**

*inspecteur général adjoint des services judiciaires,  
secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice*

La question qui me semble centrale est de savoir quelle garantie, quelle effectivité la justice peut-elle donner au respect d'un droit ? À partir du moment où l'effacement est techniquement impossible en raison de la circulation virale et extrêmement rapide des contenus sur Internet, les juges ne sont-ils pas condamnés au déclaratoire ? L'on retrouve notre problématique de l'un et du multiple : la raison même de la souveraineté était de concentrer la force en une seule personne pour qu'elle puisse faire un usage rationnel de la force et faire respecter des droits. Or ici, cette multiplication révèle, selon moi, la très grande faiblesse de l'Internet.

---

**Manuel Ponte Fernández**

*membre de la troisième chambre du Tribunal suprême espagnol*

Il est vrai que la première question que je me pose également est de savoir s'il est techniquement possible d'avoir un effacement global des contenus litigieux. Apparemment, d'après le cas de cette jeune Italienne qui avait pourtant obtenu un jugement favorable, cela est impossible.

La seule solution consisterait en un rapprochement effectif des législations et des accords internationaux pour avoir cette cohérence globale sur toute la planète. Car pour l'instant il est difficile de faire exécuter un jugement espagnol, ou européen aux États-Unis sans avoir un bon instrument de coopération internationale. Seul un rapprochement des législations peut nous aider à résoudre ce conflit.

---

**Antoine Garapon**

*inspecteur général adjoint des services judiciaires,  
secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice*

Je suis d'accord pour améliorer la coopération internationale. Pour reprendre la métaphore de la terre et de la mer, il n'y a pas que la terre et la mer, il y a une troisième configuration : c'est l'île, autrement dit l'extraterritorialité, voire le paradis fiscal. Or dans ce contexte, celui qui ne coopère pas avec les autres pays a, sur Internet, autant de puissance que les acteurs mondiaux les plus importants.

---

**Édouard Geffray**

*secrétaire général de la CNIL*

Celui qui pratique l'extraterritorialité sur son île n'a pas forcément la confiance de ses clients. Tout l'enjeu, aujourd'hui, pour les entreprises numériques est d'avoir la confiance de leurs clients. Or, se soumettre au droit européen, c'est donner un gage de confiance à ses clients européens afin de mieux les garder. Je ne prétends pas que cela résolve la question, mais cela en réduit le champ à la dimension pathologique que l'on connaît.



L'autre élément sur lequel je souhaiterais réagir concerne le déréférencement qui est « l'effacement » appliqué au moteur de recherche. Le déréférencement ne fait pas disparaître le contenu d'Internet. Il faut bien en être conscient. Si vous écrivez tout de suite sur votre *blog* ou sur votre ordinateur : « *J'écoute un type affreusement ennuyeux et incompetent qui s'appelle Édouard Geffray qui, en plus, est moche et parle mal* », je serais quelque peu choqué sachant, en outre, que cela ne sera pas du meilleur effet pour la suite de ma carrière si une telle information sort n° 1 des recherches à chaque fois que l'on interroge mes prénom et nom. Si j'en demande le déréférencement, cela signifie simplement – et ce n'est que cela – que lorsque vous allez entrer « Édouard Geffray », vous ne trouverez plus l'article dans les résultats associés à « Édouard Geffray ». Il s'agit donc de couper tout lien entre un prénom et un nom et un résultat. Mais si vous entrez les mots : « incompetent », « moche » et « parle mal », vous retombez sur l'article en question et vous découvrirez que c'est... Édouard Geffray. Le droit au déréférencement est le droit d'opposition, d'effacement, appliqué à un moteur de recherches ; ce n'est pas un droit nouveau, et cela n'a pas d'autre portée que celle que je viens d'indiquer.

J'aurais aimé avoir une précision sur la différence d'approches entre la partie « données personnelles » où la CJUE dit : « *Google Inc.* est responsable » – cela se fait sous le contrôle du juge national et de la CNIL nationale, de l'autorité de contrôle nationale –, et la partie « civile » pour obtenir réparation du préjudice subi. Je ne suis pas sûr d'avoir totalement saisi le raisonnement, à la fois du juge du fond et de la Cour de cassation. Peut-on revenir sur ce point, en précisant le critère d'application du droit dans le cadre du conflit civil ?

---

**Manuel Ponte Fernández**

*membre de la troisième chambre du Tribunal suprême espagnol*

Il y a un terrain commun au contentieux civil et au contentieux administratif. La principale différence réside dans le fait que le contentieux administratif présuppose une décision préalable de l'autorité administrative qui peut être contrôlée. Dans les procédures civiles, il y existe des restrictions car le conflit ne s'applique qu'au droit à l'honneur, et non à l'intimité en tant que droit civil. Mais le droit à l'effacement déborde ce droit à l'intimité, car il peut concerner n'importe quelle donnée susceptible d'être effacée. En outre, il existe une différence de conception entre la procédure contentieuse et la procédure civile : la procédure civile est notamment plus protectrice des droits des consommateurs. C'est d'ailleurs cela qui a fait que la chambre civile a statué en disant que *Google Spain* était responsable de l'effacement des informations – ce qui selon moi est une erreur juridique.

---

**Jean Massot**

*président de section (h) au Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Pouvez-vous, M. le secrétaire général, nous dire un mot de ce qui va figurer dans la loi pour une République numérique sur le « droit à l'oubli » concernant les mineurs ?

La loi pour une République numérique vient d'être adoptée<sup>255</sup>. Elle anticipe sur le règlement européen. Actuellement, du moins jusqu'à il y a quelques jours, la loi de 1978 dite « informatique et libertés »<sup>256</sup> ne mentionnait pas les mineurs. Or, l'on observe qu'il existe un réel sujet sur les mineurs en matière de droit à l'oubli, ou sur des majeurs sur lesquels ont été révélées des données lorsqu'ils étaient mineurs. C'est le phénomène de la minorité qui pose problème, ce n'est pas l'âge de la personne qui fait la demande. Le fait qu'elle ait été mineure à ce moment-là, constitue un droit à l'erreur *renforcé*. Nous avons des cas assez fréquents de personnes qui ont été photographiées en état d'ébriété à dix-sept ans, or ces informations restent sur les réseaux sociaux et ressortent quelques années plus tard lorsque les employeurs s'interrogent sur ces mêmes personnes en recherche d'emploi.

La loi sur la République numérique prévoit une espèce de réactivité renforcée, et la minorité constitue une présomption de motif légitime pour faire jouer son droit d'opposition. Aujourd'hui, juridiquement, le droit d'opposition ne peut être exercé que pour un motif légitime, y compris lorsque l'on demande le déréférencement. L'idée est de considérer que la minorité constitue *a priori*, à l'époque de la date de la collecte de la donnée, un motif légitime pour l'effacement « sauf si ». Ainsi, par exemple, un mineur vedette de la chanson à l'âge de quatorze ans qui fait rêver tous les jeunes de sa classe d'âge aura du mal à faire déréférencer des informations le concernant, car il avait à l'époque une vie publique que ses parents ont choisie pour lui. En revanche, un mineur *lambda* dont la photo à la suite d'une soirée, où il aurait mieux fait d'être majeur ou plus responsable, lui fait grief aura « mécaniquement » droit à l'effacement.

---

255 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

256 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

# Échanges avec la salle

---

---

## *Question du public*

*Peut-on, dans le contexte actuel, appréhender l'évolution du droit français ou européen par rapport au droit anglo-saxon qui, lui, est une réalité ? Quid en cas de litige entre ces différentes approches ?*

---

*Antoine Garapon*

*En ce qui concerne la « blockchain » nous sommes dans une configuration nouvelle parce qu'il ne s'agit pas d'une ressource naturelle et gratuite à la disposition des nations. La « blockchain » est un instrument qui concurrence, voire se substitue au droit. Cela pourrait paraître un motif de convergence, à ceci près que 80 % des expériences et des titulaires des formules de « blockchains » sont américains, et les autres sont essentiellement anglais ou allemands, alors que 2 % seulement sont français. Derrière tout cela se jouent des rapports de force entre grandes puissances, dans la mesure où il s'agit d'une technologie à 80 % américaine (et à 90 % anglo-saxonne si l'on ajoute le Royaume-Uni). Dans ce contexte, comment la France pourrait-elle peser avec 2 % de ce marché ? C'est là un point très important. Mais pour bien comprendre le monde de l'Internet, il faut savoir que si les firmes de l'industrie numérique (notamment les GAFAs) sont situées aux États-Unis, leur centre de profits est en Europe. C'est pour cette raison que le rapport entre les différents droits est aussi équilibré, même si nous ne sommes pas dans la même configuration technique.*

---

## *Question à MM. Garapon et Geffray*

*La question concerne le lien entre l'utilisation des outils numériques et l'effectivité du respect du droit. Lorsqu'une personne souhaite utiliser (gratuitement) un logiciel, elle doit cocher de nombreuses options la faisant renoncer par avance à certains droits au risque sinon de ne pas pouvoir utiliser l'outil en question. Cela ne renvoie-t-il pas à la notion de « clause léonine » ainsi qu'à la capacité personnelle à renoncer à un droit ?*

---

*Antoine Garapon*

*Tout à fait, et cela excède le cas du numérique. Aujourd'hui, le droit est moins destiné à imposer un comportement qu'à obtenir un consentement. C'est son centre de gravité. C'est ce que l'on voit avec le droit américain, qui est souvent fait pour impressionner ou pour menacer, et non pas pour être appliqué. À cet égard, l'on peut noter qu'aux États-Unis le procès pénal ou civil, aussi bien au niveau étatique qu'au niveau fédéral, est en train de disparaître. Le centre de*

gravité du droit repose sur le consentement des personnes. Il faut comprendre que cela peut être analysé comme une sorte de violence ou de pression faite sur ces dernières. Le système européen, y compris dans le domaine sécuritaire, notamment en matière de lutte anti-terroriste, fait passer la frontière entre les personnes. Cette frontière n'est donc plus géographique. Dans le métro, cinq personnes qui tiennent la même barre peuvent avoir des statuts et des niveaux de protection juridique totalement différents. Cela signifie qu'il va y avoir un déplacement de la pression sur la personne afin qu'elle consente. C'est ce que l'on a appelé, avec Pierre Servan-Schreiber, des « deals de justice »<sup>257</sup>. Ce sont véritablement des menaces. Le droit américain fonctionne à la menace.

---

Édouard Geffray

En matière de protection des données personnelles, cette question est particulièrement sensible. Nous nous trouvons en effet dans un univers fondamentalement asymétrique. À moi seul, en tant que personne physique, je ne pèse rien commercialement et mes données ne pèsent pas grand-chose non plus, tout au plus quelques centimes par rapport aux milliards de données qui représentent un actif financier. Il en serait de même si j'étais une personne morale de type PME ou TPE. Je suis donc dans une relation fondamentalement asymétrique par rapport à la concentration d'un certain nombre de services. Par rapport à cela, le droit européen de la protection des données est extrêmement puissant. Car, pour éviter le risque de pression ou de chantage, ce droit dit que le droit à la protection des données personnelles (droit d'accès, d'opposition, d'effacement, etc.) est attaché au caractère personnel de la donnée et non pas à la personne qui détient l'information. Cela signifie que, quel que soit le chemin que poursuit cette donnée dans le monde, à partir du moment où elle concerne quelqu'un, cette personne a des droits dessus. Nous avons eu un débat à la CNIL au moment du rapport du Conseil d'État sur le numérique et les droits fondamentaux<sup>258</sup>. Un rapport important s'il en est sur la patrimonialisation des données. Certains ont cru que la bonne réponse consistait à rendre l'individu propriétaire de ses données, vis-à-vis desquelles il serait seul responsable. Sauf qu'au contraire, la propriété émerge de la garantie de ne pas être le seul « maître à bord ». L'on ne doit pas forcément céder tous ses droits, car l'on peut par exemple faire une distinction entre le droit patrimonial et le droit moral. L'idée étant que si la propriété est cessible, un droit fondamental, en revanche, ne l'est pas.

---

Antoine Garapon

Ce que vient de dire M. Geffray est très intéressant, et montre les différences culturelles qui existent entre les pays. Dans la mentalité américaine, un droit fondamental est un capital qu'il faut gérer le plus intelligemment possible.

257 A. Garapon et P. Servan-Schreiber (sous la direction de), *Deals de justice - Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, éd. PUF, Paris, 2013.

258 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, étude annuelle 2014, éd. La documentation Française, Paris, 2014.

La procédure de « négociation de plaidoyers » (en anglais, « plea bargaining »), comme tout le système pénal et civil américain, est basée sur « combien vous me donnez de votre capital pour enrichir mon capital et combien je vous donne ? ». C'est une conception de la personne et de son droit profonde et ancienne.

---

### *Question à M. Garapon*

La question porte sur la radicalité de la technique qui souvent fait peur. Pour le monde financier, il existe une sorte de lutte des classes de la jeune technologie contre les intermédiaires, notamment bancaires, comptables, ainsi que les juristes. C'est une façon de remplacer à la fois la règle de droit, la preuve, et demain peut-être le processus décisionnel. Que ce soit à travers les « blockchains » ou des processus de normalisation par le profilage, l'on semble se diriger vers quelque chose qui serait une sorte de redondance du droit, du moins, tel qu'on le connaît. C'est un peu comme si le droit était concurrencé par le monde froid de la technologie.

Dans ce contexte, comment l'État intègre-t-il ces développements ? L'on est aussi en présence d'une importante question de politique publique qui est celle de l'éducation, car l'on a absolument besoin de mathématiciens et de personnes qui puissent créer des algorithmes et les gérer. Avec 2 % de la technologie des « blockchains » en France, il y a un problème de propriété des algorithmes, et de la technologie permettant d'élaborer ces algorithmes. À cela, s'ajoute un phénomène de désintermédiation des professions classiques impactées par ces changements.

---

### *Antoine Garapon*

La « blockchain » n'échappe pas aux réalités terrestres. Nous nous trouvons non pas dans un rythme à deux temps, mais à trois temps ; avec l'État territorial, la déterritorialisation et la reterritorialisation après expérience. Aujourd'hui, ce troisième terme, « l'expérience », nous manque. L'on voit se profiler uniquement l'expérience concrète des « blockchains », telle que débattue devant des cours ou devant des assemblées parlementaires ou devant des rapports anticipateurs qui tentent de les évaluer. Ce qui pour l'instant, ab initio, est très difficile.

En second lieu, j'ai été surpris dans la littérature que j'ai lue de constater la défiance, voire le rejet, à l'égard de tout tiers public, de tout tiers de confiance, quel qu'il soit, et qui est présenté comme un notable épouvantable, assis sur des barrières imaginaires dont il tire les rentes, et qui au final serait le moteur idéologique de la « blockchain ».

En dernier lieu, il existe des gens plus compétents que moi sur le sujet de la propriété des algorithmes. Dans la justice prédictive, cela est extrêmement préoccupant parce que l'on a des algorithmes prédictifs qui ne peuvent pas être remis en question devant un tribunal. Comment faire ? Il faudrait inventer un nouveau concept. Est-ce un amicus curiæ ? Faudra-t-il faire venir un

*mathématicien indépendant comme expert devant le tribunal ? Pour l'instant, il est curieux de constater que dans le monde de transparence que l'on promet, tout est transparent sauf l'algorithme à la base de tous les calculs et de toutes les recherches. Il faut donc trouver les moyens de réglementer non seulement l'utilisation des algorithmes, mais aussi leur fabrication.*

---

*Question à MM. Geffray et Garapon*

*En octobre 2014, un juge japonais a ordonné à la firme Google de supprimer des informations en s'appuyant sur le concept de « droit à l'oubli » tel que précisé par le droit européen. Cela participe du dialogue des juges dans sa forme la plus positive. L'avantage du droit européen en matière de protection des données est qu'il pose un standard simple et lisible, qui concerne ou peut concerner un très grand nombre de pays face, par exemple, au droit américain, morcelé en textes fédéraux et étatiques. Pensez-vous que ce dialogue des juges pourrait, à terme, entraîner la reconnaissance d'une meilleure protection pour les pays qui n'appartiennent pas à l'Union européenne, voire déboucher sur un standard de protection commun à l'ensemble de la communauté internationale ?*

*Ma seconde question porte sur l'exposé de M. Garapon, et plus particulièrement sur le sujet des « blockchains ». L'on invoque avec une certaine inquiétude l'a-territorialité du droit à l'ère numérique, notamment avec cette nouvelle technologie. Il me souvient que l'Estonie, pays très avancé en matière numérique, a développé une « blockchain » pour valider les votes en assemblée des entreprises ; ce qui fait que l'on a maintenant une double reconnaissance : à la fois de l'État et du NASDAQ, dans un système absolument transparent et lisible. Considérez-vous que cela soit l'une des voies d'intégration de cette technologie dans notre droit ? Son extension à d'autres champs, comme par exemple en matière d'état civil où l'Estonie a reconnu un mariage entre deux citoyens estoniens sur une « blockchain », pourrait-il accélérer son développement ?*

*Quid, en outre, de la nécessité de disposer d'importantes capacités de calcul pour le traitement de l'information et, surtout, l'utilisation des monnaies virtuelles de type « bitcoin » ? De tels moyens techniques sont d'autant plus nécessaires qu'il y a en face une rémunération. Comment réintroduire la question de l'équation économique dans la mise en œuvre d'une telle technologie ?*

---

*Édouard Geffray*

*Il est très intéressant de constater que l'on assiste aujourd'hui, un peu partout dans le monde, à l'émergence de demandes autour du « droit à l'oubli ». Le jour où vous avez, dans la Harvard Law Review, des universitaires qui écrivent un article sur le « droit à l'obscurité » ou le « droit à l'oubli » (en anglais, the « right of darkness »), l'on peut dire que l'on est d'accord sur le fond. Au Japon, vous avez effectivement des juges qui prononcent ce type de décision. Au Brésil, vous avez des réflexions sur ce concept. Aux États-Unis, la société civile s'intéresse beaucoup à toutes ces questions.*



*Au final, on peut dire que l'on assiste à l'émergence d'une forme de standard mondial, comme celui que l'on a vu pour le droit de propriété intellectuelle au XVIII<sup>e</sup> siècle. Souvenons-nous qu'à l'époque, Beaumarchais<sup>259</sup> a créé le droit de propriété intellectuelle, à un moment où les acteurs récupéraient les pièces dès qu'ils les avaient mal jouées trois fois de suite, et que plus personne ne s'y intéressait<sup>260</sup>. Aujourd'hui, le droit de propriété est devenu un standard mondial dans près de cent quatre-vingt pays, avec des nuances nationales selon les pays. De la même manière, je ne serais pas surpris si l'on parvenait à une convergence globale sur le sujet du « droit à l'oubli ». Mais un tel sujet générera-t-il l'adéquation dans le transfert des données d'un pays à l'autre ? Sans doute que non, car ce n'est pas le seul critère : les pays doivent aussi disposer d'un corpus juridique qui propose un niveau de protection substantiellement équivalent à celui des autres États, et d'une autorité de protection des données.*

*Actuellement, quatorze pays ont adopté cette démarche dans le monde, dont beaucoup de petits pays, cependant très importants en termes de gestion de données. Mais je ne suis pas sûr que le droit européen a pour vocation d'imposer un standard. L'on voit plutôt émerger des systèmes dits « d'interopérabilité » ; c'est-à-dire que l'on en train de créer des systèmes, notamment avec l'Asie, qui développent leur propre « bulle juridique ». Ainsi développe-t-on une bulle juridique autour du droit européen pour arriver à un système d'interopérabilité où l'on puisse dire : « Votre standard a beau être différent du nôtre, si vous validez tel ou tel point les données pourront basculer d'un endroit à l'autre ». L'on travaille davantage sur ces aspects-là que sur une adéquation universelle.*

---

*Antoine Garapon*

*J'ignorais qu'il y eut un mariage en Estonie sur une « blockchain »... Cela dit, vous avez soulevé un point très important : la « blockchain » fonctionne là où l'argent circule : en matières financière, boursière, pour le financement des PME, des ETI<sup>261</sup>, etc. Ce qui initie l'énergie de la « blockchain » est un condensé de la mondialisation : financiarisation, néo-libéralisme et technologie. L'on crée un précipité des trois, et cela marche merveilleusement bien si l'on a une bonne puissance de calcul. Le problème qui se pose est celui du fonctionnement des « blockchains ». En l'absence de cet argent, l'on voit une forme se préciser qui va accélérer le triple processus déjà à l'œuvre dans la mondialisation : fragmentation, sécession, et entre-soi.*

*Cela signifie que l'organisation autonome décentralisée (OAD) va permettre, dans des systèmes dépourvus d'argent, d'avoir des systèmes très clos entre deux genres homogènes. En matière bancaire, on peut par exemple avoir une banque*

---

259 Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais (1732-1799), écrivain, dramaturge, musicien, et homme d'affaires français.

260 En 1777, Beaumarchais fonde la première société des auteurs dramatiques pour défendre le droit des auteurs face à l'omnipotence des comédiens français. La lutte qu'il décide d'engager aboutit à la reconnaissance légale du droit d'auteur par l'Assemblée constituante le 13 janvier 1791 (loi ratifiée le 19 janvier 1791 par Louis XVI). C'est la première loi édictée dans le monde pour protéger les auteurs et leurs droits.

261 Entreprises de taille intermédiaire.

espagnole prête à travailler avec la BNP Paribas mais pas avec telle banque d'Albanie. Car pourquoi l'Albanie travaillerait-elle pour la BNP Paribas ? Par sa constitution même, la « blockchain » va associer des paires et les isoler des autres, créant un système qui fonctionnera bien, mais qui sera très impénétrable. J'ajoute qu'il n'existe pas de « droit à l'oubli » dans la « blockchain », car l'objet du mécanisme même est de garder la mémoire de la succession.

---

#### *Question à M. Ponte Fernández*

Quelles sont les conséquences du retour de l'arrêt Google Spain sur la décision du tribunal de première instance qui est allé presque au-delà de l'arrêt de la CJUE ? Vous avez dit que la Cour de cassation avait invalidé ce jugement ; s'agissait-il d'une cassation directe ? A-t-il été fait appel de cette décision ? Quelle a été la portée de cet arrêt de la Cour de cassation ?

---

#### *Manuel Ponte Fernández*

Le tribunal de première instance espagnol a une compétence nationale. Le jugement a suivi l'avis de la CJUE en ce qui concerne le champ d'application territorial du droit européen, mais il a commis une confusion : il a statué sur la conséquence de l'application du droit européen, c'est-à-dire qu'il a tiré la conséquence de la condamnation de Google Spain. Cette cassation a, bien sûr, été directe. La chambre des comptes administrative a la compétence pour saisir la Cour de cassation qui a cassé la décision de la cour nationale en respectant, bien sûr, les critères de la CJUE. La Cour de cassation espagnole n'a pas touché la portée territoriale du droit européen, mais elle a cassé la conclusion de la responsabilité de Google Spain, car cet établissement ne gère pas, en réalité, le moteur de recherche. Il exerce uniquement une activité publicitaire pour rentabiliser l'activité du moteur de recherche.

---

#### *Question du public*

En matière numérique, l'on a l'impression que, par rapport aux États-Unis, l'Europe a baissé les bras et qu'il va falloir qu'elle réagisse énergiquement pour retrouver une place de premier rang. Comment investir massivement dans ces nouvelles technologies pour être en avance, et inclure dans la formation des magistrats et des avocats tout ce qui concerne la maîtrise de ces nouveaux outils technologiques ?

---

#### *Antoine Garapon*

Dans ce domaine, je constate que la loi de 1978 dite « informatique et libertés » a été une loi exemplaire, car elle traduisait une sorte d'audace législative et d'intérêt pour l'avenir. J'attends de la France (et des autorités européennes) qu'elle retrouve cette même audace et ce même intérêt pour l'avenir dans une

*législation sur la « blockchain » ; une législation qui ne soit pas punitive ou castratrice mais qui soit accueillante et aide à l'épanouissement politique de cette technologie. Je suis absolument d'accord qu'il faut des techniciens ou des matheux dans nos formations de jugement. D'ailleurs, l'ancien premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, avait recruté des économistes pour connaître du contentieux économique. Au surplus, je pense que l'espace global où nous évoluons quotidiennement n'est plus un espace linéaire, et les juristes le constatent particulièrement bien.*

---

**Jean Massot**

*président de section (h) au Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Je pense que nous avons fait le tour des questions qui étaient l'objet de cet entretien. Je me garderai bien de conclure tant les questions qui ont été abordées sont complexes et n'ont pas toutes reçu des réponses définitives. Je me fie tout à fait au souhait de M. Garapon d'une intervention constructive des pouvoirs publics français.

Je remercie bien chaleureusement les intervenants pour nous avoir éclairés sur ces sujets majeurs, et le public pour son écoute attentive et sa participation active à ce colloque.





# Éléments de bibliographie

---

## 1. Sélection de bibliographie portant sur le cadre européen de protection des données

Bounedjoum A., « Réforme européenne des données personnelles : les nouveautés pour les droits des personnes », in *JCP E*, 2016, n° 22, p. 44.

Castets-Renard C., « Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles », in *Dalloz IP/IT*, 2016, n° 7, p. 331.

Debet A., Massot J., Metallinos N., *La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Paris, éd. LGDJ, 2015.

Desgens-Pasanau G., « Règlement général de protection des données (RGPD) : entre incertitudes et occasions manquées », in *Dalloz IP/IT*, 2016, n° 7, p. 335.

Merav M., « Le point sur la réforme de la réglementation européenne sur la protection des données personnelles », in *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2016, n° 4, p. 74.

Naftalski F., « L'impact du nouveau règlement sur les stratégies de transferts internationaux des données personnelles », in *Dalloz IP/IT*, 2016, n° 7, p. 340.

Peyrou S., « La protection des données à caractère personnel au sein de l'Union européenne : des enjeux économiques et sécuritaires encadrés par le législateur sous le contrôle du juge », in *RDP*, 2016, n° 1, p. 55.

## 2. Sélection de bibliographie portant sur les accords internationaux entre l'Union européenne et les États-Unis

Castets-Renard C., « Le Privacy Shield », in *Dalloz IP/IT*, 2016, n° 3, p. 113.

Gourio A., Gillouard M., « Protection des données personnelles : du «Safe harbour» au «U.S. Privacy Shield». Note sous Communication de la Commission européenne du 29 février 2016, numéro COM(2016) 117 final », in *Revue de droit bancaire et financier*, 2016, n° 2, p. 65.

Haftel B., « Transferts transatlantiques de données personnelles : la Cour de justice invalide le Safe Harbour et consacre un principe de défiance mutuelle », in *Dalloz*, 2016, n° 2, p. 111.

Metallinos N., « Données personnelles : la CJUE renforce les règles de protection », in *Dalloz IP/IT*, 2016, n° 1, p. 47.

Padova Y., « Le Safe Harbor est mort, vive le Privacy Shield ? », in *Revue Lamy droit de l'immatériel* (ex-Lamy droit de l'informatique), 2016, n° 127, p. 55.



Voss G., « Le concept de données à caractère personnel : divergences transatlantiques Safe Harbor et Privacy Shield », in *Dalloz IP/IT*, 2016, n° 3, p. 119.

### **3. Sélection de bibliographie relative au rôle de l'Autorité nationale pour la protection des données**

Chevalier E., « Données personnelles. Portée territoriale du pouvoir de sanction de l'autorité nationale de contrôle », in *JCP A*, 2016, n° 15, p. 18.

Geffray E., « Le point de vue du secrétaire général de la Commission nationale informatique et libertés », in *RDP*, 2016, n° 1, p. 35.

Meuris-Guerrero F., « Les plaintes reçues en 2015, l'invalidation du Safe Harbor, les caméras embarquées... le bilan de la CNIL est arrivé ! », in *Communication commerce électronique*, 2016, n° 5, p. 2.

### **4. Sélection de bibliographie relative aux principales questions d'actualité**

Benoit-Rohmer F., « Protection des données personnelles ; Note sous CJUE, grande chambre, 8 avril 2015, Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources et autres, et Kärntner Landesregierung Seitlinger et autres ; affaires jointes numéros C-293/12 et C-594/12 », in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, n° 1, p. 168.

Bonichot J.-C., « La Cour de justice de l'Union européenne et les nouvelles technologies de l'information : vers une cour 2.0 ? », in *LPA*, 2016, n° 53, p. 8.

Boyardjian J., « La science politique face aux enjeux du « big data » et de la protection des données personnelles sur internet », in *RDP*, 2016, n° 1, p. 7.

Costes L., « Google s'oppose au droit à l'oubli mondialisé de la CNIL », in *Revue Lamy droit de l'immatériel (ex-Lamy droit de l'informatique)*, 2016, n° 127, p. 29.

Costes L., « Apple vs FBI : confidentialité vs sécurité... », in *Revue Lamy droit de l'immatériel (ex-Lamy droit de l'informatique)*, 2016, n° 125, p. 3.

Debet A., « Facebook sommé de se conformer aux règles françaises de la protection des données », in *Communication commerce électronique*, 2016, n° 6, p. 38.

Dupont-Lassalle J., « Beaucoup de bruit pour rien ? La précarité du « droit à l'oubli numérique » consacré par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Google Spain », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, n° 104, p. 987.

Geffray E., « Quelle protection des données personnelles dans l'univers de la robotique ? », in *Dalloz IP/IT*, 2016, n° 6, p. 295.

Geffray E., « Droit au déréférencement : les CNIL européennes publient leurs lignes directrices », in *Légipresse*, 2015, n° 324, p. 124.

Mallet-Poujol N., « Internet, informatique et libertés », in *JCP E*, 2015, n° 3, p. 48.



Martial-Braz N., Rochfeld J., « Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II : Le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée », in *Dalloz*, 2014, n° 25, p. 1481.

Merav G., « Droit à l'oubli / droit au référencement : les treize critères définis par les «CNIL» européennes », in *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2014, n° 6, p. 74.

Oberdorff H., « L'espace numérique et la protection des données personnelles au regard des droits fondamentaux », in *RDP*, 2016, n° 1, p. 41.

Perray R., Salen P., « La Cour de justice, les moteurs de recherche et le «droit à l'oubli numérique» : une fausse innovation, de vraies questions », in *Revue Lamy droit de l'immatériel (ex-Lamy droit de l'informatique)*, 2014, n° 109, p. 35.

Richard J., « Le numérique et les données personnelles : quels risques, quelles potentialités ? », in *RDP*, 2016, n° 1, p. 87.

Téchené V., « Droit au «déréférencement» : le G29 livre son interprétation de l'arrêt «Google Spain» du 13 mai 2014 et des critères communs d'instruction des plaintes », in *Lexbase hebdo - édition affaires*, 2014, n° 405.







# Onzième conférence

---

## La souveraineté en questions

### Sommaire de la conférence

---

Présentation du thème de la conférence .....	203
Biographie des intervenants .....	211
Actes – La souveraineté en questions .....	213
Échanges avec la salle .....	237
Éléments de bibliographie .....	241





# Présentation du thème de la conférence

---

## 1. Droit comparé et territorialité du droit

Le cycle « droit comparé et territorialité du droit » a pour objet d'appréhender l'imbrication des problématiques de la territorialité et du pluralisme normatif dans les différents champs les plus représentatifs du droit contemporain.

Les nombreuses conférences ont exploré notamment les profondes évolutions qui ont affecté ces deux thématiques.

L'idée de territorialité ne semble plus rendre compte complètement de la manière dont le droit est élaboré ou réalise sa vocation dans un monde globalisé : les questions environnementales ainsi que les nouvelles technologies de l'ère du numérique dépassent toute dimension territoriale. La mobilité des personnes crée, en outre, de nouveaux enjeux quant au statut de chaque individu et à la réglementation de l'immigration. Dans tous ces domaines, les États sont largement concurrencés dans leur office de production de normes juridiques tant par des entités privées que par des autorités publiques supranationales, auxquelles ils transfèrent une part de leur souveraineté. L'exemple du droit fiscal est particulièrement représentatif à cet égard.

Inversement, au moment où la souveraineté des États s'amenuise, le territoire réaffirme son existence en marquant, par les frontières, les limites physiques d'application de la loi. Au-delà des hypothèses de compétence universelle – affirmée par certains États, comme la Belgique, pour juger des crimes de guerre, des actes de génocide et des crimes contre l'humanité – l'extraterritorialité du droit est souvent « défensive », le législateur entendant conférer à la règle qu'il édicte une portée qui va au-delà de celle qui caractérise habituellement la norme de droit interne. L'effet extraterritorial d'une norme peut également viser, comme dans le cas du *Corrupt Practice Act* américain de 1977, à contrôler et à punir des comportements préjudiciables aux intérêts de l'État. Existente, en outre, des cas dans lesquels, bien que le législateur n'ait pas entendu conférer à un texte une portée extraterritoriale (ou ne l'ait pas explicitement prévue), celle-ci peut lui être reconnue ultérieurement par décision juridictionnelle. Ainsi dans l'affaire *Google Spain*, la CJUE a étendu le champ d'application du droit de l'Union (en l'espèce 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 européenne. De même, la Cour EDH a envisagé, à plusieurs reprises, l'application extraterritoriale de la Convention EDH aux territoires sur lesquels un État partie à la Convention EDH exerce une forme de contrôle.

Le droit comparé connaît, lui aussi, un renouveau. L'intégration d'expériences étrangères dans le raisonnement juridique tend à devenir une composante à part entière des modes d'élaboration et d'interprétation de la règle de droit, bien que



l'objet de la méthode comparative demeure parfois critiqué, voire contesté. Le droit comparé constitue aujourd'hui l'un des instruments dont le juge dispose pour nourrir sa réflexion, et son usage au sein des juridictions est de plus en plus ouvertement assumé.

Exposé au droit étranger par la mondialisation, qui a multiplié les situations comportant des éléments d'extranéité, le juge national a accueilli les arguments de droit comparé face aux questions inédites posées par les nouvelles technologies et il a trouvé un certain réconfort à constater que ses questionnements soulevés par la montée en puissance de la protection des droits fondamentaux étaient partagés par ses homologues étrangers, et examiner les solutions adoptées.

Le droit européen a ouvert, enfin, un champ particulièrement propice à la comparaison des droits, d'une part, parce que les États qui y sont soumis se sont engagés à œuvrer dans une direction commune, mais également parce que le corpus de normes qui le constitue amalgame des concepts issus des divers droits nationaux des États membres.

Au sein de l'espace européen, par ailleurs, la Cour EDH recourt à une approche comparative lorsqu'elle s'emploie à déterminer, en application du principe de subsidiarité, la marge d'appréciation qu'elle reconnaît aux États dans l'application des principes posés par la Convention. À cet égard, les exemples ne manquent pas, dans lesquels elle mentionne expressément dans ses arrêts des jurisprudences étrangères afin de nourrir la réflexion juridique (exemple, l'affaire *Pretty c. RU* du 29 avril 2002<sup>262</sup>). La CJUE, de son côté, se sert de la comparaison juridique pour appréhender des questions de portée « globale » et pour établir la portée d'un droit fondamental sur la base de son appartenance aux « traditions constitutionnelles communes »<sup>263</sup>.

À la lumière de tous ces éléments, la présente conférence se propose de mesurer l'impact de la comparaison des droits et de la territorialité sur la notion de souveraineté.

## **2. La notion de souveraineté**

### *2.1. Définition*

*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1993 (extraits). Étymologie : du latin médiéval *superanus*, de *superus*, qui est au-dessus. Puissance d'un être qui n'est soumis à aucun autre :

- s'agissant de l'État, la puissance de celui qui ne dépend d'aucune autorité interne (une église par exemple) ou externe (l'Empereur). Aujourd'hui : l'État qui ne dépend pas d'un autre État (la souveraineté internationale), à l'exclusion donc de l'État membre d'un État composé ;

- s'agissant d'un organe, la puissance de celui qui, étant situé au sommet d'une

262 Req. n° 2346/02.

263 CJCE, aff. 11/70, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*. V. également en ce sens l'article 6 parag. 3 du TUE.



hiérarchie, n'est soumis à aucun contrôle et dont la volonté est productrice de droit. On parle ainsi de la souveraineté du Parlement ou d'une cour souveraine.

La totalité des pouvoirs que cet être peut exercer : il s'agit soit *lato sensu* de tous les pouvoirs de l'État (la puissance d'État), soit *stricto sensu* du pouvoir le plus important, c'est-à-dire, dans le constitutionnalisme classique, le pouvoir législatif.

Dans la théorie du gouvernement représentatif, la qualité de l'être, réel ou fictif, au nom de qui est exercé le pouvoir de l'organe souverain (la souveraineté du peuple ou de la nation).

La souveraineté touche à deux points importants de la théorie du droit proprement dite. La souveraineté apparaît historiquement comme un concept lié aux théories impérialistes : si l'on admet que le droit est seulement l'expression d'une volonté et que toutes les volontés ne peuvent produire du droit, on est nécessairement conduit à définir comme volonté productrice de droit, celle d'une autorité habilitée par une autorité supérieure et, pour éviter une régression à l'infini, à admettre l'existence d'une autorité suprême, qui n'est soumise à aucune autre et dont le pouvoir est par conséquent illimité. Cette autorité est le souverain, que l'on identifie par le fait qu'il est habituellement obéi sans lui-même obéir à un autre. À cette doctrine, dont l'origine se trouve chez Bodin et Hobbes, sont attachés les noms de Jeremy Bentham et John Austin en Angleterre, de Carré de Malberg en France.

L'existence d'un droit international est une source de perplexité parce que l'on ne parvient pas à concilier l'idée de souveraineté avec la soumission de l'État au droit. On ne peut échapper à la difficulté que de deux manières : soit, solution dualiste, l'on admet que le droit international et le droit national constituent deux ordres juridiques distincts et simultanément valides, soit, solution moniste, l'on présente droit international et droit interne comme deux ensembles coordonnés d'un seul et même ordre juridique.

## 2.2. Dispositions tirées de la Constitution française

L'archéologie de la notion de « souveraineté » est étroitement liée au processus de centralisation et de monopolisation du pouvoir politique<sup>264</sup>. Étant donné le caractère suprême et exclusif attribué au pouvoir souverain, la souveraineté présente deux volets : l'un interne (les rapports de l'État avec ses sujets) et l'autre externe (les rapports entre États)<sup>265</sup>.

### 2.2.1. La souveraineté interne

Le titre premier de la Constitution, intitulé « De la souveraineté », et notamment ses articles 3 et 4 traitent de la souveraineté nationale.

Art. 3 : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. (...)* ».

264 M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, éd. Economica, 2010, p. 324.

265 *Ibid.*



Art. 4 : « *Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie. (...)* ».

La souveraineté nationale est proclamée également par l'article 3 de la Déclaration de 1789 disposant que « *le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation* ».

Le Préambule de la Constitution de 1946 traite pour sa part de la souveraineté étatique<sup>266</sup>. L'alinéa 14 dispose que « *la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* » et l'alinéa 15 que « *sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* ».

Si souveraineté nationale et souveraineté étatique correspondent à deux concepts distincts, les deux notions ne s'opposent nullement<sup>267</sup>. On doit même dire qu'elles se relient et se complètent. En effet, la souveraineté qui appartient à la nation est manifestement exclusive, c'est-à-dire qu'elle exclut tout pouvoir de commandement qui serait extérieur à la nation et donc à l'État dans lequel cette dernière s'inscrit.

### 2.2.2. La souveraineté externe

Les dispositions de la Constitution relatives au volet externe de la souveraineté se sont multipliées suite au développement du droit de l'Union européenne.

Comme l'ont noté certains auteurs, les adjonctions apportées au texte de la Constitution ne sont jamais venues modifier les dispositions relatives à la souveraineté (interne)<sup>268</sup>.

Art. 54 : « *Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution* ».

Art. 55 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

Art. 88-1 : « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ».

266 P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 32<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 332.

267 *Ibid.*

268 V. F. Chaltiel, « De la souveraineté nationale à la souveraineté supranationale ? », LPA 10/07/2008, p. 73 et s.



## 2.3. La jurisprudence constitutionnelle

### 2.3.1. Sur la souveraineté interne

#### 2.3.1.1. Sur l'expression directe de la souveraineté nationale (contrôle des lois référendaires)

##### **CC, 6 novembre 1962, Élection du président de la République au suffrage universel direct, n° 62-20 DC.**

« Considérant que, si l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie, il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ».

##### **CC, 23 septembre 1992, Maastricht III, n° 92-313 DC.**

« Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie ; que, toutefois, au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ».

#### 2.3.1.2. Sur le pouvoir constituant souverain (lois constitutionnelles)

##### **CC, 2 septembre 1992, Maastricht II, n° 92-312.**

« Considérant que sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision », le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles



*visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite ».*

**CC, 26 mars 2003, Décentralisation de la République, n° 2003-462.**

*« Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires ; que le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ».*

**2.3.2. Sur la souveraineté internationale**

**2.3.2.1. Sur l'utilisation du principe de souveraineté nationale en droit communautaire**

**CC, 19 juin 1970, Ressources propres des communautés européennes, n° 70-39.**

*« Considérant, que dans le cas de l'espèce, elle [décision du 21 avril 1970, qui recommande le remplacement des contributions financières des États membres par des ressources propres aux Communautés] ne peut porter atteinte, ni par sa nature, ni par son importance, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».*

**2.3.2.2. Sur la distinction entre limitations et transfert de souveraineté**

**CC, 30 décembre 1976, Élections de l'Assemblée des Communautés européennes, n° 76-71.**

*« Considérant que si le préambule de la Constitution de 1946, confirmé par celui de la Constitution de 1958, dispose que, sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit ;*

*« Considérant que l'élection au suffrage universel direct des représentants des peuples des États membres à l'Assemblée des communautés européennes n'a pour effet de créer ni une souveraineté ni des institutions dont la nature serait incompatible avec le respect de la souveraineté nationale, non plus que de porter atteinte aux pouvoirs et attributions des institutions de la République et, notamment, du Parlement ; que toutes transformations ou dérogations ne pourraient résulter que d'une nouvelle modification des traités, susceptible de donner lieu à l'application tant des articles figurant au titre VI que de l'article 61 de la Constitution ;*

*« Considérant que la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice*





de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République ».

