



***Droits et Débats***

**Droit comparé  
et territorialité du droit**  
**Un cycle de conférences du Conseil d'État**  
**Tome I**





## 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.

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

- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.
- 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 »**

- Le droit européen des droits de l'homme, n° 1, 2011.
- Les développements de la médiation, n° 2, 2012.
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, n° 3, 2012.
- La démocratie environnementale, n° 4, 2012.
- Consulter autrement, participer effectivement, n° 5, 2012.
- Le patrimoine immatériel des personnes publiques, n° 6, 2013.
- Santé et justice : quelles responsabilités ?, n° 7, 2013.
- Les agences : une nouvelle gestion publique?, n° 8, 2013.
- Les enjeux juridiques de l'environnement, n° 9, 2014.
- 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.

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

- Conférences Vincent Wright – volume 1, 2012.
- Conférences Vincent Wright – volume 2, 2015.

### **Collection « Jurisprudences »**

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





# Sommaire

<b>Avant-propos.....</b>	<b>5</b>
<b>Comparer les droits, repenser la territorialité – Présentation du cycle <i>Droit comparé et territorialité du droit</i> .....</b>	<b>7</b>
<b>Première conférence – Droit comparé et territorialité du droit : défis et enjeux.....</b>	<b>13</b>
Sommaire de la conférence .....	13
Discours introductif .....	15
Biographies des intervenants .....	25
Actes – Droit comparé et territorialité du droit : Défis et enjeux .....	27
Echanges avec la salle .....	51
Éléments de bibliographie .....	57
<b>Deuxième conférence – Objectifs, méthodes et usages du droit comparé .....</b>	<b>59</b>
Sommaire de la conférence .....	59
Présentation du thème de la conférence.....	61
Biographies des intervenants .....	67
Actes – Objectifs, méthodes et usages du droit comparé .....	69
Échanges avec la salle .....	99
Éléments de bibliographie .....	103
<b>Troisième conférence – La territorialité du droit : approches théoriques et usages méthodologiques .....</b>	<b>105</b>
Sommaire de la conférence .....	105
Présentation du thème de la conférence.....	107
Biographies des intervenants .....	111
Actes – La territorialité du droit : approches théoriques et usages méthodologiques.....	113
Échanges avec la salle .....	143
<b>Quatrième conférence – Droit comparé et territorialité du droit dans l'espace européen .....</b>	<b>147</b>
Sommaire de la conférence .....	147
Présentation du thème de la conférence.....	149





Biographies des intervenants .....	161
Actes – Droit comparé et territorialité du droit dans l'espace européen .....	163
Échanges avec la salle .....	191
Éléments de bibliographie .....	193
<b>Cinquième conférence – Les figures de la mobilité : le statut de la personne, entre territorialité et extraterritorialité .....</b>	<b>195</b>
Sommaire de la conférence .....	195
Éléments de jurisprudence sur le thème de la conférence .....	197
Biographies des intervenants .....	207
Actes – Les figures de la mobilité : le statut de la personne, entre territorialité et extraterritorialité .....	209
Échanges avec la salle .....	239
Éléments de bibliographie .....	243
<b>Sixième conférence – Les nouveaux acteurs juridiques à l'heure de la globalisation : le cas du droit de l'environnement .....</b>	<b>247</b>
Sommaire de la conférence .....	247
Présentation du thème de la conférence.....	249
Biographies des intervenants .....	251
Actes – Les nouveaux acteurs juridiques à l'heure de la globalisation : le cas du droit de l'environnement .....	253
Échanges avec la salle .....	279
Éléments de bibliographie .....	287





# Avant-propos

**Maryvonne de Saint Pulgent**

*présidente de la section du rapport et des études.*

De longue date, droit comparé et territorialité entretiennent des rapports aussi étroits qu'ambigus. Émanation de la souveraineté de l'État, dont le propre est de s'exercer sur un territoire, le droit est fondamentalement territorial. Il est sans doute touché par la globalisation, mais de manière moins rapide et évidente que ne le sont d'autres phénomènes sociaux ; la mondialisation en cours en constitue une nouvelle, et peut-être, ultime étape. De plus, le processus est loin d'être continu. Des événements majeurs, survenus dans le court intervalle entre l'ouverture de ce cycle de conférences, au printemps 2015, et sa clôture, ont réaffirmé la territorialité *nationale* du droit, dont le référendum par lequel, le 23 juin 2016, le peuple britannique a choisi de quitter l'Union européenne.

L'existence même du droit comparé découle de la nature territoriale du droit : sans la délimitation des systèmes juridiques par des frontières qui les isolent et les différencient les uns des autres, leur comparaison serait inconcevable. Mais la démarche comparatiste a fondamentalement pour ambition de dépasser la territorialité : comparer *les* droits, c'est postuler l'existence *du* droit par delà son morcellement entre les territoires. Voilà qui suscite l'envie d'en restituer, voire d'en construire la cohérence. Or l'argument de droit comparé, qui mobilise un droit étranger au système juridique dans lequel il s'énonce en vue d'en guider l'évolution, est par principe inopérant et illégitime du point de vue de ce système, précisément parce qu'il en méconnaît la nature territoriale. Ce ferment subversif du droit comparé explique que celui-ci a longtemps semblé devoir se borner à la sphère de la recherche universitaire.

Cependant, pour intime que soit le lien entre le droit et le territoire, il est très imparfait : des situations transfrontières ont toujours existé ; leur croissance est exponentielle, à l'heure où les enjeux deviennent globaux, qu'il s'agisse de réguler une économie mondialisée ou l'usage de technologies numériques, de protéger l'environnement ou de lutter contre le terrorisme international. Il en résulte une « déterritorialisation » du droit, ou peut-être, plutôt, une redéfinition de sa territorialité, par une action unilatérale ou concertée des États. Surtout, comme les six premières conférences de ce cycle l'ont montré, la notion de territorialité, pour déterminante qu'elle soit pour l'application de la norme, est parfaitement insaisissable : il en existe une multitude de conceptions, avec pour conséquence, à l'échelle de la planète, un vaste potentiel de désordre normatif et de conflits de territorialités, ou plutôt, d'« extraterritorialités ». Ainsi, le territoire devient un élément transversal de la réflexion juridique contemporaine, dépassant le champ du seul droit international privé, dont il est originellement issu. Cette réflexion permet de se projeter dans un espace juridique plus vaste que celui de l'État ; elle partage cet horizon élargi avec le droit comparé.





Celui-ci pourrait-il fournir les clés pour parvenir à ordonner le pluralisme juridique contemporain ? Des juges l'empruntent de plus en plus souvent, préfigurant un renouvellement prometteur de l'usage du droit comparé. Mais les six premières conférences de ce cycle ont montré à quel point le chemin sera long et difficile, car la démarche comparatiste, qui demeure controversée, doit, pour être pertinente et légitime, faire preuve d'une parfaite rigueur méthodologique ; c'est pourquoi sa mise en œuvre, dans la pratique du droit, paraît encore souvent hors de portée. La comparaison ne saurait davantage être regardée comme l'instrument imparable de l'harmonisation des systèmes juridiques et de leurs relations : en mettant à jour des divergences, elle peut les renforcer... Mais l'essentiel est ailleurs : la comparaison des droits a le mérite de nous décentrer et, ainsi, de nous aider à « *agir d'une manière un peu plus fine et éclairée dans le monde* »<sup>1</sup>.

---

1 Mitchel Lasser, Deuxième conférence du Cycle, « Objectifs, méthodes et usages du droit comparé », p. 85.





# Comparer les droits, repenser la territorialité

## Présentation du cycle *Droit comparé et territorialité du droit*

### Objet du cycle de conférences

Pourquoi rassembler, au sein d'un même cycle de conférences, deux thématiques – celle de la comparaison et celle de la territorialité du droit – qui non seulement pourraient *a priori* sembler distinctes, mais qui paraissent en outre relever de deux épistémologies ou de deux phénomènes différents ? La première évoque davantage une méthode, utilisée tant pour l'étude des systèmes juridiques que comme instrument d'élaboration de normes de droit nouvelles ; la seconde renvoie à la question de l'application du droit dans l'espace. L'approche comparatiste, tout en ne négligeant pas les questions structurelles, s'appuie d'abord sur des connaissances d'ordre culturel et s'attache au contexte social des pratiques juridiques. La question de la territorialité, pour sa part, fait plutôt appel à des savoirs abstraits intéressant les problématiques de souveraineté, la structure de l'Etat et sa position dans l'ordre international. L'utilisation du droit comparé par les praticiens du droit, les juges en particulier et, parmi eux, le juge administratif, ne présuppose en outre pas une remise en cause du territoire, du moins de prime abord. À l'inverse, les évolutions affectant la territorialité des normes de droit n'ont pas nécessairement pour effet de remettre en cause ce qui fait la spécificité de chaque culture juridique, ni l'office des juges nationaux.

Il reste que, s'il est possible de distinguer ces deux notions en tant qu'objets d'étude, elles n'en sont pas moins, en pratique, profondément imbriquées. Historiquement, l'étude du droit comparé est liée au paradigme étatiste du droit, qui ne conduit à concevoir celui-ci que comme un produit de la souveraineté. De fait, ce qui était à l'origine une étude des « législations étrangères », ainsi qu'on la nommait à la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècles, avait pour objet principal, non la comparaison, mais seulement la connaissance des autres systèmes, et elle s'est d'abord développée dans un contexte de concurrence entre ceux-ci. La discipline, longtemps cantonnée à la sphère académique, et même en grande partie isolée au sein de celle-ci, se voulait un moyen au service d'une politique de souveraineté. Elle était en outre largement considérée par les praticiens comme un exercice stérile.

Les deux thématiques – comparaison des droits et territorialité – connaissent pourtant, aujourd'hui, des évolutions profondes qui, bien que paradoxales, n'en sont pas moins susceptibles de relever de causes analogues. L'idée de territorialité ne semble ainsi plus rendre compte complètement de la manière dont le droit est élaboré ou réalise sa vocation dans un monde globalisé. Les États sont largement





concurrentés, dans leur office de production de normes juridiques, tant par des entités privées que par des autorités publiques, mais supranationales, auxquelles ils transfèrent une part de leur souveraineté. À l'inverse, pourtant, au moment même 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. Dans le même temps, alors que l'objet, voire la philosophie de la méthode comparative sont encore parfois critiqués, voire contestés, 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. Le juge, en particulier, recourt de manière croissante à l'approche comparatiste, que ce soit pour interpréter le droit supranational, ou pour étayer, voire façonner les solutions qu'il donne aux litiges qui lui sont soumis.

De telles contradictions et soubresauts traduisent, dans les deux domaines, les complexités de la globalisation, dont l'État – son territoire, son autonomie, sa souveraineté, sa culture ainsi que le rapport entre son droit et celui produit par d'autres – ne peut en aucun cas sortir indemne, même si la direction qu'il prendra reste indéterminée.

Ce cycle de conférences se propose d'explorer les causes et de comprendre les effets de ces différentes évolutions, qui soulèvent des questions tout à la fois théoriques et pratiques au regard notamment de l'exercice du pouvoir juridictionnel et, plus largement, de l'élaboration et de l'application de la norme juridique.

Comprendre l'ampleur des changements conceptuels pourra aider à construire une « boîte à outils du juge » nécessaire pour tenir compte, dans les cas concrets les plus divers, de ces nouvelles configurations du paysage juridique et de ces modifications de l'idée de souveraineté. Chaque conférence de ce cycle tentera ainsi de cerner les nouveaux enjeux et les défis pratiques qui en résultent, en illustrant l'imbrication des problématiques de la territorialité et du pluralisme normatif dans les domaines les plus représentatifs.

### **Pour aller plus loin**

Le droit se fabrique désormais, aussi, au-delà de l'État ; par ailleurs, le territoire ne suffit plus nécessairement à définir la compétence normative. Les codes les plus puissants ne sont plus exclusivement étatiques, et le droit administratif lui-même se mue en « droit global » au sein du très influent courant GAL (*global administrative law*) qui propose de déterritorialiser les principes applicables aux activités des autorités publiques. Les systèmes nationaux structurés autour d'un fort paradigme constitutionnel en viennent à afficher une aspiration universelle au moment même où la conscience de la dimension culturelle du « droit des droits » n'a jamais été aussi forte. Ce brouillage spectaculaire des cartes – celles de la modernité politique – ne peut qu'affecter le raisonnement juridique et la fonction de juger.

L'imbrication contemporaine des droits et des sources exige en effet de mobiliser l'expérience venue d'ailleurs et de se référer à des normes hétérogènes. Elle oblige à franchir les frontières nationales. En outre, dans les États comme la France où cette distinction est structurante, elle peut amener à dépasser la distinction entre







droit public et droit privé. Par ailleurs, la compétence juridictionnelle, en particulier administrative, s'exerce dans un contexte de concurrence, de confrontation ou de mimétisme entre les droits nationaux, ce cadre étant fortement modifié à son tour par des sources supranationales. Les droits individuels ou collectifs mis en œuvre n'émanent plus inéluctablement de l'Etat, pas plus qu'ils n'épousent, par leur portée, le territoire que celui-ci régit.

Ce sont les disciplines à vocation non nationale que sont le droit comparé et le droit international dans ses deux branches, publique et privée, qui subissent en première ligne les divers processus contemporains que les juristes, à la suite des sociologues, des historiens, des économistes, commencent à appréhender comme résultant d'une nouvelle étape de la mondialisation. Traditionnellement reléguées à la périphérie de la matière (ou du cursus) juridique, parfois contestées dans leur normativité (pour le droit international) ou en tant que discipline (le droit comparé), ces matières acquièrent aujourd'hui, curieusement, une importance centrale au moment même où les confins de la juridicité se brouillent.

Les illustrations les plus significatives se rapportent à des disciplines nouvelles (droit du numérique, etc.) et à des problématiques ayant par nature un caractère global (questions environnementales, marchés financiers, bioéthique, monde numérique, circulation des personnes, chaînes de valeur agro-alimentaires, etc.), signe qu'une nouvelle configuration des savoirs juridiques est en train de se mettre en place. La pratique démontre que le juge a recours au droit comparé principalement dans trois hypothèses : lorsque, estimant qu'une réflexion sur une éventuelle évolution de sa jurisprudence s'impose, il cherche des arguments pour mettre à l'épreuve, justifier ou infirmer ses pistes ; lorsqu'il est confronté à une situation inédite ayant de surcroît des conséquences éthiques ou sociales importantes ; enfin lorsque, s'interrogeant sur la marge de manœuvre que lui laisse le droit supranational, il cherche à savoir comment les autres sujets de ce droit l'ont évaluée.

### Illustrations

Plus concrètement, pour se limiter à quelques illustrations, la question des frontières du droit est présente lorsque le juge national doit se prononcer, par exemple, sur : le statut d'enfants nés à l'étranger de contrats de gestation pour autrui considérés comme illicites sur le territoire national ; la sanction à attacher aux effets anti-concurrentiels d'une entente au sein d'un cartel global ; la valeur et l'opposabilité d'un code de conduite émis par une multinationale sans référence à un droit national ; l'équilibre à atteindre entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée sur internet ; le sens des garanties financières attachées au défaut d'un Etat souverain et dictées par des contrats-types d'origine privée ; les conditions de détention des étrangers irrégulièrement entrés sur le territoire national ; la légalité des profits perçus sur le sol national à partir de produits fabriqués à l'aide de l'esclavage moderne dans un pays émergent, etc. À des degrés variables, tous ces exemples exigent de revisiter le ressort spatial du droit, de remettre en question la distinction des normes de droit public ou privé, d'articuler les sources internationales et nationales, de tenir compte des pratiques juridiques et des expériences culturelles venues ailleurs, de repenser la définition même de la règle de droit pour assimiler de nouvelles normativités informelles.





Un cas précis, emprunté à une jurisprudence américaine très médiatisée, illustre bien le dépassement de la notion de territorialité du droit et met en exergue les conflits de revendications, intérêts, idéaux, normes ou valeurs qui requièrent de nouveaux modes d'expression juridique. Dans une affaire impliquant l'esclavage d'enfants dans une ferme de cacao en Côte d'Ivoire, une cour fédérale américaine (*US Court of Appeals for the 9th Circuit*) s'est référée pour établir sa compétence juridictionnelle (au regard de l'*Alien Tort Statute*) à l'influence économique exercée par une marque particulière sur les structure et le fonctionnement du marché mondial, pour en tirer ensuite des conséquences d'ordre juridique<sup>2</sup>.

Il est remarquable que ni le territoire, ni la souveraineté, ni les exigences de politique étrangère n'ont guidé le raisonnement de cette juridiction, alors même que de telles considérations étaient auparavant centrales dans l'approche juridique du comportement des entreprises à l'étranger. Ce que la Cour a tenté de faire, en revanche, a été de trouver un « point d'amarrage juridictionnel » dans une chaîne de valeurs globale. Elle a ainsi attaché une importance aux phénomènes normatifs d'origine non étatique (l'auto-régulation, le désir des acteurs de préserver leur réputation et la certification de conformité à des standards a-juridiques) et la réponse juridique a pu, de ce fait, être formulée en termes de responsabilité sociale, d'accès des victimes à la justice – plutôt que de compétence territoriale, de contrat, de personnalité morale, ou encore de marché. L'horizon politique dessiné par ce jugement est celui d'une société où la seule poursuite de profits est mise en balance avec d'autres valeurs. En d'autres termes, la Cour a tenté ici de rompre avec le raisonnement judiciaire traditionnel qui s'est développé dans le cadre d'un paradigme dominé par la fiction d'un système juridique ordonné ou de textes formels faisant autorité.

Plus classiquement identifiable comme une question d'ordre public en droit international privé, la question de la gestation pour autrui fournit, elle aussi, une illustration de ce même phénomène. Elle atteste en particulier les difficultés auxquelles le droit national fait face lorsqu'il s'agit d'apporter des réponses satisfaisantes aux problématiques qui résultent de la libre circulation accélérée des personnes, notamment en devant s'appropriier des normes étrangères qui pour certaines, reposent sur des postulats très différents de ceux qui le structurent. En effet, les États dont le droit prohibe une telle méthode de gestation refusent de reconnaître la filiation des enfants que leurs ressortissants ont ainsi fait concevoir à l'étranger. Les jugements étrangers établissant cette filiation ne sont dès lors en général pas reconnus au motif qu'ils portent atteinte à l'ordre public

2 V. l'arrêt *Doe v. Nestle USA, Inc.* (filed September 4, 2014), la Cour affirme : « (...) *the defendants had enough control over the Ivorian cocoa market that they could have stopped or limited the use of child slave labor by their suppliers. The defendants did not use their control to stop the use of child slavery, however, but instead offered support that facilitated it. Viewed alongside the allegation that the defendants benefitted from the use of child slavery, the defendants' failure to stop or limit child slavery supports the inference that they intended to keep that system in place. The defendants had the means to stop or limit the use of child slavery, and had they wanted the slave labor to end, they could have used their leverage in the cocoa market to stop it. (...) the defendants participated in lobbying efforts designed to defeat federal legislation that would have required chocolate importers and manufacturers to certify and label their chocolate as "slave free." As an alternative to the proposed legislation, the defendants, along with others from the chocolate industry, supported a voluntary mechanism through which the chocolate industry would police itself* ».





interne et le principe de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant – issu du droit international – invoqué généralement (Italie, Espagne, etc.) en faveur de la reconnaissance de ces filiations atypiques sert également, comme en Allemagne, à justifier le refus de les reconnaître.







## Première conférence

# Droit comparé et territorialité du droit : défis et enjeux

## Sommaire de la conférence

Discours introductif, par Jean-Marc Sauvé.....	15
Biographies des intervenants .....	25
Actes - Droit comparé et territorialité du droit : défis et enjeux.....	27
Échanges avec la salle .....	51
Éléments de bibliographie.....	57







# Discours introductif

par Jean-Marc Sauvé<sup>3</sup>,  
vice-président du Conseil d'État

Monsieur le membre du Parlement britannique,  
Mesdames et Messieurs les professeurs,  
Mes chers collègues,

Dans le bestiaire fabuleux de la mythologie grecque, figure un animal composite et menaçant – la Chimère – dont Homère nous dit, dans le chant VI de *L'Illiade*, qu'il est « *lion devant, serpent derrière et chèvre en son milieu* » et qu'il « *vomissait des torrents de flammes dévorantes* »<sup>4</sup>. Parce que le droit comparé met en contact, assemble et croise des droits étrangers, parce qu'il ne sert plus à magnifier naïvement notre droit comme un produit d'exportation, mais, révélant ses imperfections, le fait entrer dans « *le temps du doute* »<sup>5</sup>, n'est-il pas un peu chimérique ? Au sens figuré<sup>6</sup>, le droit comparé, n'est-il pas aussi porteur d'une utopique science de tous les droits ? En réalité, ce n'est pas le droit comparé, comme discipline et comme méthode, qui est chimérique, mais c'est le droit, comme artefact et comme opérateur de la globalisation<sup>7</sup>, qui l'est devenu et qui poursuit l'objectif – encore inaccompli – d'une régulation de ses flux et d'un ordonnancement de systèmes juridiques à la fois distincts et enchevêtrés. Les questions relatives à la territorialité du droit mettent à ce titre en exergue des zones inédites de contact et de friction entre ordres juridiques, qu'on ne saurait comprendre et maîtriser sans le recours au droit comparé.

Pour élucider l'impact de la globalisation juridique sur les usages de droit comparé et les questions touchant à la territorialité du droit et pour mesurer comment ces usages sont indissociables du règlement de ces questions, le Conseil d'État, en association avec la Société de législation comparée (SLC) et l'Institut français des sciences administratives (IFSA), ouvre aujourd'hui un nouveau cycle de conférences, auquel participeront l'ensemble des membres de la communauté juridique, mais aussi des représentants d'autres disciplines, des administrations et de la société civile. Je souhaiterais revenir, à l'occasion de cette séance inaugurale d'un nouveau cycle de conférences, sur l'actualité des questions de droit comparé et de territorialité du droit (I) et sur les nouveaux défis qui se présentent (II).

3 Texte écrit en collaboration avec Stéphane Eustache, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.

4 Homère, *L'Illiade*, traduit du grec par Frédéric Mugler, éd. Babel, 1995, VI, 181-182, p. 129.

5 F. Melleray, « Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français », in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Paris, éd. Bruylant, coll. Droit administratif, 2007, p. 13.

6 Selon le *Dictionnaire de l'Académie française*, une chimère désigne, au sens figuré, « *une imagination vaine et sans fondement* ».

7 J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, éd. LGDJ, coll. Systèmes, 2010.





**I. Je voudrais, dans un premier temps, m'interroger devant vous sur le renouvellement contemporain des usages du droit comparé et des questions de territorialité des normes.**

*A. Quels sont les nouveaux usages du droit comparé ?*

Comme en témoigne ce cycle de conférences, le *droit comparé* n'est plus l'apanage étrange et exotique des comparatistes. Si la comparaison des droits est l'objet même d'une discipline universitaire née à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et dont les méthodes interprétatives ont été profondément renouvelées<sup>8</sup>, elle est devenue un outil universel d'expertise juridique et un lieu *obligé* pour un très grand nombre de recherches académiques, de projets de loi ou de décisions de justice. Transdisciplinaire par nature, le droit comparé est devenu le bien commun du raisonnement juridique contemporain. Si l'universitaire, le législateur et le juge comparent différemment des droits différents, selon des méthodes et des finalités distinctes, tous reconnaissent au droit comparé une « *fonction critique* »<sup>9</sup> et même une « *fonction subversive* »<sup>10</sup>, dans le sens le plus positif que le professeur Muir Watt a donné à ce syntagme. Parce que le droit comparé n'est pas la science des droits étrangers pris isolément et pour eux-mêmes, mais une technique de différenciation des systèmes juridiques, il nous permet d'explicitier et d'interroger la pertinence de nos paradigmes et de nos pratiques. Confrontés à des situations comparables par l'essor des échanges mondiaux et l'homogénéisation des conditions de vie, les États légifèrent mieux et jugent mieux – ou en tout cas s'efforcent de le faire – à la lumière des solutions inventées par leurs voisins, qu'il s'agisse de perfectionner leur ordre juridique (fonction correctrice) ou de résoudre des difficultés inédites (fonction heuristique).

Mais, plus profondément, alors que les ordres juridiques nationaux et internationaux s'imbriquent à l'échelle européenne, le droit comparé est un levier d'intégration régionale et d'ordonnement du pluralisme juridique (fonction intégrative). Les États membres du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne ne sont pas seulement confrontés à des situations comparables, ils doivent mettre en œuvre des garanties communes et interpréter d'une manière homogène les mêmes droits, en disposant de marges d'appréciation plus ou moins larges. Le droit comparé est ainsi l'auxiliaire du principe de subsidiarité. D'une part, il montre comment chaque ordre national incorpore matériellement la substance des garanties communes, assure leur invocabilité et garantit leur primauté et leur effectivité – sur chacun de ces points, le droit comparé offre des points de repère et des exemples précieux –. D'autre part, il met en exergue le degré de convergence des traditions nationales, l'existence de *consensus* ou de *dénominateurs communs*, susceptibles d'inspirer une extension des garanties communes. Le droit comparé est alors le carburant d'une machine à intégrer. Il découvre, plus profondément, les gisements extra-

8 V. sur la « *diversité méthodologique* » et la « *complexité épistémologique* » du droit comparé et sur les notions de « *schèmes* », de « *paradigmes* » et d'« *orientations* » : G. Samuel, « Dépasser le fonctionnalisme », in *Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. Legrand, Paris, éd. PUF, coll. Les voies du droit, 2009, p. 405.

9 O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n° 2, avril-juin 2001, pp. 275-288.

10 H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n° 3, juillet-septembre 2000, pp. 503-527.





juridiques du droit, en mobilisant toutes les ressources du contexte institutionnel, social et culturel<sup>11</sup> au sein duquel les normes juridiques assurent leur fonction de régulation de la vie sociale<sup>12</sup>.

### *B. Quels sont les enseignements du droit comparé sur les questions de territorialité du droit ?*

La fonction *critique* du droit comparé m'apparaît tout à fait utile pour appréhender et tester la résilience et la capacité d'adaptation des ordres juridiques, nationaux et européens, face aux défis contemporains de l'extra-territorialité du droit. Plusieurs affaires récentes ont en effet mis en lumière la nécessité d'une régulation et d'une concertation accrues dans une matière qui touche aux rapports transnationaux entre entités privées, mais aussi, par ricochet, aux conditions d'exercice des fonctions étatiques de régulation économique et de protection des droits fondamentaux. En droit international privé, les États disposent certes d'une large liberté pour définir leur compétence normative<sup>13</sup> qu'ils exercent d'une manière non exclusive et concurrente, ainsi que l'a jugé dans l'affaire du *Lotus* en 1927 la Cour permanente de justice internationale<sup>14</sup>. Toutefois, cette compétence étatique ne saurait s'exercer d'une manière déraisonnable, en autorisant la saisine des organes d'un État en dehors de tout lien avec l'ordre juridique du *for*<sup>15</sup>. Les risques d'abus de cette compétence se cristallisent en particulier dans les affaires présentant un triple facteur d'extranéité (en anglais, « *foreign cubed cases* ») où sont soumises, à l'initiative de personnes étrangères (1), à la compétence législative et juridictionnelle d'un État, des personnes étrangères (2) pour des actes commis à l'étranger (3).

De cette triple extranéité, je citerai deux exemples récents. D'une part, en matière de lutte contre la corruption publique, la loi américaine, *Foreign corrupt Practices Act* (FCPA), adoptée en 1977, permet d'incriminer des entités étrangères ayant

11 V. la théorie des « *formants* », R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, éd. Economica, 1991.

12 V. sur ce point : J. Bell, « De la culture », in *Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. Legrand, éd. PUF, coll. Les voies du droit, 2009, Paris, p. 247.

13 La compétence normative (*prescriptive jurisdiction*) se distingue en cela de la compétence d'exécution d'actes matériels (*enforcement jurisdiction*) qui, elle, est soumise à un principe absolu de territorialité.

14 CPIJ, 7 septembre 1927, affaire du *Lotus* (*France c. Turquie*), publication de la CPIJ, 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 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 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 ».

15 V. sur ce point : D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I « partie générale », Paris, éd. PUF, coll. Thémis droit, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 76 et 80.





corrompu à l'étranger des fonctionnaires ou des agents publics étrangers. En décembre 2014, la société Alstom a accepté, en plaçant coupable et selon les termes d'une transaction (en anglais, « *Settlement Agreement* »), de verser une pénalité de sept cent soixante-douze millions de dollars pour violation de cette loi lors de l'obtention d'un marché en Indonésie. D'autre part, en matière d'embargo économique, deux lois américaines, le *Trade with the Enemy Act* (TWEA), adopté lors de la première guerre mondiale, et l'*International Economic Emergency Powers Act* (IEEPA), adopté en 1977, autorisent le président des États-Unis à édicter des sanctions économiques à l'égard de pays ou d'entités avec lesquels les États-Unis sont en guerre ou qui mettent en péril la sécurité nationale, la politique étrangère ou l'économie américaines. En juin 2014, la banque BNP Paribas a accepté, selon la même procédure de plaider coupable (en anglais, « *guilty plea* ») que dans l'affaire Alstom, d'acquiescer une amende record de huit milliards neuf cents millions de dollars pour avoir fourni des services bancaires à des entités soudanaises, iraniennes et cubaines, visées par des mesures d'embargo. Dans cette affaire, le lien territorial avec la loi du *for* a été établi, non pas sur la seule circonstance que les transactions litigieuses aient été libellées en dollar, mais en raison de leur réalisation *via* les institutions financières américaines – les transferts interbancaires en dollar devant s'effectuer par le biais d'une chambre de compensation située en territoire américain<sup>16</sup>.

Ces deux affaires récentes témoignent indéniablement d'un renouveau de l'extraterritorialité du droit américain, qui se développe par ailleurs *via* des accords intergouvernementaux dans le domaine fiscal depuis l'adoption du *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), adopté en 2010<sup>17</sup>. Ce renouveau s'inscrit dans des précédents plus anciens, comme celui des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy<sup>18</sup>, adoptées en 1996, ou encore de l'affaire du gazoduc sibérien en 1982<sup>19</sup>.

Le droit comparé nous montre aussi que l'Union européenne elle-même, sans disposer de la force politique et de la puissance économique américaines, édicte des normes à portée extraterritoriale, en particulier, dans le domaine de la concurrence, comme l'a manifesté dès 1988 l'affaire *Pâte de bois*<sup>20</sup> ou, plus récemment, en matière de droits fondamentaux et de technologies numériques, l'arrêt *Google Spain*<sup>21</sup>. Le droit comparé nous indique par ailleurs que l'Union peut répliquer à des législations étrangères extraterritoriales, en adoptant des « lois

16 V. sur cette affaire : Y. Quintin, « Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 5, sept. 2014, étude 21.

17 V. sur ce point : P. Athanassiou, M. Prokop et A. Theodosopoulou, « Effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non américaines, une vue d'ensemble », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 5, sept. 2014, étude 20.

18 V. sur ces deux lois : M. Cosnard, « Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays », *Annuaire français de droit international*, vol. 42, 1996, pp. 33-61.

19 V. sur cette affaire : B. Audit, « Extraterritorialité et commerce international, l'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 401.

20 V. sur cette affaire : B. Stern, « L'extraterritorialité revisitée : où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de bois* et de quelques autres », *Annuaire français de droit international*, vol. 38, 1992, pp. 239-313.

21 CJUE, Gr. ch., aff. C-131/12, 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González.





*de blocage* », comme l'a permis le Règlement (CE) 2271/96<sup>22</sup> après l'adoption des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy. Il est ainsi indispensable d'appréhender avec l'optique la plus large et la plus objective les phénomènes contemporains de l'extraterritorialité et les instruments dont disposent les États et les organisations supranationales pour les réguler.

## II. Je voudrais maintenant, dans un second temps, me pencher sur l'invention de nouveaux outils de comparaison entre droits et de coopération entre États.

### A. Va-t-on vers une extension des usages juridictionnels du droit comparé ?

Si comparer, c'est toujours interpréter, le droit comparé est une recherche permanente du cadre le plus pertinent et le plus fécond d'interprétation. Comme le relevait Pierre Legrand, « l'éthique de la comparaison commande non seulement la critique des droits, mais aussi de pousser le souci de la distanciation critique jusqu'à l'acte de comparaison proprement dit »<sup>23</sup>. Les nouveaux usages du droit comparé nous invitent ainsi à « prendre au sérieux les critères de comparaison »<sup>24</sup> et, en particulier, lorsqu'ils sont mis en œuvre par les juges. Nous nous trouvons à cet égard dans une phase de transition : certaines juridictions refusent l'usage du droit comparé ; d'autres y recourent massivement et de manière explicite ; d'autres en font usage, mais par éclipse et selon les affinités personnelles des juges et des formations de jugement ; d'autres enfin s'y adonnent comme à la dérobée.

Aux États-Unis et en ce qui concerne l'interprétation de la Constitution américaine, la « doctrine du sens originel »<sup>25</sup> a conduit la Cour suprême à écarter en juin 1997 par un arrêt *Printz v. United States* l'usage du droit comparé. Cette solution n'a cependant pas été unanime, comme en atteste l'opinion dissidente du juge Breyer<sup>26</sup> dans cette affaire, et elle fait l'objet de débats réguliers<sup>27</sup>.

22 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.

23 P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris, éd. PUF, coll. QSJ, 1999, p. 67.

24 M.-C. Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *Revue internationale de droit comparé*, 1-2005.

25 V. sur ce point : Sir B. Markesinis, *Juges et universitaires face au droit comparé, histoire des trente-cinq dernières années*, Paris, éd. Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2006, p. 149.

26 Justice Breyer, with whom Justice Stevens joins, dissenting : « (...) Of course, we are interpreting our own Constitution, not those of other nations, and there may be relevant political and structural differences between their systems and our own. Cf. *The Federalist No. 20*, pp. 134-138 (C. Rossiter ed. 1961) (J. Madison and A. Hamilton) (rejecting certain aspects of European federalism). But their experience may nonetheless cast an empirical light on the consequences of different solutions to a common legal problem - in this case the problem of reconciling central authority with the need to preserve the liberty enhancing autonomy of a smaller constituent governmental entity. Cf. *id.*, No. 42, p. 268 (J. Madison) (looking to experiences of European countries); *id.*, No. 43, pp. 275, 276 (J. Madison) (same). And that experience here offers empirical confirmation of the implied answer to a question Justice Stevens asks : Why, or how, would what the majority sees as a constitutional alternative - the creation of a new federal gun law bureaucracy, or the expansion of an existing federal bureaucracy - better promote either state sovereignty or individual liberty ? See ante, at 7-8, 23 (Stevens, J., dissenting) ».

27 V. sur ce point : J. Resnik, « Constructing the Foreign : American Law's Relationship to Non-Domestic Sources », in *Courts and Comparative Law*, OUP, 2015, chap. 23.





En France et au Conseil d'État, le droit comparé est devenu une « *pratique courante* »<sup>28</sup>, son usage est désormais banalisé et institutionnalisé et il fait l'objet d'une méthodologie approfondie et ambitieuse<sup>29</sup>. Notre institution s'est dotée en 2008 d'une cellule de droit comparé, rattachée au Centre de recherche et de documentation juridiques (CRDJ) et composée de juristes confirmés. Leurs travaux peuvent prendre appui notamment sur le *forum* de l'ACA-Europe (Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne), réseau de partage des questions posées par ses trente-six institutions membres ou observatrices et des réponses de celles-ci. L'organisation et les méthodes de ce *forum* ont été révisées en 2014 à la suite d'une initiative de la présidence française de l'ACA-Europe. L'usage du droit comparé innerve l'ensemble des travaux du Conseil d'État, consultatifs et juridictionnels.

Devant les formations consultatives, des études de droit comparé peuvent ainsi compléter la documentation accompagnant les projets de texte soumis pour avis par le Gouvernement. Dans notre activité juridictionnelle, des analyses de droit comparé sont fournies aux membres des formations de jugement et les conclusions des rapporteurs publics s'en font largement l'écho. Environ 80 % des décisions rendues en assemblée et en section du contentieux, les plus hautes formations de jugement du Conseil d'État, ont bénéficié de recherches juridiques comparées<sup>30</sup>.

Le droit comparé répond ainsi à différents besoins, comme l'ont illustré plusieurs affaires l'année dernière. En premier lieu, il éclaire le juge, lorsque celui-ci doit trancher une question inédite ou particulièrement délicate : dans l'affaire *Lambert*<sup>31</sup>, le rapporteur public s'est référé dans ses conclusions du 14 février 2014<sup>32</sup> aux différentes législations nationales encadrant l'euthanasie et l'assistance au suicide et, dans ses conclusions du 24 juin 2014<sup>33</sup>, à la jurisprudence de la Chambre des Lords britannique et de la Cour fédérale allemande de justice (*Bundesgerichtshof* - BGH) relative à l'interprétation des volontés de personnes se trouvant en état végétatif. Dans l'affaire *Ganem*<sup>34</sup>, le rapporteur public s'est penché sur la manière dont les juges américains et allemands ont tranché, en l'absence de texte, des questions relatives à la légalité et à loyauté de preuves<sup>35</sup>.

En deuxième lieu, le droit comparé renseigne le juge sur la manière dont les autres États membres du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne font usage de leurs marges nationales d'appréciation. Ainsi dans l'affaire de la « *limite d'âge des contrôleurs aériens* »<sup>36</sup>, le rapporteur public a examiné la compatibilité avec le droit de l'Union européenne d'une différence de traitement introduite en droit français quant à la limite d'âge de cette catégorie de personnels par rapport à

28 B. Stirn, « Le droit administratif français, européen et global : bilan et perspectives », ELN Interviews.

29 A. Bretonneau, S. Dahan et D. Fairgrieve, « Comparative Legal Methodology of the Conseil d'État, Towards an Innovative Judicial Process ? », in *Courts and Comparative Law*, OUP, 2015, chap. 14.

30 *Ibid.*

31 CE, Ass., 14 février 2014 et 24 juin 2014, *Lambert*, n° 375081.

32 R. Keller, ccls p. 6.

33 *Ibid.*, p. 13 et 15.

34 CE, Sect., 16 juillet 2014, *Ganem*, n° 355201.

35 V. Daumas, ccls p. 10.

36 CE, Ass., 4 avril 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c. M. L.*, n° 362785.





celle des autres travailleurs, à la lumière des législations de la plupart des États occidentaux ; comme l'a relevé le rapporteur public, « *cette comparaison est un critère central dans l'appréciation par la Cour de justice de l'Union européenne du caractère nécessaire et proportionné d'une différence de traitement* »<sup>37</sup>. Dans l'affaire *Armor SNC*<sup>38</sup> relative aux conditions dans lesquelles des collectivités publiques peuvent se porter candidates à un contrat administratif, le rapporteur public a pris soin d'examiner si la solution proposée aurait pour effet d'isoler ou non la France au regard des pratiques observées dans les autres États européens<sup>39</sup>. Enfin, dans l'affaire *Vernes*<sup>40</sup> portant sur les suites à donner en droit interne aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, le rapporteur public a analysé la notion de « *Berücksichtigungspflicht* », c'est-à-dire le « *devoir de prise en compte* », élaborée par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, notion qui a directement inspiré la solution retenue par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État<sup>41</sup>.

D'autres exemples topiques tirés de notre jurisprudence de 2014 et 2015, comme l'affaire *Bonnemaison*,<sup>42</sup> pourraient encore être cités et, dans un passé pas très éloigné, des arrêts fondateurs, comme les décisions *Arcelor*<sup>43</sup> et *Conseil national des barreaux*<sup>44</sup>, se sont inspirés, à la lumière des conclusions des rapporteurs publics, des pratiques des cours suprêmes européennes.

Si le raisonnement du juge se nourrit d'arguments de droit comparé, on pourrait s'étonner de ne pas en trouver des traces dans la motivation de ses arrêts et, rarement, dans les échanges contradictoires entre les parties. L'usage du droit comparé se fait discret, comme un exercice préparatoire au jugement, sur le fondement des prérogatives inquisitoriales du juge ; il se réalise dans la coulisse et dans le secret des délibérés<sup>45</sup>.

Si le juge administratif français entend développer et approfondir la motivation de ses arrêts, sans sacrifier la rigueur du raisonnement juridique, il est douteux qu'il se réfère formellement, avant longtemps, aux arrêts d'autres cours, comme d'ailleurs à sa propre jurisprudence, à laquelle il n'entend pas paraître reconnaître une fonction normative, dans le sillage de l'article 5 du code civil : tribut qu'il continue d'acquiescer consciencieusement à l'héritage de la Révolution française. Et si ce juge se réfère désormais régulièrement aux décisions rendues par la Cour de justice de l'Union européenne, c'est dans les seuls cas où celles-ci sont revêtues de l'autorité de chose jugée et constituent, par conséquent, la base de la solution qu'il retient. Autrement dit, en matière de jurisprudence comparée, comme de prise en compte des arrêts des cours européennes, le Conseil d'État pratique pour l'essentiel un

37 G. Pellissier, ccls pp. 17-18.

38 CE, Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563.

39 B. Dacosta, ccls p. 12.

40 CE, Ass., 30 juillet 2014, *Vernes*, n° 358564.

41 S. von Coester, ccls. p. 12.

42 R. Keller, ccls p. 14 sur CE, Ass., 30 décembre 2014, *Bonnemaison*, n° 381245.

43 CE, Ass., 8 février 2007, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, n° 287110, ccls M. Guyomar.

44 CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n° 296845, ccls M. Guyomar.

45 V. sur ce point : B. Markesinis, *Juges et universitaires face au droit comparé, histoire des trente-cinq dernières années*, Paris, éd. Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2006, p. 161.





« *dialogue sans paroles* », selon l'expression imagée et heureuse de mon collègue Olivier Dutheillet de Lamothe<sup>46</sup> : il examine l'éventail des solutions disponibles, les évalue attentivement, retient telle solution qui lui paraît pertinente, mais sans jamais en faire l'aveu formel.

En tout état de cause, l'usage aujourd'hui banalisé du droit comparé nous impose de consolider notre méthodologie, de promouvoir de bonnes pratiques dans le choix de nos références et de porter une attention vigilante au poids que nous voulons leur reconnaître dans nos délibérations. C'est là, avant même de citer les décisions d'autres cours, un programme de travail déjà vaste.

### *B. Va-t-on vers un reflux de l'extraterritorialité et vers de nouvelles formes de coopération juridique ?*

Cet usage réfléchi et ambitieux du droit comparé par les juges et, d'une manière générale, par les autorités normatives de l'État est appelé à jouer un rôle précieux dans le traitement des questions contemporaines de territorialité du droit. Celles-ci nécessitent en effet une intervention régulatrice des législateurs et des juges, qui devra se nourrir d'une culture et d'arguments de droit comparé. À rebours de l'actualité française la plus récente et cuisante, l'on constate à cet égard un reflux des expansions extraterritoriales des droits étrangers. Par son déjà célèbre arrêt *Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum and co* du 17 avril 2013, la Cour suprême américaine s'est ainsi reconnue incompétente pour examiner les requêtes présentées par des citoyens nigériens, accusant, sur le fondement de l'*Alien Tort Statute* (ATS), une société néerlandaise de complicité de violations graves des droits de l'homme.

Par cet arrêt, la Cour affirme qu'il existe en principe une présomption contre l'extraterritorialité des lois fédérales américaines, en l'absence d'une claire indication de la volonté contraire du Congrès. Elle s'inscrit ce faisant dans le sillage de sa décision du 24 juin 2010 *Morrison v. National Australia Bank Ltd*, par laquelle a été écartée l'application du *Securities Exchange Act* pour trancher une action intentée par des investisseurs australiens portant sur des achats effectués sur un marché non américain d'actions (la bourse australienne) d'une société australienne<sup>47</sup>. Pour autant, le mécanisme de présomption retenu en 2013 et confirmé par une décision du 14 janvier 2014 *Daimler AG v. Bauman*<sup>48</sup> n'exclut pas de réexaminer la question des « *limites raisonnables* »<sup>49</sup> à l'exercice de la compétence normative des États et

46 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*, Paris, éd. Dalloz, 2008, p. 403.

47 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 ; v. sur ce point : M. Dubertret, « Affaire *Morrison v. National Australia Bank Ltd* : l'espoir d'un nouvel âge ? », *Revue de droit bancaire et financier*, n°4, juillet 2010, étude 17.

48 V. sur ce point : N. Maziau, « Responsabilité des entreprises : réticence à l'application extraterritoriale du droit américain », *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, n°19, 8 mai 2014, 1253.

49 H. Muir Watt, « L'*Alien Tort Statute* devant la Cour suprême des États-Unis, territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique ? », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 595.







la question corrélative de l'émergence de règles de courtoisie internationale (en anglais, « *comity* »)<sup>50</sup>.

Un nouveau champ de réflexion s'ouvre ainsi afin de promouvoir des principes régulateurs et une convergence des standards de protection des droits fondamentaux : à la menace d'une extraterritorialité conquérante du droit, ne doit pas en effet se substituer le risque d'un désordre normatif ni, par le truchement d'un « *forum shopping* » mondial ou d'une application extensive du principe de « *forum non conveniens* »<sup>51</sup>, le risque de faire bénéficier d'une immunité juridictionnelle les personnes ayant commis des violations graves des droits fondamentaux. Dans cette perspective, les poussées extraterritoriales des droits américain et européen peuvent être comprises, à la lumière des évolutions décrites, comme une incitation à réfléchir à une meilleure régulation juridique internationale et à une élévation concertée des standards de protection.

### Conclusion

Je conclurai par où j'ai commencé. Comme nous le rapporte Glaucos dans *l'Iliade* en réponse aux questions de Diomède, la Chimère fut tuée par le grand Bellérophon, « à qui les dieux donnèrent tout ensemble la beauté et le charme viril »<sup>52</sup>. Bien plus que le droit comparé, le droit globalisé apparaît certainement comme un assemblage composite et bigarré et il est le vecteur d'inquiétudes et de fantasmes. Pourtant, malgré ses apparences impressionnantes, voire monstrueuses, il est et reste le moyen d'une régulation des flux transnationaux et d'une promotion ambitieuse des garanties de l'État de droit au sein d'espaces régionaux intégrés, comme à l'échelle mondiale.

Par conséquent, nous ne guettons pas, nous redoutons même l'arrivée d'un Bellérophon, chevauchant Pégase et armé de ses flèches. Nous aspirons bien plutôt, d'une manière métaphorique, à dompter la Chimère. C'est là une ambition déjà considérable qui nous paraît néanmoins à la fois plus réaliste, accessible et féconde. Nous y parviendrons par les voies d'un usage raisonnable du droit comparé et de la coopération des autorités politiques comme des systèmes juridiques sur l'enjeu majeur que représente le champ d'application territorial du

50 V. sur ce point : l'opinion dissidente du juge Breyer dans l'affaire *Kiobel* : parvenant à la même solution que l'opinion majoritaire, le juge Breyer se fonde non sur une présomption contre l'extraterritorialité de l'ATS, mais sur les principes et les pratiques des relations internationales qui tendent à réduire l'application extraterritoriale de la loi du *for* aux cas des crimes les plus graves ou aux atteintes les plus substantielles aux intérêts nationaux ; v. pour une analyse de cette position : N. Maziau, « L'arrêt *Kiobel* : reconnaissance différée d'une responsabilité des sociétés multinationales pour les crimes contre les droits de l'homme », in *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1316.

51 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. V. pour une appréciation critique de cette doctrine : D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I « partie générale », Paris, éd. PUF, coll. Thémis droit, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 185 : « La globalisation de l'économie a été en effet l'occasion d'une augmentation spectaculaire par les tribunaux anglo-américains du *forum non conveniens*, opposé aux recours judiciaires des victimes d'accidents industriels survenus dans les pays d'accueil lors d'activités délocalisées des firmes transnationales, exercées à travers leurs filiales de droit local. (...) Le refus d'exercer la compétence juridictionnelle à l'égard des défendeurs qui, au-delà des montages juridiques, demeurent économiquement intégrés à l'État du *for*, est de nature à favoriser l'externalisation des coûts de production par les entreprises, qui bénéficient à l'occasion de désastres massifs de l'impunité offerte par l'inefficacité procédurale ou la faible réglementation du pays d'accueil ».

52 Homère, *L'Iliade*, traduit du grec par Frédéric Mugler, Paris, éd. Babel, 1995, VI, 1556-157, p. 128.





droit. Face à la globalisation du droit, ne cédon pas à la passivité et moins encore à la démesure et sachons au passage nous souvenir, comme nous y invite Homère, que Bellérophon, emporté par son hubris, fut à son tour abandonné des dieux pour avoir voulu les égaler.







# Biographies des intervenants

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

## Le modérateur

### **Erik Orsenna,**

*conseiller d'État (h), membre de l'Académie française*

Après des études de philosophie et de sciences politiques, Erik Orsenna choisit l'économie. De retour d'Angleterre (*London School of Economics*), il publie son premier roman en même temps qu'il devient docteur d'État. Suivent onze années de recherche et d'enseignement dans le domaine de la finance internationale et de l'économie du développement. En 1981, il est nommé au cabinet du ministre de la coopération. Deux ans plus tard, il rejoint l'Élysée en tant que conseiller culturel, puis travaille auprès du ministre des affaires étrangères dans les années 1990. En 1985, il entre au Conseil d'État. Aujourd'hui conseiller d'État honoraire, il est revenu à des activités d'économiste et d'entrepreneur. Romancier (*L'Exposition coloniale*, prix Goncourt 1988 ; *Mali, ô Mali*, 2014), il écrit également des contes, ainsi que d'autres livres abordant des sujets plus scientifiques (*Portrait du Gulf Stream*, 2004) ou tournés vers la mondialisation (*Voyage aux pays du coton*, 2006 ; *L'Avenir de l'eau*, 2008 ; *Sur la route du papier*, 2012). Il a été élu à l'Académie française, le 28 mai 1998.

## Intervenants

### **Mireille Delmas-Marty,**

*professeure honoraire au Collège de France*

Mireille Delmas-Marty, agrégée de droit privé et sciences criminelles, a enseigné dans les universités de Lille II, Paris XI et Panthéon-Sorbonne. Membre de l'Institut universitaire de France (1992-2002), elle a été nommée au Collège de France en 2002 (chaire Études juridiques comparatives et internationalisation du droit). En 2007, elle a été élue membre de l'Académie des sciences morales et politiques. Docteur *honoris causa* d'une dizaine d'universités, en Europe et hors d'Europe, elle s'est consacrée à la recherche au sein de l'Institut universitaire de France (1991-2001) puis du Collège de France, ainsi que dans le cadre de l'UMR de droit comparé (université Panthéon-Sorbonne/CNRS) qu'elle a créée et dirigée de 1997 à 2002. Elle a publié de nombreux ouvrages, notamment *Le flou du droit*, la série *Les forces imaginantes du droit* (quatre vol., Seuil 2004-2011), *Libertés et sûreté dans un monde dangereux* (Seuil 2009) et *Résister, responsabiliser, anticiper* (Seuil 2013). Enfin, elle a assumé de nombreuses missions d'expert, notamment auprès du Président de la République, du ministre de la justice et de l'Union européenne, de l'UNESCO et des Nations Unies.





### **Dominic Grieve,**

*membre de la Chambre des communes,  
ancien Attorney general d'Angleterre et du pays de Galles*

*The Rt Hon Dominic Grieve QC MP* est membre du Parlement britannique, élu de la ville de Beaconsfield pour le parti Conservateur depuis 1997. Après des études d'histoire à l'université d'Oxford, puis des études de droit à Londres, il a été admis au Barreau (*Middle Temple*) en 1980 et nommé au Conseil de la Reine en 2008. Il a parallèlement été élu dans le *borough* londonien de Hammersmith et Fulham de 1982 à 1986. En sa qualité de parlementaire, Dominic Grieve a occupé les fonctions, au sein du cabinet fantôme d'opposition, de ministre de l'Écosse en 1999 et 2001, porte-parole pour les questions de justice criminelle de 2001 à 2003, *Attorney general* de 2003 à 2009 et ministre de l'intérieur de 2008 à 2009. En 2010, Dominic Grieve a été nommé *Attorney general* de l'Angleterre et du pays de Galles et *Advocate general* d'Irlande du Nord, fonctions qu'il a exercées jusqu'en 2014. Il préside par ailleurs actuellement la Société franco-britannique, et il est vice-président du Conseil franco-britannique.

### **Horatia Muir Watt,**

*professeure des universités à Sciences Po*

Docteure en droit international privé de l'université Panthéon-Assas, agrégée des facultés de droit, Horatia Muir Watt enseigne le droit international privé et le droit comparé. Elle a été en poste successivement aux universités de Tours, Paris XI et Panthéon-Sorbonne, avant de rejoindre Sciences Po en 2009. Elle a participé activement à la construction de l'École de droit de Sciences Po et assure la codirection scientifique de la spécialité *Global Governance Studies* du master de droit économique. Membre de l'Institut de droit international depuis 2013, Horatia Muir Watt est par ailleurs rédactrice en chef de la *Revue critique de droit international privé* et membre du comité de publication de nombreuses revues juridiques, parmi lesquelles *Transnational Legal Theory*. Avec D. Fernández Arroyo, elle a créé le programme de recherche *Private International Law and Global Governance* (PILAGG) et codirigé *Private International Law and Global Governance* (2014). Parmi ses principales publications, elle est notamment coauteur de l'ouvrage *Droit international privé* avec D. Bureau (PUF, coll. Thémis, tome 1 et tome 2, 2014).





# Actes – Droit comparé et territorialité du droit : Défis et enjeux

**Erik Orsenna**

*conseiller d'État (h), membre de l'Académie française,*  
**modérateur de la conférence**

En remarque liminaire, je voudrais vous faire part de mon émotion et de ma joie d'être de retour dans les locaux qui abritent le Conseil d'État.

Dans la sorte de *non métier* qui est le mien aujourd'hui, c'est-à-dire de reporter ou de promeneur professionnel – comme je le dis dans les classes où je me rends, à la grande envie de tous les jeunes –, je rencontre continuellement des questions de territorialité ou d'extra-territorialité du droit. M. le vice-président a beaucoup parlé d'extra-territorialité, mais d'autres questions se posent : où est le territoire ? Quel est le territoire qui pourrait être le support d'un droit ? La question vient de m'être posée lors de l'entretien destiné à nourrir le site Internet du Conseil d'État : existe-t-il des droits sans territoire ? Question intéressante. C'est une chimère au carré, voire au cube. En tout cas, ce sont des questions clés auxquelles je vais essayer de répondre à travers quatre exemples.

Premier exemple : les fleuves. Je travaille pour la compagnie nationale du Rhône et je visite un grand fleuve par mois. Dans certains endroits, vous n'avez absolument pas de droit, alors même que les fleuves sont partagés, comme par exemple le Brahmapoutre<sup>53</sup>. Il se produit sur ce fleuve une multiplication des barrages, d'abord en amont, juste à la tombée du plateau du Tibet, puis en Assam, avec des conséquences terribles dans le delta qu'il forme avec le Gange au Bangladesh où l'on assiste à une diminution du débit des eaux qui ne peut plus faire obstacle à la montée des eaux salées. Il y a donc de plus en plus de sels en raison de la multiplication des barrages. Normalement, le droit c'est la force. Mais que faire en amont ? La situation est la même pour les barrages au Laos. Comment tout cela peut-il se passer ?

Deuxième exemple : lorsque l'on voyage dans le monde, mais aussi en France, notamment dans le cadre de la réforme territoriale, une interrogation se fait jour. Ne sommes-nous pas en train de revivre comme au Moyen Âge, dans un espace morcelé entre des métropoles ? Dans ce contexte, quelle est la place de l'État pour imposer une règle au-dessus de ces métropoles ? Question subsidiaire : si la France n'est constituée que d'une douzaine de métropoles, que deviennent les villes situées entre ces métropoles ? Où est le droit ? Car le droit, s'il est lié à un territoire, est aussi lié à une réalité économique et à une réalité de pouvoir. Vingt-cinq millions de Français n'habitent pas les métropoles. Qu'en fait-on, et quels droits leur donne-t-on ? Il y a là un sentiment d'abandon qui est forcément une critique : quelle serait la légitimité d'un droit sans aucune sorte de perspective ?

<sup>53</sup> Le Brahmapoutre est un fleuve de l'Asie du sud, long de 2 900 km, qui prend sa source dans l'Himalaya, traverse le sud-ouest du Tibet, la Chine, et le nord-est de l'Inde et le Bangladesh.





Troisième exemple : l'énergie. Le système énergétique français, après la Seconde Guerre mondiale, était le même de Dunkerque à Tamanrasset<sup>54</sup> : très concentré, très homogène. Maintenant c'est complètement différent : chaque maire veut avoir la maîtrise de son système énergétique – pas forcément l'électricité, mais les réseaux de chaud et de froid. Je suis très désireux d'avoir le point de vue de notre parlementaire sur ce sujet. Qu'est-ce que l'unité ? Qu'est-ce que cette diversité ? Allons plus loin. On diminue de plus en plus le territoire de référence : ce n'est plus la nation, c'est la ville ; ce n'est plus la ville, c'est le quartier ; ce n'est plus le quartier, c'est le bâtiment ; ce n'est plus le bâtiment, c'est le logement. Autre interrogation : celui qui n'était que consommateur d'énergie, dans la mesure où il peut gérer sa consommation et la revendre à d'autres, devient producteur. La propriété est alors partagée et remise en cause par l'usage – phénomène qui a eu lieu avec les voitures. Tout ceci devient autant de remises en cause extrêmement profondes.

Quatrième et dernier exemple : de temps en temps, j'écris des livres ; et bien évidemment j'essaie de défendre mes droits d'auteur. Que sont les droits d'auteur dans un lieu virtuel comme l'Internet ? Dès que vous avancez dans l'espace (y compris dans le cyberspace) ou dans le temps, dans la nostalgie ou dans le futur, de nombreuses questions clés surgissent sur la relation entre les territoires réels ou virtuels et l'invention du droit, et ce qui est évidemment le soubassement du droit, c'est-à-dire la légitimité du territoire.

C'est pour cela que j'ai été à la fois très heureux et très honoré lorsque l'on m'a proposé d'être non pas l'animateur, mais l'étudiant de cette table ronde.

Je passe d'abord la parole avec un grand bonheur à Mme Mireille Delmas-Marty, professeure honoraire au Collège de France, pour qui j'ai un respect infini et qui est comme moi membre de l'Institut. Elle va nous parler des chemins qui permettraient d'envisager, un jour prochain, un droit commun à toute l'humanité.

---

### **Mireille Delmas-Marty**

*professeure honoraire au Collège de France*

Au stade actuel de l'histoire, un *jus commune*<sup>55</sup> mondial est encore une chimère, mais peut-être faut-il tenter de la poursuivre. J'avais hésité à proposer ce thème, pensant qu'il pouvait sembler intempestif en ce moment où le monde est plus divisé que jamais et où l'Union européenne, découvrant qu'elle est peut-être réversible, se fragilise, tandis que le Moyen-Orient est à feu et à sang, l'Afrique ravagée par les guerres, et que le président chinois poursuit résolument sa campagne contre les valeurs universelles et les infiltrations idéologiques de l'Occident.

Et pourtant la notion de *jus commune* mondiale est à la fois liée à un combat ancien pour promouvoir des valeurs universelles autour des droits de l'homme ou des crimes « contre l'Humanité ». C'est aussi – et peut-être avant tout – la conséquence pratique d'une situation de fait qui tient aux interdépendances

<sup>54</sup> Tamanrasset est une ville située au sud de l'Algérie.

<sup>55</sup> Le *jus commune* (en français, « droit commun ») désigne l'ensemble des règles qui s'appliquent de façon générale à un territoire donné. Il s'oppose ainsi au *jus singulare* qui est un droit spécial pour certains groupes de la population, pour des biens, ou pour des relations juridiques.





nées de la globalisation. Il suffit de quelques exemples comme le commerce ou les migrations, le changement climatique ou l'Internet, pour percevoir que le droit n'est plus identifié à l'État. Tel est également le cas lorsqu'on tente de lutter contre la corruption, le terrorisme ou les crises financières. D'ailleurs la présentation de ce cycle de conférences le dit très clairement : « *le droit se fabrique désormais en dehors de l'État* ».

Cette remise en cause est perçue comme une menace qui peut expliquer le repli nationaliste, non seulement dans un pays comme la Chine marquée par le souvenir des transplantations unilatérales des droits occidentaux imposés à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle, mais aussi dans le monde occidental, notamment en Europe.