**CC, 22 mai 1985, Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la peine de mort, n° 85-188.**

« Considérant, dès lors, que le protocole n° 6 ne porte pas atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale et qu'il ne contient aucune clause contraire à la Constitution ».

**CC, 9 avril 1992, Maastricht I, n° 92-308.**

« Considérant qu'il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres ;

« Considérant toutefois qu'au cas où des engagements internationaux souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ».

2.3.2.3. Sur la spécificité du contrôle exercé à l'égard du droit de l'Union européenne

**CC, 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, n° 2004-505.**

« Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences » ; que le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ;

« Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que ni par le contenu de ses articles, ni par ses effets sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, la Charte n'appelle de révision de la Constitution ; »

**CC, 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, n° 2004-496.**

« Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences » ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge



*communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne ; »*

**CC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n° 2006-540.**

*« Considérant, en premier lieu, que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ».*



# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **Raphaël Hadas-Lebel**

*Président de section (h) au Conseil d'État*

Diplômé de Sciences-Po et de la *Harvard Business School*, ancien élève de l'École nationale des langues orientales vivantes et de l'École nationale d'administration, Raphaël Hadas-Lebel est nommé en 1967 auditeur au Conseil d'État. En 1969, il est chargé de mission au commissariat général du Plan, puis rejoint le cabinet du Premier ministre en qualité de conseiller technique puis de conseiller aux affaires sociales (de 1972-1981, il assistera dans ses fonctions trois Premiers ministres). Il est également de 1971 à 1977 conseiller juridique du Comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne. Il rejoint en 1984 le groupe Elf-Aquitaine, dont il est le secrétaire général jusqu'en 1994, puis devient directeur général de la chaîne publique France 2 (1994-1996). Conseiller d'État, il est rapporteur général de l'institution (1998-2000), puis il est nommé président de la section sociale du Conseil d'État en 2003. Raphaël Hadas-Lebel a également été membre et conseiller du président du Conseil économique social et environnemental (1994-1999), membre de la Commission de régulation de l'électricité (2000-2003), administrateur de France Télévision (2005-2009) et président du Conseil d'orientation des retraites (2006-2015). Il a été chroniqueur à *L'Express* (1986-1994), professeur associé à l'université Panthéon-Assas et il est professeur à Sciences-Po (depuis 1984). Il est l'auteur d'ouvrages comme *Les Institutions politiques françaises* (1985), *Les cent un mots de la démocratie française* (2002), et *Quel avenir pour la V<sup>e</sup> République ?* (2012).

## Intervenants

### **Denys de Béchillon**

*Professeur de droit public à l'université de Pau et des pays de l'Adour*

Denys de Béchillon est professeur agrégé de droit public à l'université de Pau et des pays de l'Adour depuis 1998. Il a été membre de la Commission (Mandelkern) pour la continuité des services publics de transports de personnes (2004), du Comité de réflexion (Balladur) sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République (2007), du Comité de réflexion (Veil) sur le préambule de la Constitution (2008) et du Conseil d'analyse (Luc Ferry) de la société (2008-2013). Il est membre du Club des juristes et auteur de nombreux articles et contributions à des revues et ouvrages collectifs dans les domaines du droit public général, du droit administratif, du droit constitutionnel, du droit public des affaires, du droit de la responsabilité, et dans le domaine de la théorie et de la sociologie du droit.

**Michael Tugendhat**

*Ancien juge à la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles*

Sir Michael Tugendhat est un ancien juge à la Haute Cour de justice d'Angleterre et du Pays de Galles et un ancien président de l'Association des juristes franco-britanniques. Il est professeur de droit honoraire à l'université de Leicester. Son dernier ouvrage, *Liberty Intact : Human Rights in English Law* est paru aux presses universitaires d'Oxford au mois de décembre 2016.

**Enrico Letta**

*Ancien président du Conseil des ministres italien, doyen de l'école des affaires internationales de Sciences Po*

Diplômé de l'université de Pise en droit international, Enrico Letta est titulaire d'un doctorat en droit des communautés européennes de l'École supérieure Saint-Anne de Pise. En Italie, il a été successivement ministre des affaires européennes (1998-1999), ministre de l'industrie et du commerce extérieur (1999-2001), député au Parlement européen (2004-2006), puis président du Conseil des ministres (avril 2013- février 2014). Enrico Letta est depuis septembre 2015 le doyen de l'École des affaires internationales de Sciences Po (*Paris School of International affairs*, PSIA). Il occupe le poste de président de l'Institut Jacques Delors depuis juillet 2016.



# Actes – La souveraineté en questions

---

**Raphaël Hadas-Lebel**

*président de section (h) au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Je suis heureux et très honoré de me retrouver à cette tribune, qui me fut jadis familière, pour modérer cette onzième conférence du cycle « droit comparé et territorialité du droit ». Ce cycle présente deux notions apparemment distinctes que sont le « droit comparé » et la « territorialité du droit ». En effet, l'une, le droit comparé, caractérise une discipline, une méthode, tandis que l'autre, la territorialité du droit, relève davantage du champ d'application du droit.

En réalité, les dix conférences précédentes ont montré que ces deux thèmes étaient étroitement liés, en ce qu'ils illustrent une profonde imbrication des ordres juridiques nationaux et extranationaux.

S'agissant d'abord du « droit comparé » et de ce que l'on peut appeler le pluralisme normatif, l'on observe depuis quelques décennies que les acteurs de l'élaboration et de l'interprétation du droit font une place croissante à la prise en compte d'expériences étrangères et de concepts de droits étrangers. Ils ne le font pas seulement, comme par le passé, par cette sorte de curiosité intellectuelle qui inspirait naguère les spécialistes du droit comparé. Ils y ont recours lorsqu'ils ont à faire face à une situation inédite qui justifie qu'ils examinent les situations retenues dans certains pays étrangers, soit pour s'en inspirer parce qu'ils les estiment pertinentes, soit, au contraire, pour les écarter en toute connaissance de cause. Ils le font aussi – s'agissant plus particulièrement du juge – pour interpréter le droit et les jurisprudences des juridictions supranationales, ou pour essayer d'uniformiser les garanties dont bénéficient les citoyens, par exemple dans le cadre de l'Union européenne.

De là, une référence de plus en plus explicite au droit comparé, sinon dans les décisions juridictionnelles elles-mêmes, du moins dans les conclusions des avocats généraux, et des rapporteurs publics de nos juridictions suprêmes. Cette évolution est d'ailleurs logique, car dès lors que nos pays sont confrontés à des problèmes comparables du fait de l'évolution des technologies ou des échanges, il n'est pas anormal, tant dans la législation que dans la jurisprudence de nos pays, que soient pris en compte, au-delà des différences des régimes juridiques, des solutions retenues par les pays voisins. Ces tendances ont été renforcées par le développement du droit européen qui tend, tout naturellement, à emprunter des approches ou des concepts en provenance des divers droits nationaux des États membres.

S'agissant ensuite de la « territorialité du droit », les conférences précédentes ont montré que le temps où droit et territoire étaient indissociablement liés est

largement révolu. Ont été explorées au cours de ces séances – et là je rappelle les thèmes des précédents colloques – plusieurs domaines où ces phénomènes ont été observés : le statut de la personne, le droit des étrangers, le droit financier, le droit fiscal, le droit du numérique, le droit de l'environnement. Un examen particulier a été également apporté à la situation de l'Union européenne, où une partie substantielle du droit applicable s'élabore, s'applique, et se juge à l'extérieur du territoire national.

Parmi les raisons qui expliquent cette évolution, l'on a retenu le rôle des échanges internationaux, l'accroissement de la mobilité des personnes, l'imbrication transnationale des entreprises, le développement d'Internet avec la dématérialisation des relations qui en résultent, et la présence des questions environnementales dont l'enjeu dépasse tout naturellement les frontières nationales. Sans doute quelques limites ont-elles été apportées récemment dans certaines jurisprudences, y compris aux États-Unis, à ces velléités d'extraterritorialité, mais l'on ne peut pas s'empêcher de s'interroger sur les conséquences de ces évolutions sur la souveraineté des États.

Pour approfondir notre réflexion sur ce thème, nos trois intervenants : le professeur de Béchillon, Sir Michael Tugendhat et le président Letta vont s'attacher, chacun avec le regard spécifique qui lui est propre et qui résulte de son expérience, à répondre à cette question de l'effet des phénomènes observés sur la souveraineté.

Je voudrais, pour ma part, avant de leur donner la parole, me borner à introduire le débat en examinant comment ces phénomènes nouveaux s'articulent avec la façon dont a été, jusqu'ici, conçue la notion de souveraineté dans le système actuel du droit international et des relations internationales.

La souveraineté de l'État a longtemps été regardée comme le principe fondateur des relations internationales depuis qu'au XVI<sup>e</sup> siècle ont émergé les grandes nations européennes. Puis, le modèle a essaimé au fil du temps dans le reste du monde pour être confirmé par l'article 2 paragraphe 1 de la Charte des Nations Unies qui précise que « *L'organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres* ». Donc, selon le modèle dominant, la souveraineté est le principe selon lequel l'État ne peut être engagé que par lui-même et n'est soumis à aucune autre volonté supérieure.

L'on sait que, d'après la conception classique de l'État, trois éléments constitutifs sont nécessaires pour que l'État puisse exister : un territoire délimité, une population qui en résulte et une autorité légitime qui y exerce le pouvoir. L'on voit tout de suite, dans cette simple énumération, que le territoire évoqué ici est l'assise prioritaire de la souveraineté conçue comme la compétence exclusive de l'État sur l'ensemble de son territoire. Ce principe a d'ailleurs été affirmé par le juge suisse Max Huber, dans son célèbre arbitrage de 1928, entre les États-Unis et les Pays-Bas, dans l'affaire dite « de l'île de Palmas », lequel pose les bases du principe



de la souveraineté des États dans les relations internationales<sup>269</sup>. L'État exerce sous son territoire la plénitude de ses compétences y compris, et surtout, ce que l'on appelle : « *la compétence de la compétence* ». C'est lui qui détermine l'étendue de ses prérogatives sur son territoire, mais aussi les limitations auxquelles il accepte de consentir. Les autorités de l'État ne sauraient aucunement être soumises à des directives d'autorités extérieures. Ce qui a d'ailleurs eu pour corollaire, lors de la création des Nations Unies, le principe de non-intervention dans les affaires intérieures reconnu à l'article 2 paragraphe 7 de la Charte des Nations Unies.

L'on sait que la souveraineté de l'État a, en outre, deux facettes. La souveraineté interne qui marque la supériorité absolue de l'État à l'intérieur par rapport à toute autre entité interne à l'État, et la souveraineté externe qui implique une indépendance complète de l'État vis-à-vis de l'extérieur. En tous cas, le droit international a longtemps été, et est encore, largement un droit interétatique prenant en compte les États maîtres sur leurs territoires.

Au-delà de ces principes, l'on sent bien cependant que la réalité est plus complexe et peut donner lieu à trois séries de constats.

i) Première constatation (et le phénomène est loin d'être nouveau) : l'État peut toujours accepter des limitations à sa souveraineté. Ces limitations peuvent d'abord résulter de la conclusion par l'État d'engagements internationaux souverainement acceptés par lui en vertu de dispositions constitutionnelles qui permettent de marquer cette acceptation, ce que l'on appelle la ratification. Il est vrai que la multiplication de ces engagements a fait qu'aujourd'hui les États sont tenus de respecter de nombreuses règles du droit international qu'ils semblent subir comme imposées de l'extérieur alors qu'elles résultent de traités qu'ils ont conclus, qu'il s'agisse de l'interdiction du recours à la force armée, de l'obligation de régler pacifiquement les différends, de respecter les règles internationales sur les droits de la personne ou sur les immunités diplomatiques.

La capacité de l'État à se lier par des engagements internationaux a donné lieu à des interprétations contrastées quant aux effets sur la souveraineté. Pour les uns, cette limitation de la souveraineté par les traités est perçue comme une sorte d'abandon de souveraineté, mais pour les autres, et cela a été en particulier l'interprétation de la Cour permanente de justice internationale en 1923<sup>270</sup>, la conclusion d'un traité est, au contraire, regardée comme l'exercice par l'État de sa pleine souveraineté. C'est là le premier phénomène qui distingue la réalité par rapport aux principes que j'ai rappelés tout à l'heure.

ii) En deuxième lieu, et c'est un phénomène plus récent, l'on peut constater que les États, en tant que sujets issus du droit international, ont une tendance croissante, depuis une centaine d'années, à mettre en place des organisations internationales qui sont dotées de compétences et d'une personnalité propres. À tel point que le

---

269 Affaire soumise *via* un recours à la Cour permanente d'arbitrage (CPA) à un tribunal arbitral composé d'un juge unique, le Suisse Max Huber. La décision, prononcée le 4 avril 1928 habilite les États souverains à repousser toute atteinte portée à leur assise spatiale, au nom du droit à l'intégrité territoriale.

270 17 août 1923, affaire du vapeur Wimbledon.



nombre de ces organisations avoisine celui des États ! Aujourd'hui, il existe dans le monde environ deux cents États, dont cent quatre-vingt-treize sont membres des Nations Unies<sup>271</sup>, pour un nombre d'organisations internationales variées estimé entre deux cent cinquante et trois cents.

La constitution de ces organismes dépend des États. Mais à la différence des États qui ont tous le même statut juridique, ces organisations ont des règles statutaires différenciées en fonction des missions qui leur sont conférées par les États fondateurs. Certaines, qui furent créées dès le XIX<sup>e</sup> siècle, ont un rôle seulement technique bien que non négligeable dans la pratique, d'autres se sont vu assigner une vocation plus globale à l'échelle universelle ou dans un cadre régional. S'est ainsi développé ce que le professeur Dupuy a appelé « *un droit institutionnel* » qui vient s'ajouter au « *droit relationnel* » interétatique classique<sup>272</sup>. Les conséquences qui en résultent sur la souveraineté de l'État sont plus significatives que le phénomène précédent de l'autolimitation par les traités, car ces organisations internationales ont une personnalité propre et donc des compétences propres, distinctes de celles des États.

Et c'est à l'occasion de ce problème de compétences qu'en France, après que la Constitution de 1946 a reconnu dans son préambule que « *sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* » (alinéa 15), le juge constitutionnel, sous la V<sup>e</sup> République, a formulé une théorie concernant la portée de la création de ces organisations internationales sur la question de la souveraineté.

À cet égard, je citerai simplement la décision du 9 avril 1992 du Conseil constitutionnel sur le traité de Maastricht : « *Le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que la France puisse conclure des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres* ». Cette citation est un élément fondamental pour notre philosophie de la souveraineté face au développement des organisations internationales. *In fine*, cela a débouché sur la rédaction de l'article 88-1 de la Constitution à propos de l'Union européenne, qui précise que « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne* ». Certes, « *exercer en commun* » n'est pas la notion évoquée par le Conseil constitutionnel de « *transfert de compétences* », mais, manifestement, le constituant a préféré faire prévaloir la notion « *d'exercice en commun des compétences* » plutôt que celle de « *transfert* » qui poserait probablement plus de problèmes au regard de la souveraineté...

iii) Troisième constatation : ce qui change dans les évolutions récentes, par rapport à ces deux aspects que sont l'autolimitation et la création d'organisations internationales, est qu'un nouveau palier a été franchi dans les limitations apportées à la souveraineté de l'État par les phénomènes qui ont été analysés au

271 Sur les cent quatre-vingt-dix-sept États reconnus par l'Organisation des Nations Unies (ONU).

272 Dupuy R.-J., *Le droit international*, éd. PUF, coll. « Que sais-je ? », 7<sup>e</sup> éd., Paris, 1986.





cours des conférences précédentes. Pourquoi est-ce un nouveau palier, et en quoi existe-t-il une différence par rapport aux deux phénomènes antérieurs ?

Parmi ces phénomènes, l'on notera par exemple le mouvement important mais controversé des années 1980 tendant à instituer un droit d'ingérence humanitaire qui permet à un État d'intervenir dans certaines circonstances, même sans l'accord de l'État en cause. Et là, la souveraineté de l'État n'est plus du tout respectée. La tendance de certains États à conférer à leur législation une portée extraterritoriale a été longuement étudiée dans les séances précédentes, avec l'exemple de la législation des États-Unis en matière économique, soit en vertu du *Foreign Corrupt Practices Act*<sup>273</sup>, soit du *Foreign Account Tax Compliance Act*<sup>274</sup>. L'Union européenne, parfois en réponse à ces initiatives, tend à édicter des normes à portée extraterritoriale, par exemple, en matière de concurrence.

Autre phénomène dans le même esprit : l'affirmation par certains pays d'une compétence universelle de leurs juridictions pour connaître de certaines violations des droits de l'homme, ou encore, dernier phénomène que je mentionnerai, l'apparition de nouveaux acteurs inédits qui tendent à concurrencer les États en tant que producteurs de normes : acteurs économiques, entreprises multinationales, et organismes techniques de normalisation. Or, la normalisation joue un rôle extrêmement important dans la vie quotidienne de beaucoup d'activités économiques, d'entreprises du numérique, d'ONG<sup>275</sup> et de structures associatives, qui parfois peuvent aussi influencer sur l'édiction de normes qui échappent à ce monopole des relations interétatiques. Tous ces phénomènes ont en commun de limiter la souveraineté des États, mais cette fois-ci en dehors de tout consentement de leur part, ce qui constitue une différence de nature par rapport aux phénomènes antérieurs.

Enfin, l'on notera que l'égalité des États affirmée par le droit est loin de se vérifier dans la réalité des relations internationales. Comme l'écrit le professeur Emmanuel Decaux en se référant à la formule de George Orwell : « *Certains États sont plus égaux que d'autres* »<sup>276</sup>... Naturellement, cette situation a des effets sur l'étendue de la souveraineté, ou sur les atteintes à la souveraineté qui peuvent être apportées par certaines initiatives.

Après ces remarques introductives, je donne la parole au professeur de Béchillon qui va nous présenter son analyse des évolutions de la notion de souveraineté.

---

273 Le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) est une loi fédérale américaine de 1977 interdisant le versement de sommes d'argent aux agents de gouvernements étrangers en vue d'obtenir ou de conserver des marchés, et s'appliquant, en particulier depuis des modifications intervenues en 1998, à des personnes étrangères autant qu'américaines.

274 Le *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), faisant partie du HIRE Act, est une législation fédérale américaine imposant à des entités étrangères de transmettre des informations concernant les actifs étrangers détenus par leurs clients américains.

275 Organisations non gouvernementales.

276 E. Decaux, M. Bossuyt, « De la "Commission" au "Conseil" des droits de l'homme, un nom pour un autre ? », in *Droits fondamentaux*, n° 5, janvier-décembre 2005.



En accord avec le président Hadas-Label, je me suis attribué le rôle dévolu au théoricien pour tenter d'approfondir un peu la notion de souveraineté.

1. Préalablement, l'on peut noter que l'idée d'une définition non-juridique de la souveraineté ne mène pas loin, sauf à comprendre le caractère fondamentalement dissymétrique de la relation qui s'institue entre le souverain et ses sujets.

La souveraineté est ce qui se perd à l'instant même où vos enfants entrent en résistance possible. Le commandement « *mange ta soupe* » suppose une relation souveraine dans la parentalité. Mais quand l'enfant grandit, le « *mange ta soupe, mon chéri, s'il te plaît* », c'est-à-dire le moment où l'impératif devient conditionnel au sens kantien, signale l'abandon de la souveraineté parentale. Carl Schmitt<sup>277</sup>, qui s'y entendait, définissait la souveraineté comme le pouvoir du dernier mot : le pouvoir de dire la parole ultime, celle qui ne souffre plus aucune discussion.

Je vous propose, cela dit, d'abandonner ces notions communes, pour entrer dans une définition un peu plus juridique de la souveraineté, en laquelle réside la clé qui permet de comprendre la notion même de l'État. L'État et la souveraineté entretiennent, en effet, des relations absolument indissolubles : l'on ne peut pas penser l'un sans penser l'autre. À dire vrai, l'État est même le seul acteur dans les sociétés modernes à pouvoir détenir la souveraineté au sens juridique du terme.

Par où s'exprime la souveraineté ? Précisément par tout ce qui fait que l'État est l'État. Cela se comprend bien quand on essaie de définir l'État du point de vue de la théorie juridique.

Tout d'abord, qu'est-ce que l'État ? C'est d'abord le signal historique d'une certaine spécialisation des tâches dans le gouvernement des hommes. Pour qu'il y ait un État, il faut que les fonctions politiques soient clairement identifiées, séparées du reste des activités humaines. Il faut que l'on en ait fait, si ce n'est un métier, au moins une fonction.

Ensuite, il faut que le pouvoir dont il s'agit soit dévolu à une entité abstraite, et plus à une personne de chair. C'est une affaire extrêmement importante qui signale probablement une part gigantesque du génie britannique, à un moment donné du Moyen Âge où l'on a imaginé une dévolution du pouvoir à une entité abstraite, qui n'était pas la personne du roi mais la Couronne ; ce qui permettait d'organiser de façon sûre et prévisible la transmission du pouvoir au moment périlleux de la mort du roi.

Dans ce contexte, le grand coup de génie est l'affaire des *Deux Corps du Roi*<sup>278</sup>, cette invention tout à fait géniale qu'Ernst Kantorowicz<sup>279</sup> avait mise en lumière dans un livre resté célèbre. On a fait vivre l'idée selon laquelle le monarque n'a pas un corps

277 Carl Schmitt (1888-1985), juriste, philosophe et intellectuel allemand.

278 Ernst Kantorowicz, *Les Deux Corps du Roi - Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, éd. Gallimard, coll. bibliothèque des histoires, Paris, 1989.

279 Ernst Kantorowicz (1895-1963), médiéviste, historien de l'Etat, écrivain.



mais deux : l'un est un corps physique qui vieillit, meurt ou devient fou. L'autre est un corps politique ou un corps mystique – la Couronne – qui, précisément, transcende tout cela. À l'instant de la mort du roi, la Couronne survit. « *Le roi est mort, vive le roi* »<sup>280</sup> : la continuité du pouvoir est assurée. L'on voit d'ailleurs par là que les penseurs du régime monarchique constitutionnel britannique avaient tout à fait préparé l'idée démocratique, parce que dans cette représentation des choses, le lieu du pouvoir est, en réalité, vide : il n'appartient jamais à un individu. Il est donc disponible pour être occupé par autre chose qu'une personne physique. Il pourra l'être par une entité bien plus incorporelle et notamment la nation. Spécialisation du pouvoir, dévolution du pouvoir à une entité abstraite. Il faut cela pour qu'il y ait un État. Mais cela ne suffit pas : il faut aussi qu'une puissance singulière lui soit attachée : la souveraineté, que l'on va retrouver dans ses deux dimensions bien connues : une puissance de protection internationale et une puissance d'action interne. La première signifie que l'on ne peut rien imposer à l'État qu'il n'ait souhaité ou accepté lui-même ; qu'il n'y a pas d'autres solutions pour contraindre les États que celles qui dérivent de leurs engagements. La seconde puissance est souvent désignée par l'idée qu'un État gouverne une population sur un territoire. En vérité, c'est imprécis : on pourrait tout à fait avoir un territoire et une population sans avoir un État. Ce qui signale l'État, c'est l'ampleur du pouvoir qu'il détient sur ce territoire et sur cette population. On retrouve la souveraineté à ce point bien précis.

Comment fonctionne la souveraineté de l'État sur le territoire et sur la population ? L'État va, pour reprendre la terminologie de Max Weber<sup>281</sup>, vouloir monopoliser la « *contrainte légitime* »<sup>282</sup>. C'est-à-dire qu'il va vouloir monopoliser, à lui seul, la capacité de dire ce qui est licite et ce qui ne l'est pas.

En disant cela, je dis également que l'apparition du phénomène juridique au sens moderne du terme n'est pas pensable indépendamment de la souveraineté étatique. Hans Kelsen<sup>283</sup> disait que l'État et le droit sont la même chose. Il avait profondément raison. Quand l'État apparaît dans sa forme moderne, il s'ensuit un phénomène majeur : l'autonomisation de l'ordre juridique. Quand l'État apparaît, le droit apparaît. Une catégorie singulière de normes est isolée du monde des autres normes. Elle se différencie, elle s'autonomise de la morale, de la religion, des mœurs, etc. La catégorie singulière des normes proprement et spécifiquement juridiques se constitue, et elle se constitue dans, par et entre les mains de l'État. C'est sa prétention et la condition de sa réussite comme forme politique car, sans cela, il ne pourrait évidemment pas prétendre régir ses sujets sur son territoire.

Comment l'État s'y prend-t-il pour exercer sa souveraineté en cette forme juridique ? Il s'y prend de deux manières :

---

280 L'origine de cette expression remonterait à la mort d'Henri III, en 1272. Son fils, Édouard I<sup>er</sup>, était à plusieurs lieues de l'Angleterre, participant à une croisade. Pour éviter toute guerre de succession, le Conseil royal prononça cette phrase, qui obligea les crieurs à annoncer de ville en ville la mort du roi tout en célébrant l'arrivée du nouveau monarque.

281 Max Weber (1864-1920), économiste et sociologue allemand.

282 Max Weber, *Le savant et le politique*, éd. Plon, Paris, 1959.

283 Hans Kelsen (1881-1973), juriste austro-américain, fondateur du normativisme qui énonce un système juridique fondé sur la hiérarchie (pyramide) des normes.



*Primo*, il édicte lui-même des normes. Pour cela, il se donne une latitude constituante. Le souverain est, avant tout, le souverain constituant, c'est-à-dire celui qui organise la dévolution des pouvoirs publics sur son territoire : il distribue les compétences juridiques (i.e.) normatives : celle du législateur, du pouvoir exécutif, etc. *Secundo*, il récupère ce qui lui plaît dans le vivier des normes qu'il ne crée pas lui-même. Il faut bien voir que l'État est très conscient du fait qu'il ne peut pas se limiter à la production juridique à laquelle il procède lui-même. Il sait que nombre d'univers normatifs se sont développés à l'extérieur de lui, qu'il ne peut pas les annihiler, et qu'il a intérêt à les agréger à lui pour partie.

Prenons un exemple. Des formes d'engagements contractuel ont toujours existé dans les sociétés archaïques, du type : « je te donne un sanglier, tu me donnes un pot ». On peut parler d'engagement et même d'engagement synallagmatique<sup>284</sup>. Mais peut-on véritablement parler de contrat ? Sans doute pas, car rien ne spécifie encore la juridicité de ces normes. Ce sont sans doute des normes conventionnelles, mais pas des contrats. Pour qu'il y ait contrat, il faut que l'État mette en place une fiction juridique. Pour ce faire, il écrira un article du code civil selon lequel les conventions régulièrement passées tiennent lieu de « lois » à ceux qui les ont faites<sup>285</sup>. On va donc faire « comme si » la loi, l'État, étaient pour quelque chose dans la genèse de l'obligation née de l'engagement intersubjectif. L'État récupère ainsi les engagements spontanés des membres du corps social, en leur donnant un statut et un mode de sanction juridique. Par là, il exerce un contrôle étroit sur eux. C'est sa justice qui viendra sanctionner l'irrespect d'une obligation qui n'est juridique que parce qu'il a voulu donner une habilitation juridique à ceux qui l'ont souscrite. Le mode d'action très intelligent de l'État consiste donc, pour l'essentiel, à s'approprier tout un ensemble de normes à la confection desquelles il est étranger, pour leur donner un statut et, évidemment, les régir, les enrégimenter et les contenir dans l'espace qu'il définit comme licite. Tout le reste s'ensuit.

En résumé, l'on s'aperçoit que la souveraineté appartient consubstantiellement à l'État, et ne peut pas passer par autre chose que par un phénomène strictement juridique de maîtrise totale – voire « totalitaire » – de l'ordre juridique.

**2.** Une fois ces éléments précisés, que reste-t-il aujourd'hui de la souveraineté ? En droit : il reste tout. Quoi qu'il se passe, où que cela se passe, tout est toujours soluble dans les catégories juridiques que je viens de dire.

Vous avez précédemment dit, M. le président, que lorsque l'on adhère à un traité international, on le faisait en tant qu'entité souveraine. C'est profondément vrai. Le traité ne nie pas la souveraineté, il l'exprime. Lorsque l'on crée une organisation

284 Un contrat synallagmatique (ou bilatéral) est une convention par laquelle les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre.

285 « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi » (code civil ancien, art. 1134, version en vigueur du 17 février 1804 au 1<sup>er</sup> octobre 2016). L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a « réincarné » l'article 1134 dans trois articles du nouveau code civil : l'article 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » ; l'article 1193 : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise » ; et l'article 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».



internationale, même extrêmement intégrée, de type Union européenne, l'on ne nie rien de tout cela : les États autolimitent leur souveraineté dans un geste de... souveraineté ! Il n'y a rien d'autre que la volonté de l'État, et donc rien d'autre que la souveraineté. En droit donc, la souveraineté est toujours préservée parce qu'elle suppose un jeu de fiction qui ne s'arrête jamais.

Reste que ce qui vaut en droit ne vaut pas nécessairement en fait, et c'est bien là que le « bât » blesse à tous les coups, parce que, dans la réalité, il s'agit évidemment d'une autre histoire. Évidemment que l'État n'a plus la souveraineté du *pater familias* sur cet enfant récalcitrant qu'est l'ensemble de ses sujets de droit. Il existe un ensemble de contraintes, de réalités empiriques qui font que sa liberté, sa latitude d'action, la souveraineté factuelle de son action disparaissent, parfois même totalement.

Les marchés financiers, les agences de notation, les critères de convergence, etc., sont des choses avec lesquelles l'État doit composer. Il ne peut pas faire autrement. Comment voulez-vous qu'il résiste à une attaque de marché ? Regardons ce qui s'est passé au moment où l'on a signé le pacte budgétaire européen<sup>286</sup> : on le signe dans la panique parce que l'on se dit que les marchés vont s'effondrer, ou que les États vont être attaqués par les puissances financières – supérieures d'un certain point de vue à la puissance économique de l'État. Et qu'est-on obligé de faire ? Adopter une « règle d'or » budgétaire pour tranquilliser les marchés en question. Du point de vue de la souveraineté juridique, l'honneur est sauf puisque l'on a signé un traité. Mais du point de vue des réalités empiriques nous n'avons rien fait d'autre que ce que nous avions l'obligation de faire : c'est-à-dire très exactement l'inverse de la souveraineté...

Ce qui nous contraint ? La dette, l'absence de marge budgétaire, la réalité du fait que les choix politiques de nos décideurs sont étonnamment étroits ; qu'au bout du compte, nous faisons presque toujours à peu près la même politique, que nous soyons de gauche ou de droite. C'est bien ce qui rend infiniment problématique ce que d'aucuns nomment le populisme – dont nous avons peut-être un exemple aujourd'hui aux États-Unis. Le populisme, qu'est-ce d'autre que la prétention de vouloir faire une tout autre politique ? J'entends : récupérer de la « souveraineté décisionnelle » là où elle a disparu ou, à tout le moins, a été plus ou moins fortement réduite. Que fait-on en disant cela ? On essaie tout simplement de « réenchanter le monde », de dénier la réalité des contraintes, d'imaginer que le politique pourrait retrouver un empire décisionnel là où cet empire a disparu. C'est aussi le discours du souverainisme : cet immense boniment sur la possibilité d'aller contre le réel, contre les contraintes, contre tout ce qui fait que, malheureusement, plus personne ou presque n'est souverain en ce bas monde.

Qu'est-ce donc historiquement que la souveraineté ? Une immense fiction ? Un concept purement juridique ? Une illusion perdue ? C'est tout cela à la fois, mais

<sup>286</sup> Le pacte budgétaire européen, ou traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG), , signé le 2 mars 2012 par tous les Etats membres de l'Union européenne sauf le Royaume-Uni et la République tchèque et entré en vigueur le 1er janvier 2013, il a pour objet de limiter le recours des Etats à l'emprunt par une discipline budgétaire et d'instaurer une coordination et une convergence de leurs politiques économiques.



aussi, et surtout, quelque chose sans quoi nous ne savons pas vivre dans ces États où nous sommes, qui ne sont, eux aussi, que des entités de fiction. La souveraineté, à maints égards, nous permet de vivre ensemble et de développer une histoire et une culture singulière et commune.

---

**Raphaël Hadas-Lebel**

*président de section (h) au Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Merci pour cette présentation brillante. Sir Michael Tugendhat souhaite réagir.

---

**Michael Tugendhat**

*ancien juge à la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles*

Vous avez évoqué l'histoire de l'Angleterre. Je souhaiterais rappeler que le dernier roi français d'Angleterre, Richard II, en 1399, a été détrôné et remplacé par Henry IV qui, personnellement, n'avait aucun droit à lui succéder. Cela s'est fait par une procédure du Parlement. Le Parlement, se disant « représentant du peuple » – à l'époque, l'on ne parlait pas de la « souveraineté du peuple » – a pris la décision de détrôner Richard et de le remplacer par Henry, au nom du peuple. Depuis, le Parlement a remplacé, à plusieurs reprises, un roi par un autre. La dernière fois ce fut en 1688<sup>287</sup>, et cela a beaucoup influencé la Révolution française. L'on parle de l'Angleterre comme du « Royaume-Uni », comme si cet ensemble géographique était un royaume, mais cela n'est pas vrai : il a toujours été une république déguisée selon un commentaire du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>288</sup>.

La seconde réflexion que m'inspirent les propos du professeur de Béchillon est : quelles sont les limites du pouvoir de l'État ? En principe, il n'y en a pas. En ce cas, l'État est-il vraiment omnipotent ? Cette question s'est posée en Angleterre pendant la Réforme. Henry VIII prétendait qu'il avait le droit de déclarer qu'il était le chef de l'Église<sup>289</sup>. Jusque-là, le chef de l'Église était, bien sûr, le Pape, représentant du Christ sur Terre. La question qui s'est posée lors du procès de Thomas More<sup>290</sup> était de savoir si cette loi, voulue par Henry VIII, était valable ou pas. Les juges ont décidé sa validité, et Thomas More fut décapité après quinze mois d'emprisonnement à *Tower Hill*, le 6 juillet 1535. Aujourd'hui en Angleterre,

---

287 Le 22 décembre 1688, le roi Jacques II Stuart est chassé de Londres et s'enfuit sur le Continent, à la Cour de Louis XIV. Cette « révolution » sans effusion de sang met fin aux dissensions religieuses et entraîne l'instauration en Angleterre d'une monarchie parlementaire.

288 Dans son analyse de la Constitution anglaise, Walter Bagehot (1826-1877) nous donne à voir un système de gouvernement qui n'est rien d'autre dans son essence qu'une république. Ainsi écrit-il dans *The English Constitution* : « Dès qu'on s'est bien pénétré de cette idée que l'Angleterre est une république déguisée, il faut avoir soin de traiter avec un certain tact les classes pour lesquelles ce déguisement est nécessaire » (*Collected Works*, vol. 5, éd. Longmans, Green, and Co., Londres, 1915). Voir également C. Hajdenko-Marshall, « Le républicanisme paradoxal de Walter Bagehot », *E-rea, revue électronique d'études sur le monde anglophone*, 15 octobre 2003.

289 En 1534, le roi d'Angleterre Henri VIII rompt avec le Pape, qui refuse son divorce d'avec Catherine d'Aragon afin d'épouser Ann Boleyn, et devient le chef de l'Église d'Angleterre.

290 Thomas More (1478-1535), juriste, historien, philosophe, théologien et homme politique anglais. Lorsqu'en mai 1532 le clergé anglais reconnaît la suprématie royale sur l'Église d'Angleterre, Thomas More démissionne de son poste de chancelier.

la question est assez souvent évoquée : existe-t-il une limite à l'omnipotence supposée du Parlement ?

---

**Enrico Letta**

*doyen de l'école des affaires internationales de Sciences Po,  
ancien président du Conseil des ministres italien*

Je pourrais résumer ce qui a été dit – d'une façon avantageuse pour moi – par la célèbre formule : « *Letta c'est moi* »<sup>291</sup>. Sans doute mon nom me permet-il ce résumé de la question de l'autorité. Naturellement, je trouve très intéressant le raisonnement qui a été tenu, car il s'aligne sur l'intervention que je vais développer. La perte de la souveraineté est en effet liée à la question du partage d'une souveraineté qui se délite en raison de la mondialisation et de l'interdépendance croissante des pays entre eux ; phénomènes qui sont en train de changer complètement le cours et le contrôle des événements auxquels sont confrontés les États.

---

**Raphaël Hadas-Lebel**

*président de section (h) au Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Si je comprends bien la thèse du professeur de Béchillon, la souveraineté serait une illusion et, par conséquent, tous les phénomènes que nous observons et qui donnent le sentiment de dépouiller les États de cette souveraineté n'ont aucune importance, puisque la souveraineté n'est qu'une fiction. En quelque sorte, ces phénomènes montrent que « le roi est nu »<sup>292</sup>. C'est une idée passionnante qui va éclairer la suite de nos échanges. Je donne la parole à Sir Michael Tugendhat.

---

**Michael Tugendhat**

*ancien juge à la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles*

L'exercice de la souveraineté repose sur le consentement, ou les sanctions. Le consentement doit généralement être donné par, ou les sanctions imposées sur, les personnes situées à l'intérieur du territoire du souverain. Le plus souvent, les sanctions prennent l'aspect d'une ingérence dans la liberté ou les biens des personnes : détention ou saisie des personnes et des biens.

Le souverain cherche à contrôler non seulement les personnes et les biens, mais aussi l'information et les idées. Autrefois, lorsque ces dernières s'échangeaient oralement, leur contrôle se faisait par le contrôle des personnes qui cherchaient à les disséminer. Avec l'invention de l'écriture, et plus tard de l'imprimerie, le contrôle de l'information et des idées pouvait également se faire par le biais du contrôle de biens, tels que les livres et le papier. Les États européens ne réussirent

---

291 « *L'Etat c'est moi* » est une phrase qui aurait été prononcée par Louis XIV (1638-1715) devant le Parlement de Paris qui avait pour missions d'entériner les décisions royales.

292 Expression tirée du célèbre conte de Hans Ch. Andersen (1805-1875), *Les habits neufs de l'empereur*, éd. NordSud, Paris, 2005.



que partiellement à contrôler information et idées. Si un livre était censuré au Royaume-Uni ou en France, il pouvait être publié aux Pays-Bas et passé en fraude depuis ce pays. Depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, la violence et les guerres religieuses ou politiques illustrent bien les raisons qui conduisirent les souverains à vouloir contrôler les informations et les idées pour le maintien de la paix. Mais en même temps elles illustrent également les difficultés rencontrées pour ce faire par les souverains.

L'une des conséquences de la découverte de la téléphonie et de la communication sans fil par radio a été de séparer l'information du mouvement des personnes et des biens et de la dématérialiser. Cette dématérialisation de l'information et des idées réduit d'autant plus le pouvoir effectif du souverain.

Les lois nationales sont établies pour protéger l'information et les idées dans les domaines de la vie privée, commerciale et gouvernementale. En Angleterre, ces lois incluent les notions de diffamation, de vie privée, de droits d'auteur, de confidentialité, de secrets officiels et, autrefois, de sédition et même de trahison.

L'information commerciale est protégée de la même manière que le droit de propriété, généralement pour des raisons économiques. Les secrets d'État touchent la sécurité publique et le bien-être commun. La sédition et la trahison sont remplacées aujourd'hui par les notions de fondamentalisme et d'incitation au terrorisme.

Les lois protégeant l'information et les idées donnent effet à un certain nombre de droits de l'homme : droit à la liberté, à l'égalité, à la propriété, à la sécurité, et à la vie elle-même. La liberté se trouve concernée de diverses façons : l'autonomie individuelle de la personne sujette à l'information personnelle, la liberté de parole de la personne qui révèle l'information, et le droit, aussi bien pour celui qui donne que pour celui qui reçoit l'information, de participer au gouvernement de la société dans laquelle ils vivent. Pour cela, les gens peuvent avoir besoin, soit de connaître, soit de dissimuler la vérité.

Les souverains ont souvent restreint la liberté d'expression pour des raisons légitimes, telles que protéger la liberté de la personne objet d'une information personnelle, ou protéger le droit de propriété en matière d'information commerciale, ou encore quant aux vies et à la sécurité du peuple.

À différentes époques de l'histoire, et dans différents pays, les lois nationales ont donné différentes priorités à chacun de ces droits. Dans le cas d'un état d'urgence ou de risque de désordre civil, la vérité se verra octroyer moins de poids pour pouvoir ainsi interdire la publication d'informations qui risqueraient de mettre en danger la sécurité publique, ou de mener à la dissension civile.

L'une des exigences de la prééminence du droit est la mise en vigueur des lois nationales. Mais les moyens modernes de communication ont lourdement augmenté les difficultés auxquelles se heurte le souverain quant à l'application des lois au contrôle de l'information et des idées.





La difficulté principale concerne une information ou des idées mises en circulation à l'extérieur du territoire national. Le droit anglais a dû examiner plus d'une fois ce problème, quelque forme qu'il ait prise. Deux exemples illustrent ces difficultés.

i) Dans les années 1980, Peter Wright<sup>293</sup> révéla des secrets d'État dans son livre *Spycatcher*<sup>294</sup>. Il avait tenu une position importante dans les services secrets britanniques, mais les quitta avec un profond sentiment d'injustice lorsqu'il prit sa retraite et partit vivre en Australie. Le livre fut publié en Australie et aux États-Unis, de telle sorte que les secrets d'État se trouvèrent à la portée de quiconque y fut hostile au Royaume-Uni. Et, indirectement, l'information se trouva également disponible pour ceux, se trouvant au Royaume-Uni, qui auraient acheté le livre à l'étranger, n'ayant pas pu se le procurer au Royaume-Uni. Le gouvernement britannique souhaitait néanmoins interdire la publication du livre sur son territoire<sup>295</sup>. Le but était de maintenir le principe de confidentialité et la prééminence du droit. En fin de compte, les tentatives du gouvernement britannique d'interdire la publication du livre au Royaume Uni échouèrent. Les tribunaux décidèrent que, bien que la publication du livre fût une violation de l'obligation de silence de son auteur, le gouvernement ne pouvait pas obtenir d'injonction restreignant toute publication future au Royaume-Uni, à moins qu'une telle publication ne cause de nouveaux dommages. Suite aux publications faites en Australie et aux États-Unis, il ne pouvait survenir aucun dommage supplémentaire. Les tribunaux ordonnèrent cependant que les bénéfices perçus à tort soient reversés au gouvernement.

ii) Un problème semblable s'est posé, ces dernières années, en matière de données nominatives quant aux activités sexuelles d'individus n'occupant pas de charge publique. Dans ces affaires, à l'instar des affaires de secrets d'État, ceux cherchant à publier ce type d'information ne convainquent personne lorsqu'ils prétendent agir dans « l'intérêt public ». Au mieux, ils cherchent à divertir ; au pire, ils cherchent à se venger d'un grief, ou à exercer un chantage sur une personne. Jusqu'à récemment, cette forme de publication était l'une des sources principales de profit pour la presse populaire anglaise. Aujourd'hui, c'est devenu un phénomène international sur Internet, dont l'objectif est l'humiliation publique d'un ex-amant. Ce genre d'action est aujourd'hui passible des tribunaux répressifs. Mais le droit pénal a ses limites, car il ne peut être appliqué que si l'auteur du tort se trouve sur le territoire du souverain.

Avant que le *Human Rights Act* de 1998<sup>296</sup> ne mette en application la Convention européenne des droits de l'homme, le droit commun anglais interdisait la divulgation d'une information obtenue grâce à des liens confidentiels. De façon générale, les « liens confidentiels » étaient ces liens qui existent entre époux,

293 Peter Wright (1916-1995), scientifique et officier de contre-espionnage au sein du MI5.

294 Peter Wright, *Spycatcher : The Candid Autobiography of a Senior Intelligence Officer*, éd. Heinemann (Australie) et Penguin Viking (États-Unis), 1987.

295 *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (No 2)* (« Spycatcher ») [1988] UKHL 6, [1990] 1 AC 109. En 1988, un tribunal anglais autorisa la vente en Angleterre mais le gouvernement britannique interdit que Peter Wright puisse toucher les droits d'auteur. En novembre 1991, la Cour EDH condamna le gouvernement britannique et Peter Wright fut rétabli dans ses droits. V. CEDH, Gde ch., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, n° 13585/88.

296 Le *Human Rights Act* incorpore en droit anglais la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2000.

ou entre une personne et ses conseillers professionnels. Le droit commun n'empêchait pas la divulgation d'une information obtenue sans violation de la vie privée, comme par exemple des photos prises dans un lieu public (hôpital, etc.). Du fait du *Human Rights Act*, les juges ont fait évoluer le droit commun anglais vers l'interdiction de révéler toute information privée, même lorsqu'il n'y avait eu aucun manquement aux obligations nées de liens confidentiels. Et comme de telles révélations constituaient une portion des plus profitables pour les affaires d'une certaine presse, les journaux firent campagne contre ce développement du droit. Ils soutenaient (de façon erronée) que le droit commun ne pouvait être modifié que par une loi du Parlement établissant spécifiquement un droit à la confidentialité, et accusèrent les juges d'avoir outrepassé leurs pouvoirs.

Les juges appliquent les lois protégeant confidentialité et vie privée de deux manières. Dans le cas où l'information avait été divulguée, les juges accordent des dommages et intérêts, et peuvent empêcher l'auteur du dommage de tirer profit de son action. Mais le montant des dommages et intérêts ne dépasse jamais quelques milliers de livres sterling. Ces sommes sont relativement modestes par rapport aux profits que les journaux peuvent tirer de la révélation. Aussi ces condamnations n'ont guère d'effets dissuasifs.

La situation est différente aux États-Unis. Des rapports récents mentionnent en effet des actions en réclamation et des dommages et intérêts s'élevant à des millions de dollars pour la publication de données nominatives<sup>297</sup>. L'allocation de tels montants de dommages et intérêts peut avoir un effet dissuasif. Mais au Royaume-Uni elle serait vue comme une ingérence dans la liberté d'expression telle que consacrée par le droit commun, et l'article 10 de la Convention EDH<sup>298</sup>. Il est fort peu probable qu'un tribunal britannique puisse faire exécuter un jugement américain condamnant à une telle somme une personne se trouvant au Royaume-Uni. Alors, pour maintenir la prééminence du droit lorsque l'information n'a pas encore été révélée, les tribunaux anglais émettent des injonctions. Ces injonctions sont efficaces à l'encontre d'éditeurs commerciaux dont les affaires sont centrées au Royaume-Uni, mais évidemment pas contre des éditeurs établis à l'étranger. Par ailleurs, ces injonctions sont difficiles et coûteuses à imposer aux personnes privées, même si elles sont présentes au Royaume Uni.

Des journaux et des personnes hostiles au développement de la loi sur la confidentialité anglaise cherchèrent à contrecarrer les injonctions émises par les tribunaux. Ainsi, des individus publiaient sur Internet l'information que les journaux voulaient publier sur papier. Certains agissaient de l'étranger, d'autres de l'intérieur du Royaume-Uni. Ils le faisaient soit anonymement, soit en si grand nombre que l'injonction ne pouvait pas être exécutée.

---

297 L'avocat de Melania Trump aurait affirmé que les publications de *Mail Online* « étaient si énormes, si malveillantes, et si nocives envers Mme Trump que ses dommages sont estimés à 150 millions de dollars » : <http://www.usatoday.com/story/news/politics/onpolitics/2016/09/01/melania-trump-sues-daily-mail-maryland-blogger/89735258/>. En Floride, un jury alloua 115 millions de dollars de dommages et intérêts à un ancien catcheur dans une affaire d'atteinte à la vie privée contre le site *Gawker.com* qui avait publié un enregistrement à caractère sexuel le concernant : <http://www.nytimes.com/2016/03/19/business/media/gawker-hulk-hogan-verdict.html? r=0/>

298 Protégeant la liberté d'expression.



En 2016, une affaire a concerné une personnalité du monde du spectacle. Le tribunal émit une injonction empêchant la publication de données concernant ses activités sexuelles privées. Des individus qui connaissaient cette information l'affichèrent alors sur Internet. Le journal retourna devant le tribunal et demanda que l'injonction soit levée, car l'information était à la disposition de tout-chaacun sur Internet : ce n'était donc plus un secret, et il n'y avait plus de raison d'interdire aux journaux de la publier au Royaume-Uni. Dans cette affaire la Cour suprême estima que le journal pouvait causer un nouveau dommage. La Cour décida que le droit à la confidentialité garanti par la Convention EDH ne reposait pas sur la confidentialité ou le secret seuls. Il incluait aussi le droit d'empêcher toute intrusion importune. En l'espèce, la Cour décida donc qu'une nouvelle publication de la même information dans les journaux augmenterait le sentiment d'intrusion et la détresse déjà ressentis par le plaignant, son partenaire et leurs enfants. La Cour décida également que les enfants avaient leur propre vie privée, indépendante de celle de leurs parents, qui ne devait pas être ignorée, bien qu'ils ne soient pas partie au litige. L'injonction ne fut donc pas levée et continue de s'appliquer, au moins jusqu'à la résolution du litige<sup>299</sup>.

Il est intéressant de noter ici que, dans de tels cas, s'est développé un degré de coopération entre les fournisseurs d'accès Internet américains et les tribunaux britanniques qui ne dépend pas de la loi<sup>300</sup>. Quand une information de nature privée (qu'elle soit véridique ou fausse) est divulguée avec une mauvaise intention sur Internet par des individus, cela est fait la plupart du temps de façon anonyme, et sur un site établi dans une juridiction étrangère. La personne visée par l'information peut vouloir intenter un procès, mais elle ne sait pas contre qui l'intenter. Il existe alors, en droit anglais, une procédure que peut invoquer une personne qui soutient avoir subi un dommage, mais qui n'en connaît pas l'auteur ; s'il y a au Royaume-Uni un tiers qui connaît l'identité de l'auteur présumé du dommage, le tribunal peut ordonner qu'il dévoile à la victime présumée ce nom ou tout autre moyen d'identification. Ce genre d'ordonnance est inapplicable à un tiers se trouvant dans des juridictions étrangères, tels que les États-Unis. Néanmoins, les fournisseurs d'accès Internet américains suggèrent assez communément aux plaignants anglais de requérir une telle ordonnance du juge anglais. Ils précisent bien qu'ils ne sont pas liés par cette ordonnance, mais qu'ils retireront l'information si une telle ordonnance leur est soumise. Dans le contexte de la loi gouvernant l'information et les idées, qui ne connaissent pas de frontières, il y a encore d'autres exemples de difficultés concernant l'exercice de la souveraineté et le maintien de la prééminence du droit.

---

**Raphaël Hadas-Label**

*président de section (h) au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci de nous avoir montré, par deux exemples, par deux cas d'école, comment la dématérialisation des moyens d'information réduit le pouvoir du souverain.

---

299 *PJS v. News Group Newspapers Ltd* [2016] UKSC 26, [2016] 2 WLR 1253.

300 *G and G v. Wikimedia Foundation Inc* [2009] EWHC 3148 (QB), [2010] EMLR 14.

---

**Enrico Letta**

*doyen de l'école des affaires internationales de Sciences Po,  
ancien président du Conseil des ministres italien*

Je pense que je peux lier ce qui vient d'être dit, qui est très important, à un autre aspect. J'opère une synthèse entre « souveraineté » et « autorité ». Et je pense que ces deux notions ont été profondément changées par la grande révolution qui, techniquement, n'est pas celle de l'Internet, mais celle du « *Big Data* ». Il y a dix ans, l'on est entré dans une phase de production massive d'informations, production qui est croissante d'années en années ; il n'y a donc plus de limite à la quantité de données. Le problème de nos vies est plutôt de savoir comment « survivre » à ces quantités d'informations disponibles et, surtout, trouver celles qui nous intéressent. Ce passage au « *Big Data* » nous apprend que, chaque année, l'on produit une quantité d'informations équivalente à celle produite dans les cinquante années précédentes.

Autrefois – et c'est ce qui vient d'être rappelé – le monopole de l'information était la raison d'être de l'autorité ; mais quand l'information devient disponible à tout moment, l'autorité doit avoir des racines, des supports, des soutiens plus forts que le simple monopole de l'information ; alors qu'auparavant, grâce au monopole de l'information, elle pouvait tenir des « conventions d'autorité » qui jouissaient également d'une certaine autorité morale. Dans cette remise en cause des anciens concepts de souveraineté et d'autorité, il me semble qu'aujourd'hui le sujet principal est le passage de l'autorité à la « *gravitas* », c'est-à-dire à quelque chose de plus fort qui est aussi « ce qui est reconnu par les autres ». Le problème n'est donc pas la détention d'informations, ou le contrôle sur l'information ; mais la capacité à s'orienter dans l'univers des milliards d'informations disponibles et de les connecter ensemble pour faire en sorte que ces informations servent véritablement à quelque chose. En effet, vivre dans un monde où l'on dispose de toutes les informations disponibles n'offre pas, en soi, de solution à nos problèmes si l'on ne sait pas comment trouver et, surtout, comment utiliser ces informations. Ce sujet est, parmi les grands thèmes dont nous discutons, l'un des plus importants.

---

**Denys de Béchillon**

*professeur de droit public à l'université de Pau et des pays de l'Adour*

Je pense qu'Internet est un très bon sujet de réflexion sur les problématiques de souveraineté parce que, tout simplement, c'est un lieu ou un non-lieu qui terrorise les États. C'est *a priori* un lieu sans contrôle étatique. Quand les États sont mis dans la situation d'avoir à contrôler ce qui se passe sur Internet, et donc d'essayer de récupérer une fraction de souveraineté, ils le font en agitant les bras de façon un peu désespérée, ce qui montre d'ailleurs le caractère un peu fictionnel de la souveraineté. Ils essaient d'attraper Internet par un petit bout national en traitant l'une des conséquences, l'un des effets.

L'on peut citer, par exemple, le commerce d'objets nazis sur Internet. Que fait-on pour empêcher cela ? Sur le territoire national, l'on se retournera vers le fournisseur



d'accès pour lui dire qu'il est en faute, car il aurait dû contrôler l'existence de ce commerce. Et comme il ne l'a pas fait, on va lui taper sur les doigts. Ce faisant, l'on renonce à toute efficacité, puisque l'on sait très bien que cela peut se passer ailleurs, dans un autre pays sur lequel, précisément, l'on n'a aucune prise.

Autre exemple encore plus frappant : la publication des sondages concernant les résultats des élections politiques en France. La Commission des sondages a agité les bras de façon très représentative pour dire que c'était vraiment très mal que la Belgique et la Suisse publient, deux heures avant les résultats officiels, le produit des votes du peuple français. Son président fustigeait à très juste titre de tels actes, mais sans aucune capacité de contrainte<sup>301</sup>. Il se trouve qu'Internet permet de faire cela depuis l'Étranger, dans la plus totale impunité. L'on est donc condamné d'avance à l'impuissance, ce qui démontre que la souveraineté n'est pas autre chose qu'une espèce de fiction qui essaie encore, désespérément, de se faire passer pour une réalité.

---

### **Raphaël Hadas-Label**

*président de section (h) au Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Cette deuxième intervention a montré que la souveraineté se trouve compromise par l'existence de certains mécanismes technologiques contre lequel le souverain se retrouve impuissant.

Précédemment, le professeur de Béchillon a insisté sur le fait que le caractère de la souveraineté de l'État était le « monopole de la contrainte légitime ». Le président Letta a ajouté que l'une des expressions de la souveraineté de l'État est le « monopole de l'information », et que ce monopole est également en train de disparaître. Je lui donne, à présent, la parole.

---

### **Enrico Letta**

*doyen de l'école des affaires internationales de Sciences Po,  
ancien président du Conseil des ministres italien*

Je souhaiterais aborder le sujet dans son aspect général, même si je me suis senti obligé de changer un peu le ton et l'approche de mon intervention en raison des récents résultats de l'élection présidentielle américaine. J'ai été immédiatement frappé par le fait que les supporters du *Brexit* avaient le même slogan que celui qui a si bien bénéficié à Donald Trump aux États-Unis. Ce slogan fructueux est : « *reprenons le contrôle* » (en anglais, « *take back control* ») et je pense qu'il correspond exactement au thème de ce colloque. C'est pour cette raison que je vais m'en servir ainsi que, naturellement, des nombreuses remarques qui ont été dites par le professeur de Béchillon, par le juge Tugendhat et par vous-même, M. le président, et qui sont liées à cette idée.

---

<sup>301</sup> La loi française interdit la « diffusion » et la « publication » des résultats, mais non pas la consultation de ces résultats. En outre, il semble difficile de poursuivre pénalement un média étranger (cf. article 113-6 du code pénal).



Si, dans deux pays phares comme le Royaume-Uni et les États-Unis, un tel slogan a un sens et a obtenu un si grand succès, il faut, je pense, s'interroger sur le sens de cette perte de contrôle (ou à cette fiction de perte de contrôle si je me rattache aux idées du professeur de Béchillon).

Il ne s'agit pas seulement de M. Trump ou du *Brexit*, l'on peut évoquer d'autres événements équivalents dans de nombreux pays, comme par exemple ce qu'a tenté de faire M. Orban pour amender la Constitution hongroise, d'une façon qui, dans son idée, était contre Bruxelles, contre les contraintes européennes sur la question des migrants<sup>302</sup>. Et l'on pourrait trouver de nombreux autres exemples dans des pays non membres de l'Union européenne.

Aujourd'hui, la tentative pour reprendre le contrôle de l'évolution de la société, à travers plus de souveraineté, est l'une des questions majeures de notre époque. Ce sont des tentatives fortes de rupture avec parfois un langage violent, qui montrent que la perception de la perte de souveraineté est l'un des aspects les plus forts de la vie quotidienne des citoyens. Sinon il n'y aurait aucune raison d'avoir, en réaction, de tels gestes politiques qui existent parce qu'ils trouvent un consensus chez une majorité de citoyens.

Comment en est-on arrivé là ?

Sans doute parce que la crise économique et financière que nous vivons depuis dix ans dans le monde occidental n'a pas été résolue par nos dirigeants qui, ne traitant pas les dossiers au fond, ont rendu les problèmes de plus en plus explosifs. De sorte que pèse aujourd'hui, sur les conditions de vie de tous les citoyens, une immense incertitude liée au développement du phénomène de mondialisation, et à la montée de l'interdépendance entre les pays. Au final, l'impression partagée par tous les peuples est que la souveraineté et le contrôle échappent aux mains des gouvernants.

L'exemple le plus emblématique que nous ayons vécu durant cette période de crises au sein de l'Union européenne est la (tentative de) gestion du « cas grec ». Nous avons en effet vécu un moment durant lequel le peuple grec s'est, à plusieurs reprises, clairement exprimé sur des choix politiques (à travers un référendum, à travers le Parlement grec plusieurs fois élu). De l'autre côté de la table des négociations, il n'y avait aucun élu, c'est-à-dire aucune personne légitimée par une souveraineté autre – et tout aussi forte – que celle du peuple grec, mais seulement une entité dénommée « troïka » composée de membres issus de la Commission européenne, de la Banque centrale européenne et du Fonds monétaire international (FMI) aux fins de prêter, sous conditions drastiques, de l'argent à la Grèce.

Cette crise a mis en évidence, aux yeux du monde, la très forte différence entre, d'un côté, la légitimité claire de la souveraineté du peuple grec – ce qui a donné une force incroyable et sans doute imméritée à des gens comme M. Valoufakis eu égard aux arguments qu'ils soutenaient – et, de l'autre côté, l'approche technocratique des acteurs de la « troïka ». De cette confrontation, il en a résulté un chemin long,

---

<sup>302</sup> Le 8 novembre 2016, le Parlement hongrois a rejeté de justesse un projet d'amendement constitutionnel pour interdire le plan européen de répartition des migrants.



compliqué, fait de multiples rebondissements aux termes desquels s'est perdu le sens de la souveraineté et donc de la légitimité.

Pourtant, les autres peuples européens ne s'y sont pas trompés, qui, entre un peuple souffrant et la « troïka », ont fini par trancher en faveur du peuple grec. Là, on a vu tout de suite ce que signifie, aujourd'hui, une souveraineté dont on perd les liens, et un partage de souveraineté au niveau européen – pourtant essentiel pour développer l'Union – dont on perd la racine ; cette racine qui ne peut être que le peuple.

Aussi, lorsque l'on évoque la crise de souveraineté, je pense que l'on fait référence à l'affaiblissement du rôle des parlements nationaux, qui voient leurs membres obligés de valider des décisions prises ailleurs, dans des enceintes technocratiques, sans légitimité populaire. Ce qui s'est passé en Wallonie est, à cet égard, assez édifiant. L'affaire concerne le débat sur l'accord de libre-échange entre l'Europe et le Canada (CETA). Cet accord devait, selon les règles de l'Union, être négocié par les seules institutions européennes et non par les parlements nationaux. Or, dans ce moment de difficultés sur les questions de souveraineté et parce qu'il s'agissait d'un peu plus que de commerce extérieur, la Commission européenne a demandé à l'ensemble des trente-huit parlements nationaux (vingt-huit + dix, car certains pays – comme le mien – ont deux chambres) de ratifier cet accord. Le Parlement de la Wallonie s'y est opposé<sup>303</sup>. C'est dans ce contexte que les institutions européennes ont négocié directement avec le Parlement de la Wallonie sans passer par l'État belge ! Ce qui, de mon point de vue, est une chose effarante. Cet exemple montre le chaos institutionnel que l'on est en train de vivre entre les concepts de légitimité, de souveraineté, et de peuple ; et la situation totalement déséquilibrée que cela engendre.

On a donc, d'un côté, des parlements nationaux en quête de rôle et, de l'autre côté, une perte de souveraineté qui devient de plus en plus problématique et sans solution, surtout quand elle se cumule avec le déclin des perspectives économiques des peuples et des sociétés. Cela finit par créer un mécanisme de cause à effet. La perte de souveraineté entraîne l'incertitude et la perte de confiance en l'avenir, et finalement la pauvreté.

Cela fait dire à tous les souverainistes de la nouvelle génération que si l'on retrouve une plus grande souveraineté, on retrouvera la richesse, le côté positif du progrès, la certitude d'être écouté et mieux traité, parce que c'est la perte de la souveraineté qui nous a fait entrer dans un monde qui nous prive des leviers nécessaires à l'action (actions politique et économique) et nous conduit vers plus de pauvreté, d'incertitude et de difficultés. L'Europe aujourd'hui n'est plus vécue comme un projet, mais comme un problème de plus à résoudre, parce que la seule solution qu'elle propose aux États-nations et aux peuples qui la composent est « plus d'Union européenne », c'est-à-dire plus d'élargissement, de fédéralisme, d'ouverture des frontières, etc. Tout le contraire de ce que veulent les peuples.

---

303 Le Parlement de la région belge de Wallonie avait adopté le 14 octobre 2016 une motion empêchant le gouvernement fédéral belge de signer l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada.

Dans ce contexte, il est donc naturel que la défiance règne, alimentée par les deux phénomènes majeurs que sont la crise économique et la perte de souveraineté. L'exemple type de cette défiance est l'euro, symbole d'un « bonheur économique » avorté.

Avant le passage à l'euro, l'Europe n'était pas sur le banc des accusés. Elle était une source de progrès : projets économiques supplémentaires, projet Erasmus, fonds structurels, etc., parce qu'on ne la plaçait pas au niveau des gouvernements nationaux. Or, la mise en place de l'euro – au-delà de son échec économique actuellement débattu – a fait disparaître l'un des symboles (avec l'épée, le territoire, les frontières) de la souveraineté ; symbole qui donnait sens à la formule « *L'État c'est moi* ». Cet effacement de la souveraineté est d'autant plus grand que cette monnaie ne porte plus le nom de mon pays – dans le cas de la France, le franc – et n'est donc plus le reflet d'une identité directe ; ce qui ajoute à la perte des repères.

La crise économique actuelle est-elle due à l'euro ? Je ne le pense pas. La mondialisation a rebattu les cartes du poids des nations dans l'économie. Ainsi, par exemple, en l'espace de quinze ans, le poids de la Chine dans le commerce mondial est passé de 3 % à 16 %, et d'autres pays ont évolué de la même façon. L'on a vécu la montée en puissance des parties du monde qui étaient restées spectatrices des Américains, des Japonais et des Européens (les seuls grands protagonistes de l'économie mondiale). Mais à l'avenir, nous ne serons plus les seuls protagonistes. Au sein du G7 où l'on trouvait en 1975 les pays économiquement les plus puissants du monde, il y avait quatre européens sur sept. Puis, l'on a rajouté dans les réunions du G7 le président de la Commission européenne et le président du Conseil européen (et la Russie avant qu'elle ne soit suspendue). Nous avons donc le paradoxe que le G7 qui rassemble les plus grandes économies du monde comporte six européens sur neuf membres. Ce qui apparaît totalement déconnecté de la réalité du commerce mondial. C'est pourquoi le G7 de 2030 sera sans doute un G7 dans lequel même l'Allemagne ne sera pas présente – naturellement, je parle du classement des sept économies les plus puissantes du monde –, car l'Allemagne sera vraisemblablement la huitième économie mondiale à horizon 2030. Tout cela constitue le grand changement que nous sommes en train de vivre.

Pour conclure, il me semble que le projet de « reprendre le contrôle » dans le but d'éliminer ce qui nous limite, ce qui nous entraîne dans la pauvreté, est une fausse piste. Aujourd'hui, le message nationaliste est le plus facile à suivre dans la difficulté, car c'est celui qui a toujours fait jouer la souveraineté la plus immédiate. Certes, le futur est difficile à appréhender, mais l'on se trouve dans cette contradiction qui est l'autre moteur de la reprise du contrôle ; j'appellerais cela le « vertige » qui est provoqué par le fait qu'en même temps l'on vit, depuis ces cinq dernières années, une accélération continue, impressionnante, de phénomènes d'intégration et de connexion provoqués par l'économie du numérique. L'on vit ces phénomènes de la même façon que l'on vit l'actualité politique mondiale des grands phénomènes. Nous vivons tous ensemble de grands moments d'émotion collective, de l'Australie aux États-Unis. Nous nous trouvons à un niveau de connexion qui crée ce vertige.





La majorité des populations ne possèdent ni la préparation, ni l'expertise ou la tradition de vivre dans un monde cosmopolite, connecté, comme le monde des cinq dernières années où la numérisation est totale. La majorité des populations ne parlent que leur langue natale, ne vit que dans la région où leurs parents sont nés. C'est la même chose aux États-Unis, en Grande Bretagne, en Italie, en France. Lorsque l'on analyse les résultats du *Brexit* et de l'élection de Donald Trump, ils présentent un caractéristique commune : la déconnexion entre les grandes villes et le pouvoir d'un côté, et la ruralité de l'autre.

Tous ces phénomènes relancent l'idée d'interdépendance. Dans ce contexte, la force révolutionnaire du numérique peut permettre de résorber (une partie de) la perte de la souveraineté, à la condition que les politiques fassent comprendre aux citoyens que ces phénomènes sont des phénomènes actuels qui changent nos vies, mais que l'on peut et que l'on doit dominer. Si l'on choisit le chemin le plus facile pour trouver la solution du problème en se refermant sur la nation, cela ne résoudra rien. C'est un problème de récit (de roman national ?) dans ce phénomène compliqué de « convention », de « fictif », et de « réel ». Il faut surtout comprendre que nos enfants vivent aujourd'hui dans un monde connecté que nous, à leur âge, nous ignorons. Le fait que cette vie connectée soit complètement intégrée change radicalement l'idée de souveraineté, et de partage de la souveraineté comme seul moyen pour le politique de reprendre le contrôle positivement, et d'exercer son rôle. Car, le politique joue un rôle très important, même aujourd'hui où l'on a le sentiment que la mondialisation l'a contraint à un rôle de figurant.

Avec le *Brexit*, le Royaume-Uni sort de l'Union européenne d'une façon, selon moi, chaotique, sans savoir ce que cela donnera. Certes, le peuple britannique s'est exprimé, mais la procédure de décision a été le choix d'un homme, M. Cameron. Il a fait cela pour des raisons politiques : son parti et la compétition entre son parti et l'« UKIP »<sup>304</sup>, et cela a entraîné des conséquences énormes. C'est la raison pour laquelle le thème de ce colloque est non seulement de pleine actualité, mais aussi au cœur de nos préoccupations quotidiennes.

---

**Raphaël Hadas-Lebel**  
*président de section (h) au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci beaucoup, M. le président. Vous avez eu le mérite d'établir le lien entre le sujet de nos discussions qui était un peu académique et l'actualité la plus brûlante.

---

**Denys de Béchillon**  
*professeur de droit public à l'université de Pau et des pays de l'Adour*

À travers l'ensemble de nos échanges, j'ai le sentiment que nous sommes à l'aube d'un grand changement. Vous avez parlé, à juste titre, du sentiment de dépossession. Il est vrai que beaucoup de nos concitoyens se sentent dépossédés de tout : de la capacité de décision, de l'argent, des clients, des marchés, etc. Et sans doute est-ce

304 Le parti pour l'indépendance du Royaume-Uni (en anglais, « *UK Independence Party* » ou UKIP).



cela qui les rend très volatils en termes de choix électoraux. La vérité est que l'on a toujours été dépossédé. Il y a eu peu de moments de l'histoire pendant lesquels les citoyens ont été véritablement en situation de contrôle d'eux-mêmes. Ce qui a changé, c'est que l'on ne le supporte plus. Cela doit nous conduire à une réflexion sur l'aboutissement de « l'âge démocratique ». Nous ne supportons plus du tout ce que l'on supportait très bien il y a quelques siècles ; et nous ne le supportons plus, car nous nous percevons tous comme des « mini souverains », résultat ou dégât collatéral d'une *postmodernité* qui, sur fond de perte des valeurs, promeut avec force publicités l'individualisme et la consommation comme éléments du bonheur.

La question du numérique, de ce point de vue, est tout à fait intéressante. Lorsque vous cliquez et que vous obtenez tout ce que vous souhaitez, qui plus est, de façon personnalisée et dans la plus parfaite apparence de gratuité, vous êtes le roi. Le propre du roi est qu'il ne supporte pas qu'on lui impose quoi que ce soit. Ce micro souverain, à qui l'on promet en plus un contrôle total sur son environnement, sur sa santé, à qui l'on dit que le « transhumanisme », dans vingt ou trente ans, lui permettra d'accéder à des niveaux de performances corporelles extraordinaires, voire qui est promis à l'immortalité, etc., se découvre en réalité incroyablement nu devant les réalités du monde. Si l'on ajoute à cela le phénomène de mondialisation et ses conséquences, il se retrouve totalement démuné, ce qui le jette dans la croyance en les vertus du « *repreons le contrôle* ». Sans s'apercevoir qu'un tel contrôle n'existera jamais. Bien sûr, prêcher cette croyance est une manière très sûre de se faire élire et... de décevoir. En ce sens, MM. Varoufakis et Tsipras sont des menteurs invétérés ; ils sont condamnés à rendre leur population aussi malheureuse qu'elle l'était auparavant, car évidemment ils ne reprendront pas le contrôle. Il arrivera, d'ailleurs, la même mésaventure à M. Trump, qui ne pourra pas faire, par exemple, que les règles du commerce international soient unilatéralement modifiées en défaveur de la Chine, qui ne se laissera pas mettre au pas. De même, promettre le retour de la croissance avec la maîtrise de la dette est irréaliste. « Reprendre le contrôle » de manière effective nous ferait, en effet, entrer dans les limites d'un totalitarisme généralisé au monde entier. D'où la question de savoir, comme l'on ne reprendra pas le contrôle, ce que nous aurons à la place ? Sans doute pas une société apaisée...

---

**Raphaël Hadas-Lebel**

*président de section (h) au Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Sir Michael, vous serez peut-être un peu moins pessimiste ?

---

**Michael Tugendhat**

*ancien juge à la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles*

« Reprendre le contrôle » était aussi le souhait des Américains en 1776. Eux au moins, au XVIII<sup>e</sup> siècle, ont pris le contrôle. À cette époque, l'on pouvait le faire. Je ne sais pas si c'était le cas en France en 1789. En Irlande aussi ils ont pris le



contrôle, en 1922<sup>305</sup>, mais pas totalement, car il s'agissait d'une toute petite île à côté d'un grand pays. Aujourd'hui, avec le *Brexit*, je crains que les Anglais ne comprennent rapidement qu'ils ont bien pris le contrôle, mais... de rien du tout. Ils ne peuvent pas, par exemple, obliger les constructeurs français à construire des voitures en Angleterre. Sans doute faut-il y voir une conséquence de la distinction entre « l'exercice de la souveraineté » et « la perte de la souveraineté ». Les traités européens étaient des exercices de souveraineté, mais les peuples les voient maintenant comme des pertes de souveraineté. J'ignore comment les persuader qu'un exercice n'est pas une perte.

---

305 En 1922, l'Irlande (du Sud) acquiert son indépendance à l'issue d'un long et sanglant conflit avec le Royaume-Uni.





# Échanges avec la salle

---

---

## *Question au professeur de Béchillon et au président Letta*

*Nous avons entendu que l'État est égal à un territoire, une population et une autorité légitime. Dans ce contexte, l'État islamique porte-t-il (ou portait-il) finalement bien son nom ?*

*Est-il possible d'ajouter la notion d'« identité européenne » au niveau européen ? Une telle notion est-elle pertinente ? Et quelle serait la signification d'une « souveraineté européenne » ? Pourrait-elle être « unie dans la diversité », comme l'on disait auparavant ?*

*Vingt-quatre pays de l'Union européenne possèdent deux chambres. Que pensez-vous, pour renforcer le rôle politique de l'Union, de la création d'une deuxième chambre qui serait une chambre représentante des régions ? Donnerait-elle davantage de poids et de légitimité politique à l'Union européenne ?*

---

## *Question du public*

*Le contrôle de subsidiarité des parlements nationaux est encadré dans un délai de trente jours, impossible à tenir pour les chambres parlementaires. Comment améliorer un tel contrôle ? De même, l'article 13 du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'UEM prévoit qu'une assemblée parlementaire n'arrive pas à fonctionner correctement faute d'accord entre le Parlement européen et les parlements nationaux. De ce fait, il y a dans les textes européens des mécanismes qui ne peuvent pas fonctionner. Comment améliorer ces mécanismes ?*

---

## *Denys de Béchillon*

*L'acquisition historique de la souveraineté de l'État a toujours été un fait de force, une prétention folle qui ne survit que parce qu'elle survit. Elle est dans son propre mouvement. Si l'État islamique fonctionnait, réussissait à imposer son empire sur un territoire donné, ce serait un État jusqu'à sa chute. On s'est beaucoup demandé si l'État nazi était un État et si le droit nazi était du droit, la réponse est oui. Tant qu'il n'est pas tombé, l'État s'autorise de lui-même. Ce n'est pas parce que cela tient pour des raisons inacceptables ou non-démocratiques que ce n'est pas un État. L'on peut parfaitement imaginer un État tyrannique. La question du pouvoir originel est celle-là : le pouvoir originel a toujours été un pouvoir de fait, ce n'est pas un pouvoir de droit. La naissance de l'État est liée à un fait de force auto-réalisateur et à pas autre chose.*

---

*Enrico Letta*

*La conséquence de ce que je viens de dire sur la contradiction, le paradoxe grec et les contradictions que le paradoxe grec a amené dans la discussion européenne est un paradoxe qui ne peut trouver des solutions qu'en cherchant à résoudre le problème de la légitimité et donc, de la souveraineté ; et du lien avec la souveraineté du peuple par rapport aux institutions européennes. Le but est de rendre tout cela plus légitime et plus directement lié à la voix du peuple.*

*C'est dans ce contexte que l'on a inventé le terme de « candidat favori » (en allemand, « Spitzenkandidat ») : il s'agit de faire en sorte que le choix du président de la Commission européenne ne résulte pas d'un simple accord diplomatique entre les décideurs européens, mais qu'il soit relié au vote du Parlement européen. J'ai été directement témoin de la désignation de M. Jünker en tant que président de la Commission européenne. M. Jünker, sans la procédure des « Spitzenkandidaten », sans l'article annexé au traité de Lisbonne qui dit qu'il faut tenir compte du résultat des élections européennes dans le choix du président de la Commission, et sans l'accord des partis européens qui ont permis le vote de confiance du Parlement européen à la condition que cette procédure soit respectée, n'aurait pas été élu. Les populaires avaient choisi M. Jünker, les socialistes-démocrates, M. Schultz, les libéraux, M. Verhofstadt ; sachant qu'au sein du Conseil européen, M. Jünker faisait l'objet de deux veto contre lui. Dans le précédent système, sans la procédure de « Spitzenkandidat » il n'aurait jamais été élu par manque d'accord unanime. Ce point-là est essentiel.*

*L'un des arguments forts du Brexit était de dire que l'on avait octroyé une délégation de souveraineté à une entité, sans lien avec la démocratie, composée de bureaucrates « apatrides » (ou d'eurocrates), et qu'il fallait donc retrouver le moyen de redonner le pouvoir au peuple. Tout cela oblige à créer un lien entre les citoyens et les institutions européennes.*

*Dans le même sens, l'on peut s'interroger sur la légitimité des actions de la Banque centrale européenne, devenue une espèce de gouvernement économique européen, qui mène, sans aucun contrôle démocratique, une politique monétaire aux conséquences économiques très fortes.*

*Je reviens sur la question des parlements. J'ai vécu les deux expériences : l'expérience du Parlement européen et celle du parlement national. Il y a une grande différence entre les deux. Cette différence réside dans le fait que le parlement national se croit souverain – bien que, pour toute une série de raisons, il ne le soit pas – et, donc, a une perception des limites du partage de souveraineté avec les autres seulement par le jeu du bouc émissaire anti-Union européenne que le gouvernement national joue chaque jour. Concrètement, cela signifie que lorsque le parlementaire national présente un amendement, par exemple pour ratifier les dépenses envers les agriculteurs de telle région, ou pour obtenir une baisse fiscale pour telle catégorie de contribuables, le ministre du budget ou son représentant répond : « Bruxelles refuse ». Et l'on ne peut pas faire cette dépense, ou ce choix. C'est comme cela que le parlementaire national*

entretient une relation perverse avec l'Europe. C'est une relation dans laquelle l'Europe est présentée par le gouvernement national comme « Madame non », alors qu'en réalité ce refus n'existe pas à cause de l'Europe mais pour des raisons budgétaires d'augmentation de la dette. Ce qui est différent. In fine, on s'aperçoit qu'il existe un manque de participation, un manque de connaissance des niveaux européens, des structures et des procédés de décision au niveau européen de la part du parlementaire national qui est très important, voire effrayant. Mais ce n'est pas de sa faute, car les deux niveaux ne communiquent pas ; et cela frustre fatalement le parlementaire national, créant ainsi une dynamique négative. Bien que je sois fédéraliste, je pense que c'est une grande erreur de ne pas davantage associer les parlements nationaux aux processus décisionnels communautaires, parce que c'est une façon pédagogique essentielle de leur faire partager les responsabilités.

---

### *Question du public*

Au sujet du Brexit, la Cour suprême peut-elle intervenir pour invalider le vote du peuple ? Au milieu du siècle dernier, une thèse assez répandue – mais largement rejetée aujourd'hui – faisait une distinction entre la souveraineté de fait et la souveraineté de droit. Pensez-vous que le concept de souveraineté soit toujours pertinent ?

---

### *Michael Tugendhat*

Sur le résultat du Brexit, ni le Parlement, ni la Cour suprême ne vont s'opposer à la volonté du peuple. Que se passera-t-il à l'avenir ? Personne ne le sait. Je ne pense pas qu'il y aura un autre référendum. Personne ne le souhaite.

---

### *Raphaël Hadas-Lebel*

M. de Béchillon, un mot sur souveraineté et indépendance ?

---

### *Denys de Béchillon*

Il est difficile de répondre en un mot vu la magnitude politique actuelle du concept de souveraineté. C'est très exactement ce avec quoi tout le monde veut jouer : c'est ce qui a fait élire M. Trump. C'est ce fantasme qui détermine la totalité de la vie politique française actuelle. La gauche, la droite, les « mondialistes » et les « souverainistes », tous veulent récupérer de la souveraineté. C'est un concept toujours valide que l'on n'abandonnera pas de si tôt. Juridiquement, il ne vaut pas grand-chose, mais il a le mérite d'une certaine construction. Politiquement, il est inenvisageable qu'il soit abandonné, du moins à court et moyen termes.

---

**Raphaël Hadas-Lebel**

*président de section (h) au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Avant d'esquisser une conclusion de nos échanges, je souhaiterais répondre à la remarque sur la multiplicité de nos révisions constitutionnelles par opposition à la stabilité constitutionnelle américaine. Je ne crois pas que cette multiplicité des révisions soit une atteinte à la souveraineté parce que, dans chaque cas, ces révisions sont effectuées dans le respect des règles constitutionnelles qui font intervenir le souverain, soit directement, soit indirectement. Je crois que l'on peut souhaiter très légitimement une stabilité plus grande de notre système institutionnel, mais la question de la souveraineté n'est pas en cause dans la multiplicité des révisions.

Pour conclure, l'on peut dire que cette onzième conférence du cycle Europe, sur le thème de « la souveraineté en questions », a confirmé l'intérêt d'une réflexion portant sur les conséquences des évolutions technologiques, économiques, et sociales de nos sociétés sur l'évolution de la notion de souveraineté. Pas seulement afin de mieux analyser les aspects juridiques, liés en particulier à la territorialité du droit et au droit comparé, mais parce que cela touche à des problèmes de fond.

Le président Letta a eu le mérite de nous montrer que la revendication de cette récupération de la souveraineté (le « *reprenons le contrôle* ») est un phénomène substantiel que l'on retrouve à la fois en Europe et aux États-Unis. Le caractère fondamental de cette revendication contraste apparemment avec ce que nous a dit le professeur de Béchillon sur le caractère souvent « fictif » de cette notion de souveraineté, et il a, à mon avis, argumenté avec talent sur ce caractère imaginaire, qui comporte une grande part de vérité.