De ce point de vue, le *droit commun* est un appel à l'innovation, qui expliquerait peut-être l'importance nouvelle donnée au droit comparé et, simultanément, au droit international ; comme le souligne également le programme de ce cycle de conférences. Ce sont en effet les disciplines à vocation non nationale que sont le droit comparé et le droit international dans ses deux branches publique et privée, qui sont désormais en première ligne. Ce n'est pas par hasard, car on peut voir dans ces deux disciplines une illustration de ce que Bachelard<sup>56</sup> appelait les « *forces imaginantes de l'esprit* » au début de son ouvrage *L'eau et les rêves*, lorsqu'il réfléchissait sur ce qui met l'esprit en mouvement<sup>57</sup>.

Le philosophe considérait comme « *forces imaginantes de l'esprit* » l'approfondissement et le surgissement. Par transposition, on peut se demander ce qui met en mouvement les *forces imaginantes du droit*. On retrouve en première ligne le droit comparé et le droit international. L'approfondissement c'est la recherche des racines, et le droit comparé, y compris l'histoire de chaque système de droit, permet d'y procéder. Le surgissement, c'est l'inattendu, le bourgeon, la fleur ; par exemple quand une solution internationale qui paraissant inatteignable finit par advenir. On a longtemps cru que la Cour pénale internationale n'existerait pas ; elle a fini par exister même s'il reste beaucoup de critiques à lui faire, mais après tout elle n'a que dix ans, c'est encore jeune.

Face aux phénomènes pratiques liés à l'internationalisation, nous avons besoin du droit comparé et, en même temps, du droit international, car l'un se nourrit de l'autre. Le droit comparé éclaire le droit international, et le droit international peut mettre en mouvement le droit comparé.

La question est de savoir si l'on pourra ainsi réussir à concevoir un *véritable* droit commun. D'ailleurs, que signifie le mot « véritable » ? Signifie-t-il que seul le droit identifié à l'État est valide ? La réponse est plus complexe, car il faut distinguer trois types de validité : la validité *formelle* qui renvoie à la légalité (notion d'ordre juridique), la validité *empirique* qui commande l'effectivité et la validité *axiologique* qui exprime la souveraineté. Par rapport à ces trois axes, quelle serait la validité d'un *jus commune* mondial ?

56 G. Bachelard (1884-1962), philosophe et épistémologue français.

57 G. Bachelard, *L'eau et les rêves : essai sur l'imagination de la matière*, ed. José Corti, 1942.





## Validité formelle

En termes de validité formelle, il ne s'agit certainement pas d'un droit unifié, encore prématuré et de toute façon peu souhaitable, car si le droit était totalement unifié, il perdrait cette richesse qu'est la diversité des systèmes. D'ailleurs, la convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle énonce que « *la diversité en matière culturelle – et le droit est une culture – est le patrimoine commun de l'Humanité* ». Pour la préserver, il faut admettre que le *jus commune* n'est pas un droit commun unifié. Mais, ce n'est pas non plus la juxtaposition des différents systèmes. C'est, en réalité, un droit commun pluraliste, un « *pluralisme ordonné* », car il concilie deux termes à première vue contradictoires. Si l'ordre est l'unité, le pluralisme conduit au désordre, de sorte que pour les concilier il faut admettre un ordre plus complexe, parce qu'interactif et évolutif.

On peut s'attacher ainsi à réfléchir sur les différents processus pour ordonner le pluralisme des systèmes de droit. Le processus imaginé par les comparatistes au Congrès de Paris en 1900, notamment par le professeur Raymond Saleilles, était celui d'hybridation, consistant à « *dégager, de la diversité des systèmes de droit, un droit commun à contenu variable* ». Ce n'était ni une juxtaposition, ni une transplantation unilatérale comme celle évoquée précédemment à propos de la Chine au début du XX<sup>e</sup> siècle, mais plutôt une transformation réciproque. Nous en avons d'ailleurs beaucoup d'exemples aussi bien en Europe qu'à l'échelle mondiale, du droit des sociétés ou des contrats à des domaines comme le droit pénal. Par exemple, le groupe de travail sur la création d'un procureur européen a procédé, quand il a défini les règles de procédure applicables, à une sorte d'hybridation des systèmes accusatoires et des systèmes inquisitoires<sup>58</sup>.

Quand on passe à l'échelle mondiale, le travail de la Cour pénale internationale procède du même cheminement en procédure pénale. Les textes concernant les tribunaux *ad hoc* privilégiaient au départ la procédure accusatoire mais, à l'usage, les juges ont fait évoluer le règlement de procédure et de preuve, et finalement le statut de la Cour pénale internationale procède d'un travail d'hybridation des différents systèmes ; encore limité, il est vrai, le plus souvent à l'Occident.

Si l'on veut vraiment aller vers un droit commun mondial, il faudra élargir la comparaison et renforcer la connaissance des systèmes non occidentaux ; par exemple, incorporer au droit pénal les commissions « vérité et réconciliation » venues d'Afrique et d'Amérique latine. Mais, là encore, je voudrais évoquer la Chine qui a inspiré plusieurs propositions. On citera d'abord celle de Kang Youwei<sup>59</sup> qui, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, avait osé écrire un livre sur la « Grande Unité » du monde<sup>60</sup>. Il fallait avoir une certaine audace à l'époque, et il a d'ailleurs ensuite

58 V. proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, du 17 juillet 2013, COM(2013) 534 final.

59 Kang Youwei (1858-1927), philosophe, journaliste et théoricien politique chinois.

60 Le *Datongshu* (*Le livre de la Grande Unité*), paru en 1935, propose une vision utopique du futur où la « Grande Unité » ne sera possible que dans un monde unifié, sans frontières, sans États, sans systèmes politiques oppressifs, sans distinctions de classes, de castes, de sexes et de races. C'est la première fois qu'en Chine un livre transcendait les questions purement nationales pour aborder le destin de l'humanité dans son ensemble. V. également Kang Youwei, *Datongshu*, Zhengzhou, éd. Zhongzhou guji chubanshe, 1998 ; et aussi Roger Darrobers, « Kang Youwei. Du confucianisme réformé à l'utopie universelle », in *Études chinoises*, vol. XIX, n° 1-2, 2000.





reculé. Une fois le livre écrit, il a refusé qu'il soit publié, considérant que ce n'était pas le moment, car l'urgence était de renforcer un État – l'Empire chinois – pour éviter l'éclatement. C'est l'un de ses disciples qui a publié le livre un peu plus tard, en chinois, puis en anglais, ce qui a donné un certain impact international aux idées de Kang Youwei. À l'époque il rêvait d'une fusion des différents systèmes de droit qui annoncerait l'avènement de la « Grande paix » du monde. En fait de fusion des systèmes juridiques, la Chine a subi la transplantation unilatérale des droits occidentaux.

Après Kang Youwei, il y eut la tentative de Sun Yat-sen<sup>61</sup> au début de la république chinoise. Celui-ci préconisait, avec sa théorie des cinq pouvoirs<sup>62</sup>, une véritable hybridation qui conduira à la rédaction, après sa mort, d'un projet de constitution (qui sera plus tard utilisé pour Taiwan) organisant ces cinq pouvoirs : les trois pouvoirs inspirés de Montesquieu auxquels il ajoutait deux pouvoirs empruntés à la Chine impériale<sup>63</sup> : le pouvoir de censure, mélange de Cour des comptes et de Conseil constitutionnel, et le pouvoir des examens, en quelle que sorte l'équivalent de l'ENA, pour sélectionner et former les futurs hauts fonctionnaires et garantir leur indépendance et leur impartialité. On peut méditer sur ces cinq pouvoirs, qu'il pourrait être intéressant de reprendre si l'on devait aller vers une constitution mondiale.

Rappelons, enfin, qu'il existe aujourd'hui en Chine un courant universaliste renaissant qui invoque les classiques chinois à l'appui de la mondialisation. Ce courant a été récemment illustré par un ouvrage, très tonifiant et agréable à lire, bien que l'on reste un peu sur sa faim à l'issue de sa lecture : le dialogue entre le philosophe chinois Zhao Tingyang et Régis Debray sur le *Tianxia* (littéralement : tout ce qui est sous le ciel), ancienne théorie chinoise transposée à la mondialisation actuelle<sup>64</sup>.

L'idée est de promouvoir une sorte de gouvernement mondial qui engloberait toutes les cultures et toutes les nations. Régis Debray est assez sceptique et le dit très clairement : « *Pour vous (...) c'est le manque d'unité qui est à déplorer [dans le monde] ; pour moi c'est l'excès d'unité, l'uniformité ou l'indistinction* »<sup>65</sup>. En fait, il craint que ce gouvernement du monde, tel que décrit par son collègue chinois, s'inspire d'un système universel hégémonique. En revanche, ils n'explorent ni l'un ni l'autre l'hypothèse d'un droit commun pluraliste.

61 Sun Yat-sen (1866-1925), révolutionnaire et homme d'État chinois, fut l'un des fondateurs du *Guomindang*, et le premier président de la République de Chine en 1912 et entre 1917 et 1925. Il est considéré comme le père de la Chine moderne.

62 Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire, le pouvoir d'examen et le pouvoir de censure.

63 L'un et l'autre inspirés par l'ancien système de recrutement et de surveillance des mandarins impériaux.

64 R. Debray, Z. Tingyang (J.-P. Tchang pour la traduction), *Du ciel à la terre. La Chine et l'Occident*, Paris, éd. des Arènes, 2014.

65 *Ibid.*, p. 72. Sur cette tendance à vouloir unifier les choses, Régis Debray semble sceptique à l'égard de la vision chinoise du monde et particulièrement du concept de *Tianxia* : « *S'il peut exister, un jour, une civilisation mondiale, ce ne peut être que moyennant la coexistence de cultures originales, donnant lieu à toutes sortes de coalitions mais aussi de confrontations. Pour vous, en résumé, c'est le manque d'unité qui est à déplorer ; pour moi, c'est l'excès d'unité, l'uniformité ou l'indistinction. La sauvegarde de ce que Lévi-Strauss appelait nos « écarts différentiels » devient un enjeu crucial* ».







Or, cette hypothèse apparaît en droit international dans la mesure où l'on observe, à l'heure actuelle, une tendance à *contextualiser* la norme internationale dans son application. Au début de cette rencontre, le vice-président Sauvé a évoqué la marge nationale d'appréciation, qui est précisément une illustration du processus de contextualisation. La norme commune est posée par la Convention EDH, mais quand cette norme doit être appliquée, le juge européen reconnaît au niveau national une « *marge d'appréciation* », c'est-à-dire la possibilité de réintroduire le contexte national, qu'il soit économique, juridique, culturel ou politique.

Tenir compte du contexte national n'exclut pas l'idée de droit commun, mais le pluralise. Ce processus part du droit international. Mais, il passe aussi par le droit comparé. Comme l'a souligné le vice-président Sauvé, l'ampleur de la marge d'appréciation varie notamment en fonction de l'existence ou non d'un « *dénominateur commun* » entre les pays membres du Conseil de l'Europe. Cette notion de dénominateur commun est essentielle pour rendre la marge suffisamment objective, afin qu'elle ne soit pas synonyme d'arbitraire de la part du juge. Le droit comparé renforce ainsi l'objectivité de la décision du juge. On retrouve ici l'intuition de Raymond Saleilles dans son article de 1901 sur le droit commun de l'humanité civilisée : « *le juge n'a le droit de faire application des idées de justice absolue que si ces conceptions ont déjà trouvé une objectivité extérieure à lui. Et le moyen le plus rapproché des données de la science positive et des méthodes expérimentales est celui emprunté aux méthodes du droit comparé* ». Le droit comparé comme méthode pour garantir l'objectivité du droit commun du *jus commune*, telle est, me semble-t-il, la leçon que l'on peut retenir, en termes de validité formelle.

### Validité empirique

Il reste à savoir comment garantir l'effectivité de ce *jus commune*. Ce qui nous renvoie à sa validité empirique. Car c'est une chose que d'arriver à définir des normes communes – par exemple en matière climatique –, mais c'est tout autre chose que de réussir à les appliquer lorsqu'elles existent. Quelle juridiction saisir ? Comment les violations de ces normes seront-elles sanctionnées ? Le *jus commune* se heurte, notamment ici, au dogme de la territorialité. Alors que celle-ci paraît dépassée quand il s'agit de risques globaux à éviter comme le changement climatique ou d'un marché mondial à réguler comme le marché financier.

En attendant mieux, on pratique une sorte de bricolage en essayant de « *faire du neuf avec de l'ancien* » (comme disait le professeur François Jacob à propos du bricolage moléculaire du vivant). Autrement dit, on tente d'adapter les anciennes règles de compétence juridique internationale. Mais, il y a peu de juridictions internationales et elles sont fragmentées : il existe une juridiction en matière pénale, un organe quasi juridictionnel pour le droit du commerce, un tribunal international pour le droit de la mer ; mais seulement des comités et des cours régionales en matière de droits de l'homme. Quant à la Cour internationale de justice, elle fonctionne comme une cour d'arbitrage, compétente seulement si les États l'acceptent. Il n'y a donc pas de véritable juridiction mondiale à vocation générale. En outre, les juridictions internationales ne peuvent pas juger des







acteurs privés, notamment des entreprises transnationales. D'où l'importance de l'extraterritorialité qui peut être pratiquée par les juges nationaux, notamment quand ils appartiennent à une grande puissance comme les États-Unis.

Or, les États-Unis ont différentes façons de concevoir l'extraterritorialité. Il y a l'extraterritorialité qui est au service du droit international. C'est l'usage que font les juridictions américaines de l'« *Alien Tort Status (ATS)* » de 1789<sup>66</sup> : les différentes affaires jugées sur cette base sont des violations des droits de l'homme commises à l'étranger par des étrangers sur des victimes étrangères, mais jugées au nom de l'ATS par un juge fédéral américain avec un système de sanction civile (dissuasive et punitive). C'est une façon de compenser les lacunes du droit international en matière d'effectivité. Comme il a été rappelé dans la conférence introductive, la Cour suprême a reculé dans une affaire *Kiobel* concernant des violations graves commises au Nigéria par une entreprise pétrolière. Elle a considéré qu'il n'y avait pas à appliquer l'ATS parce qu'il y aurait une très forte présomption contraire à l'extraterritorialité dans le droit américain<sup>67</sup>. Les juges de la majorité ont ainsi affirmé : « *United States's law doesn't rule the world* » (en français, le droit américain ne régit pas le monde).

Quand on rapproche cette formule des lois extraterritoriales qui ne se préoccupent pas du droit international, mais étendent le droit américain à la planète entière en matière de corruption ou d'embargos, on croit rêver !

En réalité, on s'aperçoit que le droit américain ne régit pas le monde s'il s'agit d'appliquer le droit international, mais tente de régir le monde lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit américain... Dans l'affaire *Kiobel*, l'opinion des juges de la minorité était cependant plus subtile ; le juge Breyer, chef de file des juges minoritaires, ayant ainsi précisé : « *dans certains cas l'extraterritorialité est nécessaire pour protéger le droit international, quand il s'agit d'éviter que les États-Unis ne deviennent un refuge pour les ennemis du genre humain* ». C'est bien là l'idée originelle de l'« *Alien Tort Status* » : assurer au reste du monde que les États-Unis ne serviront pas de refuge aux ennemis du genre humain. En 1789, les États-Unis étaient à peine indépendants, quant aux ennemis du genre humain c'étaient les pirates. Aujourd'hui, le juge Breyer pose très pertinemment la question de savoir « *qui sont les pirates du XXI<sup>e</sup> siècle ?* ». Apparemment, il a considéré dans l'affaire *Kiobel* que, malgré la gravité des violations, il ne s'agissait pas de pirates ; tout en motivant sa décision de manière à préserver l'avenir pour d'autres affaires. Pourtant, cette jurisprudence vertueuse est quelque peu décalée quand on observe le développement des lois extraterritoriales, et pose un problème de légitimité – ce sera mon dernier point et aussi ma conclusion –. De quelle légitimité s'agit-il, sachant que celle-ci est liée à la souveraineté des États ?

66 L'« *Alien Tort Status (ATS)* » ou « *Alien Tort Claims Act (ATCA)* » est la loi sur les délits civils contre les étrangers. Initialement, il s'agissait de combattre les trois atteintes historiques au principe du *droit des gens* (« *law of nations* ») : droits des ambassadeurs, violation des sauf-conduits et piraterie.

67 Le 17 avril 2013, la Cour suprême a rendu sa décision en concluant que l'ATS ne s'applique pas hors du territoire des États-Unis (cf. l'affaire *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659, 2013).





## Validité axiologique

On en vient à la validité axiologique. À défaut d'un État mondial souverain que l'on ne souhaite pas vraiment – gardons à l'esprit les craintes qu'exprimait Kant<sup>68</sup> à propos de la paix perpétuelle : « *un État à gouvernement mondial serait le pire des despotismes* » –, la transformation de la souveraineté nationale paraît nécessaire lorsqu'il s'agit de protéger des valeurs communes. Transformer la souveraineté n'est pas la supprimer, comme certains internationalistes l'avaient pourtant déjà proposé. Pour ma part, je ne crois pas à la disparition à court terme de la souveraineté des États, mais plutôt à sa transformation.

Il y a deux manières de transformer la souveraineté. Premièrement on peut la partager. On a beaucoup employé pour l'Europe l'expression de « *partage des souverainetés* » ou de « *partage des souverainetés entre les États et les institutions européennes* ». Mais, lorsque l'on partage on divise. Et plus l'on est nombreux, plus notre part (de pouvoir) se réduit, ce qui fait peur. En revanche, il est moins inquiétant d'ajouter. Au lieu de diviser la souveraineté, on proposera donc de l'augmenter, c'est-à-dire de l'élargir, de passer d'une souveraineté « *solitaire* » où chaque pays est limité par ses frontières à défendre ses seuls intérêts à une souveraineté « *solidaire* » où l'on ajoute à la défense des intérêts nationaux la défense de l'intérêt général mondial, ou ce qui en tient lieu. C'est le débat sous-jacent dans l'affaire *Kiobel* : les juges de la majorité se revendiquent d'une souveraineté solitaire, alors que les juges de l'opinion séparée esquissent ce que pourrait être une souveraineté solidaire. Ce débat montre qu'il est absolument essentiel que les juges prennent conscience de la nécessité d'élargir le savoir juridique au droit étranger, qu'il s'agisse des droits nationaux, du droit international, des droits internationaux ou du droit transnational.

Le juge Breyer en est parfaitement conscient. Dans un ouvrage paru en français en octobre 2015<sup>69</sup> et dont il nous avait fait l'amitié de nous communiquer l'exemplaire américain au Collège de France, il s'inquiète de ce qu'il appelle un « *knowledge gap* » (en français, un écart de savoir, et plus précisément ici une insuffisance des connaissances sur les droits étrangers). À cette insuffisance, il semble que, pour la France, l'initiative du Conseil d'Etat apporte une réponse.

On peut se réjouir que ce cycle de conférences intitulé « droit comparé et territorialité du droit » participe à la préparation d'une « boîte à outils » pour le juge, qui disposera ainsi d'éléments lui permettant de s'acheminer vers son futur métier de juge du droit commun de l'Humanité. Droit commun que, pour ma part, j'espère mondial, mais pluraliste, sans doute imparfait, mais vivant.

---

**Dominic Grieve**

*membre de la Chambre des communes,  
ancien Attorney general d'Angleterre et du pays de Galles*

C'est une présentation extrêmement riche, avec beaucoup d'idées. Je vous avoue que venant d'un milieu anglo-saxon – notamment britannique – qui promeut la

68 E. Kant (1724-1804), philosophe allemand fondateur du criticisme.

69 S. Breyer, *The Court and the World : American Law and the New Global Realities*, paru également en français sous le titre : *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Paris, éd. O. Jacob, 2015.





doctrine de la souveraineté parlementaire, je trouve la théorie d'un principe de droit supérieur à la souveraineté parlementaire toujours très difficile à utiliser ; parce que si la loi – qui est une construction humaine – n'est pas acceptée par le public, elle n'est pas respectée. C'est pourquoi nous sommes persuadés que seules les lois passées par notre Parlement ont une légitimité. Mais cela ne veut pas dire que nous sommes imperméables à toute coopération ou que la globalisation ne nous a pas influencé durant ces trois derniers siècles ; car nous ouvrons notre système de lois, d'abord à un droit comparatif et, ensuite, à une coopération avec l'Union européenne dans le respect de la Convention EDH. Même si cela tourne souvent à la confrontation.

Personnellement, je pense que l'idée est séduisante, notamment avec l'évocation de Sun Yat-sen. Mais ce sont là des idées de droit global avec lesquelles j'avoue cependant ne pas être entièrement à l'aise, parce qu'il s'agit d'un droit qui n'est pas assez concret politiquement pour que je puisse persuader le grand public de son avantage. C'est sans doute là une singularité britannique. Par ailleurs, il est également vrai que si nous n'avancions pas dans cette coopération, nous n'arriverons pas à être à la pointe du processus de la globalisation qui demande de plus en plus de normes collectives. C'est un problème politique dont nous n'avons pour l'instant pas la solution.

---

**Horatia Muir Watt**

*professeure des universités à Sciences Po*

Ma première réaction serait de dire qu'il est effectivement très difficile, quand on essaye de penser le droit au-delà de l'État, de faire mieux que l'empirisme. Cela ne veut pas dire qu'on ne puisse pas théoriser l'empirisme – par exemple, une belle tentative peut être trouvée dans les travaux de Benoît Frydman et l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles. À cet égard, il me semble que si l'essor de la problématique du droit au-delà de l'État apparaît un peu comme la revanche de ces matières dont l'objet n'est pas exclusivement national (droit comparé, droit international privé, théorie du droit, droits de l'homme), c'est aussi une occasion de renouveler, à travers le pluralisme, la « *social theory* » (en français, théorie sociale) même si celle-ci trouve peu d'échos dans la sociologie du droit en France.

Ma seconde réaction aux propos de Mme Delmas-Marty, mais aussi à ceux du vice-président Sauvé, concerne la question de la définition de la territorialité. En réalité, la territorialité est une notion largement chimérique. Je pense que toute cette jurisprudence américaine qui a été évoquée montre bien que l'on ne sait pas ce qu'est la territorialité (ni l'extraterritorialité), et qu'il est impossible de la définir de façon certaine et satisfaisante. En fait, selon la façon dont on configure la territorialité ou son contraire, on arrive à des résultats très différents, d'où l'incohérence apparente entre l'affaire *Kiobel* et toutes les autres. Et puis – on a évoqué des paradoxes –, si la territorialité est un concept extrêmement fuyant, il y a quelque chose de très concret dans la terre et le territoire. Si l'on veut un exemple de phénomène global qui va avoir des conséquences à la fois géopolitiques et sociales, et qui se sert de la terre et du territoire pour modifier la représentation de la territorialité, c'est le « *land grab* » (en français, accaparement des terres).





---

## Mireille Delmas-Marty

*professeure honoraire au Collège de France*

Pour répondre à M. Grieve, je ne crois pas que ce soit une singularité britannique, car je crois qu'il y a beaucoup d'autres pays qui partagent vos réserves et vos réticences, et il y a sans doute une sagesse à cela. Je crois d'ailleurs qu'une des fonctions du droit comparé est peut-être de résister à des processus d'intégration qui seraient trop contraignants et trop déstabilisants pour l'ordre national. Le droit comparé a, à la fois, une fonction de *participation* au processus et de *résistance* à celui-ci. Cela ne choque pas en soi, car je crois qu'il est bon qu'il y ait des résistances mais, en même temps, le mouvement d'intégration semble engagé au moins dans des domaines globaux.

On voit mal comment, aujourd'hui, un pays seul peut légiférer de manière effective et efficace dans certains domaines : par exemple, dans la lutte contre le changement climatique ou pour réguler le droit de l'Internet. Il y a donc là un problème politique, car dans ces domaines il n'existe pas de légitimité politique, sauf à considérer que l'ensemble des États accepte d'intégrer le bien commun dans la défense des intérêts qu'ils ont en charge ; ce qui est difficile à imaginer. J'avais d'ailleurs eu l'occasion d'en parler dans une émission de radio où l'on m'avait posé la question suivante : « *un droit, fût-il commun, suffit-il pour créer une communauté de valeur ?* ». Bien sûr qu'il ne suffit pas, mais il peut y contribuer, surtout s'il existe un mouvement social ou politique en ce sens.

Sur les remarques de Mme Muir Watt, je pense que, plutôt que de bâtir un droit commun sur des concepts, il faut essayer de réfléchir en termes de processus de *transformation*, c'est-à-dire en termes dynamiques. Le mot concept a d'ailleurs quelque chose de statique, d'immobile, de fixé et de fixiste ; tandis que travailler répond à un certain nombre de critiques et permet d'être plus directement opérationnel (d'agir plus directement sur le plan empirique). C'est pour cela que je parle volontiers de processus d'*harmonisation* ou de processus de *coordination* (l'harmonisation étant déjà verticale, la coordination reste horizontale). Et ce qui est intéressant aujourd'hui pour les juristes, et sans doute d'abord pour les juges, c'est qu'ils sont déjà dans cette dynamique. Quand ils font ce travail de droit comparé, ils contribuent déjà à cette harmonisation. Quand ils tiennent ces fameux « *dialogues des juges* » dont on parle beaucoup depuis quelques années, il s'agit déjà d'un processus de coordination, donc d'un processus transformateur. Je crois que ce passage d'une épistémologie statique à une épistémologie dynamique, une sorte de cinétique juridique, incite à travailler sur les processus, les interactions, et éventuellement sur les vitesses d'intégration. C'est ainsi que l'on peut avancer vers un droit commun.

En Europe, on a l'habitude d'un droit à plusieurs vitesses, car l'intégration ne se fait pas au même rythme dans les différents États européens. À l'échelle mondiale, et pour reprendre l'exemple du changement climatique, on n'arrivera à un accord que si l'on admet des normes à plusieurs vitesses, car l'on ne peut pas imposer à tous les pays du monde de réduire, avec la même rapidité, les émissions de gaz à effet de





serre. C'est pourquoi, l'on a besoin d'un droit à plusieurs vitesses, afin d'introduire dans la pensée juridique les éléments d'une dynamique : interaction, vitesse, processus, etc. Dans cette perspective, parler de coordination et d'harmonisation (plutôt que d'harmonie) constitue déjà un premier élément de réponse.

---

### **Erik Orsenna**

*conseiller d'État (h), membre de l'Académie française,  
modérateur de la conférence*

Ce qui est intéressant dans la nouvelle procédure retenue dans la Cop 21 par rapport à la Cop 20, c'est que l'on met plus l'accent sur les propositions des États que sur une norme vers laquelle il faudrait tendre. Et c'est la somme de ces propositions qui pourrait, finalement, aboutir à une sorte de norme. Et cela intègre, comme vous le disiez, des rythmes différents.

---

### **Dominic Grieve**

*membre de la Chambre des communes,  
ancien Attorney general d'Angleterre et du pays de Galles*

En remarque liminaire à mon intervention, je souhaiterais préciser combien les réflexions concernant la territorialité du droit sont actuellement importantes au Royaume-Uni. Elles vont jusqu'à remettre en cause notre adhésion, à la fois, à la Convention EDH – sujet sur lequel nous aurons sans doute un débat au Parlement – et à l'Union européenne. Cela, bien sûr, avec des conséquences non négligeables sur les relations entre les différentes composantes du Royaume-Uni. *Quid* en effet de l'Écosse ? Va-t-elle prendre son indépendance sachant que son système juridique a toujours été séparé de celui de l'Angleterre ? Mais avec le Pays de Galles, nous devons également faire face à une situation délicate avec une juridiction et deux assemblées parlementaires capables de créer des lois ; ce qui constitue un problème pour l'instant non résolu. Ajoutez à cela le fait que nous n'avons aucune Constitution écrite. Vous pouvez alors imaginer à quel point la situation est difficile à gérer.

C'est pourquoi, je vais essayer d'exposer ces particularités historiques avec, en même temps, une référence à la Grande Charte<sup>70</sup> et son importance – ou sa faible importance – dans ce scénario. Nous célébrons en effet, en 2015, le 800<sup>e</sup> anniversaire de notre Grande Charte qui, pour moi, est un moment clé de

---

<sup>70</sup> La *Magna Carta Libertatum* ou Grande Charte énonce les droits et privilèges des nobles, de l'Église et des *hommes libres* (« *freemen* ») face à l'arbitraire royal. Ses soixante-trois articles associent revendications de circonstance et déclarations de portée plus générale. Elle est l'un des textes fondateurs de l'histoire institutionnelle anglaise. Jusqu'à la fin du XV<sup>e</sup> siècle, on recensera une trentaine de confirmations ultérieures de la Grande Charte. En 1369, le Parlement en interdit toute modification.





notre histoire constitutionnelle et du développement de notre système de droit<sup>71</sup>, même si tous les juristes ne sont pas nécessairement d'accord sur ce point.

Il faut se rappeler qu'en 1215 cette charte médiévale est un texte sans succès en tant que traité de paix entre le roi Jean Sans Terre et ses barons. Un an plus tard, elle fut relancée par Guillaume le Maréchal, régent du royaume pour le jeune roi Henri III, ce qui facilita la fin de la guerre civile puis l'expulsion des Français du Royaume d'Angleterre où, sous le commandement du prince Louis, fils de Philippe-Auguste, ils étaient venus à l'invitation des rebelles afin de s'emparer du trône.

Confirmée de nombreuses fois par nos rois du Moyen Âge<sup>72</sup>, remise en cause, réinventée peut-être au XVII<sup>e</sup> siècle dans le conflit entre l'absolutisme royal et le pouvoir parlementaire, utilisée comme base de principe constitutionnel par les États-Unis en révolte contre la Grande Bretagne, commentée par les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme – bien que celle-ci soit très différente –, invoquée par les suffragettes pour le suffrage des femmes au Royaume-Uni au XX<sup>e</sup> siècle, la Grande Charte, au-delà de son côté pragmatique, présente des articles qui revêtent une valeur de principe : d'abord, que l'imposition des taxes et la fabrication des lois demandent le consentement général du pays par une assemblée représentative (article 12), que les peines pénales et civiles ne soient imposables que par une justice non arbitraire, indépendante et basée sur la loi du pays, sur la proportionnalité et non pas selon le caprice du souverain. Vous pouvez voir cela dans les articles 39, 40, 20 et 24. Il est nécessaire de se rappeler que, trente ans plus tôt, en 1180, un administrateur de nos rois angevins écrivait dans un manuel administratif – dont j'espère que l'actuel Chancelier de l'Échiquier<sup>73</sup> n'aura jamais l'occasion de le lire –, intitulé *Le dialogue sur l'Échiquier*<sup>74</sup>, que : « *La richesse des rois ne provient pas toujours de leur pouvoir légal mais parfois des coutumes de leur pays, parfois de leurs machinations secrètes et parfois de leur pouvoir arbitraire. Leurs sujets n'ont aucun droit de questionner ou de condamner leur action* ».

Présenter un texte allant contre la toute puissance du souverain était donc une grande première. Mais pour justifier cet acte révolutionnaire, se protéger de la critique et, surtout, ne pas afficher que la Charte était un document créé pour leur propre intérêt, les barons ont puisé dans des principes de justice qu'ils voyaient comme centraux à l'idée qu'ils se faisaient de l'identité de l'Angleterre en qualité de descendants d'immigrés cent cinquante ans après l'arrivée de leurs ancêtres avec Guillaume le Conquérant. La Charte fait ainsi référence à la communauté de tout le pays (« *community of the land* ») qui veillera à ce que le roi respecte

71 La Grande Charte a instauré le *gouvernement par la loi* (« *rule of law* »), qui s'impose jusqu'au souverain. L'institution même du Parlement découle de ce « *commun conseil du royaume* » évoqué à l'article 12 de la Charte. À partir de la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, il n'est plus possible pour un souverain de lever d'impôts sans accord du Parlement. L'article 38 préfigure l'*Habeas Corpus* de 1679 (pas de détention sans inculpation précise). L'article 39 est à l'origine du procès par jury, qui s'est généralisé au XV<sup>e</sup> siècle et que la Révolution française introduira en France. Du fait de la colonisation anglaise, ces principes sont aujourd'hui présents dans tout le monde anglophone, du continent nord-américain à l'Océanie.

72 Période de l'histoire de l'Occident située entre l'Antiquité et les Temps modernes (V<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles).

73 Le ministre des finances du Gouvernement britannique.

74 Le *Dialogue sur l'Échiquier* ou *Dialogus de Scaccario* est un traité du Moyen Âge sur l'Échiquier anglais écrit à la fin du XII<sup>e</sup> siècle qui se présente en une série de questions/réponses couvrant la juridiction, la Constitution et le fonctionnement de l'Échiquier.





ses promesses, la loi du royaume (« *law of the kingdom* »), la loi du pays (« *law of the land* ») et la loi d'Angleterre, (« *law of England* »). Bien que ces lois – et nous sommes absolument certains de cela – n'étaient écrites nulle part, les barons acceptèrent aussi qu'elles s'appliquent également à eux-mêmes dans leurs relations avec leurs vassaux.

L'historien et journaliste britannique Paul Johnson a commenté dans son histoire du peuple anglais<sup>75</sup> que ces principes quasi-mythiques, car souvent ignorés après coup, ont bien perduré. Ainsi écrit-il que « *l'attachement des Anglais à leur système de droit, l'affection positive qu'il inspire, la confiance souvent sans base réelle qu'il leur donne en la justice, la ténacité avec laquelle ils refusent de le modifier avec des importations de l'étranger est une de nos plus importantes caractéristiques nationales. La loi est la seule vraie religion des Anglais. Il est impossible d'étudier une période de l'histoire de l'Angleterre sans trouver une confiance dans le système de droit anglais à condition qu'il soit administré selon la tradition et la coutume. Les plaintes sont contre sa non-observation, sa corruption par l'innovation. La demande périodique est que l'on se débarrasse des agressions modernes* ». Et cet état d'esprit est le même aujourd'hui qu'au XIV<sup>e</sup> siècle.

Mais, en dépit de cet esprit conservateur, notre épopée historique nous a placés au cœur de la mondialisation. Avec, au XIX<sup>e</sup> siècle, un immense empire, le Royaume-Uni a progressivement accepté de participer à la création d'un système de droit international qui est le reflet de la leçon de notre histoire nationale qu'une société libre, vivant sous ce que nous appelons le *règne de la loi* ou le *gouvernement du droit* (en anglais, « *the rule of law* »), présente des avantages de certitude et de système d'un grand intérêt public pour la résolution des conflits sans violence. Ce système était déjà bien avancé à l'époque du Traité de Paris et en 1783 quand les représentants français furent étonnés de voir combien le Royaume-Uni était prêt à offrir aux États-Unis pour avoir un traité stable et durable.

Quand j'étais *Attorney General*, c'est-à-dire conseiller juridique principal du Gouvernement, j'ai demandé au *Foreign Office* (ministère des affaires étrangères) à combien s'élevait le nombre de traités internationaux auxquels le Royaume-Uni était adhérent. Ils ont refusé de remonter plus loin que 1834 mais, depuis cette date, ils en ont compté plus de treize mille deux cents, signés et ratifiés ! Des milliers de traités sont ainsi toujours en vigueur, de la Charte des Nations Unies aux traités bilatéraux avec la France sur des zones de pêche maritime. Plus de sept cents d'entre eux contiennent des mécanismes pour résoudre des conflits d'interprétation par l'arbitrage d'un tiers, comme c'était déjà le cas avec le Traité de Paris. Et avec ces traités, que ce soit la Charte des Nations Unies, la Charte de la loi de la mer, la Convention internationale sur la prévention de la torture ou la création de la Cour de justice internationale et de la Cour criminelle internationale, nous touchons non seulement aux relations entre les États, mais aussi à la conduite des États envers leurs propres citoyens.

Cette création *d'obligations internationales* nous soumettant à un droit extraterritorial est si importante que, dans le code ministériel britannique, il

<sup>75</sup> Paul Johnson, *A History of the English People*, ed. Perennial, 1985 (version papier), ed. Blackstone Audio, 2013 (version cédérom).







existe une indication spécifique de l'obligation des ministres de la Couronne et des fonctionnaires de les observer. C'est l'obligation qui forme le huitième principe du « *rule of law* » de Lord Bingham<sup>76</sup>, l'un de nos grands juristes et ancien président de notre Cour suprême.

Le second effet de la globalisation a été l'adaptation de nos tribunaux, aux fins de pouvoir rendre la justice dans les relations commerciales existant en dehors du droit anglais. Bien que le droit anglais soit souvent choisi, nous avons une longue tradition de pouvoir interpréter le droit étranger avec l'aide d'experts, y compris au besoin la *Charia*, que ce soit par un arbitrage commercial ou devant nos tribunaux de commerce pourvu que leurs principes, appliqués à un cas particulier, ne dérogent pas à nos normes. Le succès de Londres comme centre commercial et financier, et lieu privilégié du règlement des litiges et de la pratique du droit international privé et public, est la cause et la conséquence de cette longue tradition.

Finalement, dans cette liste, je ne dois pas ignorer la manière dont notre droit criminel national s'est adapté à la globalisation. Il y a un siècle, le nombre de crimes pouvant être commis à l'Étranger par un citoyen britannique était extrêmement restreint, et celui-ci se trouvait rarement inculpé. Aujourd'hui, la liste des chefs d'inculpation s'allonge progressivement comme une conséquence de la menace terroriste et de l'augmentation de la circulation des personnes dans le monde, qu'il s'agisse de trafic d'humains ou de délits sexuels commis à l'encontre des enfants. Et, bien sûr, tout cela demande une coopération globale accrue qui renforce le besoin de structures, d'accords et d'obligations internationales, que ce soit à travers Europol, le mandat d'arrêt européen ou les échanges d'informations entre services de police. Les extraditions avec les autres pays du monde sont également concernées, y compris avec les États-Unis. C'est un sujet qui reste très contentieux, et cette intensité d'adaptation à l'extraterritorialité n'est pas sans résistance.

L'une des raisons de ma présence à ce colloque est sans doute de mieux vous faire comprendre ces particularismes britanniques. Il est évident qu'une partie importante du monde politique et du public dans mon pays s'inquiète de la diminution de notre souveraineté par un système d'accords qui réduisent les possibilités de nous soustraire à leurs conséquences, si nous les trouvons nuisibles à notre intérêt national. Pourtant, il existe une différence importante entre la création d'obligations internationales touchant aux relations entre États souverains, obligations qui, au Royaume-Uni, ont toujours fait partie de la prérogative royale exercée par les ministres sans prendre l'attache du Parlement, et celles où le Parlement est chargé de la responsabilité de changer nos lois domestiques. Un traité comme celui qui gouverne l'Union européenne est un problème particulier vu notre soumission aux décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et l'effet direct de ses jugements. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi de ne pas nous incorporer à toute la structure sur la justice et l'intérieur issue du traité de Lisbonne ; c'est aussi pour cette raison que nous ne participerons pas aux travaux sur la création d'un procureur européen.

<sup>76</sup> Tomas Henry Bingham (1933-2010), *Senior Law Lord* de 2000 à 2008, homme de loi et juriste britannique. Ouvrage principal : *The Rule of Law*, ed. Penguin global, 2010.







Dans le cadre de la Convention EDH, nous continuons à essayer un refus du parlement britannique de changer la loi pour donner le droit de vote aux prisonniers, malgré la décision de la Cour EDH dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*<sup>77</sup>. Ce débat parlementaire a clairement montré la limite à ne pas franchir dans la création judiciaire d'une loi considérée comme contraire à nos pratiques et à nos lois : nous nous inquiétons en effet des situations où nous trouvons que les textes des traités auxquels nous sommes parties sont interprétés par les juges européens de façon inattendue. L'exemple récent du litige entre le Royaume-Uni et la Banque centrale européenne au sujet du lieu où pouvaient se situer les entreprises financières agissant sur le marché des instruments monétaires exprimés en euro en est un exemple<sup>78</sup>. Si les conséquences de la soumission au droit européen ne sont pas raisonnablement prévisibles, il est cependant facile de comprendre pourquoi des demandes de retour à un droit plus territorial sont faites. Dans ce cas particulier, nous avons obtenu gain de cause devant la CJUE. De la même façon, la Commission a parfois interprété ses pouvoirs de façon à ignorer les prérogatives du Conseil des ministres.

Nous avons des exemples récents à ce sujet : dans nos relations avec la Cour EDH, les problèmes ont leur origine dans les jugements de ladite Cour qui ne semblent pas reconnaître le principe de subsidiarité, ni respecter suffisamment la marge d'appréciation des États.

Je n'ai pas le temps de développer ce thème. Aussi, je dirai seulement que le débat sur un éventuel abandon par le Royaume-Uni de la Convention EDH reste ouvert<sup>79</sup>. Personnellement, je reste convaincu qu'il est essentiel que nous ne nous retirions pas de la Cour EDH, en raison de l'importance de la Convention au niveau international pour le respect des droits de l'homme. Dans ce cadre, il nous faut promouvoir un nouveau dialogue entre nos tribunaux nationaux et la Cour EDH. Cela montre que si nous voulons prendre en compte positivement le développement du droit extraterritorial, il est important que les limites envisagées dans les accords ou les traités soient clarifiées et respectées.

Tout système de droit, territorial ou non, est une construction humaine qui dépend, pour être légitime, de l'adhésion des citoyens qui en sont sujets. Or, si la loi vient d'une autre entité que l'assemblée parlementaire du pays d'origine, sa légitimité sera toujours contestée. L'harmonisation des différences, la création d'un *jus commune* mondial ne peut donc pas, dans un pays avec une démocratie parlementaire, ignorer ce point fondamental.

Pour illustrer cet aspect, j'évoquerais de nouveau la Grande Charte de 1215. À l'origine, la Charte fut rejetée car le roi Jean ne l'observa pas. Il avait placé l'Angleterre sous la tutelle et la juridiction papales pour avoir l'appui du Pape

77 CEDH, Gde ch., req. n° 74025/01, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni*.

78 V. notamment Tribunal de l'Union européenne, aff. T-496/11, 4 mars 2015, *Royaume-Uni c. Banque centrale européenne*.

79 La Convention EDH – qui dépend du Conseil de l'Europe et pas de l'Union européenne – garantit le respect des libertés fondamentales des individus. Les organes juridiques des États membres doivent s'y conformer, afin d'éviter les abus et de contrôler le respect des principes fondamentaux. Vainqueur en mai 2015 des élections législatives, le parti conservateur de David Cameron propose d'abandonner la Convention EDH pour adopter un « *British Bill of Rights* » et ne plus être soumis à la juridiction de la Cour EDH.





Innocent III dans son conflit avec les barons. Et c'est le Pape qui, de Rome, annula la charte le 24 août 1215 la déclarant illégale. Enfin, pour faire bonne mesure, les barons responsables furent excommuniés !

De la même façon, une directive de l'Union européenne n'aurait pas pu être plus mal reçue. Et cela explique sans doute notre réserve envers une entité bureaucratique où le principe de territorialité du droit, et sa relation directe avec le Parlement du pays d'origine qui en est le gardien, disparaît.

---

**Erik Orsenna**

*conseiller d'État (h), membre de l'Académie française,  
modérateur de la conférence*

Merci beaucoup, c'était passionnant. Vous avez su, en très peu de temps, montrer la genèse d'un droit. Surtout, les dialogues entre juges sont encore mieux évoqués lorsque le juge a été *Attorney General*, maintenant parlementaire et en plus britannique. Cela est encore plus porteur de sens.

---

**Horatia Muir Watt**

*professeure des universités à Sciences Po*

J'ai également été séduite par la richesse de vos propos. Si le Royaume-Uni devait se retirer de la Convention EDH, que deviendrait le *Human Rights Act*<sup>80</sup>? Je crois me souvenir qu'en 1997 on avait publié un livre blanc du Gouvernement intitulé : *Rights Brought Home*<sup>81</sup> qui expliquait le contenu du *Human Rights Act* proposé au Parlement ; c'est-à-dire que le *Human Rights Act* était supposé ramener les droits de l'homme à la maison. Pourriez-vous nous éclairer sur ces points ?

---

**Dominic Grieve**

*membre de la Chambre des communes,  
ancien Attorney general d'Angleterre et du pays de Galles*

Il s'agit de deux questions distinctes. En ce qui concerne la première, vous avez raison de dire que lorsque nous avons créé le *Human Rights Act* à la suite du livre blanc *Rights Brought Home*, nous avons une situation où nos propres tribunaux interprétaient la Convention EDH, et trouvaient parfois que leurs interprétations étaient rejetées par la Cour EDH. Cela a produit un contentieux et a été utilisé dans le débat politique pour justifier le projet de retrait de la Convention EDH, mais avec l'intention – et cela répond à votre seconde question – que le texte de ladite Convention soit incorporé dans un *Bill of Rights* britannique laissé à l'interprétation de nos cours et de nos tribunaux.

À cet égard il doit être noté qu'en 2004, dans un jugement qui a fait date, *M. Ullah et Melle Do*<sup>82</sup>, Lord Bingham avait dit qu'il fallait accepter les jugements de la

80 *Human Rights Act* 1998, chap. 42. Cette loi a été promulguée le 2 octobre 2000.

81 *Rights Brought Home : The Human Rights Bill*, livre blanc, oct. 1997, réf. CM3782.

82 *Affaire R (Ullah) v. Special Adjudicator [2004] UKHL 26* (cf. site : [www.supremecourt.uk](http://www.supremecourt.uk)).





Cour de Strasbourg quand ceux-ci étaient clairs<sup>83</sup>. Pourtant, nous avons assisté en l'espace de dix ans à une transformation subtile, mais réelle, où la Cour suprême n'accepte pas nécessairement le raisonnement de la Cour EDH si elle pense que celle-ci n'a pas compris les détails ou les principes de l'affaire !

Deux exemples récents le montrent. Le premier exemple concernait l'utilisation du « *hearsay evidence* »<sup>84</sup> devant les tribunaux où il y avait un jugement dans un cas belge pouvant avoir des conséquences sur la possibilité d'utiliser ce type de preuve devant nos cours<sup>85</sup> ; dans ce cas, la Cour suprême britannique a refusé de se conformer à la jurisprudence de la Cour EDH, ce qui a amené celle-ci à faire évoluer sa position<sup>86</sup>. Cela montre donc la possibilité d'un dialogue.

Le second exemple est le système de « *no political advertising* » que nous avons en Grande-Bretagne qui interdit de diffuser de la publicité politique à la télévision ou dans une salle de cinéma. Malgré le fait que cela porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention EDH, le raisonnement très clair que notre Cour suprême a développé a été accepté par la Cour EDH.

Au final, mon sentiment est que nous sommes dans un dialogue qui s'améliore, et je suis optimiste en ce qui concerne la façon dont les relations entre notre Cour suprême et la Cour EDH se développent. C'est la raison pour laquelle nous sommes dans une situation particulièrement ambiguë en Angleterre, que l'on pourrait résumer par la formule suivante : « *We draw defeats from the jaws of victory* » (littéralement : « nous tirons des défaites des mâchoires de la victoire ») ; parce qu'en ce moment, la Cour EDH répond beaucoup mieux à nos attentes qu'elle ne le faisait auparavant.

Bien sûr, si nous quittons le Conseil de l'Europe et abandonnons la Convention EDH, les conséquences notamment internationales seront très importantes, voire désastreuses pour la réputation du Royaume-Uni. Mais l'ironie est que si nous allons jusqu'au bout de ce projet de départ, et que nous mettons la Convention EDH dans un texte britannique pour être interprétée par nos propres tribunaux, en fin de compte les différences entre l'interprétation domestique et l'interprétation de la Cour EDH seront minimales ! C'est la raison pour laquelle je rappelle toujours aux autres membres de mon parti qu'il faut être très vigilant sur le rapport coût/bénéfice de ce projet dont on perçoit difficilement le bénéfice, mais dont on voit très clairement le prix à payer.

83 No national court should « *without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law* » (Lord Bingham of Cornhill, in *R (Ullah) v. Special Adjudicator [2004] UKHL 26*). Propos également rapportés dans l'ouvrage de MM. C. Turpin et A. Tomkins, *British Government and the Constitution*, Cambridge University Press, sept. 2011, p. 766 (The House of Lords ruled (...) that domestic courts « *should, in the absence of some special circumstances, follow any clear and constant jurisprudence of the Strasbourg court* »).

84 « *Hearsay evidence* » : preuve par oui-dire.

85 CEDH, Gde ch., req. n° 926/05, 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique*.

86 La Cour EDH a reconsidéré et éclairci sa jurisprudence sur le « *hearsay evidence* » après que la Cour suprême du Royaume-Uni avait dénoncé l'imprécision de l'état de la jurisprudence antérieure : Cour suprême du Royaume-Uni, *R c. Horncastle and others [2009] UKSC 14* ; CEDH, Gde ch., 15 décembre 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*.





---

## Horatia Muir Watt

*professeure des universités à Sciences Po*

Si ce projet de départ devait être validé, quelles en seraient les conséquences sur le statut du Royaume-Uni et sur l'indépendance de ses parties constitutives, notamment l'Écosse ?

---

## Dominic Grieve

*membre de la Chambre des communes,  
ancien Attorney general d'Angleterre et du pays de Galles*

Il en résulterait notamment ceci. Un des résultats de la dévolution des pouvoirs est que le *Human Rights Act* de 1998 et le texte incorporant la Convention EDH sont la base de la légalité des actes des assemblées nationales en Écosse, au Pays de Galles et en Irlande du Nord. Or, si toute institution de l'État doit respecter les normes et les jugements de la Convention, ce n'est pas le cas pour le Parlement britannique qui est souverain et qui, selon la formule consacrée, « *peut tout faire sauf changer une femme en homme et un homme en femme* »<sup>87</sup>.

C'est la doctrine de la souveraineté parlementaire qui, dans le système britannique, subordonne l'exécutif au Parlement. Mais, pour le Pays de Galles, l'Écosse et l'Irlande du Nord, cela n'existe pas. En outre, dans le cas de l'Irlande du Nord, le respect de la Convention EDH est incorporé à un traité international signé entre le Royaume-Uni et la République irlandaise : « *The Good Friday Agreement* »<sup>88</sup> qui est la base de la dévolution des pouvoirs en Irlande. Si mon collègue de la Chambre des communes, Michael Gove, nouveau Lord Chancelier et secrétaire d'État à la justice, veut faire un projet pour supprimer notre participation à la Convention EDH et créer un *Bill of Rights* au lieu d'avoir le *Human Rights Act*, son premier problème va être la manière dont il va résoudre la question de la dévolution du pouvoir aux autres assemblées.

Bien sûr, nous avons le pouvoir de le faire. On pourrait le faire constitutionnellement. Mais, en réalité, le pouvoir ayant été dévolu, il est très difficile d'agir sans respecter le désir des Écossais, des Gallois ou des assemblées irlandaises ; et le Gouvernement écossais n'a montré aucun intérêt à changer la structure que nous avons en ce moment. Cela risque donc de créer un nouveau problème pour le Gouvernement actuel qu'il faudra résoudre si nous voulons poursuivre ce projet.

---

87 Jean-Louis de Lolme (1740-1806), juriste et essayiste suisse, cité in L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, éd. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 254 (thèse honorée du premier prix de thèse du Groupe européen de droit public et du premier prix de thèse du Centre français de droit comparé).

88 L'accord du Vendredi saint (en anglais, « *The Good Friday Agreement* ») a été signé le 10 avril 1998. Il tire son nom de sa date de signature (le vendredi précédant Pâques). Il est également appelé *accord de Belfast* ou *accord de paix pour l'Irlande du Nord*. Cet accord met fin à trente ans de troubles sanglants (1969-1998) qui firent quelques 3 500 morts.





---

**Erik Orsenna**

*conseiller d'État (h), membre de l'Académie française,*  
**modérateur de la conférence**

Merci de ces précisions. L'intérêt pour vous s'exprime en termes de créativité, car vous avez du droit comparé à l'intérieur même de votre pays.

---

**Dominic Grieve**

*membre de la Chambre des communes,*  
*ancien Attorney general d'Angleterre et du pays de Galles*

Oui et d'ailleurs nous avons toujours fait du droit comparé. Au moment du référendum écossais, je suis allé à Édimbourg afin de préserver l'union du Royaume-Uni. Il s'agissait là d'un colloque où j'expliquais combien « *the interplay* » (en français, l'interaction) entre le droit écossais et le droit anglais a bénéficié collectivement à notre pays. Les fondations de la responsabilité (« *negligence and tort* ») proviennent d'un cas écossais adopté par l'Angleterre ; parce que nous avons ce système de précédents devant nos tribunaux, nous pouvons construire la loi. Il y a eu un « *interplay* » entre nos deux pays qui a été, à mon avis, extrêmement fécond. D'ailleurs, lorsque j'étais *Attorney General*, je devais travailler avec mon homologue écossais *The Lord Advocate*<sup>89</sup> pour des coopérations qui se déroulaient quotidiennement sans aucun problème, en dépit du fait que je n'avais aucun pouvoir pour lui dire ce qu'il fallait faire et *vice-versa*.

---

**Erik Orsenna**

*conseiller d'État (h), membre de l'Académie française,*  
**modérateur de la conférence**

Je passe la parole à la professeure Muir Watt, puis nous répondrons aux questions du public.

---

**Horatia Muir Watt**

*professeure des universités à Sciences Po*

Je vais essayer d'être très brève dans mon intervention, afin de laisser du temps aux questions du public, y compris le cas échéant sur l'Écosse où nous réussissons à nous entendre par-delà le mur d'Hadrien<sup>90</sup>, même s'il peut y avoir beaucoup de points de divergence !

Je vais revenir sur la question des apports spécifiques de la comparaison des droits, d'une part, et de la réflexion sur la territorialité du droit, d'autre part, pour repenser le droit « *dans l'enchevêtrement des espaces* » selon l'expression de M. Orsenna qui traduit assez bien cette complexité dans le paradigme juridique post-national (ou global) qui reçoit de plus en plus d'attention dans la littérature théorique. Il est

<sup>89</sup> Le conseiller juridique en chef de la Couronne en Écosse.

<sup>90</sup> Fortification construite sous l'Empereur romain Hadrien (76-138 apr. J.-C.), entre 122 et 127 apr. J.-C., traversant le nord de l'Angleterre d'Est en Ouest.





évident que ce qui relie ces deux thématiques est qu'il s'agit de deux ouvertures sur la question du pluralisme ; et il me semble que c'est de parvenir à une forme de pluralisme d'ajustement (« *pluralism of accomodation* », selon les termes de l'Archevêque de Canterbury), sous différentes formes, qui est maintenant le défi essentiel, à la fois de la théorie du droit et de la pratique juridictionnelle.

La comparaison des droits envisage ce pluralisme d'un point de vue substantiel. C'est-à-dire que ce qui intéresse le droit comparé est l'analogie ou la différence, la confrontation des solutions et des valeurs. Du coup, le *droit comparé* est en première ligne de la réflexion sur le pluralisme, notamment à travers l'idée de culture juridique. Bien entendu, c'est ici que s'insèrent tous les débats très importants sur le relativisme culturel *versus* l'universalisme, sur le sens et le non-sens d'harmoniser ou d'unifier le droit ou d'imposer ses propres valeurs à autrui.

La réflexion sur la territorialité apporte des variantes à cette réflexion. La territorialité peut être envisagée comme s'opposant à l'extraterritorialité, comme il en a été question jusqu'ici, mais aussi comme s'opposant au territoire, comme par exemple dans l'hypothèse de l'Internet. Mais par ailleurs, s'agissant de sa contribution à la question du pluralisme, la réflexion contemporaine sur la territorialité peut attirer l'attention sur l'emprise, et les façons de dénouer l'emprise, du modèle essentiellement moniste du droit, de la légalité, de la légitimité, de la souveraineté et de l'autorité qui sont incarnés dans l'État. Cette dernière tend à remettre en cause, ou tente de comprendre, ce qu'il y a au-delà du modèle westphalien avec lequel, ou sous lequel, on a vécu pendant si longtemps.

Ceci étant, je souhaiterais développer trois points dans mon intervention.

**1. Premier point : qu'est-ce que le paradigme du droit « global » (ou non amarré à l'État) peut emprunter au droit comparé ? Qu'est-ce que la comparaison des droits peut apporter à cette réflexion ?**

Je pense qu'il y a deux directions intéressantes.

**1.1.** La première direction concerne le débat sur le positionnement épistémologique de la comparaison. C'est un débat très connu de la théorie comparative. Faut-il partir des similitudes pour essayer de dégager quelque chose de commun, ou faut-il partir des différences pour mieux les comprendre ? Je pense que la pensée comparative dominante va plutôt dans le premier sens, c'est-à-dire que l'on essaie, par une méthodologie dite « *fonctionnaliste* », de dégager des similitudes ; mais il y a une école de pensée très forte qui me paraît plus convaincante, qui consiste à partir de la différence et non pas nécessairement à refuser toute convergence mais à prendre la différence comme point de départ épistémologique.

Sur le plan théorique, ce débat débouche très rapidement sur une réflexion sur la politique de la méthode en droit comparé, où l'on comprend peu à peu que la méthode elle-même n'a rien de neutre. On a vécu, là encore, pendant très longtemps avec l'idée que la comparaison consistait à diviser le monde en familles et en étudier les similitudes et peut être les différences. Et l'on comprend peu à peu que cette division du monde n'a rien de naturel, car elle est porteuse de toutes sortes de positions idéologiques, comme par exemple le fait de revendiquer un





pédigrée romain ou un droit de « *Common law* » (bâti essentiellement sur le droit jurisprudentiel par opposition au droit civiliste ou codifié) ou, désormais, un « droit continental ».

**1.2.** La seconde direction (où la comparaison des droits apporte quelque chose à la pensée sur le paradigme global) concerne la relativisation, voire l'abandon, de ce que l'on appelle la « *perspective interne* ». Autrement dit, il y a, là encore, l'idée de plus en plus importante que le droit ne peut pas se comprendre à travers ses propres objets.

Or, sortir du dogmatisme parce que nous sommes confrontés à des expériences nouvelles exige de se déplacer et de comprendre le droit de l'extérieur. Je crois que la comparaison des droits peut faire comprendre l'importance de l'apport d'autres disciplines. Par exemple, je crois que l'une des pensées contemporaines les plus intéressantes en droit comparé est celle qui consiste à examiner la généalogie de la tradition juridique occidentale à partir de l'esthétique, de la littérature, ou de la théorie sociale.

## **2. Deuxième point : qu'apportent les réflexions sur le territoire et la territorialité au paradigme global ?**

J'ai été très séduite par l'expression de Mme Delmas-Marty : « *souveraineté solitaire* » versus « *souveraineté solidaire* ». Je pense que c'est sans doute là que la réflexion sur la territorialité peut véritablement apporter quelque chose. Cette réflexion utilise ou mobilise les ressources du pluralisme et de la théorie sociale qui étaient centrales à l'émergence de la doctrine pluraliste et, comme l'a dit Mme Delmas-Marty, « *si un ordre global ou à tendance globale émerge, ce n'est pas de l'uniformité ; c'est autre chose qui relève de l'hybride, de la géométrie variable, qui est dans la dynamique, les processus, le relationnel* ».

Dans ce contexte, on est conduit à rechercher des mécanismes de dialogue basés sur la coordination et la reconnaissance. Il existe plusieurs façons de décliner la reconnaissance liée, bien sûr, à l'obligation de regarder au-delà de ses propres frontières. Ce qui me paraît très important est que la version la plus significative du pluralisme dans un contexte de globalisation est le *pluralisme constitutionnaliste*. Au regard de cette approche, il ne s'agit pas de dire que certaines valeurs atteignent nécessairement une sorte de statut constitutionnel mondial, ce qui serait évidemment grotesque ; comme on le voit d'ailleurs avec le problème du relativisme culturel.

En revanche, ce qui est en réalité constitutionalisé est *l'obligation de dialoguer*. Il ne s'agit donc pas du fond, mais du processus. Et il me semble aussi que dans ce contexte-là, le pluralisme conduit à accepter la relativité de l'autorité. Mais, ce qu'enseigne cette obligation de dialoguer ou cette idée de « *souveraineté solidaire* » est que dialoguer, ou accepter la relativité de son autorité, n'est pas abdiquer. Il ne s'agit pas en effet de quelque chose de négatif : la souveraineté peut sortir renforcée de l'ouverture, car l'on n'est pas diminué parce que l'on reconnaît autrui.