Pourtant, en dépit de ce caractère fictif, le sentiment de dépossession des peuples occidentaux correspond, malgré tout, à une réalité qu'il faut prendre en compte. Comment faire pour tenir, en quelque sorte, les deux bouts de la chaîne ? Avoir conscience du caractère un peu formel, un peu convenu de ce principe de la souveraineté qui est déchiré de toutes parts par les réalités de l'interdépendance des États et, en même temps, répondre à cette demande, à ce sentiment de dépossession qui, s'il n'est pas pris en compte, entraînera des conséquences que nous pouvons aisément envisager (balkanisation, guerres civiles, populisme). Sans doute y a-t-il un gros effort de pédagogie à faire pour que les gens prennent conscience de la réalité de la souveraineté dans nos sociétés. Sans doute, aussi, faut-il faire plus de place au peuple dans le processus de décision, afin que celui-ci n'ait pas le sentiment d'être dépossédé. C'est un travail de très longue haleine, et c'est la raison pour laquelle je pense que la réflexion que nous avons eue au cours de cette séance, mais également durant ce cycle de conférences, sur un problème apparemment juridique et très technique, touche en réalité à nos sociétés de façon tout à fait essentielle.

Je remercie chacun des trois orateurs de nous avoir fait partager la diversité de leurs expériences, de leurs cultures – culture de leurs pays et expérience européenne –, et leurs analyses. Et je remercie le public pour sa participation active à ce colloque.





# Éléments de bibliographie

---

D. Battistella, « Le bel avenir de la théorie de l'État en relations internationales », *in Jus Politicum*, n° 8, 2012.

O. Beaud, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *in RFDA*, 1993, p. 1045 et suiv.

O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs*, n° 7, 1993, p. 33 et suiv.

F. Chaltiel, « La souveraineté », *in LPA*, 5 février 2009, p. 6 et suiv.

F. Chaltiel, « De la souveraineté nationale à la souveraineté supranationale ? », *in LPA*, 10 juillet 2008, p. 73 et suiv.

M. Chemillier-Gendreau, « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? », *in Revue du droit public*, 1<sup>er</sup> septembre 2014, p. 1283 et suiv.

C. Colliot-Thélène, « Les masques de la souveraineté », *in Jus Politicum*, n° 8, 2012.

L. Duguit, « Souveraineté et liberté. Treizième leçon. L'organisation de l'État moderne et la liberté de l'individu », 1921.

A. Levade, « La construction européenne et son incidence sur les compétences étatiques et la hiérarchie des normes », *in Revue française de droit constitutionnel*, 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° 102, p. 287 et suiv.

S. Saurugger, « Théoriser l'État dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret », *in Jus Politicum*, n° 8, 2012.





# Douzième conférence

---

## Les droits fondamentaux

### Sommaire de la conférence

---

Présentation du thème de la conférence .....	245
Biographie des intervenants .....	261
Actes – Les droits fondamentaux .....	263
Éléments de bibliographie .....	307





# Présentation du thème de la conférence

---

## 1. Introduction : le cadre national et international de la protection des droits fondamentaux

### 1.1. La protection des droits fondamentaux en droit français

#### **Conseil constitutionnel, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, dite « liberté d'association »**

Dans sa décision fondatrice du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958, lequel renvoie au préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

*« Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ».*

#### **Conseil constitutionnel, décision n° 73-51 du 27 décembre 1973, dite « taxation d'office »**

La première décision renvoyant expressément à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est la décision dite « taxation d'office » du 27 décembre 1973, dans laquelle le Conseil constitutionnel consacre le principe de l'égalité devant la loi.

*« Considérant, toutefois, que la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974, tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant ; qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ».*

### 1.2. La protection des droits fondamentaux dans le cadre européen

#### **Article 6.1 du Traité de l'Union européenne**

*« L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ».*



## **Articles 1, 3, 6, 8, et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH)**

Article 1 : « Obligation de respecter les droits de l'homme – Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

Article 3 : « Interdiction de la torture – Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

Article 6 : « Droit à un procès équitable »

*« 1 Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.*

*« 2 Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.*

*« 3 Tout accusé a droit notamment à :*

*« a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;*

*« b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;*

*« c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;*

*« d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;*

*« e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».*

Article 8 : « Droit au respect de la vie privée et familiale

*« 1 Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

*« 2 Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».*

Article 14 : « Interdiction de discrimination – La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment



sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

### **Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Al Skeini et autres contre Royaume-Uni***

Dans l'arrêt *Al-Skeini*, la Cour constate que, après le renversement du régime baasiste et jusqu'à l'instauration du gouvernement intérimaire, le Royaume-Uni a assumé en Irak (conjointement avec les États-Unis) certaines des prérogatives de puissance publique qui sont normalement celles d'un État souverain, en particulier le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est du pays. Dans ces circonstances, la Cour considère que le Royaume-Uni exerçait sur les personnes tuées lors de ces opérations une autorité et un contrôle propres à établir, aux fins de l'article premier de la Convention, un lien juridictionnel entre lui et ces personnes. La Cour conclut ensuite à la violation de l'article 2 de la Convention européenne par le Royaume-Uni.

« 143. Pour déterminer si l'un des proches des requérants relevait, au moment de son décès, de la juridiction du Royaume-Uni, la Cour prend pour point de départ le fait que, le 20 mars 2003, ce pays, avec les États-Unis et leurs partenaires de la coalition, avait pénétré en sol irakien, par le biais de ses forces armées, dans le but de chasser le régime baasiste alors au pouvoir. Ce but fut atteint le 1<sup>er</sup> mai 2003, lorsque la fin des principales opérations de combat fut prononcée et que les États-Unis et le Royaume-Uni devinrent des puissances occupantes au sens de l'article 42 du règlement de La Haye (paragraphe 89 ci-dessus).

« 144. Comme l'indiquait la lettre du 8 mai 2003 adressée conjointement par les représentants permanents du Royaume-Uni et des États-Unis au président du Conseil de sécurité des Nations unies (paragraphe 11 ci-dessus), ces deux pays, après avoir chassé l'ancien régime, avaient créé l'Autorité provisoire de la coalition pour « exercer[r] les pouvoirs du gouvernement à titre temporaire ». L'un des pouvoirs expressément mentionnés dans cette lettre que les États-Unis et le Royaume-Uni étaient censés assumer par l'intermédiaire de l'Autorité provisoire de la coalition consistait à assurer la sécurité en Irak, notamment en maintenant l'ordre public. La lettre indiquait en outre : « [I]es États-Unis, le Royaume-Uni et les membres de la coalition, agissant par l'intermédiaire de l'Autorité provisoire de la coalition, seront chargés, entre autres tâches, d'assurer la sécurité en Irak et d'administrer ce pays à titre temporaire, notamment par les moyens suivants : (...) en prenant immédiatement le contrôle des institutions irakiennes responsables des questions militaires et de sécurité ». (...)

« 162. Tout en prenant la juste mesure de ce contexte, la Cour doit garder à l'esprit que l'objet et le but de la Convention, en tant qu'instrument de protection des êtres humains, appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives. L'article 2, qui protège le droit à la vie et expose les circonstances dans lesquelles infliger la mort peut se justifier, se place parmi les articles primordiaux de la Convention. L'article 15 n'y autorise aucune dérogation, « sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre ». L'article 2 vise non seulement les cas où la mort a été infligée intentionnellement, mais aussi les situations dans lesquelles est permis un recours à la force pouvant conduire à donner la mort de façon involontaire. Le recours à la force doit cependant être rendu « absolument nécessaire » pour atteindre l'un des objectifs mentionnés aux alinéas a), b) ou c) (*McCann et autres*, précité, §§ 146-148). (...)



« 177. En définitive, la Cour conclut à la violation de l'obligation procédurale découlant de l'article 2 de la Convention à l'égard des premier, deuxième, troisième, quatrième et cinquième requérants ».

### **Conseil d'État, ordonnance du 9 décembre 2014, Mme A., n° 386029**

Le juge des référés du Conseil d'État applique la jurisprudence de la CJUE relative au droit de séjour des étrangers parents de citoyens mineurs de l'Union. En conséquence, il enjoint au préfet de la Loire-Atlantique de réexaminer la demande de titre de séjour formée par une ressortissante camerounaise, mère d'un enfant de nationalité espagnole.

« Vu le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ;

« Vu la *directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004* ;

« Vu le *code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* ;

« Vu les *arrêts de la Cour de justice de l'Union Européenne C-413/99 du 17 septembre 2002, C-200/02 du 19 octobre 2004, C-34/09 du 8 mars 2011, C-86/12 du 10 octobre 2013* ;

« Vu le *code de justice administrative* ;

« 1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures » ;

« 2. Considérant qu'il résulte de l'instruction que Mme A., ressortissante camerounaise titulaire d'une carte de séjour délivrée par l'Espagne valable jusqu'en 2017, est arrivée en France en 2012, avec sa fille D., ressortissante espagnole née le 29 janvier 2011 ; qu'ayant sollicité son admission au séjour le 12 novembre 2013, elle s'est vu opposer, par un arrêté du préfet de la Loire-Atlantique du 26 septembre 2014, un refus de séjour assorti d'une obligation de quitter le territoire français ; qu'elle a saisi, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes d'une demande de suspension de l'exécution de cet arrêté en tant qu'il lui refuse la délivrance d'un titre de séjour ; que Mme A. relève appel de l'ordonnance du 25 novembre 2014 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande ;

« 3. Considérant qu'aux termes de l'article 20 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* : « 1 Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Ils ont, entre autres: a) le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres; [...] Ces droits s'exercent dans les conditions et limites définies par les traités et par les mesures adoptées en application de ceux-ci. » ; qu'aux termes de l'article 7 de la *directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres*, intitulé « *Droit de séjour de plus de trois mois* » : « 1. Tout citoyen de l'Union a le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre pour une durée de plus de trois mois : [...] b) s'il dispose, pour lui et pour les membres de sa famille, de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de son séjour, et d'une assurance maladie complète dans l'État membre d'accueil





[...] 2. Le droit de séjour prévu au paragraphe 1 s'étend aux membres de la famille n'ayant pas la nationalité d'un État membre lorsqu'ils accompagnent ou rejoignent dans l'État membre d'accueil le citoyen de l'Union, pour autant que ce dernier satisfasse aux conditions énoncées au paragraphe 1, points a), b) ou c) » ; que ces dispositions combinées, telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, notamment dans les arrêts visés ci-dessus, confèrent au ressortissant mineur d'un État membre, en sa qualité de citoyen de l'Union, ainsi que, par voie de conséquence, au ressortissant d'un État tiers, parent de ce mineur et qui en assume la charge, un droit de séjour dans l'État membre d'accueil à la double condition que cet enfant soit couvert par une assurance maladie appropriée et que le parent qui en assume la charge dispose de ressources suffisantes ; que l'État membre d'accueil, qui doit assurer aux citoyens de l'Union la jouissance effective des droits que leur confère ce statut, ne peut refuser à l'enfant mineur, citoyen de l'Union, et à son parent, le droit de séjourner sur son territoire que si l'une au moins de ces deux conditions, dont le respect permet d'éviter que les intéressés ne deviennent une charge déraisonnable pour ses finances publiques, n'est pas remplie ; que, dans pareille hypothèse, l'éloignement forcé du ressortissant de l'État tiers et de son enfant mineur ne pourrait, le cas échéant, être ordonné qu'à destination de l'État membre dont ce dernier possède la nationalité ou de tout État membre dans lequel ils seraient légalement admissibles ;

« 4. Considérant que le ministre de l'intérieur a présenté, au cours de l'audience, une demande de substitution de base légale et une substitution de motifs de l'arrêté litigieux ; qu'il soutient, en effet, que Mme A. ne peut prétendre séjourner sur le territoire français en sa qualité de mère d'une mineure, citoyenne de l'Union, dès lors qu'elle ne justifie ni de ressources suffisantes ni d'une couverture par une assurance maladie appropriée ;

« 5. Considérant que la jouissance effective du droit de séjour dans l'État membre d'accueil par un citoyen de l'Union mineur implique nécessairement le droit pour celui-ci d'être accompagné par la personne qui en assure effectivement la garde ; que Mme A. tire ainsi de sa qualité de mère d'un enfant mineur, citoyen de l'Union, le droit de séjourner en France, État membre d'accueil, sous la double condition de disposer de ressources suffisantes et d'une couverture d'assurance maladie appropriée ; qu'il résulte de l'instruction, ainsi que des éléments recueillis lors de l'audience publique, que Mme A. exerce exclusivement l'autorité parentale sur sa fille, qui est scolarisée à Nantes depuis 2013, en vertu d'une ordonnance de non conciliation rendue, dans le cadre d'une procédure de divorce, le 12 mai 2014, par le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Nantes ; que cette même ordonnance a fixé la résidence habituelle de l'enfant chez sa mère ; qu'après avoir été hébergée, avec sa fille, chez sa sœur, la requérante a signé avec Nantes Habitat, le 10 septembre 2014, un contrat de location d'un logement conventionné à Nantes ; que l'intéressée travaille, sous couvert d'un contrat à durée indéterminée, depuis le 31 janvier 2013 ; que cette activité lui procure des ressources stables et régulières d'un montant mensuel d'environ 600 euros ; que, le 1<sup>er</sup> octobre 2014, elle a signé un avenant augmentant temporairement son temps de travail et, partant, sa rémunération ; qu'ainsi qu'en attestent les fiches de paie qu'elle a versées au dossier, les cotisations de sécurité sociale qu'elle et son employeur acquittent lui ouvrent droit à l'assurance maladie ; que si elle est admise à l'aide médicale d'État, ce n'est qu'à défaut, en l'absence de titre de séjour, de bénéficier de la couverture d'assurance maladie qu'elle est en droit d'avoir ; que, dans ces conditions, Mme A. et sa fille ne sauraient être regardées comme faisant peser une charge déraisonnable sur les finances publiques françaises ; qu'il suit de là qu'en refusant de délivrer à Mme A. un titre de séjour en sa qualité de mère d'un enfant mineur, citoyen de l'Union, le préfet de la Loire-Atlantique a porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que l'ordre juridique de l'Union européenne attache au statut de citoyen de l'Union ;



« 6. Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction qu'à la suite du refus de séjour litigieux qu'elle a porté à la connaissance de son employeur, celui-ci a engagé, pour ce seul motif, une procédure de licenciement à l'encontre de Mme A. ; que ce même refus de séjour est susceptible d'entraîner la résiliation du contrat de location qu'elle a signé avec Nantes Habitat ; qu'il suit de là que le refus de séjour litigieux est de nature à entraîner des conséquences graves sur la situation de Mme A. et de sa fille, du point de vue de leurs ressources, de leur logement ainsi que, par voie de conséquence, des conditions de scolarisation de cette dernière ; que, dans ces conditions, il y a urgence, au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, à ce que soient prises les mesures provisoires nécessaires pour faire cesser immédiatement l'atteinte grave et manifeste que porte l'arrêté litigieux aux droits conférés par l'ordre juridique de l'Union Européenne ;

« 7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, Mme A. est fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance qu'elle attaque, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande ; qu'il ya lieu de suspendre l'exécution de l'arrêté du 26 septembre 2014 en tant qu'il a opposé un refus de séjour à Mme A. et d'enjoindre à l'autorité préfectorale de réexaminer, dans les plus brefs délais, la demande de l'intéressée à la lumière des motifs qui précèdent ».

## **2. La superposition des systèmes de protection des droits fondamentaux issus de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'Union européenne**

### **CJCE, aff. C-11-70, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel**

Dans cet arrêt, la Cour de justice des communautés européennes a jeté les bases d'une protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne au moyen de la découverte de principes généraux du droit communautaire inspirés des traditions constitutionnelles nationales.

« Attendu qu'il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue, inhérente au droit communautaire, n'aurait été méconnue ;

« qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ;

« que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ;

« qu'il y a lieu dès lors d'examiner, à la lumière des doutes exprimés par le tribunal administratif, si le régime de cautionnement aurait porté atteinte à des droits de caractère fondamental dont le respect doit être assuré dans l'ordre juridique communautaire ».

### **CJCE, aff. C-36/75, 28 octobre 1975, Rutili c. ministre de l'intérieur**

La Cour de Luxembourg a ensuite posé le principe de la découverte de principes généraux du droit communautaire inspirés des principes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

« 26. Attendu que, pour l'essentiel, les États membres restent libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 48, paragraphe 3, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public ;



« 27. que cependant, dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation aux principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de la liberté de circulation des travailleurs, cette notion doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté ;

« 28. que, dès lors, des restrictions ne sauraient être apportées aux droits des ressortissants des États membres d'entrer sur le territoire d'un autre État membre, d'y séjourner et de s'y déplacer que si leur présence ou leur comportement constitue une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public ;

« 29. qu'à cet égard, l'article 3 de la directive n° 64/221 impose aux États membres l'obligation de porter cette appréciation au regard de la situation individuelle de toute personne protégée par le droit communautaire et non sur base d'appréciations globales ;

« 30. qu'en outre, l'article 2 de la même directive dispose que les raisons d'ordre public ne sauraient être détournées de leur fonction propre par le fait qu'elles soient « invoquées à des fins économiques » ;

« 31. que l'article 8 du règlement n° 1612/68, qui garantit l'égalité de traitement en matière d'affiliation aux organisations syndicales et d'exercice des droits syndicaux, fait reconnaître que la réserve relative à l'ordre public ne saurait être invoquée, non plus, pour des motifs tenant à l'exercice de ces droits ;

« 32. que, dans leur ensemble, ces limitations apportées aux pouvoirs des États membres en matière de police des étrangers se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par tous les États membres, et de l'article 2 du protocole n° 4 à la même convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963, qui disposent en des termes identiques que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis par les articles cités ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins « dans une société démocratique » ».

### **CJUE, assemblée plénière, 18 décembre 2014, avis 2/13 relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**

« 187. À cet égard, il importe, en premier lieu, de rappeler que l'article 53 de la Charte prévoit qu'aucune disposition de celle-ci ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits fondamentaux reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union ou tous les États membres, et notamment la CEDH, ainsi que par les Constitutions de ces derniers.

« 188. Or, la Cour a interprété cette disposition dans le sens que l'application de standards nationaux de protection des droits fondamentaux ne doit pas compromettre le niveau de protection prévu par la Charte ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union (arrêt Melloni, point 60).

« 189. Dans la mesure où l'article 53 de la CEDH réserve, en substance, la faculté pour les Parties contractantes de prévoir des standards de protection des droits fondamentaux plus élevés que ceux garantis par cette convention, il convient d'assurer la coordination entre cette disposition et l'article 53 de la Charte, tel qu'interprété par la Cour, afin que la faculté



octroyée par l'article 53 de la CEDH aux États membres demeure limitée, en ce qui concerne les droits reconnus par la Charte correspondant à des droits garantis par ladite convention, à ce qui est nécessaire pour éviter de compromettre le niveau de protection prévu par la Charte ainsi que la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union.

« 190. Or, aucune disposition de l'accord envisagé n'a été prévue pour assurer une telle coordination ». (...)

« 194. Dans la mesure où la Cour EDH, en imposant de considérer l'Union et les États membres comme des Parties contractantes non seulement dans leurs relations avec celles qui ne sont pas des États membres de l'Union, mais également dans leurs relations réciproques, y compris lorsque ces relations sont régies par le droit de l'Union, exigerait d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces États membres, l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union.

« 195. Or, rien n'est prévu dans l'accord envisagé afin de prévenir une telle évolution ».

### **3. La « conception allemande » des droits fondamentaux**

#### **Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne<sup>306</sup>, article 1<sup>er</sup>**

« Article 1

*[Dignité de l'être humain, caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique]*

« (1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.

« (2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde.

« (3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ».

#### **Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (Cour de Karlsruhe), arrêts « Solange I » du 29 mai 1974 et « Solange II » du 22 octobre 1986**

Dans son arrêt « Solange I »<sup>307</sup>, la Cour de Karlsruhe n'a pas suivi la CJCE (et son arrêt *Costa contre ENEL* du 15 juillet 1964) dans sa reconnaissance d'une primauté inconditionnelle du droit communautaire sur le droit national. Elle a jugé au contraire que cette primauté était conditionnée par l'article de la loi fondamentale prévoyant la participation de l'Allemagne à la construction européenne, et que cet article n'autorisait pas les Communautés européennes à porter atteinte aux bases constitutionnelles de la République fédérale d'Allemagne, et notamment à la garantie des droits fondamentaux. Il fallait donc que l'ordre juridique communautaire garantisse une protection des droits fondamentaux équivalente à celle assurée par la constitution allemande pour que la saisine de la Cour de

<sup>306</sup> La Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) est la constitution de l'Allemagne depuis le 8 mai 1949.

<sup>307</sup> Cour const. all., 29 mai 1974, BverfGE 37, 271.



Karlsruhe n'ait plus lieu d'être. Aussi longtemps que (en allemand, « *so lange* ») cette condition ne serait pas remplie, des recours contre une disposition de droit communautaire en invoquant la violation d'un droit fondamental reconnu par la constitution allemande resteraient recevables.

Douze ans plus tard, la Cour constitutionnelle fédérale a considéré que la protection des droits fondamentaux était désormais suffisamment assurée au niveau communautaire. La Cour a renoncé en pratique à exercer un contrôle sur le respect des droits fondamentaux car la jurisprudence de la CJCE rendait ce contrôle inutile :

*« Aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la Cour des Communautés, garantiront de façon générale une protection efficace des droits fondamentaux à l'égard de la puissance publique des Communautés, protection qui soit essentiellement équivalente à celle prescrite comme impérative et inaliénable par la loi fondamentale, et qui assure de façon générale la substance même des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle n'exercera plus sa juridiction sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé ».*

### **Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvR 2728/13 et s. du 21 juin 2016, affaire dite « opérations monétaires sur titres » ( OMT )**

L'acte attaqué est la décision prise le 6 septembre 2012, dans le contexte de la crise grecque, par le Conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne (BCE) qui autorisait celle-ci à mettre en œuvre un programme dénommé « opérations monétaires sur titre » (OMT). Le programme OMT visait à garantir la stabilité de la zone euro, en permettant à la BCE de racheter sur le marché secondaire des obligations souveraines d'États en difficulté, afin qu'elles ne tombent pas aux mains des spéculateurs. La décision prévoyait que ces achats n'étaient soumis à aucune limite de montant ni de durée. L'État bénéficiaire devait, en échange, impérativement se soumettre à un programme d'ajustement économique.

Le programme OMT n'a, à ce stade, jamais été mis en œuvre mais a provoqué de fortes réactions défavorables au sein de l'opinion publique allemande.

#### *Les auteurs des recours*

Les recours émanaient de requérants individuels qui empruntaient la voie de la « *plainte constitutionnelle* » (« *Verfassungsbeschwerde* »), ainsi que du parti de gauche radicale die Linke, par le biais de la procédure de règlement des contentieux entre organes constitutionnels<sup>308</sup>.

#### *Les moyens soulevés*

Les requérants estimaient qu'en faisant usage de compétences de politique économique qui ne lui avaient pas été transférées, la BCE avait modifié l'équilibre des pouvoirs entre l'Union et les États membres, porté atteinte aux prérogatives des parlements et touché au noyau dur des droits intangibles qui constituent l'identité constitutionnelle allemande. Certaines requêtes mettaient également en

308 La jurisprudence de la Cour a étendu le bénéfice de ce recours aux partis politiques.



cause l'inertie du gouvernement fédéral et du parlement qui n'avaient pas fait le nécessaire pour s'opposer à l'adoption par la BCE de la décision critiquée.

Les requérants soutenaient que les conditions posées par la Cour constitutionnelle dans son arrêt *Honeywell*<sup>309</sup> pour justifier que – nonobstant sa jurisprudence *Solange II*<sup>310</sup> – elle se livre exceptionnellement à un contrôle de constitutionnalité d'un acte de l'Union européenne, à savoir l'existence d'un acte *ultra vires*<sup>311</sup> et une atteinte à l'identité constitutionnelle allemande, étaient réunies et l'invitaient à exercer ce contrôle.

#### *Première décision de la Cour constitutionnelle allemande et renvoi préjudiciel*

Dans un premier arrêt du 14 janvier 2014, la Cour a, tout d'abord, été confrontée à la question de la recevabilité de plaintes constitutionnelles dirigées non contre un « acte des pouvoirs publics allemands » comme le prévoit la Loi fondamentale mais contre une décision d'une institution de l'Union *a priori* insusceptible de faire l'objet d'un tel recours. D'une part, la Cour a jugé qu'une partie des requêtes ne mettait pas directement en cause la décision OMT mais plus exactement le concours que la Banque fédérale d'Allemagne (*Deutsche Bundesbank*) devrait apporter à la mise en œuvre du programme ainsi que la passivité dont avaient fait preuve le gouvernement allemand et le parlement en ne s'opposant pas à son adoption. D'autre part, s'agissant des recours dirigés directement contre la décision OMT, elle a observé que, dans la mesure où le contribuable allemand aurait à supporter les conséquences du rachat des dettes souveraines, il se trouverait affecté par la décision, sans que ses représentants au parlement n'aient été consultés. Cette atteinte au pouvoir budgétaire du Parlement, en l'absence de tout transfert régulier de compétence à cet effet, pourrait porter atteinte au droit constitutionnellement protégé des citoyens à élire librement leurs représentants et à voir ces derniers accomplir le mandat pour lequel ils ont été élus<sup>312</sup> et justifier l'introduction d'une plainte constitutionnelle.

S'agissant de la substance du recours, la Cour constitutionnelle a, pour la première fois de son histoire, posé une question préjudicielle à la CJUE en mettant en pratique la stratégie de coopération avec cette dernière (« *Kooperationsverhältnis* ») qu'elle a théorisée dans sa décision *Honeywell*. La CJUE devait donc examiner la conformité de la décision OMT au droit primaire de l'Union, la Cour constitutionnelle devant, quant à elle, apprécier son caractère *ultra vires* et la violation subséquente de l'identité constitutionnelle allemande.

Par sa décision de renvoi, la Cour constitutionnelle s'est néanmoins livrée à une analyse détaillée des griefs soulevés par les requérants qui l'a amenée à conclure

309 Cour const. all., 6 juillet 2010, 2 BvR 2661/06.

310 Cour const. all., 22 octobre 1986, BverfGE 73, 339, précité.

311 Expression latine qui signifie « *au-delà des pouvoirs* » et désigne, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relative au droit de l'Union européenne, le contrôle exercé sur le respect, par les institutions de l'Union européenne, des limites de leurs compétences telles que définies par les traités par lesquels les Etats membres ont consenti à les leur transférer. V. en ce sens S. Dahan, O. Fuchs, M.-L. Layus, « Whatever it takes ? À propos de la décision OMT de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *AJDA*, 2014, p. 1311.

312 Article 38 alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale.

à une probable violation des traités. La Cour a observé que, si le dépassement des limites de son mandat par la BCE était avéré, les organes constitutionnels allemands auraient dû s'opposer à l'adoption de la décision et se devraient, en tout état de cause, de limiter son application sur leur territoire, étant précisé que l'acte litigieux ne pourrait être qualifié d'*ultra vires* que pour autant qu'il excède manifestement les compétences conférées par les États membres de l'Union européenne. La Cour a également précisé que, tout en statuant dans un esprit d'ouverture au droit de l'Union (« *Europafreundlichkeit* »), elle statuerait en dernier ressort sur l'existence d'une violation de l'identité constitutionnelle et sur l'applicabilité en Allemagne de l'acte litigieux.

#### *Décision de la Cour de justice de l'Union européenne*

Dans sa décision du 16 juin 2015 la CJUE a estimé que le programme OMT était compatible avec les traités<sup>313</sup>. Elle a toutefois assorti sa mise en œuvre de conditions techniques.

#### *Seconde décision de la Cour constitutionnelle allemande*

Dans sa décision du 21 juin 2016, la Cour constitutionnelle a, en premier lieu, conclu à l'irrecevabilité des requêtes qui étaient directement dirigées contre la décision OMT, en soulignant qu'un tel acte n'était pas susceptible de faire l'objet d'une plainte constitutionnelle.

Se prononçant sur le fond des demandes jugées recevables, la Cour a estimé que la décision OMT, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union, ne constituait pas un acte manifestement *ultra vires*, qu'elle n'emportait pas une érosion des pouvoirs du parlement allemand et ne portait pas atteinte à l'identité constitutionnelle allemande. Elle a toutefois précisé que les organes constitutionnels allemands ne pouvaient participer à ce programme que pour autant que les conditions posées par la Cour de justice, pour que sa mise en œuvre soit conforme au droit de l'Union, soient respectées et en particulier celle tenant à la limitation du volume des rachats de dettes. La Cour confie, en outre, au Parlement et au Gouvernement fédéral le soin de contrôler que ces conditions sont effectivement respectées et que la mise en œuvre du programme ne met pas en danger le budget fédéral.

Revenant sur la décision de la CJUE, la Cour constitutionnelle se déclare rassurée par cette dernière et, notamment, par le fait qu'elle ait rappelé que son contrôle s'étendait aux actes de la BCE et que la mise en œuvre du programme OMT devait respecter le principe de proportionnalité. Elle émet néanmoins un certain nombre de critiques à l'égard de la démarche adoptée pour l'analyse des questions litigieuses. Elle note ainsi que la CJUE a conclu au caractère monétaire et non économique du programme OMT, en se basant sur les seules explications fournies par la BCE quant aux objectifs poursuivis par ce programme, sans se livrer à une analyse approfondie et contradictoire de la question. Elle regrette également que la juridiction européenne n'ait pas apporté une réponse satisfaisante au problème du manque de légitimité démocratique des actes de la BCE, attribuable, selon

313 CJUE, Gde ch., aff. C-62/14, 16 juin 2015, *Gauweiler e. a. c. Deutscher Bundestag*.





elle, à l'indépendance de la Banque centrale. Selon la Cour de Karlsruhe, ce déficit démocratique doit nécessairement être contrebalancé par une interprétation très restrictive des actes de cette institution et par un contrôle juridictionnel strict du mandat qui lui a été conféré. Ce contrôle revêt une importance cruciale lorsque les décisions de la BCE peuvent affecter le fonctionnement démocratique et la souveraineté du peuple au sein des États membres et ainsi l'identité constitutionnelle de ces derniers, que l'Union est tenue de respecter<sup>314</sup>.

#### **4. Le dialogue entre les juges constitutionnel et européens**

##### **Conseil constitutionnel, décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, loi relative à la diversité de l'habitat**

« 1. Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ;

« 2. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » ;

« 3. Considérant que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ;

« 4. Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des États signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ;

« 5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ;

« 6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ;

« 7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ».

---

314 Ce résumé est extrait de la Chronique de jurisprudence étrangère du Conseil d'État coordonnée par la cellule de droit comparé du Centre de recherches et de diffusion juridiques (CRDJ) du Conseil d'État, RIDC, 4-2016, p. 1050 (à paraître).





**Conseil constitutionnel, décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013, M. Jeremy F**  
[Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen – question préjudicielle à la CJUE]

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 27 février 2013 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Jeremy F. Cette question est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du quatrième alinéa de l'article 695-46 du code de procédure pénale (CPP).

L'article 695-46 du CPP est relatif au mandat d'arrêt européen (MAE). Ce mandat a été institué par la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002. La loi du 9 mars 2004 a inséré dans le code de procédure pénale les règles relatives à ce mandat. Après la remise d'une personne à un autre État membre de l'Union européenne en application d'un MAE, l'article 695-46 prévoit que la chambre de l'instruction statue dans un délai de trente jours, « sans recours », sur une demande aux fins, soit d'étendre les effets de ce mandat à d'autres infractions soit d'autoriser la remise de la personne à un État tiers.

M. Jeremy F., requérant, soutenait que l'absence de recours contre la décision de la chambre de l'instruction porte notamment atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif.

Le Conseil constitutionnel a rappelé qu'aux termes de l'article 88-2 de la Constitution : « *La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne* ». Par ces dispositions, le constituant a spécialement entendu lever les obstacles constitutionnels s'opposant à l'adoption des dispositions législatives découlant nécessairement de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen. Par suite, il appartient au Conseil constitutionnel saisi de dispositions législatives relatives au MAE de contrôler la conformité à la Constitution des seules dispositions législatives qui procèdent de l'exercice, par le législateur, de la marge d'appréciation que prévoit l'article 34 du traité sur l'Union européenne.

Le Conseil constitutionnel a relevé que la décision-cadre du 13 juin 2002 ne comporte pas de dispositions relatives à un recours contre la décision prise par l'autorité judiciaire d'extension des effets d'un MAE. La décision-cadre ne précise pas davantage si cette décision de l'autorité judiciaire est provisoire ou définitive. Le Conseil n'est ainsi pas à même de tirer les conséquences de l'article 88-2 dans la mesure où il ne peut déterminer si les dispositions de l'article 695-46 du CPP qui prévoient que la chambre de l'instruction « *statue sans recours* » sont une application nécessaire de l'obligation faite par la décision-cadre de prendre cette décision au plus tard trente jours après réception de la demande.

La Cour de justice de l'Union européenne est seule compétente pour se prononcer à titre préjudiciel sur l'interprétation des dispositions de la décision-cadre. Par suite, afin d'être en mesure d'exercer son contrôle de conformité à la Constitution de l'article 695-46 du CPP, le Conseil constitutionnel a saisi la CJUE de la question de savoir si les articles 27 et 28 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen, doivent être interprétés comme s'opposant à ce que les États



membres prévoient un recours contre la décision de l'autorité judiciaire qui statue, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande, soit afin de donner son consentement pour qu'une personne soit poursuivie, condamnée ou détenue en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, pour une infraction commise avant sa remise en exécution d'un mandat d'arrêt européen, autre que celle qui a motivé sa remise, soit pour la remise d'une personne à un État membre autre que l'État membre d'exécution, en vertu d'un mandat d'arrêt européen émis pour une infraction commise avant sa remise.

Compte tenu de l'objet de cette question relative à la procédure pénale, de la situation du requérant, qui est détenu, et du délai dans lequel le Conseil constitutionnel doit statuer sur la QPC, il a demandé à la CJUE de statuer selon la procédure d'urgence.

**Conseil constitutionnel, décision n° 2016-545 QPC du 24 juin 2016 – M. Alec W. et autres** [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 30 mars 2016 par la Cour de cassation de deux questions prioritaires de constitutionnalité relatives à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 1729 et 1741 du code général des impôts. Les deux affaires, sur lesquelles le Conseil a statué par deux décisions, posaient des questions identiques. La seule différence était la version applicable des dispositions de l'article 1741 du code général des impôts.

Les requérants contestaient le cumul de l'application des majorations d'impôt prévues par l'article 1729 et des sanctions pénales établies par l'article 1741.

Le Conseil constitutionnel a d'abord jugé que les dispositions contestées de chacun de ces articles, prises isolément, sont conformes à la Constitution. Les sanctions qu'elles prévoient sont adéquates au regard des incriminations qu'elles répriment. Elles sont proportionnées.

Sur ce point, le Conseil constitutionnel a toutefois formulé une réserve d'interprétation. Sur le fondement du principe de nécessité des peines, il a jugé qu'une sanction pénale pour fraude fiscale ne peut être appliquée à un contribuable qui, pour un motif de fond, a été définitivement jugé non redevable de l'impôt.

Le Conseil constitutionnel s'est ensuite prononcé sur le cumul de l'application des dispositions contestées. Il a déclaré l'application combinée des dispositions contestées des articles 1729 et 1741 conforme à la Constitution en formulant deux réserves d'interprétation. Après avoir rappelé l'objet des deux articles dont les dispositions étaient contestées, le Conseil constitutionnel a jugé que celles-ci permettent d'assurer ensemble la protection des intérêts financiers de l'État ainsi que l'égalité devant l'impôt, en poursuivant des finalités communes, à la fois dissuasive et répressive. Le recouvrement de l'impôt et l'objectif de lutte contre la fraude fiscale justifient l'engagement de procédures complémentaires dans les cas de fraude les plus graves.



Le Conseil a néanmoins formulé sur ce point une réserve en jugeant que le principe de nécessité des délits et des peines impose que les sanctions pénales ne s'appliquent qu'aux cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt. Il a précisé que cette gravité peut résulter du montant de la fraude, de la nature des agissements de la personne ou des circonstances de leur intervention.

Le Conseil constitutionnel a en conséquence jugé que l'application combinée des dispositions contestées ne peut être regardée comme conduisant à l'engagement de poursuites différentes et n'est donc pas contraire au principe de nécessité des peines.

Enfin, dans le prolongement d'une jurisprudence bien établie, le Conseil constitutionnel a formulé une dernière réserve d'interprétation garantissant le respect du principe de proportionnalité des peines par l'application combinée des dispositions contestées : en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne peut dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

Sous ces réserves, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution l'article 1729 du code général des impôts ainsi que les mots « *soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt* » figurant dans la première phrase du premier alinéa de l'article 1741 du même code.

#### **CEDH, 15 novembre 2016, A. et B. contre Norvège**

L'affaire concerne deux contribuables qui soutenaient avoir été poursuivis et sanctionnés administrativement et pénalement, soit deux fois, pour la même infraction.

La Cour conclut qu'elle n'a aucune raison de mettre en doute les motifs pour lesquels le législateur norvégien a choisi de réprimer, au moyen d'une procédure mixte intégrée, c'est-à-dire administrative et pénale, le comportement, préjudiciable à la société, consistant à ne pas payer ses impôts. Elle ne met pas en doute les motifs pour lesquels les autorités norvégiennes ont décidé de traiter séparément l'élément de fraude, plus grave et plus répréhensible socialement, dans le cadre d'une procédure pénale plutôt que dans celui d'une procédure administrative ordinaire.

La Cour considère que la conduite de procédures mixtes, avec une possibilité de cumul de différentes peines, était prévisible par les requérants qui, dès le début, n'étaient pas censés ignorer que les poursuites pénales s'ajoutant à une majoration d'impôt étaient de l'ordre du possible, voire du probable, compte tenu de leurs dossiers. La Cour observe que les procédures administrative et pénale ont été conduites en parallèle et qu'elles étaient imbriquées. Les faits établis dans le cadre d'une de ces procédures ont été repris dans l'autre et, en ce qui concerne la proportionnalité de la peine globale, la sanction pénale a tenu compte de la majoration d'impôt.



La Cour est convaincue que si des sanctions différentes ont été imposées par deux autorités différentes, lors de procédures différentes, il existait néanmoins entre celles-ci un lien matériel et temporel suffisamment étroit pour les considérer comme s'inscrivant dans le mécanisme de sanctions prévu par le droit norvégien<sup>315</sup>.

---

315 Ce résumé est extrait du communiqué de presse de la Cour EDH, sur la décision.



# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **Maryvonne de Saint Pulgent**

*Présidente de la section du rapport et des études du Conseil d'État*

Diplômée de Sciences Po et ancienne élève de l'École nationale d'administration (ENA), Maryvonne de Saint Pulgent est présidente de la section du rapport et des études du Conseil d'État depuis le 30 avril 2014. Conseillère au tribunal administratif de Paris en 1976, elle est nommée rapporteur à la Cour des comptes en 1980 puis maître des requêtes au Conseil d'État en 1986. Commissaire du Gouvernement près l'assemblée du contentieux et les autres formations de jugement du Conseil d'État de 1987 à 1993, elle est nommée présidente de la 8<sup>e</sup> sous-section du contentieux en 2001. En 2003, elle rejoint la section de l'intérieur. Maryvonne de Saint Pulgent a été directrice du Patrimoine au ministère de la culture et de la francophonie et présidente de la Caisse nationale des monuments historiques et des sites (1993-1997) et présidente de la Maison de l'histoire de France (2012). Depuis 2007, elle préside le Comité d'histoire du ministère de la culture ; elle est également présidente des conseils d'administration du Théâtre national de l'opéra comique, de l'Institut géographique national et de l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence.

## Intervenants

### **Denys Simon**

*Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne*

Denys Simon est professeur agrégé des facultés de droit (1979). Il a commencé sa carrière universitaire en qualité d'assistant à l'université de Nancy. Il est professeur de droit à l'université Mohamed ben Abdallah de Fès (1980-1983), à l'université Robert Schuman de Strasbourg (1984-2002), à l'université de La Réunion (2002-2009), avant d'être nommé professeur à l'université Panthéon-Sorbonne, École de droit de la Sorbonne, où il est directeur adjoint du département Droit international et européen de l'École doctorale de droit de la Sorbonne. Denys Simon est également professeur associé à l'université de Luxembourg et professeur invité au Collège franco-roumain d'études européennes à Bucarest. Il a été professeur invité aux universités de Barcelone, San Sebastian, Louvain, Bucarest, Bangkok, Tunis, Casablanca, Libreville et il est docteur *honoris causa* des universités de Bruxelles et de Bucarest. Il est l'auteur de nombreux ouvrages et contributions, notamment dans les domaines du droit européen, des droits fondamentaux, et du droit international.

## **Johannes Masing**

*Juge à la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne*

Après des études de langue française à l'université de Grenoble (1979), Johannes Masing entreprend des études de droit et de philosophie à l'université Albert-Ludwigs de Fribourg-en-Brigau. Il devient chargé de recherches (« *wissenschaftlicher Mitarbeiter* ») à l'université de Fribourg, puis à la Cour constitutionnelle fédérale (1992-1996). Il obtient, en 1996, un doctorat après avoir soutenu une thèse consacrée à l'influence du droit européen sur le droit administratif allemand, puis, en 1997, une habilitation à diriger des recherches à l'issue de ses travaux portant sur la compétence des comités d'enquête parlementaires. Professeur remplaçant aux universités de Bielefeld et Heidelberg, il devient titulaire de la chaire de droit constitutionnel et administratif de l'université d'Augsbourg (1998-2007), puis de la chaire de droit public de l'université Albert-Ludwig de Fribourg (depuis 2007). Le prix Gay-Lussac-Humboldt lui est décerné en 2007. Johannes Masing a réalisé de longs séjours de recherche à l'étranger, à l'université du Michigan (2002) et à l'université Panthéon-Sorbonne (2006). Il a été professeur invité à l'université Jagellion (Cracovie, Pologne), à l'université Panthéon-Sorbonne, à l'université Panthéon-Assas, à l'université Jean Moulin (Lyon 3), ainsi qu'à l'université de Pennsylvanie. Depuis le 2 avril 2008, Johannes Masing est juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne.