Je pense que le renouvellement de la théorie de la souveraineté passe par là, et cela a été très bien dit par Mme Delmas-Marty.







### 3. Troisième point : ce que j'imagine être productif dans tout cela pour l'expérience ou l'exercice de l'activité juridictionnelle.

#### 3.1. Il y a d'abord la question de la position épistémologique.

C'est très important dans la définition de ce que l'on pourrait appeler, pour aller vite, « *l'ordre public culturel* ». Il faut sans doute, et les juridictions le font, partir des différences et chercher à les comprendre avant de passer à un jugement sur leur acceptabilité. Et, pour ce faire, je pense qu'il n'y a pas d'autre moyen que de voir son regard éclairé de l'extérieur, d'où la place de la *transdisciplinarité*, mot utilisé par le vice-président Sauvé. Là encore, il y aurait beaucoup à dire sur la pluridisciplinarité, la transdisciplinarité, l'interdisciplinarité mais, pour aller vite, je crois que le regard doit bénéficier d'un éclairage extérieur, notamment sur des questions de société aussi controversées que le voile dans l'espace public et privé.

#### 3.2. Le deuxième aspect concerne la méthode.

Je pense qu'il faut prendre au sérieux tous les mécanismes qui concernent l'interopérabilité des systèmes. Les juridictions les utilisent. Je trouve que du côté de la théorie du droit ces mécanismes sont sous-théorisés : ce sont les mécanismes déjà mentionnés de subsidiarité, de marge d'appréciation, de proportionnalité et de reconnaissance avec ses paramètres variables tels que rencontrés à travers la jurisprudence *Solange*<sup>91</sup> ou l'« *overlapping consensus* » (en français, le chevauchement de consensus) et, surtout, les mécanismes de proximité graduée qu'offre le droit international privé. Un exemple où ce type de réflexion est crucial est la question de la gestation pour autrui (GPA) pratiquée à l'étranger en raison de la mobilité des individus.

#### 3.3. Le troisième aspect est une position politique.

La coordination, le dialogue doivent être pensés en termes de légitimité. Un exemple me vient à l'esprit qui concerne l'expertise. L'expertise est maintenant citée par l'approche sociologique du droit transnational comme étant l'une des sources légitimes des normes transnationales. C'est extrêmement intéressant, car l'expertise correspond certainement à la catégorie de l'autorité charismatique wébérienne

Pourquoi croire les experts ? On aurait, en effet, beaucoup de raisons de ne pas les croire... Il suffit d'écouter les débats sur le chômage ou le climat pour voir les

91 Selon la jurisprudence *Solange* de la Cour constitutionnelle allemande de 1974, il est possible d'écarter une norme de droit européen pour cause de violation des droits fondamentaux garantis par la Constitution, « *aussi longtemps que* » (en allemand, « *so lange* ») le droit communautaire ne garantit pas une protection globale des droits fondamentaux de la personne équivalente à celle du droit constitutionnel allemand. V. TCK, 29 mai 1974, *Bverfg*, vol. 37, p. 271, (« *Solange I* »), qui refuse expressément la primauté « *aussi longtemps que* » la protection des droits fondamentaux ne sera pas assurée dans l'ordre juridique communautaire ; puis TCK, 22 octobre 1986, *Bverfg*, vol. 73, p. 339, (« *Solange II* »), où 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 décerné un véritable *satisfecit*   la protection communautaire des droits fondamentaux, rendant ainsi de plus en plus hypothétique une résistance à la pleine acceptation de la primauté, v. TCK, 7 juin 2000, *EuGrZ*, 2000, p. 328, (« *Solange III* »), où le tribunal admet 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 de la Loi fondamentale.







dégâts qui ont pu être commis par l'expertise soi-disant scientifique ! Ce qu'est une source légitime d'autorité devient une question absolument centrale dans un paradigme global.

À cet égard, je citerai le grand sociologue du droit Roger Cotterrell<sup>92</sup> qui disait : « *The central juristic challenge is ceasing to be merely to interpret and apply existing legal authority. It is increasingly to identify, conceptualize and evaluate authority as it operates in practice* ». En français, « *le défi juridique central cesse d'être simplement l'interprétation de l'action de l'autorité légale s'appliquant. Il doit de plus en plus identifier, conceptualiser et évaluer ladite autorité dans sa manière concrète de fonctionner* ».

C'est une transformation fondamentale du rôle à la fois du juriste et du juge. C'est là une mission qui est bien plus difficile à assumer : affronter la collision des discours comme dirait Teubner<sup>93</sup> dans « *l'espace au-delà de l'État* », plutôt que de dire le droit sous l'égide du monisme.

---

### **Mireille Delmas-Marty**

*professeure honoraire au Collège de France*

Je souhaiterais revenir sur la question du pluralisme et des interactions entre le droit comparé et le droit international. L'on comprend bien qu'en interaction avec le droit international privé, le pluralisme est un pluralisme de séparation, de juxtaposition, mais c'est aussi un pluralisme qui rime avec relativisme.

En revanche, est-ce que dans l'interaction entre le droit comparé et le droit international public – par exemple, le droit international des droits de l'homme –, on n'entre pas dans une autre problématique, celle d'un pluralisme qui ne rimerait pas forcément avec relativisme, mais pas non plus avec universalisme ? Quelque chose d'intermédiaire, en dehors ou au-delà du débat entre monisme et dualisme, que j'appellerais un *pluralisme ordonné* – mais la formule n'est peut être pas la meilleure – (on pourrait aussi parler d'un universalisme pluriel). Il me semble, en tout cas, que la question essentielle est de concevoir un pluralisme qui ne serait synonyme ni de relativisme, ni d'universalisme, mais annoncerait des objectifs communs, même si leur mise en œuvre diffère d'un pays à l'autre.

---

### **Horatia Muir Watt**

*professeure des universités à Sciences Po*

Sur le « *pluralisme ordonné* » des ordres juridiques, votre pensée a été pionnière. Il faut certainement continuer dans cette voie ! Je pense que « l'avenue » que suggère le droit international privé sur le pluralisme est également quelque chose de gradué. De sorte que la division entre le droit international public et le droit international privé m'apparaît comme une erreur historique terrible, mais qui se rattache à cette vision moniste, laquelle n'a pas toujours décrit la réalité des choses.

<sup>92</sup> Roger Cotterrell, sociologue et professeur de jurisprudence et de théorie légale à l'université *Queen Mary* de Londres. Membre de l'Académie britannique et de l'Académie des sciences sociales.

<sup>93</sup> Gunther Teubner (né en 1944), professeur et sociologue allemand.





---

## **Dominic Grieve**

*membre de la Chambre des communes,  
ancien Attorney general d'Angleterre et du pays de Galles*

J'ai été particulièrement intéressé sur les « *apports spécifiques de la comparaison des droits* », parce qu'au Royaume-Uni nos tribunaux apprécient le droit comparé. On peut ainsi comparaître devant une cour de justice en Angleterre et donner des exemples de jurisprudence venant du *Common law* ou du Conseil d'État français. Pour moi, c'est l'opposé de la « *souveraineté solitaire* » parce que cela puise à la source des exemples de l'Humanité et des solutions qu'elle tente de trouver à ses problèmes. Mais il faut également garder à l'esprit qu'il existe une différence entre une « *souveraineté solidaire* », d'une part, et une souveraineté qui est imposée, d'autre part. Où est la limite – si tant est que l'on puisse l'identifier – entre ces deux concepts ?

---

## **Horatia Muir Watt**

*professeure des universités à Sciences Po*

Tout dépend de ce que vous entendez par « *souveraineté imposée* ». S'il s'agit de la question de la légitimité de la supranationalité (Union européenne ou Cour EDH), on peut avoir une discussion sur la portée du consentement des États. Mais, plus intéressant, l'on pourrait revenir vers l'approche empirique pour comprendre les implications de la « *souveraineté solidaire* ». C'est-à-dire qu'il faut interpréter les pratiques. Tout dépend alors de la méthodologie que l'on emploie et peut être la position épistémologique que l'on adopte. Est-on ouvert à la différence ou pas ? Où tracer la ligne ? Je pense que cette ligne est forcément à la fois contestée et réflexive. Je pense que l'un des propos de ce nouveau paradigme est que les frontières disparaissent ou deviennent floues. Ce ne sont plus seulement des frontières géographiques, mais ce sont également des frontières conceptuelles. Il est donc difficile de délimiter ces nouveaux espaces et, personnellement, je ne saurais pas en dessiner les limites.

---

## **Erik Orsenna**

*conseiller d'État (h), membre de l'Académie française,  
modérateur de la conférence*

Merci à tous. Ainsi s'achève la première conférence de ce cycle dont je retiens les éléments suivants.

Il y a d'abord un point qui m'a vraiment passionné en reprenant contact avec le droit, grâce à vous, c'est cette genèse du droit, cette création permanente ; de la même manière que j'ai acquis cette expérience personnelle, depuis maintenant quatre ans, en travaillant sur les villes ; on a l'impression de villes qui s'inventent sans arrêt et qui s'inventent sur la ville et qui se rebâtissent sur la ville, car on identifie tout de suite les villes qui ne s'inventent sur rien. Ces racines là existent aussi pour le droit.





Le deuxième aspect est la notion magnifique de « *souveraineté solidaire* » dont on a vu la fécondité.

Le troisième élément est évidemment le principe de réalité.

Et puis il y a une dernière remarque qui a attiré mon attention, lorsque M. Grieve a évoqué, avec un certain regret, le fait que les parlementaires britanniques voyageaient moins que les juges britanniques. Je suggère donc de leur voter des budgets pour les ouvrir un peu plus au monde qui les entoure. Bien sûr, M. Grieve, vous n'êtes pas concerné et nous avons été particulièrement ravis de vous avoir à notre table et, en tant que représentant de l'Académie française, je salue avec admiration et envie votre manière de parler français, et loue votre amour de la France.

## Echanges avec la salle

### *Question du public*

*Pourriez-vous nous expliquer en quoi la division entre droit international privé et droit international public fut une erreur majeure ?*

*Horatia Muir Watt*

*Je pense que cette division est un accident de l'Histoire. En effet, la distinction entre le public et le privé appliquée à l'ordre international a conduit à séparer, ou résulte du fait d'avoir séparé – tout cela étant très circulaire – de façon très abrupte, les relations entre les États qui ont alors investi l'ordre international en reléguant les relations entre les acteurs non étatiques dans le champ du droit domestique, c'est-à-dire dans le champ du droit municipal.*

*Si cela a pu correspondre, plus ou moins, à la description de l'ordre international tel qu'il se formait à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les difficultés de cette séparation très nette sont apparues rapidement. Nous en payons les conséquences aujourd'hui, notamment à travers les difficultés évoquées précédemment, qui nous obligent à concevoir des statuts adéquats, par exemple pour la conduite extraterritoriale des multinationales. Je pense que le manque de connaissance ou la difficulté pour le droit international d'atteindre un certain nombre d'acteurs date de cette séparation entre le public et le privé dans l'ordre international.*





---

### *Question du public*

À côté d'une recherche de pédigrée ou d'une compréhension du droit à partir de ses propres objets, n'y a-t-il pas des outils juridiques en œuvre, quelle que soit la territorialité ? Je pense, par exemple, à l'efficacité et à l'étendue des mesures d'instruction ou à l'égalité et à la loyauté des preuves. Des principes de ce type n'offriraient-ils pas des éclairages pertinents, voire même des références incontournables ?

---

*Horatia Muir Watt*

Je reste toujours un peu suspicieuse à l'égard des concepts présentés comme chimiquement purs, y compris dans l'outillage juridique. Néanmoins, je pense que vous avez raison : il faut expérimenter toutes les approches. Et une approche possible à travers les outils juridiques que l'on met en œuvre est extrêmement importante. Alors oui pour un éclairage, mais pas forcément pour une vérité absolue.

---

### *Question du public*

La territorialité du droit est-elle uniquement la territorialité des normes ou inclut-elle la territorialité de la contrainte ? À partir de cette question, et en reprenant le thème de cette conférence « droit comparé et territorialité du droit », la comparaison des droits ne nous montre-t-elle pas cependant l'existence d'un phénomène qui se constate, d'une part, dans les différentes juridictions, les différentes souverainetés : celui du monopole de la contrainte par l'État et, d'autre part, un phénomène de territorialité de la contrainte étatique ? Ces deux éléments se combinant pour expliquer que, malgré les tendances qui sont évoquées ici en faveur de la création d'un droit commun à l'expansion d'un phénomène d'extraterritorialité supranationale, la territorialité du droit subsiste comme une donnée de la réalité, et une donnée qui s'impose à nous sur la base d'un principe de réalité qu'on ne peut pas nier sans sombrer dans la fiction.

---

*Dominic Grieve*

Je suis d'accord avec vous. En fin de compte, ce qui est inscrit sur les canons du XVI<sup>e</sup> siècle : « *ultima ratio regum* »<sup>94</sup> est la réalité de la contrainte. Et les divers débats sur ce thème concernent, non seulement, la territorialité et l'extraterritorialité, mais aussi dans un pays comme le mien, avec la souveraineté du Parlement, la question du pouvoir des juges contre le pouvoir parlementaire. C'est l'une des raisons pour lesquelles je ne suis pas du tout sûr que le système britannique qui existe en ce moment puisse survivre à la façon dont nous avons réparti le pouvoir par la dévolution. Faire cela sans constitution écrite est une chose malaisée, extrêmement compliquée et totalement imprévisible.

---

94 « *Ultima ratio regum* » : [la force est] le dernier argument des rois.





*La réalité est que, dans la plupart des pays, le Gouvernement existe pour prendre des décisions et, finalement, les décisions peuvent être infligées par la contrainte, sauf rébellion ou révolution. L'administration ne veut pas perdre ce pouvoir, et c'est une des raisons pour lesquelles il y a toujours cette tension entre l'intérêt national et l'engagement extraterritorial ; comme dans le cadre de l'Union européenne avec la contrainte de la CJUE en cas de refus d'accepter les conséquences d'un traité comme celui qui nous fait membres du Conseil de l'Europe et signataires de la Convention EDH.*

*Bien sûr, contre toute attente, nous restons conscients que l'avancement social s'est fait au moyen d'ententes entre pouvoirs souverains. Si nous ne faisons pas cet effort, nous allons retourner en milieu hostile. Il manque sans doute au Royaume-Uni un débat public sur ce thème. Je ne sais pas comment cela se passe en France, mais en Angleterre, c'est un sujet que les politiques évitent. Ils ne veulent pas en discuter sauf à titre de propagande, parce que le discuter c'est avouer les limites du pouvoir ainsi que les limites des demandes des citoyens envers le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.*

---

*Mireille Delmas-Marty*

*Juste un mot pour acquiescer au constat que l'absence de contraintes fragilise beaucoup la justice pénale internationale qui n'a guère de moyens pour faire exécuter ses mandats d'arrêt. Il s'agit là de quelque chose de bien connu. Cependant, actuellement, une évolution semble se dessiner. Deux exemples me viennent à l'esprit : d'une part, le mandat d'arrêt européen dont les attentats du 11 septembre 2001 ont débloqué le projet de création qui était plus ou moins enterré par la Commission ; d'autre part, et surtout, les pratiques américaines de détentions extraterritoriales à la suite de ces attentats. Il s'agit bien, ici, d'une contrainte qui a été imposée tout à fait en dehors de la territorialité de l'État souverain qui l'exerce, et indépendamment de la souveraineté des nombreux pays qui ont pourtant accepté ces contraintes. À cette question, je pense donc que la réponse est évolutive.*

---

*Question du public*

*Si l'on s'interroge sur les apports du droit comparé et les changements qui ont été effectués depuis les années 1960, avec l'apparition des grands systèmes de droit contemporains évoqués par René David<sup>95</sup>, pionnier dans ce domaine, il me semble que deux choses très importantes apparaissent. La première chose est l'internationalisation du droit, cette supranationalisation du droit qui est apparue dans tous les pays à travers les sources de droit différentes que les juges nationaux sont obligés d'accepter (plus ou moins facilement) mais qui, en réalité, doivent s'imposer si elles ont été acceptées par l'État dans lequel elles s'appliquent.*

---

<sup>95</sup> René David (1906-1990), juriste et universitaire français, prix Érasme 1976. Ouvrage principal : *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, éd. Dalloz, 1964.





*On constate aussi que les juristes comparatistes ont joué et continuent à jouer un rôle très important dans la formation de tous ces nouveaux textes, qu'ils soient facultatifs, comme les principes d'UNIDROIT<sup>96</sup> ou les principes européens, ou impératifs comme dans le cas de l'Union européenne.*

*La seconde chose que l'on constate est un phénomène inverse : une floraison de nouvelles codifications depuis cinquante ans ; tout récemment encore avec le bloc soviétique, les pays d'Amérique latine, mais aussi la Hollande et le Canada. De sorte que l'on se trouve à la fois avec une volonté d'internationalisation, mais aussi une volonté très forte de garder le droit national dont les codes n'ont pas vocation, en principe, à s'appliquer au-delà des frontières de l'État. On se trouve donc en présence d'un double phénomène de codification et d'enrichissement du droit international, ainsi que face à une forme de globalisation générale à laquelle participent naturellement les comparatistes qui souhaiteraient intégrer éventuellement tous ces phénomènes internationaux, mais repensés par le droit de l'État. Ces deux phénomènes me paraissent revêtir un très grand nombre de codifications sur lesquelles ont travaillé les comparatistes qui accomplissent une œuvre extrêmement utile, s'intéressant également à toute cette européanisation, globalisation et internalisation du droit. Qu'en pensez-vous ?*

---

*Horatia Muir Watt*

*Je suis tout à fait d'accord avec ces deux directions du droit comparé dans son évolution. C'est la raison pour laquelle je parlais de fonction de résistance à l'intégration normative, sachant que cette résistance est également une fonction de participation, par exemple à travers le dénominateur commun du droit comparé qui permet d'ajuster, à la marge, la jurisprudence nationale avec la jurisprudence européenne. C'est pour cela que l'outil que représente la comparaison est absolument essentiel et nécessaire. Parce que dans le mécanisme d'internalisation du droit, on a le jeu des interactions entre droit interne et droit international. Dans ces mécanismes d'interaction, on a deux mouvements : l'intégration et la résistance à l'intégration. Et l'on a besoin du droit comparé pour les deux. Il est vrai que, souvent, on a tendance à parler davantage du mouvement d'intégration que du mouvement de résistance à l'intégration, alors que ce dernier offre les moyens d'une résistance pour se reconstruire.*

---

*Dominic Grieve*

*Ces deux phénomènes ne sont-ils pas liés ? J'ai tendance à rapprocher cela du Common law et de mon expérience nationale. Cependant, le grand changement des quarante dernières années est d'abord l'internalisation avec un droit international et des normes globales, mais aussi le changement dans mon*

---

96 L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est une organisation internationale dont le siège est à Rome. Son objet est d'aider à moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé, notamment commercial, entre les États.





*propre pays du rôle du juge. Par exemple, la codification au Canada est, dans un sens, un système où les juges prennent le pouvoir sur le pouvoir exécutif et, ce faisant, développent des normes qui ne sont pas nécessairement les mêmes que celles édictées par le Parlement ou voulues par le pouvoir exécutif.*

*Ce que je remarque également, c'est que les juges britanniques sont très internationaux. Les juges de nos tribunaux de grande instance voyagent partout et souvent, n'hésitant pas à se rendre visite mutuellement. Cela n'était pas le cas il y a quarante ans. C'est un changement majeur qui les rend très réceptifs aux idées nouvelles, et je pense que c'est la même chose dans toute l'Union européenne. Bien-sûr, ils gardent leurs propres pratiques et idées de ce qui est juste ou injuste, mais cette tendance se développe parallèlement au système démocratique. C'est là, sans doute, l'aspect le plus intéressant. Et je ne vois pas, quant à moi, de conflits entre le développement par les juges de la codification et l'internationalisation du droit. Ces deux approches me semblent aller de paire, même si, bien sûr, il existe des zones de tensions entre elles.*

---

### *Question du public*

*L'exemple britannique dont vous avez parlé me semble un paradoxe. J'ai été frappé par ce que vous avez dit sur la centralité du Common Law pour le citoyen. Or, le Common Law n'est pas simplement compatible avec le droit comparé, il est le fruit du droit comparé grâce à l'interaction avec d'autres territoires. C'est finalement un système qui ne connaît pas de frontières et s'étend dans le temps. Cela ne relève pas d'un esprit conservateur, comme décrit par le président américain Johnson<sup>97</sup>, c'est le contraire. Il reste, certes, ancré dans l'histoire, mais c'est un système qui s'est adapté et continue à avancer. Ce n'est pas seulement un système exportateur, mais c'est aussi un système importateur d'idées, comme le montre par exemple l'impact considérable de R. Pothier<sup>98</sup> sur le développement du droit commercial anglais<sup>99</sup>.*

*D'où le paradoxe de constater, sur ce sujet, la différence d'état d'esprit entre le peuple et ses élites parlementaires ou gouvernementales. Pourquoi ce décalage ? Est-ce le résultat d'un conflit d'intérêt entre l'intérêt national et celui supranational d'une entité non élue (Conseil de l'Europe, etc.) ? S'agit-il d'une volonté de repli ou du souhait de recouvrer sa souveraineté ?*

---

97 Lyndon Baines Johnson (1908-1973), homme d'État américain, 36<sup>e</sup> président des États-Unis d'Amérique (1963-1969).

98 Robert Joseph Pothier (1699-1772), juriste français, professeur royal de droit français à Orléans.

99 Sir Mackenzie Chalmers, rédacteur d'une importante loi sur le droit des contrats (*Sale of Goods Act*, 1893), s'est ainsi largement inspiré de l'œuvre de Pothier, notamment de son ouvrage intitulé : *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris et Orléans, 1762 (cité par B. Stirn, D. Fairgrieve et M. Guyomar dans *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, ed. Odile Jacob, Paris, 2006).





*Dominic Grieve*

*Je pense que c'est un paradoxe qui résulte des changements dans la société britannique et du rôle de la Grande-Bretagne dans le monde.*

*Je suis d'accord avec vous : le Common law est quelque chose que l'on peut exporter et qui ne nous appartient pas au niveau national, bien qu'il en soit issu. Car, comme je l'ai indiqué antérieurement, on peut dire que dans un sens une partie du Common law est un mythe. Nous savons très bien que l'origine réelle du Common law est française : elle vient de Normandie. Il s'agissait de la loi appliquée par les Normands ou de la loi utilisant les « processes of law » des Anglo-Saxons. Là est son origine. Et c'est ce mélange qui a créé le Common law avec nos premières cours de justice au temps d'Henri II roi d'Angleterre<sup>100</sup>, juste quarante ans avant la Grande Charte. Tout notre développement juridique provient de cette période, très intéressante à étudier en raison de ces nombreux échanges juridiques croisés.*

*Mais, je pense que lorsqu'un pays est peu confiant dans son avenir et regarde un monde qui est difficile, où les choses qui étaient par le passé rassurantes ont disparu, il est plus facile de se tourner vers des symboles ou de désigner des boucs émissaires sans nécessairement comprendre ce que cela représente en réalité.*

*Pour en revenir au thème que j'ai développé précédemment, je crois que ce débat que nous avons au Royaume-Uni sur l'Union européenne et sur la Convention EDH va se résoudre en faveur des deux ; et j'espère que nous pourrons en même temps expliquer plus clairement que le Common law n'est pas menacé par ces changements. D'ailleurs, le Common law est en train d'influencer l'Union européenne et, à plusieurs points de vue, la Convention EDH. Je pense donc qu'il ne faut pas chercher dans le monde judiciaire et légal une réponse à votre question, car une telle interrogation est par trop populaire et politique.*

<sup>100</sup> Henri II (1133-1189), comte d'Anjou et du Maine, duc de Normandie et d'Aquitaine, fut roi d'Angleterre.







# Éléments de bibliographie

Bartelson (J.), *Sovereignty as Symbolic Form*, Routledge, 2014.

Bomhoff (J), « The reach of rights : “the foreign” and “the private” in conflict-of-laws, state-action, and fundamental-rights cases with foreign elements », 71-SUM Law & Contemp. Probs. 39, 2008.

Champeil-Desplats (V.), *Méthodologie du droit et des sciences juridiques*, Paris, éd. Dalloz, 2014.

Frydman (B), *Petit manuel pratique du droit global*, éd. Académie royale de Belgique, coll. Académie en poche, Bruxelles, 2014.

Jasanoff (S.), Leclerc (O.), *Le droit et la science en action*, Paris, éd. Dalloz, coll. Droit, Essais, 2013.

Michaels (R.), « Globalisation and Law : Law Beyond the State », in R. Banakar & M. Travers, (dir.), *Law and Social Theory*, éd. Hart Publishing, 2<sup>e</sup> éd (2013), op. cit., p. 287.

Monateri (P.G), *Geopolitica del diritto, Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, éd. Laterza, 2013.

Muir Watt (H), « Private international law beyond the schism », *Transnational Legal Theory*, 2(3), 2011, pp. 347-427.

Muir Watt (H.), Fernandez Arroyo (D.), dir., *Private international law as global governance*, éd. Oxford University Press, 2014.

Samuel (G.H.), *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, 2014.

Samuel (G.H.), « Does One Need an Understanding of Methodology in Law Before One Can Understand Methodology in Comparative Law ? », in Van Hoeke (M.), *Methodologies of Legal Research*, Hart, 2013, p. 177.

Westerman (P.), « Open or Autonomous ? The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law », in Van Hoeke (M.), *Methodologies of Legal Research*, éd. Hart, 2013, p. 87.







## Deuxième conférence

# Objectifs, méthodes et usages du droit comparé

## Sommaire de la conférence

Présentation du thème de la conférence .....	61
Biographies des intervenants .....	67
Actes - Objectifs, méthodes et usages du droit comparé .....	69
Échanges avec la salle .....	99
Éléments de bibliographie .....	103







# Présentation du thème de la conférence

## *Le droit comparé et la fonction de juger*

### 1. Les raisons du recours au droit comparé par le juge

Le droit comparé connaît, depuis quelques années, un renouveau qui l'a notamment conduit à dépasser les frontières de l'université. Les différents acteurs de l'élaboration et de l'application de la règle de droit y recourent de manière croissante, comme en témoigne la pratique des différentes juridictions nationales et en particulier celle des cours suprêmes, ainsi que celle des juridictions européennes et internationales. Le droit comparé constitue, en effet, 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.

La seule curiosité intellectuelle ne suffit pas à expliquer que le juge national se montre prêt, sinon « à céder devant une rationalité étrangère »<sup>101</sup>, du moins à s'appuyer sur elle. Cette évolution s'explique plutôt par une transformation profonde de son office. Le juge tend à apparaître désormais comme une sorte « de gendarme de l'internationalisation »<sup>102</sup> dans un ordre juridique national-mondialisé au sein duquel la loi nationale, concurrencée par d'autres normes de provenances diverses, ne s'impose plus comme le principal mécanisme de régulation sociale<sup>103</sup>. Ainsi, alors que le législateur perd sa place traditionnellement centrale, le juge auquel il appartient d'interpréter cette multiplicité de normes prend de plus en plus d'importance et son nouveau rôle le conduit, très naturellement, à prendre en compte le droit comparé dans son raisonnement.

En exposant le juge au droit étranger, la mondialisation, par la multiplication des situations comportant des éléments d'extranéité qu'elle implique, l'avait d'ores et déjà préparé à accueillir l'argument comparatiste. En parallèle, la nécessité d'apporter des réponses juridiques aux problèmes posés par les nouvelles technologies a mis le juge national aux prises avec des questions inédites, pour la résolution desquelles un tour d'horizon comparatiste pouvait s'avérer fructueux. Par ailleurs, contraint par la montée en puissance de la protection des droits fondamentaux d'interpréter des notions imposant des choix moraux, sociétaux et politiques, il a trouvé un certain réconfort à constater que ses questionnements étaient partagés par ses homologues étrangers et à examiner les solutions qu'ils avaient adoptées. Enfin, le droit européen a ouvert 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.

101 Lord Goff cité par Horatia Muir-Watt, in « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 52 n° 3, juillet-septembre 2000 p. 526.

102 Marie-Claire Ponthoreau in « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006 p. 21.

103 D'après les auteurs cités par Marie-Claire Ponthoreau, on assisterait au « remplacement du modèle traditionnel de Kelsen au profit d'un espace normatif hétérogène centré autour des juges : un ordre juridique pluraliste, coopératif organisé en réseau ».





Dans ce contexte, le juge, et en particulier le juge suprême, se trouve inséré dans un dialogue avec ses homologues à l'étranger, qui passe par une attention croissante portée à la chose jugée par ces derniers. Le juge national ne se borne pas à emprunter des solutions retenues par d'autres juridictions, à s'en inspirer ou à les transposer telles quelles dans son ordre juridique. Il enrichit en outre sa réflexion en participant à un véritable échange intellectuel. Il ne s'agit pas seulement de faire sienne, le cas échéant, la règle positive étrangère mais également de se familiariser avec le raisonnement qui se trouve à son origine et avec le contexte social et économique dans lequel une telle norme a été construite.

## 2. Les modalités du recours au droit comparé par le juge

Regardant de plus en plus fréquemment au-delà des frontières, le juge intègre dans son raisonnement des éléments de droit comparé lorsqu'il se trouve face à une situation inédite ou particulièrement délicate, ou encore pour évaluer le degré de convergence entre sa solution et celles retenues par les États qu'il choisit comme étalons de référence. Ce faisant, l'exercice de comparaison lui permet de conforter le bien-fondé de sa décision et est, le cas échéant, susceptible de constituer un argument à l'appui de la solution retenue ou de fournir un aperçu des conséquences qui peuvent en découler en examinant sa mise en œuvre dans les ordres juridiques étrangers considérés.

Le droit comparé est donc, à l'heure actuelle, généralement reconnu comme l'un des instruments dont le juge dispose dans sa « boîte à outils ». Néanmoins, ce serait une erreur de sous-estimer l'ampleur de la controverse qui entoure désormais la méthodologie de la comparaison judiciaire. D'une certaine façon l'opposition de principe à l'utilisation de l'exemple étranger s'est déplacée sur le terrain plus subtil de la démarche à suivre, qui revêt en dépit de sa technicité apparente un caractère hautement politique<sup>104</sup>. Le débat porte notamment sur les modalités de l'utilisation du droit comparé et, en particulier, sur la sélection des systèmes juridiques à consulter et sur le poids à accorder aux informations tirées de leur observation dans le processus d'élaboration d'une décision juridictionnelle. La réponse varie grandement selon les juridictions qui se livrent à de telles comparaisons.

L'exemple de la Cour suprême canadienne illustre une utilisation extensive du droit comparé<sup>105</sup>. En effet, selon une étude menée par Peter McCormick, les jugements de la Cour suprême du Canada entre 2000 et 2009 contiennent mille cinq cents références de droit comparé, un chiffre qui représente un dixième du corpus de sources utilisées<sup>106</sup>. Pour leur part, sans exploiter les sources étrangères de manière aussi fréquente, les cours britanniques et allemandes en font également usage dans leurs décisions. Par exemple, dans sa décision *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*<sup>107</sup>, la *House of Lords*, sous la plume de Lord Bingham, s'est engagée dans

104 539 US, 123 S Ct 2472 *Lawrence v Texas* (cf. Justice Scalia's dissent).

105 On pourrait également citer la doctrine d'emploi du droit comparé par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, analysée par Christa Rautenbach "South Africa: Teaching an 'Old Dog' New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995-2010)." In: *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Court Judges* (Ed. Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau) Oxford: Hart Publishing, 2013, pp. 186-208.

106 Peter McCormick, "Waiting for Globalization : An Empirical Study of the McLachlin Court's Foreign Judicial Citations", *Ottawa Law Review* 41 (2009) 209-43.

107 [2002] UKHL 22.





une analyse de droit comparé sur une question de lien de causalité, en matière de responsabilité, dans un contexte d'exposition à l'amiante. En Allemagne, dans son très commenté arrêt relatif aux OMT (*opérations monétaires sur titres*), la Cour constitutionnelle fédérale s'est référée aux dispositions constitutionnelles des autres États membres à l'appui de sa réflexion sur l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne<sup>108</sup>.

Même si l'usage du droit comparé n'était traditionnellement pas ouvertement reconnu dans les décisions des juridictions françaises et italiennes, il semblerait que des éléments de droit comparé aient tout de même trouvé une place dans le raisonnement des magistrats. Selon les propos de Guy Canivet, « *en France, la Cour de cassation et les autres juridictions sont structurellement contraintes, par le style d'écriture traditionnel de l'arrêt à phrase unique et l'impossibilité de l'explication interprétative de la règle, à ne pas se référer expressément aux droits étrangers dans le corps même de l'arrêt* »<sup>109</sup>. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'on en trouve des marques dans la motivation même des décisions du Conseil d'État. Par exemple, dans une affaire portant sur les limites d'âge applicables aux contrôleurs aériens, le Conseil d'État a récemment inclus une référence au droit comparé dans le corps d'une décision<sup>110</sup>. Cependant, par les conclusions des premiers avocats généraux et avocats généraux à la Cour de Cassation<sup>111</sup> et des rapporteurs publics au Conseil d'État, l'utilisation du droit comparé devant ces institutions devient de plus en plus fréquente et appuyée. En Italie, la Cour constitutionnelle<sup>112</sup> ainsi que la Cour de cassation<sup>113</sup> ont notamment utilisé les ressources du droit comparé en matière d'unions civiles et ont mis en évidence la position isolée du droit italien – qui ne connaît d'autres formes d'unions que le mariage.

L'exemple américain offre une perspective assez unique sur le débat entourant la légitimité du droit comparé, car la querelle entre les partisans d'une approche restrictive de l'usage du droit comparé et les tenants d'une position plus ouverte au recours à cet instrument n'est pas tranchée. De manière générale, les tenants des thèses les plus réticentes à l'utilisation du droit comparé par la Cour Suprême fédérale justifient leur position par leur attachement à l'*originalism* constitutionnel comme technique d'interprétation de la Constitution, ainsi que par un souci de protéger la souveraineté américaine. À l'inverse, les partisans de l'utilisation du droit comparé estiment que les États-Unis ont tout à gagner à un dialogue juridique nourri au niveau international. C'est ainsi que Ruth Bader Ginsburg, juge de la

108 BVerfGH Décision 2 BvE 13/13 du 14 janvier 2014, § 30.

109 Guy Canivet, « The practice of Comparative Law by the Supreme Courts », in B. Markesinis, J. Fedtke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A new source of Inspiration?*, UCL Press, 2006, pp. 309-317.

110 Il s'agit de la décision rendue par l'assemblée du contentieux le 4 avril 2014, n° 362785 et autres, *ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c. M. L.*, (recueil Lebon p. 63). Une première référence au droit comparé – en l'occurrence à un arrêt de la *High Court of Justice*, britannique – figurait dans une ordonnance du juge des référés en 2003, pour justifier qu'un moyen soit regardé comme de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de l'acte administratif contesté (CE, juge des référés, 29 octobre 2003, *Société Techna S.A. et autres*, n° 260768, recueil Lebon p. 422).

111 Par exemple, dans l'affaire *Perruche* (Ass. Pl. 17 nov 2000), la Cour de Cassation se déclarait pour la première fois favorable à l'indemnisation d'un enfant pour le fait d'être né handicapé. Les références aux expériences allemandes et américaines figurent dans les conclusions de l'avocat général Sainte-Rose.

112 Cour constitutionnelle italienne, 14 avril 2010, n° 138/210.

113 Cour de cassation italienne, 15 mars 2012, n° 4184.





Cour suprême depuis 1993, a pu considérer que le système juridique américain se trouverait appauvri si la Cour suprême refusait de se nourrir des expériences d'autres systèmes juridiques ancrés dans des valeurs de démocratie similaires aux valeurs américaines<sup>114</sup>. Il arrive ainsi que la Cour suprême des États-Unis mentionne, à l'appui de ses raisonnements, des décisions rendues par des cours étrangères. Par exemple, dans sa décision *Roper v. Simmons*<sup>115</sup> jugeant inconstitutionnelle l'application de la peine de mort à des crimes commis par des individus mineurs, la Cour a relevé que les États-Unis étaient le seul pays continuant à appliquer la peine de mort dans ce contexte. Elle s'est également référée à l'article 37 de la convention internationale des droits de l'enfant, notant que les États-Unis et la Somalie constituent les deux seuls pays n'ayant pas ratifié la convention.

L'usage que le juge fait du droit comparé diffère de celui qu'en fait l'universitaire en ce que son approche est essentiellement tendue vers la résolution d'un litige. La recherche de droit comparé à laquelle procède le juge vise, en effet, « à identifier dans le droit étranger la réponse juridique apportée à un problème individuel ou social. À identifier les éléments de contexte qui peuvent avoir milité pour l'adoption de cette solution. À mettre en miroir les deux solutions. À voir quels enseignements la solution étrangère peut apporter pour la résolution du problème national »<sup>116</sup>.

S'intéresser à la manière dont le juge aborde l'analyse comparatiste implique également d'examiner les instruments dont il dispose pour ce faire.

L'influence croissante des solutions étrangères s'explique en tout premier lieu par les possibilités croissantes offertes par l'Internet d'accéder à la législation d'autres États ainsi qu'à une grande partie des décisions de leurs juridictions.

Lire une décision étrangère ne constitue pas pour autant une démarche comparatiste. La recherche de droit comparé présente un certain nombre d'écueils qui ne tiennent pas uniquement au niveau de langue du lecteur et justifient que le juge, s'il ne dispose pas d'une formation spécifique, fasse appel à l'assistance de personnels spécialisés. Ces derniers doivent-ils être des comparatistes ou des juristes spécialisés dans un droit étranger ? Si « le comparatiste et le juriste spécialisé sur un droit étranger font le même travail »<sup>117</sup> leur objectif diverge en ce que le comparatiste « ne cherche pas tant à étudier le droit étranger qu'à porter un autre regard sur son propre droit »<sup>118</sup>.

Cette distinction n'est toutefois opérante que si le but de l'utilisateur du droit comparé est bien d'enrichir sa réflexion et non de trouver exclusivement dans le droit étranger une forme de validation de la solution qu'il a, d'ores et déjà, retenue. La formulation de la question qui ouvre la recherche déterminera la finalité poursuivie.

114 Martha Minow, *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*, 2010, [http://www.harvardilj.org/2010/08/online\\_52\\_minow/](http://www.harvardilj.org/2010/08/online_52_minow/)

115 Cour suprême des États-Unis, *Roper v. Simmons*, 543 U.S.551 (2005).

116 Rodolfo Sacco cité par Horatia Muir Watt (*op. cit.* p. 504).

117 Marie-Claire Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 1, 2005, p. 10.

118 *Ibid* p. 10.







Un réel enrichissement de la réflexion suppose en outre que soit surmonté un certain nombre de difficultés inhérentes à la recherche de droit comparé. Le premier écueil réside dans l'identification des mots-clefs à utiliser. Celle-ci présuppose d'aller au delà d'une simple traduction, puisqu'il s'agit de retranscrire la question que se pose le juge dans un système de droit qui repose sur un terreau historique, social et économique différent. Cette démarche implique de se dépouiller un peu de sa propre culture juridique pour avancer dans le plus simple appareil possible vers celle que l'on souhaite interroger<sup>119</sup>. Outre le danger de ne voir la signification des concepts étrangers qu'à travers le prisme de sa propre culture, on peut également être tenté de ne retenir du système étudié que ce qui est intelligible, parce que déjà familier.

La restitution des résultats de la recherche impose également des choix dont certains sont à peine conscients : gommer les dissemblances ou insister sur ce qui est différent<sup>120</sup>. Ainsi que cela a été souligné, le comparatiste ne fait pas l'exposé des choix qui ont été les siens<sup>121</sup>. À ce premier filtre s'ajoutera celui du juge qui décidera si la recherche est utile et choisira d'en retenir les éléments qu'il jugera pertinents. Selon l'importance qu'il lui accordera, le statut de l'argument de droit comparé oscillera « *between optionnal and compulsory* », entre le dernier cri de la mode de printemps, dont parlait le doyen Vedel<sup>122</sup>, et un outil pragmatique et indispensable dans un ordre juridique mondialisé.

119 Otto Pfersmann donne pour exemple la phrase « *The President enjoys immunity* » qui peut prendre des acceptions différentes selon le système constitutionnel du pays et selon que l'on entend « *immunity* » comme privilège de juridiction ou comme impunité.

120 R. B. Schlessinger cité par Marie-Caire Ponthoreau.

121 Selon Marie-Claire Ponthoreau.

122 Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 96.







# Biographies des intervenants

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

## Le modérateur

### **Bernard Stirn,**

*président de la section du contentieux du Conseil d'État*

Bernard Stirn est le président de la section du contentieux du Conseil d'État depuis 2006. Licencié en droit, diplômé de Sciences Po Paris, ancien élève de l'ENA, Bernard Stirn a intégré le Conseil d'État en 1976. Il a notamment exercé les fonctions de commissaire du Gouvernement et d'assesseur à la section du contentieux, avant d'être nommé président de la 7<sup>e</sup> sous-section en 1998, puis président adjoint de la section en 2002. Bernard Stirn a, par ailleurs, été directeur du cabinet du secrétaire d'État auprès du ministre de l'éducation nationale, rapporteur adjoint auprès du Conseil constitutionnel, commissaire du Gouvernement au Tribunal des conflits puis membre de ce Tribunal. De 1991 à 1995, il a été le secrétaire général du Conseil d'État. Bernard Stirn est professeur associé à Sciences Po Paris et président du conseil d'administration de l'Opéra national de Paris. Il coordonne les enseignements juridiques à l'ENA. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, en particulier : *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, *Les libertés en questions*, *Vers un droit public européen* et, en collaboration avec Yann Aguila, *Droit public français et européen*.

## Intervenants

### **Ronny Abraham,**

*président de la Cour internationale de justice*

Ronny Abraham est le président de la Cour internationale de justice depuis février 2015. Diplômé de Sciences Po Paris, titulaire d'un DES en droit public et ancien élève de l'ENA, il débute sa carrière comme conseiller au tribunal administratif de Versailles (1978-1985), avant d'être nommé sous-directeur des droits de l'homme à la direction juridique du ministère des affaires étrangères. En 1988 il intègre la section du contentieux du Conseil d'État, où il exerce notamment les fonctions de commissaire du Gouvernement. Il a également été membre puis président (1987-1989) du comité d'experts du Conseil de l'Europe pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme, et président du Comité consultatif mixte de l'Organisation de coopération et de développement économiques (1994-1998). En 1998, Ronny Abraham est nommé directeur des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères. Il est parallèlement professeur de droit international à Sciences Po Paris (jusqu'en 1998), et professeur associé à l'université de Paris X Nanterre (1997-2003) et à l'université Panthéon-Assas (2004-2005). Il est l'auteur de nombreux articles parus dans des revues juridiques. En 2005, il est désigné juge à Cour internationale de justice, dont il est élu président en 2015.





**Mitchel Lasser,**

*professeur de droit à l'université Cornell d'Ithaca, New-York*

Mitchel Lasser est titulaire de la chaire Jack G. Clarke en droit et directeur des études doctorales à la faculté de droit de Cornell, où il codirige la session d'été de droit international et comparé à Paris. Ses recherches se portent sur le droit comparé, le droit européen, le droit constitutionnel comparé et la théorie et la pratique de la prise de décision judiciaire. Il est diplômé de l'université de Yale (B.A., 1986 ; M.A. littérature française, 1990 ; Ph.D. littérature comparée, 1995) et de la faculté de droit de Harvard (J.D., 1989). Il a été bénéficiaire d'une bourse *Fulbright* en 1993-1994 afin de poursuivre en France des recherches sur le système judiciaire français. Il a enseigné à l'université Panthéon-Sorbonne, à l'université de Lausanne, à l'université de Genève, à la faculté de droit de l'université de New-York, à Sciences Po Paris, à l'université de Paris V, et à l'université Católica de Lisbonne. Il a été « *Fulbright Distinguished Visiting Chair* » à l'Institut universitaire européen de Florence et « *Maurice R. Greenberg Visiting Professor* » à l'école de droit de l'université de Yale. Ses principaux ouvrages, *Judicial Deliberations : A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy* (2004, rééd. 2009) et *Judicial Transformations : The Rights Revolution in the Courts of Europe* (2009) sont publiés par Oxford University Press. Ses principaux articles sont parus dans la *Harvard Law Review*, le *Yale Law Journal*, la *Cornell Law Review*, la *Cardozo Law Review*, l'*American Journal of Comparative Law*, la Revue trimestrielle de droit civil, les Archives de philosophie du droit, et le *Theoretical Inquiries in Law*.

**Sylvaine Poillot Peruzzetto,**

*professeure agrégée des universités, conseillère en service extraordinaire à la Cour de cassation*

Docteure en droit (université Panthéon-Assas), agrégée des universités, titulaire d'une licence en lettres modernes et d'une licence en psychologie, Sylvaine Poillot Peruzzetto a commencé sa carrière comme avocate à Paris, puis au Royaume-Uni (Londres et Southampton) de 1985 à 1989. Elle est, par la suite, devenue juriste d'entreprise au département « droit européen et international » du service juridique de Michelin, de 1989 à 1992. Agrégée des universités, elle a été nommée en 1993 professeure à l'université de Toulouse, où ses activités d'enseignement comme de recherche ont concerné le droit international privé, le droit de la concurrence, le droit du commerce international et le droit européen matériel. Fondatrice et directrice de l'École européenne de droit, elle a également exercé les fonctions de vice-présidente chargée des relations internationales. Elle est également co-fondatrice du groupe de recherche interdisciplinaire « Les amphis de l'Europe » et du groupe de recherche labellisé CNRS « Espace de liberté, sécurité, justice ». Outre ses activités d'édition, elle est l'auteure d'ouvrages tels que : *Le Guide pratique de la procédure civile anglaise* (éd. Litec), et *Le droit communautaire appliqué aux entreprises* (éd. Dalloz). Sylvaine Poillot Peruzzetto est conseillère en service extraordinaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation depuis janvier 2015.





# Actes – Objectifs, méthodes et usages du droit comparé

**Bernard Stirn**

*président de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Cette deuxième conférence du cycle « droit comparé et territorialité du droit » a pour thème : les objectifs, les méthodes et les usages du droit comparé. Je remercie les trois intervenants venus nous apporter leur regard d'experts, qui est à la fois celui du praticien et de la doctrine : Ronny Abraham, président de la Cour internationale de justice ; Michel Lasser, professeur à l'université *Cornell* aux États-Unis ; et Sylvaine Poillot Peruzzetto, professeure de droit et conseillère en service extraordinaire à la Cour de cassation.

Je préciserai deux choses en introduction : nous assistons actuellement à un retour du droit comparé et, en même temps, nous devons nous demander s'il ne s'agit pas du retour d'un nouveau droit comparé ou, en tous cas, d'un droit comparé renouvelé par rapport aux pratiques antérieures.

## 1. Le retour du droit comparé

Comme il y a des cycles en économie, peut-être existe-t-il aussi des cycles dans la vie juridique ? En tous cas, en droit français – le professeur Lasser pourra nous dire ce qu'il en est du droit américain –, il y a eu des cycles sur le droit comparé. Le droit comparé était très présent à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, aussi bien dans la doctrine juridique que dans la pratique, et c'est peut-être là qu'il a atteint, en France, sa plus grande autorité.

Si l'on regarde le seul droit administratif, il est très frappant de constater que la deuxième édition de l'ouvrage fondamental et largement fondateur de Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, publié en 1896, à l'extrême fin du XIX<sup>e</sup> siècle, lorsque Laferrière était vice-président du Conseil d'État, commence par deux cents pages de droit comparé<sup>123</sup>. Ainsi, avant même de parler du développement du contentieux devant le Conseil d'État, des recours contentieux qui se construisaient en cet âge d'or du contentieux administratif de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, Laferrière commence par regarder comment le contrôle juridictionnel de l'administration est organisé dans différents pays qu'il passe en revue de manière très précise : les États-Unis, mais également l'Allemagne, la Suisse et quelques autres. Il écrit, d'ailleurs, au début de ce traité : « *La législation comparée offre d'utiles enseignements* ». C'est une époque où, dans les facultés de droit et singulièrement à la faculté de Paris, le droit comparé occupait une place tout à fait considérable et éminente dans les enseignements et dans la doctrine universitaire, publiciste comme privatiste.

<sup>123</sup> Louis-Édouard Julien Laferrière (1841-1901), juriste, vice-président du Conseil d'État de 1886 à 1898. Principal ouvrage, fondateur du droit administratif français moderne : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, deux vol., Berger-Levrault, 1887-1888 (2<sup>e</sup> éd. 1896 ; réimpression LGDJ, 1989).





Après cette époque, le droit comparé a enregistré un certain recul, notamment en droit administratif où celui-ci a été particulièrement visible dans la pratique. Ce qui n'était pas le cas en droit constitutionnel et encore moins en droit civil.

Je me souviens également qu'à l'époque où nous étions, le président Abraham et moi-même, commissaires du Gouvernement, des références de droit comparé auraient semblé quelque peu exotiques, voire relativement insolites pour les formations de jugement. Même des esprits aussi ouverts à l'international (déjà) que celui du président Abraham ne s'aventuraient que d'une manière très mesurée sur le terrain du droit comparé. Personnellement, je ne crois guère l'avoir fait avant l'extrême fin du moment où je concluais, où l'apparition du contrôle de conventionalité commençait à ouvrir des pistes de droit comparé.

On pourrait s'interroger sur les raisons de ce recul, sans doute lié à la force du droit administratif français et à la croyance que ce droit suffisait à lui seul à expliquer l'ensemble des constructions juridiques. Peut-être aussi peut-on y voir une conséquence de l'apparition du droit communautaire, puis du droit de la Convention européenne des droits de l'homme ; les esprits les plus tournés vers le droit au-delà des frontières préférant se centrer alors sur le droit européen dans ses deux branches : droit communautaire et droit de la Convention EDH, en délaissant le droit comparé.

Toutefois, depuis quelques années, nous assistons à un retour, visible dans la doctrine, du droit comparé.

J'avoue même avoir été surpris en constatant, avec la présidente de la section du rapport et des études et quelques autres membres, que de nombreuses thèses présentées à l'occasion du premier prix de thèse du Conseil d'État<sup>124</sup>, avaient pour sujet le droit comparé. Ceci est d'autant plus frappant que je me souviens très bien qu'ayant eu l'honneur de siéger, en 1997-1998, au jury d'agrégation que présidait le doyen Favoreu<sup>125</sup>, l'une des observations du jury avait été de regretter – car le président Favoreu était un ardent partisan et pratiquant du droit comparé – qu'il n'y ait pas assez de thèses de droit comparé dans les thèses soumises au jury d'agrégation. Les choses ont bien changé depuis, surtout en pratique, car aujourd'hui, dans les travaux qui sont les leurs, le Conseil d'État et la Cour de cassation font un large usage du droit comparé.

Ainsi, au Conseil d'État, une cellule de droit comparé a-t-elle été mise en place en 2008 pour réunir les éléments d'information nécessaires, les tenir à jour, et faire les recherches qui s'imposent. Il suffit de regarder aujourd'hui les conclusions, non plus des commissaires du Gouvernement mais des rapporteurs publics, pour voir que dans un très grand nombre d'affaires, notamment les grandes affaires, les rapporteurs publics évoquent le droit comparé au soutien de leurs conclusions.

Je pense que nous pouvons nous féliciter du retour du droit comparé, mais nous devons aussi chercher à expliquer ce phénomène.

<sup>124</sup> En 2015, le Conseil d'État a créé un prix de thèse visant à récompenser l'excellence et l'originalité des travaux menés par un docteur en droit public. Ce prix de thèse est organisé tous les deux ans en alternance avec celui du Comité d'histoire du Conseil d'État.

<sup>125</sup> Louis Favoreu (1936-2004), juriste et universitaire français, professeur de droit public, ancien doyen de la faculté de droit d'Aix-en-Provence et ancien président de l'université d'Aix-Marseille III.





## 2. Le renouveau du droit comparé

Nous devons nous interroger sur le droit comparé tel qu'il est aujourd'hui pratiqué.

Je serais tenté de dire que ce n'est plus exactement celui de Laferrière, qui se traduisait de manière extrêmement documentée par des analyses précises, mais successives, de la situation des différents pays examinés. Auparavant, en effet, le droit comparé consistait à regarder, à analyser, les droits des pays voisins. Il me semble actuellement que ce n'est plus exactement le cas, et qu'il nous faut d'ailleurs réfléchir à ce qu'est le droit comparé, à ce que doit être ou devrait être le droit comparé. De ce point de vue là, je ferai trois constations :

- D'une part, et c'est ce qui justifie le choix même du thème général de cette série de conférences organisées par la section du rapport et des études et par la section du contentieux, le droit comparé entretient aujourd'hui des liens étroits avec l'extraterritorialité. C'est la raison pour laquelle il nous a paru intéressant de rapprocher ces deux évolutions. En effet, le droit se définit de moins en moins par l'espace étatique ou par l'espace national. De ce point de vue, le monde a beaucoup changé. Si une grande assimilation a longtemps existé entre le territoire, l'État et le droit, aujourd'hui il n'est plus possible de raisonner ainsi. Le droit chemine. Le droit vagabonde au-delà des frontières. Et beaucoup des grandes questions juridiques que les uns ou les autres, dans tous les domaines du droit, ont à aborder, ont des sources qui ne sont pas territoriales : droit de l'environnement, droit de l'Internet, droit civil ou droit pénal. Ce droit de plus en plus détaché du territoire rend, par conséquent, d'autant plus nécessaire la comparaison à des droits nationaux (qui, en retour, sont profondément marqués par des sources extraterritoriales).

- D'autre part, il existe un jeu d'influences réciproques entre les systèmes juridiques qui les conduit à s'influencer, à s'interpénétrer, beaucoup plus que par le passé. Le droit évolue au regard, non seulement, de ses sources nationales qui restent tout de même importantes, mais également des autres sources juridiques. Ce phénomène est particulièrement marqué en Europe. Il n'est certes pas propre à l'Europe, mais il y est spécialement fort, notamment dans les États membres de l'Union européenne où existe un regard juridique croisé entre les trois cercles conjugués que sont : le droit de l'Union, le droit de la Convention EDH et les différents droits nationaux. Ce jeu d'interactions réciproques donne aussi, aujourd'hui, une coloration nouvelle et un intérêt supplémentaire au droit comparé.

- Enfin, je pense que nous devons réfléchir dans un cadre que je qualifierais d'*interactif*. Le droit comparé n'a jamais été constitué de simples monographies juxtaposées. Il est aujourd'hui plus qu'hier, et de plus en plus, la conscience, la réflexion sur les interactions réciproques entre les différents droits, entre les différents systèmes nationaux. Et l'exercice, toujours intéressant et stimulant, de droit comparé l'est davantage encore dans cette dimension interactive. C'est dans cet esprit que le présent colloque va approfondir la réflexion sur les objectifs, les méthodes et les usages du droit comparé.

Sans plus attendre, je laisse au président Abraham le soin de nous entretenir des usages du droit comparé par le juge international, qu'il est particulièrement bien placé pour évoquer.





---

## Ronny Abraham

*président de la Cour internationale de justice*

Je suis très honoré d'ouvrir ce colloque, mais n'est-ce pas quelque peu paradoxal de débiter ces interventions par les propos d'un juge international ? Car ce n'est pas à lui que l'on pense en premier lieu lorsque l'on réfléchit au recours au droit comparé dans le cadre de l'activité juridictionnelle. On pense d'abord au juge national, aux cours suprêmes nationales qui, ayant à trancher une question d'interprétation de la législation interne ou à fixer leur jurisprudence sur un point de droit, regardent du côté des jurisprudences des autres cours suprêmes nationales pour s'en inspirer ou, à tout le moins, les prendre en considération pour en tirer des conséquences.

Dans ce sens là, le droit comparé est d'abord le droit étranger. Et si c'est ainsi que l'on aborde la question, l'on peut se demander ce que le juge international a à voir dans cette problématique, puisque le juge international applique le droit international qui, en principe, est le même partout. En tout cas, s'il s'agit du droit conventionnel, il est le même entre tous les États parties à un même traité, et il n'a pas d'effets à l'égard des États qui ne sont pas parties à ce traité. Par conséquent, la démarche comparatiste paraît quelque peu déplacée, voire peu pertinente, à propos de l'office du juge international.

Mais, en réalité – et comme vous le savez – ce n'est pas aussi simple, car le droit comparé a aussi sa place dans la démarche du juge international ; démarche qui répond non pas à un usage, mais à plusieurs usages, d'où l'utilisation du pluriel pour évoquer *les usages du droit comparé par le juge international*, chacun d'entre eux répondant à une fonction bien particulière.

À cet égard, trois fonctions me paraissent devoir être distinguées : premièrement, le droit comparé est utilisé, ou peut l'être, par le juge international comme un moyen parmi d'autres d'interpréter les traités internationaux, plus précisément de définir la portée d'une obligation internationale conventionnelle ou d'un droit conféré par une convention internationale. Deuxièmement, le droit comparé a aussi une place importante quand il s'agit pour le juge international d'identifier et de définir le contenu de la coutume internationale. Enfin, troisièmement, il y a place depuis quelques années pour quelque chose d'un peu nouveau que j'appellerai la jurisprudence internationale comparée.

Ces trois fonctions appellent les trois développements suivants.

### **1. En premier lieu, le droit comparé dans le cadre de l'interprétation par le juge international des traités internationaux concerne, en réalité, deux aspects quelque peu différents**

a) Le premier aspect se réfère à une règle, bien connue, de l'interprétation des traités internationaux formulée par la convention de Vienne sur le droit des traités qui, pour l'essentiel, codifie la coutume internationale en la matière<sup>126</sup>. Règle selon

<sup>126</sup> La convention de Vienne sur le droit des traités a été adoptée le 23 mai 1969. La France, seule, à voter contre son adoption en raison de la notion inscrite à l'article 53 de *jus cogens* (norme impérative du droit international général), mais elle se considère liée par les nombreuses dispositions qui se bornent à une simple codification du droit coutumier. V. P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, PUF, 1995 ; et, pour une mise en perspective, E. Decaux, *Droit international public*, Paris, éd. Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2006.







laquelle un traité doit être interprété, le cas échéant à la lumière d'un *accord subséquent* entre les parties concernant son interprétation. Autrement dit, si les parties à un traité se sont mises d'accord entre elles après la conclusion du traité sur le sens qu'il convenait de donner au traité en cause, cet accord subséquent est évidemment un critère d'interprétation fort puisque, en principe, c'est à lui qu'il faudra se référer pour interpréter le traité.

Or, cet accord subséquent ne prend pas nécessairement la forme d'un accord en bonne et due forme, d'un traité international signé. Cela peut être un accord plus ou moins tacite. Pour le découvrir, on peut se référer aux jurisprudences des cours suprêmes nationales, à celles des États parties au traité, ou aux législations nationales visant à mettre en œuvre le traité. La comparaison de ces législations nationales (quand elles existent) ou de ces jurisprudences nationales peut parfois permettre de conclure que, finalement, les parties sont d'accord pour interpréter le traité d'une certaine manière et, en ce cas, le juge international en prend acte.

En réalité, il y a peu d'exemples de cette situation dans la jurisprudence parce que, par définition, quand une affaire vient devant le juge international, que les parties demandent au juge de prendre position sur un point d'interprétation du traité international qui les lie, c'est que les législations et/ou les pratiques internes sont en désaccord. Sinon, il n'y aurait pas de procès. Pour cette raison, il est rare que le juge international ait recours au droit comparé à ce titre. Ou bien, s'il est appelé à le faire, il conclut généralement à l'absence d'accord subséquent.

b) Le second aspect est beaucoup plus fréquent, et devient même très courant dans la jurisprudence, notamment de certaines juridictions régionales de protection des droits de l'homme ; il s'agit de recourir au droit comparé lorsque le juge cherche à définir la portée d'une obligation conventionnelle qui présente un caractère évolutif, c'est-à-dire qui évolue avec le temps et qui peut donc ne pas avoir la même signification qu'à l'époque où le traité a été conclu. Si l'on part de l'idée que certaines obligations conventionnelles ont un sens évolutif, que cette évolution dépend du contexte général, de l'état des esprits, de l'état des sociétés, des demandes sociales, des conceptions sociales, et que le juge international est chargé de dire, à un moment donné, où l'on en est de cette évolution, il est clair que l'examen comparatiste des législations nationales et des jurisprudences nationales est un puissant moyen pour lui permettre d'arriver à ses propres conclusions.

C'est une démarche à laquelle les juridictions européennes nous ont largement habitués, notamment – mais pas uniquement – la Cour EDH qui affirme que la Convention EDH est un instrument vivant. Ce qui signifie que son sens et sa portée ne sont pas les mêmes selon les époques. Pour définir la portée de cette évolution, il faut savoir où en est dans les différents États, quelles sont les pratiques, quelles sont les législations et quelles sont les jurisprudences, afin que le juge international puisse fixer sa propre jurisprudence et la faire évoluer en fonction de ce qu'il pense être l'état des conceptions dominantes à un moment donné dans les États parties à la Convention. Le droit comparé apparaît ici comme un puissant instrument d'interprétation du traité, pas exactement du traité lui-même, mais de la portée du contenu évolutif des droits et des obligations conférés par le traité.





Un exemple récent révèle cet aspect des choses : l'arrêt de la Cour EDH de 2014 sur la gestation pour autrui (GPA) concernant la France<sup>127</sup>. En l'espèce, il s'agissait de savoir quels effets juridiques devaient être tirés dans un État de la location du ventre d'une femme effectuée dans un État étranger où cette pratique est légale. La Cour EDH a estimé, à cet égard, qu'à la fois la pratique et la jurisprudence françaises n'étaient pas, dans une certaine mesure, conformes à l'article 8 de la Convention EDH (concernant le droit au respect de la vie privée et familiale). Elle n'est parvenue à cette conclusion qu'après avoir effectué une étude de droit comparé, décrite dans l'arrêt lui-même<sup>128</sup>, afin de savoir, d'une part, quelles étaient les législations nationales en matière de GPA et, d'autre part, comment les États qui l'interdisent considèrent les situations juridiques nées à l'étranger d'une telle pratique effectuée dans un État où celle-ci est légale.

Il s'agit là d'un exemple typique d'utilisation explicite du droit comparé par une juridiction internationale, puisque la Cour EDH est une juridiction internationale même si sa fonction s'apparente à certains égards à celle d'une juridiction constitutionnelle. Elle doit interpréter un traité, et définir la portée des obligations qu'un traité impose aux États parties. C'est là une première fonction du droit comparé tel qu'il est mis en œuvre par le juge international.

## **2. En deuxième lieu, le droit comparé est également très utile lorsque le juge international est à la recherche de la coutume.**

Le droit international est en effet encore très largement un droit coutumier. On pourrait même dire qu'il est essentiellement un droit coutumier, car l'essentiel du droit international est encore dans la coutume. Les traités viennent en quelque sorte compléter cette construction dont les fondations restent encore essentiellement coutumières. Il appartient donc souvent au juge international, pour trancher un différend, de dire ce qu'est, à un moment donné, la coutume internationale.

Or, la coutume est une règle de droit qui prend naissance à partir d'une pratique suffisamment générale pour dénoter une sorte de consensus entre les acteurs de la vie internationale que sont les États. Une pratique qui doit aussi être complétée par *l'opinio juris*, c'est-à-dire la conviction partagée que cette pratique n'est pas un simple usage mais correspond à une obligation juridique. Quand le juge international part à la recherche de la pratique des États – et l'exercice est toujours difficile – pour identifier la coutume internationale, il doit considérer l'ensemble des éléments de cette pratique concernant le point de droit sur lequel il est appelé à se prononcer, y compris les législations et les jurisprudences nationales.

On notera que les jurisprudences des cours suprêmes ne sont pas considérées en tant que telles, comme des jurisprudences (ou des sources de droit), mais plutôt

127 CEDH, 26 septembre 2014, *Mennesson c. France*, req. n° 65192/11.

128 *Ibid.*, paragr. 40 et suiv., section VI. Éléments de droit comparé : « 40. La Cour a procédé à une recherche de droit comparé couvrant trente-cinq États parties à la Convention autres que la France : Andorre, l'Albanie, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Moldova, Monaco, le Monténégro, les Pays-Bas, la Pologne, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, Saint-Marin, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine. 41. Il en ressort que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze de ces États (...) ».





comme l'un des éléments de la pratique des États. Une décision de cour suprême nationale est un acte de l'État du point de vue du droit international, et manifeste une certaine pratique de l'État au sens de la coutume internationale. De la même façon, les législations nationales sont des aspects de la pratique des États.

On trouve un exemple de cette démarche dans l'arrêt largement commenté rendu par la Cour internationale de justice en février 2012 : *Allemagne contre Italie*<sup>129</sup>. Il s'agissait pour la Cour de dire si la coutume internationale fait obstacle à ce qu'un État soit poursuivi devant les tribunaux d'un autre État en responsabilité civile. Si oui, jusqu'où va cette interdiction ? Quel est son domaine ? Quelles sont éventuellement les exceptions ou les limites à une telle immunité ? Tout le monde convient qu'il existe, en principe, une immunité des États devant les juridictions des autres États, et que cette règle est bien établie. Mais le débat portait sur la portée, les limites et les exceptions à cette immunité. L'Allemagne avait été poursuivie et condamnée civilement devant les tribunaux italiens, et se plaignait devant la Cour internationale de justice que son immunité de juridiction, invoquée sans succès devant les juridictions italiennes, avait été méconnue.

Le débat tournait autour de la coutume internationale, car il n'existe aucun traité relatif aux immunités en vigueur entre l'Allemagne et l'Italie. La Cour internationale de justice s'est demandé si la pratique des États en la matière permettait de définir un principe d'immunité juridictionnelle couvrant des situations telles que celles qui étaient en cause dans les affaires où l'Allemagne avait été attraitée devant les tribunaux italiens, s'agissant de recours en responsabilité portés par d'anciennes victimes (ou leurs ayants droit) d'actes commis par l'Allemagne en Italie durant la Seconde guerre mondiale. Était-on ou non dans le champ du principe d'immunité juridictionnelle des États définie par la coutume internationale ? La Cour internationale de justice répond de façon affirmative à cette question, en estimant que l'on est bien dans le champ de l'immunité juridictionnelle due à l'Allemagne, et qu'à ce titre l'Italie a méconnu ses obligations internationales.

À cet effet, la CIJ a procédé à un examen minutieux des législations nationales là où elles existent (ce qui n'est pas le cas, par exemple, en France) et des jurisprudences nationales, notamment des cours suprêmes, pour savoir comment chaque État traite dans son droit interne, supposé par lui être nécessairement conforme au droit international, la question de l'immunité juridictionnelle due aux États étrangers en matière civile. Cet examen minutieux de droit comparé, qui comporte plusieurs dizaines de pages dans l'arrêt de la Cour de La Haye, vise à identifier l'état de la pratique des États en matière d'immunité juridictionnelle. L'identification de cette pratique est, en effet, un élément essentiel de la détermination de la coutume internationale. Ce cas montre à quel point le droit comparé intervient dans la recherche délicate – et toujours sujette à controverse – de la coutume internationale, car rien n'est plus discutable et fragile que la coutume qui est par définition évolutive et par nature incertaine. C'est pourquoi, il se peut que dans dix ou quinze ans, la Cour ne rende pas le même arrêt qu'en 2012 car, entretemps, la pratique et les conceptions liées à l'*opinio juris* sont susceptibles d'évoluer.

<sup>129</sup> Cour internationale de justice, 3 février 2012, arrêt *Allemagne c. Italie, Grèce intervenant* (immunité juridictionnelle des États).





### 3. Enfin, le troisième élément que je souhaiterais mentionner concerne l'apparition relativement récente de ce que j'ai appelé la jurisprudence internationale comparée.

Cette évolution souligne la référence faite par les juges internationaux aux décisions rendues par les autres juges internationaux. Ce phénomène est lié au développement et à la multiplication des juridictions internationales, qui s'est accru depuis le début des années 1990 avec la naissance des juridictions pénales internationales, d'abord spécialisées : Tribunal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)<sup>130</sup>, Tribunal pour le Rwanda (TPR)<sup>131</sup> auxquelles se sont ajoutés d'autres tribunaux, comme par exemple le Tribunal spécial pour le Liban (TSL)<sup>132</sup>, puis une juridiction pénale internationale à compétence générale – en tout cas potentiellement générale – la Cour pénale internationale (CPI)<sup>133</sup>. Ajoutons à cette liste des juridictions internationales spécialisées, comme le Tribunal international du droit de la mer de Hambourg (TIDM)<sup>134</sup>, ainsi que des juridictions régionales qui, elles, existent depuis plus longtemps et dont la jurisprudence s'est considérablement développée ces dernières années. Sans oublier, bien sûr, la Cour internationale de justice (CIJ)<sup>135</sup>. Si bien que l'on s'est demandé si ce développement des juridictions internationales ne créait pas le risque d'une mauvaise prolifération du droit par le développement de jurisprudences peu harmonisées entre elles.

130 Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a été institué en mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de sécurité de l'ONU, aux fins de poursuivre et de juger les personnes coupables de violations graves du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1991.

131 Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a été mis en place en novembre 1994 par la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies, afin de juger les responsables d'actes de génocide et d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda, ou par des citoyens rwandais sur le territoire d'États voisins en 1994.

132 Le Tribunal spécial des Nations Unies pour le Liban (TSL) a été créé à la suite d'un accord entre l'ONU et la République libanaise, conformément à la résolution 1664 de mars 2006. Le Conseil de sécurité des Nations Unies, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, a approuvé l'accord en mai 2007 du Conseil de sécurité par la résolution 1757. Le mandat du tribunal est de « *poursuivre les personnes responsables de l'attentat du 14 février 2005 qui a entraîné la mort de Rafic Hariri (1944-2005), Premier ministre en exercice et la mort ou les blessures d'autres personnes* ». Le TSL est considéré comme un tribunal « hybride » international<sup>1</sup>, similaire au Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) ou les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC).

133 La Cour pénale internationale (CPI), cour permanente régie par le statut de Rome, a été créée en 1998 sous l'impulsion de l'ONU dont elle est toutefois indépendante. Elle est entrée en fonction le 1<sup>er</sup> juillet 2002 après la ratification du statut de Rome par soixante pays. Au total, cent vingt-trois États – dont le dernier en date : la Palestine en avril 2015 – sur les cent quatre-vingt treize États membres de l'ONU sont parties au statut, dont une majorité de pays africains et l'ensemble des pays de l'Union européenne. L'objectif de la CPI est de « *mettre fin à l'impunité des auteurs des crimes les plus graves [génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre] qui touchent la communauté internationale* ». La CPI ne peut poursuivre que des personnes physiques, et non des États.

134 Le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) est un organe judiciaire indépendant créé par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ouverte à la signature à Montego Bay (Jamaïque) le 10 décembre 1982 et entrée en vigueur le 16 novembre 1994, pour connaître des différends auxquels pourraient donner lieu l'interprétation et l'application de la Convention.

135 La Cour internationale de Justice (CIJ) est l'organe judiciaire principal de l'ONU. Elle a été instituée en juin 1945 par la Charte des Nations Unies et a entamé son activité en avril 1946. La mission de la Cour est de régler, conformément au droit international, les différends d'ordre juridique qui lui sont soumis par les États et de donner des avis consultatifs sur les questions juridiques que peuvent lui poser les organes et les institutions spécialisées de l'ONU autorisés à le faire. La Cour se compose de quinze juges élus pour un mandat de neuf ans par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies. Ses langues officielles sont le français et l'anglais.





Bien entendu, chacune de ces juridictions a sa propre compétence : en principe, elles n'examinent pas les mêmes affaires ou les mêmes types d'affaires. Toutefois, d'une part, on a des affaires qui pourraient être soumises à l'une ou l'autre de ces juridictions, des domaines où les compétences sont en partie concurrentes et, d'autre part, même quand les compétences ne sont pas concurrentes *stricto sensu* la nature des questions soulevées peut très bien être partiellement la même devant l'une ou l'autre des juridictions. Autrement dit, même quand les conclusions sont différentes, les moyens peuvent se recouper. D'où l'importance de l'harmonisation des jurisprudences. Or, ce qui frappe dans l'examen des décisions rendues par les juridictions internationales, depuis une vingtaine d'années, c'est leur volonté de ne pas se mettre en conflit les unes avec les autres, de s'obliger autant que possible à une certaine autodiscipline et, surtout, de se référer aux positions prises par les autres juridictions de façon à conformer leurs propres jurisprudences à celle des autres, bien qu'aucune d'entre elles ne puisse, en droit, imposer sa prééminence aux autres.

À ma connaissance, il n'existe qu'un seul cas où, après un examen attentif, une juridiction internationale a délibérément adopté, sur un point de droit international, une position contraire à celle d'une autre. Il s'agit du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie qui, de façon tout à fait délibérée et avec une longue motivation, a pris ses distances par rapport à une jurisprudence préexistante de la Cour internationale de justice. Le TPIY ne l'a pas ignorée. Il l'a mentionnée, citée et même critiquée. Quelques années plus tard, la Cour internationale de justice s'est trouvée dans une autre affaire en présence de la même question de droit. À son tour, elle a mentionné, cité et examiné la jurisprudence du TPIY – les deux juridictions sont voisines à La Haye – et a maintenu sa position antérieure ; en précisant pourquoi elle n'était pas convaincue par la position adoptée par le TPIY. Je ne rentre pas dans les détails de cette controverse, largement commentée par les internationalistes.

En dehors de cet exemple, je pense que la volonté des juges internationaux est de développer des jurisprudences aussi harmonieuses que possible les unes avec les autres et, à cette fin, ils se réfèrent explicitement et très fréquemment aux décisions des autres juridictions. Pendant longtemps, cette référence était surtout celle des juridictions régionales ou spécialisées à l'égard de la jurisprudence de la Cour internationale de justice. Cette dernière possède, en effet, une sorte de prééminence (au moins morale) et les autres juridictions se réfèrent de longue date à sa jurisprudence chaque fois qu'elles ont à trancher une question de droit international général sur laquelle la CIJ a déjà fixé sa jurisprudence (droit des traités, droit des immunités, etc.).

Il doit être noté que ces dernières années, la Cour internationale de justice a accepté, sans perdre sa position centrale – qu'elle conserve quoi qu'il arrive –, de se référer dans ses propres arrêts aux décisions rendues par les autres juridictions. Ceci est surtout vrai lorsqu'elle est amenée à se prononcer dans une affaire sur un domaine spécialisé du droit international, un domaine spécifique qui relève *ratione materiae* plus directement de la compétence d'une autre juridiction internationale.





J'en donnerai un seul exemple : il y a quelques années, dans une affaire *Guinée contre Congo*<sup>136</sup>, la Cour internationale de justice a dû appliquer le pacte international sur les droits civils et politiques parce que l'affaire concernait la façon dont le Congo avait traité un ressortissant guinéen qui avait été arrêté, placé en détention et expulsé du territoire congolais, après avoir été, disait la Guinée, plus ou moins spolié de ses biens. Les griefs articulés par l'État demandeur (la Guinée) étaient en grande partie tirés de la violation du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) en matière d'arrestation et d'expulsion d'étrangers<sup>137</sup>. La Cour a donc appliqué ces dispositions. Pour ce faire, elle a dû les interpréter et, pour cela, s'est référée très naturellement à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies<sup>138</sup>, qui est un organe indépendant travaillant selon une procédure quasi-juridictionnelle et qui est chargé, à travers ses avis, d'interpréter et d'appliquer le PIDCP en veillant à son respect par les États. Comme les dispositions du Pacte international sont en grande partie substantiellement les mêmes que celles, par exemple, de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour internationale de justice a fait référence aussi à la jurisprudence de la Cour EDH sur les dispositions substantiellement analogues à celles dont elle avait elle-même à faire application ; ceci pour s'assurer que les positions qu'elle adoptait étaient bien en harmonie avec celles adoptées par les autres organes internationaux en cause.

Voilà qui montre la place croissante occupée par le droit comparé sous toutes ses formes dans la jurisprudence et la justice internationales. Et je pense que cette place sera appelée, non seulement à se maintenir mais, aussi, à s'élargir dans les années qui viennent.

---

**Bernard Stirn**

*président de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci beaucoup de ces trois pistes très riches et très intéressantes qui montrent que le dialogue des juges existe et se développe également à l'échelle internationale.

---

**Mitchel Lasser**

*professeur de droit à l'université Cornell d'Ithaca, New-York*

J'ai beaucoup apprécié les propos du président Abraham, mais je dois avouer que nous sommes confrontés aux États-Unis à l'attitude curieuse des juristes américains

---

136 CIJ, arrêt du 19 juin 2012, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo).

137 Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) a été adopté à New-York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI). Il comprend les droits et libertés classiques qui protègent les particuliers contre les ingérences de l'État (droit à la vie, interdiction de la torture, de l'esclavage et du travail forcé, droit à la liberté, etc.). Le PIDCP est complété par deux protocoles additionnels dont l'un interdit la peine de mort et un protocole facultatif. En janvier 2015, le PIDCP était ratifié par cent soixante-huit États ; avec des réserves ou des déclarations d'interprétations pour nombre d'entre eux.

138 Le Comité des droits de l'homme est un organe de surveillance du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, responsable du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et de ses protocoles. Le Comité des droits de l'homme a tendance à évoluer vers une judiciarisation accrue de son rôle, les tribunaux pénaux internationaux le qualifiant d'« *instance judiciaire internationale* ».





qui ont tendance à rejeter le caractère évolutif du droit, et même à rejeter le droit comparé alors qu'il serait utile que nous ayons un droit comparé du droit comparé !

Pourtant, que le droit soit évolutif, cela paraît normal. C'est même devenu un principe important dans le développement du droit national, international et supranational, mais qui reste relativement nié aux États-Unis. Cela modifie toutefois les règles du jeu pour l'utilisation du droit comparé aux États-Unis : cela signifie que le droit comparé reste surtout un travail intellectuel, limité surtout à la doctrine, et qu'il reste relativement peu utilisé par les professionnels du droit ou par les juges. Et ce qui va de paire avec ce rejet, c'est le refus presque catégorique d'utiliser le droit comparé par les tribunaux. Certes, ces propos sont un peu généraux, mais c'est la tendance actuelle. Ceci dit, si l'on travaille dans certains domaines, tels que le droit privé international ou le droit public international, cela peut évoluer.

Globalement, pour le juriste américain, la notion d'évolution du droit et le droit comparé ne vont pas de soi. Ceci est d'autant plus paradoxal que nous reconnaissons tous que le droit américain est évidemment évolutif (étant donné la *Common law*) et par essence comparatif (étant donné ses cinquante juridictions étatiques). C'est une idée simple, même au niveau épistémologique. Nous devons toujours penser aux autres droits que nous avons à utiliser : droit étatique, droit fédéral, droit constitutionnel, etc.

Pourtant, les juristes américains ont de plus en plus conscience de l'existence d'un droit étranger important et d'un droit comparé qu'ils devraient utiliser afin de tirer profit de ce que font les autres. Mais ce n'est pas une démarche naturelle, pour deux raisons : le conservatisme juridique américain refuse d'être évolutif – en tout cas de l'avouer – et les Américains restent toujours imprégnés du mythe de la « *Manifest destiny* »<sup>139</sup> qui ne les pousse pas à développer une attention particulière à ce que les autres cultures peuvent leur apporter.

---

**Sylvaine Poillot Peruzzetto**

*professeure agrégée des universités,  
conseillère en service extraordinaire à la Cour de cassation*

Le professeur Lasser a dit qu'il faudrait faire du droit comparé du droit comparé. Il est évident qu'au-delà de l'épistémologie du droit comparé, il faudrait avoir une approche socio-psychologique du droit comparé.

Dans les propos particulièrement intéressants du président Abraham, quatre mots ont retenu mon attention : trois qui ont été prononcés et un quatrième que je tire de ce qui a été dit. Ces mots, me semble-t-il, définissent parfaitement ce qu'est le renouveau du droit comparé.

Le premier mot est le terme d'« *évolution* » qui nous oblige à modifier notre image du droit. Il est vrai que les juristes devraient aussi travailler sur les représentations du droit et pas uniquement sur les règles de droit, ce que nous invite à faire le droit comparé.

---

139 « Destinée manifeste » : doctrine selon laquelle la nation américaine aurait pour mission divine de répandre la démocratie et la civilisation.







Le deuxième terme prononcé est le mot « *matière* », en précisant qu'il ne s'agissait pas d'interpréter les traités mais de revenir à la matière, citant en particulier les questions de gestation pour autrui (GPA). Et il est vrai que le droit comparé – on le voit particulièrement en droit européen – compare moins les règles les unes par rapport aux autres que des situations dans lesquelles on applique ces règles. C'est cette matière vivante qui est à comparer.

Le troisième terme utilisé, et qui me semble très lié au droit comparé, est le mot « *pratique* » en évoquant la pratique des États. Et c'est heureux de souligner cet aspect, car nous voyons que, par exemple, dans un pays comme la France où la représentation du droit est enfermée dans un système symbolisé par l'existence de codes, l'importance de la pratique n'est pas aussi évidente, alors que le droit comparé nous y ramène.

Le dernier terme, tiré de ce qu'a dit le président Abraham de cette jurisprudence internationale comparée, est celui d'« *autorité* ». Quelles sont les autorités qui viennent soutenir le droit comparé ? Derrière les textes, on recherche l'autorité.

Finalement il me semble que, dans cette évolution que nous vivons, nous sommes à la recherche d'un nouveau paradigme de la construction des règles de droit et que, paradoxalement, nous revenons à l'essentiel, c'est-à-dire à l'évolution, à la matière, à la pratique et à ce qui fait autorité. Tels sont les concepts que l'on peut retenir de cet échange des juges.

---

### **Bernard Stirn**

*président de la section du contentieux du Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Nous allons maintenant nous tourner vers les États-Unis. Je me plais souvent à citer Tocqueville qui est un peu un inventeur du droit comparé au début de la démocratie en Amérique, et qui disait qu'*en regardant l'Amérique, il voyait plus que l'Amérique*<sup>140</sup> ; et je suis sûr qu'en écoutant le professeur Lasser, nous allons voir l'Amérique, mais aussi plus que l'Amérique.

---

### **Mitchel Lasser**

*professeur de droit à l'université Cornell d'Ithaca, New-York*

C'est pour moi un grand plaisir que de pouvoir apporter ma contribution à un sujet aussi important que le droit comparé, notamment en ce qui concerne ses objectifs, ses méthodes et ses usages.

C'est d'abord un grand plaisir au niveau institutionnel. En effet, au cours des dernières années, la *Cornell Law School* et le Conseil d'État ont bâti une relation institutionnelle inédite : nous avons créé un poste de « *clerk* » originaire de cette université qui vient travailler, durant un an, à la cellule de droit comparé du Conseil d'État, tout en donnant des cours à l'École normale supérieure (ENS).

<sup>140</sup> « *J'avoue que dans l'Amérique j'ai vu plus que l'Amérique ; j'y ai cherché une image de la démocratie elle-même, de ses penchants, de son caractère, de ses préjugés, de ses passions ; j'ai voulu la connaître, ne fût-ce que pour savoir du moins ce que nous devons espérer ou craindre d'elle* » (Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique I*, 1<sup>re</sup> édition 1835 ; Flammarion, 1981, coll. GF).







C'est ensuite un grand plaisir personnel. En effet, en tant que comparatiste américain, je m'intéresse principalement à l'analyse des institutions judiciaires et à leurs méthodes de prise de décision, surtout en France et aux États-Unis, mais aussi à l'analyse de la Cour EDH et de la CJUE. C'est dans ce contexte que j'ai été reçu par le président Jean-Paul Costa, à l'époque de ce que l'on a appelé « *la crise Kress* »<sup>141</sup> ; et, plus récemment, par le vice-président Sauvé pour essayer de comprendre un peu mieux les enjeux du comité 255<sup>142</sup> qu'il préside depuis ses origines.

Ainsi, le Conseil d'État est-il devenu pour moi un lieu incontournable, une institution ouverte et innovante, qui tisse des liens de plus en plus intéressants entre Paris, Strasbourg (Cour EDH), Luxembourg (CJUE) et même New-York.

### 1. Les objectifs, les méthodes et les usages du droit comparé

Bien qu'universitaire, je ne voudrais pas me limiter à la pure théorie du droit comparé. Je propose donc d'asseoir notre discussion méthodologique en faisant un petit exercice élémentaire de droit comparé.

Imaginons un juriste étranger qui tente d'étudier le système français du contrôle de constitutionnalité, au moins tel qu'il existait avant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)<sup>143</sup>. Ce juriste pourrait être un universitaire qui cherche à comprendre, un professionnel du droit qui cherche à protéger les intérêts de ses clients, ou un juge de la Cour EDH devant lequel on mettrait en cause le système français. Et, pour souligner l'effet de dépaysement, je propose que notre juriste étranger soit californien. Comment devrait-il procéder ? Comparatiste un peu avisé, notre pauvre Américain comprend très bien qu'il existe un choix important de méthodologies comparatives qu'il pourrait appliquer.

En voici rapidement quelques unes pour vous donner une idée concrète des approches que l'on pourrait développer.

a) Le premier choix méthodologique est une analyse classique dite « *de tableau* » ou « *de colonnes* », de type étude traditionnelle de législation comparée :

- L'Américain cherche si la France possède une constitution : oui, c'est le cas. Il coche donc la case idoine et continue.

141 À l'époque, l'arrêt *Kress* de la Cour EDH (Gde ch.), rendu le 7 juin 2001, à propos de la participation du commissaire du Gouvernement au délibéré, suscitait des réticences de la part des instances de l'État français. Mais, l'arrêt *Martinie* de la Cour EDH (Gde ch.) du 12 avril 2006 a confirmé le considérant décisif de l'arrêt *Kress*. Quelques mois plus tard, le 9 novembre 2006, l'arrêt *Sacilor-Lormines* de la Cour EDH comportait une nouvelle mise en cause du fonctionnement de la section du contentieux du Conseil d'État pour le cas précis qui lui était déféré.

142 Le comité prévu par l'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) a été créé le 13 décembre 2007 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Ce comité, aussi appelé « *comité 255* », a pour mission de « *donner un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général de la Cour de justice et du Tribunal avant que les gouvernements des États membres ne procèdent aux nominations conformément aux articles 253 et 254* » du TFUE. Son président est depuis le 25 février 2010 M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État français.

143 La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a été introduite en droit français à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a notamment créé l'article 61-1 de la Constitution (loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République).





- Est-ce que cette constitution possède un catalogue de droits fondamentaux ? Déjà, ici, il y a une petite complication ; mais notre Américain arrive à comprendre – bien que cela ne soit pas évident – qu'il existe ce que les juristes français nomment le « *bloc de constitutionnalité* ». La réponse étant oui, il coche la case appropriée.

- Est-ce que les juridictions judiciaires peuvent contrôler la loi au nom de la Constitution ? Réponse : Non. Et voilà, le travail est terminé. Notre juriste américain a produit ses conclusions comparatives, fort intéressantes d'ailleurs du point de vue américain.

b) Le deuxième choix méthodologique est une comparaison à base historique :

- Comment l'histoire de la France explique-t-elle ce refus d'accorder aux juridictions judiciaires la capacité de contrôler la loi au nom de la Constitution ? Et là, notre Américain découvre l'histoire fascinante des parlements, les lits de justice<sup>144</sup>, la crainte du gouvernement des juges, le Conseil d'État et son contrôle de l'administration, la création ultérieure du Conseil constitutionnel, etc.

Et, si notre juriste américain s'étonne toujours de ce que le juge français ne puisse pas contrôler la loi au nom du justiciable, au moins commence-t-il à comprendre pourquoi. Ce qui n'est pas rien.

c) Il est donc prêt à aborder une troisième méthodologie comparative : le fonctionnalisme.

Ses recherches historiques lui ont en effet permis de comprendre la traditionnelle méfiance française envers le juge, et donc la création d'institutions non judiciaires qui puissent entreprendre le travail que lui, Américain, jugeait jusqu'alors évidemment d'ordre judiciaire. Ceci lui permet de mettre en suspens les catégories, les pratiques et les institutions qui lui sont familières. Ce qui lui permet alors d'aborder une question plus détachée et fondamentale : quel est le rôle ou la fonction que joue la « *Judicial Review* »<sup>145</sup> à l'américaine ? Est-ce autre chose qu'un moyen de garantir que le principe essentiel de l'État de droit (en anglais, « *Rule of Law* »<sup>146</sup>), y compris la protection des droits fondamentaux, soit bel et bien effectué ? Et, en posant la question ainsi, le juriste américain se trouve soudain libéré de ses suppositions qui lui servaient en fait d'œillères. Sa vision peut alors se porter 1) sur le Conseil d'État avec son contrôle préalable des projets de loi et son contrôle de la légalité, 2) sur le Conseil constitutionnel, 3) sur l'interprétation constitutionnelle par les juridictions judiciaires et administratives ; et ainsi de suite.

Puis, une fois que notre juriste se met à chercher des « équivalents fonctionnels » de la « *Judicial Review* », son regard peut enfin être attiré par le droit européen, qui permet à tout juge de refuser d'appliquer une loi qui pourrait aller à l'encontre du droit européen. Et si vous pensez qu'un tel bond intellectuel soit évident,

144 À l'origine, le lit de justice (ou lit de parement) était le lieu de la chambre royale où le roi recevait lors des séances solennelles. Plus tard, le terme a désigné à la fois le trône du roi au parlement de Paris, quand il y présidait une séance, et la séance elle-même.

145 « *Judicial Review* » : en anglais, réexamen d'une décision de justice [par une juridiction supérieure] ; en américain, examen de la constitutionnalité d'une loi.

146 « *Rule of Law* » (en français, gouvernement du droit, règne de la loi ou État de droit) est un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit.





voire assuré, je puis vous assurer qu'il ne l'est pas. La preuve étant que, jusqu'à aujourd'hui, aux États-Unis, la plupart des manuels de droit comparé insistent sur le fait que la « *Judicial Review* » n'existe tout simplement pas en France !

Face à une telle remise en question de ses idées reçues, notre juriste américain ne peut s'empêcher d'être frappé par les similarités que révèlent plusieurs des protections dites « *constitutionnelles* » qu'il peut maintenant contempler. En particulier, il note que la nouvelle procédure de la QPC ressemble à celle du renvoi préjudiciel vers la CJUE, qui ressemble à son tour à celle de la question préjudicielle constitutionnelle en Allemagne, Italie ou Espagne.

d) Les recherches de notre juriste américain le poussent alors vers une quatrième méthodologie comparative, dite « *de la greffe juridique* ».

Celle-ci maintient que la plupart des développements juridiques importants sont le résultat d'une « *transplantation* » de normes, de procédures ou d'institutions de territoire en territoire. Il est ainsi amené à reconnaître, non seulement, l'existence d'une transplantation impressionnante d'ordres constitutionnels, mais aussi – et ceci porte certainement atteinte à son amour-propre de juriste américain –, le fait que cette transplantation s'effectue surtout depuis l'Allemagne et non pas depuis les États-Unis.

e) Pour clore nos exemples de méthodologie, on imagine que notre juriste fasse preuve du goût américain pour les statistiques et pour l'empirisme économique.

Montant une étude dite « *à grande échelle* », il ne peut que confirmer à quel point le modèle constitutionnel néo-kelsénien<sup>147</sup> est devenu dominant au niveau mondial. Irrité, sans doute, par cette découverte, peut-être effectuera-t-il une étude subventionnée par la Banque mondiale qui démontrera, dans le prochain volume des rapports « *Doing Business* » (faire des affaires), que le rendement économique est étroitement corrélé à la « *Judicial Review* » déconcentrée à l'américaine...

Pourquoi ce petit parcours de cinq méthodologies comparatives parmi d'autres ? Tout simplement pour démontrer l'important cheminement intellectuel que peut provoquer le droit comparé qui permet aux juristes, non seulement d'accéder un peu à la pensée, aux normes et aux institutions des autres pays, mais aussi de développer une certaine perspective sur leurs propres systèmes, sur lesquels ils peuvent maintenant porter un regard plus critique. Notre juriste peut alors agir d'une manière un peu plus fine et éclairée dans le monde, au lieu de reproduire mécaniquement son ignorance et son manque de perspectives antérieures.

## 2. Les limites du droit comparé

Il ne faudrait cependant pas imaginer que le droit comparé soit une science magique, capable de produire sans problèmes le savoir et la compréhension tout en fondant l'action. Cela serait trop facile, car chacune des méthodologies comparatives que nous avons rapidement présentées fait preuve, comme toute méthode, de ses propres faiblesses et préjugés. Chacune attire l'attention sur

<sup>147</sup> Hans Kelsen (1881-1973), juriste austro-américain à l'origine de la *Théorie pure du droit* (titre de son principal ouvrage, Paris, éd. Dalloz, coll. philosophie du droit, 1962), est le fondateur du normativisme et du principe de la pyramide des normes.





quelque chose, soulève des questions ou des problèmes particuliers, suggère une façon de penser et, *in fine*, propose une façon différente de saisir, voire d'assimiler, l'objet de l'analyse.

Ainsi, la comparaison classique dite « *de tableau* » ou « *de colonnes* » se révèle-t-elle incapable de montrer à notre juriste américain que la France possède un système de contrôle constitutionnel. Pourquoi ? Parce que son choix initial des termes utilisés dépendait de ses propres catégories, c'est-à-dire de ses propres idées reçues.

De même, la comparaison historique ne peut pas échapper à toutes les difficultés que souligne l'historiographie. Comment, par exemple, construire l'objet ou penser la causalité ?

Même le fonctionnalisme a été fortement critiqué dès les années 1950, y compris par un fonctionnaliste aussi perspicace que Robert Merton<sup>148</sup>. Quelle est vraiment la fonction de quelque chose ? Par exemple, est-ce la « *fonction manifeste* » de la danse de la pluie qui compte, c'est-à-dire produire de l'eau, ou ses éventuelles « *fonctions latentes* » ? Et quelles seraient d'ailleurs celles-ci ? Renforcer la solidarité sociale ? Renforcer la domination des Chamanes ?

De plus, peut-on imaginer qu'une institution aussi complexe que la « *Judicial Review* » ne possède qu'une seule fonction ? Nous sommes là, bien évidemment, dans un borborygme. Et ne parlons même pas de l'analyse empirique telle que celle contenue dans les rapports « *Doing Business* » ; il s'agit là d'un embarras public qui ferait rougir tout vrai comparatiste.

Toute méthodologie attire donc l'attention sur quelque chose aux dépens d'autre chose, construit son objet, le simplifie et le déforme selon ses propres préjugés méthodologiques. C'est ce que laisse apparaître l'expression : « *To a hammer, everything looks like a nail* » (en français, aux yeux du marteau, tout ressemble à un clou)<sup>149</sup>.

Finalement, il va peut-être sans dire qu'aucune description ne peut fonder une prescription. Même si nous pouvons dire, avec certitude, qu'une grande majorité de pays connaît, de nos jours, la « *Judicial Review* » sous une forme ou sous une autre, nous restons incapables d'en déduire que les autres pays devraient faire de même.

Devons-nous alors conclure que le droit comparé est voué à l'échec, aussi bien au niveau descriptif que prescriptif ?

Pour répondre à cette question, et en guise de conclusion, abordons rapidement le fameux refus du juge Scalia, de la Cour suprême des États-Unis, d'accepter la moindre conclusion tirée du droit comparé. Pour le juge Scalia, ce refus est *catégorique*. Comme le droit étranger ne peut pas être, par définition, source de

148 Robert King Merton (1910-2003), sociologue américain considéré comme le rénovateur du fonctionnalisme.

149 « *I suppose it is tempting, if the only tool you have is a hammer, to treat everything as if it were a nail* ». Expression généralement attribuée à Abraham Harold Maslow (1908-1970), psychologue américain, connu pour ses études sur la motivation (pyramide des besoins).





droit aux États-Unis, le droit comparé est *ipso facto* hors de propos. Il semble, cependant, que le point important pour le juge Scalia ne soit pas la question des sources, qui ne sert en fait que de prétexte, car, après tout, l'interprète peut toujours trouver des exemples ou de l'inspiration dans toute approche, même étrangère, sans être formellement contraint de la suivre. Nous devons donc tirer une leçon de cette confusion du juge Scalia, entre la question de l'application de sources formelles et celle du devoir intellectuel d'essayer d'apprendre, et de comprendre, ce que fait autrui.

Ce que nous offre le droit comparé et que, précisément, refuse le juge Scalia, ce n'est que la capacité – et surtout *l'engagement* – d'essayer d'apprendre. C'est-à-dire le processus subjectif de confronter nos propres préjugés, de remettre en question nos habitudes et donc d'élargir légèrement la gamme (limitée) de choix d'actions que nous imaginons être à notre portée, tout en montrant un minimum de respect aux autres.

Le droit comparé, tel qu'il devrait être pratiqué, c'est d'abord la curiosité et l'ouverture puis, ensuite, tout un jeu de perspectives déstabilisantes et, enfin, le devoir d'assumer la responsabilité d'aborder les multiples choix d'actions qui, jusqu'alors, ne paraissaient tout simplement pas dans le champ de vision du juriste. Bien entendu, dans le contexte européen d'aujourd'hui, cette responsabilité pèse particulièrement sur le juge qui, rien qu'en faisant du droit comparé, refait ainsi le droit.

---

**Bernard Stirn**

*président de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci beaucoup, Monsieur le professeur, de ce regard extrêmement intéressant que vous avez développé. Je profite aussi de ce que vous avez dit pour remercier à travers vous l'université *Cornell* pour le partenariat effectivement très riche qui s'est noué avec le Conseil d'État. J'évoquais en commençant la cellule de droit comparé créée en 2008. Le fait que, dès 2008, l'université *Cornell* ait pu nous proposer un « *clerk* » chaque année a été l'un des éléments très importants du succès de la mise en place de cette cellule de droit comparé.

---

**Sylvaine Poillot Peruzzetto**

*professeure agrégée des universités,*  
*conseillère en service extraordinaire à la Cour de cassation*

Je souhaiterais dire combien j'apprécie la facilité avec laquelle le professeur Lasser a exposé les différentes méthodes de droit comparé. En l'écoutant, je me disais qu'il faudrait aussi comparer la manière de présenter le droit comparé, et chercher les différentes variables qui sont derrière ces différents choix de comparaison. Finalement, ce que le professeur Lasser a montré en présentant ces méthodes et leurs critiques, ainsi que la valeur ajoutée du comparatiste, est l'éternelle distance critique qu'offre la perspective de comparaison.





L'observateur qui compare se place à l'extérieur, cela permet à chacun de mieux appréhender son propre domaine. Savoir si le droit comparé se trouve en dehors du droit ou non est une question sans fin. Les variables spatiales que le professeur Lasser a évoquées, qui sont derrière l'image que l'on a et derrière l'idée que l'on se fait de l'usage du droit comparé, sont sans aucun doute à approfondir. Quand on fait du droit comparé aux États-Unis, dans l'Union européenne ou en Algérie, les enjeux ne sont pas les mêmes, et l'objectif diffère.

Dans certains cas, les connaissances et les ressources sont recherchées ; dans d'autres cas, c'est une expansion de sa culture et de son système de valeurs. La variable spatiale est donc à prendre en compte, mais la variable temporelle également. En évoquant le droit comparé en 2015, la recherche est autre qu'à l'époque napoléonienne ou romaine, où les choses étaient très différentes.

Ajoutons à cela la variable socio-psychologique dépendante d'un système, mais aussi de la personne et de sa formation. Tout cela souligne l'importance du droit comparé dans la formation des juristes, ne serait-ce que pour leur permettre de garder une certaine distance critique et ne pas être seulement des experts ou des techniciens.

---

### **Ronny Abraham**

*président de la Cour internationale de justice*

Je suis également admiratif du brillant exposé du professeur Lasser ainsi que de son français éblouissant – même si je n'ignore pas que sa mère est française.

Sur le fond, les observations pertinentes du professeur Lasser m'ont fait venir à l'esprit l'idée, certes peu originale mais néanmoins importante, que le recours par les juges au droit comparé est parfois une nécessité, parfois un libre choix ; avec toute une gradation entre les deux, allant de la nécessité absolue objective : il *faut* passer par le droit comparé pour remplir son office, au simple choix d'opportunité : on *veut* faire du droit comparé parce que l'on pense que c'est utile. S'agissant du juge international, je dirai qu'il se situe à un très haut degré de nécessité. Si l'on veut identifier la coutume internationale, l'on doit rechercher la pratique des États, donc ce que sont les législations et les jurisprudences nationales sur une question donnée, à un moment donné.

De même, lorsque les juges internationaux se réfèrent les uns aux autres – ils pourraient ne pas le faire, et d'ailleurs ils ne l'ont pas toujours fait – cela relève d'une autre sorte de nécessité qui est d'assurer la cohérence du droit international. Le même droit doit être interprété de la même façon par les différents juges appelés à l'appliquer. En l'absence d'une cour suprême qui serait institutionnellement capable d'imposer sa jurisprudence, il faut forcément que les juridictions se réfèrent les unes aux autres.

La nécessité est déjà moindre – je dirai que l'on se trouve dans un degré intermédiaire – lorsque le juge national se réfère à la jurisprudence des autres juges nationaux, pour trancher une question qui a un rapport avec le droit international tel qu'il déploie ses effets dans l'ordre interne.





Par exemple, il me souvient que lorsque j'ai conclu sur la question de l'interprétation des traités par le juge national, en l'espèce le juge français, dans l'affaire GISTI<sup>150</sup>, il y a vingt-cinq ans déjà, j'avais effectivement fait un peu de droit comparé. Il s'agissait à l'époque de savoir quelle était l'autorité interne compétente pour interpréter le traité lorsqu'une question d'interprétation se posait devant une juridiction administrative. Est-ce le juge lui-même ? Est-ce, comme c'était le cas à l'époque, le ministre des affaires étrangères saisi d'un renvoi préjudiciel par le juge, lequel était ensuite tenu d'appliquer l'interprétation qui lui était indiquée ? Sur cette question, il était plus qu'utile d'étudier la pratique et la jurisprudence des autres États et, notamment, des États comparables à la France. Cet examen du droit comparé a été l'un des éléments qui m'a convaincu de remettre en cause la jurisprudence française et qui a également convaincu l'assemblée du contentieux de le faire, s'agissant d'une question qui se pose dans tous les systèmes juridiques : comment applique-t-on les traités internationaux et comment les interprète-t-on dans l'ordre juridique interne ? Le recours au droit comparé n'est pas une nécessité absolue, mais cela renvoie quand même à un certain degré de nécessité.

Et puis, il y a d'autres situations où le juge national doit simplement traiter une question précise, dans un domaine particulier, du point de vue de son droit national ; mais où il estime opportun, préférable, avant d'adopter sa propre position, de rechercher comment les autres juridictions nationales répondent à la question soulevée. Nous sommes là dans le cadre d'un libre choix, car finalement rien n'impose ici au juge national le recours au droit comparé. Après tout, les jurisprudences nationales, même sur des questions identiques, ne sont pas obligées d'apporter les mêmes réponses. C'est d'ailleurs le propre de l'autonomie des systèmes juridiques nationaux que de donner des réponses différentes aux mêmes questions. Ne serait-ce que parce que le juge intervient sur un terrain déjà labouré par le législateur.

Dans ce cas, le recours au droit comparé apparaît donc comme un acte de volonté de la part du juge. Il traduit l'idée qu'il est préférable de rapprocher, d'harmoniser autant que possible, des systèmes juridiques étatiques qui restent autonomes les uns par rapport aux autres, mais qui relèvent cependant d'un même ensemble, d'une même culture. C'est pourquoi le recours au droit comparé se fera, de préférence, en direction des systèmes juridiques que le juge lui-même a identifiés comme étant proches du sien. Là aussi, il y a un libre choix de sa part pour dire dans quel cercle nous nous situons, et dans quel cercle il est utile de faire du droit comparé sans franchir les limites au-delà desquelles on entrerait dans des traditions juridiques tellement étrangères à la nôtre que le recours au droit comparé n'aurait plus d'intérêt. C'est ainsi qu'entre la nécessité et le libre choix, chaque tempérament individuel s'exprime et que certains juges recourent volontiers au droit comparé alors que d'autres sont plus réticents.

Il s'agit là d'une question de philosophie générale, et il n'y a rien d'anormal à ce que le droit français ne soit pas le même que le droit italien, américain ou brésilien sur telle ou telle question. Encore une fois, c'est un acte de volonté de la part du juge.

150 CE, Ass., 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, req. n° 78519.





Vous faisiez allusion au juge Scalia de la Cour suprême. J'ai moi-même connu beaucoup de « *juges Scalia* » au Conseil d'État il y a plus de vingt-cinq ans. Peut-être en reste-t-il encore quelques uns ? J'imagine que ce n'est pas une espèce disparue ou en voie de disparition. Mais c'est une approche que je respecte, même si je ne la partage pas, car il s'agit d'un choix de philosophie juridique qui n'a rien d'illégitime.

---

**Bernard Stirn**

*président de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Nous allons maintenant nous tourner vers le regard de l'universitaire familière du droit comparé et membre d'une cour suprême nationale : la professeure Poillot Peruzzetto.

---

**Sylvaine Poillot Peruzzetto**

*professeure agrégée des universités,*  
*conseillère en service extraordinaire à la Cour de cassation*

Le droit comparé se réfère au droit étranger, et non au droit intégré dans l'ordre juridique interne comme le sont le droit de l'Union européenne et le droit du Conseil de l'Europe. Cependant, dans l'Union européenne, le droit des autres États n'est plus un droit étranger comme les autres ; ceci à la faveur de la création de l'Espace judiciaire européen qui crée, d'une part, des relations verticales entre les États membres et les institutions européennes et entre les règles de ces ordres juridiques et, d'autre part, des relations horizontales entre les États de l'Union européenne et leurs différents acteurs par un système de réseaux et entre leurs normes<sup>151</sup>.

Ainsi, un tel sujet oblige-t-il à une interrogation épistémologique sur le recours au droit comparé et sur l'importance des variables spatiales et temporelles dans l'interrogation sur le droit comparé. L'enjeu est, en effet, différent pour les acteurs de pays développés et pour les acteurs de pays en voie de développement (défense de modèle ou besoin de modèle), sans compter le coût de la recherche qui peut inciter des États à chercher des solutions toutes faites sous forme de lois-modèles ou de contrats-types. L'enjeu diffère selon la situation dans le temps d'un pays. Et l'histoire montre que le rapport au droit comparé diffère également selon que l'on vit une expansion impériale ou coloniale ou que l'on met en avant la coopération comme le font les États postmodernes, pour reprendre la distinction de R. Cooper entre États pré-modernes, modernes et postmodernes<sup>152</sup>.

Dans ce contexte, quelles sont les spécificités du juge parmi les acteurs du droit comparé ? Il dit le droit dans un litige défini par les parties ; il est soumis au contradictoire dans la détermination de la situation factuelle et dans le débat juridique et, partant, à la dialectique ; il est le droit vivant et non le droit en attente

151 M. Roccati, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen. Du marché intérieur à la coopération civile*, thèse soutenue à l'université de Paris Ouest-Nanterre La Défense, sous la direction de M.-L. Niboyet, le 9 décembre 2011 ; publiée aux éd. Bruylant, coll. Droit de l'UE, série Thèses, Paris, juin 2013.

152 R. Cooper, *La fracture des nations. Ordre et chaos au XXI<sup>e</sup> siècle*, Denoël, 2003.







sur les rayons d'une bibliothèque ; Il est le droit par le prononcé de son jugement. Il n'est pas le législateur puisqu'il règle au cas par cas des litiges. Il n'est pas la doctrine puisqu'il est dans le système du *dire le droit*, c'est-à-dire dans la pratique et dans l'expérience, sans la distance critique de la doctrine ; et il a l'obligation de trancher et pas seulement de comparer. Il n'est pas l'arbitre puisqu'il a un for qui détermine son statut et sa compétence et le lie en principe à un territoire. Il n'est pas, dans les situations présentant un élément d'extranéité, dans la même position que l'entreprise ou le citoyen puisque la loi impose au juge des obligations dans ces situations, tandis qu'en dehors des droits indisponibles, le citoyen, comme l'entreprise, peut choisir son juge (et sa loi) – et les règles de conflit de lois lui donnent, dans des champs de plus en plus vastes, la possibilité de choisir sa loi. Enfin, le juge tire sa compétence de l'État et tranche dans le cadre d'un intérêt public, même s'il protège les intérêts privés.

Mais, à s'en tenir au juge français du XXI<sup>e</sup> siècle, de quel juge parle-t-on ? Juridiquement, il convient de ne pas distinguer puisque le juge national est juge de droit européen, et que le droit de la Cour EDH est intégré dans l'ordre juridique français. C'est toute la dynamique insufflée par le droit de l'Union européenne et le conseil de l'Europe qui conduisent à l'évolution – avec une certaine inertie – des approches culturelles fondées sur le droit de l'État westphalien<sup>153</sup>. Mais par le rôle investi, le juge institué juge dans un ordre juridique supranational aura d'emblée une perspective d'ouverture au droit comparé.

Dans ce contexte, comment ce juge se situe-t-il face aux différents enjeux du droit comparé ? Et quels sont ces enjeux ?

Ces enjeux sont de différents types. Les enjeux juridiques ont la loi à prendre en compte, à intégrer dans un système, à appliquer. Les enjeux économiques conduisent à une analyse économique des différents systèmes et à l'intérêt économique d'en faire prévaloir un seul sur tous les autres. Les enjeux culturels portent sur l'établissement d'une cartographie des influences. Les enjeux politiques visent le changement de détermination d'espace avec, en particulier, la création de l'espace « *liberté, sécurité, justice* » ou l'espace des « *droits fondamentaux* » du Conseil de l'Europe – à cet égard, il convient de mettre en avant que, pour la première fois dans l'histoire, l'extension de l'espace se fait non par les armes mais par le droit, ce qui confère au juge, comme au législateur, une responsabilité particulière.

C'est précisément cette volonté politique de dépasser, par le droit, les espaces classiques, voire de créer, par le droit, un nouvel espace fondé sur le droit, qui fait qu'au rapport classique du juge au droit comparé, par lequel il est un *objet* du droit comparé, plus précisément de la justice comparée, se substitue un rapport nouveau, par lequel il devient un *acteur* du droit comparé.

Traditionnellement, en effet, il s'agit pour le droit comparé de comparer le dire du droit et de faire ainsi du juge un objet de la justice comparée (1), tandis que le rôle du droit dans la création de nouveaux espaces au-delà des espaces étatiques conduit le juge à comparer pour dire le droit (2).

153 Malgré l'inertie des représentations qui associent droit national à juge national et droit européen à juge européen.





## 1. Comparer le dire du droit : le juge objet de la justice comparée

Le juge est au cœur des échanges, il est le passage obligé dans l'application de la norme et dans la garantie de l'exécution de son jugement. À ce titre, il est au cœur de l'analyse comparatiste, menée tant par la doctrine que par les entreprises, même si cette comparaison du dire le droit répond à des finalités différentes.

### 1.1. La comparaison par la doctrine : un enjeu essentiellement culturel de mise en relation

L'enjeu de la doctrine classique en droit comparé est essentiellement culturel et vise à rechercher, par le choix de critères motivés, les familles de tradition juridique<sup>154</sup>.

#### 1.1.1. Les éléments de comparaison

Le juge et la fonction de juger sont appréhendés par l'observation et la comparaison de la formation, de la nomination et du statut du juge.

Est également appréciée et comparée la procédure, tant les comparatistes ont largement montré l'importance de la macro-comparaison : une même règle appliquée selon des procédures différentes peut conduire à des résultats différents<sup>155</sup>.

Le système des juridictions et le rôle de chacune sont pareillement interrogés, qu'il s'agisse de la distinction entre juridictions civiles et administratives ou encore de l'existence de tribunaux statuant sur des questions spéciales<sup>156</sup>. Le formalisme du jugement est encore comparé et, à cet égard, la technique de cassation est mise en perspective avec l'intégration des opinions dissidentes. Tout comme est comparée la capacité d'un ordre juridique à divulguer son droit au regard des critères non seulement linguistiques, mais aussi formels.

#### 1.1.2. Une recherche hors du droit et pluridisciplinaire

La perspective n'est pas tant de construire du droit que de dessiner des espaces culturels. Ainsi, ces recherches sont toujours conduites à partir de réflexions épistémologiques sur les raisons et les déterminants de la comparaison, entre universalisme, fonctionnalisme et postmodernisme.

Surtout, les approches du juge et de sa fonction sont moins juridiques que psychologiques, sociologiques, historiques ou économiques. Il en résulte que cette approche classique de droit comparé se situe hors des facultés de droit – au sein desquelles il y aurait beaucoup à dire sur le coefficient d'antipathie pour les thèses de droit comparé – et hors des palais de justice.

154 R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, éd. Dalloz, 10<sup>e</sup> édition, 1992 ; v. également sur la méthodologie : T. Rambaud, précité.

155 V. par exemple l'incidence de la « *discovery* » (les parties à un procès sont tenues de divulguer toutes les pièces se trouvant en leur possession, qu'elles leur soient favorables ou défavorables) ou du « *payment into court* » (consignation au tribunal) de la procédure anglaise.

156 Par exemple, les tribunaux de commerce ou encore des tribunaux ayant compétence spéciale sur les discriminations.





## 1.2. La comparaison par les entreprises : un enjeu économique de mise en concurrence

La comparaison par l'entreprise ou le citoyen répond à un enjeu essentiellement économique de choix d'un système juridique comprenant notamment un juge, la procédure et la loi appliquée par le juge. De cette comparaison naît le marché du droit qui met en concurrence les systèmes. Certes, le plaideur se souciera du résultat matériel du litige, en termes de solution substantielle, mais il prendra également en compte la procédure.

La question met en jeu les représentations de la justice, puisque des rapports ont montré que, souvent, des idées générales sur un système émergeaient sans qu'une raison précise ne puisse être avancée par les plaideurs. En fait, il s'agit pour le plaideur du choix d'un juge, mais également du choix du juge.

### 1.2.1. Le choix d'un juge

Il s'agit pour le plaideur de choisir le juge d'un État par le biais d'une clause attributive de juridiction. Ce choix sera fonction de la procédure suivie et de la loi que le juge appliquera selon sa règle de conflit de lois. Il tiendra compte de la durée de la procédure, de son coût et de ses règles<sup>157</sup>.

### 1.2.2. Le choix du juge

Dans sa décision, le plaideur, lorsque la matière le lui permet, peut aussi choisir entre le juge et l'arbitre, en tenant compte du fait que ce dernier n'a pas de *for*, et peut statuer en amiable composition, même s'il présente forcément des déterminants culturels et juridiques.

Dans les deux cas, qu'il s'agisse de la doctrine ou des entreprises, la comparaison n'est pas fondée sur un enjeu juridique. L'émergence d'une volonté politique de modifier les espaces par le droit modifie la donne. C'est ainsi que le droit s'empare du droit comparé pour *dire* le droit, et non pas seulement pour comparer le *dire* du droit.

Ainsi, le juge peut vouloir se penser ou se repenser en regardant à l'extérieur : la réflexion sur la fonction des cours suprêmes menée par la Cour de cassation en est un exemple. De même, en 2013, à l'occasion des cinquante ans du Traité de l'Élysée<sup>158</sup> – et l'événement n'est pas anodin – la doctrine du droit comparé s'intéressait, parce que la question est devenue politiquement importante, à la capacité des juges à intégrer le droit comparé. C'est ainsi que s'est tenu à Sarrebrück, sous la direction de Claude Witz, un colloque conduisant à la comparaison entre les juges nationaux de quatre États sur la question du regard sur la loi étrangère, de la recherche de la loi étrangère et de l'application de la loi étrangère<sup>159</sup>. C'est dire clairement l'importance de *comparer* pour dire le droit et, partant, l'importance nouvelle du juge dans ce dispositif.

157 L'existence ou non de la procédure de « *discovery* » est prise en compte.

158 Le Traité de l'Élysée, signé le 22 janvier 1963 à Paris par le général de Gaulle et le chancelier Adenauer, a marqué une étape significative dans le rapprochement franco-allemand.

159 Colloque de Sarrebruck, *Application du droit national étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse*, sous la direction de Claude Witz, société de législation comparée, 2014.





## 2. Comparer pour dire le droit : le juge acteur de droit comparé

Que les règles en présence soient en conflit, en concurrence ou en équivalence, le juge se trouve à leur point de rencontre. Son raisonnement dialectique, sur la construction des faits et sur l'application de la loi dans le syllogisme classique, s'enrichit dans un espace juridique ouvert d'une donnée nouvelle. À la différence de la recherche de la loi applicable, quand il s'agit d'un conflit de lois dans le temps, les éléments en conflit se présentent à lui par une ouverture de son système juridique à l'extérieur – expérience plus familière pour un juge de système fédéral.

Le juge, après l'apprentissage par le droit comparé classique du métissage du droit qui se présente comme une matière vivante, sans cesse enrichie d'emprunts, fait ici l'apprentissage de la relativité du droit. Comme le comparatiste, il doit maîtriser les trois éléments indispensables : connaître, comprendre et comparer<sup>160</sup>. Mais surtout il va au-delà. En effet, la volonté politique de construire par le droit un espace au-delà du territoire de l'État, le conduit, par une nouvelle dialectique, à jouer un double rôle : il lui revient d'abord de participer à l'intégration en étant *acteur* de l'harmonisation et de l'unification, en intégrant ainsi l'extérieur dans ce qui fut son intérieur ; mais, parce qu'il reste indépendant et que son raisonnement est toujours dialectique, il lui revient de faire intégrer son exception, son intérieur, en étant *révélateur* de la différenciation.

L'on mesure ici toute la difficulté de positionner un curseur entre intérieur et extérieur, d'autant plus que l'intégration efface d'une certaine manière la limite entre intérieur et extérieur. Dans l'ordre de l'Union européenne cependant, comme dans celui du Conseil de l'Europe, intérieur et extérieur sont maintenus comme source d'enrichissement, puisque leur lien fait du maintien des traditions juridiques un élément clé de la construction européenne.

### 2.1. Intégrer l'extérieur : le juge acteur de l'harmonisation/unification<sup>161</sup>

Nous ne reviendrons pas sur la fonction classique du juge à la faveur de la règle de conflit de lois, entendue dans la perspective de Savigny comme une application, en principe neutre, de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois : *a priori* il s'agit en principe d'appliquer sans comparer la loi étrangère, étant entendu qu'en France cette application s'impose au juge<sup>162</sup>.

Dans la perspective d'intégration qui étend l'espace juridique et juridictionnel, nous mettrons plutôt en avant son rôle d'abord dans la comparaison, puis dans l'atténuation des différences.

#### 2.1.1. Comparer pour intégrer

Il peut s'agir d'une obligation ou d'une incitation. Cette obligation peut être de source supranationale ou nationale. C'est ainsi que dans l'Union européenne, l'avocat général compare les systèmes des États membres, à l'instar du juge de l'Union qui, pour déterminer l'existence d'obstacles, compare les législations.

160 Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, tome I : *Introduction au droit comparé*, Paris, éd. LGDJ, 1972 ; tome II, *La méthode comparative*, Paris, éd. LGDJ, 1974 ; et tome III, *La science des droits comparés*, Paris, éd. Economica, 1983.

161 Sans doute également d'emprunt.

162 Obligation qu'il serait opportun d'étendre aux juges de l'espace judiciaire européen.





Cette obligation peut également être de source nationale. À cet égard, en France, le juge civil a l'obligation de comparer des situations résultant de l'application de lois étrangères. Ainsi doit-il comparer la situation résultant de l'application d'une loi étrangère par rapport à un principe interne d'ordre public au sens du droit international privé ; de la même manière, va-t-il comparer la situation résultant de l'application de la loi étrangère au principe de libre circulation pour déterminer l'existence éventuelle d'obstacles (par exemple, entre la libre circulation et le mandat d'arrêt européen). Dans certains cas, il peut être conduit à comparer la situation résultant de l'application d'une loi étrangère et celle résultant de l'application de la loi nationale quand il s'agit d'appliquer la loi la plus favorable à une personne à protéger.

Dans ces occurrences, le juge fait plus que du droit comparé : il compare des situations précises résultant de l'application de lois différentes. Partant, il évite les écueils de la comparaison des normes mises en évidence par les comparatistes (prise en compte du système, difficulté de traduction, etc.).

Mais le juge, au-delà de son obligation, est aussi incité, par un mouvement devenu culturel, à comparer les règles de loi ou de jurisprudence.