## **Guy Canivet**

*Premier président (h) de la Cour de cassation, ancien membre du Conseil constitutionnel*

Guy Canivet commence sa carrière comme auditeur de justice, puis comme juge d'instruction à Chartres (1972). Nommé substitut du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris (1975-1978), il occupe successivement les fonctions de secrétaire général de la présidence de ce même tribunal (1978-1983), de Premier juge (1983), puis de vice-président (1985-1986). Il est ensuite affecté à la cour d'appel de Paris en tant que conseiller (1986-1991), président de chambre (1991-1994), et Premier président (1996-1999). Premier président de la Cour de cassation de 1999 à 2007, Guy Canivet est nommé, ensuite, membre du Conseil constitutionnel par le président de l'Assemblée nationale (2007-2016). Il a été professeur associé à l'université René Descartes (Paris-V, 1994-2004), puis à Sciences Po (2004-2007). Il a présidé la Société de législation comparée (1999-2003), ainsi que l'Association des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, qu'il a fondée en 2004. Il est l'auteur de nombreux ouvrages, rapports et articles.



# Actes – Les droits fondamentaux

---

**Maryvonne de Saint Pulgent**

*présidente de la section du rapport et des études,*  
**modérateur de la conférence**

Nous avons ouvert, au printemps 2015<sup>316</sup>, ce cycle consacré aux rapports entre droit comparé et territorialité du droit ; il nous faut, à présent, le refermer, et c'est assez naturellement que nous le faisons sur le sujet des droits « fondamentaux » : l'emploi de ce qualificatif, qui en France, n'est pas toujours allé de soi<sup>317</sup>, évoque un soubassement sur lequel repose l'ordre juridique tout entier<sup>318</sup>. La « territorialité » de ces droits renvoie aux *limites* de leur protection. Dans cette optique, elle cherche à appréhender, non pas tant un espace géographique que des sujets de droit<sup>319</sup>.

Des tendances antagonistes en termes de territorialité traversent les droits fondamentaux tels qu'ils sont conçus (1) et mis en œuvre (2).

## **1. Les droits fondamentaux sont intimement liés au constitutionnalisme, malgré leur inspiration universaliste.**

*1.1. La suprématie de la Constitution nationale dans l'ordre juridique interne confère à certains droits la protection la plus forte qui soit au sein du territoire et de la population soumis au contrôle total de l'État<sup>320</sup>.*

Le lien intime qui unit les droits fondamentaux, définis comme prééminents par rapport à d'autres références, au constitutionnalisme, est révélé par une sémantique propre au système allemand qui, depuis le 23 mai 1949, repose sur une « Loi fondamentale » dont le premier objet est de garantir des « droits fondamentaux ». Si le droit français ne permet pas d'assimiler droits constitutionnels

---

316 Par la conférence inaugurale du cycle « Droit comparé et territorialité du droit », intitulée : défis et enjeux, qui s'est tenue le 20 mai 2015.

317 Ainsi, « jusqu'à la décennie 1970, on ne se référait guère, en France, à la notion des « droits fondamentaux », qui pourtant existait déjà ailleurs » : E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 20 juillet 1998, n° 7, pp. 6-42. La France s'inscrirait dans une tradition de « *libertés publiques* » « *ancrées dans une conception citoyenne des droits de l'homme* » alors que les droits fondamentaux seraient une « *notion venue d'Allemagne* » : voir L. Richer, « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », *AJDA*, même numéro, pp. 1-6.

318 E. Picard, précité : « *les droits fondamentaux sont des droits assez essentiels pour fonder et délimiter, plus ou moins directement, les grandes structures de l'ordre juridique tout entier en ses catégories, dans lequel et par lesquelles ils cherchent à se donner ainsi les moyens multiples de leurs garanties et de leur réalisation* ».

319 Comme souligné au cours de la quatrième conférence de ce cycle, intitulée : appréhension de la territorialité du droit et usages du droit comparé dans l'espace européen, qui s'est tenue le 25 novembre 2015.

320 C'est l'ampleur de ce contrôle sur une population et un territoire qui définit l'État, comme rappelé par le professeur Denys de Béchillon au cours de la onzième conférence de ce cycle, qui s'est tenue le 9 novembre dernier.

et droits fondamentaux<sup>321</sup>, il reste que le Conseil constitutionnel a joué un rôle majeur dans l'émergence de ces derniers en reconnaissant un rang constitutionnel aux déclarations de droits figurant dans le Préambule de la Constitution<sup>322</sup>.

Leur protection dans le cadre *supranational* de l'Union européenne procède de la même logique. Leur consécration, par la voie prétorienne<sup>323</sup>, puis sous la forme d'une « Charte des droits fondamentaux », à laquelle renvoient les traités fondateurs<sup>324</sup>, va de pair avec la nature de « charte constitutionnelle de base » de ces derniers<sup>325</sup>. C'est une territorialité toute particulière qui en découle, moins spatiale que *matérielle*, subordonnée à la compétence d'attribution des institutions de l'Union européenne<sup>326</sup>, et limitée aux cas dans lesquels les États membres « *mettent en œuvre* » le droit qui en découle<sup>327</sup>.

Il en résulte un champ d'application *limité* des droits fondamentaux, qui de ce point de vue, et en dépit de leur « *fondamentalité* », ne se distinguent pas des autres normes. C'est pourquoi, des activités *extraterritoriales* des États peuvent demeurer des zones de non-droit – les révélations relatives à des programmes, notamment américains<sup>328</sup>, de surveillance des communications électroniques à l'étranger, en ont fourni des illustrations dans un passé récent.

### 1.2. Les droits fondamentaux sont pourtant d'inspiration universaliste.

Découlant de l'idée de *jus naturalis*, la notion va « au-delà du droit »<sup>329</sup>. Ainsi, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, composante du « bloc de constitutionnalité » français, proclame des « *droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme* ». La Loi fondamentale allemande, tout en étant emblématique des liens intimes entre le constitutionnalisme et les droits fondamentaux, affirme que « *le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine* »<sup>330</sup>.

321 On ne saurait, dans le cas de la France, ni « *réduire* » ni « *étendre* » « *le fondamental au constitutionnel* » : E. Picard, précité.

322 Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, dite « Liberté d'association ».

323 CJCE, aff. 11-70, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. L'article 6.3 du traité sur l'Union européenne (TUE) reprend à son compte cette construction jurisprudentielle en précisant que « *les droits fondamentaux (...) font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

324 Depuis l'adoption du traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, aux termes duquel l'article 6.1 du TUE précise que : « *L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités* ».

325 CJCE, aff. 294/83, 23 avril 1986, *Les Verts* : « *la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité* » (point 23).

326 L'article 6.1, second alinéa, du TUE, stipule que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne doit étendre « *en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités* ».

327 L'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précise que celle-ci s'impose « *aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union européenne* ».

328 Conseil d'État, étude annuelle 2014 précitée, pp. 203-205 ; voir aussi, s'agissant de programmes français similaires, *Le Monde*, édition du 5 juillet 2013, pp. 8-9.

329 L. Richer, précité.

330 Loi fondamentale, article 1<sup>er</sup>, deuxième alinéa.



Cet esprit universaliste met en question le bien-fondé du cantonnement de la protection de ces droits à un territoire : leur « fondamentale » paraît tellement impérative que la souveraineté étatique semble devoir céder devant elle<sup>331</sup>.

Ainsi, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'applique dans les rapports entre les États parties et les personnes « *relevant de leur juridiction* »<sup>332</sup>. Si celle-ci est en principe délimitée par le territoire de l'État<sup>333</sup>, elle peut, toutefois, résulter d'un contrôle *effectif* exercé par ce dernier en-dehors de ses frontières.

Ainsi, la Cour EDH a pu constater le manquement<sup>334</sup>, par le Royaume-Uni, à l'obligation procédurale, découlant du droit à la vie<sup>335</sup>, de conduire une enquête adéquate et effective sur des personnes tuées en Irak en 2003 lors d'opérations militaires auxquelles il a participé dans ce pays<sup>336</sup>. Elle s'est notamment appuyée sur un avis consultatif rendu par la Cour internationale de justice (CIJ) le 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*<sup>337</sup>, selon lequel le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est applicable aux actes d'un État agissant en-dehors de son propre territoire<sup>338</sup>. L'inspiration universaliste des droits fondamentaux est pour beaucoup dans cette appréciation : dans son avis, la CIJ avait souligné que « *compte tenu de l'objet et du but du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au pacte soient tenus d'en respecter les dispositions* »<sup>339</sup>.

Pour conclure à la violation de la Convention EDH par le Royaume-Uni malgré le contexte très particulier de la guerre en Irak, la Cour EDH a également souligné qu'il fallait « *garder à l'esprit (...) l'objet et le but de la Convention, en tant qu'instrument de protection des êtres humains* »<sup>340</sup>.

D'autres activités extraterritoriales des États, qui traditionnellement échappaient à tout cadre juridique, tendent à être progressivement « saisies » par le droit au nom de la protection des droits fondamentaux : il en va ainsi des mesures de surveillance des communications électroniques internationales, que la loi n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 vient de réglementer pour les rendre conformes à la jurisprudence de la Cour EDH<sup>341</sup>, conformément aux préconisations du Conseil d'État<sup>342</sup>.

331 E. Picard, précité.

332 Article 1<sup>er</sup> de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH).

333 CEDH, Gde ch., 12 décembre 2001, *Bankovic et autres c. la Belgique et seize autres États*, n° 52207/99.

334 CEDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, n° 55721/07, point 144.

335 Garanti par l'article 2 de la Convention EDH.

336 Dans le cadre de l'Autorité provisoire de la coalition pour exercer sur l'Irak les pouvoirs du gouvernement à titre temporaire.

337 CIJ, Recueil 2004, p. 136.

338 CIJ, avis précité, point 111 ; point 109 : « *si la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national* ».

339 *Ibid.*, point 109.

340 CEDH, *Al-Skeini* précité, point 162.

341 CEDH, 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Liberty et autres c. Royaume-Uni*, n° 58243/00.

342 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, éd. La documentation Française, Paris, 2014, p. 214 et pp. 320-321.

Les droits fondamentaux procèdent ainsi d'une logique territoriale en même temps qu'ils portent en eux les ferments de son dépassement.

**2. Le respect des droits fondamentaux exige tout à la fois de la rigueur quant à la territorialité du droit et une forme de dépassement de celle-ci, qui en matière de droits fondamentaux, comporte un enjeu lourd : l'autonomie des systèmes juridiques.**

*2.1. C'est au nom du droit fondamental de vote que la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne vérifie, dans le cadre du contrôle ultra vires qu'elle effectue, le respect, par les institutions de l'Union européenne, des limites de la compétence que leur confèrent les traités fondateurs, directement ou indirectement approuvés par le peuple<sup>343</sup>.*

La protection des droits fondamentaux interdit ainsi radicalement de faire abstraction des questions de territorialité du droit. Cette protection peut, dans le même temps, rendre nécessaire le dépassement d'une stricte territorialité pour être étendue au-delà du cadre national, voire régional ; faute de quoi, son effectivité serait mise à mal, dans le contexte d'une mobilité internationale accrue, amplifiée par la révolution numérique<sup>344</sup>. Tel est le cas en matière de transfert de données personnelles de l'Union européenne vers les États-Unis, compte tenu des différences de niveaux de protection de ces données entre les deux systèmes juridiques<sup>345</sup>.

*2.2. Ce dépassement trouve toutefois sa limite dans la nécessaire autonomie des systèmes juridiques.*

Pour donner un avis défavorable, le 18 décembre 2014<sup>346</sup>, à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH dans les termes du projet qui lui était soumis, la CJUE a invoqué<sup>347</sup> le risque d'atteinte aux spécificités et à l'autonomie du droit de l'Union<sup>348</sup>, qui est « *l'équivalent de la souveraineté juridique des États* »<sup>349</sup>.

Lorsqu'il s'agit de développer sa conception de la protection des droits fondamentaux, la propension de la Cour à s'inspirer d'autres systèmes juridiques,

---

343 S. Dahan, O. Fuchs, M.-L. Layus, « *Whatever it takes ? À propos de la décision OMT de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne* », *AJDA*, 2014, p. 1311.

344 La dixième conférence du cycle « Droit comparé et territorialité du droit » s'est tenue, le 27 janvier 2016, sur le thème : L'a-territorialité du droit à l'ère numérique.

345 CJUE, Gde ch., aff. C-362/14, 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*.

346 CJUE, Assemblée plénière, 18 décembre 2014, Avis 2/13.

347 V. par exemple aux points 194 et 195 de l'avis : « *l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union. (...) Or, rien n'est prévu dans l'accord envisagé afin de prévenir une telle évolution* ». V. à ce sujet : M. Gautier, « *Ad kalendas graecas ?* », *AJDA*, 2015, p. 129.

348 V. Skouris, « *Quelle souveraineté juridique des États et de l'Union ?* », intervention dans la conférence organisée au Conseil d'État le 21 octobre 2015 dans le cadre des « Entretiens sur l'Europe », *RFDA*, 2016, p. 411.

349 V. Skouris, précité.



particulièrement, de la Convention EDH, a toujours été remarquablement forte<sup>350</sup> ; pour autant, cela ne signifie pas qu'elle puisse facilement accepter de soumettre cette conception au contrôle de la Cour EDH : « *l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation des droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union* »<sup>351</sup>.

Au demeurant, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne comporte des dispositions propres pour assurer son insertion dans le système de la protection des droits fondamentaux en Europe et participer ainsi à la régulation de la territorialité de ces droits : selon son article 52, dans la mesure où elle consacre des droits qui correspondent à ceux de la Convention EDH, « *leur sens et leur portée sont les mêmes* » et son article 53 énonce qu'aucune des dispositions de la Charte « *ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus* » en Europe.

De son côté, la CJUE adopte une conception extensive du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, incarnée par l'arrêt *Fransson* rendu en grande chambre en 2013<sup>352</sup>, qui provoque, selon la même logique, tensions et résistances nationales<sup>353</sup> ; celles-ci pourraient se cristalliser sur le sujet de l'applicabilité de la Charte aux régimes nationaux de conservation des données de connexion, à la suite de l'arrêt rendu en grande chambre le 8 avril 2014 *Digital rights Ireland Ltd*<sup>354</sup> : la CJUE doit se prononcer dans les prochains jours sur cette question<sup>355</sup>.

La Cour EDH, consciente de ces difficultés, accepte, *dans une certaine mesure*, une « *territorialisation des droits de l'homme* »<sup>356</sup> : elle reconnaît aux États parties une marge nationale d'appréciation qu'elle définit en fonction de standards européens

---

350 La CJUE a jeté les bases d'une protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne au moyen de la découverte de principes généraux du droit communautaire inspirés des traditions constitutionnelles nationales (arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, précité) puis des principes de la Convention EDH, à compter de l'arrêt du 28 octobre 1975, *Rutili c. ministre de l'intérieur* (aff. 36/75) ; elle a reconnu à celle-ci une « *signification particulière* » à compter de l'arrêt du 18 juin 1991, *ERT c. DEP* (aff. C-260/89).

351 V. Skouris, précité.

352 CJUE, Gde ch., aff. C-617/10, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

353 Dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 12 février 2016, *Association French data network*, n° 388134, le rapporteur public, E. Crépey, appelait à engager avec la CJUE « *un dialogue franc et constructif* », « *comme il est d'usage de s'exprimer dans les milieux diplomatiques* » sur les limites de cette conception extensive en ce qui concerne l'encadrement, par le droit de l'Union européenne, des régimes nationaux de conservation des données de connexion à des fins de protection de la sécurité nationale.

354 CJUE, Gde ch., aff. jointes, 8 avril 2014, *Digital rights Ireland Ltd* (aff. C-293/12) et *Seitlinger et autres* (aff. C-594-12).

355 Depuis la tenue de la conférence, la Cour EDH s'est prononcée, en Grande chambre, par un arrêt du 21 décembre 2016, aff. jointes : *Tele2 Sverige AB* (aff. C-203/15) et *Secretary of State for the Home Department* (aff. C-698/15).

356 J.-L. Sauron, « La CEDH peut-elle éviter une territorialisation des droits de l'homme ? », note sous CEDH, 5<sup>e</sup> section, 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France*, n° 64846/11, *Gazette du Palais*, 12 janvier 2016, n° 2.



dont elle constate l'existence<sup>357</sup> ou l'absence<sup>358</sup>, accentuant le caractère mouvant de la portée des droits garantis par cet « instrument vivant » qu'est la Convention EDH.

## Conclusion

Les conflits potentiels aux confins de la territorialité du droit sont d'autant plus aigus que les droits fondamentaux sont en jeu. Or, ces derniers forment un terrain particulièrement propice à l'usage du droit comparé, de nature à enrichir le dialogue des juges. C'est ce dernier qui doit permettre de désamorcer les conflits et de faire régner l'harmonie, dans une Europe marquée par le pluralisme juridique, parfaitement reflété par les intervenants que nous accueillons à ce colloque.

Guy Canivet a exercé en France les fonctions juridictionnelles les plus éminentes, puisqu'il a été Premier président de la Cour de cassation avant de devenir membre du Conseil constitutionnel. Il a su inscrire ces fonctions dans le cadre européen et tout particulièrement, dans le dialogue des juges : il est ainsi l'un des fondateurs de l'Association des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne<sup>359</sup>. Johannes Masing, juge à la Cour constitutionnelle allemande et professeur de droit, a débuté ses études en France<sup>360</sup>, avant de les poursuivre en Allemagne, où il a consacré sa thèse à l'influence du droit européen sur les principes fondamentaux de la relation entre l'administration et les citoyens<sup>361</sup>. Ses travaux de recherche ont été récompensés par le prix scientifique franco-allemand Gay-Lussac-Humboldt<sup>362</sup>. Le professeur Denys Simon, éminent spécialiste des droits européens, auteur de très nombreux ouvrages consacrés notamment au droit de l'Union européenne, relève à lui seul le défi, si ce n'est de la territorialité du droit, du moins, celui de son enseignement, car il a dispensé le sien dans une si grande variété de lieux situés tant en France métropolitaine, qu'outre-mer et à l'étranger, qu'il est impossible d'en donner une liste exhaustive.

Professeur Simon, vous avez la parole.

---

**Denys Simon**

*professeur à l'École de droit de la Sorbonne*

Merci Mme la présidente. Dans son introduction à la rencontre inter-réseaux franco-américains, franco-brésiliens et franco-chinois sur le thème « Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique ? », en avril 2012, au Collège de France, le vice-président Sauvé formulait le constat suivant : « *Les*

357 Par ex., s'agissant d'une forme de reconnaissance juridique des couples formés de deux personnes du même sexe : CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n<sup>os</sup> 18766/11 et 36030/11, points 177 à 179.

358 Par ex., en matière de présence de symboles religieux dans les écoles publiques : CEDH, Gde ch., 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, n<sup>o</sup> 30814/06, points 26, 27, 28 et 70.

359 Voir le lien suivant sur Internet : <http://network-presidents.eu/?lang=fr>

360 Au sein de l'université Stendhal (Grenoble III).

361 Thèse intitulée : « *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts* », soutenue en 1996 à l'université de Friburg-en-Brigau. V. le lien suivant sur Internet : [http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr\\_5/de/mitarbeiter/masing](http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr_5/de/mitarbeiter/masing)

362 <http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid20829/le-prix-scientifique-franco-allemand-gay-lussac-humboldt-fete-ses-25-ans.html>



*mutations de nos sociétés, en particulier de nos ordres juridiques, conduisent à penser le territoire autrement. À la fragmentation et à la séparation des territoires souverains succèdent leur superposition et leur interpénétration. Le principe de territorialité du droit ne peut qu'en être affecté. Il s'agit sans doute d'une métamorphose, s'agit-il d'une pathologie ? Je ne le crois pas mais la question est ouverte au débat* ». Il me semble qu'elle l'est toujours quatre ans plus tard. Je ne crois pas non plus qu'il s'agisse d'une pathologie, mais il s'agit incontestablement d'un symptôme du bouleversement des rapports de systèmes entre l'ordre juridique des États, l'ordre juridique de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

Certaines des questions que soulève la territorialité de l'application du droit, cette superposition des normes et des mécanismes de contrôle juridictionnel, ne sont pas nouvelles. Dès les arrêts *Stauder*<sup>363</sup>, *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>364</sup> ou *Rutili*<sup>365</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), appelée auparavant Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), avait indiqué que les États membres étaient tenus de respecter les droits fondamentaux en tant qu'ils faisaient partie des principes généraux du droit « communautaire ». Ces principes généraux ont été construits par la Cour de justice principalement sur la base d'emprunts aux principes communs ou aux droits constitutionnels nationaux et aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme, parmi lesquels la Convention européenne occupa naturellement une place privilégiée, même si la Cour de justice prenait toujours soin de la traiter comme une source matérielle ou comme une source d'inspiration, et non pas comme une source formelle du droit communautaire puisque, ni la Communauté européenne, ni l'Union européenne ne sont parties à la Convention EDH.

Mais cette obligation de respecter les droits fondamentaux ne s'imposait aux autorités nationales que pour autant qu'elles agissaient dans le champ du droit communautaire, conformément à une jurisprudence classique. La complexité liée à l'application cumulative, sur les territoires nationaux, de normes de sources distinctes était donc déjà bien présente.

D'une part, il s'est vite avéré délicat de délimiter la portée des droits fondamentaux garantis par les principes généraux du droit communautaire, en tant qu'ils ne s'imposent aux autorités nationales que dans l'« application », la « mise en œuvre », voire « dans le cadre » du droit communautaire, alors que les États demeurent assujettis au respect de la Convention EDH dans l'exercice de leurs compétences propres. Les flottements sémantiques révèlent, tant dans la jurisprudence de la Cour que dans celle des juridictions nationales, une difficulté qui se retrouve évidemment dans la délimitation du champ d'application de la Charte. Cette période « protohistorique » de la mise en œuvre des droits fondamentaux illustre déjà les difficultés de superposition sur un même territoire national, en plus des principes et des mécanismes internes, de deux ensembles normatifs destinés à garantir des droits ayant vocation à être substantiellement équivalents, ainsi que

363 CJCE, aff. C-29-69, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Ville d'Ulm-Sozialamt*.

364 CJCE, aff. C-11-70, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

365 CJCE, aff. C-36/75, 28 octobre 1975, *Rutili c. ministre de l'intérieur*.



deux instances juridictionnelles extérieures aux ordres juridictionnels nationaux chargées de veiller au respect des droits fondamentaux.

Certes, le juge et la doctrine se sont employés à développer une convergence matérielle des protections, et leur articulation, plus ou moins efficace, entre les différents types de garanties et entre les mécanismes de régulation. Comme on a pu le dire, parfois de manière quelque peu optimiste, l'évolution a permis de passer de la référence à l'emprunt, de l'emprunt à l'appropriation, et finalement de l'appropriation à l'intégration. L'idée était bien, pour reprendre les termes du vice-président Sauvé lors de la remise des *Mélanges* au Président Genevois<sup>366</sup>, de tendre vers « *une intégration de plus en plus poussée des systèmes juridiques qui s'ordonnent ou convergent autour du respect des droits fondamentaux sans cesser d'être pluralistes* ».

Ce mouvement devait nécessairement conduire à une sorte de déterritorialisation de la mise en œuvre des droits fondamentaux. Comme le notait B. Badie dans son ouvrage *La fin des territoires* paru en 1995<sup>367</sup>, le citoyen européen appartient solidairement à deux espaces publics, ce qui brise l'idée d'allégeance prioritaire sur laquelle était construite l'idée de territoire national. La tension dialectique entre la territorialité essentielle du droit et l'universalisme existentiel des droits de l'homme semblait devoir se résoudre par le pluralisme juridique, étant censé être, comme le disait M. Guyomar dans ses conclusions dans l'affaire *Conseil national des barreaux*, « *une richesse* » à condition qu'elle soit « *ordonnée* »<sup>368</sup>.

Toutefois, et ce cycle de conférences qui s'achève l'a bien montré, le pluralisme n'est peut-être pas totalement ordonné, et la déterritorialisation, s'agissant des droits fondamentaux, ne sonne pas le glas de la territorialité. Bien sûr, le droit des droits fondamentaux circule, mais il n'est ni nomade, ni sans domicile fixe. Il reste ancré à un territoire étatique, même s'il n'est plus enfermé dans des frontières. Tout se passe comme si, en réalité, l'État maîtrisait toujours l'amont et l'aval de la territorialité, tandis que, dans l'intervalle, s'interpose ou se superpose une territorialité distincte.

Pourtant, l'on aurait pu croire que l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, notamment à raison des articles 51 et 52 de la Charte, rappelés précédemment par Mme la présidente, allait simplifier cette situation, c'est-à-dire clarifier les modalités de détermination du champ d'application respectif de la Convention et de la Charte. La réalité montre que ce n'est pas tout à fait le cas.

De sorte que, comme le disait Freud, « *Faute de pouvoir voir clair, nous voulons, à tout le moins, voir clairement les obscurités* »<sup>369</sup>. C'est pourquoi, je propose d'envisager, dans un premier temps, la superposition des normativités ayant un champ d'application spatial distinct qui conduit à une territorialité plurielle et, dans un second temps, la cohérence singulière de ces territorialités gignones.

366 Collectif d'auteurs, *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, éd. Dalloz-Sirey, Paris, 2009.

367 Bertrand Badie, *La fin des territoires - Essai sur le désordre international et l'utilité sociale du respect*, éd. Fayard, Paris, 1995.

368 CE, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n° 296845.

369 S. Freud, *Inhibition, symptôme et angoisse*, éd. Payot, Paris, 2014.



## 1. Des territorialités plurielles

L'on ne reviendra pas sur le champ d'application *ratione loci* de la Convention EDH, mais je souhaiterais que l'on s'interroge sur le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux, avant de montrer que les jurisprudences de la CJUE et de la Cour EDH laissent une place non négligeable à la territorialité nationale, notamment par l'intermédiaire de la fameuse « marge d'appréciation ».

La question récurrente de l'applicabilité de la Charte a donné lieu à d'innombrables études, et a alimenté le dialogue entre les juridictions des États membres de l'Union et les États parties à la Convention. À cet égard, il me souvient d'un colloque organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et par la Société de législation comparée, sur le thème : « *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi* »<sup>370</sup>.

Dans ce contexte, on notera les tendances lourdes de la jurisprudence de la CJUE, qui a retenu une interprétation extensive de l'article 51 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux, article qui précise que « *les dispositions de la présente charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ».

L'interprétation est extensive, d'abord au regard des obligations imposées par la Charte aux institutions de l'Union elle-même, qui permettent de promouvoir une interprétation conforme du droit dérivé à la lumière des dispositions de la Charte ; puis de contrôler la validité des actes de droit dérivé au regard des dispositions de ladite Charte au point de conclure, dans la célèbre affaire *Digital Rights*<sup>371</sup>, à l'incompatibilité avec les articles 7, 8, et 11 de la Charte. Mais surtout la tendance lourde de la jurisprudence de la CJUE a été extensive, alors que le texte même de l'article 51 paragraphe 1 avait été conçu par les États membres dans une perspective délibérément restrictive – comme le souligne parfaitement le président Braibant dans son commentaire de la Charte<sup>372</sup>. Cette lecture restrictive par les États membres a donc volé en éclats à cause de la jurisprudence de la CJUE.

En premier lieu, la Charte est applicable aux situations entrant dans le champ d'application d'un règlement ou d'une directive, même si les États disposent d'une certaine marge d'appréciation dans la mise en œuvre des règles de l'Union. Pour prendre un exemple récent, la CJUE vient de juger que l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux aux recours juridictionnels effectifs était applicable aux mécanismes de recours dans le cadre de ce que nous appelons en France les autorités administratives indépendantes (AAI) et qui s'appellent, dans le droit

370 Colloque organisé au Conseil d'État, le 20 novembre 2014.

371 CJUE, Gde ch., aff. C-293/12, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*.

372 Guy Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, témoignage et commentaires de Guy Braibant*, éd. Le Seuil, coll. Point Essai, Paris, 2001. V. également l'intervention du vice-président du Conseil d'État au colloque du 20 novembre 2014, organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et par la Société de législation comparée, intitulé : « *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi* » : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-Charte-des-droits-fondamentaux-de-l-Union-europeenne-mode-d-emploi>





de l'Union, les autorités de régulation nationales ; alors que la directive-cadre pertinente laissait aux États membres une très large marge de manœuvre pour organiser les modalités d'un tel recours (cf. l'arrêt de la CJUE du 13 octobre 2016 à propos de l'autorité polonaise de régulation de l'électricité<sup>373</sup>).

En deuxième lieu, peu importe que l'acte national vise ou non l'application d'un règlement ou la transposition d'une directive, du moment que cet acte est dans le champ d'application du droit de l'Union, cela suffit à déclencher l'obligation de respecter les droits fondamentaux<sup>374</sup>.

En troisième lieu, la notion de mise en œuvre englobe des hypothèses dans lesquelles les États membres se prévalent d'une dérogation prévue par le droit de l'Union, par exemple, à la libre circulation des marchandises, des personnes, ou à la libre prestation des services, ou encore des dérogations au système commun de l'asile dans le règlement « Dublin II » ; et nous savons tous que c'est une jurisprudence à la fois délicate et importante<sup>375</sup>.

En quatrième lieu, la CJUE a adopté une conception élargie de la mise en œuvre dans la désormais célèbre affaire *Fransson* dont il a été question précédemment<sup>376</sup>, alors même que les conclusions de l'avocat général, d'ailleurs, étaient contraires.

En cinquième lieu, la CJUE a admis l'invocabilité combinée d'un acte de droit dérivé et des principes protégeant les droits fondamentaux, de manière à contourner l'absence d'effet direct horizontal des directives<sup>377</sup>.

Et la jurisprudence récente vient à nouveau d'élargir singulièrement la portée de la Charte en considérant que cette dernière s'adresse aux institutions de l'Union, y compris lorsque celles-ci agissent en dehors du cadre juridique de l'Union ; en l'occurrence, dans le contexte du mécanisme européen de stabilité fondé sur un traité intergouvernemental qui ne relève pas du droit de l'Union européenne : c'est l'arrêt *Ledra* du 20 septembre 2016<sup>378</sup> à propos de la dette chypriote. C'est d'autant plus spectaculaire que dans une série d'ordonnances portugaises ou roumaines précédentes, la Cour avait adopté la solution inverse. La tendance est donc à interpréter largement la notion de mise en œuvre du droit de l'Union ; ce qui aboutit à la superposition. Mais parallèlement la logique de la Charte comme la logique de la Convention conduisent à reconnaître une marge d'appréciation nationale importante. Affirmer l'importance croissante de l'impact du droit de la Convention ou de la Charte sur les droits nationaux ne signifie pas que soit retenue une lecture centralisatrice de la protection des droits fondamentaux dans l'espace

373 CJUE, aff. C-231/15, 13 octobre 2016, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Petrotel sp. z o.o. w Płocku c. Polkomtel sp. z o.o.*

374 V. notamment : CJCE, aff. 29-69, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Ville d'Ulm – Sozialamt* ; CJCE, aff. 11/70, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*.

375 V. par exemple : CJUE, Gde ch., aff. C-394/12, 10 décembre 2013, *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt*.

376 CJUE, Gde ch., aff. C-617/10, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

377 V. notamment : CJCE, aff. 41-74, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn c. Home Office*.

378 CJUE, Gde ch., aff. jointes, 20 septembre 2016 : C-8/15 P *Ledra Advertising Ltd e.a.*, C-9/15 P *Eleftheriou e.a.*, et C-10/15 P *Theophilou*, ainsi que C-105/15 P *Mallis et Malli*, C-106/15 P *Tameio Pronoias Protopikou Trapezis Kyprou*, C-107/15 P *Chatzithoma*, C-108/15 P *Chatziioannou*, et C-109/15 P *Nikolaou c. Commission européenne et Banque centrale européenne (BCE)*.



européen. Je crois que le paradigme hiérarchique auquel nous a habitués la vision kelsénienne de la pyramide normative n'est pas le modèle explicatif pertinent pour rendre compte des rapports entre « *ces droits venus d'ailleurs* » comme aurait dit le doyen Carbonnier<sup>379</sup>, qui se superposent sur un même espace territorial national.

Comme le montre admirablement le professeur Bonnet<sup>380</sup>, l'articulation des normes relatives aux droits de l'homme dans l'espace européen impose de repenser les rapports de système. Je ne referai pas l'historique de la marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour EDH, mais le bilan est que cette dernière laisse une marge d'appréciation aux États beaucoup plus importante qu'on ne le dit dans certains milieux critiques à l'égard de sa jurisprudence, surtout dans des domaines qui touchent à des points sensibles (biotechnologies, moralité publique, signes religieux, etc.).

L'on pourrait douter qu'il en soit de même s'agissant de la CJUE, compte tenu de la vision un peu autoritaire et centralisée que l'on a du principe de primauté. Si la Charte des droits fondamentaux, comme l'ensemble du droit et des traités « *ne peut se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit* », pour reprendre la formule du célèbre arrêt *Costa contre E.N.E.L.*<sup>381</sup>, l'on voit mal quelle marge d'appréciation reste aux États. Mais l'on ne peut pas s'en tenir à une conception *simmenthalienne*<sup>382</sup> de la primauté ; d'autant que, finalement, la jurisprudence de la CJUE élargit considérablement la potentialité d'intervention des États et la marge d'appréciation dont ils disposent.

En résumé, l'analyse du champ spatial et fonctionnel d'application de la Charte des droits fondamentaux, et le jeu des marges nationales d'appréciation aboutissent au constat selon lequel la pluralité des espaces normatifs est passablement imbriquée entre les « territoires juridiques respectifs » de la Charte, de la Convention EDH et des ordres juridiques nationaux. Ce constat pourrait encore être aggravé, s'il en était besoin, par le jeu des limites à l'application de la Charte résultant de la différenciation imposée par certains États membres, en particulier par le protocole n° 30<sup>383</sup> – annexé aux traités de l'Union à Lisbonne – sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume Uni, etc. Le risque majeur est alors celui de l'incohérence, et le risque mineur celui de l'opacité.

Dans ce contexte, comment assurer cette cohérence très singulière, au point de ne pas trouver d'exemple comparatif pertinent en droit international général ?

---

379 « *Ces droits venus d'ailleurs sont des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire, ni territoire : ils ont surgi d'abstractions, ils ont pénétré le droit français sans s'y fondre en s'y faisant reconnaître un champ plus ou moins délimité, un statut de droit non seulement autonome, mais supérieur au droit national* ». J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, éd. Flammarion, Paris, 1996, pp. 47-48.

380 Baptiste Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, éd. Lextenso, coll. Forum, Paris, 2013.

381 CJCE, aff. C-6/64, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*

382 CJCE, aff. C-106/77, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*.

383 Protocole (n° 30) sur l'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, *Journal officiel* n° 115 du 9 mai 2008, pp. 0313 - 0314.



## 2. Une cohérence singulière des territorialités gigognes

Dans un article publié le 31 mai 2003 dans *Libération*<sup>384</sup>, des grands penseurs comme Jacques Derrida<sup>385</sup> et Jürgen Habermas<sup>386</sup> écrivaient : « *La reconnaissance des différences, la reconnaissance mutuelle de l'autre dans son altérité, peut aussi devenir la marque d'une identité commune* ». J'en tire la conséquence que l'on peut avoir une sorte de rapport dialectique entre les facteurs de convergence des protections, au-delà des divisions territoriales et des affirmations d'autonomie qui pourraient parfois heurter et qui traduisent la nécessité de respecter les diversités.

L'on retrouve la double signification de l'identité mise en œuvre par Paul Ricœur<sup>387</sup>, l'identité comme « mêmété » ou appel à la convergence (en allemand, « *Gleichheit* »), et l'identité comme « ipséité » ou revendication autonomiste (en allemand, « *Selbstheit* »).

L'on ne reviendra pas sur la formule classique du « *dialogue des juges* » chère au président Genevois<sup>388</sup>, ou sur la « *bénévolence des juges* » selon la formule du premier président Canivet<sup>389</sup> qui ont conduit, comme le reconnaissent tous les observateurs de la jurisprudence de la Cour EDH ou de la CJUE, à la convergence – à quelques exceptions près – des interprétations des dispositions garantissant les droits fondamentaux dans les deux instruments : références croisées, appréhension homogène des exigences de protection. Plus encore, la CJUE a entériné, en dehors de l'application en quelque sorte cumulative des deux instruments, une application « alternative », en confirmant l'obligation, pour les États membres, de respecter les principes généraux dégagés de la Convention EDH, telle qu'interprétée par la Cour EDH, précisément dans les hypothèses où la Charte des droits fondamentaux n'était pas applicable, faute de lien de rattachement suffisant avec la « mise en œuvre » du droit de l'Union, et notamment dans ce que l'on est convenu d'appeler les situations purement internes.

La reconnaissance de cette logique de cohérence, ou d'équivalence, a été formellement consacrée par le dispositif *Bosphorus*<sup>390</sup>, qui établit la présomption selon laquelle l'État est censé respecter les exigences de la Convention EDH dans la mesure où le droit de l'Union européenne accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par ladite Convention.

Bien sûr, cette présomption ne vaut que si le droit de l'Union est appliqué par l'État membre, et que l'État membre n'agit pas en dehors du droit de l'Union,

---

384 J. Derrida et J. Habermas, « Europe, plaidoyer pour une politique extérieure commune », 31 mai 2003, disponible sur [http://www.liberation.fr/week-end/2003/05/31/europe-plaidoyer-pour-une-politique-exterieure-commune\\_435481](http://www.liberation.fr/week-end/2003/05/31/europe-plaidoyer-pour-une-politique-exterieure-commune_435481)

385 Jacques Derrida (1930-2004), philosophe français.

386 Jürgen Habermas (né en 1929), philosophe allemand.

387 Paul Ricœur (1913-2005), philosophe français.

388 « *à l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges* ». M. Genevois, conclusion dans l'affaire *ministère de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, 22 décembre 1978, Rec. Lebon p. 524.

389 G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales – Éloge de la *bénévolence des juges* », *RSC*, 2005, p. 789.

390 CEDH, Gde ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c. Irlande*, n° 45036/98.



conformément à la jurisprudence bien connue *M.S.S. contre Belgique et Grèce*<sup>391</sup>. Ce qui est intéressant est qu'au-delà de cette protection équivalente des garanties substantielles du contenu des droits, la Cour EDH a, par ailleurs, admis une équivalence procédurale à travers la conditionnalité procédurale du renvoi préjudiciel ; et je pense notamment, à l'arrêt de 2012 *Michaud contre France*<sup>392</sup>. Certes, ce brevet de conditionnalité est délivré *in abstracto* et pourrait faire l'objet d'une réévaluation comme l'indique d'ailleurs l'arrêt *Michaud contre France* lui-même, ou encore l'arrêt *Tarakhel contre Suisse*<sup>393</sup> puisque le règlement « Dublin II » s'appliquait également au territoire de la Confédération helvétique.

Mais globalement la Cour EDH fait manifestement preuve de souplesse dans la reconnaissance de l'immunité des mesures nationales d'application du droit de l'Union, comme en témoigne par exemple l'arrêt *Avotins contre Lituanie* du 23 mai 2016<sup>394</sup> à propos de la reconnaissance mutuelle du règlement Bruxelles I. L'on peut y ajouter l'article 52 paragraphe 3 de la Charte des droits fondamentaux, qui prévoit l'homogénéité d'interprétation entre la Charte et la Convention EDH. Sans faire référence à la jurisprudence de la Cour EDH, si on lit le préambule de la Charte en combinaison avec cette disposition, il s'agit de la Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour EDH. Cette logique d'homogénéité dans l'interprétation des garanties de droits fondamentaux se retrouve également dans la pratique des juridictions nationales, qui font directement référence à la Convention ou à la Charte pour assurer une interprétation du droit national conforme à l'interprétation de ladite Charte ou de ladite Convention.

À cet égard et à titre d'exemple, l'arrêt d'assemblée rendu par le Conseil d'État le 31 mai 2016, *Madame Gonzalez-Gomez*<sup>395</sup>, fournit un remarquable *vademecum* de la mise en œuvre nationale des différentes stipulations de la Convention EDH.

Cette vision un peu euphorique du rapprochement des cercles normatifs sécants assurant la protection des droits fondamentaux doit cependant être nuancée par la réaffirmation simultanée de l'autonomie de chaque ordre, l'identité prenant ainsi la forme d'une « ipséité » ou revendication autonomiste. L'on pourrait illustrer ce constat par la résistance qui est parfois opposée à la normativité de l'autre, au nom de l'auto-affirmation de son identité propre. J'évoquais l'article 52 paragraphe 3 de la Charte qui prévoit une convergence entre les interprétations, mais quand on lit les explications du *praesidium*, qui sont certes dépourvues de valeur juridique, mais auxquelles il est fait renvoi par la Charte elle-même, il est précisé par le *praesidium* de la Convention qui a adopté la Charte des droits fondamentaux que la cohérence nécessaire entre les deux instruments ne doit pas porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la CJUE. Ce sont les prémices

---

391 CEDH, 21 janvier 2011, Gde ch., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

392 CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11.

393 CEDH, 4 novembre 2014, Gde ch., *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12.

394 CEDH, Gde ch., 23 mai 2016, *Avotins c. Lituanie*, n° 17502/07.

395 CE, Ass., 31 mai 2016, *Madame Gonzalez-Gomez*, n° 369848.



de l'avis 2/13 du 18 décembre 2014<sup>396</sup> par lequel la CJUE a conclu à l'incompatibilité de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, pourtant prévue par l'article 6, paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne (TUE)<sup>397</sup>. L'affirmation « dogmatique » de « l'irréductible spécificité » du droit de l'Union a suffisamment été analysée dans cet avis, qui se focalise systématiquement sur les causes d'incompatibilité. Pour autant, il me paraît significatif que cela n'a pas changé grand-chose dans les rapports entre la jurisprudence de la CJUE et celle de la Cour EDH.