Les déterminants de cette incitation sont divers. Ils nécessitent d'adopter une approche socio-psychologique de la décision du juge en tenant compte de la tradition de l'État, de la tradition judiciaire, du lieu (petite ville, grande ville, capitale, région frontalière, état fédéral, etc.) et de sa formation familiale, scolaire et professionnelle (Erasmus, stage à l'étranger, etc.).

Les variables déterminant le choix des autorités prises en compte par le juge sont multiples, même si la langue et la proximité culturelle sont déterminantes. Il est en tout cas difficile de mesurer dans les systèmes de moindre transparence sur les travaux préparatoires aux jugements, le recours à la recherche d'autorités. À la Cour de cassation, en tout cas, les affaires donnant lieu à des formations d'assemblées et/ou mettant en jeu des questions de société recourent à cette recherche par le biais du service de documentation, des études et du rapport (SDER).

Il est ainsi évident que se développe, en France, un réflexe comparatiste dans les rapports et les avis avant arrêt. L'évolution des formations n'est pas étrangère à cette évolution ; qu'il s'agisse de la formation scolaire, de la formation universitaire, de la formation professionnelle. Sans doute aussi la conscience d'être juge de l'*espace judiciaire européen*, et pas seulement juge de droit européen, se développe-t-elle. L'École européenne de droit de Toulouse se donne précisément comme objectif de former des juristes pour l'Europe et pas seulement des juristes de droit européen.

### 2.1.2. Atténuer les différences pour intégrer

Pour faciliter l'intégration, le juge ne se contente pas de regarder à l'extérieur et de comparer. Il participe à l'atténuation des différences.

Certes, contrairement au législateur, il n'a pas de compétence pour prendre des textes d'harmonisation. Cependant, il peut et doit s'imposer le test européen de proportionnalité dans l'application des lois de police ou des lois d'exception d'ordre





public, adapter les qualifications aux concepts étrangers, utiliser comme il l'a fait un temps la théorie de l'équivalence de la loi étrangère pour reconnaître un jugement étranger par une approche fonctionnelle, recourir aux principes communs pour révéler les soubassements derrière la différence des solutions, et échanger dans le cadre des réseaux de juges. Il joue ainsi une fonction essentielle dans le processus d'intégration.

Mais où retrouver alors, si le juge joue cette partition d'ensemble, la fonction subversive du droit comparé<sup>163</sup> ? L'histoire du droit comparé montre que dans un contexte d'États westphaliens, le droit comparé a eu une volonté d'unification avec l'organisation par la Société de législation comparée<sup>164</sup> du Congrès de Paris en 1900<sup>165</sup>, année de l'exposition universelle, sous l'impulsion d'auteurs comme Raymond Saleilles<sup>166</sup>.

Dans un contexte de volonté politique d'unification, comment retrouver cette subversion par le droit comparé ? Où trouver une nouvelle décentration<sup>167</sup> ?

Avec la fin de l'État westphalien et l'émergence de la société internationale dotée d'une opinion internationale et de groupes internationaux qui agitent les limites de l'État, l'émergence d'un « *droit mondial* », d'un « *droit mondialisé* » et d'un « *droit du monde* »<sup>168</sup>, sans compter le droit européen, comment le juge peut-il conserver son raisonnement dialectique ? Précisément en proposant à cet ensemble nouveau d'intégrer l'exception nationale, avec une volonté d'échange et avec raison ; il se fait alors révélateur de la différenciation.

## 2.2. Intégrer l'exception (à l'extérieur) : le juge révélateur de différenciation

Il s'agit pour le juge non pas tant de faire valoir son identité que de proposer, dans un mouvement de globalisation tendant à l'unification ou à l'harmonisation, des éléments qui lui sont propres mais qui portent la force de l'universalité ou, à tout le moins, ont le potentiel de la supranationalité.

Il ne s'agit pas pour le juge d'une fronde à l'encontre de l'espace élargi, en faisant valoir la revendication de son identité ; il s'agit plutôt de se faire force de proposition pour enrichir cet espace étendu. Obligé de participer à l'intégration, le juge prend sur cette base l'initiative d'un enrichissement en puisant dans son patrimoine des éléments de son essentiel.

163 H. Muir Watt, « Fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, vol. 52, n° 3, p. 503.

164 Association reconnue d'utilité publique fondée en 1869, la Société de législation comparée mène des travaux de recherche et organise des colloques internationaux en France et à l'étranger, sur des sujets d'actualité. Elle regroupe des universitaires, magistrats, avocats, notaires et juristes d'entreprises, français et étrangers (site Internet : [www.legiscompare.fr](http://www.legiscompare.fr)).

165 Acte de naissance du droit comparé moderne selon M. Ancel (1902-1990).

166 R. Saleilles (1855-1912), « Rapport sur l'utilité, le but et le programme du congrès », extrait de l'ouvrage *Congrès international de droit comparé, procès verbaux de séances et documents*, Paris, LGDJ, 1905, t. 1, vol. 1.

167 J. Dupichot, « De l'importance de l'histoire et du droit comparé dans le temps (libres propos d'un privatiste praticien) », in *De tous horizons - Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, éd. Soc. lég. comparée 2005, pp. 55-67 ; v. également Th. Rambaud, *Introduction au droit comparé les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, éd. PUF, 2014.

168 H.-P. Glenn (1940-2014), in *Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, *ibid.*, p. 259.





Pour ce faire, il utilise soit des mécanismes européens, soit des mécanismes nationaux. Les mécanismes européens regroupent les exceptions prévues par le droit primaire ou dérivé dans l'application du principe de libre circulation. Ainsi est né tout le droit européen de l'environnement, de la consommation, de la propriété intellectuelle, et l'exception européenne d'ordre public. L'enrichissement du droit national, tel que mis en avant par Eisman lorsqu'il montrait que le droit comparé est un moyen de mieux connaître ses institutions, s'y retrouve mais dans un ensemble plus vaste<sup>169</sup>.

Le juge utilise aussi les mécanismes nationaux pour affirmer des valeurs propres, éventuellement porteuses d'universalité. En ce sens, le juge national peut-il proposer l'application de sa loi de police pour autant qu'elle réponde au test de proportionnalité ? À cet égard, on notera que la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a proposé le concept d'« *identité constitutionnelle des États* »<sup>170</sup> qui, loin de stopper le processus communautaire, l'a enrichi d'une conception faite à la fois d'identité européenne et des identités nationales. C'est encore à la faveur de l'autonomie procédurale, qui lui permet de se référer à ses propres pratiques et à ses propres règles, que le juge enrichit en droit de la concurrence la procédure européenne de « *private enforcement* » (en français, application privée de la législation relative au droit de la concurrence ou intervention privée dans sa mise à exécution).

Dans le fond, le juge, par les propositions qu'il soumet à un autocontrôle de proportionnalité, dévoile l'autre qui est en moi. Ce mécanisme de propositions, éventuellement réceptionnées par l'ordre européen, est rendu possible par l'existence d'un espace dans lequel le juge trouve aussi son identité. Cet espace étendu d'échanges nécessite une conception commune de la justice qui prend la défense de l'humain comme socle, et surpasse la règle de droit par l'échange entre les hommes. Par ce double mouvement d'intégration et de différenciation, le juge articule à la régionalisation, voire à la mondialisation, son indépendance et l'identité de son État.

## Conclusion

Ce jeu continu pour intégrer l'extérieur et faire intégrer son intérieur modifie sans cesse la frontière des territoires juridiques, une frontière déjà floutée par la multiplication des territoires dessinés tantôt par le critère du champ d'application d'une règle (loi territoriale), tantôt par le critère du champ de compétence des juges selon les domaines juridiques des conventions auxquels les États dont ils tirent l'autorité appartiennent<sup>171</sup>, tantôt effacés par la dimension numérique.

Si le territoire n'est plus une référence possible, comme d'ailleurs le système fermé qui trouve son fondement en lui-même, que reste-t-il ? Il reste *in fine* une vision dynamique qui se fonde sur la pratique et sur l'expérience, car si les échanges, les transferts et les transmissions entre traditions juridiques ont toujours existé<sup>172</sup>, le

169 T. Rambaud, « Adhemar Eisman et le droit comparé », cité dans l'ouvrage *Le droit constitutionnel d'Adhemar Eisman*, sous la direction de S. Pinon et P.-H. Prélôt, Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2009, p. 71 ; V. également P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999.

170 Cour de Karlsruhe, 30 juin 2009 (arrêt dit « *Lisbonne* »).

171 Sans compter les appartenances aux différents cercles concentriques de l'Union européenne.

172 T. Rambaud, *op. cit.*





rôle du juge dans ces échanges est nouveau. Dans l'univers de complexité<sup>173</sup>, de pluralité et de décentration qui est le nôtre, il redonne du sens parce qu'il est juge et que, comme tel, il est un rempart contre la technicité<sup>174</sup>, un rempart pour la défense de l'humanité.

Mais le juge n'est pas seulement engagé dans une action défensive. Il participe à la construction, dans l'échange et la reconnaissance, d'une décision rendue qui présentifie une morale à vocation universelle et s'inscrit dans un souhait universel (senti sans être revendiqué) de justice, aux fins de transmettre au nouvel ordre juridique ce qu'il aura jugé essentiel de son ordre national.

---

### **Ronny Abraham**

*président de la Cour internationale de justice*

Je souhaiterais faire une remarque sur le lien entre le droit comparé et le caractère *évolutif* du droit. Il est certain que ce lien existe. Pour ma part, je fais preuve d'une certaine prudence quand j'entends parler de droit évolutif. Par définition le droit est évolutif, mais il l'est dans des sens assez différents, et il faut faire attention à ce que l'on veut dire. La coutume internationale et le droit coutumier, en général, sont évolutifs par nature. Le droit écrit est dans une situation différente. Si l'on veut dire que l'on peut toujours changer les règles, c'est évident. On peut changer la loi, de sorte qu'elle soit différente à un moment ou à un autre. Il en va de même pour les traités internationaux qui comprennent des procédures de révision, de renégociation, etc.

Mais la question que l'on se pose lorsque l'on parle de droit évolutif, notamment concernant le droit écrit, est de savoir si le même texte peut être interprété, compris et appliqué différemment à différents moments. C'est une autre acception du caractère évolutif du droit. À cet égard, je pense qu'il faut faire preuve de prudence parce que cela dépend des cas, des domaines et des textes considérés. Je ne crois pas qu'il y ait une sorte de présomption, de supposition générale en faveur du caractère évolutif de l'interprétation des normes. Évidemment, cette évolution est inévitable. Dans une certaine mesure, nous savons que la jurisprudence évolue forcément, alors qu'elle est directement ou indirectement une interprétation du droit et des textes applicables.

Cela me rappelle ce qu'a écrit la Cour internationale de justice il y a quelques années à propos d'un traité international du XIX<sup>e</sup> siècle, dans une affaire qui opposait deux États dans les années 2000. La question était de savoir si l'on devait donner, aujourd'hui, à ce texte le même sens que celui qu'il avait au moment où il fut adopté. La Cour internationale de justice a répondu que, pour interpréter un traité, la règle d'or est de rechercher l'intention de ses auteurs. Là est, selon elle, le principe cardinal.

173 J. Chevallier, *L'État postmoderne*, Paris, éd. LGDJ, coll. Droit et société, 2008 ; G. Deleuze et F. Guattari, *Rhizome*, Paris, éd. de Minuit, 1976 ; R. Cooper, *La fracture des nations. Ordre et chaos au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, éd. Denoël, 2003 ; P. Legrand, « l'analyse différentielle des juriscultures », *RIDC*, 1999, vol. 51, n° 4, 1053 ; R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, éd. Economica, coll. Études juridiques comparatives, 1991.

174 Et non plus, comme ce fut un temps, contre l'exégèse qui est l'explication ou l'interprétation d'un texte ou d'un sujet obscur.







L'intention des auteurs du traité était celle qui existait au moment où le traité a été conclu, ce ne peut pas être une intention postérieure. Toutefois, ajoute la Cour, il se peut qu'au moment où le traité a été conclu, l'intention de ses auteurs ait été explicitement ou implicitement de donner aux termes employés un sens susceptible d'évoluer dans le temps. Et, dans ce cas, on est fidèle à l'intention des auteurs en donnant aux termes du traité un sens qui n'est plus le même aujourd'hui qu'hier, parce que telle était leur intention. Comment le savoir lorsque cela n'est pas écrit dans le traité ? La Cour répond que si les auteurs du traité ont mis en place un système destiné à s'appliquer sur une très longue période de temps, et lorsque par ailleurs ils ont employé des termes dont ils n'ignoraient pas qu'ils étaient, par nature, susceptibles de voir leur sens évoluer, ils ont nécessairement voulu – en tout cas, ils sont présumés avoir voulu – que ces termes ne reçoivent pas forcément la même signification à tout moment dans l'avenir<sup>175</sup>.

Voilà globalement le raisonnement tenu par la Cour internationale de justice. Ceci pour dire que le caractère évolutif du sens des mots dans un texte juridique n'est pas un principe absolu ni général. Il faut rester dans l'idée que c'est l'intention présidant à la rédaction du texte qui prévaut. Mais, naturellement, cette intention elle-même peut aller dans le sens du caractère évolutif. Je prendrai donc avec nuance et une certaine précaution le thème général du caractère évolutif des textes, qu'ils soient internationaux ou nationaux, et les incidences que ce caractère évolutif peut avoir sur le recours à la technique du droit comparé.

---

**Mitchel Lasser**

*professeur de droit à l'université Cornell d'Ithaca, New-York*

De l'intervention incisive de Mme Poillot Peruzzetto, je retiens trois points forts : la spécificité du rôle du juge, la spécificité du rôle du juge national dans le contexte européen, et la dialectique, c'est-à-dire le va-et-vient entre l'intérieur et l'extérieur.

Mais je suis étonné, en tant qu'Américain, quand je regarde votre système qui évolue aux niveaux national et supranational en Europe, à travers la dynamique que vous décrivez. En effet, au début vous aviez un découpage des compétences, et donc un découpage des sources de droit et des institutions au niveau national qui était relativement clair. Mais, à partir du moment où vous avez mis en place la CJUE et la Cour EDH, vous avez tout d'un coup fortement modifié l'action de toute une série de hautes juridictions, au sens large, que chaque pays possédait déjà de par sa tradition civiliste (cour de cassation, conseil d'État, cour constitutionnelle). De sorte qu'aujourd'hui vous avez cinq juridictions nationales et supranationales qui se retrouvent concurrentes dans le même domaine juridique, avec des sources de droits complètement entrelacées. Ce qui signifie que, tout d'un coup, les notions d'intérieur et d'extérieur ne sont pas claires.

Ceci démontre le côté à la fois stratégique et subversif de cette évolution. C'est-à-dire que le juge national est lié au juge européen et à toutes les autres juridictions nationales. Il n'a pas d'autre choix que de revêtir la tunique du droit européen. Cela

175 CIJ, 13 juillet 2009, *Costa Rica c. Nicaragua*, Rec. 2009, p. 219, paragr. 63 et suiv. (différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes).





se perçoit tout particulièrement dans le domaine des droits dits « *fondamentaux* ». En la matière, la pire position à prendre, en tant que juge national, serait d'être une sorte d'objecteur de conscience en refusant de faire ce travail comparatif et de jouer sur le même terrain que les autres juridictions, parce qu'un tel juge se mettrait hors-jeu ! Il laisserait ainsi, aux autres juges, le rôle capital, dynamique et évolutif de définir ce qu'est ou ce que sera le droit.

---

**Bernard Stirn**

*président de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Je remercie chaleureusement nos trois intervenants pour la richesse de leurs interventions, et donne la parole à la salle pour un échange de questions-réponses.





## Échanges avec la salle

### *Questions au professeur Lasser*

*Je souhaiterais réagir sur deux points évoqués par le professeur Lasser, de nature à susciter de la sympathie devant un auditoire européen et sans doute l'inverse devant un auditoire américain : la Banque mondiale et le juge Scalia. Il me semble aussi qu'il y a des arguments qui méritent d'être pris très au sérieux, ne serait-ce que pour enrichir la position comparatiste que vous défendez.*

*S'agissant du juge Scalia, il me semble qu'il est facile de répondre à l'argument de la légitimité : pourquoi faire intervenir le droit étranger pour interpréter la constitution nationale ? Il me semble que son argument de légitimité a été également soutenu par un argument méthodologique. Je pense que le problème de la méthode de comparaison est absolument essentiel. C'est une question qui se pose autant dans le contexte constitutionnel américain que devant les juridictions internationales : comment faire appel au droit étranger ? Dans quelles conditions ? Et comment répondre à l'objection qui est précisément celle du juge Scalia dans l'arrêt *Laurence v. Texas*<sup>176</sup> qui consiste à dire que l'on instrumentalise la référence à telle ou telle source et que l'on cadre la question de telle manière qu'elle soutienne notre propre position ?*

*Ma seconde question concerne le rapport « Doing Business » de la Banque mondiale. Il ne s'agit pas de faire une plaidoirie néolibérale en faveur de la position de la Banque mondiale, mais juste de souligner que le lien que fait le rapport « Doing Business » entre la culture juridique et la culture économique repose sur une étude qui s'appelle « Legal Origins Theory » où la Banque mondiale dit une chose très importante qui est que l'histoire compte et, surtout, pèse sur l'évolution des sociétés. Ainsi, en réfléchissant à ses fonctions plurielles, le droit comparé peut-il nous aider à donner un sens au présent, notamment en remontant à la naissance des traditions juridiques modernes liées à l'État qui sont en train soit de disparaître, soit de se désintégrer, soit de se déplacer ? Cette réflexion-là est-elle de nature à nous faire comprendre comment les différents systèmes juridiques peuvent se positionner dans le monde ?*

### *Mitchel Lasser*

*Vous avez raison, il faut prendre au sérieux les arguments du juge Scalia et l'étude de la Banque mondiale, car ce sont des acteurs importants au niveau international.*

<sup>176</sup> L'arrêt *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558) est un arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis en 2003 qui déclare la loi texane sur la sodomie, visant exclusivement les relations homosexuelles, incompatible avec les exigences du « *due process* » (en français, procédure régulière) affirmées dans le quatorzième amendement de la Constitution fédérale. Rendu par six juges contre trois opinions dissidentes (dont celle du juge Scalia), cet arrêt renverse une décision précédente de la Cour, l'arrêt *Bowers v. Hardwick* de 1986 (478 U.S. 186) qui confirmait la constitutionnalité d'une loi de l'État de Géorgie criminalisant les rapports homosexuels.





*Pour ce qui concerne les arguments avancés par le juge Scalia, je suis absolument d'accord avec le fait qu'il existe une instrumentalisation du droit comparé qui est problématique. La raison pour laquelle j'avais présenté ces difficultés de méthodologie était précisément pour souligner que le droit comparé est difficile. Il n'est pas évident de faire des choix, car ce sont des choix méthodologiques qui ont des conséquences pratiques, d'ailleurs souvent malaisées à déterminer à l'avance. D'une certaine manière, prendre au sérieux le droit comparé signifie prendre au sérieux la difficulté de sa propre position et assumer les choix que l'on fait.*

*Qu'est-ce que cela signifie concrètement ? Je pense que le juge Scalia a raison quant à la façon dont le droit comparé est pratiqué dans la plupart des juridictions suprêmes. Les juges choisissent les décisions de justice d'autres juridictions qui appuient leur propre position. C'est évident, et c'est ce que l'on fait chaque fois que l'on utilise la jurisprudence ou que l'on fait référence à la doctrine, afin d'essayer de faire avancer la position qui nous paraît la plus avantageuse (et donc de faire avancer le droit) par rapport à notre propre façon de penser. Du moment que les personnes sont honnêtes – car il existe quand même un devoir d'honnêteté de la part du juge –, cela ne me dérange pas.*

---

*Sylvaine Poillot Peruzzetto*

*Comme en sociologie, il n'y a pas de vérité. Il faut donc avoir une approche épistémologique, savoir ce que l'on fait quand on fait du droit comparé et ce que cela peut apporter ; mais, en même temps, il faut en intégrer toutes les limites. J'ai apprécié cette présentation des différentes méthodes qui ont chacune leur intérêt et leur limite. À part cette continuelle distance critique du comparatiste quand il utilise le droit comparé, je ne vois pas d'autres réponses. D'ailleurs, il me revient à l'esprit les propos exprimés par une autre comparatiste qui a dit : « Quand on utilise le droit comparé par obligation, on assure un service minimum, et quand on l'utilise par volonté personnelle, on risque d'instrumentaliser ». Je pense que la seule réponse est donc cette distance critique.*

---

*Question du public*

*Le fait de publier les avis dissidents éclaire-t-il et enrichit-il l'analyse comparatiste des décisions de justice ?*

---

*Ronny Abraham*

*Oui, bien-sûr. C'est d'ailleurs le cas à la CIJ dans toutes les affaires, y compris les avis consultatifs. Les juges qui sont dans la minorité expriment leur opinion dissidente dans un texte qui est annexé à l'arrêt. Vous avez donc en même temps, et le même jour, le texte de l'arrêt qui est l'opinion de la majorité et les textes rédigés par les juges minoritaires qui discutent, critiquent la solution adoptée par la majorité et expliquent pourquoi, à leurs yeux, une solution*





*différente aurait été préférable soit sur le dispositif, soit sur tel aspect des motifs. L'opinion est dite « dissidente » lorsqu'elle s'oppose au dispositif de l'arrêt, et « individuelle » lorsqu'elle ne s'oppose pas au dispositif mais qu'elle porte sur tel aspect des motifs.*

---

#### *Remarque du public*

*Je souhaiterais seulement témoigner de mon expérience de professeur en droit comparé, et préciser que j'ai travaillé avec les juges du tribunal de Milan qui ont des sessions permanentes de formation en droit comparé et en droit européen.*

*Dans la pratique, le juge du fond, juge du tribunal ou de la cour d'appel, connaît le droit comparé, mais éprouve un embarras à l'avouer et à dire qu'il s'en inspire. Pourtant, on constate un usage très régulier du droit comparé, surtout en cas de difficultés ou de risques interprétatifs du droit national. On l'a, par exemple, constaté lorsque le tribunal de Milan, en opposition avec la loi, a changé la qualification de la responsabilité médicale en s'inspirant de la législation et de la jurisprudence d'autres États européens, mais sans jamais le mentionner.*

---

#### *Bernard Stirn*

*Merci de ce témoignage intéressant. Cela me fait penser à une formule qu'a utilisée de manière très éclairante mon collègue Olivier Dutheillet de Lamothe quand il a parlé du « dialogue sans paroles ». Il évoquait les liens entre le Conseil constitutionnel et la Cour EDH. Comme vous l'avez dit, le Conseil constitutionnel français s'inspire, à l'évidence, de certaines jurisprudences de la Cour EDH, mais ne le dit jamais. C'est ce qu'il a qualifié de « dialogue sans paroles » qui ressort du type de dialogue que vous venez d'évoquer.*

---

#### *Ronny Abraham*

*Il ne faut pas oublier qu'il y a un certain usage égoïste du droit comparé par le juge. J'entends par là, tout simplement, un usage visant à rendre son travail plus facile. Le droit comparé est aussi une façon de chercher des idées chez les autres. Le juge est confronté à une question difficile, parfois même à un casse-tête, par exemple avec des considérations d'intérêt public qui s'opposent les unes aux autres, et il cherche donc la meilleure solution, à trouver un équilibre. En conséquence, il se demande tout naturellement si ses homologues ont déjà eu à répondre à ce type de question, et quelle solution ils ont privilégiée. Ainsi va-t-il étudier ce que d'autres juridictions ont décidé pour avoir davantage d'idées sur la façon de résoudre le cas auquel il est confronté.*

*À cet égard, la recherche du droit comparé à laquelle le juge se livrera va peut-être le conduire à constater que les solutions adoptées dans les autres systèmes juridiques sont des solutions très diverses. Il choisira alors celle qui lui paraît la meilleure ou la mieux adaptée. Mais, dans tous les cas, son travail se trouvera facilité par le recours au droit comparé.*





---

### *Question du public*

*Quels sont les obstacles à l'accès au droit comparé et, au-delà, au droit international, notamment au regard de la barrière de la langue ou des langues ?*

---

*Sylvaine Poillot Peruzzetto*

*C'est un vaste débat, mais aussi tout l'intérêt du droit européen que d'être, d'emblée, exprimé dans plusieurs langues. Quand il s'agit d'expliquer le droit français en anglais ou en allemand, on perd forcément du sens. Et c'est pour cette raison que le juge a un rôle crucial à jouer. C'est toute la difficulté que de prendre un élément qui fait partie d'un tout et de le sortir de son contexte, car cela lui fait perdre une partie de sa substance, voire de sa rationalité. Les solutions au coup par coup peuvent être parfois dangereuses et il est difficile d'imaginer, au moment où elles sont intégrées, les conséquences sur le reste d'un système.*

---

*Bernard Stirn*

*Il est certain que c'est un élément très important qui, en pratique, n'est pas facile à surmonter. On peut alors souhaiter qu'au cours des études juridiques, l'enseignement d'au moins une langue étrangère soit obligatoire dans les facultés de droit. Aujourd'hui, on réalise beaucoup de progrès au travers des échanges, des annales étrangères. Mais la France revient quand même d'assez loin de ce point de vue-là. En effet, il n'est pas encore intégré dans toutes les facultés qu'un cursus universitaire en droit doive s'accompagner nécessairement de l'acquisition et/ou de l'approfondissement d'une langue étrangère.*

---

*Sylvaine Poillot Peruzzetto*

*Pour donner suite à vos propos, je voudrais citer l'école européenne du droit de Toulouse qui a pour objectif de former des juristes pour l'Europe. Ce ne sont pas des juristes de droit européen, mais des juristes pour l'Europe. Il s'agit d'un double cursus dans deux langues (double cursus, double diplôme : français-allemand, français-anglais, français-italien, français-espagnol), cursus axé sur le droit européen, mais également sur des conférences de culture européenne. Toute la difficulté est d'arriver à penser dans une dimension européenne, car si l'on construit l'Europe, l'on continue à penser dans une dimension nationale avec un cerveau structuré par nos représentations nationales.*

*Je n'ignore pas qu'il existe des expériences similaires où se développent les doubles diplômes. Mais il s'agit là de beaucoup plus qu'Erasmus, car Erasmus est juste un échange de six mois ou d'un an, tandis que les doubles diplômes vous soumettent au système de l'université d'accueil en sus de celui de l'université d'origine.*





## Éléments de bibliographie

J. Bell, « Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law », in Van Hoeke (M.), *Methodologies of Legal Research*, Hart, 2013, p. 155.

G. Canivet, « The practice of Comparative Law by the Supreme Courts », in B. Marquesinis, J. Fedtke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A new source of Inspiration ?*, UCL Press, 2006, p. 309.

D. Fairgrieve, « Using Comparative Law before the Courts » (Communication prononcée à l'école de droit de Yale en mars 2014).

B. Marquesinis, J. Fedtke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A new source of Inspiration ?*, UCL Press, 2006.

P. McCormick, « Waiting for Globalization : An Empirical Study of the McLachlin Court's Foreign Judicial Citations », *Ottawa Law Review*, 41 (2009) 209-43.

M. Minow, « The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States », 52 *Harv. Int'l L.J. Online* 1 (2010), article disponible sur le site <http://www.harvardilj.org>

H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, vol. 52, n° 3, juillet-septembre 2000, pp. 503-527.

O. Pfersmann, « Le droit compare comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, vol. 53, n° 2, avril-juin 2001, pp. 275-288.

M.-C. Ponthoreau, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA*, 2006 p. 21.

M.-C. Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 1-2005.

J. Rivero, « Rapport final », *RIDC*, vol. 41, n° 4, octobre-décembre 1989, pp. 919-926.









## Troisième conférence

# La territorialité du droit : approches théoriques et usages méthodologiques

## Sommaire de la conférence

Présentation du thème de la conférence .....	107
Biographies des intervenants .....	111
Actes - La territorialité du droit : approches théoriques et usages méthodologiques .....	113
Échanges avec la salle .....	143







## Présentation du thème de la conférence

Le droit a longtemps été indissociable du territoire sur lequel il était conçu. Celui-ci constituait son horizon et bornait son champ d'application, à quelques exceptions notables, notamment les navires et aéronefs. En contrepartie, le droit d'un État jouissait sur le territoire de celui-ci d'une souveraineté sans partage. Si les échanges internationaux ou certaines situations civiles pouvaient conduire à appliquer des droits étrangers, cette application demeurait marginale et, s'agissant du droit civil, balisée par les règles de conflit de lois. Quant aux normes de droit international, elles ne produisaient d'effets sur le territoire de l'État que par la médiation du droit interne.

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

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

Cette projection du droit national dans un espace qui n'était pas le sien à l'origine est susceptible de poser problème, dès lors qu'elle se heurte à la souveraineté d'autres États. Cependant, pour que cette rencontre fasse débat, encore faut-il que la norme nationale ne se borne pas à avoir un simple *effet* extraterritorial – c'est-à-dire être applicable à des situations qui, tout en comportant certains éléments d'extranéité, présentent des liens indiscutables avec le territoire dont elle est originaire – mais bien qu'elle entende régir des situations qui ne présentent qu'un rapport très lointain avec ce dernier. Ce sera notamment le cas lorsqu'une norme d'un État cherche à imposer « *des obligations à des personnes étrangères dépourvues de rattachement territorial pertinent avec l'État régulateur, qu'il s'agisse de leur présence sur son territoire ou du lieu de réalisation des agissements visés*<sup>177</sup> ». En résumé, plus le lien entre la situation visée et le territoire sera ténu, plus la légitimité de l'application de son droit sera discutable.

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





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

Cette extraterritorialité est souvent « défensive ». En effet, un certain nombre de phénomènes transnationaux ont pour conséquence « *de dépouiller l'État de ses pouvoirs par l'effet de rapports de force*<sup>178</sup> ». Ceci ne vaut pas pour les seuls phénomènes criminels, mafieux ou terroristes. Face à un droit limité par ses frontières, l'entreprise multinationale jouit d'un avantage certain. Il en va de même de l'internet, que sa structuration en réseau fait par principe échapper à toute définition territoriale, contraignant le régulateur à se saisir d'un point d'entrée pour le rattacher au droit d'un territoire. Ainsi dans l'affaire *Google Spain* la Cour de justice de l'Union européenne a eu une approche extensive du champ d'application de la directive 95/46/CE afin de permettre aux utilisateurs du moteur de recherche de bénéficier des protections de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Pour ce faire, elle a considéré que le traitement des données à caractère personnel était bien effectué sur le territoire d'un État membre, dès lors que l'exploitant du moteur de recherches créait dans cet État une succursale ou une filiale chargée de la vente des espaces publicitaires disponibles sur ce moteur<sup>179</sup>.

La volonté du législateur de conférer à la norme nationale une large mesure d'extraterritorialité peut également procéder d'une démarche quasi messianique. Ainsi, un État estimant qu'il lui incombe de pallier les manques du système international de protection des droits de l'homme, insère dans sa législation une disposition qui permet à ses juridictions de se déclarer compétentes pour connaître de toute violation de ces droits, indépendamment du territoire sur lequel elles sont commises, de la nationalité du commettant et de celle des victimes. C'est notamment le cas des lois belges des 16 juin 1993 et 10 février 1999 instituant une compétence universelle des juridictions de cet État pour juger des crimes de guerre, des actes de génocide et des crimes contre l'humanité (ou des lois françaises portant sur la répression des mêmes crimes en ex-Yougoslavie et au Rwanda). En conférant à sa loi pénale une prérogative d'extraterritorialité radicale, le législateur n'innove toutefois pas complètement, puisque quelques textes internationaux (Conventions de Genève de 1949, Convention contre la torture du 10 décembre 1984, etc.) habilite les juridictions nationales à connaître des infractions commises à l'étranger, *par un étranger* et ne *présentant pas de rattachement avec leur territoire*. Néanmoins, lorsque l'État décide unilatéralement de s'auto-habiller, il le fait en dehors de toute légitimation par la communauté des États, en invoquant simplement la nécessité de ne pas laisser ces crimes impunis. L'extraterritorialité de la loi nationale trouve donc une forme de légitimité fondée sur la gravité des actes visés et sur les insuffisances du droit international répressif.

Le législateur peut être guidé par des considérations plus pragmatiques lorsqu'il édicte une loi dont le champ d'application embrasse délibérément des situations qui échappent normalement au droit interne. Il cherchera notamment par ce

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

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





biais à contrôler et à punir des comportements préjudiciables à ses intérêts. Les entreprises étrangères qui, nonobstant les embargos décidés par les États-Unis à l'encontre de certains États, poursuivent leurs opérations financières avec ces États, ont pu le constater à leurs dépens<sup>180</sup>. C'est guidés par cette logique que les États-Unis ont adopté une loi, le *Corrupt Practice Act* du 19 décembre 1977 (15 U.S.C. paragr. 78dd-1 et seq.), leur permettant de poursuivre des entreprises, notamment étrangères, qui corrompent des agents publics d'États tiers dans le but de se voir adjuger des marchés dans ses États, faussant ainsi le libre jeu de la concurrence et portant, de ce fait, potentiellement atteinte aux intérêts américains.

Même lorsque le législateur n'a pas entendu conférer à un texte une portée extraterritoriale, ou tout au moins ne l'a pas explicitement prévue, celle-ci peut lui être reconnue ultérieurement par décision juridictionnelle. C'est alors l'activisme des justiciables qui enclenche le processus qui aboutira à l'extension du champ d'application de la loi. Là encore, cette extension peut être radicale, comme en témoignent les « *foreign-cubed cases* » (affaires présentant un triple facteur d'extranéité)<sup>181</sup>, dans lesquels le demandeur, le défendeur et le lieu de l'infraction sont étrangers.

La mise en œuvre d'une telle stratégie de la part de requérants étrangers peut s'expliquer par le fait que ni l'arsenal législatif de leur État ni le droit international ne leur offrent la possibilité de présenter leur réclamation. Souhaitant mettre fin à ce qu'ils perçoivent comme un déni de droit, ils portent leur demande devant une juridiction étrangère, en se fondant sur une loi du *for* dont le champ d'application leur paraît devoir être suffisamment large pour englober leur situation. Dans l'affaire *Kiobel*<sup>182</sup>, des ressortissants nigériens (qui au moment des faits ne résidaient pas aux États-Unis) tentaient ainsi d'engager devant une juridiction américaine la responsabilité de la *Royal Dutch Shell Petroleum* (société étrangère mais cotée à la Bourse de New-York) pour sa complicité alléguée dans les violations des droits de l'homme commises par le régime nigérien. Les demandeurs se prévalaient des dispositions d'une loi américaine, l'*Alien Tort Statute* (28 U.S.C. paragr. 1350), qui prévoit la compétence des tribunaux fédéraux américains pour toute action engagée à l'étranger pour un dommage commis en violation du droit des nations ou d'un traité auquel seraient parties les États-Unis<sup>183</sup>.

En 2013, la Cour suprême a rejeté la demande à l'unanimité, en estimant « *pour la première fois dans l'histoire du Alien Tort Statute [que] le for qu'offre ce dernier est (...) inaccessible à raison de l'extranéité géographique des faits* »<sup>184</sup>. La Cour a, en effet estimé que « *la présomption contre l'extranéité qui commande*

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

181 V. sur ce point le discours introductif du vice-président Sauvé, p. 17 à 18 ; v. également le rapport n° 4082, du 6 octobre 2016, de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur l'extraterritorialité de la législation américaine.

182 Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013.

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

184 Horatia Muir Watt, « L'Alien Tort Statute devant la Cour suprême des États-Unis – Territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 595 et suiv.





*l'interprétation judiciaire des tous les actes du Congrès s'applique également au Alien Tort Statute », et que ni les termes employés par le texte ni le contexte de son adoption n'indiquait que le législateur de 1789 ait entendu renverser cette présomption. Cette prudence dans l'approche de l'extraterritorialité de la loi est nouvelle, dans la mesure où prévalait jusque là une interprétation extensive de son champ d'application.*

L'hypothèse d'un déni de droit n'est pas la seule dans laquelle des justiciables font le choix de revendiquer l'application d'une norme étrangère qui ne présente qu'un lien ténu avec les faits. L'autre est celle du « *forum shopping* », par lequel une partie choisit une loi étrangère qui lui semble présenter des avantages supérieurs à ceux offerts par la norme applicable en vertu du principe de territorialité. La Cour suprême des États-Unis a, par son arrêt du 24 juin 2010 *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010), souhaité mettre un terme à cette pratique. Dans cette affaire qui portait sur une fraude boursière, des actionnaires australiens qui avaient acheté des titres en Australie attaquaient une banque australienne devant les juridictions américaines. Le seul lien avec les États-Unis était M. Morrison, citoyen américain. Le choix des actionnaires relevait d'une pure stratégie judiciaire puisqu'ils entendaient bénéficier ainsi d'un droit qu'ils jugeaient particulièrement favorable. En l'espèce, l'intérêt du *for* américain tenait pour les demandeurs, d'une part, au fait que le droit américain autorise les *class actions* et, d'autre part, au fait qu'un jury et non un juge professionnel statuerait sur les demandes, laissant plus de chance à des arguments non juridiques de prospérer. Quelques années avant son arrêt *Kiobel*, la Cour avait donc déjà estimé que l'extraterritorialité ne se présuait pas et ne pouvait résulter que d'une disposition expresse de la loi votée par le Congrès.

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





# Biographies des intervenants

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

## Le modérateur

### **Michel Pinault,**

*président de section honoraire du Conseil d'État*

Diplômé de l'École des hautes études commerciales, ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), Michel Pinault a commencé sa carrière en 1976 à la section du contentieux du Conseil d'État, où il a notamment été commissaire du Gouvernement (1981-1983). Il a également exercé les fonctions de secrétaire général du Conseil d'État de 1987 à 1991. Président de la 9<sup>e</sup> sous-section du contentieux à partir de 2006, il a été nommé en 2008 président de la section de l'administration, fonctions qu'il a été exercées jusqu'en 2012. Il est par la suite devenu président adjoint de la section des finances. Michel Pinault a, par ailleurs, été conseiller juridique à la représentation permanente de la France auprès des Communautés européennes (1983-1987). De 1991 à 2004, il a été directeur des affaires juridiques et fiscales, puis directeur général du groupe UAP, avant de travailler pour le groupe AXA comme directeur général Asie-Pacifique, membre du comité exécutif. Depuis 2014, il préside la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers.

## Intervenants

### **Jean-Bernard Auby,**

*professeur à Sciences Po, directeur de la chaire Mutations de l'action publique et du droit public*

Jean-Bernard Auby a été le doyen de la faculté de droit de l'université de Paris XII (Saint-Maur) de 1989 à 1993, puis professeur de droit public à l'université de Panthéon-Assas de 1994 à 2006. Il a, par ailleurs, été directeur adjoint de l'Institut de droit européen et comparé de l'université d'Oxford de 1998 à 2000. Professeur à Sciences Po depuis 2006, il dirige la chaire Mutations de l'action publique et du droit public. Il a également enseigné comme professeur invité dans de nombreuses universités européennes et internationales. Jean-Bernard Auby est le directeur du *JurisClasseur administratif* et de la revue *Droit Administratif* (éd. LexisNexis), ainsi que de la collection *Droit Administratif/Administrative Law* (éd. Bruylant). Il est, en outre, membre des comités éditoriaux de nombreuses revues internationales, notamment *l'International & Comparative Law Quarterly* et *Global Law Press*. Il est l'auteur de divers ouvrages, dont : *Droit de l'urbanisme et la construction*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2015 ; *Droit des collectivités locales*, PUF, 5<sup>e</sup> éd., 2015 ; *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2009 ; *Droit administratif des biens*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016 ; *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2010 ; *La décentralisation et le droit*, LGDJ, 2006 ; *Droit de la Ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013.





### **Loïc Azoulai,**

*professeur à l'École de droit de Sciences Po*

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

### **Mads Andenas,**

*professeur à la faculté de droit de l'université d'Oslo*

Mads Andenas, professeur à la faculté de droit de l'université d'Oslo, est le rapporteur spécial des Nations Unies sur la détention arbitraire ; il préside le groupe de travail mis en place sur ce sujet. Il est membre du bureau de l'*International Law Association* et a exercé des responsabilités dans plusieurs associations de droit international, européen et comparé. M. Andenas a dirigé l'Institut britannique de droit comparé et international (BIICL) ainsi que le Centre de droit européen de King's College à Londres. Il a enseigné comme professeur invité dans plusieurs universités, notamment à Paris, à Rome, à l'Institut universitaire européen de Florence, à Bruxelles, aux Pays-Bas et à Hong-Kong. M. Andenas a dirigé la revue *International and Comparative Law Quarterly* et dirige actuellement l'*European Business Law Review* ; il est membre du comité éditorial d'une dizaine d'autres revues. Par ailleurs, il a occupé des fonctions dans plusieurs ministères norvégiens (notamment directeur général adjoint à la direction générale de la politique économique au ministère de l'économie et des finances), ainsi qu'auprès de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque mondiale, et le Fonds monétaire international (FMI). Il est l'auteur de nombreux articles et ouvrages. Parmi les plus récents : *The Foundations and Future of Financial Regulation Governance for Responsibility* (éd. Routledge, 2014, avec Iris Chiu) et *Theory and Practice of Harmonisation* (éd. Edward Elgar Publishing, 2012).







# Actes – La territorialité du droit : approches théoriques et usages méthodologiques

**Michel Pinault**

*président de section honoraire au Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Je me réjouis d'ouvrir cette troisième conférence du cycle *Droit comparé et territorialité du droit* en présence d'un public nombreux, ainsi que des trois intervenants qui vont s'exprimer sur le thème : « approches théoriques et usages méthodologiques ».

Les intervenants à cette séance sont : Jean-Bernard Auby, professeur à Sciences Po et titulaire de la chaire Mutation de l'action publique et du droit public, familier des sujets dont nous allons traiter ici, que ce soit de manière générale ou sous l'angle européen ; Loïc Azoulay, professeur à l'École de droit de Sciences Po, qui bénéficie de toute une carrière teintée d'Europe en tant que référendaire à la Cour de justice et chargé des enseignements de droit à l'Institut universitaire européen de Florence, et dont les contacts avec le droit européen sont nombreux ; et le professeur Mads Andenas, qui est norvégien, professeur de droit à l'université d'Oslo, et qui travaille avec le comité des droits de l'homme des Nations Unies où il anime de nombreux groupes de travail dont l'objet est, précisément, de tester la territorialité du droit en matière de droits humains.

Mais je me dois également de citer notre ami Duncan Fairgrieve, universitaire et avocat aux barreaux de Paris et d'Angleterre/Pays de Galles, et maître de conférences à Sciences Po Paris, qui nous fait également l'honneur de sa présence.

Grâce à ces différents experts, nous allons pouvoir bénéficier d'échanges nourris sur le sujet de la territorialité du droit : approches théoriques et usages méthodologiques.

Avec ce thème, nous entrons dans une partie plus sévère de notre cycle. En effet, les deux premières conférences avaient été marquées, d'une part, par un grand optimisme sur la « *renaissance* » du droit comparé, d'autre part, par un certain enthousiasme face aux progrès impressionnants du « *dialogue des juges* » et, enfin, par la marche positive, sinon vers un *jus commune*, du moins vers des principes, des concepts, des approches communes et vers également des espaces où les droits substantiels s'harmonisent progressivement.

Ce mouvement est réel et il faut s'en réjouir. Mais, il se heurte à des résistances et à des obstacles toujours présents. C'est pourquoi, nous allons regarder de près ce qui constitue sans doute le principal d'entre eux : la territorialité du droit.





Nous allons tenter d'en préciser les fondements, en vérité bien solides et difficiles à faire bouger, au moins sur un plan théorique où sont à l'œuvre des principes importants comme la souveraineté nationale et – pour certains pays seulement – la volonté générale démocratiquement exprimée.

Nous allons également tenter d'analyser, dans les faits, comment ces fondements apparemment solides sont, d'une certaine manière, grignotés, pour le meilleur ou pour le pire, par toute une série de phénomènes. Il est commode à cet égard d'utiliser, pour simplifier, le concept quelque peu galvaudé – et considéré en France de façon assez péjorative – de « *mondialisation* ». Et sans doute faut-il aller plus avant dans l'analyse de ces phénomènes. On notera qu'il n'y a pas que les accords de Schengen qui ont fait tomber les frontières, au moins à l'intérieur de l'Union européenne. D'autres frontières cèdent progressivement : les frontières diplomatiques avec le droit d'ingérence, les frontières de la société de l'information et de la protection des données personnelles avec le « *big data* », la protection des consommateurs avec les achats par Internet à tout endroit du monde et sans sortir de chez soi, etc. C'est également le cas pour ce qui concerne l'intégrité des marchés financiers réglementés, où les progrès techniques fulgurants dans la transmission des ordres permettent à un « *day trader* » de Hong Kong d'inscrire directement et en quelques dixièmes de secondes des ordres d'achat ou de vente directement dans le livre de cotation d'Euronext ou du LSE<sup>185</sup>. Et cela sur des dizaines de titres cotés. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce dernier point lors de la septième conférence consacrée au droit financier et à la régulation.

La « *mondialisation* », même sous sa forme contemporaine plus dynamique et à forte connotation financière de « *globalisation* », c'est-à-dire d'accélération et d'approfondissement à la fois des flux commerciaux, des investissements directs à l'étranger et du volume des mouvements de capitaux, n'est pas, au train où elle va, et contrairement à ce que l'on entend dire parfois, le fruit d'une volonté politique des États, qui dans l'ensemble sont plutôt sur la défensive à cet égard. Elle est le résultat, tantôt positif, tantôt négatif, d'énormes progrès techniques, notamment *via* Internet, dans la transmission, l'échange, le stockage et l'exploitation d'informations, qui sont autant d'activités nouvelles, sources de valeur économique et probablement aussi de pouvoir, non ancrées dans un territoire donné. Loïc Azoulay nous dira comment il voit, pour utiliser un néologisme à la mode, cette « *ubérisation* » de la territorialité du droit.

Enfin, il est des cas où, au nom de principes supérieurs inhérents au projet d'une société humaine meilleure dont seraient bannies la misère et la violence, la territorialité du droit devient un obstacle insupportable que les solidarités entre les êtres humains commandent de supprimer.

La territorialité du droit conduit parfois, en effet, particulièrement en matière de droits humains, à des dénis de justice inacceptables. Il faut donc réfléchir à la meilleure manière de surmonter cette tension interne que nous ressentons tous. Il y a bien sûr des solutions, en particulier dans le progrès de l'organisation internationale, aussi bien au niveau régional qu'au niveau mondial. On peut ainsi

<sup>185</sup> Le « *London Stock Exchange* (LSE) » ou bourse de Londres est l'une des plus anciennes places financières du monde. En 2007, sa fusion avec la bourse italienne a donné naissance au groupe LSE.





mettre en place des organes de régulation, ou des constructions plus ambitieuses comme l'Union européenne, auxquels les États peuvent concéder des portions de leur souveraineté dans certains domaines. On peut aussi créer des juridictions internationales compétentes pour la poursuite et la punition de certains crimes spécifiques en raison de leur gravité (crimes de guerre, génocides) ou du lieu de leur commission. Mais est-ce suffisant ? Faut-il recourir à une autre approche : celle de l'efficacité ? Il y aurait alors compétence extraterritoriale, même avec des critères de rattachement très ténus, à supposer que cela représente le seul moyen *efficace* de faire cesser une situation insupportable au regard des droits humains fondamentaux. Le professeur Andenas nous conduira sur le chemin de ces nouvelles pistes.

Pour conclure – provisoirement – mon propos introductif, je souhaiterais pointer une réalité qui oblige à tenir compte de la prégnance de la territorialité du droit, malgré les progrès effectués pour en conserver les effets bénéfiques tout en levant, là où c'est souhaitable, les obstacles qu'il génère face aux progrès de l'État de droit jusqu'à un niveau suffisant d'universalité. Il s'agit d'une structure fondatrice du droit lui-même, qui est qu'au final, il n'y a pas de droit sans sanction véritablement exécutée. Et le pouvoir d'exécuter une sanction prononcée par un tribunal ayant étendu sa compétence au-delà de son *for* reste entre les mains, en dernier ressort, de l'État où résident physiquement les personnes condamnées. Tant il est vrai que le droit, lorsqu'il punit, suppose le recours à la force matérielle.

C'est là un aspect du problème qui n'est pas souvent traité et qui peut donner lieu à d'intéressantes réflexions.

Je laisse à présent le professeur Auby nous broser la toile de fond de ce débat territorial.

---

**Jean-Bernard Auby**

*professeur à Sciences Po,*

*directeur de la chaire Mutations de l'action publique et du droit public*

Je suis très heureux d'intervenir sur le thème de « la territorialité du droit : approches théoriques et usages méthodologiques ». Je souhaiterais, sur ce sujet précis, livrer quatre réflexions.

**1. La première réflexion concerne le sens du territoire pour le droit.**

Le territoire est un élément essentiel de l'architecture juridique du monde. C'est un élément de structuration tout à fait fondamental parce qu'il délimite les compétences des organes publics, l'usage de la force publique, le champ d'application des lois et la compétence des juges ; sans préjudice d'aspects politiques sur lesquels je reviendrais.

Mais, le territoire, qui incontestablement est bien tout cela, est en soi une réalité peut être plus complexe que nous n'avons tendance à l'imaginer et, au fond, sans doute l'a-t-il toujours été.





C'est une réalité complexe sur le plan physique : les territoires sont de formes différentes et irrégulières (marins, terrestres, enclavés, etc.). Il suffit, par exemple, de se promener en Cerdagne<sup>186</sup> pour découvrir soudain qu'il y a un bout d'Espagne dans le territoire français, historiquement relié par une sorte de corridor que les accords de Schengen<sup>187</sup> ont permis de supprimer. Concrètement, c'est donc loin d'être aussi simple qu'on le pense généralement, et c'est également vrai sur le plan juridique car, même si l'organisation westphalienne du monde<sup>188</sup> a resserré le rapport entre le territoire et le droit, ce rapport n'était pas toujours territorial : le droit se basait souvent sur le statut personnel des personnes presque autant que sur une référence territoriale. Les situations d'enjambement ont donc toujours existé ; il y a toujours eu des commerçants vendant leurs marchandises dans d'autres pays, des immigrés, des situations transfrontalières, etc. Le rapport du droit au territoire n'a jamais été simple. C'est la première évidence que je souhaitais rappeler.

2. La deuxième idée est celle, déjà évoquée, selon laquelle, le rapport du droit au territoire se complexifie en raison des interconnexions croissantes des sociétés, des cultures, des économies, mais aussi de l'action publique.

Les situations juridiques qui enjambent les territoires sont, en effet, de plus en plus fréquentes ; elles atteignent une densité extrême dans les rapports financiers internationaux où cela devient en quelque sorte la norme. On a donc des situations de transnationalité, et de potentielles applications extraterritoriales des normes, de plus en plus fréquentes. Ces situations de transnationalité juridique ont, toutefois, tendance à être de moins en moins reléguées dans le monde privé, dans le monde des affaires, dans le monde des rapports entre individus, et à toucher les rapports entre les puissances publiques, les administrations, et à intéresser le droit public.

On s'achemine vers une situation dans laquelle le mélange des droits et le rattachement affaibli au territoire deviennent quelque chose de si fréquent, que l'on peut se demander si ce socle de l'architecture juridique du monde ne serait pas mis en péril.

Autrefois, ce socle tenait très bien, assorti d'exceptions que l'on arrivait à gérer. Aujourd'hui, c'est moins le cas. Cela devient problématique pour des raisons, à la fois, techniques et intellectuelles, mais aussi politiques.

À cet égard, je recommande l'article d'Alain Supiot, « *L'inscription territoriale des lois* »<sup>189</sup>, dans lequel il explique le lien du droit au territoire : ce lien est porteur d'éléments démocratiques, car qui dit « *territoire* », dit « *citoyens* ». Plus ce lien s'altère et plus il y a quelque chose dans le contenu démocratique du droit qui est en péril. Telle est son analyse, qu'il est nécessaire de prendre en considération.

186 Région naturelle d'une superficie d'environ 1 000 km<sup>2</sup> située dans l'Est du massif des Pyrénées et partagée entre la France et l'Espagne.

187 Les accords de Schengen sont entrés en vigueur le 26 mars 1995, puis ont été intégrés à l'acquis communautaire le 2 octobre 1997 avec la signature du traité d'Amsterdam. Ils ont pour objet la suppression, le 1<sup>er</sup> mai 1999, des contrôles aux frontières communes et le renforcement de la coopération policière, douanière et judiciaire entre les États signataires (la majorité des États membres et certains États extérieurs à l'Union européenne).

188 Expression utilisée pour désigner le système international durable de régulation entre États mis en place par les trois traités de Westphalie en 1648.

189 Alain Supiot, « L'inscription territoriale des lois », revue *Esprit*, novembre 2008, pp. 151 à 170.





Indépendamment de cette dimension politique, il y a la façon dont nous, juristes, devons réagir face à cette situation dans laquelle le rapport du droit au territoire est troublé. Cela pose en effet des questions à la fois d'ordre *théorique* et d'ordre *méthodologique*. Ce sont mes troisième et quatrième points.

### 3. La troisième idée explore l'invention de nouveaux cadres territoriaux.

Sur un plan conceptuel, un certain nombre d'auteurs ont observé que, non seulement, le rapport du droit au territoire se complexifie dans la mondialisation mais, également, que ce monde aurait tendance à inventer de nouveaux cadres territoriaux. C'est, par exemple, le cas du droit de l'environnement qui ne s'intéresse que partiellement à ce que sont les États et les territoires, préférant se préoccuper davantage de la Méditerranée ou de la forêt amazonienne. Dans ce contexte, de nouveaux territoires s'ajoutent à ceux déjà existants.

Mais, il y a plus profond encore : nous sommes dans un univers dans lequel les territoires sont de plus en plus multiples, superposés. À tel point que l'on peut se demander si le concept même de territoire, tel que nous le voyons bien borné, est toujours parfaitement valable.

À ce sujet, je conseille le livre d'Anne-Laure Amilhat-Szary, *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*<sup>190</sup> qui pose une réflexion sur la modification du sens des territoires et, notamment, sur le fait que les frontières deviennent aujourd'hui des ressources. Dans ce contexte, on peut se demander si la notion traditionnelle de territoire reste valable.

### 4. La quatrième idée traite des difficultés méthodologiques et techniques.

Une telle situation engendre également des problèmes de méthode, ainsi que des questions techniques sur la façon de traiter ces situations juridiques transnationales de plus en plus fréquentes. Cette difficulté est croissante dans tous les domaines : droit privé, droit pénal, etc.

Je vais me concentrer sur le droit public et plus spécialement sur le droit administratif. En Europe, il peut y avoir une situation de transnationalité des actes administratifs d'un État qui se prolongent dans un autre État ; des institutions qui sont transfrontalières ; sans parler des contrats que l'on passe d'un organisme public ou d'une administration à une autre et qui ont des effets au-delà des frontières.

Sommes-nous suffisamment armés avec notre droit administratif pour gérer de telles questions ? Je n'en suis pas persuadé. Pourtant, les questions à se poser sont simples. Elles ont été identifiées depuis longtemps par le droit international privé : quel est le droit applicable ? À partir du moment où un droit est appliqué, n'y a-t-il pas un ordre public qui résiste quelque part ?

Cette question s'est déjà posée à propos de contrats internationaux passés par des administrations françaises ; je pense notamment à la jurisprudence

190 Anne-Laure Amilhat-Szary, *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, Paris, éd. PUF, 2015.





*Mme Johnston*<sup>191</sup>. La tendance, ici, est de s'arc-bouter sur le lien traditionnel du droit public au territoire, sans consentir aux administrations l'autorisation de choisir leur propre droit et, à travers lui, leurs juges. Ainsi, par exemple, l'affaire *Mme Johnston* concernait-elle des contrats passés par les ambassades françaises à l'étranger pour recruter du personnel ; mais le contrat a été soumis, par la volonté des parties, au droit de l'État dans lequel le recrutement a été fait ; le juge administratif français est donc incompétent pour en connaître. Cette position est-elle durable ? Elle présente certainement un inconvénient car, en l'espèce, le juge administratif français renonce à imposer, dans cette relation juridique impliquant pourtant l'administration française, un quelconque ordre public national.

À l'avenir, ce genre de questions doit continuer à être posé, et la jurisprudence doit continuer à les creuser. Sans doute de manière différente selon que l'on a à faire à des contrats, à des situations ponctuelles temporaires ou à l'avis d'institutions transnationales.

---

**Michel Pinault**

*président de section honoraire au Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Vous avez raison, la notion même de territoire peut, dans certains cas, disparaître ou s'évanouir. Il s'agit d'une évolution lente qui se révèle plutôt à la suite d'affaires particulières et de la décision de tel ou tel tribunal. Mais, dans cette évolution progressive, l'on constate cependant le retour extrêmement brutal des notions de frontière et de territoire. Ceci montre bien que, même si elle perd un peu de ses bases, la notion de territoire reste la référence incontournable et obligée, notamment auprès des populations. Vous avez raison de souligner qu'il s'agit là d'une question politique. Je constate aussi que, même dans les pays qui font une application extraterritoriale très large de leurs lois, comme par exemple les États-Unis, la Cour suprême a précisé assez récemment que le point de départ est la territorialité, mais que cette présomption de territorialité de la loi américaine peut être renversée par le Congrès qui, s'il le souhaite, peut l'étendre. Nous sommes ainsi confrontés à un double mouvement d'effacement et de résistance.

---

**Jean-Bernard Auby**

*professeur à Sciences Po,  
directeur de la chaire Mutations de l'action publique et du droit public*

Je précise que je n'avance pas l'idée de la dissolution des États et des territoires dans un futur proche. Même si je n'ignore pas qu'il existe une certaine vision de la mondialisation qui consiste volontiers à prédire cela pour demain... C'est parfaitement utopique ! Nous vivons toujours dans un univers fortement structuré par les notions d'États et de territoire, avec les grandes nuances que j'ai essayé d'apporter. J'ajouterai qu'il faut distinguer selon les domaines. Oui, les frontières existent, et cela a été **fortement rappelé** en Europe suite au phénomène d'immigration massive. Mais,

<sup>191</sup> CJCE, aff. C-222/84, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*.





nous pouvons aussi songer à l'univers d'Internet, même si celui-ci est peu scandé par les territoires. Je ne dis pas que les territoires et les frontières sont absents du phénomène Internet car, en l'état actuel des technologies, les Chinois arrivent à filtrer la circulation des courriels vers leur territoire. Pour le reste, cependant, Internet est quelque chose de très largement a-territorial.

---

**Loïc Azoulay**

*professeur à l'École de droit de Sciences Po*

Il me semble que, si l'on se pose la question de façon théorique, l'on peut voir les choses de deux manières :

- soit l'on considère que la juridiction administrative s'en tient ou revient à une stricte territorialité, c'est-à-dire qu'elle ne s'intéresse pas, par principe, au droit étranger ou à une situation étrangère. Ce qui la retient est un tropisme territorial ;
- soit l'on considère que la juridiction administrative, en fait, s'autolimité, parce que n'est pas en cause une activité liée à l'intérêt général ou aux services publics. Ce qui la retient, c'est la considération même que les autorités étrangères sont les mieux placées pour juger de la situation. Cette interprétation est celle qui me paraît la mieux correspondre à certaines des solutions établies.

---

**Michel Pinault**

*président de section honoraire au Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Je me souviens d'une affaire d'indemnisation où l'on a fait application d'une loi étrangère. Les Américains avaient utilisé pendant la seconde guerre mondiale un brevet français pour construire quatre ou cinq millions de camions. Il s'agissait d'indemniser les titulaires du brevet en question. Les Américains, dans le cadre d'un accord international, avaient transféré la charge de l'indemnisation au Gouvernement français, en échange de l'abandon de certaines dettes. Nous avons fait application de la loi américaine qui plafonnait les profits de guerre, en disant qu'il y avait obligation de procéder de cette façon, même si les intéressés étaient français. Dans certains cas, donc, on n'hésite pas à appliquer la loi étrangère.

---

**Mads Andenas**

*professeur à la faculté de droit de l'université d'Oslo*

Professor Auby focuses on issues I haven't taken up : the supranational and the political, the link between the two, the political and the democratic is situated within the territory as a starting point. There are many issues, there were courts and jurisdictions as a given.

You have factual issues, you have political decisions within that as a court is going to approach the question of territoriality. You just have to accept that the political legitimacy of the supranational may be very different.





But very often, of course, the politicians make decisions which do not function if you are thinking about Italy and Greece in the European Union. You have made a series of decisions, you created the system which leaves many questions for administrative and constitutional lawyers to resolve. And that is the question of dealing with the questions as they come up. It is not as if we could say we have to go back or we have to be particularly cautious because the territorial is the only level which is democratic. Supreme Court Justice Stephen G. Breyer just published the book *The Court and the World*<sup>192</sup> and many of you will have looked at it and, as a Supreme Court Justice in the American Supreme Court, he uses very much your starting point, the transaction, the constitutional matter of a deal that cannot be resolved within a domestic context ; and for us as a court, the territorial aspect is not a restriction in that sense.

I think the challenges we shall have as lawyers are on many different levels : it is the system, the political choices, it is the paradigm and then we sit and have to resolve the issues as they come up : you as courts and we as academics, I think my area is human rights, it is a good example of where you have certain principles, you have clear political decisions made in international law and then it is for courts in particular administrative and constitutional courts to draw the consequences in international law. I am not certain that a lack of legitimacy is particularly helpful. For courts only to resolve the territorial issues is not particularly helpful.

---

**Michel Pinault**

*président de section honoraire au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Yes, professor, but it is easier if you have the support of – let's say – the worldwide opinion.

---

**Duncan Fairgrieve**

*avocat et universitaire*

Le professeur Andenas situe les débats sur plusieurs plans : au niveau national à travers l'ancrage du juge national dans le concept de territorialité avec une comparaison au niveau international où l'approche des questions posées est différente. C'est l'exemple d'une norme internationale, établie au niveau international, mais qui, appliquée au niveau national pose des problèmes d'intégration et d'interprétation en lien avec le territoire national.

Dans ce contexte, le professeur Andenas évoquera le rôle du juge national dans un exposé qui sera basé sur la question des droits de l'homme comme illustration de cette double approche entre niveau *international* et niveau *national* concernant les questions de territorialité.

---

<sup>192</sup> Stephen Breyer, *The Court and the World : American Law and the New Global Realities*, traduit en français sous le titre : *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Paris, éd. Odile Jacob, 2015.







---

**Jean-Bernard Auby**

*professeur à Sciences Po,*

*directeur de la chaire Mutations de l'action publique et du droit public*

Je souhaiterais ajouter un mot au sujet de la question que vous avez évoquée sur la référence à la loi américaine sur les dommages de guerre. Je crois que cette question a plusieurs aspects.

- Le premier est de savoir si le juge de droit public (il peut s'agir du juge constitutionnel américain) va ou non s'inspirer du droit étranger. On constate, dans ce domaine, que le Conseil d'État français est plus ouvert ou moins réticent que le juge américain.

- Le deuxième élément concerne l'aspect suivant : il arrive parfois, dans un litige soumis à une juridiction de droit public national, que la référence à un droit étranger soit nécessaire pour caractériser une situation, en comprendre sa nature ou, plus simplement, savoir à quoi on a à faire.

- Le troisième élément est plus problématique et concerne le fait de savoir si un juge de droit public national, saisi d'un recours sur la légalité d'une décision administrative ou, le cas échéant, concernant l'application d'un contrat (*cf.* la jurisprudence *Mme Johnston*), doit trancher le litige en appliquant la loi étrangère, c'est-à-dire juger de la légalité d'une décision administrative française au regard de la loi étrangère. Ceci est plus problématique, évidemment, puisqu'il s'agit de trancher de la légalité d'un contrat public en se référant à une loi étrangère, alors que le droit des contrats publics français est très spécifique, et qu'il n'a rien à voir, par exemple, avec le droit britannique qui était l'alternative dans l'affaire *Mme Johnston*.

---

**Michel Pinault**

*président de section honoraire au Conseil d'État,*

**modérateur de la conférence**

Merci. Je passe la parole au professeur Azoulai.

---

**Loïc Azoulai**

*professeur à l'École de droit de Sciences Po*

Je souhaiterais passer d'une réflexion sur le territoire à une réflexion centrée sur le concept juridique de territorialité. Je voudrais m'interroger sur la place du concept juridique de territorialité dans un contexte de plus en plus présent de « déterritorialisation » de l'économie, des technologies de l'information et des formes de l'action sociale. La question que je souhaiterais poser est la suivante : dans un tel contexte, le concept de territorialité est-il une survivance vouée à disparaître ? Ou est-ce, au contraire, la forme choisie par le droit et par ses auteurs pour s'adapter à ces transformations ?





## 1. Territorialité en droit public et ailleurs

La territorialité juridique renvoie, en réalité, à une multiplicité d'usages techniques, de solutions très disparates dans différentes branches du droit. Cette notion revêt des significations très différentes selon les domaines dans lesquels elle s'applique. Si l'on veut comprendre le concept de territorialité en droit public, on ne peut le faire qu'en le comparant, en le contrastant, avec ce que la territorialité signifie dans d'autres domaines du droit.

### 1.1. La territorialité dans le droit international privé européen

Prenons le cas du droit international privé contemporain tel que façonné par le droit de l'Union européenne comme, disons, l'opposé du droit public. En droit international privé, en théorie des conflits de lois, la territorialité revêt le sens d'une forme de rattachement de faits et/ou d'actes à un territoire ; rattachement qui conditionne le choix de la juridiction compétente ou de la loi applicable. Cependant, dans ce domaine, deux points sont à noter. En premier lieu, le rattachement territorial est un rattachement parmi d'autres : le droit international privé connaît par ailleurs différentes formes de rattachement personnel. Cela relativise la place de la territorialité. En second lieu, il apparaît, notamment dans le droit international privé européen, que le rattachement territorial – celui qui a pour référence le territoire de l'État – se fragmente en une multiplicité de formes de localisations liées au territoire.

En effet, ce qui va décider du rattachement à un système juridique dans les textes européens de droit international privé ainsi que dans la jurisprudence européenne, c'est, par exemple, le lieu de la « résidence habituelle », le « centre de gravité des intérêts principaux de la personne », le « lien d'intégration sociale et familiale ». De sorte qu'il n'y a plus de territorialité au sens strict. Il n'y a plus de territorialité juridiquement pure qui corresponde à un espace uniforme bordé de frontières : ce que l'on connaît sous le nom d'État.

Cette branche du droit exhibe une territorialité qui se « dépolitise », qui se « socialise » et se « miniaturise ». Ainsi, ce qui va compter, dans de très nombreux cas, c'est le milieu de vie des individus ou des groupes sociaux. On pourrait dire que ce droit privilégie une forme de rattachement personnel ou social de *type territorial*, et non une territorialité au sens strict. D'une autre manière, l'on passe du rattachement territorial *stricto sensu* à des attaches sociales, familiales, professionnelles, localisées en certains points du territoire. On s'approche ainsi d'une version libérale de la territorialité qui privilégie la proximité des individus ou des groupes sociaux avec leur environnement social, culturel et familial.

À l'évidence, le droit international privé européen ne va pas jusqu'à dire qu'à ces attaches locales correspondent des régimes locaux. Car, dans ce droit, c'est toujours une loi nationale et non une norme locale qui va s'appliquer, c'est une juridiction étatique qui sera compétente. Reste l'idée que l'individu et le groupe ne sont plus indissociablement liés à leur territoire étatique d'origine.





## 1.2. La territorialité en droit public français

Le droit public adopte une conception toute autre de la territorialité. En droit public français, nous retrouvons une version « politique » de la territorialité, version proche de ce que l'on trouve encore à l'article 3 du code civil français en matière de conflits de loi, même si la pratique du droit international privé s'est depuis longtemps éloignée de la lettre de cette disposition. Écoutons, à cet égard, le doyen Hauriou<sup>193</sup>, dans un passage des *Principes de droit public*<sup>194</sup> : « *La fonction de l'assiette territoriale, dans le régime d'État, est de permettre à l'État de s'attacher les individus par la qualité d'habitants (...). C'est en cette qualité que les individus sont atteints par la législation de l'État, par sa police, par ses services administratifs* ». Hauriou saisit ici quelque chose d'important : l'appartenance au territoire est la base juridique, qui détermine et limite l'exercice du pouvoir de l'État dans ses domaines essentiels ; ces domaines intéressent l'organisation sociale, politique et économique. On tient là quelque chose du principe de territorialité qui opère dans les domaines de la défense, de la société et de l'État (ordre public, sécurité, droit pénal, libertés publiques), dans les domaines de la redistribution sociale (territorialité en matière de sécurité sociale, en matière fiscale, en matière d'éducation), ainsi que dans les domaines de la contrainte et de l'exécution. De fait, le concept de territorialité en droit public a un champ d'application étendu, il couvre tout ce que le traité sur l'Union européenne appelle, en son article 4, les « *fonctions essentielles de l'État* ».

Bien que le Conseil constitutionnel ait eu l'occasion de rappeler que ce principe n'est pas un principe à valeur constitutionnelle, il légitime des solutions qui prévalent dans les domaines qui viennent d'être cités. Tout un ensemble de solutions dérivent de lui : le fait que l'État français est le seul compétent pour régir les situations et les comportements localisés en France ; le fait que la loi française a vocation à s'appliquer à l'exclusion de la loi étrangère dans ces situations (symétriquement, la loi française ne s'applique pas hors du territoire national) ; le fait que les autorités étrangères ne peuvent pas se charger de l'application de la loi française dans lesdits domaines ou s'immiscer dans le mécanisme de distribution des compétences internes. Ces solutions mettent en lumière ce que pourrait être une bonne définition du droit public : il ne faut pas attendre de la loi étrangère et des autorités étrangères qu'elles organisent la vie sociale ou qu'elles régissent les obligations réciproques des habitants du pays.

Bien ancrées dans notre droit, ces solutions sont toutefois malmenées par les phénomènes liés à la mondialisation.

## 2. Territorialité en droit public et mondialisation

Que fait la mondialisation au concept de territorialité que nous venons d'exposer ? À mes yeux, l'effet de la mondialisation n'est pas, pour l'essentiel, d'ajouter une dimension extraterritoriale au droit public. Car cette dimension, le droit public la possède déjà en vertu même de son principe de territorialité. Rappelons qu'en droit

193 Maurice Hauriou (1856-1929), juriste et sociologue français, doyen de la faculté de droit de Toulouse.

194 Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, éd. Dalloz, 2010 (1<sup>re</sup> édition 1910).





public la territorialité est liée à la garantie, par l'État, de ses fonctions essentielles. Cette approche justifie que l'État puisse, par exception, poursuivre la garantie de ces mêmes fonctions à l'extérieur du territoire lorsque celles-ci sont mises en péril. C'est ainsi que se comprend, à mon avis, la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État sur l'application des règles de droit public à des activités impliquant l'exécution d'un service public à l'étranger<sup>195</sup>.

Il y a une dialectique de la territorialité et de l'extraterritorialité impliquée dans l'idée même que l'État s'attache les individus en leur assurant sur le territoire et, exceptionnellement, hors du territoire national, la garantie de services et de biens publics. Ajoutons, cependant, qu'il peut être tentant d'abuser de cette dialectique et de jouer avec l'argument de la protection des intérêts vitaux du pays pour étendre l'empire de son droit. C'est d'ailleurs ce que le droit international public tente, tant bien que mal, de réguler à travers l'idée de *rattachement suffisant* ou raisonnable.

Sans doute la mondialisation a-t-elle pour effet de multiplier les cas d'extraterritorialité, mais son effet propre sur la territorialité est ailleurs, et il est plus complexe. Que fait la mondialisation au droit public ? Elle a pour conséquence, à la fois, d'élargir et de réduire le périmètre d'action des règles du droit public. Cette alternance entre réduction et extension du périmètre du droit public se manifeste, aussi bien, dans la détermination du droit applicable, que dans l'ordre des compétences. L'effet du droit de l'Union européenne, à cet égard laboratoire de la mondialisation, sur le droit public français, en est une excellente illustration.

### 2.1. Mondialisation, territorialité et droit applicable

On ne peut plus soutenir, aujourd'hui, conformément à ce que nous enseignait le principe de territorialité, que la loi française possède une « *compétence exclusive et illimitée* » en matière de sécurité sociale, de recouvrement des impôts ou d'organisation des infrastructures énergétiques. Ces domaines sont pourtant qualifiés par la Cour de justice de l'Union européenne, elle-même, de « *compétences réservées de l'État* »<sup>196</sup>.

Or, dans tous ces domaines, et en vertu du droit de l'Union européenne, l'État est contraint de tenir compte de certains intérêts étrangers, tels que ceux des citoyens de l'Union ressortissants des autres États membres. Certes, la loi nationale continue à s'appliquer. Cependant, ses modalités d'application vont devoir être ajustées pour répondre à la réalité de rapports internationaux ou transnationaux ou à celle d'intérêts qui transcendent les frontières nationales. D'une part, il s'ensuit que, dans certains cas, il faudra *étirer* l'application du droit national en attachant des effets juridiques à des situations qui se développent ou qui sont nées à l'étranger ; tel est par exemple le résultat de l'application du principe européen de non-discrimination à raison de la nationalité en matière de sécurité sociale ou de fiscalité directe. D'autre part, il s'ensuit qu'en d'autres cas il faudra *réduire* ses propres prétentions et accepter que la loi étrangère s'applique sur le territoire national. Tel est le jeu de l'application de la « *loi du pays d'origine* » dans les matières du droit économique ou social européen.

<sup>195</sup> Par exemple, le vote des Français domiciliés à l'étranger, etc.

<sup>196</sup> V. en ce sens : CJCE, aff. C-9/74, 3 juillet 1974, *Donato Casagrande c. Landeshauptstadt München*.





## 2.2. Mondialisation, territorialité et compétences

Le même effet se fait sentir en matière de compétences. D'une part, du fait de l'application du droit de l'Union européenne, l'élargissement du cadre de référence, qui n'est plus seulement indexé sur le territoire national, produit des effets de *limitation de compétence*. En certains cas, les autorités nationales doivent admettre qu'elles agissent au profit ou pour le compte d'autorités étrangères. Tel est le cas en matière pénale et d'exécution dans le cadre du mandat d'arrêt européen<sup>197</sup>. Dans d'autres cas, à l'inverse, il y aura extension des compétences des autorités françaises. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un tribunal, en vertu du droit européen, reçoit une compétence générale étendue à l'ensemble du territoire européen, voire du globe, pour connaître d'une atteinte à la personnalité commise sur Internet. Il y a donc une constante oscillation du périmètre des règles du droit public sous l'influence des phénomènes de numérisation, de mondialisation des échanges, d'europanisation et d'internationalisation du droit.

### 3. Théorie et pratique de la territorialité en contexte mondialisé

Ces transformations soulèvent deux questions. L'une est théorique : comment fonder ces solutions nouvelles ? Comment justifier les solutions consistant à accueillir la loi étrangère, là où la loi nationale régnait en maître sur le territoire nationale ? Comment, à l'inverse, justifier les solutions consistant à étendre l'application de la loi nationale à l'étranger ? L'autre question est d'ordre pratique : comment gère-t-on les conséquences de ces transformations et les difficultés en résultant ? Ces difficultés sont principalement de deux ordres. D'une part, ce changement dans le périmètre d'action du droit crée des conflits de « territoires » et des conflits d'autorités. Le partage de la loi nationale et de la loi étrangère est moins clair. Des prescriptions d'origines différentes sont conduites à se rencontrer et à s'entrechoquer. C'est le problème que traitent les théories du pluralisme juridique. D'autre part, ce changement crée des problèmes d'identité ou d'intégrité pour le système juridique. Comment construit-on un système cohérent avec des normes venant d'ailleurs ? Par exemple, comment construire un système fiscal perçu comme juste par les habitants du territoire, alors que le législateur sera obligé, en vertu des contraintes issues de la mondialisation, de faire une part à des intérêts, des normes ou des systèmes de valeur étrangers ?

#### 3.1. Le défi théorique : justifier

L'aspect théorique concerne la question des justifications. Comment justifie-t-on l'application de la loi étrangère dans les matières essentielles du droit public et, à l'inverse, l'application de la loi nationale ou européenne à l'étranger dans les matières essentielles du droit public ? À cette question, l'on peut trouver différentes réponses : le président Pinault en a évoqué quelques-unes dans son propos introductif, en invoquant l'idée de causes universelles, et le professeur Auby également, en puisant dans les théories du droit transnational et les théories du droit global. On peut encore invoquer l'idée d'interdépendance des économies et des sociétés ou bien l'exigence de respecter l'autonomie personnelle des individus.

<sup>197</sup> 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).





Dans tout cela, une considération m'apparaît fondamentale. Pour la préciser, revenons au doyen Hauriou qui, dans les *Principes de droit public*, avance l'idée que la territorialité – ce qu'il appelle « *l'assiette territoriale du régime d'État* » – « engendre la notion de ce qui est public ». Dans sa vision, le territoire est un tissu de solidarités. Hauriou écrit : « *la solidarité de voisinage fait apparaître l'intérêt public* »<sup>198</sup>. Idée simple et profonde. Le fait d'être côte à côte sur un territoire engendre des conflits, mais aussi des mécanismes d'intégration sociale, et c'est cela qui rend nécessaire de se doter d'une organisation politique, sociale et économique ; c'est-à-dire d'un État, et d'un État régi par le droit public.

Or, ce que remet en cause la mondialisation, c'est bien cette « *solidarité de voisinage* » ; c'est-à-dire l'idée que les rapports entre les membres d'une même communauté politique, ou les habitants d'un même pays, sont plus intenses que les rapports avec des organisations, des individus ou des groupes qui se trouvent à l'extérieur de ce pays ou de cette communauté. Si l'interaction avec l'extérieur s'intensifie, si la solidarité avec l'extérieur se développe, alors ce qui est public ne peut plus être limité au seul cadre territorial de l'État.

Et c'est bien cela qu'avance le droit européen, le droit international des droits de l'homme ou le droit international de l'environnement, pour justifier la modification du périmètre du droit public. Ce que disent ces droits, c'est qu'il reste très peu de rapports de non-voisinage. De sorte que, dans le monde d'aujourd'hui, de nombreux actes nationaux ou régionaux, de nombreux comportements locaux, ont une portée plus large que le champ qu'ils se donnent à eux-mêmes. Il se produit ce que les économistes appellent des « *externalités* », lesquelles se croisent et s'entrechoquent, ce qui crée des conflits, mais aussi de la proximité.

De nombreuses voies et de nombreux intérêts réclament ainsi d'être pris en compte ou en considération dans l'accès aux biens publics gérés territorialement, parfois selon un régime normatif et une échelle de valeur attachés à ceux qui réclament cet accès. Cette situation crée inévitablement des tensions. Les systèmes juridiques construits sur le fondement d'une territorialité classique de droit public sont mis à l'épreuve. Leur intégrité et leur identité sont éprouvées.

### 3.2. *Le défi pratique : stabiliser*

Comment gérer ces conflits et ces tensions ? Le défi est, tout en acceptant le fait de la mondialisation et certaines de ses solutions, de stabiliser nos systèmes encore largement territorialisés. Il n'y a pas de réponse simple. Plusieurs voies sont possibles. Sans doute chacune d'elles doit pouvoir jouer dans les différents contextes dans lesquels ces problèmes sont posés. Je suggère qu'il y a au moins trois voies possibles.

#### 3.2.1. *La reterritorialisation*

La reterritorialisation est le retour à l'application et à l'exécution territoriale de la loi nationale, quitte à rompre les rapports de voisinage et les liens de solidarité qui s'établissent en dehors du territoire national. Un bon exemple en est donné par

<sup>198</sup> Pour un approfondissement de l'œuvre du doyen Hauriou, v. le site Internet : [www.hauriou.net](http://www.hauriou.net)





la décision *Yahoo!* du Tribunal de grande instance de Paris, en 2000, qui ordonne une injonction limitée au territoire français<sup>199</sup>. Cela fonctionne-t-il ? La difficulté est qu'une injonction locale peut avoir, en fait, des effets mondiaux.

### 3.2.2. La construction d'un ordre déterritorialisé

La voie de la construction d'un ordre déterritorialisé consiste à créer des systèmes de régulation et de normes qui ne sont plus indexés sur un territoire national. Ces systèmes transnationaux poseront des règles d'interaction propres au domaine concerné. On peut penser à différentes manières de procéder. L'une d'elles consiste à confier à des pouvoirs publics globaux, communs à l'échelle internationale, la résolution de ces questions : pensons aux organisations internationales ou aux organismes privés tels que l'arbitrage ou les organismes régissant les domaines du sport. Une autre solution consiste à favoriser une coopération horizontale entre les autorités nationales de manière à créer des réseaux véritablement transnationaux : le droit international et le droit européen en offrent quelques exemples. Enfin, il serait théoriquement possible de confier à une autorité nationale, et à elle seule, une compétence universelle. Cela résoudrait les conflits mais cela poserait d'évidents problèmes politiques en termes d'hégémonie d'un système sur les autres.

### 3.2.3. La re-conceptualisation de la territorialité

Une troisième voie, sans doute la plus prometteuse, mais aussi la plus complexe à élaborer, serait de repenser la territorialité. Au lieu de constituer la base exclusive de l'organisation juridique dans certains domaines essentiels, la territorialité pourrait être repensée comme une ressource de dernier recours : elle serait mobilisée pour s'opposer à la déterritorialisation dans le cas où serait mis en cause un intérêt vital pour un pays ou une communauté. En ce cas, l'intérêt lié à l'organisation de la communauté pourrait être invoqué. Au fond, il s'agit du mécanisme bien connu de « *l'exception d'ordre public* » utilisé aux fins de protéger l'organisation politique sociale et économique d'un pays, d'une communauté ou d'un groupe social. Mais, dans ce nouveau contexte, on ferait subir à ce régime une double transformation. D'une part, en donnant au système de droit public une coloration moins politique et plus sociale ou culturelle : le droit public serait conçu comme un système de valeurs plutôt que comme un ensemble de prérogatives ; d'autre part, en acceptant de faire entrer ces valeurs « nationales » dans un jeu pluraliste de confrontations, de combinaisons, avec les autres exigences de valeurs qui peuvent être en cause dans un litige.

À ce compte là, peut-être serait-il possible de donner, en certains domaines, à la territorialité une nouvelle assise, conforme à l'idée d'une solidarité établie à une échelle plus large que le territoire national. Il y a, dans la jurisprudence française et européenne contemporaine, des éléments qui s'inspirent déjà d'une telle conception. L'essentiel est de trouver des solutions d'équilibre qui ouvrent le système de droit public à des perspectives élargies sans sacrifier ses valeurs et ses intérêts essentiels.

<sup>199</sup> TGI de Paris, ordonnance de référé du 20 novembre 2000, *Yahoo! Inc. et Yahoo France* (le juge ordonne à la société *Yahoo!* d'installer un dispositif de blocage pour empêcher les internautes français d'accéder aux objets nazis offerts sur son site américain de vente aux enchères).





---

## Michel Pinault

*président de section honoraire au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Je trouve cela passionnant. Mais une telle approche, en termes d'élargissement des solidarités ou des voisinages – pour reprendre l'expression du doyen Hauriou –, et une telle conception des peuples captifs, de leur organisation politique, n'est-elle pas aussi quelque peu dépassée, voire inadaptée ? Certes, je peux vous suivre en disant, par exemple, que plus les solidarités de voisinage sont larges, dans un contexte européen, plus l'extraterritorialité est acceptable et plus l'irruption de mesures venues d'ailleurs sera facilement acceptée. Mais, à ce moment là – on le voit dans un certain nombre de négociations en cours –, ne risque-t-on pas simplement d'aboutir à reconstituer un territoire élargi à la nouvelle solidarité qui s'est progressivement créée ? On retrouverait alors les mêmes problèmes : Europe/Chine, Europe/États-Unis ; en retombant à nouveau sur la notion de territoire. Est-ce bien cela la conséquence ?

---

## Loïc Azoulay

*professeur à l'École de droit de Sciences Po*

Oui, la conséquence est bien celle-là. Pour la bonne et simple raison que l'on ne fait que recréer des territoires parce que l'on ne peut pas échapper aux frontières ! La question est alors de savoir quels types de territoires on veut créer : territoires élargis à l'échelle d'Internet, territoires plus ou moins structurés, ou territoires établis à l'échelle de l'Union européenne qui ont une structure plus forte et plus institutionnalisés ? Dans tous les cas, ces nouveaux territoires n'ont plus du tout l'aspect de l'espace physique uniforme bordé de frontières, tel qu'il est décrit classiquement dans les manuels de droit public.

Ces nouveaux territoires s'apparentent plutôt à des communautés sociales ou morales. Ce que l'on partage alors, ce sont des valeurs et des règles. Mais, il ne faut pas oublier que ces valeurs sont autant des ciments que des ferments de conflits et de tensions. C'est ce que l'on observe dans l'Union européenne ; et lorsque l'on dit qu'elle crée un territoire, elle crée en réalité une communauté sociale sur un ensemble de territoires, et cette communauté repose sur un socle de valeurs. L'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE) évoque une société caractérisée notamment par le pluralisme et par l'égalité<sup>200</sup>. C'est une sorte de construction sociale avec une dimension normative et morale forte. Donc, en fait, on ne fait que *déplacer* l'espace des conflits. Autrement dit, on ne fait que recréer des « territoires » ; mais on les crée différemment, et au moyen d'outils qui sont d'un autre ordre que ceux avec lesquels on vivait traditionnellement.

---

200 « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* » (article 2, Traité sur l'Union européenne).







---

**Michel Pinault**

*président de section honoraire au Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

En ce cas, que répondre à l'objection du contrôle démocratique ? Car si l'on peut créer une communauté virtuelle sur Internet organisée mondialement, en ce cas, qui décide ? Actuellement, Internet est gouverné par le W3C<sup>201</sup> situé aux États-Unis : c'est lui qui définit les recommandations pour les technologies du Web et la manière dont le réseau fonctionne. Bien sûr, les gouvernants peuvent intervenir pour faire jouer le principe de neutralité d'Internet. Cela devient alors un mécanisme assez complexe, dans le cadre duquel ces diverses « communautés » ont leur mot à dire. Comment cela se structure-t-il ?

---

**Loïc Azoulay**

*professeur à l'École de droit de Sciences Po*

Je ne plaide pas pour une évolution anarchique d'un espace déterritorialisé. J'essaie de comprendre comment des dispositifs déterritorialisés se mettent en place, et comment les justifier. Il existe avec Internet un grand problème de légitimité, mais c'est aussi le cas avec l'Union européenne !

Aujourd'hui, la base d'action des individus et des autorités est détachée de la base traditionnelle de légitimité de l'action politique (le peuple national, la démocratie nationale). Dans un système transnational, la chose est évidente. Prenez le mandat d'arrêt européen : on a un système transnational d'exécution, mis en œuvre par des autorités dont la base de légitimité reste nationale. Dans le cas d'Internet, c'est encore plus frappant. Je ne plaide pas pour un accès universel et non régulé à ces espaces. Je pense qu'il nous faut réfléchir à des justifications valables pour la construction de ces communautés. De là, découleront les règles. Par exemple, certains considèrent que ce qui compte, c'est l'accès universel des individus à Internet : une telle garantie d'accès est vue comme une forme d'émancipation qui, si elle n'est pas strictement démocratique, est profondément liée à la tradition libérale européenne.

Admettons que l'on veuille construire un tel droit d'accès, il restera à en inventer les mécanismes de régulation. Il y a déjà beaucoup d'études sur Internet qui essaient de comprendre ce que sont ces mécanismes. Cela passe toujours par ce qui est fondamental dans toute analyse des territoires : l'inclusion, pour permettre un accès le plus large possible, mais aussi l'exclusion, car il y a des choses qui doivent être exclues de l'accès ou de la circulation sur ces réseaux. L'enjeu, c'est une vraie approche de droit public transposée au cas de l'Internet.

---

201 Le « *World Wide Web Consortium* » abrégé par le sigle « *W3C* », est un organisme de standardisation à but non lucratif, fondé en octobre 1994, chargé de promouvoir la compatibilité des technologies de l'Internet.





---

**Jean-Bernard Auby**

*professeur à Sciences Po,*

*directeur de la chaire Mutations de l'action publique et du droit public*

Dans un autre registre, peut-on essayer de construire une échelle des violences que le droit européen est conduit à faire subir à la territorialité du droit dans le souci qui est le sien d'assurer l'intégration juridique de l'ensemble européen ?

Cette échelle pourrait présenter les graduations suivantes.

Il y a l'étage « *reconnaissance mutuelle* », dans lequel on va être obligé d'accueillir sur notre territoire un produit, à condition qu'il présente un certain nombre de garanties minimales, même s'il ne correspond pas aux standards nationaux. La loi d'origine est, peut-être, quelque chose de différent.

Il y a également l'hypothèse de la « *directive service* » permettant à un prestataire de services de transporter, sur notre territoire, une partie du statut de son activité et de l'y appliquer.

Lorsque l'intégration européenne passe par « *l'harmonisation* », il s'agit d'un registre différent consistant à hisser tout ou partie d'un droit au niveau d'un autre territoire qui est, soit le territoire de l'Union Européenne, soit Schengen, soit le territoire de l'euro, et ce plus ou moins complètement, puisqu'une partie de ces règles seront communes, mais d'autres devront être transposées pour être prolongées par des règles nationales. La territorialité retrouvera alors, en partie, son empire.

---

**Loïc Azoulay**

*professeur à l'École de droit de Sciences Po*

Cette approche par la gradation des atteintes me paraît une très bonne idée. En un sens, la chose est même plus accusée que ce qui est décrit. Ce qui est en cause, c'est aussi l'intégrité de l'ordre des compétences, chose fondamentale qui est au cœur de la définition de ce qu'est le droit public. Dans l'intégration européenne, il ne s'agit pas seulement de l'importation de normes étrangères, il s'agit aussi de *l'altération* de la base des compétences nationales par le droit européen. Dans ce contexte, on peut parler d'atteintes aux compétences nationales.

À mon sens, il faut réfléchir à cela à deux niveaux. D'une part, il faut se demander – comme j'ai essayé de commencer à le faire – ce qui justifie ces atteintes. Il y a des justifications solides et d'autres moins solides. Il faudrait pouvoir en débattre sur chaque cas. D'autre part, il faut se demander si le droit européen allume lui-même des contrefeux à ces atteintes qu'il provoque sur la base de certaines justifications. De fait, il y a des contrefeux. L'un d'eux, c'est l'harmonisation européenne, et l'autre, c'est la référence à l'identité constitutionnelle inscrite à l'article 4 du traité sur l'Union européenne.

Ce que je veux dire, c'est que lorsque l'on est pris dans l'intégration, la territorialité ne disparaît pas tout à fait. Elle se transforme. C'est ce que montre, par exemple,





l'arrêt *P.I.* de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>202</sup> concernant l'expulsion d'Allemagne d'un ressortissant italien au motif qu'il avait mis en cause la sécurité publique dans ce pays. C'est une question qui concerne l'organisation même de l'État. Or, dans cet arrêt, ce que fait subir le droit européen au concept de « *sécurité publique* » est frappant : la CJUE transforme la notion de sécurité publique en la socialisant, et va jusqu'à dire que la sécurité publique, ce n'est pas ce qui concerne l'organisation même de l'État, cela correspond plutôt à la base morale, aux valeurs de la société nationale ! Cet exemple montre comment le droit européen socialise, voire culturalise, la territorialité.

---

### **Mads Andenas**

*professeur à la faculté de droit de l'université d'Oslo*

The issues I am going to deal with are very limited and very practical on one level. And it is exactly what professor Azoulay said was the easy question namely when you have an administrative act of some kind taking place in another country. And it turns out these are not easy questions in this country, in the United Kingdom or in the United States. It is where the big and pressing problems in Human Rights Law today are to be found. Now, at a more general level, you could say everyone has community law : European Community law, you have International law and those legal systems primarily depend on the national system underneath to give effect to community law and to International law. I mean, how is it ? That is not all because we have got the Security Council, we have the International Criminal Court, you have the Commission, we have the European Central Bank which moves the authority up from European to International level.

But for many issues, such as Human Rights Law, when we do not have a crime which is prosecuted by the International Criminal Court or you may have a case before the European Court of Human Rights, but that concerns national law.

#### **1. Territorialité du droit, droit national, droit européen et international, droit comparé**

Le sujet sur la territorialité du droit et le droit comparé est tout particulièrement intéressant puisqu'il s'agit de traiter, à la fois, le droit comparé et la territorialité du droit, deux problématiques qui procèdent de défis communs inhérents à la mondialisation et à la mise en concurrence d'ordres juridiques nationaux et supranationaux.

Premièrement, il y a différentes méthodes en droit national lorsque l'on s'interroge sur les approches contemporaines de la spatialité de la norme et, plus concrètement, sur les tensions entre la territorialité et les différentes manifestations de l'extraterritorialité.

Deuxièmement, il y a un droit européen et international qui est constamment en évolution. L'effectivité du droit européen et international met à l'épreuve la jurisprudence et la doctrine traditionnelles de la territorialité du droit.

---

202 CJUE, Gde ch., aff. C-348/09, 22 mai 2012, *P.I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*.





Troisième et dernier point, le droit national de la protection des droits va exiger une extension similaire de la territorialité du droit. L'interaction entre les cours judiciaires, administratives et constitutionnelles au niveau national et les cours européennes et internationales et d'autres entités juridiques rend ce processus extrêmement puissant. Il n'est pas surprenant de noter que cela donne naissance à de nouveaux problèmes et défis pour la jurisprudence et la doctrine.

Les législateurs nationaux laissent souvent les questions territoriales aux cours ou se réfèrent au droit international par le biais d'une incorporation expresse (« *cette loi s'applique sous réserve des traités internationaux et du droit international* »). Le droit comparé offre une assistance particulière aux cours<sup>203</sup> lorsque des questions se posent dans le domaine de l'accès à la justice et lorsque le droit international donne un cadre de référence.

Ces dernières années, les juridictions européennes affrontent des questions complexes, notamment concernant le phénomène d'immigration massive et les opérations militaires à l'étranger. Un processus de clarification du droit est en cours. Le point de départ se trouve dans le droit international et dans le droit constitutionnel et administratif national. Les interprétations restrictives et les exceptions à portée étendue sont rejetées une par une par les juridictions. Des concepts et des techniques juridiques bien connues, comme par exemple « *jurisdiction* » et « *act of state* », ont été employées afin de refuser l'accès à la justice. En Europe, le discours du droit est clair à propos des différences entre notre pratique et celle des États-Unis. Malheureusement, cela n'est pas toujours confirmé par une analyse plus attentive. L'approche critique qu'un État de droit exige de ses juridictions est souvent défailante lorsque ce qui est considéré comme un « *intérêt vital de l'État* » se confronte à la protection des individus les moins irréprochables, par exemple des personnes d'origine étrangère suspectées de terrorisme. Cela est encore plus clair dans la mesure où les temps démontrent que les prétendus « *intérêts vitaux de l'État* » ne sont ni des intérêts vitaux, ni vraiment des intérêts de l'État.

Permettez-moi d'ajouter une remarque terminologique. Le terme « *jurisdiction* » n'a pas exactement le même sens en anglais qu'en français. Si, en anglais, l'on parle de « *jurisdictional question* », en français l'expression « *question juridictionnelle* » n'a pas de sens ; et si l'expression « *question d'ordre juridictionnel* » en a un, elle suggère un ordonnancement de compétences juridictionnelles qui n'est pas l'objet de mon propos. Dans ma communication, le synonyme le plus correct de « *jurisdiction* » est « *accès à la justice* » ; même si, en réalité, le terme anglais permet de rendre compte aussi de quelques autres idées : pouvoir juridictionnel, contrôle juridictionnel, voire détermination de la juridiction compétente au sens du droit international privé. J'avoue donc, d'entrée de jeu, que mon propos manquera sans doute de précision, mais permettez-moi de faire remarquer que ce manque

203 V. Stephen Breyer, *The Court and the World : American Law and the New Global Realities*, paru en français sous le titre : *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Paris, éd. O. Jacob, 2015 ; et Mads Andenas and Duncan Fairgrieve, *Courts and Comparative Law* (éd. Oxford University Press, 2015). Pour une autre analyse du pouvoir juridictionnel, v. Mads Andenas and Eirik Bjorge, *A Farewell to Fragmentation. Reassertion and Convergence in International Law* (éd. Cambridge University Press, 2015).





d'exactitude est souvent partagé par la doctrine et par la jurisprudence, même lorsqu'il s'agit d'aspects techniques à propos desquels on pourrait s'attendre à une plus grande rigueur.

## 2. Territorialité des droits de l'homme – droit international

### Détention arbitraire

Mon premier exemple est tiré du domaine de la territorialité des droits de l'homme. Il est lié à mon travail en tant que président-rapporteur du groupe de travail sur la détention arbitraire et rapporteur pour les principes de base et les lignes directrices des Nations Unies sur les voies et procédures permettant aux personnes, privées de liberté, d'introduire un recours devant un tribunal. Le droit international relatif à la juridiction est clair et bien établi<sup>204</sup>. Toutefois, le droit national et la Cour européenne des droits de l'homme ont, à plusieurs reprises, cédé le pas à ce qui était considéré comme un intérêt essentiel de l'État dans les années qui ont suivi les attentats du 11 septembre 2001. Par conséquent, la notion de territorialité est devenue un facteur important dans les activités du groupe de travail sur la détention arbitraire.

Les principes de base et les lignes directrices des Nations Unies<sup>205</sup> ont été adoptés en application de la résolution 20/16 du Conseil des droits de l'homme, dans laquelle le Conseil a prié le groupe de travail sur la détention arbitraire de lui présenter, avant la fin de l'année 2015, des principes de base et des lignes directrices. Le sujet était d'ordre procédural, puisqu'il concernait les recours et les procédures devant être disponibles eu égard au droit de quiconque se trouve privé de liberté, par arrestation ou détention, d'introduire un recours devant un tribunal, afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de la détention et ordonne la libération si celle-ci est illégale. Les principes de base et les lignes directrices sont fondés sur le droit international et sur les normes et les bonnes pratiques reconnues au niveau international, et visent à donner aux États des orientations relatives à l'exécution de l'obligation que leur impose le droit international d'éviter toute privation de liberté arbitraire.

Il s'agit d'une refonte du droit international faisant autorité ; et les lignes directrices sur les moyens de mettre en œuvre le droit international en droit national se fondent également sur les bonnes pratiques. Le Conseil des droits de l'homme, dans sa résolution 20/16, a demandé au groupe de travail sur la détention arbitraire de présenter une étude du droit national et international en 2014. Cette documentation a représenté les fondements des conclusions relatives au droit coutumier international.

204 Mads Andenas et Eirik Bjorge, « Human Rights and Acts by Troops Abroad : Rights and Jurisdictional Restrictions », in *European Public Law*, vol. 18, n° 3, 2012 ; disponible sur Internet à l'adresse suivante : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2133133](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2133133)

205 V. le document A/HRC/30/37 du 6 juillet 2015 sur le site Internet du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (*Office of the High Commissioner for Human Rights*) : [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)





Le point de départ du principe 13 pourrait sembler évident :

*Principe 13 - Charge de la preuve*

- Dans toute situation de détention, c'est aux autorités responsables de la détention qu'il incombe d'établir le fondement juridique et le caractère raisonnable, nécessaire et proportionné de la détention.

L'on pourrait affirmer la même chose en ce qui concerne le principe 14 :

*Principe 14 - Étendue de contrôle*

- Aucune restriction ne doit être imposée à l'autorité du tribunal pour ce qui est d'examiner le fondement factuel et juridique du caractère arbitraire ou illégal de la privation de liberté.

- Le tribunal doit examiner tous les éléments disponibles pouvant déterminer le caractère arbitraire ou illégal de la détention, c'est-à-dire les motifs justifiant la détention ainsi que le caractère nécessaire et raisonnable de la détention au regard de l'objectif visé compte tenu de la situation particulière de la personne détenue, et pas uniquement son caractère raisonnable ou tout autre critère de moindre exigence.

- Pour considérer qu'une privation de liberté est non arbitraire et légale, le tribunal doit être convaincu que la détention a été ordonnée pour des motifs et selon des procédures prévus par le droit interne et conformes aux normes internationales et, en particulier, qu'elle a été et demeure non arbitraire et légale au regard des lois nationales comme du droit international.

Je voudrais attirer votre attention sur le principe le plus controversé concernant les questions d'accès à la justice, le principe 16 :

*Principe 16 - Exercice du droit d'introduire un recours devant un tribunal en cas de conflit armé, de danger public ou dans toute autre situation d'urgence qui menace l'indépendance ou la sécurité de l'État.*

- Toute personne détenue dans une situation de conflit armé correspondant à la définition donnée en droit international humanitaire ou dans toute autre situation de danger public ou d'urgence qui menace l'indépendance ou la sécurité de l'État, doit pouvoir exercer le droit d'introduire un recours devant un tribunal pour dénoncer le caractère arbitraire de la détention ou en contester la légalité et recevoir une réparation appropriée dans les meilleurs délais et sous une forme accessible. Le droit en question, assorti des garanties de procédure correspondantes, et les règles du droit international humanitaire se complètent et se renforcent mutuellement.

- Les cadres législatifs nationaux ne devraient permettre aucune restriction des garanties accordées aux personnes privées de liberté concernant le droit d'introduire un recours devant un tribunal, que ce soit au titre de mesures antiterroristes, de lois d'urgence ou de politiques liées aux stupéfiants.





- Un État qui détient une personne dans une situation de conflit armé correspondant à la définition donnée en droit international humanitaire ou dans toute autre situation de danger public ou d'urgence qui menace l'indépendance ou la sécurité de l'État exerce, par définition, un contrôle effectif sur cette personne, qui relève donc de sa juridiction, et doit donc lui garantir l'exercice du droit d'introduire un recours devant un tribunal pour dénoncer le caractère arbitraire de la détention ou en contester la légalité et recevoir une réparation appropriée dans les meilleurs délais et sous une forme accessible. La reconsidération et l'examen périodique de décisions d'internement ou d'assignation à résidence de civils étrangers qui se trouvent sur le territoire d'une partie à un conflit armé international, ou de civils qui se trouvent sur un territoire occupé, de même que l'examen des recours formés contre de telles décisions, doivent être conformes aux présents principes de base et lignes directrices, y compris au principe de base 6 relatif au tribunal en tant qu'organe de contrôle.

- Les prisonniers de guerre devraient avoir la possibilité d'introduire un recours devant un tribunal pour dénoncer le caractère arbitraire de la privation de liberté ou en contester la légalité et recevoir une réparation appropriée dans les meilleurs délais et sous une forme accessible lorsqu'ils a) contestent leur statut de prisonnier de guerre ; b) affirment avoir le droit d'être rapatriés ou transférés dans un État neutre s'ils sont gravement blessés ou malades ; ou c) affirment ne pas avoir été libérés ou rapatriés sans délai après la cessation des hostilités actives.

- La détention administrative ou l'internement dans le contexte d'un conflit armé non international ne peuvent être autorisés que lorsque l'état d'urgence a été décrété officiellement parce que l'existence de la nation est menacée. Toute modification qui en résulterait, pour ce qui est des aspects procéduraux du droit d'introduire un recours devant un tribunal pour dénoncer le caractère arbitraire de la privation de liberté ou en contester la légalité et recevoir une réparation appropriée dans les meilleurs délais et sous une forme accessible, doit être conforme aux présents principes de base et lignes directrices, y compris aux principes relatifs à l'intangibilité, au droit d'être informé et au tribunal en tant qu'organe d'examen, ainsi qu'aux lignes directrices relatives à l'égalité des armes et à la charge de la preuve.

- En période de conflit armé, la privation de liberté d'enfants ne doit être qu'une mesure de dernier recours de la durée la plus brève possible. Les garanties légales de base doivent être fournies dans toutes les circonstances, y compris aux enfants privés de liberté pour leur protection ou leur réadaptation, en particulier s'ils sont détenus par des forces militaires ou des services de sécurité. Ces garanties incluent le droit de bénéficier de l'assistance d'un conseil et le droit à l'examen périodique, par un tribunal, de la légalité de la privation de liberté. L'enfant a droit à ce que la privation de liberté soit constatée par les autorités et le droit de communiquer avec ses proches et ses amis.

Le premier principe sur les questions d'accès à la justice, le principe 15, se référant aux recours et réparations, est sans doute plus aisément utilisable par les cours nationales :





### *Principe 15 - Recours et réparations*

- Toute personne détenue arbitrairement ou illégalement doit avoir accès à des recours utiles et des moyens de réparation à même de lui assurer restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non répétition. La réparation doit être adéquate, effective et rapide. Les États doivent faire procéder immédiatement à une enquête efficace et impartiale à chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que la détention est arbitraire. Cette obligation s'applique dans tout territoire relevant de la juridiction de l'État ou sur lequel l'État exerce un contrôle effectif, ou en conséquence des actes ou omissions des agents de l'État. Le droit à réparation ne saurait être rendu inopérant en vertu d'une amnistie, d'une immunité, d'une prescription ou de tout autre moyen de défense de l'État.

- Lorsqu'un tribunal juge qu'une privation de liberté est arbitraire ou illégale, il ordonne la remise en liberté avec ou sans conditions. Les autorités compétentes doivent donner immédiatement effet à tout ordre de remise en liberté.

Dans mon intervention, je vais expliquer quelques-unes des objections qui ont été faites à l'encontre des principes. Le groupe de travail sur la détention arbitraire n'était pas en mesure d'établir des restrictions à la juridiction là où aucune cour internationale ou aucun organe des Nations Unies ne l'a ou l'aurait imposé.

Les principes s'appuient sur la jurisprudence des juridictions internationales et des organes de l'ONU, y compris le groupe de travail sur la détention arbitraire.

Je mentionnerai, ci-après, certains avis du groupe de travail en citant les textes officiels.

*Avis du groupe de travail sur la détention arbitraire n° 50/2014 (États-Unis d'Amérique et Cuba), document A/HRC/WGAD/2014/50<sup>206</sup> :*

63. Dans son rapport annuel de 2006, le groupe de travail a répété que la juridiction et la responsabilité d'un État s'étendaient au-delà de ses frontières territoriales, en renvoyant à la jurisprudence constante du Comité des droits de l'homme à propos du Pacte (paragr. 15). Le groupe de travail et le Comité des droits de l'homme appliquent ici des principes généraux tels qu'ils ont été précisés par la Cour internationale de Justice, ce qui est aussi devenu progressivement le cas dans la jurisprudence des juridictions régionales des droits de l'homme, en particulier, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Sont à noter, en particulier, l'avis sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*<sup>207</sup> et l'affaire relative à *l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*<sup>208</sup> dans laquelle la

<sup>206</sup> Conseil des droits de l'homme, groupe de travail sur la détention arbitraire, avis n° 50/2014 (États-Unis d'Amérique et Cuba) adopté par le groupe de travail sur la détention arbitraire à sa soixante et onzième session (17-21 novembre 2014), communiqué au Gouvernement des États-Unis d'Amérique le 25 août 2014 et au Gouvernement cubain le 15 septembre 2014.

<sup>207</sup> CIJ, avis consultatif, recueil 2004, p. 136.

<sup>208</sup> CIJ, mesures provisoires, ordonnance du 15 octobre 2008, recueil 2008, p. 353.







Cour a déclaré que « ces dispositions de la CIEDR, à l'instar d'autres dispositions d'instruments de même nature, paraissent généralement applicables aux actes d'un État partie lorsque celui-ci agit hors de son territoire ». En raison de la nature des instruments relatifs aux droits de l'homme, fondés sur l'universalité, toute limitation de leur champ d'application territorial doit être justifiée, ce qui est une conséquence de l'objet et du but de ces instruments.

64. Le groupe de travail rappelle que le Comité des droits de l'homme, en 1986, dans l'affaire *López Burgos c. Uruguay* et *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, a estimé qu'« il serait excessif d'interpréter la responsabilité définie à l'article 2 du Pacte comme autorisant un État partie à perpétrer sur le territoire d'un autre État des violations du Pacte qu'il ne serait pas autorisé à perpétrer sur son propre territoire »<sup>209</sup>. Le Comité des droits de l'homme s'est référé au premier paragraphe de l'article 5 du Pacte, qui dispose : « Aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte ». Le groupe de travail a systématiquement suivi la même approche dans sa jurisprudence, notamment dans ses avis n° 10/2013 (États-Unis d'Amérique) et n° 57/2013 (Djibouti, Suède et États-Unis d'Amérique).

65. Le principe fondamental de cette règle générale est que les obligations d'un État au regard du droit international s'appliquent également aux actes qu'il accomplit à l'étranger, ainsi qu'à ceux que ses agents accomplissent à l'étranger, et il est clair que cela vaut également lorsque des personnes sont maintenues en détention. Adoptant une interprétation de l'article 2 du Pacte qui tenait compte de la finalité des dispositions de cet article et du contexte, le Comité des droits de l'homme a confirmé que « tout État partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire »<sup>210</sup>. Il est communément admis que les personnes incarcérées par les autorités d'un État dans des centres de détention situés hors du territoire de cet État sont sous le contrôle effectif dudit État. En ce sens, le rapport commun des cinq titulaires de mandat au titre des procédures spéciales de la Commission des droits de l'homme<sup>211</sup>, et les avis rendus par le groupe de travail ont confirmé que les obligations des États-Unis au regard du droit international des droits de l'homme s'étendaient aux personnes détenues à Guantánamo Bay. Les violations flagrantes du droit international commises à Guantánamo sont de telle portée que tout État qui a activement encouragé la détention ou, d'une autre manière, y a consenti, doit diligenter des enquêtes sur les agissements de ses fonctionnaires et offrir des recours aux victimes de toutes les violations du droit international qu'un tel encouragement ou consentement pourrait engendrer.

209 Communication n° 52/79, *López Burgos c. Uruguay*, constatations adoptées le 29 juillet 1981, paragr. 12.3 ; communication n° 56/79, *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, constatations adoptées le 29 juillet 1981, paragr. 10.3.

210 Observation générale du Comité des droits de l'homme n° 31 (2004) sur l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, paragr. 10.

211 V. document E/CN.4/2006/120, paragr. 11.





66. Les États-Unis sont tenus de respecter le droit international des droits de l'homme en ce qui concerne la détention de M. Al Hawsawi. La Cour internationale de Justice, dans son arrêt *Diallo* de 2010, a déclaré que les paragraphes 1 et 2 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques s'appliquent en principe à toute forme de détention, « *quelles que soient sa base juridique et la finalité qu'elle poursuit* »<sup>212</sup>. Le groupe de travail a indiqué qu'il tenait « à souligner par principe que l'application du droit international humanitaire à un conflit armé international ou non international n'exclut pas l'application du droit relatif aux droits de l'homme. Ces deux branches du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas mutuellement »<sup>213</sup>. Le droit international coutumier interdit la détention arbitraire, interdiction considérée par le groupe de travail dans toutes ses décisions comme étant une norme impérative (*jus cogens*)<sup>214</sup>.

67. L'interdiction de la détention arbitraire va de pair avec des droits et des garanties clairs et précis, auxquels il est impossible de déroger ou qui ne peuvent être restreints en vertu du droit international humanitaire. Le droit international humanitaire ne peut pas non plus servir uniquement de principe interprétatif et ne relève pas de la *lex specialis*, y compris dans le présent contexte d'interprétation. Les règles et procédures du droit international humanitaire doivent être conformes au principe d'interdiction de la détention arbitraire en droit international et les autorités sont systématiquement contrôlées à cet égard par les juridictions internationales et nationales.

68. Le groupe de travail a estimé que « *la lutte contre le terrorisme international ne peut pas être assimilée à la notion de conflit armé telle qu'elle est définie par le droit international contemporain* »<sup>215</sup>. Dans la présente affaire, le groupe de travail tient à souligner que la détention de M. Al Hawsawi constitue également une violation directe des obligations de protection prévues par le droit international humanitaire. En l'absence d'éléments concrets prouvant que M. Al Hawsawi a commis un acte de belligérance ou participé directement aux hostilités, les États-Unis ne peuvent pas invoquer le droit international humanitaire pour faire valoir que la détention de M. Al Hawsawi vise à empêcher un combattant de continuer à prendre les armes contre les États-Unis. Le groupe de travail tient aussi à souligner que les Conventions de Genève imposent que les belligérants ennemis et les civils détenus pour menace à la sécurité soient libérés à la fin du conflit armé ou des hostilités. À l'heure actuelle, que l'on considère la guerre contre la terreur comme un conflit armé international ou non international, aucune procédure relative aux régimes de détention prévue par le droit international humanitaire ne cesse de

212 CIJ, arrêt *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), recueil 2010, paragr. 77.

213 Avis n° 44/2005, paragr. 13 ; également cité dans l'avis n° 2/2009, paragr. 27. V. également l'observation générale n° 31, paragr. 11, l'observation générale n° 35 (2014) sur l'article 9 : liberté et sécurité de la personne, paragr. 64, du Comité des droits de l'homme, et l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, recueil 1996, paragr. 25.

214 V. aussi les précisions apportées par la CIJ sur l'interdiction de la torture en tant que norme impérative du droit international (*jus cogens*), CIJ, arrêt du 20 juillet 2012, *Questions relatives à l'obligation d'extrader ou de poursuivre* (Belgique c. Sénégal), recueil 2012, paragr. 99.

215 Avis n° 43/2006, paragr. 31. V. également le paragr. 21 du document E/CN.4/2006/120 selon lequel « *la lutte menée au plan mondial contre le terrorisme international ne constitue pas un conflit armé aux fins de l'applicabilité du droit international humanitaire* ».





s'appliquer. Le droit international humanitaire n'a pas été conçu pour s'appliquer à une détention de la durée de celle de M. Al Hawsawi et les procédures relatives aux régimes de détention prévues par ce corps de règles, si elles ont pu l'être, ne sont plus d'aucun secours pour les personnes détenues à Guantánamo Bay.

69. Le groupe de travail appelle l'attention sur une autre question soulevée au sujet de la légalité de la détention qui, même si elle ne constituait pas une violation du droit international, ne relève d'aucune autorité clairement désignée en droit interne. La résolution portant autorisation du recours à la force militaire, qui habilite le Président des États-Unis à « *recourir à toute la force nécessaire et appropriée contre les nations, organisations ou personnes qui, selon lui, ont planifié, autorisé, commis ou facilité les attentats terroristes du 11 septembre 2001* »<sup>216</sup>, n'autorise pas expressément l'arrestation ou la détention.

70. En vertu du paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention. Ce droit est intangible tant en droit des traités qu'en droit international coutumier, ce que confirme la jurisprudence constante du groupe de travail<sup>217</sup>. M. Al Hawsawi a d'abord fait l'objet d'une audience administrative devant le tribunal d'examen du statut de combattant en 2004, deux ans après avoir été incarcéré, puis a comparu chaque année devant le conseil de contrôle administratif.

71. Le délai de deux ans qui s'est écoulé avant que M. Al Hawsawi ne soit autorisé à contester sa détention constitue une violation grave et flagrante de ce droit, encore aggravée par son maintien en détention.

En outre, sur les recours en responsabilité :

85. (...) L'obligation de se conformer au droit international s'applique à chacun, aux autorités nationales comme aux personnes physiques. Le droit international et la législation interne doivent comporter des voies de recours propres à rendre le droit international effectif. Les États ont pour obligation positive d'assurer des recours utiles contre les violations du droit international relatif aux droits de l'homme. Les tribunaux nationaux ont un rôle particulier à jouer dans l'octroi de réparations (responsabilité administrative et constitutionnelle). Le droit interne ne peut ériger d'obstacles tels que des immunités, des limitations de compétence, des obstacles procéduraux ou des arguments de défense fondés sur un « *acte de puissance publique* » sous toute forme qui limiterait l'applicabilité du droit international. Un des fondements de la compétence est l'exercice d'un contrôle sur les individus ; en vertu du droit international, un tel contrôle s'exerce dès lors qu'un acte imputable à l'État, au sens le plus large du terme, produit un effet indésirable sur un individu quel qu'il soit et où qu'il se trouve dans le monde.

216 Résolution portant autorisation du recours à la force militaire, Pub. L. n° 107-40, 115 Stat. 224 (2001).

217 V. document A/HRC/22/44, paragr. 47.





86. L'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que « toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi »<sup>218</sup>. L'article 14 de la Convention contre la torture dispose que « tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible »<sup>219</sup>. L'obligation d'accorder réparation est confirmée comme faisant partie du droit international coutumier dans la jurisprudence du groupe de travail. Le groupe de travail estime que les arguments soulevés et les arguments de doctrine hostiles à la mise en place de voies de recours ont toujours démontré leur trop grande efficacité. S'agissant des résultats à proprement parler, les juridictions et tribunaux internationaux, de même que les juridictions internes, n'ont offert aucun recours utile. Le fait d'adopter des restrictions qui limitent les possibilités effectives de recours devant les juridictions internes est contraire à l'État de droit et aux exigences liées à l'efficacité du système juridique international car, en vertu des principes de subsidiarité et de complémentarité qui découlent du droit international, la responsabilité de mettre en place des moyens de recours incombe d'abord aux systèmes juridiques internes.

*Avis du Groupe de travail sur la détention arbitraire n° 52/2014 (Australie et Papouasie-Nouvelle-Guinée), document A/HRC/WGAD/2014/52*<sup>220</sup> :

52. S'agissant de l'indemnisation, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose ce qui suit : « Toute personne a droit à un recours utile devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi », et le paragraphe 5 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que « tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation ». L'article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose que « tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible »<sup>221</sup>. L'obligation d'accorder réparation est confirmée comme faisant partie du droit international coutumier dans la jurisprudence du groupe de travail. Le groupe de travail souligne que les arguments et éléments de doctrine opposés à la mise en place de voies de

218 V. aussi l'article 9, paragr. 5, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

219 V. les précisions apportées sur la question de l'interdiction de la torture en tant que norme impérative du droit international (*jus cogens*), CIJ, arrêt du 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, recueil 2012.

220 Conseil des droits de l'homme, groupe de travail sur la détention arbitraire, avis n° 52/2014 (Australie et Papouasie-Nouvelle-Guinée) adopté par le groupe de travail sur la détention arbitraire à sa soixante et onzième session (17-21 novembre 2014), communiqué le 26 juin 2014. Le Gouvernement australien a répondu à la communication le 21 novembre 2014 ; le Gouvernement papouan-néoguinéen n'a pas répondu à la communication. Les deux États sont parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (l'Australie a ratifié ledit Pacte international le 13 août 1980, la Papouasie-Nouvelle-Guinée y a adhéré le 21 juillet 2008).

221 V. l'avis de la Cour selon lequel l'interdiction de la torture est une norme impérative du droit international (*jus cogens*) dans CIJ, arrêt du 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, paragr. 99.





recours ont toujours démontré leur trop grande efficacité. S'agissant des résultats à proprement parler, les juridictions et tribunaux internationaux, de même que les juridictions internes, n'ont offert aucun recours utile. Le fait d'adopter des restrictions qui limitent les possibilités effectives de recours devant les juridictions internes est contraire à l'État de droit et aux exigences liées à l'efficacité du système juridique international, car, en vertu des principes de subsidiarité et de complémentarité qui découlent du droit international, la responsabilité de mettre en place des moyens de recours incombe d'abord aux systèmes juridiques internes.

#### Surveillance à l'étranger

L'autre grande question relative à l'accès à la justice concerne la vie privée des personnes, d'après l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 8 de la Convention EDH. Quelles sont les limitations que ces droits imposent à la surveillance à l'étranger, par exemple, en ce qui concerne le contrôle de personnes soupçonnées de terrorisme situées à l'étranger, ou les programmes plus vastes de surveillance qui collectent toute conversation par téléphone ou toute autre information enregistrable ? Au niveau national, certaines garanties et restrictions sont en vigueur. La position de la l'Agence américaine du renseignement (NSA) était qu'aucune de celles-ci ne s'applique à l'étranger<sup>222</sup>.

#### Conflits entre liberté d'expression et protection de la vie privée

Des questions d'accès à la justice sont en jeu également lorsque des droits sont en conflit avec d'autres droits. Ceci est le cas des conflits entre la liberté d'expression garantie par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et par l'article 10 de la Convention EDH, et la vie privée des personnes garantie par l'article 10 du PIDCP et l'article 8 de la Convention EDH. Jusqu'à quel point une juridiction devrait-elle admettre des différends en responsabilité extracontractuelle, comme le font la France et le Royaume-Uni, qui permettent des demandes fondées sur la vente d'un livre ou d'un journal américain vendu sur place alors que la publication principale (aux États-Unis) ne peut pas donner lieu à une action en diffamation en vertu des protections du Premier amendement ? La plupart des pays détermineront la question de la juridiction sur la base d'une mise en balance entre liberté d'expression et protection de la vie privée.