L'on pourrait trouver plus grave : la remise en cause de la logique même de la Convention EDH par la revendication, de la part d'un certain nombre d'États parties, du retour de la protection des droits fondamentaux dans le giron des droits nationaux.

À cet égard, les conférences d'Interlaken<sup>398</sup>, d'Izmir<sup>399</sup>, et de Brighton<sup>400</sup> ont finalement conduit à l'intégration dans le protocole 15, soumis pour l'instant à ratification, d'une modification du préambule de la Convention qui se lit comme suit : « *Affirmant qu'il incombe, au premier chef, aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits définis dans la présente Convention et de ses protocoles* ». Là encore, les marges d'appréciation existent mais bien sûr sous le contrôle de la Cour EDH.

Les discours politiques qui préconisent, dans certains États parties, le retrait de la Convention EDH, ou *a minima* un renforcement de l'idée de subsidiarité allant même au-delà des formulations du protocole 15, sont sans doute beaucoup plus inquiétants que le refus d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Ils traduisent une volonté de ré-étatisme des droits fondamentaux, ou de re-nationalisation de la protection des droits fondamentaux, de nature à remettre en question les efforts accomplis dans le cadre européen, tant par le Conseil de l'Europe que par l'Union européenne, pour construire un édifice normatif et juridictionnel qui, bien sûr, n'échappe pas toujours à la critique, mais qui tend à assurer une protection des droits de l'homme dépassant le cadre restreint du territoire étatique, et qui reste sans doute à inventer pour en faire, comme le suggérait Roland Barthes, « *une langue « hétérologique », un « ramassis » de différences, dont le brassage ébranlera un peu la compacité terrible (parce qu'historiquement) très ancienne de l'ego occidental* »<sup>401</sup>.

---

396 CJUE, ass. plen., avis 2/13. La CJUE, saisie d'une demande d'avis par la Commission européenne, a estimé que le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH n'était pas compatible avec les traités. Sur cet avis, v. notamment D. Simon, « Deuxième (ou second et dernier) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *in Europe*, n° 2, février 2015, Étude 2.

397 « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* » (TUE, art. 6, paragr. 2).

398 Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour EDH, 19 avril 2010.

399 Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour EDH, 26-27 avril 2011.

400 Conférence sur l'avenir de la Cour EDH, 19-20 avril 2012.

401 R. Barthes, « Ce que je dois à Khatibi », *in* A. Khatibi, *la Mémoire tatouée*, éd. Union générale d'éditions, Paris, 1979), *in* R. Barthes, *Œuvres complètes*, éd. du Seuil, Paris, 2002, vol. 5, p. 667.



---

**Maryvonne de Saint Pulgent**

*présidente de la section du rapport et des études,  
modérateur de la conférence*

Merci beaucoup, M. le professeur, pour cette présentation qui nous lance sur les questions générales.

---

**Johannes Masing**

*juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*

Je suis d'accord pour reconnaître la grande différence qui existe, s'agissant de la notion de « marge d'appréciation », entre la Convention EDH et la Charte des droits fondamentaux.

La Convention EDH est une convention internationale appliquée par une cour internationale qui ne vise qu'à fournir un certain fonds juridique commun en Europe. L'on veut une base substantielle et l'on veut un rapprochement, mais l'on ne cherche pas une uniformisation de la protection des droits fondamentaux. La jurisprudence précise très clairement que l'on doit laisser des marges d'appréciation. Mais l'expression « marge d'appréciation » n'est pas très pertinente, car elle évoque une image étroite du champ des possibles. Or, la jurisprudence de la Cour EDH, quand on l'analyse, laisse ouverte la possibilité d'effectuer de nombreux choix. Et il me paraît important d'insister sur la préservation de cette marge d'appréciation. Elle n'est pas donnée, et il existe toujours un risque que la Cour EDH ne se perde dans les détails. C'est un risque pour chaque cour, dont la mienne dans le droit interne. Je crois qu'il est important d'insister sur le fait que les États membres doivent préserver cette marge d'appréciation.

En revanche, la Charte des droits fondamentaux a été créée dans un but d'uniformisation. La Charte est faite pour que l'Europe, dans les matières qui sont centralisées, bénéficie d'une protection générale et uniforme. Cet aspect conséquent exclut toutes marges politiques et d'appréciation importantes. Mais il est également important de noter que la Charte ne s'applique qu'aux organes de l'Union européenne ou aux États membres lorsqu'ils ont à mettre en œuvre des obligations concrètes, pour que l'uniformisation reste limitée.

Dans ce champ-là, il existe un risque d'aller trop loin vers l'uniformisation. C'est le cas dans les matières qui ne sont pas entièrement unifiées par le droit communautaire, mais où des mesures sont considérées comme des mises en œuvre du droit européen. Si l'on accepte l'applicabilité de la Charte dans ces domaines, il est difficile de laisser une grande marge d'appréciation. L'on peut cependant voir une ouverture dans la jurisprudence de la CJUE qui précise que là où l'uniformité du droit européen n'est pas menacée, les États membres peuvent appliquer leurs droits fondamentaux à côté des droits de la Charte<sup>402</sup>. C'est un bon développement. Mais cela n'empêche pas qu'il soit très important également

---

<sup>402</sup> V. par exemple en ce sens : CJUE, Gde ch., aff. C-555/07, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*.

d'insister pour que la Charte couvre un domaine limité, là où les États membres mettent en œuvre le droit européen. À cet égard, j'observe quand-même un certain recul de la jurisprudence de la CJUE. C'est un devoir pour nous tous d'insister sur la possibilité d'ouverture, et un développement en ce sens dépend du dialogue des juges et des juridictions.

---

**Denys Simon**

*professeur à l'École de droit de la Sorbonne*

Je partage tout à fait le point de vue exprimé par le juge Masing sur la différence de nature de la Charte par rapport à la Convention EDH. D'abord, la Charte n'est pas un traité international, même si elle se voit reconnaître par l'article 6 du traité sur l'Union européenne la même valeur que le traité constitutif de l'Union. Ensuite, la différence est que si la Convention EDH a une application territoriale très précise, l'application de la Charte n'est pas territoriale sur l'ensemble du territoire de l'Union puisque sa mise en œuvre en droit national présuppose que les États membres soient fonctionnellement en train de mettre en application le droit de l'Union dans le seul champ du droit de l'Union qui n'est pas spatial, mais fonctionnel ; cela renvoie donc à la répartition des compétences. Cette dernière est beaucoup plus compliquée qu'on ne le lit dans la presse. Il ne s'agit pas d'une compétence alternée de l'État ou de l'Union européenne : le plus souvent, les deux se partagent les compétences selon des modalités qui laissent aux États membres une certaine marge de manœuvre, et c'est dans cette hypothèse que la Charte peut s'appliquer, ou être appliquée également par les juridictions nationales pour assurer l'efficacité de la protection des droits fondamentaux.

Cela est assez net avec les affaires qui concernent le mandat d'arrêt européen ou le règlement « Bruxelles I » sur les jugements en matière civile et commerciale. L'on a une marge de manœuvre qui va être contrôlée au regard des dispositions de la Charte, ce qui semble assez logique quand il s'agit de l'exécution du droit de l'Union ; mais je partage tout à fait le point de vue qu'il faudrait éviter qu'il y ait une interprétation trop extensive de la part de la CJUE qui aboutirait à faire de la Charte une sorte de « Convention EDH bis », ce qu'elle n'est pas et n'est pas destinée à être.

---

**Guy Canivet**

*Premier président (h) de la Cour de cassation,  
ancien membre du Conseil constitutionnel*

Je voudrais faire un bref commentaire en me plaçant du point de vue du juge chargé de l'application des théories. Pour reprendre l'exemple précédent du mandat d'arrêt européen, le Conseil constitutionnel a organisé ces questions de système dans une situation très précise : un mandat d'arrêt européen contre un ressortissant britannique est exécuté en France pour une certaine infraction ; on l'exécute ; on envoie l'intéressé au Royaume-Uni et le régime judiciaire anglais entend étendre les effets de ce mandat d'arrêt à d'autres infractions alors que la



décision-cadre, comme la loi de transposition, prévoient que cette extension n'est possible que sur la décision du juge qui a autorisé l'exécution du mandat.

Le droit français prévoit que cette décision d'extension des effets du mandat est sans recours ; le Conseil constitutionnel est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) de la conformité aux principes fondamentaux français contre une décision de transposition d'une décision-cadre, en se posant plusieurs interrogations : cette disposition est-elle conforme à la Constitution ? Mais puisque la décision-cadre est transposée par l'article 88-1 du traité, pourrai-je contrôler la conformité de cette absence de recours par rapport à la décision-cadre elle-même ? Cette décision-cadre est-elle conforme à la Charte, article 47 qui prévoit le droit au recours, et, au-delà, cette décision, cette loi de transposition, est-elle conforme à l'article 13 de la Convention EDH ? Le juge constitutionnel français est donc placé dans une situation où, non seulement, il a à examiner la conformité d'une disposition nationale à sa propre constitution, mais aussi à deux ordres de protection européens des droits fondamentaux.

La première chose sur laquelle il devrait compter est l'harmonie, la conformité des deux droits. Or, il semble que la décision-cadre ne fait pas la même interprétation du droit au recours que l'article 13 de la Déclaration de 1789. Quelle est la juridiction à laquelle le Conseil constitutionnel va pouvoir s'adresser pour faire régler cette éventuelle divergence : à la Cour EDH ? Il n'y a pas de voie de recours pour avis, au moins pour l'instant ; à la CJUE ? Pour la première fois, le Conseil constitutionnel a examiné la possibilité d'une question préjudicielle. Il a donc saisi la CJUE d'un renvoi préjudiciel pour faire apprécier la compatibilité de ces dispositions nationales à la décision-cadre.

Au-delà de cela, la CJUE a examiné la conformité de cette absence de recours au regard de l'article 47 de la Charte et au regard de l'article 13 de la Convention EDH. L'on voit bien que, sur un même territoire, l'on a une disposition qui va poser une question de conformité à des droits fondamentaux devant un juge national constitutionnel qui est assez désarmé pour procéder, lui-même, aux harmonisations nécessaires à une application sûre de la même garantie fondamentale qu'est le droit au recours. Tous les discours théoriques possibles sur la conformité des systèmes et leur articulation reviennent à une décision prise par un juge et, en l'espèce, un juge constitutionnel qui a besoin de solutions simples concernant l'interprétation, l'articulation et l'application de ces garanties fondamentales.

L'harmonisation des droits en Europe passe par l'accès des juges nationaux à des instruments simples et compréhensibles de mise en œuvre des droits fondamentaux ; d'où une modification de l'articulation de ces systèmes. Chaque citoyen européen, quel que soit le pays où il réside, doit avoir conscience qu'il bénéficie des mêmes garanties fondamentales interprétées d'une manière harmonisée. Il doit savoir ce à quoi il a droit, ce qui est licite et illicite vis-à-vis de ces principes fondamentaux. C'est pourquoi il faut privilégier la simplicité dans l'articulation des systèmes.



---

**Denys Simon**

*professeur à l'École de droit de la Sorbonne*

C'est exactement ce que je tentais de dire, en soulignant que le risque pluriel était celui de l'incohérence, de la contradiction, de l'impossibilité de trouver une solution qui satisfasse les différents instruments de protection. L'affaire *Jeremy F.*<sup>403</sup> que vous évoquiez en est le meilleur exemple. Le risque mineur, si l'on résout ce problème de contradiction potentielle, est un risque d'opacité. Lorsque l'on s'extasie sur la potentialité d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH parce que cela soumettrait le respect des droits fondamentaux dans l'Union européenne à la compétence de la Cour EDH, je vois le chemin de croix du « petit justiciable », victime d'une violation des droits fondamentaux, qui va s'adresser à son juge national, lequel va faire un renvoi préjudiciel à la CJUE, qui va répondre au juge national, lequel va statuer, en montant éventuellement jusqu'à la juridiction suprême, le cas échéant en compliquant le tout par une question prioritaire de constitutionnalité, et puis, si aucun de ces moyens ne réussit, saisir la Cour EDH avec les difficultés du mécanisme du codéfendeur, de l'implication préalable qui est prévue dans le projet d'accord d'adhésion<sup>404</sup>. Ce sera sans doute un excellent fonds de commerce pour les brillants ténors du barreau, mais cela ne me paraît pas assurer une protection effective et simplifiée des droits de l'homme dans l'Union européenne.

---

**Maryvonne de Saint Pulgent**

*présidente de la section du rapport et des études,  
modérateur de la conférence*

Merci. Nous passons à l'intervention du juge Masing qui va nous expliquer la conception allemande des droits fondamentaux. Je lui laisse la parole.

---

**Johannes Masing**

*juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*

Je remercie le Conseil d'État pour son invitation à ce colloque. La territorialité n'est pas une notion attachée à la doctrine allemande des droits fondamentaux. Pourtant, il existe de nombreuses questions qui concernent la relation entre les territoires et les droits fondamentaux. C'est pourquoi, j'ai choisi de vous présenter très librement trois observations sur ce thème.

### **1. Les traits spécifiques de la conception allemande des droits fondamentaux**

Peut-on parler de « conception allemande » des droits fondamentaux ? Je pense que oui, car si les droits fondamentaux procèdent d'une « conception universelle », il existe bien en la matière une spécificité allemande.

---

403 CC, décision n° 2013-314P, QPC du 4 avril 2013, *M. Jeremy F.* (Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la CJUE).

404 Conseil de l'Europe, *Cinquième réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme – Rapport final au CDDH*, 10 juin 2013, 47+1(2013)008rev2.





L'on pourrait comparer les territoires et les droits fondamentaux aux terroirs et aux vins. Les droits fondamentaux se sont développés dans un environnement historique, culturel et institutionnel bien précis. C'est cela qui a créé leur « caractère » et leur « goût définitif » quant à la protection qu'ils offrent. C'est en effet cet environnement qui a nourri la conception des droits fondamentaux, leur compréhension, leur manière d'entrer en équilibre avec les différents droits existants, la répartition entre les différents pouvoirs (politiques, des juridictions, etc.), et les nuances adaptées à chaque cas et à leur résolution.

Pour comprendre les spécificités de la protection des droits fondamentaux en Allemagne, je prendrais trois exemples liés à l'histoire de notre pays, car l'histoire a exercé une très grande influence dans ce domaine.

i) L'Allemagne, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, a toujours eu une très grande confiance en la protection des droits par les tribunaux. Comme vous le savez, nous n'avons pas eu de grandes révolutions : la plupart ont échoué et le développement du libéralisme, de l'émancipation de la bourgeoisie au XIX<sup>e</sup> siècle, et la participation à la politique se sont réalisés au travers de théories et de doctrines juridiques qui, pour partie, ont été renforcées par les tribunaux. C'est pourquoi nous avons une grande confiance en la jurisprudence, et un assez grand scepticisme à l'égard du pouvoir politique.

ii) En Allemagne, la protection des droits fondamentaux est réalisée par la Cour constitutionnelle fédérale créée en réaction aux excès du national-socialisme, et à une époque où les autres cours et l'administration étaient encore infiltrées ou marquées par des gens qui avaient été en fonctions pendant le III<sup>e</sup> Reich. Évidemment, l'on a écarté de nombreuses personnes, mais l'on voulait surtout une institution qui soit hors des systèmes établis, une cour destinée à servir le renouveau de l'Allemagne. La Cour constitutionnelle est donc une cour dont la première génération était composée, pour partie, d'immigrants, d'intellectuels juifs et de socio-démocrates issus de la société civile.

iii) La protection des droits fondamentaux, d'un point de vue matériel, se comprenait comme une réponse aux excès et aux expériences vécues durant la période du national-socialisme – et il faut bien comprendre l'importance de cette idée. L'on souhaitait une protection contre l'État qui, à travers un pouvoir exécutif puissant, agissait brutalement, limitant les libertés sous prétexte de préserver l'ordre public. L'on souhaitait donc une jurisprudence qui ait la force de protéger les individus et les minorités contre les forces de sécurité ou les forces armées, mais qui soit aussi prête à protéger les individus contre la majorité du peuple, car à l'époque le national-socialisme constituait la doctrine dominante à laquelle la majorité des citoyens adhéraient. Tout cela est inscrit dans l'histoire institutionnelle de notre cour, et explique pourquoi nous sommes prêts, au besoin, à prendre des décisions ayant des conséquences politiques. Bien sûr, nous essayons de ne pas retenir des critères politiques, mais dès le début le devoir de la cour a été de prendre des décisions contre la majorité politique au pouvoir pour la protection efficace de l'individu.



Dans ce contexte nous avons, par exemple, développé une jurisprudence très élaborée qui contrôle tous les pouvoirs des instances sécuritaires (police, services de renseignements, etc.). Ainsi, par exemple, depuis les attentats terroristes qui ont frappé les États-Unis le 11 septembre 2001, pratiquement toutes les lois promulguées par le Gouvernement ont été censurées par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne. Ce faisant, et malgré la difficulté d'un tel exercice, nous avons essayé de limiter le pouvoir discrétionnaire et d'établir un contrôle efficace guidé par la seule préoccupation de limiter les abus. Aujourd'hui, nous avons une grande confiance en nos services, dont les dernières audiences orales ont démontré le sérieux. Mais il reste toujours l'esprit d'un contrôle vigilant.

Pourtant, il faut noter que nous n'avons jamais opposé un barrage complet à un moyen d'instruction. Nous avons toujours développé des règles qui essaient, dans la mesure du possible, de limiter le pouvoir, et de focaliser ou de contrôler le pouvoir de surveillance et d'instruction ; un peu à l'image du Conseil constitutionnel français censurant, par exemple, la surveillance des ondes hertziennes<sup>405</sup>.

Mais ce qu'il est important de comprendre, c'est que notre jurisprudence a été bâtie à la lumière de l'histoire allemande récente. De sorte que certaines pratiques, comme par exemple la confiance française à l'égard des forces de sécurité – visible lors des mesures instaurant l'état d'urgence –, peuvent nous paraître parfois surprenantes.

## **2. L'articulation des niveaux de protection des droits fondamentaux en Europe**

La territorialité des droits fondamentaux concerne, d'une part, la relation entre les différentes couches de la protection des droits fondamentaux en France, en Allemagne, et de façon générale sur le territoire de l'Union européenne et, d'autre part, leur imbrication. Nous arrivons là au problème de l'articulation entre les différentes garanties et les différentes juridictions – je laisse de côté les pactes internationaux –, et au problème très important de la tension entre l'universalisme des droits fondamentaux et la contingence de l'être humain qui vit dans un environnement relatif donné, au sein d'une histoire et de circonstances culturelles et politiques particulières.

C'est pourquoi je souhaiterais – sans provocation – plaider ici en faveur d'un « esprit fédéral ». En effet, une fédération signifie qu'il existe, d'une part, des matières unifiées et, d'autre part, des matières diversifiées ; et en ce qui concerne l'Union européenne, ceci est également vrai pour les droits fondamentaux. Une fédération exige, également, une loyauté par rapport à l'institution centrale de la part de ses membres, mais aussi l'absence d'esprit de soumission, car il faut une volonté d'autonomie des membres respectifs pour que cela fonctionne de façon optimale.

Le principe du fédéralisme s'oppose donc, en partie, au principe de hiérarchie. Il est vrai que le principe de hiérarchie s'applique dans les matières unifiées, du moins

---

405 CC, décision n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016 (le Conseil constitutionnel censure un article de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, au motif qu'aucune condition ni aucune garantie n'encadre cette surveillance).



pour ce qui concerne les règles à suivre de façon impérative. Mais il ne faut pas reconnaître le principe hiérarchique comme le principe directeur de toute relation politique. Le fédéralisme présuppose une volonté de garder sa propre identité, la volonté de prendre ses responsabilités, et celle de façonner et de dessiner sa propre politique. Il faut être suffisamment vigilant pour prévenir et empêcher des exactions des pouvoirs centraux, parce qu'il s'agit là du danger inhérent à tout système fédéral.

Nous connaissons ce phénomène en Allemagne, et nous le constatons aux États-Unis. Il faut un équilibre qui résulte du respect des règles de tout ou partie des institutions centrales et des institutions décentralisées. Les institutions centrales doivent exiger le respect des règles communes, mais les entités décentralisées, c'est-à-dire les États fédérés, doivent exiger le respect des limites des compétences centrales. Il faut une loyauté réciproque, qui ne suive pas le principe unilatéral de la hiérarchie. Je crois que c'est la raison pour laquelle nous ne pouvons pas avoir une situation claire : la clarté provient de la hiérarchie, de la primauté de celui qui a le dernier mot et qu'il faut suivre. Dans un équilibre fédéral, l'on peut toujours « bousculer » une autre partie, insister auprès d'elle pour agir autrement, mais toujours dans un esprit de loyauté, car si l'on n'a plus la volonté de travailler ensemble, tout s'écroule. J'ajoute que je reste très optimiste sur le fait que l'on arrive à travailler ensemble au sein de l'Union européenne en dépit des tensions entre les différents pays.

Je laisse de côté les conséquences des relations de la Charte des droits fondamentaux et de la Convention EDH, qui ont été mentionnées précédemment, car je souhaiterais prolonger mon point de vue.

Pourquoi est-on attentif à la variété des droits fondamentaux en Allemagne ? Ceci est un point important, car nous savons où une telle protection des droits fondamentaux peut mener. Nous en avons l'expérience grâce à la Cour constitutionnelle fédérale qui va très loin dans le contrôle des droits fondamentaux. La Cour traite, en effet, de sujets très sensibles et de questions hautement politisées et, pour garantir le respect des droits fondamentaux, entre dans un degré de détails que l'on a du mal à imaginer en France, que ce soit en matière d'impôts, d'aide sociale, de droit pénal, de procédure pénale, de droit de la famille, de liberté de religion, etc.

Cette jurisprudence a eu, et a toujours, un effet fortement centralisateur et unificateur au sein de l'Allemagne.

L'on dit que l'Allemagne est un État fédéral, pourtant les compétences législatives des *Länder*<sup>406</sup> ont été substantiellement réduites par notre jurisprudence. Nous n'avons pas été très fédéralistes en ce qui concerne l'interprétation des droits fondamentaux en Allemagne... Nous aurions pu (et dû ?) faire autrement. Mais notre jurisprudence a réduit une bonne partie de la marge politique qui restait aux législateurs des *Länder*, par exemple en ce qui concerne le droit des manifestations, des médias ou des universités qui relèvent de leurs compétences. Pourtant, cette même jurisprudence a abouti à ce que s'appliquent des règles communes dans

---

406 États fédérés allemands.



toutes ces matières, jusque dans les moindres détails (organisation des stations de radio des *Länder*, paiement de leur redevance, etc.). Il en va de même pour l'organisation des universités, et pour les lois sur les manifestations où tout est réglé par notre jurisprudence.

De ce fait, nous sommes conscients des risques d'uniformisation que fait courir l'interprétation des droits fondamentaux. Bien sûr, l'on veut éviter ce risque pour l'Europe. À cela s'ajoute la crainte que nous ne soyons plus capables de garantir nos droits fondamentaux au même niveau qu'auparavant.

Nous sommes conscients d'être allés très loin. C'est en ce sens que le « modèle allemand » est très spécifique. Il convient à l'Allemagne, et il est un facteur important de cohésion interne. Mais ce n'est pas un modèle à imposer aux autres nations européennes. C'est pourquoi, pour préserver cette sorte de protection en Allemagne sans l'imposer à la France ou aux autres pays, il faut développer un esprit fédéral permettant de maintenir cette variété qui correspond aux terroirs des droits fondamentaux.

Par exemple, comment éviter tout abus en matière de sécurité, ou de liberté de religion ? Des aspects comme « l'état d'urgence » ou la « laïcité » ne peuvent pas, ne doivent pas, être résolus de la même façon dans tous les pays européens, car ce serait un immense facteur d'antagonisme et de ressentiment plutôt qu'une amélioration de la protection. Pour prendre à nouveau l'exemple du vin : nous avons un très bon vin du Rhin, que nous apprécions et aimons faire partager notamment à nos voisins Français, mais nous ne voulons surtout pas l'imposer aux autres régions viticoles, car l'on préfère aller découvrir hors de nos frontières des terroirs différents afin d'apprécier d'autres goûts que les nôtres.

### **3. La territorialité constitue un défi pour la doctrine**

Jusqu'ici, la notion de territoire était plutôt métaphorique et renvoyait aux liens entre les droits fondamentaux et les États (ou l'unité politique dans laquelle ils sont ancrés). Pourtant, le problème de la territorialité existe dans un sens beaucoup plus spécifique et devient un vrai défi pour la doctrine.

Ce défi est loin d'être résolu et soulève des questions : les droits fondamentaux s'appliquent-ils également dans le cas où l'État s'engage hors de son propre territoire ? Les droits fondamentaux garantissent-ils une protection à l'égard de l'armée déployée à l'étranger, à l'égard des autorités agissant en haute mer contre les pirates, en sauvant les réfugiés, à des services de renseignements qui procèdent à des mesures de surveillance à l'étranger ? Les droits fondamentaux protègent-ils des étrangers à l'étranger par rapport aux activités des autorités nationales ?

Nous sommes confrontés ici à un problème du type « Guantanamo », c'est-à-dire au problème des centres de détention sur le territoire d'autres pays pour procéder à des interrogatoires.

Nous sommes confrontés également aux excès des différentes armées sur des théâtres d'opérations extérieures, comme par exemple en Irak, mais aussi aux



problèmes d'espionnage comme ceux de l'Agence nationale de la sécurité des États-Unis<sup>407</sup>.

On le voit, nos cours se trouvent face à de grands débats. Il paraît assez clair, par exemple, que la doctrine américaine qui dit qu'il n'y a pas de protection des étrangers à l'étranger, par rapport aux forces américaines, est douteuse. Elle contredit l'idée de l'universalisme des droits fondamentaux, et ne correspond pas à leurs champs d'action aujourd'hui enchevêtrés entre tous les États. Il sera très difficile de trouver une réponse à ce type de problème.

En Allemagne, nous n'avons que peu de jurisprudence en la matière. Nous avons une décision, que je ne présenterai pas par manque de temps, qui traite de la question des conditions dans lesquelles on peut transférer des données d'un pays à un autre. Décision qui ressemble, en partie, à l'affaire *Maximilian Schrems* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>408</sup>. Nous avons également une autre affaire très récente, qui tombe sous ma compétence comme rapporteur, et sur laquelle je ne peux pas vous donner mon avis, mais que je peux vous résumer rapidement : il s'agit d'une loi qui règle les pouvoirs de surveillance des services de renseignement extérieurs à l'étranger. La loi règle ces pouvoirs de façon assez vague, sachant que jusqu'alors il n'existait pas de loi pour ces activités. Le Gouvernement prétend que les droits fondamentaux ne s'appliquent pas, et défend le principe de la territorialité<sup>409</sup>.

Je ne peux pas vous donner de réponse, car je suis encore loin d'en avoir une. Pourtant, l'on imagine mal que les droits fondamentaux soient totalement inapplicables hors du territoire allemand. Si les autorités allemandes recourent à la force à l'étranger, il n'y a pas de raisons de les exonérer de toute responsabilité constitutionnelle, notamment si elles procèdent à des interrogatoires ou si elles exercent des voies de fait. Elles ne peuvent pas, bien sûr, torturer les gens car s'appliquent en la matière le principe de la proportionnalité, le principe de *nemo tenetur*<sup>410</sup> ou certains traités internationaux (comme les Conventions de Genève<sup>411</sup>). La Cour EDH a déjà pris les premières décisions qui vont dans cette direction.

Enfin, il n'est pas évident que toutes les garanties déduites des droits fondamentaux s'appliquent de manière parfaite aux actions de nos autorités à l'étranger (comme

---

407 L'Agence nationale de la sécurité (en anglais, « *National Security Agency* » ou NSA) est un organisme gouvernemental du département de la défense des États-Unis, responsable du renseignement d'origine électromagnétique et de la sécurité des systèmes d'information et de traitement des données du gouvernement américain.

408 CJUE, Gde ch., aff. C-362/14, 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*.

409 En octobre 2016, la coalition au pouvoir en Allemagne a adopté une nouvelle loi sur les services de renseignement. La loi, qualifiée par certains de non constitutionnelle, a été acceptée par le Parlement, mais pourrait ne pas passer le test de la Cour constitutionnelle.

410 *Nemo tenetur se ipsum accusare* : nul n'est tenu de s'accuser lui-même. On notera que cet ancien principe de droit romain est ignoré des droits qui accordent une valeur à l'aveu.

411 Les conventions de Genève et leurs protocoles additionnels sont des traités internationaux qui contiennent les règles essentielles fixant des limites à la barbarie de la guerre. Ces textes protègent les personnes qui ne participent pas aux hostilités (civils, membres du personnel sanitaire ou d'organisations humanitaires) ainsi que celles qui ne prennent plus part aux combats (blessés, malades, prisonniers de guerre). Sept textes ont cours actuellement : les quatre conventions de Genève du 12 août 1949 (mondialement ratifiées), les deux protocoles additionnels du 8 juin 1977, et le troisième protocole additionnel du 8 décembre 2005.



par exemple l'exigence d'informer les personnes concernées par des mesures de surveillance – ce qui pourtant est une exigence constitutionnelle en Allemagne).

Quoi qu'il en soit, c'est le devoir de la jurisprudence que d'éviter que les lois internes et la protection des droits fondamentaux ne soient contournées ou sapées par ces principes de territorialité. L'on peut, bien sûr, imaginer une situation où les pays font de très bonnes lois, limitant les pouvoirs de leurs propres services et offrant aux citoyens une bonne protection en matière de droits fondamentaux, tout en laissant lesdits services libres de toute responsabilité constitutionnelle à l'extérieur pour procéder, par exemple, à des surveillances illimitées et incontrôlées. Pourtant, il est incompatible avec le principe de légalité qu'un pays tolère les activités illégales de ses voisins, ou de ses partenaires et de leurs services, sur son propre territoire, pour obtenir des informations, sans être coupable d'enfreindre sa propre loi.

En ce qui concerne le respect des droits fondamentaux à l'étranger, la Cour EDH donne des premières indications, même si elle n'a pas encore pris de décisions très claires sur ce sujet. L'on notera cependant que les Anglais sont particulièrement mécontents de cette jurisprudence de la Cour EDH, et réfléchissent à la façon de sortir partiellement de la Convention EDH et de trouver d'autres moyens de contrôle. Il est évident que l'on arrive ici à des questions hautement politiques, en lien étroit avec la politique extérieur. Finalement, il s'agit avant tout de la question fondamentale de l'efficacité de la protection des droits fondamentaux dans un monde marqué par la globalisation. Cela constitue un vrai sujet, et demande des réponses claires préservant la promesse idéaliste d'une « protection pour tous » des droits fondamentaux ; une protection qui reste toutefois réaliste par rapport aux conditions politiques et, surtout, adaptée à l'environnement de chaque pays.

---

**Maryvonne de Saint Pulgent**

*présidente de la section du rapport et des études,  
modérateur de la conférence*

Merci beaucoup. Les autres intervenants souhaitent-ils réagir ?

---

**Denys Simon**

*professeur à l'École de droit de la Sorbonne*

Je souhaiterais savoir si la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle fédérale allemande serait susceptible d'aboutir, par le contrôle de mesures *ultra vires* ou par la référence à l'identité constitutionnelle nationale, à remettre en cause l'application en Allemagne des droits fondamentaux au profit des droits garantis par la Loi fondamentale ? Dans un registre différent, lorsque l'on voit l'affaire *Gauweiler*<sup>412</sup> sur le problème du financement de la Banque centrale européenne, et sur le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour constitutionnelle, l'on a le sentiment d'une transposition possible au contentieux qui porterait sur la protection des droits fondamentaux ; et l'on a quelquefois, vu de l'extérieur, des difficultés à voir quelle est l'intensité du contrôle de l'*ultra vires*

412 CJUE, Gde ch., aff. C-62/14, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e. a. c. Deutscher Bundestag*.



et de la protection de l'identité constitutionnelle par rapport au respect des droits qui seraient inscrits, soit dans la Convention EDH, soit dans la Charte.

---

**Guy Canivet**

*Premier président (h) de la Cour de cassation,  
ancien membre du Conseil constitutionnel*

J'ai à peu près la même question sur la loyauté au regard de cette invocation offensive de l'identité constitutionnelle de l'Allemagne pour protéger la Loi fondamentale allemande contre toute intrusion d'autres systèmes de protection, au risque de poser des questions systémiques à la CJUE remettant en cause des équilibres budgétaires voulus par les traités. Y a-t-il un rapport entre cette volonté de coopération à un système de protection européen, et un tel niveau de protection de sa propre Loi fondamentale ?

---

**Johannes Masing**

*juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*

Il est très important de rappeler que, jusqu'alors, on n'a jamais évoqué la question de l'identité ou de l'*ultra vires* pour écarter définitivement une décision de la CJUE ou pour « paralyser » quelque aspect que ce soit de l'Union européenne. C'est tout à l'honneur de l'« esprit européen » qui règne dans nos deux sénats<sup>413</sup> qui, bien que très différents, œuvrent dans la même direction.

À cet égard, il faut distinguer la question de l'identité et celle de l'*ultra vires*. L'affaire *Gauweiler*<sup>414</sup> concernait la question de l'*ultra vires* : la question était de savoir si le traité pouvait être interprété de manière large comme le faisait la Banque centrale européenne. Pour notre Cour, c'est une question de droit qui doit être contrôlée par les cours et dépend de l'étendue des pouvoirs transférés à l'Union. Il s'agit de pouvoirs limités, qui ne sont pas à la libre disposition des hommes politiques – il ne suffit pas, par exemple, d'évoquer l'équilibre budgétaire : ce but politique, même voulu par les traités, ne crée pas de compétences pour la Banque centrale et ne justifie pas de dépasser les limites de ses pouvoirs. Notre Cour a donc poussé la CJUE pour qu'elle exerce son contrôle ; ce qu'elle a fait *a minima*, et l'on a accepté son résultat. Jusqu'à maintenant, l'on a respecté toutes les décisions de la CJUE, car c'est en principe son devoir que d'exercer ce contrôle. Pourtant, nous étions prêts à ne pas tout accepter, gardant en cela une certaine réserve. En effet, le traité n'est pas un document purement politique qui donne « carte blanche » aux acteurs politiques, mais un document juridique qui crée des pouvoirs limités. Le but n'est donc pas de protéger l'Allemagne contre toute intrusion, mais d'accompagner l'ouverture en insistant sur les bornes fixées dans les traités.

Pour ce qui concerne la protection des droits fondamentaux, il faut comprendre que la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a qu'un devoir limité : la

---

413 Formations de jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

414 CJUE, Gde ch., aff. C-62/14, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*.

protection des droits fondamentaux du *Grundgesetz*<sup>415</sup>. Or, appliquer les droits fondamentaux allemands ne recouvre pas l'application de la Charte. Ceci est l'une des raisons pour lesquelles, normalement, l'on ne fait pas de renvoi à la CJUE. S'il s'agit d'une question qui est déterminée de façon définitive par le droit européen, la jurisprudence *Solange II* s'applique<sup>416</sup> ; c'est-à-dire que nous suspendons les contrôles de nos droits fondamentaux. Dans ces conditions, c'est donc à la CJUE de garantir la protection des droits fondamentaux européens. La Cour constitutionnelle fédérale allemande ne le peut pas.

L'on peut considérer cela comme un problème de la jurisprudence *Solange II*, car cela implique qu'on laisse le champ libre à la CJUE. Or ce retrait, très pro-européen dans son esprit initial, est désormais critiqué comme un retrait de la « coopération ». Pourtant la coopération s'effectue par d'autres moyens : si nécessaire, l'on renvoie les affaires au juge judiciaire pour qu'il effectue le renvoi à la CJUE.

Lors d'une décision sur le mandat d'arrêt européen<sup>417</sup>, au nom de l'« identité » et du principe de « dignité humaine », d'une certaine façon, l'on a fait exception à la jurisprudence *Solange II*. La Cour constitutionnelle fédérale peut, et va toujours, effectuer un contrôle pour contrôler si la dignité humaine est respectée. Cela ne signifie pas qu'il s'agisse d'un reproche systématique envers une protection européenne jugée insuffisante. La Cour constitutionnelle fédérale ne fait pas de renvoi à la CJUE lorsqu'elle est convaincue que les exigences de dignité humaine mises en avant correspondent à celles du droit européen.

---

**Maryvonne de Saint Pulgent**

*présidente de la section du rapport et des études,  
modérateur de la conférence*

Merci. Je donne la parole à notre dernier intervenant, le Premier président Canivet pour son intervention du point de vue de la constitutionnalité française.

---

**Guy Canivet**

*Premier président (h) de la Cour de cassation,  
ancien membre du Conseil constitutionnel*

Je mesure tout l'honneur qui m'est fait en m'invitant à prendre la parole dans la dernière séance d'un cycle de conférence considérable qui a réuni de prestigieux

415 En allemand, « loi fondamentale », désignation de la constitution allemande.

416 « *Solange I* » désigne une jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 29 mai 1974 (BverfG, vol. 37, p. 271) se réservant la possibilité d'écarter une norme de droit européen et donc de faire obstacle à l'application de la primauté de ce dernier pour cause de violation des droits fondamentaux garantis par la Constitution, « aussi longtemps que » (en allemand, « *so lange* »). Dans un arrêt ultérieur, du 22 octobre 1986, dit « *Solange II* » (BverfG, vol. 73, p. 339), la Cour de Karlsruhe prend acte du contrôle exercé par le juge communautaire sur le respect des droits fondamentaux et suspend le sien, tout en maintenant sa réserve de compétence en cas de protection estimée insuffisante. Plus récemment, le juge constitutionnel allemand a néanmoins jugé que le modèle allemand de protection n'est pas la seule référence possible pour satisfaire à l'exigence de respect des droits fondamentaux posée par l'article 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale (arrêt du 7 juin 2000 dit « *Solange III* » (EuGrZ, 2000, p. 328).

417 Cour const. all., 15 décembre 2015 (2 BvR 2735/14).





intervenants. Je n'ignore pas non plus que le sujet qui m'est assigné est redoutable. Pour paraphraser le titre du livre d'Alexandre Koyré<sup>418</sup>, il s'agirait tout simplement de passer « *Du monde clos à l'univers infini* ». Même sur l'objet moins cosmique des droits fondamentaux, je n'en aurai pas la folie.

C'est un sujet déjà largement exploré. Les rapports entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité dans la pratique du Conseil constitutionnel (ci-après, « le Conseil ») donnent lieu à une littérature considérable, émanant des plus grands auteurs. Le sujet est, en outre, constamment réexaminé à l'occasion de chacune des décisions de Conseil ou de l'une des cours européennes qui en renouvellent l'approche à partir d'hypothèses nouvelles. Il est donc tout aussi difficile de prétendre à une synthèse que d'innover sur un tel thème. Peut-être faut-il, alors, se limiter au rappel des éléments simples de la problématique ? Ce qui est déjà un pari.

Tenter la simplicité exige, au préalable, de remonter à l'origine en rappelant que la question s'est posée à partir de 1971 quand le Conseil, en se conférant le pouvoir de contrôler la conformité de la loi au préambule de la Constitution de 1958<sup>419</sup>, a donné une positivité constitutionnelle aux déclarations des droits auxquels ce préambule se réfère, à savoir les droits et libertés « exposés » dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les droits sociaux « proclamés » par le Préambule de la Constitution de 1946, et les principes fondamentaux « reconnus » par les lois de la République ; plus tard enfin, la Charte de l'environnement « adossée » à tout cela.

Ce faisant, ont été élevés à la puissance de normes constitutionnelles contraignantes des droits et libertés dont la plupart ont leur équivalent dans les conventions internationales d'application directe, notamment les traités et conventions européens – la problématique qui m'est assignée semble limitée à cette partie du sujet. De sorte que ces droits fondamentaux tirés de la Constitution se trouvent en conflit avec ceux qui sont garantis, d'une part, par le droit de l'Union européenne (UE), d'abord les principes généraux du droit communautaire, ensuite par la Charte<sup>420</sup> des droits fondamentaux de l'UE, d'autre part, ceux que contiennent les conventions conclues dans le cadre du Conseil de l'Europe, principalement la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, « la Convention EDH »)<sup>421</sup>. Les deux ordres de normes européennes peuvent d'ailleurs se trouver elles-mêmes en conflit.

Certes, l'ordonnement entre les normes internes et les normes internationales n'est pas ignoré par la Constitution. Elle prévoit en son article 55 que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

---

418 Alexandre Koyré (1892-1964), philosophe et historien des sciences. Auteur, entre autres, du livre : *Du monde clos à l'univers infini*, éd. Gallimard, coll. Tel, Paris, 1988.

419 CC, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

420 Ci-après, la Charte.

421 Ci-après, la Convention EDH.



Il appartenait donc au Conseil de donner une portée à cette disposition de la Constitution, ce qu'il a fait par sa décision du 15 janvier 1975<sup>422</sup>, à propos de la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse (IVG). Par cette décision « IVG » dont la doctrine est à chaque occasion reprise, il a jugé que : « *si ces dispositions (55 C) confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doit être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci* ». La formule a ensuite été étendue à l'article 61-1 ajouté par la réforme constitutionnelle de 2008<sup>423</sup>.