### 3. Territorialité des droits de l'homme en droit comparé

Il est certes difficile de séparer territorialité et juridiction, des droits substantiels. L'article 6 de la Convention EDH est l'un des maints exemples tirés du droit européen qui démontrent que la manière de distinguer le droit relatif à la juridiction, à la procédure et au fond, varie et peut paraître arbitraire si celle-ci est considérée de l'extérieur. Cela rend donc difficile une comparaison du droit relatif à la territorialité avec la juridiction. En outre, les rapports avec le niveau international sont plutôt complexes, à l'image également du rôle et de l'utilité du droit comparé.

<sup>222</sup> En juin 2013, Edward Snowden révélait les agissements abusifs de l'Agence américaine du renseignement (en anglais, « *National Security Agency* » ou « *NSA* »), consistant dans une surveillance de masse de l'Internet et des communications téléphoniques au moyen d'outils informatiques puissants (Prism, Upstream, Xkeyscore, etc.) et partageant ces informations avec l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni au sein de l'alliance dite des « cinq yeux ».





---

**Michel Pinault**

*président de section honoraire au Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

I shall say that these Human Right issues are very difficult, but you are in an area where there is a kind of solidarity as was saying professor Azoulay ; let's say, at a worldwide level ? Widely accepted. And so the national courts are drawn to drive these generally recognised principles : the abolition of slavery, the abolition of torture, and so on. The problem is : where are the courts ? You know if you have this kind of behaviour by American soldiers or British soldiers or French soldiers but with other participants in United Nations operations – and these are many – what shall we do ?

Mais je ne vais pas étendre la conversation à la tribune. Je remercie donc beaucoup nos trois intervenants et donne la parole au public.





## Échanges avec la salle

### Remarque du public

*Je souhaiterais faire une observation d'ordre générale sur la complexité ou l'ambivalence de la notion même de « territorialité » qui a souvent été utilisée, me semble-t-il, à la place de celle de « territoire » et inversement, comme s'il s'agissait de la même chose. Dans les deux cas, il s'agit d'une construction juridique. Le territoire est un élément essentiel de l'État, le droit le construit, mais quand on utilise l'idée de territorialité, il me semble que l'on parle de la spatialité du droit et de l'étendue d'une compétence. Le concept de territorialité consiste à poser des limites ou à les repousser en ce qui concerne l'application du droit. Or, c'est un concept dont on fait ce que l'on veut. Et il y a d'abord une différence entre dire qu'une compétence ou le domaine de la loi a un fondement territorial, et dire qu'une compétence ou la loi a une portée territoriale. Ce sont deux choses très différentes. On le voit d'ailleurs dans l'exercice de la compétence juridictionnelle appliquée à l'Internet : l'on peut très bien exercer une compétence à raison d'un élément qui se trouve sur le territoire et donner à l'exercice d'une compétence une portée plus grande, et vice-versa. On peut très bien assumer une compétence à raison d'un événement qui s'est passé ailleurs et ne prétendre que régir des événements locaux. C'est quelque chose de très malléable. Et on le voit dans les « Human Rights Cases » (en français, les affaires relatives aux droits de l'homme), notamment dans le cas de l'« Alien Tort Statute » où la Cour suprême américaine revient à la territorialité<sup>223</sup>.*

### Question du public

*Dans plusieurs des interventions, l'argument « démocratique » (valable dans les systèmes juridiques qui se rattachent à l'exercice démocratique de l'autorité) a été invoqué. Mais il existe une autre valeur importante qui mérite toute notre attention dans le développement de ces interconnexions : la « sécurité juridique ». Ces deux valeurs conduisent à ce que l'on réclame une certaine prudence, voire une certaine vigilance, lorsque l'on élabore des mécanismes transnationaux, pour conserver à la fois des racines démocratiques et une sécurité juridique. Ceci, même si l'invocation de « communautés » à caractère*

223 L'« Alien tort statute » (ATS) ou « Alien Tort Claims Act » (ATCA) de 1789 donne compétence aux juridictions fédérales américaines « pour connaître de toute action en responsabilité civile engagée par un étranger, sur le seul fondement quasi-délictuel, à raison d'une violation du droit des gens ou d'un traité conclu par les États-Unis ». Le 30 juin 1980, à la suite de la décision d'une Cour d'appel fédérale (affaire *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, 2d Cir. 1980), cette disposition a fait naître l'espoir d'une compétence très étendue des juridictions américaines en matière de réparation civile des atteintes graves aux droits de l'homme sanctionnée par le droit international. Après en avoir précisé et limité la portée en 2004 (affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*), la Cour suprême en réduit à nouveau le champ d'application en adoptant, le 17 avril 2013, la décision *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, jugeant que cette disposition n'a pas, en principe, à s'appliquer à des violations commises sur le territoire d'un autre État souverain que les États-Unis, réduisant ainsi la portée extraterritoriale de l'ATS.







*privé peut, dans certains cas, prendre des acceptions culturelles positives, voire rassurantes ; il est en effet risqué de rompre les chaînes qui assurent un minimum de prévisibilité de la norme et un minimum de références démocratiques. Certes, on peut répondre momentanément à des aspirations pratiques, souvent inégalitaires, mais il me semble que cela ne représente pas forcément un progrès, surtout si l'on raisonne dans une dualité simpliste de type progrès/régression. Qu'en pensez-vous ?*

---

*Loïc Azoulay*

*Vous avez raison, la question de la sécurité juridique est essentielle. C'est l'une des justifications essentielles de la territorialité du droit public. Ce que j'ai appelé « la cohérence du système ». Par conséquent, c'est une exigence qu'il faut entendre quand on construit des dispositifs qui affectent la territorialité des systèmes de droit public. La sécurité juridique une exigence couramment opposée à la jurisprudence de la CJUE, notamment dans les matières relatives au statut des personnes. Cette jurisprudence mettrait en cause la cohérence des systèmes d'attribution des noms ou de création de statuts personnels consolidés. On peut y répondre de la manière suivante : il est vrai que, lorsque le droit européen s'éloigne de la territorialité et monte des systèmes qui combinent l'application de la loi étrangère et nationale, lorsqu'il mobilise l'ordre public puis l'encadre et le contrôle, il met effectivement en cause la sécurité juridique prise dans un sens classique. Cependant, il faut contextualiser : il n'est pas douteux que le droit européen opère dans un cadre qui est balisé par des systèmes de valeurs présumés équivalents dans les différents États européens (cette présomption d'équivalence a d'ailleurs été contestée à plusieurs occasions ces dernières années). En outre, admettons aussi que le droit européen créé de la sécurité pour les individus qui ont des vies mobiles ou fragmentées relevant de plusieurs ordres juridiques nationaux. Le droit de l'Union a pour ambition de créer un régime cohérent et unique pour ces personnes. Il y a donc lieu d'analyser la situation sous différents angles : il y a la sécurité du système dans le cadre national ; il y a la sécurité des vies individuelles.*

---

*Jean-Bernard Auby*

*La complexité et le manque de sécurité juridique peuvent affecter les systèmes transnationaux. En voici un exemple : il y a peu de temps, un hôpital franco-espagnol s'est créé sur le territoire espagnol au sud de Perpignan. Comment, juridiquement, cette institution fonctionne-t-elle ? Je me suis laissé dire que, dans son principe, l'institution a été immergée dans le droit espagnol. Cependant, les médecins, qui sont parfois français, parfois espagnols, conservent leur statut national. Quant aux malades, ils viennent à l'hôpital avec leur propre situation de sécurité sociale nationale, y compris concernant les tarifs qu'ils paient. Comment, en ce cas, résoudre les problèmes de responsabilités, comme par exemple un accident causé par un véhicule de l'hôpital conduit par un membre du personnel français ? Quel droit appliquer ? Mon interlocuteur n'a pas su me répondre. Il existe donc une complexité inéluctable de certaines situations*







*transnationales. La solution ne peut être que de les codifier, de les réglementer et de les systématiser par voie de textes ou de jurisprudence. Je crois que, de ce point de vue-là, les institutions de coopération transfrontalière en Europe sont sous-réglémentées, et l'on découvrira bientôt qu'elles posent problèmes.*

---

### *Mads Andenas*

*I think it is a fallacy to start from the point that territoriality is a certainty in administrative law, the uncertainty as to what territoriality means as a basic concept. What is territory? We don't have to be particularly concerned by the question to see the problems which are there. It is just territory but, then of course, we have delays in recognising law from other countries in the context of our own legal system. We have all the International agreements and we have a settled principle which creates a level of uncertainty as to the territoriality principles so in a sense to revert to mere territoriality to resolve legal uncertainty. I think it is difficult.*

*It doesn't mean, in any way, that one could throw away territoriality as a basic concept, but one has to continue to critically investigate. I think, with my two other colleagues, and in your very clear introduction, it is an obvious conclusion from this panel that territoriality is there as a building block, its meaning is very unclear, and one has to continue to critically investigate in certain areas. It doesn't apply at all if one is going to have effective remedies as in my human rights context.*

*And the last point is, if you are looking at the case law of the European Court of Human Rights, especially its article 6 (« Right to a fair trial »), which makes the point that legal uncertainty is very closely connected to legal certainty. I expect the other constitutional expression for legal uncertainty you have in the European Constitution, in the Constitutional Treaty and what private lawyers would say again is clearly not based on territoriality. The conclusion is, I think from my own use at least, we have to continue to investigate and I think the comparative perspectives we have not spoken a lot about on territoriality are interesting and they are worth pursuing further.*

---

### *Remarque du public*

*Je voudrais rendre hommage à la méthode utilisée par l'Union européenne dans les règlements, notamment le règlement « Rome I »<sup>224</sup> qui opère une distinction entre la « loi applicable », choisie par les parties et que le juge applique et, dans certaines hypothèses dues au contrat, la « loi du for ». Il y a une très bonne distribution de l'articulation judiciaire entre l'application de la loi et la territorialité de la loi, en regard de la liberté de choix des parties.*

---

224 Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ; JOUE, L 177/10 FR du 4/7/2008.





---

### *Question du public*

*Vous avez évoqué l'extension à l'international des lois françaises, mais qu'en est-il des décisions à l'international émanant d'autorités administratives indépendantes comme l'ARCEP<sup>225</sup> ou la CNIL<sup>226</sup> qui peuvent imposer, par exemple, des mesures de protection aux entreprises ? Et plus précisément qu'en est-il de l'imposition de ce type de mesure aux maisons mères américaines de sociétés implantées en France ?*

---

*Michel Pinault*

*Dans certains domaines, il y a des règles de rattachement qui sont assez simples. Par exemple, dans le domaine boursier, si vous achetez ou vendez une action française sur Euronext, où que vous soyez dans le monde, vous êtes passible du contrôle par l'AMF<sup>227</sup>. En ce qui concerne la CNIL, mais aussi la Cour de justice de l'Union européenne, ce même principe est envisagé. Même s'il reste évolutif et contesté par la cible principale. Il est difficile aujourd'hui de répondre à cette question sachant que, tout de même, dès lors que l'information personnelle circule partout dans le monde, on sait très bien qu'elle est stockée ailleurs que sur le territoire national. Il est donc assez normal que les autorités, chargées de vérifier que cette information personnelle sensible est traitée de manière adéquate, suivent l'affaire jusqu'à l'endroit où cette information se trouve, est utilisée et transformée. Ceci ne paraît pas être un rattachement trop faible, mais nous verrons. Après, il faut savoir quel tribunal va traiter ce genre d'affaires.*

---

*Loïc Azoulay*

*Pour conclure, je souhaiterais rappeler l'importance de la distinction fondamentale, évoquée par la professeure Muir Watt, entre « fondement territorial » et « portée de la norme ». S'il y a un message que j'ai voulu faire passer dans ce colloque, c'est qu'il y a un cas où il y a eu une sorte de coïncidence entre le fondement et la portée de la norme. Ce cas, c'est le droit public. Le fait que ces deux éléments soient théoriquement dissociables crée un instrument pour gérer le phénomène de mondialisation. Jouer sur la dissociation entre le fondement territorial et la portée territoriale de la norme, c'est la prémisse pour repenser la territorialité suivant l'une des voies que j'ai indiquées.*

---

225 L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) est une autorité administrative indépendante française, créée en 1997 sous le nom d'Autorité de régulation des télécommunications (ART), chargée de réguler les communications électroniques et les postes.

226 La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) est une autorité administrative indépendante française, créée en 1978, chargée de veiller au respect de la législation relative à la protection des données personnelles, conformément à la loi (modifiée) n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

227 L'Autorité des marchés financiers (AMF) est une autorité publique française indépendante, créée en 2003, qui a pour missions de veiller à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés financiers. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international.





## Quatrième conférence

# Droit comparé et territorialité du droit dans l'espace européen

## Sommaire de la conférence

Présentation du thème de la conférence .....	149
Biographies des intervenants .....	161
Actes - Droit comparé et territorialité du droit dans l'espace européen .....	163
Échanges avec la salle .....	191
Éléments de bibliographie .....	193







# Présentation du thème de la conférence

Le présent document se propose, en premier lieu, d'illustrer l'usage que les cours de l'espace européen font de la ressource de droit comparé. À cet effet, il présente des extraits de décisions des deux cours européennes (CJUE et Cour EDH) ainsi que de deux cours suprêmes nationales (Cour suprême du Royaume-Uni et Conseil d'Etat français). Dans un second temps, il s'attache à mettre en lumière la manière dont la CJUE et la Cour EDH appréhendent la question de la territorialité du droit.

## 1. L'usage du droit comparé par les juridictions de l'espace européen

### 1. 1. *Éléments sur l'usage du droit comparé par les juridictions européennes*

#### 1.1.1. *La Cour de justice de l'Union européenne*

##### 1.1.1.1. *S'inspirer des droits nationaux pour appréhender des questions de portée « globale »*

Conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'**affaire C-412/93 Leclerc-Siplec** (interdiction de la publicité télévisée dans secteur de la distribution).

Point 19 : « (...) *Comme cela a été déclaré dans un arrêt important de la Cour suprême des États-Unis, tant que nous conserverons une économie où la libre entreprise prédominera, la répartition de nos moyens se fera, dans une large mesure, par le biais de nombreuses décisions économiques privées. L'intérêt public veut que ces décisions soient dans l'ensemble avisées et bien documentées. À cette fin, il est indispensable que l'information commerciale circule librement (13). (...) Note n° 13 : Virginia State Board of Pharmacy/Virginia Citizens Consumer Council 425 US 748, 48 Ed 2d (1976) ».*

**Affaire 155/78, M<sup>elle</sup> M. c. Commission des Communautés européennes** (inaptitude physique ; secret médical ; aptitudes physiques requises pour les fonctionnaires de la Commission européenne).

*« en vue de préparer la solution de cette question, la cour a demandé à la Commission [partie défenderesse] d'établir une étude de droit comparé sur la question du secret médical dans le droit des différents États membres de la Communauté ».*

##### 1.1.1.2. *S'inspirer des droits nationaux afin d'utiliser l'expérience des « pays pionniers » dans le domaine.*

Conclusions de l'avocat général Darmon sous l'**affaire 89/85, Ahlström** (compétence communautaire en matière d'application des règles de concurrence du traité aux entreprises relevant d'États tiers).

Point 32 et ss. : *« Jusqu'à cette décision [l'arrêt Alcoa du 12 mars 1945], des entreprises établies à l'étranger n'ont été condamnées aux États-Unis qu'en raison de leur comportement sur le territoire de ce pays, et le principe de la territorialité objective, connu d'autres branches du droit, n'avait pas été invoqué dans des litiges en matière d'ententes (...). On le voit, aussi subtil et fécond qu'il soit, le droit américain, qui permet une approche éclairante de la problématique en cause,*





*ne fournit pas, semble-t-il, des critères de compétences suffisamment précis et éprouvés pour pouvoir être purement et simplement adoptés ».*

Conclusions de l'avocat général Geelhoed sous l'**affaire C-301/04, SGL Carbon** (ententes entre entreprises - Obligation pour les entreprises de coopérer durant l'enquête).

Point 63 : « *Premièrement, il faut avoir à l'esprit que cette jurisprudence concernait des personnes physiques dans le contexte de procédures pénales «classiques». Le droit de la concurrence concerne les entreprises. La Commission ne peut imposer des amendes qu'aux entreprises et aux associations d'entreprises pour des violations des articles 81 et 82 CE. Il n'est pas possible de transposer sans plus les constatations de la Cour européenne des droits de l'homme aux personnes juridiques et aux entreprises<sup>228</sup>. Nous souhaiterions à cet égard renvoyer à d'autres juridictions dans lesquelles le droit de ne pas s'incriminer soi-même est réservé uniquement aux personnes physiques et ne peut pas être invoqué par les personnes morales<sup>229</sup>. Ainsi, aux États-Unis, les entreprises ne peuvent pas invoquer le cinquième amendement à la Constitution. La clause du cinquième amendement affirme qu'«aucune personne ne sera contrainte à témoigner contre elle-même dans une procédure pénale». Ce droit ou privilège contre l'auto-incrimination est personnel. Il s'applique uniquement aux êtres humains. Une entreprise ne peut pas invoquer le cinquième amendement afin de pouvoir garder le silence. En d'autres termes, une entreprise doit présenter des documents si elle y est invitée ».*

Conclusions de l'avocat général Tesauo sous l'**affaire C-450/93, Kalanke** (égalité de traitement entre hommes et femmes ; actions positives en faveur des femmes).

Point 8 : « *Avant d'en venir au fond de la question il nous semble opportun de mettre quelque peu en exergue la notion d'action positive. Les actions positives ont pour origine l'exigence d'éliminer les obstacles de fait qui pèsent sur certaines catégories déterminées ou certains groupes déterminés de personnes, qui sont donc désavantagés dans le domaine de l'emploi (...) Note n° 8 : L'action positive («affirmative action») a été tenue sur les fonts baptismaux, aux États-Unis, par les administrations démocrates des années 60 qui ont utilisé une mesure typiquement judiciaire (jusqu'alors, l'action positive était décidée par les tribunaux à la charge des employeurs coupables de comportements discriminatoires) pour en faire un instrument administratif. Elle apparaît, en particulier, avec l'obligation, pour les entreprises adjudicataires de marchés de travaux publics, d'entreprendre des plans d'action au profit de la population de couleur, sous peine de perdre les commandes déjà obtenues. C'est à partir de ces premiers éléments de conceptualisation qu'on est ensuite passé aux actions positives en faveur d'autres ethnies minoritaires ou d'autres groupes vulnérables, telles les femmes. Au nom de l'égalité, des programmes de traitement préférentiel ont ainsi été conçus et mis en œuvre, en particulier dans le domaine de l'accès à l'enseignement supérieur et de l'emploi ».*

<sup>228</sup> Dans certains États membres, les autorités peuvent, en fonction de leur droit national, également imposer d'autres types de sanctions, telles que l'emprisonnement des directeurs et des managers responsables pour les violations des articles 81 et 82 CE au sein de leur entreprise. On peut s'attendre à ce qu'il y ait des droits procéduraux et des garanties renforcées.

<sup>229</sup> Cour suprême des États-Unis, *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944).





1.1.1.3. Etablir la portée d'un droit fondamental sur la base de son appartenance aux « traditions constitutionnelles communes ».

**Affaire 11/70, Internationale Handelsgesellschaft** (validité du régime des certificats d'exportation des céréales).

Point 2 : « *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* ».

**Affaire 144/79, Liselotte Hauer c. Land de Rhénanie-Palatinat** (interdiction de nouvelles plantations de vignes en application d'un règlement communautaire

Point 4 : « *Le droit de propriété est garanti dans l'ordre juridique communautaire, conformément aux conceptions communes aux constitutions des États membres, reflétées également par le premier protocole joint à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* ».

**Affaire C-387/02, Silvio Berlusconi** (sanctions d'infractions commises en matière de droit des sociétés prises en application d'une directive communautaire

Point 68 : « *le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres* ».

Conclusions de l'avocat général Mengozzi sous l'**affaire C-341/05, Laval** (exercice par les organisations syndicales de travailleurs de leur droit à recourir à l'action collective pour la défense des intérêts de ces derniers).

Point 77 : « *Quant aux traditions constitutionnelles des États membres, si leur examen exhaustif ne m'apparaît pas impératif eu égard au fait que, ainsi qu'il a été mis en exergue au point 68 des présentes conclusions, la Charte des droits fondamentaux, bien que dépourvue de caractère contraignant, a pour objectif principal de réaffirmer les droits qui résultent notamment desdites traditions, on fera cependant remarquer que les textes constitutionnels de nombreux États membres protègent explicitement la liberté de créer des organisations syndicales et la défense de leurs intérêts par l'action collective, le droit de grève étant, à cet égard, la modalité la plus régulièrement citée* ».

Conclusions de l'avocat général Cruz Villalon sous l'**affaire C-426/11, Alemo-Herron** (maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises – transfert des clauses dynamiques de renvoi à des conventions collectives dans les contrats de travail et liberté d'entreprise).

Note de bas de page n° 27 : « *Un grand nombre d'États membres qui, comme la Charte, reconnaissent de manière autonome le droit fondamental à la liberté d'entreprise. C'est le cas du Royaume d'Espagne (article 38 de la Constitution espagnole), de la République portugaise (article 61, paragraphe 1, de la Constitution portugaise) ou de la République italienne (article 41, premier alinéa, de la Constitution italienne). En France, cependant, la liberté d'entreprise découle de la garantie constitutionnelle de la propriété privée et du droit général à la liberté, comme l'expose Devolvé, P., Droit public de l'économie, éd. Dalloz, Paris, 1998, p. 105 et suiv. Le droit allemand suit une approche différente, la libre initiative économique découlant du droit de propriété privée, mais aussi du droit au libre*





choix de la profession. Voir, à ce sujet, Tettinger, P.-J., « Artikel 12 », Sachs, M. (éd.), *Grundgesetz-Kommentar*, C. H. Beck, Munich, 1996, p. 428 et suiv. Sur ce droit fondamental en droit comparé européen, v. Arroyo Jiménez, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004, p. 75 à 79 ».

### 1.1.2. La Cour européenne des droits de l'homme

#### 1.1.2.1. Usage du droit comparé stricto sensu

**Affaire 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni***, 29 avril 2002 (interdiction du suicide assisté).

Point 66 : « Dans l'affaire *Rodriguez c. Procureur général du Canada* (*Law Reports of Canada*, 1994, vol. 2, p. 136), qui concernait une situation comparable à celle de la présente espèce, l'opinion majoritaire de la Cour suprême du Canada considéra que l'interdiction de se faire aider pour se suicider imposée à la demanderesse contribuait à la détresse de cette dernière et l'empêchait de gérer sa mort. Dès lors que cette mesure privait l'intéressée de son autonomie, elle requérait une justification au regard des principes de justice fondamentale. Si la Cour suprême du Canada avait à examiner la situation sous l'angle d'une disposition de la Charte canadienne non libellée de la même manière que l'article 8 de la Convention, la cause soulevait des problèmes analogues relativement au principe de l'autonomie personnelle, au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps ».

Point 67 : « La requérante en l'espèce est empêchée par la loi d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible. La Cour ne peut exclure que cela représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. Elle examinera ci-dessous la question de savoir si cette atteinte est conforme aux exigences du second paragraphe de l'article 8 ».

#### 1.1.2.2. Usage du droit comparé afin d'établir le niveau de « consensus »

La Cour EDH recourt à une approche comparative en particulier 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. L'analyse comparée des législations des États parties permet ainsi de déterminer les standards minimaux de protection des droits que ces derniers doivent respecter. Le processus de comparaison prend alors la forme d'un « *consensus inquiry* », l'existence d'un consensus - s'ajoutant à d'autres facteurs - influe sur l'étendue de la marge d'appréciation laissée à l'État défendeur.

### 1. 2. Exemples de recours au droit comparé dans la jurisprudence de deux juridictions

#### 1.2.1. Exemple de recours au droit comparé par la Cour suprême du Royaume-Uni

**Affaire *Reynolds c. Times Newspapers Ltd and others* (2001) 2 AC 127** : par cet arrêt, la Chambre des Lords a reconnu le principe selon lequel, en matière de diffamation, les publications par tous types de médias peuvent être protégées par l'immunité relative si elles sont de bonne foi.







Avant de procéder à l'examen des questions soulevées par l'affaire, la Cour recense les décisions majeures pertinentes pour son analyse adoptées par les cours suprêmes de pays de *Common Law*, ainsi qu'elle l'indique, sous une section intitulée « *In other countries* » : « *Before turning to the issues raised by this appeal mention must be made, necessarily, briefly, of the solutions adopted in certain other countries. As is to be expected, the solutions are not uniform. As also to be expected, the chosen solutions have not lacked critics in their own countries* » (paragraphe 199).

La Cour commence par citer l'arrêt majeur de la Cour Suprême américaine en matière de liberté d'expression *New-York Times Co v. Sullivan* (1964) : « *In the United States the leading authority is the well-known case of New-York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254. Founding itself on the first and fourteenth amendments to the United States Constitution, the Supreme Court held that a public official cannot recover damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves, with convincing clarity, that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was false or not. This principle has since been applied to public figures generally* ».

La Cour poursuit en citant les jurisprudences canadienne, indienne, australienne, sud africaine et néozélandaise, ce qui l'a conduite à conclure qu'il n'y a pas de jurisprudence uniforme en la matière.

**Affaire *R (E) v. Governing Body of JFS* (2009) UKSC 15, (2010) 2 AC 728** : cette affaire concernait la politique d'admission d'une école religieuse qui donnait la préférence à ceux dont le statut juif est reconnu par le Grand rabbin des congrégations hébraïques unies. La question de droit en l'espèce était de savoir si une telle politique violait la section 1 de la loi de 1976 sur les relations entre les races (*The Race Relations Act 1976*). Dans le jugement, les neuf juges du comité spécial de la Cour Suprême du Royaume-Uni ont prêté attention à la décision *No'ar K'halacha v. Ministry of Education*, HCJ 1067/08 rendue le 6 août 2009 par la Cour Suprême d'Israël.

Paragraphe 159 : « *The same approach to arguments based on religious doctrine has been adopted by the Supreme Court of Israel. In No'ar K'halacha v. The Ministry of Education, HCJ 1067/08, 6 August 2009 the Court held that, although religious affiliation as a basis for treating students differently was recognised by Israeli law, it was not an absolute claim and could not prevail over the overarching right to equality* ».

Il arrive également que les juges britanniques prennent en compte des principes de « *soft law* », notamment les principes européens des contrats développés par la commission Lando. Par exemple, dans l'arrêt *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd and others* (2009) UKHL 38 (2009) 4 All ER 977, paragraphe 39 : dans l'opinion de Lord Hoffman, il a été observé que les Principes européens des contrats (the PECL) et ses documents connexes « *reflect the French philosophy of contractual interpretation, which is altogether different from that of English law* ».





## 1.2.2. Exemples de recours au droit comparé dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français

### 1.2.2.1. Recours au droit comparé en présence d'une question éthique délicate

Conclusions du rapporteur public R. Keller dans l'**affaire Lambert (CE, Ass., 14 février 2014 et 24 juin 2014)** - Légalité d'une décision médicale entraînant la mort d'un patient par l'arrêt de son traitement. Les conclusions font référence aux législations nationales encadrant l'euthanasie et le suicide assisté et à la jurisprudence de la Cour suprême britannique et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Conclusions du rapporteur public X. Domino dans l'**affaire Association « Juristes pour l'enfance » et autres (CE, ssr, 12 décembre 2014)** - Délivrance des certificats de nationalités pour des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui.

Panorama des pratiques dans un grand nombre de pays.

### 1.2.2.2. Recours au droit comparé en présence d'une question technique délicate

Conclusions du rapporteur public V. Daumas dans l'**affaire Ganem (CE, sect., 16 juillet 2014, n° 355201)** - Admissibilité des preuves obtenues de manière illégale.

Le rapporteur public évoque la jurisprudence américaine et allemande qui, en l'absence de texte, a tranché des questions relatives à la légalité et à la loyauté de la preuve.

Conclusions du rapporteur public B. Dacosta dans l'**affaire Armor SNC (CE, Ass., 30 décembre 2014, n° 355563)** - Possibilité pour les communes de soumissionner dans le cadre de marchés publics.

Dans ses conclusions, le rapporteur public analyse la solution proposée à la lumière des pratiques observées dans autres États européens.

### 1.2.2.3. Recours au droit comparé pour déterminer la marge d'appréciation dans l'application d'un texte de droit international ou européen

Conclusions du rapporteur public S. von Coester dans l'**affaire Vernes (CE, Ass., 30 juillet 2014, n° 358564)** - Réouverture d'une procédure administrative suite à une condamnation par la Cour EDH.

Les conclusions analysent la notion de « *devoir de prise en compte* » (« *Berücksichtigungspflicht* ») élaboré par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans sa décision du 14 octobre 2004 (2 BvR 1481/04).

**CE, Ass., 4 avril 2014, Ministre de l'écologie, req. n° 362785**, cl. G. Pellissier - Limite d'âge des contrôleurs aériens

Dans le considérant n° 16, la décision rappelle que « *si certains États, telle la Nouvelle-Zélande, ne fixent aucune limite d'âge particulière pour les agents chargés du contrôle de la circulation aérienne et si plusieurs États européens, dont l'Espagne et les pays scandinaves, ont fixé, pour ces derniers, une limite d'âge de 65 ans, les États membres du « bloc d'espace aérien fonctionnel centre-européen* »





(...) ont tous adopté, pour les contrôleurs de la navigation aérienne, des limites d'âge dérogatoires au droit commun et inférieures à soixante ans ».

## 2. L'appréhension de la territorialité du droit par les juridictions européennes

### 2.1. Éléments sur la territorialité du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne

Le droit numérique et le droit de la concurrence sont deux domaines majeurs ayant soulevé des questions liées à l'extraterritorialité du droit de l'Union.

#### 2.1.1. L'extraterritorialité en droit numérique

**CJUE, aff. C-362/14, 6 octobre 2015, Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner** (affaire dite du « Safe Harbor ») : la Cour juge invalide la décision de la Commission dans laquelle celle-ci constate que les États-Unis assurent un niveau de protection adéquat aux données à caractère personnel transférées.

Paragraphe 27 : « *Toute personne résidant sur le territoire de l'Union et désirant utiliser Facebook est tenue de conclure, lors de son inscription, un contrat avec Facebook Ireland, filiale de Facebook Inc., elle-même établie aux États-Unis. Les données à caractère personnel des utilisateurs de Facebook résidant sur le territoire de l'Union sont, en tout ou en partie, transférées vers des serveurs appartenant à Facebook Inc., situés sur le territoire des États-Unis, où elles font l'objet d'un traitement* ».

Paragraphes 44 et 45 : « *Certes, il ressort de l'article 28, paragraphes 1 et 6, de la directive 95/46 que les pouvoirs des autorités nationales de contrôle concernent les traitements de données à caractère personnel effectués sur le territoire de l'État membre dont ces autorités relèvent, de sorte qu'elles ne disposent pas de pouvoirs, sur le fondement de cet article 28, à l'égard des traitements de telles données effectués sur le territoire d'un pays tiers* ».

« *Toutefois, l'opération consistant à faire transférer des données à caractère personnel depuis un État membre vers un pays tiers constitue, en tant que telle, un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2, sous b), de la directive 95/46 (voir, en ce sens, arrêt Parlement/Conseil et Commission, C317/04 et C318/04, EU:C:2006:346, point 56) effectué sur le territoire d'un État membre. En effet, cette disposition définit le « traitement de données à caractère personnel » comme « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel » et cite, à titre d'exemple, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition ».*

**CJUE, 13 mai 2014, Google Spain SL et Google Inc. c. 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.

**CJUE, 12 juillet 2011, L'Oréal SA c. eBay International AG et autres** : dans une affaire de contrefaçon de marque commise par le biais d'Internet, la Cour a jugé que la seule accessibilité d'un site internet à partir d'un territoire couvert par la marque ne suffisait pas à conférer une compétence à la juridiction de cet Etat et qu'il convenait d'apprécier, au cas par cas, l'existence d'indices pertinents pour conclure que l'offre à la vente est destinée aux consommateurs localisés sur ce territoire. Le juge de l'Union confirme ainsi l'usage du critère de la destination pour la territorialité, tant pour la compétence que pour la contrefaçon.

Paragraphe 64 et 65 : « Il y a, cependant, lieu de préciser que la simple accessibilité d'un site Internet sur le territoire couvert par la marque ne suffit pas pour conclure que les offres à la vente y affichées sont destinées à des consommateurs situés sur ce territoire (voir, par analogie, arrêt du 7 décembre 2010, Pammer et Hotel Alpenhof, C585/08 et C144/09, non encore publié au Recueil, point 69). En effet, si l'accessibilité, sur ledit territoire, d'une place de marché en ligne suffisait pour que les annonces y affichées relèvent du champ d'application de la directive 89/104 et du règlement n° 40/94, des sites et des annonces qui, tout en étant à l'évidence destinés exclusivement à des consommateurs situés dans des États tiers, sont néanmoins techniquement accessibles sur le territoire de l'Union seraient in-  
dûment soumis au droit de l'Union.

« Il incombe, par conséquent, aux juridictions nationales d'apprécier au cas par cas s'il existe des indices pertinents pour conclure qu'une offre à la vente, affichée sur une place de marché en ligne accessible sur le territoire couvert par la marque, est destinée à des consommateurs situés sur celui-ci. Lorsque l'offre à la vente est accompagnée de précisions quant aux zones géographiques vers lesquelles le vendeur est prêt à envoyer le produit, ce type de précision a une importance particulière dans le cadre de ladite appréciation ».

### 2.1.2. L'extraterritorialité en droit de la concurrence

**CJCE, 27 septembre 1988, Ahlström Osakeyhtiö e.a. c. Commission** (affaire dite de la « pâte à bois ») : la CJCE affirme que la Commission est compétente pour réagir aux pratiques anticoncurrentielles ayant des effets sur le marché européen, quand bien même les entreprises concernées seraient extra-européennes et l'entente aurait eu lieu en dehors du territoire communautaire.

Paragraphe 11 à 18 : « Pour ce qui est du moyen tiré de la violation de l'article 85 du traité lui-même, il convient de rappeler que, en vertu de cette disposition, sont interdits tous accords ou toutes pratiques concertées entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.





« Il convient de relever, ensuite, que les principales sources d'approvisionnement en pâte de bois sont situées en dehors de la communauté, à savoir au Canada, aux États-Unis, en Suède et en Finlande, et que le marché a, en conséquence, une dimension mondiale. Lorsque des producteurs de pâte établis dans ces pays effectuent des ventes directement à des acheteurs établis dans la communauté et lorsqu'ils se livrent à une concurrence de prix pour emporter les commandes de ces clients, il y a concurrence à l'intérieur du marché commun.

« Il s'ensuit que, lorsque ces producteurs se concertent sur les prix qu'ils consentiront à leurs clients établis dans la communauté et mettent en œuvre cette concertation en vendant à des prix effectivement coordonnés, ils participent à une concertation qui a pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, au sens de l'article 85 du traité.

« Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que la commission, en appliquant, dans les conditions de l'espèce, les règles de concurrence du traité à l'égard d'entreprises ayant leur siège social en dehors de la communauté, n'a pas fait une appréciation erronée du domaine d'application territorial de l'article 85.

« À l'appui du moyen tiré de l'incompatibilité de la décision avec le droit international public, les requérants ont fait valoir que l'application des règles de concurrence en l'espèce a été fondée sur les seules répercussions économiques à l'intérieur du marché commun qu'auraient produites des comportements restrictifs de la concurrence qui auraient été adoptés en dehors de la communauté.

« Il convient de souligner, à cet égard, qu'une infraction à l'article 85, telle que la conclusion d'un accord qui a eu pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun, implique deux éléments de comportement, à savoir la formation de l'entente et sa mise en œuvre. Faire dépendre l'applicabilité des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait, à l'évidence, à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions. Ce qui est déterminant est donc le lieu où l'entente est mise en œuvre.

« En l'espèce, les producteurs ont mis en œuvre leur entente de prix à l'intérieur du marché commun. À cet égard, il importe peu qu'ils aient fait appel ou non à des filiales, agents, sous-agents ou succursales établis dans la communauté en vue d'établir des contacts entre eux et les acheteurs qui y sont établis.

« Dans ces conditions, la compétence de la communauté pour appliquer ses règles de concurrence à l'égard de tels comportements est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public ».

**CJCE, aff. C-48/69 à 57/69, 14 juillet 1972, Matières colorantes** : la Cour retient par cet arrêt le concept d'unité économique pour pouvoir imputer des comportements localisés sur le territoire de l'Union à des entreprises étrangères.

La Cour affirme ainsi que « la séparation formelle entre ces sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte ne pouvait s'opposer à l'unité de leur comportement sur le marché aux fins de l'application des règles de concurrence » (paragraphe 140).





**TPICE, aff 102/96, 25 mars 1999, *Gencor c. Lohnro*** : en matière de contrôle des concentrations, le critère retenu n'est pas celui du territoire où la pratique est constatée mais celui de l'effet sur le marché intérieur. Ainsi, pour qu'une opération de concentration soit considérée comme étant de dimension européenne et soumise au droit de l'Union, il n'est pas nécessaire que les entreprises participant à l'opération soient établies dans l'Union ni que les activités faisant l'objet de la concentration s'exercent sur le territoire de l'Union. Le Tribunal a considéré que « *lorsqu'il est prévisible qu'une opération de concentration projetée par des entreprises établies à l'extérieur de la Communauté produise un effet immédiat et substantiel dans la Communauté, l'application du règlement n° 4064/89 est justifiée au regard du droit international public. Le fait que, dans le contexte d'un marché mondial, d'autres parties du monde soient affectées par la concentration ne saurait empêcher la Communauté d'exercer son contrôle sur une opération de concentration affectant substantiellement la concurrence à l'intérieur du marché commun en créant une position dominante* » (paragraphe 3).

## 2.2. *Éléments sur l'extraterritorialité du droit de la Convention EDH dans la jurisprudence de la Cour EDH*<sup>230</sup>

L'assise territoriale de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales trouve son fondement dans son article 1<sup>er</sup> qui proclame que « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

Bien qu'elle ne puisse intervenir que dans des circonstances exceptionnelles, l'application extraterritoriale de la convention a été envisagée à plusieurs reprises par la Cour EDH.

### 2.2.1. *Territoires sur lesquels un Etat partie à la Convention EDH exerce une forme de contrôle*

Dans l'**affaire M. c. Danemark, du 14 octobre 1992 (req. n° 17392/90)**, la Cour a rappelé que les fonctionnaires d'un État, y compris les agents diplomatiques ou consulaires, font passer les personnes et les biens sur lesquels ils exercent leur autorité sous la juridiction de cet État. En l'espèce, le requérant, qui cherchait en 1988 à quitter l'Allemagne de l'Est pour se réfugier en République fédérale d'Allemagne, s'était réfugié à l'ambassade du Danemark à Berlin-Est. L'ambassadeur danois l'avait remis à la police est-allemande, violant son droit à la liberté et à la sûreté garanti par la convention.

L'Etat est tenu, en outre, d'assurer le respect des droits et libertés garantis par la convention dans une zone située hors du territoire national, dès lors qu'il y exerce un contrôle effectif par suite d'une action militaire (légale ou non), que ce contrôle s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'État concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée. Ainsi, la Cour a considéré que la responsabilité de la Turquie au regard de la convention était engagée à raison

<sup>230</sup> Les développements qui suivent reproduisent en substance un document réalisé en juillet 2015 par l'unité de presse de la Cour EDH « *Juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme* ».





des actes commis par ses soldats ou fonctionnaires au nord de Chypre ainsi qu'à raison des actes de l'administration locale (la « RTCN »), (*Loizidou c. Turquie*, arrêt du 23 mars 1995 ; *Chypre c. Turquie*, arrêt du 10 mai 2001 ; *Manitaras et autres c. Turquie*, arrêt du 3 juin 2008).

L'obligation des États contractants de respecter les droits de l'homme a aussi été étendue aux territoires où ceux-ci exercent un contrôle effectif à la suite d'une intervention/présence militaire (*Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, décision du 30 juin 2009) ou encore où ils assument des prérogatives de puissance publique. Dans l'affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 2011, la Cour avait été saisie de la question de savoir si la Cour EDH était applicable au décès de civils irakiens tués en Irak par des soldats britanniques et si, par conséquent, les proches des requérants relevaient de la juridiction du Royaume-Uni au sens de l'article 1 de la convention. Se fondant sur le constat qu'après le renversement du régime baasiste et jusqu'à l'instauration du gouvernement intérimaire, le Royaume-Uni avait assumé en Irak (conjointement avec les États-Unis) certaines des prérogatives de puissance publique qui sont normalement celles d'un État souverain, assumant notamment le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est du pays, la Cour reconnaît que, dans ces circonstances exceptionnelles, un lien juridictionnel existait entre le Royaume-Uni et les personnes tuées au cours d'opérations de sécurité menées par les soldats britanniques entre mai 2003 et juin 2004 et que, par conséquent, le Royaume-Uni avait l'obligation de mener une enquête sur ces décès.

Dans une décision récente du 20 avril 2015 (*Pisari c. République de Moldova et Russie*) la Cour a, en outre, retenu que lorsque des militaires sont déployés sur le territoire d'un autre État, l'usage qu'ils font de la force sur ce territoire peut avoir pour effet d'étendre les garanties offertes par la convention aux nationaux de cet État aux personnes affectées par leurs actes.

Relèvent également de la juridiction d'un Etat contractant au sens de l'article 1 de la Convention, les personnes se trouvant sur un territoire étranger sur lequel cet Etat exerce une influence militaire, politique et économique. À l'occasion de l'affaire *Ilaşcu et autres c. République de Moldova et Russie* (8 juillet 2004), la Cour avait été saisie par deux ressortissants de la Transnistrie, accusés d'activités antisoviétiques et de lutte illégale contre le gouvernement légitime de l'État de Transnistrie et condamnés à mort par la « Cour suprême de la région de Transnistrie » (v. également la décision *Catan et autres c. République de Moldova et Russie*, du 19 octobre 2012). La Grande chambre de la Cour a observé que le tribunal qui les avait condamnés était incompétent, dans la mesure où la Transnistrie se trouvait sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Russie. Dès lors que la Transnistrie survivait grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournissait la Russie, il existait bien une responsabilité directe et continue de cette dernière dans les violations des droits de l'homme susceptibles d'être commises sur le territoire de la Transnistrie. (v. également : *Ivanțoc et autres c. République de Moldova et Russie*, arrêt du 15 novembre 2011).

Il convient également de citer parmi les décisions de la Cour consacrant une application extraterritoriale de la Convention EDH, celles attrayant dans son champ







d'application les actes commis par les forces de sécurité appartenant à un État contractant opérant à l'étranger (*Sanchez Ramirez c. France*, décision du 24 juin 1996 ; *Öcalan c. Turquie*, décision du 12 mai 2005).

### 2.2.2. Effet extraterritorial d'un acte de l'État commis sur son propre territoire

Lors de l'affaire *Soering c. Royaume-Uni* (7 juillet 1989), la Cour EDH affirme, pour la première fois, que la responsabilité d'un État peut être engagée s'il décide de renvoyer une personne placée « *sous sa juridiction* » vers un pays de destination dans lequel elle est susceptible de subir un traitement inhumain et dégradant. En l'espèce, elle a conclu que l'extradition du requérant vers les États-Unis était contraire à l'article 3 de la Convention car il courrait un risque réel d'être soumis au « syndrome du couloir de la mort », traitement qui dépassait le seuil de gravité fixé par cette disposition.

La Cour EDH a rappelé que la Convention ne régit pas les actes d'un État tiers, ni ne prétend exiger des parties contractantes qu'elles imposent ses normes à ces États. Toutefois, l'extradition d'une personne par un État contractant peut engager la responsabilité de celui-ci au titre de la Convention lorsqu'il existe un risque que l'intéressé, si on le livre à l'État qui en fait la demande, soit torturé ou maltraité.







# Biographies des intervenants

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

## Le modérateur

**Jean-Claude Bonichot,**

*juge à la Cour de justice de l'Union européenne*

Licencié en droit, diplômé de Sciences Po, ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), Jean-Claude Bonichot a intégré le Conseil d'État en 1982 à la section du contentieux, où il a exercé successivement les fonctions de rapporteur, commissaire du gouvernement, puis président de la 6<sup>e</sup> sous-section (2000-2006). Il a par ailleurs été référendaire à la Cour de justice des communautés européennes (1987-1991) et directeur du cabinet du ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, puis du ministre d'État, ministre de la fonction publique et de la modernisation de l'administration (1991-1992). Jean-Claude Bonichot a enseigné comme professeur associé aux universités de Metz (1988-2000), puis de Panthéon-Sorbonne (2000-2007). Auteur de nombreuses publications en droit administratif, en droit communautaire et en droit européen des droits de l'homme, il est notamment le fondateur et président du comité de rédaction du Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme. Il est juge à la Cour de justice de l'Union européenne depuis 2006.

## Intervenants

**Angelika Nussberger,**

*présidente de section à la Cour européenne de droits de l'homme*

Professeure, docteure en droit, docteure *honoris causa* et titulaire d'une maîtrise de lettres, Angelika Nussberger est juge à la Cour européenne des droits de l'homme, où elle a été élue au titre de l'Allemagne. Elle y a pris ses fonctions le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Elle est présidente de la 5<sup>e</sup> section de la Cour. Angelika Nussberger est professeure à l'université de Cologne où elle enseignait le droit international public, le droit public allemand et le droit constitutionnel comparé avant sa mise en congé. Avant d'être élue juge à la Cour, elle a été vice-présidente de l'université de Cologne, membre de la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du travail de 2004 à 2010, et membre suppléant de la Commission de Venise de 2006 à 2010. Angelika Nussberger est également titulaire d'une maîtrise de langues et de littérature slaves et de plusieurs diplômes de droit.





### **Jonathan Sumption,**

*juge à la Cour suprême du Royaume-Uni*

Juge à la Cour suprême du Royaume-Uni, diplômé de l'université d'Oxford, Jonathan Sumption a enseigné l'histoire du Moyen Âge européen dans cette même université pendant quatre ans, avant de commencer, en 1975, sa carrière d'avocat. Il a été nommé en 1986 « *Queen's Counsel* » (conseiller de la reine). Il a, par ailleurs, exercé des fonctions de juge, notamment pour les cours d'appel de Jersey et Guernesey, et de gouverneur de l'Académie royale de musique. Après trente-cinq ans d'exercice de la profession d'avocat, il a été promu à la Cour suprême en janvier 2012. Il est aussi l'auteur de plusieurs ouvrages sur l'histoire médiévale de la France, notamment sur la croisade albigeoise et sur la guerre de Cent Ans (quatre volumes publiés).

### **Patrick Wachsmann,**

*professeur à l'université de Strasbourg*

Professeur de droit public à l'université de Strasbourg, Patrick Wachsmann est directeur adjoint de l'Institut de recherches Carré de Malberg. Il a présidé en 2013-2014 le jury du premier concours d'agrégation de droit public. Il exerce également les fonctions de déontologue de la ville de Strasbourg et de délégué thématique *Cour européenne des droits de l'homme* du Médiateur de la République puis du Défenseur des droits. Il a codirigé jusqu'en 2010 le *Jurisclasseur Libertés*. Patrick Wachsmann est l'auteur de nombreuses publications, notamment les ouvrages *Libertés publiques* (Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 2013) et *Les droits de l'homme* (Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2008). Parmi ses articles les plus récents : « L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme peut-il profiter aux scélérats ? », *Liber amicorum Rénée Koering-Joulin*, éd. Anthémis, 2014, pp. 775-798 ; « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges en hommage au professeur Jean-François Flauss*, éd. Pedone, 2014, pp. 797-816.





# Actes – Droit comparé et territorialité du droit dans l'espace européen

---

**Jean-Claude Bonichot**

*juge à la Cour de justice de l'Union européenne,*  
**modérateur de la conférence**

Je suis très heureux de retrouver pour la première intervention à cette conférence ma collègue, la présidente Nussberger, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2011, élue récemment présidente de section à cette même Cour. Professeur à l'université de Cologne, spécialiste du droit des pays de l'Est, son intervention traitera de l'effet extraterritorial de la jurisprudence de la Cour EDH et du droit comparé. La deuxième intervention sera celle de Lord Sumption, membre de la Cour suprême du Royaume-Uni depuis 2012. Lord Sumption a enseigné à Oxford et, comme de nombreux juges au Royaume-Uni, est devenu juge après avoir assuré des fonctions de « *barrister* » (avocat plaident), puis de « *Queen's Counsel* » (conseiller de la reine)<sup>231</sup>. Enfin, la troisième et dernière intervention sera celle du professeur Wachsmann, professeur de droit public à l'université de Strasbourg.

Quelques mots d'introduction en ce qui concerne le sujet de cette séance.

Depuis l'origine des traités, il est prévu, par exemple en matière de responsabilité extracontractuelle, que l'Union répare les dommages dont elle est responsable conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres. Mais on peinerait à dégager une jurisprudence vraiment caractéristique en la matière et qui applique cette prescription, ne serait-ce que parce que les régimes de responsabilité nationaux sont très différents les uns des autres.

Prenons l'exemple de la *responsabilité sans faute*, qui est l'un des domaines essentiels du droit, et notamment l'une des plus belles constructions jurisprudentielles du droit public français. Force est de constater qu'elle est très peu reconnue dans les autres États. Quant à la CJUE, elle ne s'est pas engagée dans la responsabilité sans faute, car ce concept suscite l'inquiétude.

Ensuite, l'article 6 du Traité sur l'Union européenne prévoit, dans son alinéa 3, que les droits fondamentaux, tels qu'ils résultent des « *traditions constitutionnelles communes aux États membres* », font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux du droit<sup>232</sup>. Les auteurs des traités n'ont pas fait un grand effort, car ils ont repris textuellement la formule de la jurisprudence de la CJUE et, s'il existe effectivement – ce que l'on ne peut pas contester – un certain nombre de

---

231 Conseiller de la reine (ou du roi) est un statut honorifique conféré par la Couronne par lettre patente à un juriste éminent.

232 V. sur la portée de l'article 6 : J.-C. Bonichot, « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, éd. Dalloz, 2011, pp. 49-65.





principes communs, comme la non-rétroactivité de la loi pénale ou la rétroactivité *in mitius*<sup>233</sup>, l'on note beaucoup de choses différentes. Cette constatation mériterait à elle seule une étude.

En effet, si l'on analyse les préambules des constitutions des États membres, l'on voit plutôt des choses assez incompatibles les unes avec les autres. C'est pourquoi, lorsqu'elle doit faire œuvre prétorienne, et en l'absence de tout texte, la CJUE se fonde sur des principes communs. C'est là un raisonnement qui existe depuis longtemps – on l'a appliqué, par exemple, en matière de répétition de l'indu. C'est une jurisprudence tout à fait classique de la CJUE où l'on a comparé les droits des États membres. Ainsi a-t-on dit, par exemple, que lorsqu'il y a une procédure de faillite, il faut venir inscrire sa créance au passif, de sorte que la Commission européenne ne peut pas venir récupérer directement de l'argent par une action en répétition de l'indu.

Il arrive aussi que la CJUE s'appuie sur une recherche de droit comparé pour faire apparaître de manière négative ou en creux qu'il n'y a pas de principes communs. C'est l'un des éléments, mais non le seul, qui conduit à ce que la CJUE dégage très souvent dans certains domaines des notions autonomes du droit communautaire. L'on voit cette expression très souvent retenue dans la jurisprudence, mais cela ne tient pas seulement à l'absence de principes communs, cela tient beaucoup plus à la logique du système que l'on a appliqué en ce qui concerne les règles sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions juridictionnelles, comme aujourd'hui le règlement 44-2001<sup>234</sup>. Il est tout à fait évident que si l'on veut faire jouer ce règlement, il faut disposer de notions autonomes, communes, car les législations nationales sont diverses les unes par rapport aux autres, et l'on n'arriverait pas à appliquer des règles de compétence uniques qui simplifieraient les litiges.

Pourtant, l'on peut affirmer sans exagérer que le droit communautaire et la jurisprudence de la CJUE sont, par essence, comparatistes, et cela a d'ailleurs été relevé depuis longtemps. Je ne peux pas développer ce point par manque de temps, mais je signale que le président Galmot, avec lequel j'ai eu l'honneur de travailler il y a quelques années, avait écrit dans *La revue française de droit administratif* un article resté célèbre sur le recours par la CJUE au droit comparé<sup>235</sup>. Notre collègue, Francis Donnat, a rédigé sur ce sujet un article très complet dans *Les mélanges Genevois*<sup>236</sup> et, au mois d'avril 2015, le président de la CJUE, Koen Lenaerts<sup>237</sup>, est

233 Le principe de non rétroactivité de la loi pénale empêche l'application d'une loi nouvelle à une infraction non encore jugée commise avant l'entrée en vigueur de ladite loi. Par exception, et sous certaines conditions, la loi pénale plus douce est rétroactive : c'est la rétroactivité *in mitius*.

234 Règlement (CE) n° 44-2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (J.O. L 12 du 16 janvier 2001, p. 1 et suiv.).

235 Yves Galmot, « Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des communautés européennes », *RFDA*, mars-avril 1990, pp. 255-262.

236 Ouvrage collectif, *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, éd. Dalloz, 2009.

237 M. Koen Lenaerts a été élu, le 8 octobre 2015, président de la CJUE pour la période allant du 8 octobre 2015 au 6 octobre 2018. Il succède à M. Vassilios Skouris.





intervenu lors d'un colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation et a fait le point sur cette question<sup>238</sup>.

C'est peu dire que, lorsque l'on travaille à la CJUE, l'on est imprégné de droit comparé de différentes façons, bien sûr en parlant à ses collègues, mais aussi – et j'ai toujours insisté sur ce point, notamment avec mes référendaires – à travers les questions préjudicielles.

La question préjudicielle est intéressante du point de vue du droit de l'Union européenne, car nous y trouvons l'aspect communautaire, mais aussi des descriptions très précises du droit national. À travers ces descriptions, fournies par le juge de renvoi, la Commission, l'État ou les parties, l'on découvre le droit comparé au jour le jour. Personnellement, je regrette de ne pas avoir plus de temps pour, à partir de cela, procéder à des études de droit comparé et même bâtir un cours de droit comparé – j'ai eu l'occasion de le dire à M. Géraud Sajust de Bergues qui a souvent représenté la France devant la Cour.

La jurisprudence de la CJUE puise, autant humainement que structurellement, à la source du droit comparé, même si cela ne se voit pas de prime abord. Cela apparaît davantage dans les conclusions des avocats généraux, bien que la Cour s'appuie assez souvent, lorsque la question le nécessite, sur des études de droit comparé effectuées par son propre service de recherches et de documentation, qui comprend des juristes de tous les États membres ayant un accès direct aux sources. Il ne faut pas oublier que le droit comparé requiert la pratique des langues nationales pour éviter de travailler sur du matériau de seconde main. C'est là, l'une des difficultés de la matière.

Lorsque l'on pratique le droit comparé, il ne faut pas penser que la CJUE essaie, notamment dans les affaires d'importance, de chercher le meilleur système juridique (français, allemand, etc.) ou le plus grand dénominateur commun. Ce n'est pas le cas. La CJUE s'informe, s'inspire, mais ce qui la guide dans sa jurisprudence est avant tout la recherche d'une solution qui soit dans la logique des textes qu'elle a à appliquer, qu'il s'agisse du droit primaire ou du droit dérivé. Ce serait une erreur de perspective que de laisser croire que la Cour qui, certes, est une juridiction de synthèse, récupère des éléments dans le droit comparé, afin de les transposer dans le droit communautaire. Au demeurant, s'il y avait une comparaison à faire, elle serait plus entre le droit de l'Union européenne et le droit des États extérieurs à l'Union européenne.

Dans ce contexte, *quid* des problèmes de territorialité ? La Cour a une jurisprudence qui a un effet raisonnablement extraterritorial. Cela existe depuis très longtemps en matière de concurrence, notamment pour le calcul des amendes où l'on prend en considération le chiffre d'affaires global, même la partie réalisée hors de l'Union européenne. Cet effet extraterritorial a été récemment mis en valeur avec l'arrêt

238 Actes du colloque du 10 avril 2015 organisé par le Conseil d'État et la Cour de Cassation, *L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ?*, Paris, éd. La documentation Française, coll. droits et débats, n° 18, 2016.





*Google Spain*<sup>239</sup> et, dans une certaine mesure, avec l'arrêt *Schrems*<sup>240</sup>. Mais, il ne s'agit pas d'un effet extraterritorial pur, au sens où le vice-président Sauvé avait décrit certains effets extraterritoriaux dans son allocution introductive à l'ensemble de ces tables rondes et où il avait donné l'exemple de certaines lois américaines dans lesquelles il n'y a aucun lien de rattachement avec le territoire des États-Unis, si ce n'est un lien d'intérêt.

Dans le droit communautaire, on a toujours un rattachement territorial. C'est par exemple le cas dans l'arrêt *Google Spain*, où l'on a exigé des moteurs de recherche qu'ils déréférent certains résultats. Sans revenir sur le détail de cette affaire, nous avons bien relevé qu'il existait une filiale du groupe qui était active en Espagne, même si elle n'avait pas l'activité de moteur de recherche. Il y a donc toujours un point d'ancrage. C'est également le cas dans l'affaire des avions et des quotas de gaz à effets de serre, où l'on a étendu la réglementation des quotas aux avions de pays tiers, ayant noté que ces avions atterraient et décollaient du territoire communautaire. Ainsi, chaque fois, dans la jurisprudence de la CJUE, y a-t-il la recherche d'un point d'ancrage au territoire communautaire.

Toutefois, je souhaiterais souligner qu'il faut avoir une application raisonnable du droit comparé. C'est aussi la conclusion qui vient tout à la fin du livre préliminaire du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* de Laferrière qui, il faut le noter, commence le tome 1 de ses écrits par cent pages de droit comparé – sur le total de sept cents pages que comporte son premier volume<sup>241</sup>. À l'époque, on faisait donc déjà du droit comparé ! Et je note, en particulier, que si vous prenez le Répertoire Fuzier-Herman<sup>242</sup> qui, du temps où j'étais au Conseil d'État, était dans la salle des périodiques, vous trouverez des indications de droit comparé d'un détail invraisemblable. Les volumes de ce répertoire datent de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Internet n'existait pas, et l'on ne disposait pas des moyens de connaissance actuels. Laferrière donne beaucoup d'indications de droit comparé,

239 CJUE, Gde ch., aff. C-131/12, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia española de protección de datos, Mario Costeja Gonzales*. La Cour précise que, désormais, l'exploitant d'un moteur de recherche sur Internet est responsable du traitement qu'il effectue des données à caractère personnel qui apparaissent sur des pages web publiées par des tiers. Cet arrêt consacre notamment l'existence d'un droit au déréférencement numérique.

240 CJUE, Gde ch., aff. C-362/14, 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner* (affaire dite du « *Safe Harbor* ») : la Cour déclare invalide la décision de la Commission constatant que les États-Unis assurent un niveau de protection adéquat aux données à caractère personnel transférées).

241 Édouard Laferrière (1841-1901), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 1, 1896 (2<sup>e</sup> éd.) et tome 2, 1888. En conclusion de ses chapitres sur la législation comparée, qui commencent le tome 1, Laferrière écrit : « *Nous n'essaierons pas d'établir un parallèle entre le système anglo-américain et celui qui est en vigueur dans notre pays. Les traditions et les milieux sont trop différents ; on doit d'ailleurs admettre que chaque État peut être conduit, par ses traditions propres et par l'ensemble de ses institutions administratives et judiciaires, à des conceptions très différentes de l'action, de la discipline et de la juridiction en matière administrative. Ce dont il faut avant tout se garder, c'est de prétendre transporter de toutes pièces un système d'un pays à un autre, surtout d'un pays de décentralisation poussée à l'extrême dans un pays d'unité et de hiérarchie administrative* » (T. 1, livre préliminaire, p. 133).