En se déniait ainsi toute compétence pour examiner la compatibilité de la loi avec les conventions internationales, le Conseil en a transféré le pouvoir aux juridictions judiciaires et administratives qui, tôt<sup>424</sup> ou tard<sup>425</sup>, l'ont exercé. Par la suite, lors de l'examen des deux derniers traités européens en 2004<sup>426</sup> et en 2007<sup>427</sup>, il a accompagné cette règle de compétence d'une règle de conflit de normes en confirmant « *la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne* ».

D'où il suit que, dans l'ordre interne, la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas aux dispositions de valeur constitutionnelle. Aucune juridiction nationale ne pourrait donc laisser inappliquée une disposition de la Constitution en la jugeant incompatible avec un traité, même si cet engagement international consacre des droits fondamentaux.

De ces deux positions complémentaires : l'une procédurale, l'autre substantielle, il résulte, dans notre ordre juridictionnel interne, que les principes fondamentaux de source constitutionnelle seraient protégés de toute incidence de la part des mêmes principes fondamentaux de source internationale, en particulier européenne, dans la mesure où, ni le juge constitutionnel, ni les juges judiciaire ou administratif, ne pourraient les mettre en concours d'interprétation. Le Conseil refuse de le faire et il l'interdit aux juges dits « ordinaires ».

L'expérience a toutefois montré qu'un tel isolement ne peut pas être absolu, et que ne peuvent pas être évitées des interférences entre les droits fondamentaux constitutionnels et ceux de source européenne. Impossible isolement (1) et inévitables interférences (2) seront les articulations de ce propos.

## **1. L'impossible isolement**

Tout d'abord, le cloisonnement absolu s'est révélé impraticable, tant pour des raisons de principes tirés tout à la fois des traités et de la Constitution, que pour des raisons pratiques résultant de nos propres habitudes juridictionnelles.

422 CC, décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

423 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République ; CC, décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

424 C. cass., ch. mixte, 24 janvier 1975, *Jacques Vabre*, n° 73-13556.

425 CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

426 CC, décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, traité établissant une Constitution pour l'Europe.

427 CC, décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne.



## 1.1. Raisons de principes

Les raisons de principe de l'impraticabilité de l'isolement des droits et libertés garantis par la Constitution résident aussi bien dans les ordres européens, en considération des obligations résultant des traités, que dans l'ordre interne, au regard de la mise en œuvre de certaines dispositions de la Constitution.

### 1.1.1. Dans les ordres européens

Au regard des ordres européens, l'affirmation selon laquelle la Constitution est au sommet de l'ordre juridique interne, posée par le Conseil dans les décisions précitées puis reprise, tant par le Conseil d'État<sup>428</sup>, que la Cour de cassation<sup>429</sup>, avec, en ce qui concerne cette dernière, une réserve pour le droit de l'Union européenne, heurte frontalement la doctrine tant de la Cour de justice<sup>430</sup> que de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>431</sup> au regard de leur conception de la « primauté » du droit de l'Union européenne, comme de la « prééminence » du droit de la Convention, sur le droit national, fût-il de valeur constitutionnelle. De sorte que l'une et/ou l'autre des juridictions européennes qui, selon des mécanismes procéduraux différents, ont toujours le dernier mot, sont en position de juger que les constitutions nationales sont incompatibles avec les droits fondamentaux européens, selon l'interprétation qu'elles en donnent et dont elles imposent l'application aux juges nationaux.

Le Conseil constitutionnel est donc placé devant le choix d'interpréter et d'appliquer la Constitution en méconnaissance des garanties fondamentales de source européenne, en risquant de voir finalement sa décision privée de toute portée effective, même dans l'ordre juridictionnel interne, puisqu'alors sa décision perd toute autorité pratique à l'égard des juges nationaux.

Plus réaliste est donc l'autre branche de l'alternative, consistant à rechercher une interprétation de la norme constitutionnelle compatible avec l'un ou l'autre des droits européens en concours. Ce à quoi le Conseil finit toujours par se résigner. On l'a vu pour la question de la conformité des lois de validation au principe d'indépendance des juridictions ; la « séquence *Zielinski* » est restée dans les mémoires<sup>432</sup>, et plus récemment sur la question de la compatibilité des doubles poursuites administrative et pénale en matière d'abus de marché avec le principe « *ne bis in idem* » commun à la Charte et à la Convention<sup>433</sup>.

En outre, dans l'ordre juridique de l'Union européenne, ainsi que l'a fermement rappelé la CJUE, le Conseil est lui-même tenu au devoir de coopération impartit à toute juridiction d'un État membre<sup>434</sup>. Le refus, pour lui, de remplir les obligations

428 CE, 30 octobre 1998, *M. Sarran, M. Levacher et autres*.

429 C. cass., Ass. plein., 2 juin 2000, *Fraisse*, n° 99-60.274.

430 CJCE, aff. 106/77, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*.

431 Xavier Souvignet, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, éd. Bruylant, 2012.

432 CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France*, n°s 24846/94 et 34165/96 ; CC, n° 2013-366, QPC du 14 février 2014, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/mars-2014-le-controle-des-validations-legislatives.140215.html>

433 Décision n° 2016-546, QPC du 24 juin 2016, M. Jérôme C.

434 CJUE, Gde ch., aff. jointes C-188/10 et C-189/10, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Selim Abdeli*.



qui lui incombent en vertu des traités pourrait donner lieu à une procédure en manquement contre l'État, prévue par les dispositions des articles 258 à 260 du TFUE, recevable même si l'action négative est celle d'une juridiction<sup>435</sup>. Tandis que dans l'ordre de la Convention, le refus de donner une application effective à une de ses dispositions conduit à la mise en œuvre, par le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe, d'une procédure de contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour et éventuellement à une nouvelle saisine de celle-ci<sup>436</sup>. Le refus du Conseil de donner une portée pratique aux droits fondamentaux européens pourrait donc provoquer des sanctions contre la France, selon les procédures propres, d'une part, à l'UE, d'autre part, à la Convention. Même si la mise en œuvre de ces procédures reste théorique dans une telle hypothèse, la résistance ostensible du Conseil à l'application effective des garanties fondamentales prévues par les traités et convention européens serait inappropriée. Même les souverainistes les plus farouches l'ont compris. Ils préfèrent biaiser.

### 1.1.2. Dans l'ordre national

Dans le cadre de la Constitution, le cloisonnement imposé par la jurisprudence du Conseil ne s'applique toutefois que pour le contrôle de constitutionnalité de la loi. Il ne peut évidemment être opposé lors de l'appréciation préalable de la conformité des traités à la Constitution selon le mécanisme prévu par son article 54<sup>437</sup>. Ce mécanisme impose au Conseil de rechercher si un engagement international en cours de ratification contient une clause contraire à la Constitution, donc de régler un conflit de normes. Et même dans le cadre du contrôle de conformité de la loi à la Constitution, en application de dispositions spécifiques du titre XV de la Constitution « De l'Union européenne », le Conseil n'a pas pu éviter de mettre en concours les droits fondamentaux de source constitutionnelle avec leurs équivalents de source conventionnelle<sup>438</sup>.

#### 1.1.2.1. L'article 54 de la Constitution

Ainsi, lors de l'examen du traité établissant une constitution pour l'Europe<sup>439</sup>, puis du traité de Lisbonne<sup>440</sup>, le Conseil a dû apprécier la conformité à la Constitution de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, et en particulier le droit, conféré par celle-ci « à chacun, individuellement ou collectivement, de manifester, par ses pratiques, sa conviction religieuse en public » avec le principe de laïcité garanti par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution. À cette occasion, il a examiné la portée donnée à la liberté religieuse par l'article 10 paragraphe 1 de la Charte et par l'article 9 de la Convention au regard de la jurisprudence de la Cour EDH qui laisse aux États une large marge d'appréciation pour concilier la liberté du culte avec le principe de

435 CJUE, aff. C-224/01, 20 septembre 2003, *Köbler c. Republik Österreich*.

436 L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 2<sup>e</sup> édition : <http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-19%282008%29.pdf>

437 Aux termes duquel : « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

438 Titre XV : De l'Union européenne, articles 88-1 à 88-7.

439 C.C. décision n° 2004-505, précitée.

440 C.C. décision n° 2007-560 DC précitée.



laïcité<sup>441</sup>. Ainsi, il a pu constater que notre conception d'une République laïque n'était pas incompatible avec le principe de la liberté religieuse compris dans la Charte. Il a suivi le même raisonnement pour l'appréciation de la conformité de l'article 47 de la Charte, lequel reprend les garanties processuelles de l'article 6 de la Convention, imposant la publicité des débats judiciaires, avec les dispositions nationales qui restreignent cette exigence<sup>442</sup>. Dans l'un et l'autre cas, le Conseil a élaboré une méthode de recherche de compatibilité en examinant si un droit constitutionnel, dans l'interprétation qu'il en donne est compatible avec le même droit prévu par la Convention ou la Charte dans l'interprétation qu'en donne l'une ou l'autre des juridictions européennes.

### 1.1.2.2. *Les articles 88-1 et 88-2 de la Constitution*

Même lorsque, dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, il se prononce sur la conformité de la loi à la Constitution, le Conseil peut être en position de mettre en concours les droits et libertés de droit national avec ceux qui sont compris dans le droit de l'UE. Il en va ainsi du contrôle exercé de la conformité à la Constitution des lois de transposition des directives, en application de l'article 88-1 de la Constitution, ne serait-ce que pour s'assurer qu'une loi de transposition d'une disposition inconditionnelle et précise d'une directive n'est pas contraire à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France<sup>443</sup>.

D'une manière plus spécifique, il en est de même du contrôle constitutionnel sur la loi de transposition de la décision-cadre sur le mandat européen<sup>444</sup>. Dans ce dernier cas, il a été examiné si l'absence de recours contre certaines décisions prises pour l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, qui serait contraire à l'article 16 de la Déclaration de 1789, était conforme aux dispositions de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen reprises par l'article 88-2 de la Constitution et, au-delà, si les dispositions de la décision-cadre qui excluraient tout recours sont conformes à l'article 47 de la Charte sur le droit à un recours juridictionnel effectif<sup>445</sup>.

### 1.2. *Raisons pratiques*

Les raisons pratiques de l'impossibilité de protéger les droits et les libertés garantis par la Constitution de toute influence de leurs équivalents européens sont plus déterminantes encore. Elles sont la conséquence de la répartition des rôles entre juge ordinaire et juge constitutionnel décidée en 1975.

Ainsi, selon le mécanisme créé par la décision du 15 janvier 1975<sup>446</sup>, le Conseil constitutionnel peut juger conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions légales dont l'application est ensuite écartée parce que jugées

441 C.C. décision n° 2004-505, cons. 18.

442 *Ibid.*, cons. 19.

443 C.C. décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 ; décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006.

444 Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (2002/584/JAI).

445 C.C. décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013 ; CJUE, 30 mai 2013, aff. C-168/13 PPU, demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE introduite par le Conseil constitutionnel dans la procédure *Jeremy F. c. Premier ministre* ; décision n° 2013-314 QPC du 14 juin 2013 ; loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

446 C.C. décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.



contraires à la Convention, aux principes généraux du droit de l'UE ou de la Charte, directement par les juridictions nationales, à quelque degré que ce soit, de leur propre initiative, même d'office, et même en l'absence de toute intervention des juridictions européennes. De sorte que le contrôle de constitutionnalité est sans effet pratique puisque l'application d'une loi jugée conforme à la Constitution par le Conseil peut finalement être écartée parce que jugée incompatible avec le droit européen par un quelconque juge judiciaire ou administratif !

Au surplus, faute de pouvoir invoquer l'inconstitutionnalité de la loi dans le cadre d'un procès, en raison de la compétence exclusive du Conseil pour en juger, les parties ont pris l'habitude d'invoquer l'incompatibilité avec l'un ou l'autre des droits européens. De sorte que les juridictions judiciaires et administratives se sont appropriées ce contentieux, dit « *de conventionalité* » ou « *de fondamentalité* », qui renforce singulièrement leur pouvoir. Par ce mécanisme, le contrôle de compatibilité de la loi avec les traités européens et les conventions européennes a évincé le contrôle de conformité de la loi à la Constitution. Ce transfert des protections a, par exemple, permis de réformer en profondeur la procédure pénale, par l'action conjuguée de la Cour de cassation et de la Cour EDH sur le fondement de l'article 6 de la Convention EDH, en contraignant finalement le législateur à se soumettre à ces bouleversements. C'est essentiellement pour mettre fin à ce glissement du contrôle de compatibilité de la loi vers les conventions internationales, et protéger notre souveraineté normative, qu'est intervenue la réforme constitutionnelle de 2008<sup>447</sup> dont l'article 29 vise à replacer la Constitution au centre du dispositif de protection des droits fondamentaux<sup>448</sup>.

Dans ce cadre procédural nouveau, le Conseil constitutionnel a toutefois persisté à s'estimer incompétent pour examiner les moyens tirés des traités de l'UE et des conventions internationales<sup>449</sup>. Le risque de contradiction n'a donc pas disparu. Il s'est d'ailleurs aussitôt réalisé lorsque, par une des premières décisions rendues dans la cadre de la nouvelle procédure, le Conseil a admis la conformité à la Constitution de certaines dispositions de procédure pénale restrictives des droits de la défense durant la garde à vue<sup>450</sup>, tandis que la Cour de cassation en a, quelques mois plus tard, écarté l'application en les jugeant contraires à l'article 6 de la Convention<sup>451</sup>. Dans un autre cas, le Conseil constitutionnel a estimé qu'une

447 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République.

448 Nicolas Sarkozy, discours prononcé le 1<sup>er</sup> mars 2010, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 29, octobre 2010 : « J'ajoute, parce que j'y suis très attaché, que la réforme va non seulement permettre une rationalisation de certains contentieux, mais aussi se révéler comme un instrument incomparable de réappropriation, par les citoyens, de notre corpus constitutionnel. (...) Il était plus que temps de mettre un terme à cette situation incompréhensible qui voulait que soit consacré, depuis 1981, un droit de recours individuel devant la Cour EDH alors que dans le même temps, le citoyen était tenu à l'écart du prétoire du Conseil constitutionnel. Situation qui aboutissait parfois à ce que les litiges, au lieu d'être purgés en France, donnent lieu à des condamnations de la France par la Cour européenne. Beau résultat ! Je salue d'ailleurs le choix qui a été fait par le législateur organique d'imposer que soit examiné par priorité, M. le président, le moyen de constitutionnalité, lorsqu'une contestation est également soulevée sur le terrain du droit international ».

449 CC, décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

450 CC, décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres [Garde à vue].

451 C. cass., Ass. plén., 15 avril 2011, n° 10-17.049.

disposition permettant d'infliger une peine d'emprisonnement à un étranger en situation irrégulière n'était pas contraire à la Constitution<sup>452</sup> en ignorant délibérément les dispositions de la directive « retour »<sup>453</sup> et la jurisprudence interprétative de la CJUE<sup>454</sup> ; ce qui ensuite n'a pas empêché la Cour de cassation de rendre un avis écartant l'application de cette disposition pénale en se référant à la directive et à la jurisprudence de la CJUE<sup>455</sup>.

On a pu estimer que, dès lors qu'il s'agit de mettre en œuvre des droits fondamentaux tirés d'ordres juridiques différents et interprétés par les juridictions propres à chacun d'eux, ces contradictions étaient naturelles, admissibles, restaient rares, sans véritable portée pratique et même qu'elles avaient des vertus d'entraînement dans la progression de la protection des droits fondamentaux, de sorte qu'il était sage de s'y résigner. S'il est séduisant, en théorie, ce raisonnement ignore le désordre provoqué par l'insécurité juridique dans des domaines où l'application de la loi devrait pourtant être certaine ; ne serait-ce qu'en droit criminel où elle fragilise des procédures, au risque de compromettre la sécurité des personnes.

La même observation pourrait être faite dans le domaine fiscal, en considération de l'impératif de lutte contre la fraude, ou encore dans le droit de la régulation des marchés financiers, rempart contre des crises financières destructrices de l'économie. On peut donc concevoir que la résignation au désordre ne soit pas partagée par les autorités responsables de la mise en œuvre de ces politiques publiques. L'insécurité juridique a un coût politique, économique et social évident. Des récents rapports et études du Conseil d'État le mettent suffisamment en évidence<sup>456</sup>.

## 2. Les inévitables interférences

Si, comme il vient d'être montré, l'interférence est inévitable, l'impératif de sécurité juridique comme l'idéal de cohérence poussent à rechercher les moyens de la faire jouer de manière prévisible, soit en établissant des règles d'articulation entre droit constitutionnel et principes fondamentaux tirés des conventions, soit en définissant des méthodes d'harmonisation entre eux.

### 2.1. Les règles d'articulation

Plusieurs solutions ont été envisagées pour créer des articulations procédurales dans la mise en œuvre respective des droits et des libertés garantis par la Constitution, et ceux qui le sont par des traités européens et des conventions européennes, par exemple, en instaurant une règle de priorité ou en invoquant la subsidiarité des droits européens.

452 CC, décision n° 2011-217, QPC du 3 février 2012, M. Mohammed Alki B.

453 Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (JO L 348, p. 98).

454 CJUE, aff. C-61-11, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim* ; CJUE, Gr. ch., aff. C329/1, 6 décembre 2011, *Achughbabian*.

455 C. cass., ch. crim., avis du 5 juin 2012, n° 9002.

456 Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, étude annuelle 2006, éd. La documentation Française, Paris, 2006 ; Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, étude annuelle 2016, éd. La documentation Française, Paris, 2016.





### 2.1.1. Priorité

C'est dans ce but que la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, a voulu instaurer une priorité dans l'application de la Constitution en prévoyant qu'« *en tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation* »<sup>457</sup>. Ce qui devait conduire à juger, d'abord, le grief d'invalidité constitutionnelle de la loi avant celui d'« *inconventionnalité* ». Mais interprétant cette disposition le Conseil a immédiatement souligné qu'elle avait pour seul effet d'imposer l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie<sup>458</sup>. Ensuite, par une décision du 10 mai 2010<sup>459</sup>, le Conseil a dû préciser que l'obligation d'examiner par priorité les questions de constitutionnalité n'empêchait pas les juridictions judiciaires ou administratives, de satisfaire complètement aux obligations que leur impose l'ordre juridique de l'Union.

À cette condition, la CJUE, rappelant sa jurisprudence *Simmenthal*<sup>460</sup>, a jugé<sup>461</sup> que l'article 267 du TFUE ne s'opposait pas à une telle législation nationale, pour autant que les juridictions de l'État membre restent libres de respecter la triple exigence imposée par sa jurisprudence : saisir la CJUE de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, à tout moment de la procédure qu'elles estiment approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'UE, enfin laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'UE. Il en résulte que, bien que le Conseil ait déclaré une disposition législative conforme à la Constitution, les juridictions judiciaires et administratives gardent la possibilité d'en écarter l'application lorsqu'elles la jugent contraire à la Convention ou aux traités de l'UE. Il est paradoxal de relever que c'est finalement le rappel de la décision du 15 janvier 1975<sup>462</sup> qui a assuré la compatibilité de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) avec le renvoi préjudiciel à la CJUE.

En définitive, l'articulation entre, d'une part, la conformité de la loi à la Constitution et, d'autre part, sa compatibilité avec le droit de l'UE ou de la Convention EDH, reste réglée par l'application pure et simple de la « *primauté* » ou de la « *prééminence* » dont jouissent ces deux ordres juridiques européens sur le droit des États.

457 Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, article 23-2, alinéa 3.

458 Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, cons. 14.

459 Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, cons 14.

460 Arrêt de la Cour du 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*. Demande de décision préjudicielle : Pretura di Susa, Italie. Non-application par le juge national d'une loi contraire au droit communautaire, aff. 106/77.

461 CJUE, 22 juin 2010, précitée.

462 Décision n° 74-54 DC, précitée.





La « priorité » de la question de constitutionnalité n’y change rien. Le concept de « priorité » est donc, à cet égard, inopérant.

### 2.1.2. Subsidiarité

Un autre modèle d’articulation a été recherché dans le principe de subsidiarité. Deux applications en ont été envisagées. L’une suggère d’accorder une présomption de conventionalité aux dispositions légales jugées conformes à la Constitution. L’autre est tirée de l’exigence de l’épuisement des voies de recours internes pour saisir la Cour EDH.

#### 2.1.2.1. La présomption de conventionalité

La thèse de la présomption de conventionalité a été risquée par le président du Conseil dans un discours prononcé au mois de mars 2015 en présence du président de la Cour EDH<sup>463</sup>. En cette occasion, propice à la conciliation, il a suggéré que lorsqu’une disposition législative est jugée conforme à la Constitution par le Conseil, elle « *bénéficie d’une présomption de conventionalité* » et que « *seules de très sérieuses raisons peuvent conduire à s’inscrire dans un sens différent. La Cour de Strasbourg est à même d’en décider* ». Ce qui insinue, d’une part, que les juridictions ordinaires ne peuvent elles-mêmes juger incompatible avec la Convention EDH une loi que le Conseil aurait jugée conforme à la Constitution, d’autre part, que seule la Cour EDH pourrait renverser cette présomption, et qu’elle ne pourrait le faire que pour « *une raison sérieuse* ». Ce qui sollicite une conception large de la marge d’appréciation laissée aux États. Il n’existe pas, à ce jour, d’application de ce raisonnement fort constructif dont le fondement juridique resterait à préciser. Si dans l’arrêt *Bosphorus*<sup>464</sup>, la Cour EDH a admis une présomption d’équivalence des protections, c’est dans les rapports entre la Convention EDH et le droit de l’UE, et non entre les Constitutions nationales et la Convention EDH. Elle a, en outre, précisé dans un arrêt *Michaud* de 2012<sup>465</sup> que cette présomption ne pouvait résulter que d’un arrêt de la CJUE et non de la décision d’une juridiction nationale. En tout état de cause, un tel raisonnement ne pourrait pas être transposé au droit de l’UE qui, selon la CJUE<sup>466</sup>, s’oppose à ce que le juge national soit, par un quelconque mécanisme interne, contraint dans l’appréciation de la compatibilité du droit national avec celui de l’UE.

#### 2.1.2.2. L’épuisement des voies de recours internes

Une autre application du principe de subsidiarité consisterait à inciter la Cour EDH à reconnaître que, au sens de l’article 35 de la Convention EDH, la question prioritaire de constitutionnalité est une voie de recours à épuiser pour qu’une requête individuelle soit, devant elle, recevable. De nombreuses études ont été

---

463 Discours de Jean-Louis Debré, 2 mars 2015, cinquième anniversaire de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), disponible sur le site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2015/5eme-anniversaire-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite.143375.html>

464 CEDH, Gde ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c. Irlande*, n° 45036/98.

465 CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11.

466 CJUE, 22 juin 2010, précité.



consacrées à cette question, insistant sur les avantages d'une telle solution<sup>467</sup>, sans que la Cour EDH ne se soit encore prononcée à ce sujet.

En contemplation de sa jurisprudence, deux difficultés seraient toutefois à surmonter. La première est l'accessibilité directe à la juridiction constitutionnelle, ce qui n'est guère compatible avec la saisine du Conseil par renvoi de la Cour de cassation ou du Conseil d'État telle que prévue par l'article 61-1 de la Constitution<sup>468</sup>. La seconde est qu'il serait nécessaire que les droits protégés par la Constitution incluent explicitement ou correspondent en fait à des droits reconnus par la Convention EDH. C'est sans doute pour montrer que cette dernière condition est remplie que, dans le discours précité, le président du Conseil insiste sur la convergence, activement et systématiquement recherchée par le Conseil, dans l'interprétation qu'il donne des droits et des libertés garantis par la Constitution avec celle de la Convention EDH sur les droits garantis par la Convention<sup>469</sup>. Il reprend en cela les articles publiés par le Secrétaire général du Conseil pour argumenter l'équivalence de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux avec la protection conventionnelle et même, dans certains cas, sa supériorité<sup>470</sup>.

## 2.2. Méthodes d'harmonisation

Si elle conduit à une méthode systématique d'interprétation conforme des garanties constitutionnelles avec les garanties conventionnelles des droits fondamentaux, la recherche d'équivalence est sans doute appropriée. Pour chacun des droits et des libertés garantis par la Constitution, le Conseil devrait alors examiner le sens et la portée que leur donnent la Convention EDH et la Charte dans les interprétations respectives de la Cour EDH et de la CJUE, afin de rechercher une interprétation de la Constitution compatible avec les deux sources européennes des droits fondamentaux. Il appartiendrait, ensuite, à chacune de ces deux cours européennes de se prononcer sur la validité de cette interprétation lorsqu'elles en sont saisies. De ces échanges tripartites pourrait résulter une application harmonisée des garanties constitutionnelles et conventionnelles. Les études internes au Conseil précitées donnent de nombreux exemples de ces convergences. La plus visible est que le Conseil a finalement tiré de la formulation très générale de l'article 16 de la Déclaration de 1789 des garanties identiques à celles des articles 6 de la Convention EDH et 47 de la Charte sur le droit à un procès équitable<sup>471</sup>. La comparaison littérale de ces textes permet de mesurer l'effort considérable d'interprétation de l'article 16 de la déclaration de la part du Conseil à partir de la seule notion de « garantie des droits ». Assurément, ces convergences interprétatives seraient facilitées par la mise en œuvre de mécanismes de coopération avec les deux cours qui, respectivement, sont les interprètes authentiques de chacun des traités. Elles exigeraient en tout cas une technique rigoureuse de l'interprétation conforme.

467 Th. Larroutourou, « La QPC est-elle une voie de recours à épuiser avant de saisir la Cour EDH ? », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2015, n° 1, pp. 111-138.

468 CEDH, 8 juin 1995, *Yagci et Sargin c. Turquie*, n°s 16419/90 et 16426/90.

469 J.-L. Debré, discours du 2 mars 2015, précité.

470 M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juillet 2011, pp. 67-95.

471 V. par ex. R. Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 44 (Le Conseil constitutionnel et le procès équitable), juin 2014.

### 2.2.1. Les mécanismes de coopération

Un mécanisme coopératif de consultation pour avis existera dans l'ordre de la Convention européenne lorsque sera ratifié son protocole n° 16<sup>472</sup> dont l'article 1<sup>er</sup> prévoit que « *Les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante (...) peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles* ». Encore faudrait-il, pour que cette procédure de consultation soit intégrée dans le jugement de constitutionnalité, que le Conseil soit, en application de l'article 10 du protocole, désigné parmi les juridictions nationales autorisées à adresser à la Cour des demandes d'avis. Il faut avouer que sa jurisprudence « IVG » de 1975 n'y incite guère.

En l'état, une telle consultation interprétative existe en droit de l'UE, à condition que le Conseil recoure au renvoi préjudiciel prévu par l'article 267 du TFUE. La technique de l'interprétation conforme exige, en effet, que, dans toute la mesure du possible, le juge national, fût-il constitutionnel, applique le droit national à la lumière du texte et de la finalité du droit de l'UE, spécialement d'une directive, pour atteindre le résultat visé par celui-ci. Il est alors nécessaire que, le cas échéant, il puisse soumettre à la Cour de justice de l'Union européenne les hypothèses dans lesquelles, selon lui, la conformité de l'interprétation reste incertaine. Le Conseil pourrait alors, dans l'exercice du contrôle de conformité à la Constitution des lois de transposition des directives communautaires, procéder lui-même à un contrôle *prima facie* de la compatibilité de l'interprétation d'une garantie constitutionnelle avec la garantie équivalente prévue dans l'un et l'autre des ordres européens. En cas de difficulté, il pourrait soit faire interpréter la directive, soit faire vérifier sa validité au regard de la Charte ou de la Convention EDH, par renvoi préjudiciel à la CJUE.

À une exception près, Le Conseil s'est estimé dans l'impossibilité de le faire en raison des délais très stricts qui lui sont imposés pour statuer<sup>473</sup>. C'est cependant ce que font les cours constitutionnelles de certains États membres, comme la Cour constitutionnelle belge<sup>474</sup>. C'est également ce que fait le Conseil d'État dans le contrôle de légalité des décrets de transposition des directives. À titre d'exemple significatif de la pertinence de cette démarche, a été préservé le secret professionnel de l'avocat par la convergence des jurisprudences des deux cours européennes, de la Cour constitutionnelle belge et du Conseil d'État français, dans l'interprétation de la troisième directive « blanchiment »<sup>475</sup>.

472 Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 2 octobre 1952 ouvert à la signature des Hautes Parties contractantes.

473 En matière de contrôle préalable, selon l'article 26 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, il se prononce dans un délai de un mois de sa saisine. Ce délai est réduit à huit jours quand le Gouvernement déclare l'urgence. En matière de QPC, selon l'article 23-10 de ladite ordonnance, il statue dans un délai de trois mois de sa saisine.

474 Par exemple, la Cour constitutionnelle belge a décidé, le 22 juin 2017, de poser de nombreuses questions préjudicielles à la CJUE à la suite du recours contre la prolongation des centrales nucléaires de Doel 1 et 2 décidée en 2015 par le gouvernement fédéral.

475 CE, 28 mars 2008, Conseil national des barreaux et autres, rendue au visa des arrêts préjudiciels de la CJUE du 15 octobre 2002 *Limburgse Vinyl Maatschappij* (aff. C-238/99 P), et du 26 juin 2007, *Gde ch., Ordres des barreaux francophones et germanophones et autres* (aff. C-305/05). V. également l'arrêt n° 10/2008 du 23 janvier 2008 de la Cour constitutionnelle belge.



### 2.2.2. Les techniques d'interprétations convergentes

Tandis qu'il s'abstient de recourir au mécanisme coopératif de l'article 267 du TFUE, le Conseil procède lui-même à la recherche de solutions convergentes dans l'application des droits fondamentaux garantis par la Constitution avec ceux qui le sont par la Convention EDH ou par le droit de l'Union européenne. De nombreuses illustrations de ces rapprochements peuvent être données, tant à l'égard de l'une que de l'autre.

C'est, par exemple, ce qu'il a fait dans sa première décision rendue en matière de question prioritaire de constitutionnalité<sup>476</sup>. Pour juger de la conformité à la Constitution d'un régime de pensions d'anciens combattants comprenant des dispositions discriminatoires à l'égard de ressortissants des anciennes colonies devenues indépendantes, il a procédé au contrôle de la conformité de ces dispositions légales avec l'article 6 de la Déclaration de 1789, en examinant les décisions rendues sur la même question aussi bien par la Cour EDH sur le fondement de l'article 14 de la Convention EDH, que par la CJUE sur l'interprétation de l'accord « Euro-Méditerranée » de février 1996<sup>477</sup>, et même celles du Comité des droits de l'homme de l'ONU sur le fondement de l'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

Dans l'examen de la conformité à la Constitution des dispositions relatives aux voies de recours de la loi de transposition de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen<sup>478</sup>, le Conseil aurait pu étendre la question préjudicielle posée à la CJUE au contrôle de la validité de la directive au regard des articles 47 de la Charte et 13 de la Convention sur le droit à un recours effectif. Dans son arrêt préjudiciel, la CJUE examine d'ailleurs la validité de la décision-cadre au regard de ces deux textes, en analysant sa propre jurisprudence et celle de la Cour EDH sur le droit au recours<sup>479</sup>.

Dans une affaire plus récente du 18 mars 2015<sup>480</sup>, le Conseil a eu à juger, une nouvelle fois, de la constitutionnalité, au regard du principe « *ne bis in idem* », des dispositions du code monétaire et financier qui prévoyaient que les mêmes faits puissent donner lieu tout à la fois à une procédure de sanction administrative et à des poursuites pénales. Le principe « *ne bis in idem* » est en effet prévu en des termes substantiellement équivalents par l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention EDH et par l'article 50 de la Charte. La différence notoire entre l'un et l'autre de ces textes est que, selon la Charte, les poursuites et les sanctions à prendre en compte concernent l'ensemble de l'UE.

476 C.C., décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 Consorts L.

477 CJUE, aff. C-276/06, 17 avril 2007, *Mamate El Youssfi c. Office national des pensions (ONP)*.

478 C.C. décision n° 2013-314 P QPC du 4 avril 2013, *Jeremy F.*

479 CJUE, aff. C-168/13 PPU, 30 mai 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*.

480 Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres*.



Dans plusieurs décisions précédentes<sup>481</sup>, sans se prononcer sur la valeur constitutionnelle de ce principe, le Conseil avait jugé qu'en tout état de cause, il ne recevait pas application en cas de cumul de sanctions pénales et de sanctions administratives, sous réserve que le cumul des deux respecte le principe de proportionnalité des peines ; de sorte que le montant total ne dépasse pas le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

Sans revenir, du moins en apparence, sur cette jurisprudence, dans la décision du 18 mars 2015, le Conseil se prononce, pour la première fois, non plus sur le cumul des sanctions, mais sur celui des poursuites au regard du principe de « nécessité des délits et des peines » garanti par l'article 8 de la déclaration de 1789. Puis il détaille les conditions auxquelles des poursuites différentes, sur la base d'accusations en matière pénale reposant sur les mêmes faits, peuvent être engagées en respectant ce principe. Aux termes des motifs de sa décision, une au moins des quatre conditions suivantes doit être remplie : que les dispositions contestées ne tendent pas à qualifier les mêmes faits de manière identique, que les deux répressions ne protègent pas les mêmes intérêts sociaux, que les deux répressions aboutissent au prononcé de sanctions de nature différente et, curieusement, que les poursuites et sanctions prononcées ne relèvent pas du même ordre de juridiction. Puis, constatant qu'aucune de ces conditions n'était satisfaite en ce qui concerne le cumul des poursuites pour manquement d'initié (L. 465-1 du code monétaire et financier) et pour délit d'initié (L. 621-15 du même code), il a déclaré l'article L.465-1 du code monétaire et financier contraire à la Constitution.

Manifestement, dans cette décision, le Conseil a voulu faire une application du principe « *ne bis in idem* » se rapprochant de la jurisprudence de la Cour européenne sur la même garantie. Avant le jugement de cette affaire, avait d'ailleurs eu lieu au Conseil une réunion de travail avec le président de la Cour EDH, précisément sur la portée de l'article 4 du protocole n° 7. Cette volonté se révèle dans le commentaire de sa décision où il examine les précédents de la Cour EDH : *Sergueï Zolotoukhine contre Russie* du 10 février 2009<sup>482</sup> et *Grande Stevens et autres contre Italie* du 4 mars 2014<sup>483</sup> ; ce dernier arrêt concernant spécialement le cumul de poursuites administrative et pénale pour manquement ou délit d'initié. Sa volonté de rapprochement est d'autant plus remarquable que la France avait assorti la signature du protocole n° 7 d'une réserve concernant la qualification « pénale » des poursuites, réserve que la Cour EDH avait jugé valable contrairement à celles de l'Italie et de l'Autriche, ce qui l'affranchit en principe de toute condamnation sur le fondement de l'article 4 de ce protocole.

Toutefois, si la solution adoptée sur le fondement de la Constitution ne semble pas en désaccord avec celle des arrêts cités de la Cour EDH, elle n'en reprend pas le

481 Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4 ; décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, loi relative à la sécurité et à la transparence du marché Financier ; décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, traité établissant une Constitution pour l'Europe ; décision n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013, M. Laurent D. ; décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014, M. Stéphane R. et autres.

482 CEDH, 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03.

483 CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n°s 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10 : violation de l'article 6 de la Convention EDH, non violation de l'article 1 du protocole n° 1, violation de l'article 4 du protocole n° 7.



raisonnement. On ne retrouve pas dans la décision du 18 mars 2015 la motivation des arrêts de la Cour EDH. Pour l'essentiel, selon la Cour, contrairement à ce qu'énonce le Conseil, pour qu'il y ait répétition de poursuites, il faut et il suffit que les faits visés dans les secondes poursuites aient pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes, c'est-à-dire qu'ils se réfèrent à la même conduite, que ceux pour lesquels l'intéressé a déjà été jugé.

Quoiqu'il en soit, l'abrogation de l'article L. 465-1 du code monétaire et financier a rendu nécessaire la reconstitution de l'articulation entre les répressions administrative et pénale des abus de marché. Ce qu'a fait la loi du 21 juin 2016 qui institue une alternative entre poursuites administratives, à l'initiative de l'AMF, et poursuites pénales, à l'initiative du procureur de la République financier, en créant, en cas de conflit entre l'une et l'autre, un recours à l'arbitrage du Procureur général près la Cour d'appel de Paris (article L. 465-3-6 du code monétaire et financier). Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi de cette loi préalablement à sa promulgation. Ses dispositions pourraient donc encore faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Comme l'on pouvait s'y attendre, cette évolution de la jurisprudence du Conseil a ouvert la voie à d'autres questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) contre les nombreuses lois qui permettent une dualité de répression administrative et pénale pour les mêmes comportements fautifs. Tel fut le cas en matière fiscale. Saisi de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles 1729 et 1741 du code général des impôts (CGI) permettant que les mêmes faits fassent l'objet de procédures et de sanctions différentes, fiscales et pénales, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité de ce dispositif répressif à l'article 8 de la Déclaration de 1789 garantissant le principe de nécessité des peines, au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale résultant de l'article 13 de la Déclaration. Dans sa décision du 24 juin 2016<sup>484</sup> il a d'abord énoncé, en modifiant la règle habituelle de référence tirée de l'article 8 de la Déclaration de 1789, que « *le principe de nécessité des délits et des peines ne saurait interdire au législateur de fixer des règles distinctes permettant l'engagement de procédures conduisant à l'application de plusieurs sanctions afin d'assurer une répression effective des infractions* ».

Mais il ajoute que méconnaîtrait ce principe la combinaison de textes conduisant à l'engagement de poursuites différentes, aux fins de sanctions de faits identiques en application de corps de règles distincts. Après avoir examiné l'objet fiscal de l'une, pénale de l'autre, des dispositions répressives en cause, il a estimé que ces règles permettent d'assurer ensemble, tout à la fois, la protection des intérêts financiers de l'État et l'égalité devant l'impôt, en poursuivant des finalités communes dissuasives et répressives. Il en déduit que le recouvrement de la contribution publique et l'objectif de lutte contre la fraude fiscale justifient l'engagement de procédures complémentaires dans les cas de fraudes les plus graves.

En conséquence, dit le Conseil, aux contrôles à l'issue desquels l'administration fiscale applique des sanctions pécuniaires, peuvent s'ajouter des poursuites pénales

484 Décision n° 2016-546, QPC du 24 juin 2016, M. Jérôme C.



dans des conditions et selon des procédures organisées par la loi. Ce qui le conduit à juger, d'une part, que la combinaison des exigences constitutionnelles découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et de celles découlant de son article 13 permet que les contribuables, auteurs des manquements les plus graves, puissent faire l'objet de procédures complémentaires et de sanctions proportionnées en application des textes examinés ; d'autre part, que l'application combinée de ces textes ne peut donc être regardée comme conduisant à l'engagement de poursuites en méconnaissance du principe de nécessité des délits et des peines.

Cette déclaration de conformité à la Constitution est assortie d'une importante réserve, selon laquelle, les dispositions pénales de l'article 1741 du CGI ne peuvent s'appliquer qu'aux cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt ; cette gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention. L'on comprend donc qu'un système de cumul de poursuites et de sanctions pénales et administratives peut être conforme à la Constitution s'il y a une complémentarité entre les deux systèmes répressifs et à la condition que la répression pénale ne s'applique qu'aux cas les plus graves. Ces deux critères, « complémentarité » et « gravité », sont nouveaux par rapport à la décision du 18 mars 2015. La question se pose alors de savoir si, appliqués à la double répression des abus de marchés en matière financière, ils auraient conduit à la même solution et s'il est justifié de traiter de manière différente la délinquance fiscale et la délinquance financière.

C'est précisément à propos d'une loi fiscale, en l'occurrence norvégienne, qu'est intervenu très récemment, le 15 novembre 2016<sup>485</sup>, un arrêt de la Cour EDH. Dans cette affaire, la Cour assouplit considérablement ses critères d'appréciation de la répétition des poursuites, notamment lorsque, selon la loi nationale, elles sont mixtes, administrative et pénale. Elle admet en particulier que des poursuites puissent être complémentaires lorsqu'il existe entre elles un lien suffisamment étroit du point de vue matériel, si les différentes procédures visent concrètement des buts complémentaires, si la mixité des procédures est prévisible, si les différentes procédures évitent des répétitions dans le recueil et l'appréciation des éléments de preuve, enfin, si le montant global des sanctions prononcées est proportionné. La Cour EDH précise que dans son appréciation, elle tiendra compte, d'une part, du caractère pénal de la procédure dite administrative et notamment de son caractère infâmant, d'autre part, du lien temporel entre les diverses procédures. Le critère de complémentarité retenu par le Conseil constitutionnel entre procédure pénale et procédure administrative se retrouve dans ce dernier arrêt, mais les critères d'appréciation de complémentarité ne semblent pas totalement coïncider.

La succession de ces décisions suggère, tout d'abord, que la recherche efficace d'interprétation conforme impose de dépasser le constat des solutions, plus ou moins convergentes, pour prendre en compte, très précisément, le raisonnement des cours européennes, afin de l'adapter à la situation légale à examiner, le corriger, voire l'écarter. Encore faudrait-il que l'on trouve dans la motivation de la décision du Conseil constitutionnel les éléments de cette recherche d'interprétation

485 CEDH, Gde ch., 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*, n°s 24130/11 et 29758/11.





méthodique. Ce qui n'est actuellement pas le cas, puisque, par principe, le Conseil ne cite, dans ses visas, aussi bien que dans ses motifs, ni la Convention EDH ni la Charte et pas davantage les arrêts des deux cours européennes, et qu'il n'expose pas explicitement le raisonnement de cette démarche de compatibilité. Cette pratique rédactionnelle ne peut assurément conduire à une convergence raisonnée des droits fondamentaux de source constitutionnelle et de source européenne, d'une part, parce qu'elle ne peut pas être argumentée par les parties auxquelles le Conseil oppose systématiquement l'irrecevabilité des griefs tirés des traités, d'autre part, parce qu'une recherche de convergence résulte nécessairement d'un raisonnement explicite à confronter à celui que peuvent ensuite tenir l'une et l'autre des juridictions supranationales investies d'un pouvoir d'interprétation authentique des traités européens et des conventions européennes. Si, par exemple, le juge constitutionnel entend défendre une position nationale de conformité des doubles poursuites, pénale et administrative, au regard des objectifs spécifiques à chacune d'elles, sa décision devrait être argumentée en opposition à la doctrine propre à la juridiction européenne.

L'autorité de la Cour constitutionnelle allemande en Europe résulte, précisément, de son aptitude à opposer son argumentation à celle de la CJUE dans l'interprétation même du droit européen. C'est par exemple ce qu'elle a fait dans un avis du 26 janvier 2016<sup>486</sup> où, contrairement à la jurisprudence européenne, en se fondant sur le principe de confiance mutuelle et en donnant sa propre interprétation de l'article 4, paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne (TUE), elle affirme que la protection des droits fondamentaux impose le contrôle d'un mandat d'arrêt européen en référence au respect de l'identité constitutionnelle allemande.

## Conclusion

Après avoir cru pouvoir séparer l'application des droits fondamentaux de source interne et de source internationale, le Conseil constitutionnel s'engage désormais dans la voie d'une mise en œuvre coordonnée, sinon harmonisée, de ces garanties. La méthode qu'il retient, en maintenant sa jurisprudence *IVG* de 1975, l'expose toutefois au paradoxe de procéder de manière systématique, mais implicite, à un contrôle de conventionalité dont il se refuse le pouvoir. Ce que relèvent de nombreux auteurs qui estiment que cette posture manque de transparence, et permet au Conseil constitutionnel de se rapprocher ou de s'éloigner des interprétations données par les deux cours européennes sans en expliciter les raisons<sup>487</sup>. Au récit des convergences, s'oppose en effet celui des divergences d'interprétation des droits fondamentaux entre le Conseil constitutionnel et les cours européennes. Par exemple, sur le rôle du ministère public dans le procès pénal<sup>488</sup>.

---

486 Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 2015, 2BvR 2735/14. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a ainsi estimé qu'en cas de méconnaissance d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle allemande, il était possible de ne pas appliquer le droit de l'Union.

487 A.-V. Le Fur, D. Schmidt, « Le traitement du cumul des sanctions administratives et pénales en droit interne : entre incohérences et insécurité », *Recueil Dalloz*, 2016, Études et commentaires, chroniques.

488 M.-A. Granger, « Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ? », Association française de droit constitutionnel, VIII<sup>e</sup> Congrès national de Nancy, 2011 ; doc. disponible sur Internet : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/grangerT6.pdf>





Le moment serait sans doute venu, en s'inspirant de la pratique d'autres cours constitutionnelles européennes, de reconsidérer les mécanismes de mise en œuvre des droits fondamentaux de fondement national et européen dont la mise en harmonie est au cœur de la construction d'un espace de droit et de liberté à l'échelle de l'Europe. C'est ce qu'exprime magistralement l'avocat général de la CJUE, M. Pocius Maduro dans ses conclusions dans l'affaire *Arcelor*<sup>489</sup> : « *L'Union européenne et les ordres juridiques nationaux sont fondés sur les mêmes valeurs juridiques fondamentales. Tandis qu'il est du devoir des juges nationaux de garantir le respect de ces valeurs dans le champ d'application de leurs constitutions, il est de la responsabilité de la Cour d'en faire de même dans le cadre de l'ordre juridique communautaire* ».

---

**Denys Simon**

*professeur à l'École de droit de la Sorbonne*

Je n'ai pas évoqué la saga de l'affaire *non bis in idem*, mais je crois que c'est une démonstration emblématique de l'articulation très compliquée entre la jurisprudence constitutionnelle, la jurisprudence des tribunaux judiciaires ou administratifs, la jurisprudence de la Cour EDH et celle de la CJUE, puisque l'affaire *Åkerberg Fransson*<sup>490</sup> portait déjà sur ce problème du cumul des sanctions ; et je crois qu'il faudrait ajouter le fait que le protocole n° 7, qui est la base pour la Convention EDH de la règle *non bis in idem*, est un protocole ratifié par un certain nombre d'États membres avec des réserves.

La France a émis une réserve à cause du cumul des sanctions fiscale et pénale. L'on peut arriver à une situation qui serait paradoxale : si la Charte des droits fondamentaux, dans son article 50, ou la Convention d'application des accords de Schengen, pour le mandat d'arrêt européen, dans son article 54, prévoit le *non bis in idem* dans le sens de l'interprétation qu'en donne la Cour EDH (convergence), l'on va imposer à des États qui ont refusé le respect du principe *non bis in idem* en émettant des réserves au protocole n° 7 de le respecter parce que l'on a, au titre cette fois de la jurisprudence de la CJUE, de la Charte des droits fondamentaux, ou de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, une imbrication qui devient un peu exagérée, ne serait-ce que sur le terrain du droit international, du fait que les États qui n'ont pas voulu accepter le *non bis in idem* dans le protocole n° 7 en ont le droit dans la ratification d'un traité.

D'après mes informations, il est probable que si un État invoque cet argument, la Cour EDH estimera que la réserve est contraire à l'objet ou au but du traité, donc non opposable, et que la disposition de l'article 4 protocole n° 7, en dépit de la réserve, s'appliquera. Cela montre très exactement les difficultés et l'opacité dans lesquelles l'on baigne depuis le début.

---

489 CJUE, Gde ch., aff. C-127/07, 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres c. Premier ministre, ministre de l'écologie et du développement durable et ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*.

490 CJUE, Gde ch., aff. C-617/10, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.



---

**Johannes Masing**

*juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*

Il faut faire attention à ce que l'application de la Charte des droits fondamentaux reste strictement limitée à la mise en œuvre du droit européen, au risque sinon d'étrangler les choix constitutionnels des États membres en matières de droits fondamentaux – le champ de l'application de la Charte n'étant pas le même que celui de l'application de la Convention EDH.

Par ailleurs, pour résoudre ces nombreuses imbrications, les discussions entre les cours peuvent se révéler très fructueuses. Nous les avons eues au sujet de la détention de sûreté, et aussi au sujet de la protection des libertés de la presse et de la protection de la personne. En Allemagne, sur ces deux sujets, l'on a fait bouger la jurisprudence de la Cour EDH comme nous avons bougé nous aussi – avec un bon résultat dans l'ensemble. Il est vrai que notre Cour participe, de manière active, à l'interprétation du droit européen, et essaye de persuader les cours européennes de faire de même en développant, et au besoin en différenciant, leurs jurisprudences. *In fine*, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a toujours agi loyalement et n'a jamais œuvré contre la juridiction européenne.

---

**Maryvonne de Saint Pulgent**

*présidente de la section du rapport et des études,*  
**modérateur de la conférence**

Je remercie beaucoup nos trois intervenants pour leurs brillants exposés et leurs échanges fructueux, et je donne la parole au vice-président Sauvé qui va conclure, non seulement ce colloque, mais aussi le cycle des douze conférences qui se sont déroulées de 2015 à 2016 sur le thème « Droit comparé et territorialité du droit ».



# Éléments de bibliographie

---

F. BENOIT-ROHMER, « L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », in *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 1, 2011, pp. 145-173.

S. DAHAN, O. FUCHS, M.-L. LAYUS, « *Whatever it takes* ? A propos de la décision OMT de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », in *AJDA*, 2014, p. 1311.

L. MILANO, « Protection des droits fondamentaux et mécanismes de reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne », in *JCP G Semaine juridique*, 25 juillet 2016, n° 30, p. 1522.

E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », in *AJDA*, 20 juillet 1998, n° 7, pp. 6-42.

L. RICHER, « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », in *AJDA*, 20 juillet 1998, n° 7, pp. 1-6.

J.-L. SAURON, « La Cour EDH peut-elle éviter une territorialisation des droits de l'homme ? », note sous CEDH, 5<sup>e</sup> section, 26 novembre 2015, n° 64846 / 11, *Ebrahimian contre France*, *Gazette du Palais*, 12 janvier 2016, n° 2.

V. SKOURIS, « Quelle souveraineté juridique des États et de l'Union », intervention dans la conférence organisée au Conseil d'État le 21 octobre 2015 dans le cadre des « Entretiens sur l'Europe », in *RFDA*, 2016, p. 41.





# Conférence de clôture du cycle

---

**Jean-Marc Sauvé**

*Vice-président du Conseil d'État*

Diplômé de Sciences Po et ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995. Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État. Il est également président du comité prévu par l'article 255 du Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (comité de sélection des juges européens), président du conseil d'administration de l'École nationale d'administration et président de l'Institut français des sciences administratives.

## **Droit comparé et territorialité du droit : vers une nouvelle régulation juridique transnationale ?<sup>491</sup>**

Monsieur le premier président honoraire de la Cour de cassation,  
Monsieur le juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne,  
Madame la présidente,  
Monsieur le professeur,  
Mesdames, Messieurs,  
Mes chers collègues,

Il y a plus d'un an, en ouvrant ce cycle de conférences, je m'aventurais dans le bestiaire de la mythologie grecque en décrivant la Chimère, cet animal composite à l'origine de bien des fantasmes, que j'associais au droit global, qui présente lui aussi des aspects disparates et pourtant assemblés. En réalité, c'est l'assemblage du droit comparé et de la territorialité du droit qui m'avait initialement paru quelque peu bigarré, pour ne pas dire étrange. Mais, et c'est bien là l'intérêt de ce cycle de conférences que de faire évoluer les pensées et de préciser les propos,

---

<sup>491</sup> Texte écrit en collaboration avec Sarah Houllier, magistrat administratif, chargée de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.

je réalise mieux aujourd'hui ce que chacune de ces thématiques doit à l'autre et, plus encore, ce qu'elles doivent toutes deux aux phénomènes de mondialisation et de globalisation. Il est vrai qu'elles ne reposent pas sur les mêmes logiques. La comparaison des droits tend à offrir une analyse des dispositifs juridiques à l'œuvre dans des territoires différents ainsi que des modalités de leur application. La territorialité du droit renvoie, quant à elle, à l'espace d'application du droit et à des problématiques de souveraineté étatique. L'une comme l'autre ont toutefois en commun de ne pas chercher à unifier à tout prix les analyses, les concepts et les solutions.

L'étude des systèmes juridiques étrangers ne suppose pas plus leur unification, que l'extraterritorialité du droit n'implique la fusion des ordres juridiques sous un seul pavillon. Si l'une et l'autre de ces thématiques existent et sont étudiées de longue date, elles reviennent en force aujourd'hui avec l'internationalisation des échanges et l'interdépendance croissante des États. Par delà les frontières étatiques, les problématiques globales se multiplient, sans que les États ne parviennent plus à les réguler seuls. Ils se trouvent en outre confrontés à un enchevêtrement normatif et à une multiplication des ordres juridiques qui mettent en cause et, *a minima*, brouillent leur place dans le système mondial.

À ces nouveaux défis, le droit comparé et la réflexion sur l'ancrage territorial du droit offrent des perspectives de dépassement et de conciliation que nous ne pouvons pas ignorer. C'est pourquoi je voudrais d'ores et déjà remercier la section du rapport et des études et, notamment, sa présidente et son rapporteur général pour l'organisation de ce cycle de conférences qui, depuis le 20 mai 2015, et à raison de douze conférences a permis d'éclairer ce débat, avec l'aide de nombreux intervenants, qui doivent aussi être remerciés pour leur participation et la pertinence de leurs propos.

Puisque j'ai le redoutable devoir de conclure ce cycle, je dirai que le droit comparé et l'extraterritorialité du droit offrent une perspective de réponse aux défis que provoquent les phénomènes de globalisation de l'économie et du droit (1). Ils ne sont cependant pas sans limites eux-mêmes, et ne peuvent pas se passer d'une forme de régulation qu'il nous faut à la fois inventer et mettre en œuvre (2).

## **1. La globalisation du droit et de l'économie remet en cause la territorialité du droit**

*1.1. La globalisation des échanges et l'intégration croissante des économies créent des situations asymétriques conduisant de plus en plus au découplage entre droit et territoires étatiques et, par conséquent, à une sorte de déterritorialisation du droit.*

Longtemps, le droit et la production normative ont été étroitement associés au territoire d'un État national souverain<sup>492</sup>. Puissance suprême dans l'ordre interne<sup>493</sup>,

---

492 G. Lhuillier, *Le droit transnational*, éd. Dalloz, Paris, 2016, p. 1.

493 E. Maulin, « Souveraineté », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. PUF, Paris, 2003, p. 1438.



l'État est la source de la force obligatoire du droit positif<sup>494</sup> et la territorialité de cette puissance est à la racine de l'existence et, surtout, de l'effectivité du droit<sup>495</sup>.

Aujourd'hui cependant, la vision d'une production normative qui serait un monopole étatique<sup>496</sup> subit des assauts répétés, sous l'effet de deux mouvements.

*1.1.1. D'une part, l'internationalisation et la globalisation des rapports économiques et la multiplication des échanges ont engagé un mouvement corrélatif de « globalisation du droit »<sup>497</sup>.*

Sont notamment apparues des problématiques dont le traitement dépasse le strict champ des espaces nationaux : la régulation économique et financière, la lutte contre le réchauffement climatique et pour le développement durable, la protection des droits de l'homme, la lutte contre le blanchiment des produits financiers du crime ou encore la lutte contre le terrorisme et son financement.

Le phénomène des multinationales, c'est-à-dire la présence simultanée de grandes et puissantes entreprises dans une multitude de pays, et le découplage entre l'action des grands opérateurs et les territoires étatiques, c'est-à-dire la déterritorialisation de l'économie, ont aussi fait émerger des enjeux globaux relatifs à la protection des consommateurs et des travailleurs, ainsi qu'à la lutte contre la corruption ou la préservation de la stabilité de l'économie mondiale, que des normes exclusivement nationales ou étatiques sont radicalement inaptes à encadrer avec efficacité<sup>498</sup>.

Le développement des réseaux numériques et, plus particulièrement, d'Internet et la mobilité accrue des personnes ont aussi contribué à la naissance d'espaces juridiques transnationaux et déterritorialisés<sup>499</sup>. Ainsi, la protection des données personnelles à l'ère numérique est un défi qui oblige à dépasser les cadres nationaux.

Ces situations révèlent les limites de l'action étatique qui se trouve dépassée par des phénomènes globaux et par d'autres acteurs, tout aussi puissants, voire davantage, qui paraissent mieux à même de prendre en charge ces problématiques. Les grands acteurs économiques privés et les organisations non gouvernementales sont à la pointe de cette action.

Ainsi, les entreprises multinationales ou leurs émanations ont pris l'initiative de développer des outils de droit souple visant à assurer la lutte contre certains risques de dimension mondiale, d'une manière dont l'efficacité est cependant souvent questionnée faute de mécanismes appropriés de contrôle et de sanction. C'est le cas, notamment, des programmes de responsabilité sociale des entreprises (RSE). C'est aussi le cas des programmes de conformité destinés à montrer aux investisseurs et aux acteurs de la société civile qu'une entreprise se conforme

494 *Ibid.*, p. 1435.

495 F. Poirat, « Territoire », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. PUF, Paris, 2003, p. 1475.

496 G. della Cananéa, « Grands systèmes de droit administratif et globalisation du droit », in P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka (dir), *Traité de droit administratif*, tome 1, éd. Dalloz, Paris, 2011, p. 775.

497 J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, éd. LGDJ, Paris, 2010, 2<sup>e</sup> édition.

498 A. Geslin, « Le champ de la régulation », in *RFDA*, 2010, p. 731.

499 J.-B. Auby, précité, p. 58.



aux règles éthiques et déontologiques ou économiques de son secteur, comme en matière de protection des travailleurs et des consommateurs ou en matière environnementale.

*1.1.2. D'autre part, les sources du droit se sont internationalisées et globalisées sous l'effet de l'interdépendance croissante des États.*

En Europe, les États ont répondu à cette nouvelle donne en créant volontairement, dans le cadre de l'Union européenne, un nouvel ordre juridique. Ce faisant, ils ont accepté, au même titre que pour le droit international<sup>500</sup>, de se soumettre à un droit qui n'est plus l'émanation exclusive de leur seule puissance souveraine, mais qui résulte d'un consensus global entre États membres, ou de décisions prises à la majorité qualifiée, *via* un processus normatif faisant une large place à des institutions supranationales. Le pouvoir normatif de l'Union européenne a fait entrer en droit interne, grâce aux mécanismes de primauté<sup>501</sup> et d'effet direct<sup>502</sup>, des éléments empruntés à certains droits nationaux ou issus de l'hybridation entre les systèmes juridiques des États membres. Les États ne disposent plus d'une compétence exclusive, même dans les matières fiscale ou sociale, qui sont pourtant des domaines étroitement liés à des conceptions nationales de leur rôle dans la société. La globalisation et l'« ubérisation » de l'économie, la mobilité des personnes et les stratégies transnationales des entreprises ont en effet mis à mal l'ancrage exclusivement national du droit social qui s'accommode de plus en plus difficilement de l'application des règles nationales à des situations économiques souvent transfrontalières ou empreintes d'une forte dimension internationale. Les États sont désormais conscients de ne pouvoir résoudre seuls les problématiques économiques et juridiques qui se présentent à eux.

*1.2. Confrontés à ce double phénomène, ils y ont répondu par deux mouvements complémentaires.*

*1.2.1. La comparaison des droits permet d'envisager le pluralisme juridique et la globalisation du droit d'un point de vue substantiel.*

À la différence de l'extraterritorialité, sur laquelle je reviendrai dans un instant, le droit comparé vise à articuler et à harmoniser les principes et les solutions juridiques. Par sa « fonction critique »<sup>503</sup>, il permet d'expliquer et d'interroger la pertinence de nos modes de fonctionnement et il nous invite à mieux coordonner, voire à faire converger, les règles applicables. Il est particulièrement riche de perspectives dans les domaines du commerce international, du droit bancaire, ou du droit de la concurrence compte tenu de la forte internationalisation de ces

---

500 Ainsi, en France, l'article 55 de la Constitution de 1958 prévoit le principe de la primauté du droit international sur les normes internes de valeur infra-constitutionnelle. L'effet direct de ces normes dépend du respect des critères dégagés dans CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, Rec. 142, n° 322326. Peut ainsi être reconnue d'effet direct, une stipulation qui 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 ». Voir G. della Cananéa, *op.cit.*, p. 796.

501 CJCE, aff. 6/64, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*

502 CJCE, aff. 26/62, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*.

503 O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *in Revue internationale de droit comparé*, 53/2, avril-juin 2001, pp. 275-288.





branches du droit<sup>504</sup>, mais aussi dans la recherche d'une protection élevée des droits fondamentaux<sup>505</sup>. À l'échelle européenne, les États ne sont plus seulement confrontés à des situations comparables. Ils doivent aussi développer des garanties et des standards communs. La convergence opérée par la comparaison des droits permet ainsi de créer des solidarités par-delà les frontières, sans porter atteinte à la souveraineté des États. Le droit comparé devient, dans ces conditions, un auxiliaire de la souveraineté et de l'applicabilité territoriale du droit. D'une part, il est utilisé par les cours européennes de Strasbourg et de Luxembourg pour apprécier le degré de convergence des traditions nationales et la marge d'appréciation qui peut ou doit être laissée aux États<sup>506</sup>. D'autre part, il permet aux États de s'inspirer de ce qui a été fait ailleurs pour incorporer certains droits ou certaines règles et assurer leur protection, leur effectivité et leur invocabilité. Dans ce cadre, le droit comparé n'est pas qu'une technique de différenciation ; il est aussi et surtout une technique de réconciliation des systèmes juridiques, dans le respect des traditions nationales.

### 1.2.2. Une autre réponse aux défis de la globalisation de l'économie et du droit repose sur l'extraterritorialité de ce dernier.

Dans l'affaire du *Lotus* de 1927, la Cour permanente de justice internationale a reconnu aux États la « plus grande liberté » dans la détermination de l'applicabilité territoriale de leur droit<sup>507</sup>. L'extraterritorialité des législations nationales ou régionales répond à plusieurs objectifs. Elle correspond, en premier lieu, à la volonté des États d'assurer une meilleure protection au niveau mondial de certains droits ou de certains principes protégés par leurs législations nationales, par exemple concernant les droits de l'homme, mais aussi la lutte contre les États soutenant le terrorisme<sup>508</sup>. Elle peut aussi contribuer à organiser et à ordonner des rapports juridiques qui ont été déterritorialisés par la globalisation en obligeant les acteurs influents à mieux prendre en compte des « objectifs monumentaux »,

504 R. Drago, « Droit comparé », in D. Alland et S. Rials (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. PUF, Paris, 2003, p. 456.

505 J.-B. Auby, précité, p. 87.

506 Par exemple, la Cour de justice a jugé que le principe selon lequel la loi pénale plus douce s'applique rétroactivement fait partie des traditions constitutionnelles des États membres (CJCE, Gde ch., aff. C-387/02, 3 mai 2005, *Silvio Berlusconi*).

507 CPJI, 7 septembre 1927, affaire du *Lotus* (France c. Turquie). Publication de la CPJI, série A, n° 10 : « La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale ; elle ne pourrait pas être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut pas s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux États d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de le faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables ».

508 N. Maziau, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits. », in *La semaine juridique Entreprises et affaires*, 2015/28, p. 1343.

ainsi que les nomme la professeure Frison-Roche<sup>509</sup>. Le droit de l'environnement, la régulation d'Internet et la protection des droits fondamentaux sont autant de domaines d'élection pour l'application extraterritoriale du droit. Certains États, comme les États-Unis, en ont fait une application extensive, ainsi qu'en témoigne le cas extrême des affaires présentant un triple facteur d'extranéité : les *foreign-cubed cases*<sup>510</sup>. Sur le fondement d'une législation édictée par les États-Unis, la justice américaine peut ainsi condamner, à l'initiative de personnes étrangères (1), des personnes ou des entités étrangères (2) pour des actes commis à l'étranger (3), dès lors que leur activité peut être rattachée au territoire américain, même de manière distante.

C'est dans un tel cadre qu'en juin 2014, la banque BNP-Paribas a accepté, en plaçant coupable, de payer une amende de huit milliards neuf cents millions de dollars, pour avoir violé l'embargo américain sur l'Iran et Cuba, notamment. Dans cette affaire, le rattachement territorial a été déterminé par la réalisation de transactions *via* les institutions financières américaines, dès lors que tout transfert bancaire en dollars s'effectuait par le biais d'une chambre de compensation située aux États-Unis. De la même manière, les autorités américaines ont récemment réclamé à la *Deutsche Bank* le paiement d'une amende de quatorze milliards de dollars sanctionnant ses agissements aux États-Unis avant la crise des *subprimes*<sup>511</sup>. Les États-Unis assurent donc, par la portée qu'ils donnent à leur législation, la réalisation d'objectifs nationaux qu'ils estiment de dimension mondiale et qui concourent à la satisfaction de leurs propres intérêts nationaux : la lutte contre le terrorisme dans le cas de BNP-Paribas, la protection des consommateurs de produits financiers dans le cas de la *Deutsche Bank*.

La réponse des États européens et de l'Union européenne est encore timide à cet égard, même si plusieurs décisions récentes de la CJUE – les décisions *Google Spain*<sup>512</sup> et *Schrems*<sup>513</sup> notamment – témoignent de sa volonté d'assurer l'effectivité de certains principes par-delà les frontières de l'Union, comme la protection de la vie privée à l'ère numérique. L'Union européenne a également montré qu'elle était capable de répliquer à des législations étrangères extraterritoriales, comme le montre l'adoption du règlement (CE) 2271/96<sup>514</sup> après l'adoption des lois Helms-Burton<sup>515</sup> et d'Amato-Kennedy<sup>516</sup>. La loi dite « Sapin II », qui a été promulguée le

509 M.-A. Frison-Roche, « le droit de la *compliance* », in *Recueil Dalloz*, n° 32, 29 septembre 2016, p. 1872.

510 V. sur ce point le rapport du 5 octobre 2016 de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur l'extraterritorialité de la législation américaine.

511 La banque est notamment accusée d'avoir contribué à la crise des *subprimes* de 2007 et 2008 en vendant, en connaissance de cause ou à tout le moins sans vérification, des produits financiers toxiques adossés à des crédits immobiliers dont les débiteurs se sont révélés insolvables.

512 CJUE, Gde ch., aff. C-131/12, 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

513 CJUE, Gde ch., aff. C-362/14, 6 octobre 2015, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*.

514 Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant.

515 Loi Helms-Burton adoptée le 12 mars 1996, qui renforce l'embargo contre Cuba.

516 Loi d'Amato-Kennedy adoptée par le Congrès des États-Unis le 8 août 1996, qui vise à sanctionner les États qui soutiennent le terrorisme international, cherchent à se procurer des armes de destruction massive, ou manifestent leur hostilité au processus de paix au Proche-Orient.

9 décembre 2016, prévoit elle aussi des dispositions permettant d'appliquer la loi française à des personnes étrangères exerçant tout ou partie de leur activité en France et s'étant rendues coupables de faits de corruption, y compris hors du territoire national<sup>517</sup>. Une telle approche présente ainsi l'intérêt de s'attaquer à des problématiques, comme la lutte contre le terrorisme ou la corruption, qui dépassent les frontières nationales et auxquelles les acteurs économiques peinent à faire face.

## **2. L'extraterritorialité et la comparaison des droits ne sont toutefois pas la panacée ; elles doivent s'inscrire dans un cadre régulé par les États.**

*2.1. L'extraterritorialité juridique et le recours au droit comparé ne sont pas sans limites.*

*2.1.1. L'extraterritorialité des législations est le plus souvent défensive.*

Elle répond à la nécessité identifiée par les États de défendre un intérêt national ou de poursuivre tel ou tel objectif global qui leur paraît déterminant. Pour être actionnée, elle requiert d'ailleurs le rattachement de l'action ou du comportement en cause au territoire ou au droit national, comme la nationalité de l'auteur ou de la victime d'une infraction. Elle procède, selon le cas, du législateur ou du juge. Le législateur a souvent établi la compétence extraterritoriale de certaines juridictions nationales, surtout pénales, avec même des hypothèses de compétence universelle<sup>518</sup>.

Si l'extraterritorialité offensive de la législation et du droit américains a parfois pu être déplorée, la jurisprudence la plus récente de la Cour suprême des États-Unis, avec notamment l'arrêt *Kiobel* du 17 avril 2013<sup>519</sup>, manifeste, semble-t-il, une certaine forme de reflux. Dans cette affaire, la Cour suprême s'est en effet déclarée incompétente pour examiner les requêtes présentées par des citoyens nigériens qui, sur le fondement de l'*Alien Tort Statute*, accusaient une société néerlandaise de complicité de violations graves des droits de l'homme pour des faits commis au Nigéria. La Cour suprême a jugé qu'il existe une présomption négative quant à l'extraterritorialité des lois fédérales américaines, sauf si le texte en cause donne une claire indication en sens contraire. Cet arrêt a fait suite à une précédente décision du 24 juin 2010, *Morrison v. National Australia Bank Ltd*, par laquelle la Cour suprême avait écarté l'application du *Securities Exchange Act* américain, pour trancher une action intentée par des investisseurs australiens et portant sur des achats d'actions d'une société australienne effectués sur un marché situé hors des

517 Article 21 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (décision CC, 9 décembre 2016, n° 2016-741 DC).

518 V. notamment ce qui a été fait en Belgique avec la loi du 16 juin 1993, modifiée par la loi du 10 février 1999, qui permettait aux juridictions belges de poursuivre les crimes de guerre, de génocide et contre l'humanité.

519 Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum*, 569 US-2013.



États-Unis<sup>520</sup>. La présomption affirmée en 2013 a, depuis lors, été confirmée dans une décision *Daimler AG v. Bauman* du 14 janvier 2014<sup>521</sup>. Ce possible reflux de l'extraterritorialité de la législation américaine ne doit cependant pas dissimuler les difficultés que son effacement serait susceptible de faire naître et, en particulier, le risque de désordre normatif accru par les comportements de « *forum shopping* » et le risque de déni de justice résultant d'une application incontrôlée du principe de *forum non conveniens*<sup>522</sup>.

L'extraterritorialité du droit peut aussi nuire à la compétitivité des entreprises, si elle ne fait pas suite à une étude suffisamment comparative des droits nationaux applicables dans des États comparables<sup>523</sup>. Ainsi, un Etat qui imposerait aux entreprises des normes techniques trop contraignantes eu égard à ce que pratiquent ses voisins risquerait de faire subir à celles qui sont implantées sur son territoire une perte de compétitivité par rapport à ses concurrentes situées sur d'autres territoires<sup>524</sup>.

*2.1.2. Le recours au droit comparé peut lui aussi soulever des difficultés et n'est pas exempt de critiques.*

D'une part, l'observation empirique souligne la persistance de différences, voire de divergences, entre les systèmes juridiques, y compris en Europe<sup>525</sup>. Les systèmes juridiques répondent à une histoire et à des principes qui, dans chaque pays, leur sont propres. Il existe une irréductible part de différence entre les systèmes juridiques que nous ne pouvons pas espérer abolir<sup>526</sup>, à supposer que cela soit d'ailleurs souhaitable. D'autre part, il est reproché au droit comparé de se fonder sur des principes méthodologiques parfois mal définis. Comment apprécier, dans un ordre juridique déterminé, si un dispositif est meilleur qu'un autre ou, de manière moins ambitieuse, s'il est simplement efficace<sup>527</sup> ?

Enfin, le droit comparé pose la question des conséquences qu'il implique. Doit-il être seulement informatif, ou doit-il nécessairement conduire à des évolutions du droit ? Cette dernière hypothèse soulève en outre la question de l'atteinte qui pourrait être portée à la souveraineté. Car si la comparaison des droits doit aboutir

520 Cour suprême des États-Unis, 24 juin 2010, *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 US-2010. Dans cette affaire, la Cour suprême n'a pas retenu le double test mis en œuvre par la *Second Circuit Court of Appeals*, fondé, d'une part, sur les effets des faits litigieux sur le territoire américain (« *effect test* ») et, d'autre part, sur le comportement des parties sur ce territoire (« *conduct test* »). La Cour suprême a en effet mis en œuvre un « *transactional test* », selon lequel l'application du droit américain est conditionnée à l'achat ou la vente de titres cotés sur le marché américain ou à l'achat ou à la vente de tout autre titre aux États-Unis ; voir sur ce point : M. Dubretret, « *Affaire Morrison v. National Australia Bank Ltd : l'espoir d'un nouvel âge ?* », in *Revue de droit bancaire et financier*, n° 4, juillet 2010, étude 17.

521 Cour suprême des États-Unis, 14 janvier 2014, *Daimler AG v. Bauman*, 571 US-2014. V. sur ce point : N. Maziau, « *Responsabilité des entreprises : réticence à l'application extraterritoriale du droit américain* », in *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 19, 8 mai 2014, p. 1253.

522 Doctrine anglo-saxonne selon laquelle le juge saisi dispose de la faculté de décliner sa compétence, s'il estime qu'il existe un *for* alternatif plus approprié.

523 N. Maziau, précité, p. 1343.

524 *Ibid.*

525 G. della Cananéa, précité, p. 798.

526 *Ibid.*

527 M-C. Ponthoreau, « *Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public* », in *AJDA*, 2006, p. 20.

à importer dans certains droits internes des règles ou des pratiques juridiques venues d'ailleurs, est-ce à dire que l'État d'importation ne serait plus entièrement souverain ? L'insistance mise par certains États sur le principe de subsidiarité et la nécessité de préserver une marge d'appréciation nationale, à tout le moins dans des systèmes juridiques présentant un fort degré de convergence grâce aux principes d'unité, de primauté et d'effectivité, accrédite l'idée d'une relative résistance à des convergences totales.

De ce point de vue, les systèmes juridiques intégrés présentent nettement plus de sources de difficultés que le recours au droit comparé et la mise en œuvre spontanée par les États des convergences juridiques issues de la comparaison des droits.

*2.2. Ces limites soulignent la permanence du rôle régulateur des États, à qui il appartient de définir les conditions du recours à ces outils.*

*2.2.1. Comme le rappelait le professeur Azoulay dans la troisième conférence de ce cycle<sup>528</sup>, il ne s'agit pas de re-territorialiser ou, à l'extrême inverse, de déterritorialiser entièrement le droit. Il s'agit plutôt de repenser la territorialité du droit.*

Si les droits nationaux se trouvent parfois confrontés à l'intrusion, le plus souvent volontaire, de normes issues de systèmes juridiques étrangers, ils peuvent recourir à des mécanismes défensifs pour en limiter les effets<sup>529</sup>. Il serait ainsi possible d'accepter la déterritorialisation en cours tout en lui opposant, lorsque c'est justifié, la mise en cause d'un intérêt public ou d'un principe fondamental<sup>530</sup>. En matière de contrats, il est par exemple possible d'écarter la loi applicable au contrat, si elle est manifestement incompatible avec les principes ou l'ordre public du *for*<sup>531</sup>.

La décision rendue le 9 novembre 2016 par le Conseil d'État sur le contrôle des sentences arbitrales et sur les règles d'ordre public applicables illustre cette approche. Le recours à l'arbitrage, par la possibilité qu'il confère aux parties de choisir leur juge et la loi applicable, remet en cause l'ancrage territorial du droit et du contrôle juridictionnel. Le Conseil d'État, à la suite du Tribunal des conflits<sup>532</sup>, a toutefois jugé qu'une sentence arbitrale pouvait être annulée par le juge administratif français, au cas où elle ne respecterait pas les règles impératives du droit public français, notamment en matière de commande ou de domanialité publiques, et, en particulier, les règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent pas déroger, comme l'interdiction de consentir des libéralités ou d'aliéner le domaine public<sup>533</sup>.

528 Cf. troisième conférence du cycle « droit comparé et territorialité du droit », intitulée « La territorialité du droit : approches théoriques et usages méthodologiques » (colloque du 30 septembre 2015).

529 J.-B. Auby, précité, p. 117.

530 *Ibid.*

531 Article 16 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

532 Tribunal des conflits, 11 avril 2016, *Société Fosmax*, n° C4043. Cet arrêt fait suite à un premier arrêt du 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c. Fondation Letten F. Saugstad*, n° C3754, reconnaissant la compétence des juridictions judiciaires en cas de recours contre une sentence arbitrale, sauf dans le cas où « le recours implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique ».

533 CE, Ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806.



Les réserves d'ordre public consenties aux États dans l'application des traités internationaux illustrent aussi la possibilité pour les systèmes juridiques de poser des limites à l'interpénétration des droits<sup>534</sup>.

2.2.2. *En outre, les États conservent une fonction régulatrice déterminante. Il leur appartient de définir au niveau national le cadre juridique général et les règles du jeu économique.*

Au niveau international, l'émergence d'une régulation transnationale reste, pour le moment, à l'état embryonnaire et s'appuie principalement sur des outils de droit souple et d'autorégulation<sup>535</sup>. Cette autorégulation n'est, on le sait, jamais tout à fait complète ou efficace, comme l'a montré la crise financière de 2007 et 2008<sup>536</sup> dont certaines causes ont résidé dans l'absence à la fois de règles de fond et d'un véritable contrôle de la conformité des comportements et des activités des opérateurs aux règles ou recommandations économiques et déontologiques applicables à leur secteur.

En ayant recours à des procédés normatifs plus souples et plus participatifs que les instruments du droit classique, les autorités publiques peuvent néanmoins définir, de manière concertée, les orientations ou les lignes directrices applicables aux opérateurs qui engendrent des risques systémiques ou qui sont de taille internationale. Elles peuvent ainsi directement influencer leurs actes et leurs pratiques, bref leur comportement. Le comité de Bâle sur la supervision bancaire est l'une des manifestations de cette évolution. Le droit souple permet ainsi de pallier les insuffisances du droit classique, soit que ce dernier soit confronté à des phénomènes qui dépassent le cadre étatique – par exemple, lorsque la conclusion d'accords contraignants entre États n'est pas envisageable faute pour eux de s'accorder sur les objectifs poursuivis et les modalités de leur réalisation<sup>537</sup> –, soit que le droit classique rencontre des problématiques nouvelles qu'il ne maîtrise pas, comme c'est le cas d'Internet, ou qui nécessitent l'adhésion du public visé, comme en matière de lutte contre la corruption<sup>538</sup>. Par exemple, en refusant de financer ou de participer, même indirectement, aux activités d'entités terroristes, les entreprises peuvent limiter la capacité d'action de ces organisations. Elles n'y sont toutefois incitées que si les États définissent avec clarté quelles sont ces entités et quelles sont les limites, les lignes rouges à ne pas franchir.

Par le recours à des procédés de moindre normativité, les États associent les acteurs concernés à l'élaboration des règles applicables, avec la volonté d'influer

534 Voir par exemple, les réserves d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique prévues par les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatives à la libre circulation des personnes (Art. 45 § 3) et à la liberté d'établissement (Art. 52 § 1). V. sur ce point J.-B. Auby, précité, p. 120.

535 I. de Costa, U. Rehfeldt, T. Muller, V. Telljohann et R. Zimmer, « Les accords-cadres européens et internationaux : nouveaux outils pour des relations professionnelles transnationales », in *La revue de l'Ires*, 3/2010, n° 66, p. 93.

536 A. Geslin, précité, p. 733.

537 Par exemple, s'agissant des accords commerciaux multilatéraux qui suscitent des oppositions de certains États comme le montrent les exemples du Traité de libre-échange transatlantique (TTIP) avec les États-Unis, et de l'Accord économique et commercial global (CETA) avec le Canada.

538 Étude annuelle du Conseil d'État, *Le droit souple*, adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 4 juillet 2013, éd. La documentation Française, Paris, 2013, p. 87.



de manière moins contraignante sur les rapports économiques et sociaux et de provoquer ou de favoriser les évolutions recherchées de manière plus consentie et donc plus efficace<sup>539</sup>. Parallèlement, ils assurent la permanence d'orientations juridiques conformes à leurs intérêts et aux principes qu'ils défendent.

## Conclusion

La globalisation économique, la mobilité accrue des personnes et l'essor du numérique mettent à mal la conception territoriale du droit et de la souveraineté. Mais, alors que le droit se déterritorialise, s'internationalise et se globalise, les frontières ne s'effacent pas et les États réaffirment, avec une vigueur accrue aujourd'hui, leur attachement à leur souveraineté et à leur puissance normative sur leur territoire. Nous n'allons pas vers une souveraineté unifiée ou partagée à l'échelle mondiale, ni même à l'échelle européenne ; ce que je regretterais vivement, si l'actuel mouvement de repli devait se traduire par une moindre efficacité et donc un affaiblissement de la puissance publique. Je pressens qu'il risque d'en aller ainsi. La comparaison des droits et le recours à de nouvelles formes de droit offrent donc des perspectives de solution à la tension observée entre la globalisation de l'économie et du droit, et la réaffirmation des souverainetés, des frontières et des intérêts nationaux. Ces perspectives ne doivent pas être surestimées, mais elles sont réelles et elles méritaient que le Conseil d'État, en association avec la Société de législation comparée (SLC) et l'Institut français des sciences administratives (IFSA), y consacre un cycle de conférences.

Je souhaite à nouveau remercier la présidente de Saint Pulgent, ainsi que l'ensemble des membres et agents de la section du rapport et des études pour l'organisation de ce cycle de conférences et pour leur implication constante dans ce projet. Je remercie aussi les membres de la cellule de droit comparé pour leur engagement dans l'organisation de ce cycle auquel ils ont beaucoup apporté par leurs précieux éclairages sur le fonctionnement des systèmes juridiques étrangers.

Je crois que le thème retenu s'inscrivait parfaitement dans la réflexion actuelle sur la place des États dans la production et l'application du droit, et sur le développement de nouvelles formes de normativité, parce que les procédés évoluent, vers plus de droit souple notamment, et parce que les producteurs de normes se diversifient.

Quoi qu'il en soit, le sujet de ce cycle de conférences a donné lieu à de fertiles discussions au long de son déroulement. Je ne doute pas que nous emportions avec nous, au-delà des Actes qui seront publiés, l'esprit et la substance des riches débats que nous avons partagés, aujourd'hui encore.

---

539 *Ibid.*



### **Comité de rédaction**

*Responsable de la publication :*

Martine de Boisdeffre, présidente de la section du rapport et des études.

*Conception et réalisation :*

François Seners, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études.

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études.

### **Comité scientifique du cycle de conférences**

Bernard Stirn, président de la section du contentieux.

Maryvonne de Saint Pulgent, présidente adjointe de la section de l'intérieur.

La documentation juridique du colloque a été préparée par la section du rapport et des études (SRE) et le Centre de recherches et de diffusion juridiques (CRDJ) du Conseil d'État.

Le cycle de conférences a été organisé par la SRE, avec l'appui de Caroline de Prémonville, chargée de mission pour les relations extérieures.

### **Secrétaire de rédaction**

Frédéric Navas Alonso de Castaneda, chargé de mission à la SRE,

avec la participation de Marie-Christine Gallicher, assistante administrative à la SRE.

### **Crédits photos, conseil graphique**

Direction de la communication.

*Retrouvez la vidéo du colloque à partir de [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr), rubrique « colloques ».*