242 Répertoire général alphabétique du droit français, contenant l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence, et augmenté sous les mots les plus importants de notions de droit étranger comparé et de droit international privé, publié sous la direction d'Éd. Fuzier-Herman (1847-1901), par A. Carpentier et G. Frèrejoubert du Saint, Paris, éd. Sté du Recueil général des lois et des arrêts/Larose & Forcel, 1886-1906, 37 vol. ; des suppléments ont été publiés par Ch. César-Bru, Eug. Godefroy et J. Plassard, de 1911 à 1938, 15 vol. et de 1939 à 1945, 2 vol.





en écrivant que l'on a observé de nombreux systèmes, très différents les uns des autres, plus ou moins bons et que, dans chacun de ces systèmes, les solutions doivent être adaptées au contexte du pays dans lequel elles sont mises en œuvre. Vouloir transposer une solution qui existe et fonctionne bien dans un pays, dans un autre pays où elle n'existe pas, peut réussir comme avoir des conséquences absolument négatives car ne correspondant ni aux mœurs du pays, ni à sa structure mentale, ni aux données générales de son existence juridique.

Je terminerai en mentionnant que nous n'avons pas de réticence à regarder ce qui se passe autour de nous, et l'on aurait même une propension à le faire. Ce débat existe d'ailleurs aussi à l'intérieur de la Cour suprême des États-Unis, comme le souligne le juge Breyer dans son dernier ouvrage, *The Court And The World*, dans lequel il explique que l'on se trouve dans un monde globalisé qui nous oblige à regarder ce qui se passe ailleurs<sup>243</sup>. Certains de ses collègues comme Samuel Alito<sup>244</sup> ou le juge Scalia<sup>245</sup> y sont tout à fait opposés, et considèrent cela comme une atteinte à la démocratie.

Je laisse maintenant place aux intervenants, et plus particulièrement à la présidente Nussberger qui va aborder la question difficile de l'effet extraterritorial de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

---

### Angelika Nussberger

*présidente de section à la Cour européenne de droits de l'homme*

En remarque liminaire, je voudrais vous dire à quel point c'est pour moi un grand honneur et une joie d'être parmi vous pour continuer ce dialogue des juges.

1. Dès lors, me trouvant au centre de la culture juridique française, je ne peux pas faire autrement que de commencer par citer Montesquieu : « *La loi, en général, est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre* »<sup>246</sup> ; « *Plusieurs choses gouvernent les hommes : le climat, la religion, les lois, les maximes du Gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières ; d'où il se forme un esprit général qui en résulte* »<sup>247</sup>.

Il me semble que cet esprit général dont parle Montesquieu est, au moins du point de vue traditionnel, l'un des piliers de la territorialité du droit. Les règles du droit doivent refléter les besoins, les mœurs et les convictions des gens qui vivent dans un contexte géographique et historique concret.

243 Stephen Breyer, *The Court and the World : American Law and the New Global Realities*, New-York, éd. Knopf, sept. 2015 ; traduit en français sous le titre : *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Paris, éd. O. Jacob, 2015.

244 Samuel Anthony Alito Jr. siège à la Cour suprême des États-Unis d'Amérique depuis le 31 janvier 2006.

245 Antonin Scalia (1936-2016) fut juge de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique.

246 Charles de Secondat, baron de Montesquieu (1689-1755), *De l'Esprit des lois*, livre I, chapitre III, éd. Barrillot & fils, Genève, 1748.

247 *Ibid.*, livre XIX, chapitre IV.





De cette idée générale se déduisent des concepts juridiques : le concept de *jurisdiction* en droit international, qui énonce comme règle générale que l'exercice du pouvoir est restreint au territoire d'un État, un concept basé sur la souveraineté et la non-intervention ; et le concept de *légitimité démocratique* dans le droit constitutionnel qui lie l'exercice du pouvoir en général – et la législation en particulier – aux élections auxquelles ne participent que celles et ceux qui habitent un certain territoire.

2. Mais, pour citer l'idée centrale des propos introductifs à cette série de conférences, cette idée traditionnelle de territorialité « *ne semble plus rendre compte complètement de la manière dont le droit est élaboré ou réalise sa vocation dans un monde globalisé* ». De sorte qu'il semble exister une double ouverture : la manière dont le droit est élaboré touche à l'idée que le droit n'émane plus seulement du législateur national mais d'autres sources, ce qui pose la question : « *d'où vient le droit ?* » ; et la manière dont le droit réalise sa vocation dans un monde globalisé, qui touche plutôt à la question : « *où va le droit ?* ». Ces tendances montrent qu'il y a des changements importants au XXI<sup>e</sup> siècle. Aussi existe-t-il des conceptions nouvelles de l'État et du lien entre droit et territoire.

Je voudrais signaler quelques mots-clés pour caractériser ces changements. Ainsi peut-on observer une tendance consistant à accepter que l'État national assume des tâches qui ne sont pas liées à son territoire. L'exemple type est celui de la jurisdiction universelle pour juger des crimes tels que le génocide ou le crime contre l'humanité. Un autre exemple, le *Foreign Corrupt Practices Act*<sup>248</sup> fait partie des lois s'appliquant à ce qui se passe à l'étranger. On peut aussi parler de la « *responsibility to protect* » (responsabilité de protéger), un concept développé par les Nations Unies en 2005 qui prévoit l'obligation d'intervenir hors du territoire national dans des situations où les droits de l'homme les plus fondamentaux de toute une population sont en danger immédiat.

Si le pouvoir public peut être exercé hors du territoire, le revers de la médaille est que l'exercice du pouvoir sur le territoire étatique n'est plus sans limites, mais encadré par des obligations basées sur le droit coutumier et sur les traités internationaux. C'est surtout vrai pour les traités définissant les droits de l'homme aux niveaux européen et universel. Dans certains cas, le cadre défini par les obligations internationales est ressenti comme étant trop étroit, par exemple, dans la lutte contre le terrorisme si des mesures considérées comme effectives sont jugées incompatibles avec les droits de l'homme.

Si l'on examine le lien entre droit et territoire d'une façon plus générale, on voit – contrairement à la vision de Montesquieu – les effets de la mondialisation, l'omniprésence simultanée de modèles de vie très différents, en même temps l'homogénéisation des conditions de vie, l'harmonisation des choix moraux, sociétaux et politiques, et aussi la déterritorialisation à cause de l'Internet qui rend difficile de trouver un point de rattachement entre action et territoire.

<sup>248</sup> Le « *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* » est une loi fédérale américaine du 19 décembre 1977 destinée à lutter contre la corruption.







Évidemment, ces développements sont des défis pour les cours internationales et européennes. La CJUE a innové sur ces sujets surtout avec l'affaire dite « *Google Spain* »<sup>249</sup>. Quant à la Cour EDH, elle commence aussi à traiter des affaires « déterritorialisées ». Je citerai juste un exemple : *Perrin contre Royaume-Uni*<sup>250</sup>. Dans cette affaire, le requérant fut condamné au Royaume-Uni à trente mois de prison pour avoir publié sur un site Internet une page de prévisualisation à accès gratuit qui présentait des scènes obscènes. Son argument principal contre sa condamnation fondée sur le droit anglais était que puisque le site Internet était opéré et contrôlé par une société établie aux États-Unis, il n'était pas prévisible pour lui qu'il soit jugé sur la base d'une loi du Royaume-Uni. La Cour n'a cependant pas accepté cette approche. Dès lors que le requérant résidait au Royaume-Uni, il ne pouvait pas soutenir que les lois de ce pays ne lui étaient pas raisonnablement accessibles.

**3.** Est-ce qu'il faut alors abandonner le concept de la territorialité du droit ? En tout cas, pas en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour EDH. Même s'il y a des exceptions, la territorialité reste toujours la règle, le point de départ de la jurisprudence. Ainsi, on peut citer un refrain souvent utilisé par la Cour : « *La compétence juridictionnelle d'un État est principalement territoriale, [et] il est présumé qu'elle s'exerce normalement sur l'ensemble de son territoire* »<sup>251</sup>. C'est un principe essentiel. La compétence des États membres définit la compétence de la Cour. Ainsi, il faut lire les articles 1 et 19 ensemble. La Cour est instituée pour « *assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles* ». Et les engagements des Parties contractantes sont définis comme la reconnaissance « *à toute personne relevant de leur juridiction des droits et libertés définis par la Convention* ».

Une requête devant la Cour EDH dans laquelle il n'existe aucun lien juridictionnel entre le territoire d'un État membre et le requérant est irrecevable. C'est le cas, par exemple, pour l'affaire des caricatures de Mahomet portée devant la Cour par une association et un résident marocains. La Cour a constaté qu'il n'y avait aucun lien juridictionnel entre lesdites caricatures et le résident marocain<sup>252</sup>. C'est pourquoi elle a décliné sa compétence. Une autre affaire connue est celle où Saddam Hussein a porté plainte contre presque tous les États en guerre contre l'Irak, pour la perte de sa liberté et son transfert aux autorités irakiennes. Là aussi, la Cour EDH a répondu que puisque le requérant n'avait pas expliqué de quelle manière, ni quel État contractant avait contribué à sa capture et à son transfert en Irak, on ne pouvait pas établir de lien juridictionnel entre des actions en Irak et les États membres de la Convention. La requête était irrecevable.<sup>253</sup>

Si l'on peut retracer la territorialité de la responsabilité étatique dans la jurisprudence de la Cour, c'est aussi vrai pour la territorialité des lois. La Cour ne

249 CJUE, aff. C-131/12, 13 mai 2014, *Google Spain, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

250 CEDH, req. n° 5446/03, 18 octobre 2005, *Perrin c. Royaume-Uni*.

251 CEDH, Gde ch. (décision sur la recevabilité), req. n° 52207/99, 12 décembre 2001, *Banković et Autres c. Belgique et seize autres États contractants* (paragr. 59) ; v. également CEDH, Gde ch., req. n° 48787/99, 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. République de Moldova et Russie* (paragr. 312).

252 CEDH, req. n° 5853/06, 11 décembre 2006, *Ben El Mahi et autres c. Danemark*.

253 CEDH, req. n° 23276/04, 14 mars 2006, *Saddam Hussein c. Albanie et Autres*.





demande pas une harmonisation des lois européennes, elle n'a pas non plus de vision d'une homogénéité législative, mais, au contraire, elle accepte des solutions très différentes aux problèmes qui se posent pour des sociétés modernes. Bien sûr, il y a des domaines de la vie sociale où les législations nationales se rapprochent. Mais il y en a d'autres où les différences sont très marquées. C'est surtout vrai pour le droit criminel, lorsqu'il s'agit de définir ce qu'il faut punir et comment.

Un exemple : la Cour a été confrontée à une telle différence dans les systèmes législatifs de deux États membres dans l'affaire *Gray contre Allemagne*<sup>254</sup>. Il s'agissait d'une affaire de poursuites judiciaires en Allemagne contre un médecin allemand responsable de la mort d'un patient au Royaume-Uni. Puisque le médecin avait été condamné en Allemagne, les autorités allemandes n'exécutèrent pas le mandat d'arrêt européen délivré contre le médecin au Royaume-Uni et refusèrent de l'extrader. Les requérants se plaignaient au fond de ce que le médecin avait été condamné en Allemagne et non au Royaume-Uni, où il était passible d'une peine beaucoup plus lourde. La différence entre les peines encourues dans l'un et l'autre pays était vraiment surprenante : en cas d'homicide involontaire avec faute grave, il est possible en Angleterre d'être condamné à perpétuité, tandis qu'en Allemagne, la condamnation maximum est de cinq ans de prison. La Cour n'a pas trouvé de violation, mais a précisé que les garanties procédurales consacrées à l'article 2 ne donnent ni le droit ni l'obligation d'infliger telle ou telle peine à une personne poursuivie en vertu du droit d'un État particulier, même s'il y a des différences manifestes. Elle ne s'est pas prononcée en faveur d'une approche consolidée des juridictions nationales.

Au contraire, la Cour accepte qu'il y ait des conceptions tout à fait différentes car, précise-t-elle, « *il existe entre les pays du globe de grandes différences sur les plans civil, politique, économique et social. Ces importantes différences ont conduit les États à se doter de systèmes de justice répressifs fondés sur des principes et des conceptions tout aussi différents. Il appartient, par principe, aux États souverains de choisir ce qui leur semble la meilleure manière de répondre aux problèmes qui se posent à eux, pourvu que les réponses qu'ils apportent restent dans le champ de ce que les États peuvent démocratiquement accepter* ». <sup>255</sup>

**4.** C'est alors sur le fond qu'il faut analyser les développements de la conception de territorialité dans la jurisprudence de la Cour EDH et surtout les exceptions qu'elle a créées. En ce qui concerne la responsabilité des États au-delà de leur territoire, on peut discerner plusieurs approches novatrices directes ou bien indirectes.

L'approche directe est caractérisée par l'application extraterritoriale de la Convention EDH. On peut distinguer la période avant l'affaire *Bankovic*, l'affaire *Bankovic* et, enfin, la période après *Bankovic*.

Avant *Bankovic*, il n'y avait pas beaucoup d'affaires relatives au problème de l'application extraterritoriale de la Convention. L'existence des exceptions au principe de la territorialité avait été confirmée d'une façon exemplaire pour la

<sup>254</sup> CEDH, req. n° 49278/09, 22 juin 2014, *Gray c. Allemagne*.

<sup>255</sup> CEDH, req. n° 43759/10, 8 janvier 2013, *Willcox c. Royaume-Uni* ; et req. n° 43771/12, *Hurford c. Royaume-Uni*.





première fois dans l'arrêt *Loizidou contre Turquie*<sup>256</sup> lié à l'occupation militaire turque de Chypre. La Turquie a été condamnée pour des expropriations « *de facto* » hors du territoire parce qu'elle avait exercé en pratique un contrôle global sur une région d'un autre État contractant. Mais, d'après la Cour, la présence physique n'est pas une *conditio sine qua non* pour l'exercice de la juridiction : voir, par exemple, l'affaire *Droz et Janousek contre France et Espagne*<sup>257</sup>, où la Cour juge que : « *La juridiction ne se limite pas au territoire national des États contractants, leur responsabilité peut entrer en jeu à raison d'actes émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors dudit territoire* ». Avant l'affaire *Bankovic*, la Cour indique quelques pistes où la territorialité du droit pourrait ne plus avoir le dernier mot pour définir l'applicabilité de la Convention EDH.

En 2001, dans l'affaire *Bankovic*<sup>258</sup>, la Cour EDH se montre réticente à appliquer la Convention pour juger des actes de guerre commis hors du territoire des États contractants. Elle explique quelques principes de base dont les trois suivants sont les plus importants : la Convention EDH est un « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* ». Elle garantit la protection des êtres humains, mais « *ne peut pas être fractionnée et adaptée en fonction des circonstances particulières de l'acte extraterritorial en cause* ». Enfin, la Convention « *est un traité multilatéral opérant (...) dans un contexte essentiellement régional (...). Elle n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des États contractants.* »

Aujourd'hui, nous sommes entrés dans la période *post-Bankovic*, dans laquelle les principes énoncés dans *Bankovic* ont été abandonnés ou bien nuancés. On peut en débattre. Mais en tout cas, la règle de la juridiction territoriale est moins forte et l'exception – l'application extraterritoriale de la Convention – s'est accrue. La Cour a développé sa jurisprudence pas à pas en s'éloignant de plus en plus de *Bankovic*. Les pas sont connus : les arrêts *Al-Skeini*, *Al-Jedda*<sup>259</sup>, *Jaloud*<sup>260</sup> où la Cour EDH a confirmé la responsabilité extraterritoriale des États membres. Dès lors, on ne peut plus nier l'idée d'une vocation de la Convention EDH à s'appliquer partout dans le monde. Les États membres doivent se plier aux valeurs de la Convention dans leurs missions dans des pays lointains.

**5.** À l'approche novatrice de l'application extraterritoriale directe s'ajoute une autre approche novatrice que l'on peut appeler « *l'application extraterritoriale*

256 CEDH, req. n° 15318/89, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*.

257 CEDH, req. n° 12747/87, 26 juin 1992, *Droz et Janousek c. France et Espagne*.

258 CEDH, Gde ch., req. n° 52207/99, 12 décembre 2001, *Banković et Autres c. Belgique et seize autres États contractants*. L'affaire portée à la connaissance de la Cour par six ressortissants de la République fédérale de Yougoslavie (RFY) concernait le bombardement par l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN) de l'immeuble de la radio télévision serbe (RTS) au cours de la crise du Kosovo en avril 1999. L'immeuble avait été détruit, seize personnes tuées et seize autres gravement blessées. Les requérants, appartenant aux familles des défunts ou blessés eux-mêmes, ont soutenu que le bombardement de l'immeuble de la RTS violait l'article 2 (droit à la vie), mais également l'article 10 (liberté d'expression) de la Convention EDH. La Cour n'a pas considéré la requête comme recevable car, selon elle, l'acte incriminé ne relevait pas de la juridiction des États défendeurs et il n'existait pas de lien juridique entre les victimes du bombardement et ces derniers. De la même manière, elle a refusé de retenir l'argument des requérants selon lequel ceux-ci auraient été habilités à relever de la juridiction des États défendeurs du fait de l'acte extraterritorial en cause.

259 CEDH, req. n° 27021/08, 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*.

260 CEDH, Gde ch., req. n° 47708/08, 20 novembre 2014, *Jaloud c. Pays-Bas*.





*indirecte* ». Il s'agit des affaires d'expulsion et d'extradition où la Cour trouve des « violations potentielles ». Depuis l'affaire *Soering contre Royaume-Uni*<sup>261</sup> la Cour ne se limite plus à juger les actions accomplies, mais censure aussi les actions futures, les décisions prises mais pas encore mises en œuvre comme dans le cas d'une extradition ou d'une expulsion prévues par une décision interne définitive. Dans ces affaires, ce n'est pas l'État qui extradé ou qui expulse qui commet la violation de l'article 2 ou 3 de la Convention lui-même, mais il est responsable d'une action qui rend possible la violation : il déclenche la causalité. Ainsi le jugement de la Cour implique un jugement indirect de l'action d'un État tiers. Le champ de l'application de cette jurisprudence s'est élargi au cours des dernières années. Si la jurisprudence a commencé avec le risque d'une violation du droit à la vie et de la prohibition de la torture, la Cour l'applique aussi à la violation très grave du « *fair trial* » (procès équitable). Dans l'affaire *Trabelsi contre Belgique*<sup>262</sup>, c'est le risque réel d'encourir une peine perpétuelle sans possibilité de libération conditionnelle qui est jugé comme incompatible avec la Convention EDH. De même, dans l'affaire *Abu Qatada contre le Royaume-Uni*, la Cour a jugé que l'expulsion emporterait violation à cause du risque réel que des preuves obtenues en torturant des tiers soient admises lors d'un nouveau procès du requérant en Jordanie. C'est ainsi que la Cour définit l'acceptation de valeurs de base comme *conditio sine qua non* pour la coopération internationale. Le droit « européen » créé par la Cour EDH perd alors sa territorialité et a vocation à s'appliquer universellement.

6. De plus, on peut observer qu'à la territorialité nationale s'ajoute une « territorialité européenne ». Les deux concepts se superposent. Ce processus est d'une nature complexe, et il est compliqué plus encore par le fait que l'on se trouve en présence de deux Europes : l'Union européenne des vingt-huit États membres et le Conseil de l'Europe des quarante-sept États membres. Sans développer le concept en détail, je veux juste rappeler l'idée d'un « consensus européen » qui sert de base à la Cour EDH pour développer des approches novatrices dans l'interprétation de la Convention, pour réaliser le concept de la Convention comme « instrument vivant ».

Mais, on ne peut pas nier que cela crée des frictions, et que les acteurs au niveau national posent la question du « dernier mot » de la Convention ou bien de la Constitution. Comme juge internationale, je plaide pour que le droit de la Convention EDH l'emporte, parce qu'autrement tout le système de protection internationale des droits de l'homme serait voué à l'échec. Mais, c'est très controversé. Par exemple, en Grande-Bretagne la souveraineté du Parlement est considérée comme un principe constitutionnel immuable. En Allemagne, la Cour constitutionnelle a aussi formulé un *caveat*<sup>263</sup> et mis en exergue l'idée que l'obligation internationale de suivre la jurisprudence de la Cour n'est pas incompatible avec le « *dernier mot de la Constitution* » en cas de conflit. Dans ces discussions, on peut discerner des conflits entre une conception plutôt européenne et une conception plutôt nationale du droit. Ce qui semble être un consensus ne l'est pas toujours. Se basant sur la marge d'appréciation, la Cour EDH essaye de trouver un compromis pour

261 CEDH, req. n° 14038/88, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Unie*.

262 CEDH, req. n° 140/10, 4 septembre 2014, *Trabelsi c. Belgique*.

263 Mise en garde, avertissement, réserve ou règle d'exception.





définir des standards européens sans mettre en danger l'identité constitutionnelle des États membres de la Convention.

7. Enfin, l'influence de la Convention EDH hors d'Europe peut aussi être regardée comme un facteur changeant le concept étroit de la territorialité du droit. Un exemple bien connu est la jurisprudence de la Cour suprême du Japon qui, en 2013, s'est référée à l'affaire *Mazurek contre France*<sup>264</sup> pour changer son approche au sujet de l'inégalité entre les enfants légitimes et adultérins. De tels exemples se trouvent aussi bien dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud et de beaucoup d'autres cours situées sur les autres continents.

Pour résumer, et repenser la territorialité en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour EDH, je dirais que le concept de territorialité du droit, basé sur la juridiction, la légitimité démocratique et « l'esprit des lois », existe toujours. Mais, une nouvelle conception d'une territorialité européenne se superpose à une territorialité seulement nationale. En même temps, la conception traditionnelle est percée par des approches innovatrices, surtout dans l'application extraterritoriale de la Convention. Ces développements reflètent le dessein d'éviter un double standard des droits de l'homme à l'intérieur et à l'extérieur des États membres : « *L'article 1 ne saurait être interprété comme autorisant l'État contractant à perpétrer sur le territoire d'un autre État des violations de la Convention qu'il n'aurait pas le droit de commettre sur son propre territoire* »<sup>265</sup>.

Pour conclure, je citerai de nouveau Montesquieu qui disait qu'« *il y a deux sortes de tyrannies : une réelle, qui consiste en la violence du Gouvernement ; et une d'opinion, qui se fait sentir lorsque ceux qui gouvernent établissent des choses qui choquent la manière de penser d'une nation* »<sup>266</sup>.

C'est une critique souvent formulée à l'encontre de la jurisprudence de la Cour EDH. Mais, d'habitude ce sont des « chocs positifs » où la Cour EDH joue son rôle de conscience de l'Europe qui, certes, dérange ; mais c'est sa fonction que de secouer les consciences ou de gêner les États par le biais de ses décisions.

---

**Jean-Claude Bonichot**

*juge à la Cour de justice de l'Union européenne,*  
**modérateur de la conférence**

Votre intervention me rappelle une remarque du président Genevois qui disait : « *chaque juridiction développe les raisonnements qui sont propres au système dans lequel elle se trouve* ». La comparaison de mon propos sur la CJUE avec celui qui vient d'être évoqué sur la Cour EDH le montre bien. La formule finale de la présidente Nussberger, selon laquelle un État ne peut pas être autorisé à faire à l'extérieur ce qu'il n'a pas le droit de faire sur son territoire, est totalement dans la logique du système. C'est cela qui gouverne, en réalité, nos modes de raisonnement.

---

264 CEDH, req. n° 34406/97, 1<sup>er</sup> février 2000, *Mazurek c. France*.

265 CEDH, req. n° 3182/96, 16 novembre 2004, *Issa et autres c. Turquie* (paragr. 71).

266 Charles de Secondat, baron de Montesquieu (1689-1755), *De l'Esprit des lois*, livre XIX chapitre III.





---

## Patrick Wachsmann

professeur à l'université de Strasbourg

La présidente Nussberger a bien mis en lumière les contradictions inévitables que comporte l'effet extraterritorial. Nous sommes, certes, dans la logique : « *Un État ne devrait pas être autorisé à faire à l'extérieur ce que la Convention lui interdit de faire à l'intérieur* », mais il y a la décision *Bankovic*. Il a été souligné, à juste titre, que ce ne serait peut être plus la décision retenue aujourd'hui par la Cour EDH. Toujours est-il qu'il en résulte que, lorsqu'un État met ses forces armées à la disposition de l'OTAN, comme c'était le cas en 1999 lors des bombardements de la Serbie, ou qu'il envoie ses troupes en Syrie, la Convention ne s'applique pas. La Convention n'est pas applicable en dehors du territoire d'un État partie à la Convention. Sans cela, les opérations en cause tomberaient sous le coup de l'article 2, et devraient répondre aux exigences qu'il pose, sauf à y ajouter ce qui en cas de guerre est admis explicitement à l'article 15 de la Convention pour les actes licites de guerre. Mais le problème ne se pose évidemment pas si la Convention ne s'applique pas.

En revanche, aux termes de l'arrêt *Soering contre Royaume-Uni*<sup>267</sup>, si un État requis aux fins d'extradition accepte de remettre une personne qui se trouve présentement sur son territoire à un autre État, et qu'il existe un risque sérieux que celui-ci fasse subir à cette personne des traitements inhumains ou dégradants (attente dans le couloir de la mort, etc.), il méconnaît la Convention, par complicité, pourrait-on dire, avec de tels agissements éventuels. Le raisonnement vaudrait pareillement sous l'angle du droit à la vie : dans l'hypothèse notamment où l'État requis a ratifié le sixième et/ou le treizième protocole, il se rendrait coupable d'une violation de ces dispositions de la Convention EDH s'il acceptait, sans obtenir des garanties suffisantes, de remettre la personne à l'État requérant.

Évidemment, si l'on rapproche *Bankovic* et *Soering*, la conclusion est quelque peu surréaliste.

Dans l'affaire *Soering* il n'était pas reproché au Royaume-Uni de soumettre ou d'envisager de soumettre M. Soering à un quelconque traitement inhumain ou dégradant, mais le Royaume-Uni aurait méconnu la Convention s'il avait remis, sans garantie solide, M. Soering aux autorités américaines de l'État de Virginie qui le réclamaient.

Tandis que, d'un autre côté, l'on peut envoyer des bombardiers détruire des villes entières, même en ne respectant pas le droit de la guerre, car la Convention ne s'applique pas ! Ce sont là des contradictions très difficiles à gérer, et qui conduisent à une jurisprudence quelque peu surprenante. Ainsi, lorsque l'on explique aux étudiants pourquoi, dans l'affaire *Bankovic*, la Cour EDH se refuse à appliquer la Convention mais, qu'en revanche, avec le raisonnement *Soering*, la Convention s'applique compte tenu de la projection de ce que sera vraisemblablement l'attitude des autorités de l'État à destination duquel une personne est conduite, il est naturel qu'ils éprouvent des difficultés à comprendre la cohérence de tout cela !

---

267 CEDH, séance plénière, req. n° 14038/88, 7 juillet 1989, Arrêt *Soering c. Royaume-Uni*.





---

## **Jonathan Sumption**

*juge à la Cour suprême du Royaume-Uni*

J'ajoute que l'application extraterritoriale de la Convention nous a causé beaucoup de problèmes, surtout en Irak. Il est tout à fait probable que le projet de loi qui est actuellement en cours de préparation par notre Gouvernement pour changer l'application de la Convention en Grande-Bretagne aura une clause qui limitera l'effet de l'accession à la Convention à la Grande-Bretagne même, et qui exclura son application surtout aux opérations militaires hors de Grande-Bretagne. Il s'agit d'une rumeur, je n'ai aucune connaissance directe à ce sujet, mais c'est quelque chose que le gouvernement britannique a toujours trouvé très difficile. Évidemment, par définition, la guerre est une suspension de certaines valeurs de la civilisation, et il s'avère très difficile d'appliquer, sans modification, une convention faite pour des pays européens qui sont en paix.

---

## **Jean-Claude Bonichot**

*juge à la Cour de justice de l'Union européenne,  
modérateur de la conférence*

Je donne la parole à Lord Sumption qui va évoquer la manière dont la Cour suprême du Royaume-Uni utilise le droit comparé.

---

## **Jonathan Sumption**

*juge à la Cour suprême du Royaume-Uni*

Je commencerai par quelques précisions. Depuis 2009, la Cour suprême du Royaume-Uni a remplacé le Comité judiciaire d'appel de la Chambre des Lords. Elle a les mêmes compétences et les mêmes pouvoirs ; il s'agit simplement d'un déménagement de l'autre côté de *Parliament Square* à Londres et d'un changement de nom. La Cour suprême du Royaume-Uni est le tribunal de dernière instance des trois juridictions territoriales de notre pays : Angleterre, Écosse et Irlande du Nord. Elle regroupe, au sein d'une même structure, des compétences qui, en France, sont partagées entre le contentieux du Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Les douze juges de la Cour suprême du Royaume-Uni forment aussi le Comité juridique du Conseil royal (« *Privy council* »), qui sert de tribunal de dernière instance à vingt-huit territoires d'outre-mer, dont deux territoires de droit français (Sainte-Lucie et l'Île Maurice) et un troisième territoire, les îles de la Manche, où le droit est toujours fondé sur la coutume normande telle qu'elle était à la veille de la Révolution française.

La question que l'on m'a posée est d'expliquer le rôle que joue le droit comparé à la Cour suprême du Royaume-Uni. Serait-ce une question liée à l'insularité de mon pays ? Juridiquement, pourtant, la Grande Bretagne n'est pas une île et ne l'a jamais été ! La Cour suprême et, avant elle, le Comité judiciaire d'appel de la Chambre des Lords, ont toujours été ouverts à l'influence d'autres traditions juridiques et du droit comparé ; mais, depuis notre accession à la Communauté







européenne en 1973 et notre adoption, en 2000, de la Convention EDH comme partie de notre jurisprudence nationale, ces influences sont devenues de plus en plus marquées. Elles ont aussi subi des changements importants de nature et de géographie. Il y a toujours eu un échange régulier et important d'influences juridiques entre l'Angleterre et les autres pays de *Common Law* : principalement les États-Unis, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Le *Common Law* est un système très flexible de droit coutumier, dont la réforme et le développement sont une fonction surtout judiciaire. Nous n'avons, ainsi, aucun équivalent en Grande-Bretagne de l'article 5 du code civil français<sup>268</sup>, et lorsque le juge se trouve devant un vide juridique, son devoir est de le combler selon un principe général qu'il doit formuler et dont l'application au cas particulier n'est qu'un exemple.

Lorsque l'on ne trouve pas de solution claire dans notre jurisprudence nationale – ce qui est souvent le cas – ou pas de solution conforme à nos notions de justice, il est d'usage de recourir aux décisions des tribunaux d'autres pays de *Common Law*. Or, les systèmes européens de droit civil n'ont jamais été tout à fait sans influence auprès des tribunaux de Grande Bretagne. Même au XIX<sup>e</sup> siècle, il y avait plusieurs juges bien versés en droit civil et connaissant les grands codes de l'Europe et les travaux des juristes les plus éminents. C'était souvent le cas des juges écossais issus d'un pays où le droit civil conserve toujours son influence.

Mais, depuis un demi-siècle, cette tendance s'est généralisée, et aujourd'hui le recours aux autres juridictions européennes est devenu tout à fait normal. Les raisons en sont évidentes : les problèmes les plus importants, notamment liés aux réglementations sociale et économique sont les mêmes à peu près partout en Europe. De plus en plus, notre loi provient de la législation européenne, de la Convention EDH ou d'autres conventions internationales qui ont pour objet l'harmonisation des lois nationales ; et même quand il ne s'agit pas d'une loi européenne ou de la Convention, les concepts juridiques européens exercent une influence grandissante.

Premier exemple : le principe de la proportionnalité, qui est une notion fondamentale en droit public – il s'agit d'ailleurs d'une notion d'origine allemande aujourd'hui généralisée en Europe. Ce principe n'entre pas du tout dans nos principes traditionnels, pourtant, cette notion a commencé à faire son chemin dans les années 1960, avant même notre entrée dans la Communauté européenne. Elle est toujours en cours d'adoption par les juges britannique ; le processus est très lent, mais l'on y arrive.

Deuxième exemple : depuis une trentaine d'année, le Comité d'appel de la Chambre des Lords et la Cour suprême du Royaume-Uni ont successivement effectué une véritable transformation de notre loi concernant l'enrichissement indu, sous l'influence surtout de la jurisprudence étrangère, notamment européenne. En ce domaine, dans une affaire importante tranchée en 1992, le comité d'appel a recensé non seulement la jurisprudence des États-Unis, du Canada, de l'Australie et de l'Afrique du Sud, qui sont pour nous des sources traditionnelles, mais aussi celles de la France, de l'Allemagne et de l'Italie.

<sup>268</sup> « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » (code civil, art. 5).







Troisième exemple : en matière de propriété intellectuelle, domaine qui n'est qu'en partie réglementé par la législation européenne, il devient normal au Royaume-Uni de consulter les codes allemands et leur jurisprudence qui sont, pour la plupart, fondés sur les mêmes principes que la législation nationale anglaise.

Tout récemment, les relations entre le droit international et le droit national ont donné lieu au Royaume-Uni à des questions juridiques fondamentales. Ces questions ont, pour la plupart, été provoquées par l'occupation anglo-américaine de l'Irak, par la coopération internationale contre le terrorisme et par les normes internationales en matière de génocide, de torture et de crime de guerre. Depuis vingt ans, le Comité d'appel de la Chambre des Lords a été appelé deux fois à décider sur la question de l'immunité des agents d'États étrangers accusés de torture. Il s'agit notamment de la célèbre affaire concernant le général Pinochet<sup>269</sup>, ancien chef d'État du Chili<sup>270</sup>, et, plus récemment, de l'affaire *Jones*<sup>271</sup>. Dans ces affaires, le Comité a recensé naturellement les sources classiques du droit international : traités, travaux préparatoires, décisions des tribunaux internationaux, ouvrages faisant autorité, etc. Mais il a aussi étudié la pratique des États à travers les décisions prises par leurs tribunaux nationaux : États-Unis, Allemagne, Italie et même Israël.

Il n'y a que très récemment qu'une question, étroitement liée à ces interactions entre droit international et droit national, s'est posée devant la Cour suprême du Royaume-Uni : jusqu'à quel point un tribunal national peut-il se prononcer sur la licéité des actes d'un État étranger dans une affaire à laquelle cet État n'est pas partie ? C'est une question de droit national qui a été discutée très souvent devant les tribunaux anglais depuis le XVII<sup>e</sup> siècle, sans solution définitive. Pour cette affaire, nous avons recensé les projets de convention, les travaux des commissions d'experts de l'ONU, les décisions judiciaires, les codes, la doctrine, les ouvrages spécialisés provenant d'au moins une dizaine de pays étrangers. Mais, en faisant cela, ce n'est pas une harmonisation des lois que nous recherchions, ni même un consensus – nous sommes trop indépendants pour cela –, c'est surtout l'inspiration, nous permettant de trouver une solution logique à un même problème qui repose sur l'expérience acquise par d'autres pays où la situation sociale, économique et politique est comparable à la nôtre. Évidemment, il faut pour cela avoir acquis une bonne sensibilité aux différences entre les systèmes de droit.

On notera, par ailleurs, que dans le cadre européen, ces différences sont rarement fondamentales, tant nous avons évolué depuis Montesquieu. Pour un juge national, le grand problème que présente l'étude du droit comparé est un problème pratique : comment faire des recherches dans une jurisprudence appartenant à une autre tradition juridique dans laquelle nous ne possédons aucune qualification personnelle, ni académique, ni professionnelle ?

269 Augusto José Ramón Pinochet Ugarte (1915-2006), militaire et homme d'État chilien, président du Chili de 1974 à 1990.

270 Le premier arrêt *Pinochet* de la Chambre des Lords fut annulé en 1998. La Chambre des Lords se réunit de nouveau en 1999, et s'appuya sur deux fondements pour rejeter l'immunité de l'ancien dictateur : la prohibition de la torture comme règle de *jus cogens* et la Convention internationale contre la torture de 1984.

271 CEDH, req. n° 34356/06 et n° 40528/06, 14 janvier 2014, *Jones et autres c. Royaume-Uni*. V. aussi CEDH, Gde ch., req. n° 35763/97, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*.





Dans un tribunal international (CJUE, Cour EDH), l'on peut consulter ses collègues. Cela est impossible au Royaume-Uni. Nous effectuons donc nos propres recherches avec l'aide d'assistants judiciaires (jeunes avocats en début de carrière, à l'image des « *Law Clerks* » de la Cour suprême des États-Unis) et parfois de jeunes juristes étrangers recrutés comme assistants judiciaires. Mais, nous comptons surtout sur l'appui d'un corps d'élite d'avocats qui joue un rôle particulièrement important dans la procédure des pays de *Common Law*, où les liens entre les tribunaux britanniques et les avocats sont très resserrés. Et bien qu'ils représentent leurs clients, le premier devoir de ces avocats est un devoir envers le tribunal : s'ils ont l'air de ne pas avoir suffisamment recherché le droit comparé dans une affaire qui le mérite, la cour peut toujours leur en demander davantage.

Parmi les pays européens, nous concentrons généralement nos efforts sur la France et l'Allemagne, car ce sont des pays où existe une littérature juridique abondante qui rend le droit national plus abordable. Parfois aussi, l'Italie et les Pays-Bas. Mais nous conservons peut être un peu trop âprement l'habitude de *Common Law* de chercher les principes surtout dans les décisions judiciaires, même dans un pays qui ne reconnaît pas la règle du précédent. C'est la raison pour laquelle, la jurisprudence française est peut être un peu moins influente chez nous qu'elle devrait l'être. Le formalisme traditionnel des jugements français avec les motifs présentés sous forme de considérants très courts, rend leur étude plus difficile, du moins pour nous, que celles des jugements, par exemple de la Cour EDH ou d'autres tribunaux nationaux où les problèmes sont présentés avec davantage d'élaboration et de discussion.

En conclusion, m'inspirant d'une formule connue, je dirais que « *plus ça change, plus c'est la même chose* ». Peut-être est-ce là, en effet, la première leçon du droit comparé, du moins en Europe, car lorsque l'on est confronté à un problème identique dans différents pays, force est de constater que l'on y apporte généralement à peu près la même réponse. Certes, la logique d'approche peut se révéler légèrement différente en raison des traditions culturelles et historiques, avec des exceptions et des résultats plus ou moins inattendus, mais en principe la solution reste presque toujours semblable. Et cela n'a rien d'étonnant, car le droit est principalement du bon sens avec quelques rubans décoratifs autour. Il est donc assez rare de trouver un principe juridique qui n'a aucun équivalent ailleurs, et c'est heureux, car si tel était le cas, cela serait sans doute assez inquiétant.

---

**Jean-Claude Bonichot**

*juge à la Cour de justice de l'Union européenne,*  
**modérateur de la conférence**

Merci beaucoup, Lord Sumption. Il est tout à fait évident que le juge national ne se trouve pas dans la même situation que les juges européens. La CJUE a une logistique et des services de recherche, ce qui est normal pour une juridiction internationale. Il en est de même pour la Cour EDH. En ce qui concerne la CJUE, nous avons aussi la Commission qui joue un rôle et dont nous attendons beaucoup dans certaines affaires, à l'instar de ces avocats auxquels on demande des renseignements complémentaires. Nous insistons aussi pour que la Commission nous éclaire parce que, en règle générale, elle doit avoir des éléments pour le faire.





---

## **Angelika Nussberger**

*présidente de section à la Cour européenne de droits de l'homme*

Je souhaiterais faire deux remarques. La première m'apparaît évidente. Il s'agit du fait que l'Angleterre est à cheval entre deux univers juridiques : celui du *Common Law* et l'univers juridique européen. Pour vous, ce sont deux approches différentes : l'une, qui correspond à vos traditions, et l'autre, qui est plutôt novatrice. Je pense qu'il s'agit cependant d'une situation propre à la Grande-Bretagne, qui n'a pas d'équivalent dans les autres pays membres de la Convention.

La seconde remarque concerne vos propos sur l'absence de consensus, sur votre indépendance, et sur le fait que le droit comparé n'est, pour vous, qu'une source d'inspiration. Là, on peut discerner une différence entre votre approche et la nôtre qui est basée sur la Convention. Pour nous, le droit comparé n'est pas seulement une source d'inspiration, mais un élément essentiel de notre argumentation juridique. C'est pourquoi, il faut faire attention à éviter les fautes dont vous parlez. Si le droit comparé est plus qu'une source d'inspiration, un malentendu peut entraîner une faute dans l'argumentation.

---

## **Jonathan Sumption**

*juge à la Cour suprême du Royaume-Uni*

Certes, la Grande-Bretagne a souvent été accusée – à juste titre d'ailleurs – d'avoir un pied en Europe et un pied dans le monde atlantique. Mais, la différence concerne la méthode et non le résultat.

J'ai scrupule à rappeler que notre loi est coutumière. Évidemment, nous avons aussi des lois écrites, des lois parlementaires, mais, à moins qu'elles n'aient été modifiées par le Parlement, il s'agit d'une loi coutumière qui dépend des décisions du juge, c'est-à-dire qu'il faut souvent la moderniser mais, en revanche, elle est beaucoup plus flexible que le droit écrit.

Au final, les résultats sont rarement fondamentalement différents. En ce qui concerne l'antinomie entre l'inspiration et l'harmonisation, il s'agit simplement de rôles différents entre un tribunal national et un tribunal international. Ainsi, l'objectif de la CJUE est surtout de produire des solutions qui, bien que sensibles aux différents systèmes juridiques des États, convergent vers un projet d'harmonisation. Par opposition, la Cour EDH n'avait pas, à l'origine, de fonctions d'harmonisation ; mais elle en a acquise une depuis une trentaine d'années. C'est là un sujet très controversé dans tous les pays de l'Union européenne, surtout en Grande-Bretagne.

En tous cas, lorsque nous formulons le droit national, « l'inspiration » est le mot juste, car nous n'avons pas comme objectif d'harmoniser notre loi avec la loi européenne ; sauf s'il s'agit d'une question de droit européen ou d'une question de droit international.





---

**Jean-Claude Bonichot**

*juge à la Cour de justice de l'Union européenne,*  
**modérateur de la conférence**

Précisons, au sujet de la situation des juridictions internationales, qu'il y a une différence entre la CJUE et la Cour EDH.

La CJUE est dans une situation assez proche de celle des juridictions nationales, dans la mesure où l'on applique des traités – c'est-à-dire un corps de règles extrêmement développé –, une législation très importante, des règlements et des directives. Les directives sont des actes normatifs un peu particuliers, mais il s'agit quand même d'une législation<sup>272</sup>. Les règlements s'apparentent à des lois, ils se présentent de la même façon, et il peut y avoir des décisions non seulement individuelles mais aussi des décisions à caractère général. L'on crée, l'on développe la jurisprudence, mais d'une manière assez proche de ce que fait une juridiction interne ou constitutionnelle, comme par exemple le Conseil d'État.

La Cour EDH a, quant à elle, une marge de manœuvre pratiquement illimitée dans la mesure où, si l'on regarde le corps de règles à appliquer, les juges ont à leur disposition : une douzaine de principes, la règle de non discrimination, le recours effectif et les protocoles. Si l'on prend l'ensemble, cela s'élève à environ trente dispositions à interpréter et à appliquer. Le corps de règles de départ est donc très différent. Ce qui fait que la position institutionnelle des deux Cours n'est pas la même. D'où l'importance pour la Cour EDH de maintenir une jurisprudence cohérente, parce que les flottements peuvent facilement se produire. Tandis que lorsque l'on questionne la CJUE sur l'interprétation de tel ou tel texte, ceux-ci sont en sa possession. Elle veille au respect de la loi européenne qui n'est jamais constituée d'une seule disposition, mais d'un *corpus* juridique, d'un système.

Si l'on prend, par exemple, les affaires concernant les quotas de gaz à effet de serre, l'on a, à travers la directive 2003/87/CE<sup>273</sup>, un système cohérent. Et si l'on demande à la CJUE d'interpréter une disposition, elle l'interprète dans son ensemble, comme on le fait en France pour une loi ou un décret. Il ne faut pas perdre de vue que le pouvoir créateur de la CJUE est limité.

---

**Angelika Nussberger**

*présidente de section à la Cour européenne de droits de l'homme*

Nous sommes, en effet, tous des interprètes, mais la base est différente. Si l'on utilise le droit comparé, c'est dans le but d'être accepté. Si l'on regarde ce que font les différents États membres, c'est avec l'objectif de trouver une solution qui fera une certaine unanimité.

<sup>272</sup> La directive est un acte juridique européen qui lie les États destinataires quant aux objectifs à atteindre, mais leur laisse le choix des moyens et de la forme pour les atteindre, dans les délais fixés par elle.

<sup>273</sup> Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil.





---

## Jean-Claude Bonichot

*juge à la Cour de justice de l'Union européenne,*  
**modérateur de la conférence**

Lorsque mon collègue néerlandais, le juge Timmermans, a quitté la CJUE il y a quelques années, il a prononcé un discours très concis en insistant sur une chose : l'acceptabilité de la jurisprudence des cours internationales. Il faut donc faire attention à ce que nos décisions soient acceptables. Il ne s'agit pas de faire plaisir à tout le monde. La présidente Nussberger l'a dit au début de son intervention : parfois l'on choque ou l'on bouscule, voire l'on casse des choses dans les systèmes juridiques. Il faut donc savoir jusqu'où ne pas aller trop loin.

Je passe maintenant la parole au professeur Wachsmann qui est à la fois un « administrativiste » et un spécialiste de la Cour européenne des droits de l'homme.

---

## Patrick Wachsmann

*professeur à l'université de Strasbourg*

Qu'est ce que le droit comparé ? Consiste-t-il simplement à *comparer des solutions* issues de systèmes juridiques différents (en général, celles d'un droit étranger et celles de l'État national de l'auteur de la comparaison) ? À cette dernière question, la réponse de mes collègues comparatistes est très clairement négative.

Pour être un *vrai* comparatiste, il faut établir des systématisations. L'idée de système est centrale dans la mesure où elle préserve du travers qui consiste à prendre une solution dans un système, sans voir qu'elle s'insère dans une logique que l'on ne retrouvera pas forcément dans son propre système.

Qui peut se dire comparatiste ? Et d'ailleurs, peut-on être à la fois praticien et comparatiste ? Je crois que cela n'est matériellement possible que dans une certaine mesure. Ce que l'on peut faire effectivement, c'est interroger la solution que reçoit un problème juridique donné dans un autre ordre juridique. Par ailleurs, dans une cour internationale par définition composée de juges appartenant à des États différents, le droit comparé consiste en ce que chaque juge vienne à cette juridiction avec sa propre expérience juridique, laquelle est en général fondamentalement une expérience nationale.

Le droit comparé s'apparente à une espèce de voyage, lequel doit permettre, selon les termes de Montaigne<sup>274</sup>, de « *frotter et limer notre cervelle contre celle d'autrui* »<sup>275</sup>. Cela se produit inévitablement dans une juridiction internationale. Au commencement, la question s'est posée différemment à la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)<sup>276</sup> et à la Cour EDH, pour une raison très simple : à l'origine, la CJCE n'était composée que de juges en provenance de six États, sans

---

274 Michel Eyquem de Montaigne (1533-1592), philosophe, moraliste et homme politique.

275 Michel Eyquem de Montaigne, *Les Essais*, livre I, ch. 26 (1<sup>re</sup> édition 1580), Paris, éd. Gallimard, bibliothèque de la Pléiade, 2007.

276 Devenue, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne au 1<sup>er</sup> décembre 2009, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en application de l'article 19 du traité sur l'Union européenne.





le Royaume-Uni ; ce qui évitait la grande difficulté d'intégrer au départ la logique de la *Common Law*. Les six États originaires de la Communauté étaient des pays dont les traditions juridiques étaient assez proches les unes des autres – en tant que pays de droit écrit –, d'autant plus qu'il s'agissait de contrôler une autorité publique et, qu'à cet égard, les traditions française, allemande, italienne ou du Benelux (Belgique, Pays-Bas, Luxembourg) sont très semblables. Par conséquent, les outils qu'il s'agissait d'utiliser pour assujettir une autorité publique à des règles supérieures étaient des techniques relativement faciles à partager.

Pour ce qui concerne la Cour EDH, les choses se sont passées différemment, dans la mesure où les premières affaires qui lui ont été soumises ont fait plus largement appel au droit international. La Cour EDH, favorisée en cela par sa composition, s'est donc retrouvée d'abord dans la position d'une juridiction internationale de type Cour internationale de justice spécialisée, plutôt que dans celle d'une juridiction appelée à traiter de droit interne – ce dernier aspect n'est venu, d'ailleurs assez rapidement, que dans un second temps.

Est alors apparue la difficulté de mettre ensemble des systèmes de droit écrit et des systèmes de *Common Law* ; et d'essayer de trouver un langage commun qui permette d'avoir un même dénominateur dans les raisonnements juridiques et dans les solutions apportées à un certain nombre de problèmes. La question de la définition de la « loi », terme utilisé par plusieurs articles de la Convention, témoigne bien de cela.

La Cour EDH a développé une technique d'interprétation de la Convention EDH très dynamique. Celle-ci passe d'abord par l'idée que les droits inscrits dans la Convention ne sont ni théoriques, ni illusoire, mais concrets et effectifs, et que, de surcroît, il convient de lire la Convention à la lumière des conditions de vie actuelles. Une telle approche impose, naturellement, aux juges membres de la Cour EDH d'observer l'évolution des mentalités et des législations européennes, aux fins de mieux appréhender la façon dont les différents États parties à la Convention règlent les questions susceptibles de se poser. Rappelons qu'à l'origine, la Convention ne liait qu'un nombre relativement restreint d'États – dont la France ne faisait pas partie. Il faudra attendre 1974 pour que la France ratifie la Convention EDH, et 1981 pour qu'elle accepte le droit de recours individuel. Cela ne faisait pas obstacle, on s'en souvient, à ce qu'il y ait à la Cour un juge élu au titre de la République française – parce que la France était tout de même membre du Conseil de l'Europe : René Cassin et Pierre-Henri Teitgen ont ainsi pu faire bénéficier la Cour de leur connaissance du droit français.

Les systèmes ont donc dû composer entre eux et les réflexes s'harmoniser. Pour l'interprétation de la Convention EDH, l'une des techniques qui a le plus retenu l'attention est celle de l'interprétation dite « *consensuelle* ». Cela signifie que lorsque la Cour doit donner, à un moment précis, la signification d'un article de la Convention, elle doit prendre en compte l'état, sur la question à résoudre, des législations des différents États parties, ce qui suppose des comparaisons. Actuellement, avec quarante-sept États membres, c'est une entreprise difficile, que la Cour ne croit pas toujours devoir faire exhaustivement. Par la force des





choses, elle fait souvent mention dans ses arrêts des informations qui sont en sa possession, et qui concernent, par exemple, trente-huit États dont les solutions nationales sont connues, tandis qu'il reste neuf États dont les solutions restent inconnues. Pour ces derniers la Cour EDH estime, sans doute à juste titre, qu'ils peuvent être négligés.

D'un point de vue logistique, la Cour dispose de nombreuses ressources lui permettant une bonne connaissance des différents systèmes juridiques nationaux. Elle bénéficie de l'assistance d'un greffe, qui comporte des juristes issus des quarante-sept États parties, qui peuvent fournir, en plus des juges eux-mêmes, des informations et effectuer des recherches. Ces juristes disposent de davantage de temps que les juges pour éclairer sur ces points les membres de la Cour.

L'idée d'interprétation consensuelle a surtout été développée à propos de la question de l'étendue de la marge nationale d'appréciation que la Cour laisse aux États, notamment dans la mise en œuvre des articles 8 à 11 de la Convention. C'est une notion prétorienne qui apparaît dès les premières décisions de la Commission, en 1958, à propos de la définition du danger public menaçant la vie de la nation et que la Cour reprend dans l'affaire du vagabondage, avant de la systématiser, à partir de l'arrêt *Handyside contre Royaume-Uni*<sup>277</sup>. Ce dernier expose, d'une manière d'ailleurs assez peu convaincante, qu'en raison de la règle d'épuisement des voies de recours internes, il faut laisser les autorités des États parties à la Convention déterminer ce qui, à leur avis, est la signification de la Convention dans une espèce donnée ou à propos d'un problème déterminé. À la Cour, ensuite, de vérifier – c'est le contrôle européen – que les appréciations nationales ne sont pas incompatibles avec l'image qu'elle se fait des implications des droits inscrits dans la Convention.

Ici, l'examen comparatif est un travail très utile à la Cour : si elle décèle une grande convergence des solutions, elle peut s'appuyer sur ce consensus pour estimer que l'État n'a qu'une faible marge d'appréciation. C'est, par exemple, ce qui s'est passé vis-à-vis du monopole public de la radiodiffusion qui, à l'origine (en 1950), était la règle dans les États parties : dans l'arrêt *Informationsverein Lentia contre Autriche*<sup>278</sup> la Cour EDH constate que, dans les années 1990, ce monopole devient difficile à justifier car presque tous les États parties l'ont abandonné ; de sorte que les arguments avancés par l'Autriche au soutien de son propre monopole public, à savoir l'exigüité du territoire national et le caractère montagneux d'une grande partie de celui-ci, ne résiste plus à l'analyse. La Cour indique, en effet, qu'il y a d'autres États qui ont la même configuration (par exemple, la Suisse) et qui ont abandonné ce monopole public. Ce qui constituait la preuve que la situation de l'Autriche, État retardataire face au sens de l'évolution vers une plus large liberté d'expression, était intenable, aboutissant *in fine* au constat de violation de l'article 10 de la Convention EDH qui proclame le droit de toute personne à la liberté d'expression.

À l'autre extrémité, la Cour EDH peut constater une très grande diversité des solutions dans l'espace de la Convention. On a ainsi des États qui admettent

277 CEDH, séance plénière, req. n° 5493/72, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*.

278 CEDH, req. n° 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89 et 17207/90, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*.







des solutions extrêmement différentes à des questions identiques, avec de nombreuses variantes qui ne permettent pas de conclure à l'existence d'un quelconque consensus. Dans l'état actuel de la jurisprudence, l'exemple type d'une telle situation est la question de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, ou encore la question, qui a été longtemps très embarrassante pour la Cour, de l'avortement. Entre l'Irlande et les États qui admettent plus ou moins facilement le recours à l'avortement, pour des raisons que la femme seule détermine, il existe des différences très importantes. La Cour EDH en déduit qu'elle doit laisser aux États une très large marge d'appréciation. Ce qui signifie, en réalité, que la Cour EDH estime, au vu de la diversité des conceptions et des solutions dans l'espace de la Convention, qu'elle ne dispose pas d'une légitimité suffisante pour imposer un point de vue, le sien, aux quarante-sept États parties – on retrouve ici la notion « *d'acceptabilité* » des solutions juridictionnelles.

Encore sont-ce là les cas les plus simples, car l'on trouve des hypothèses plus sophistiquées dans lesquelles, curieusement, l'isolement d'un État n'entraîne pas sa condamnation ; c'est le cas, par exemple, de la France, seule à connaître l'« accouchement sous X », ce qui n'empêche pas la Cour de conclure que la marge nationale d'appréciation permet de pratiquer ce système, quelque attentatoire qu'il soit au droit de l'enfant de connaître ses origines.

L'inertie de l'État défendeur, dans un contexte de grande diversité des solutions, a également pu conduire la Cour à prononcer une déchéance de la marge d'appréciation à l'encontre de l'État défendeur. Tel a été le cas dans l'arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni*<sup>279</sup> à propos de la question du transsexualisme, ou plutôt de l'obligation de transcrire dans les registres de l'état civil le changement d'apparence sexuelle des transsexuels. Après avoir longtemps estimé, d'une manière très convaincante, qu'il s'agissait d'une question qui faisait l'objet d'une trop grande diversité de solutions, ne réunissant pas un consensus suffisant (et qui donc offrait une marge nationale d'appréciation : cf. l'arrêt *Rees contre Royaume-Uni*<sup>280</sup>), la Cour EDH, d'une manière assez inattendue, a conclu que le Royaume-Uni n'avait rien fait pour réétudier la question et, qu'en conséquence, il était déchu de la possibilité de se prévaloir d'une marge nationale d'appréciation ! C'est un raisonnement resté inédit, et qui ne laisse pas de surprendre encore aujourd'hui.

Et puis, l'on trouve également toutes les situations intermédiaires. Ce qui est frappant, c'est le fait que la Cour fait très largement appel au droit comparé. Pour en avoir le cœur net, je me suis livré à un exercice – qui, certes, peut paraître arbitraire, mais je prends ce risque – consistant à prendre les vingt derniers arrêts rendus en « Grande chambre ». Ce sont, par définition, ceux qui portent sur les questions les plus délicates. J'en ai retranché trois qui ne sont pas significatifs, la Cour se contentant de relever qu'il y a eu règlement amiable et que l'affaire est radiée du rôle. Sur les dix-sept affaires restantes, l'on remarque un total de neuf utilisations du droit comparé. Cette utilisation est vraiment très poussée et elle influence, à l'évidence, la position prise par la Cour EDH. Restent huit affaires dans lesquelles ce n'est pas le cas : ces huit affaires, où la Cour EDH n'utilise pas le droit

279 CEDH, Gde ch., req. n° 28957/95, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*.

280 CEDH, séance plénière, req. n° 9532/81, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*.







comparé, sont des affaires où elle déduit directement la solution des dispositions-mêmes de la Convention EDH, telles qu'elle les interprète traditionnellement, dans la continuité de sa doctrine sur la Convention (par exemple : les articles 2, 3 et 6 à propos de déclarations faites à la police sans l'assistance d'un avocat, etc.).

Je passe sur ces affaires, pour me concentrer sur celles où il y a une utilisation très poussée par la Cour EDH du droit comparé.

Dans l'une d'elles, l'utilisation du droit comparé se révèle être extrêmement fine. La Cour EDH procède à des typologies très soigneuses : il s'agit de l'affaire *Rohlana contre République tchèque*<sup>281</sup>, jugée au début de l'année 2015, à propos de la notion d'infraction continuée. Il s'agissait d'un mari violent qui avait commis à l'encontre de son épouse une longue suite d'exactions et qui avait été condamné en vertu de la théorie dite « *de l'infraction continuée* », c'est-à-dire de l'infraction qui procède d'une multiplicité d'actes étalés dans le temps. La Cour va conclure à l'absence de violation de l'article 7 de la Convention EDH (pas de peine sans loi), en tenant compte du fait que la plupart des États parties connaissent cette notion d'infraction continuée. Il y a véritablement ici une typologie, que la Cour énonce ainsi : « *La recherche conduite par la Cour concernant l'ensemble des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe, confirme l'existence d'une tradition européenne consacrant la notion d'infraction pénale continuée dans sa conception objective. La vaste majorité d'entre eux a, de fait, introduit cette notion dans leurs ordres juridiques par le biais, soit de dispositions législatives expresses, soit de la doctrine et/ou de la pratique judiciaire* ». Puis, suit une typologie extrêmement rigoureuse faite par la Cour et qui conduit directement à une conclusion de non-violation rendue à l'unanimité. Aux yeux de la Cour, cette notion est suffisamment commune en Europe pour qu'un État qui l'utilise ne puisse pas être considéré comme ayant contrevenu aux prescriptions de l'article 7 de la Convention.

Il y a également des utilisations plus classiques du droit comparé, comme par exemple celles qui ont trait à la détermination de la marge nationale d'appréciation. C'est notamment le cas dans l'arrêt *Lambert contre France*<sup>282</sup> qui concerne le problème de l'interruption d'un traitement dépourvu de perspectives. La Cour, recensant les différentes solutions existantes dans les États membres du Conseil de l'Europe, parvient à la conclusion qu'il existe un certain nombre de traits communs au-delà de la diversité des solutions nationales. Elle met notamment l'accent, à l'instar du Conseil d'État dans ses décisions sur la même affaire, sur la volonté exprimée ou reconstituée du principal intéressé ; ce qui conduit au constat, presque unanime, de non-violation.

Même chose dans un arrêt *Parrillo contre Italie*<sup>283</sup>, pour le don à la science d'embryons congelés après le décès du mari de la requérante. La Cour relève qu'il n'y a aucun consensus sur cette question dans les législations européennes et, en conséquence, accorde à l'Italie une très large marge d'appréciation, ce qui se conclut, là encore, par un constat de non-violation de l'article 8 de la Convention.

281 CEDH, Gde ch., req. n° 59552/08, 27 janvier 2015, *Rohlana c. République tchèque*.

282 CEDH, Gde ch., req. n° 46043/14, 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*.

283 CEDH, Gde ch., req. n° 46470/11, 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*.





Dernier exemple de ce genre d'approches : l'arrêt *Khoroshenko contre Russie*<sup>284</sup> où était en cause l'interdiction radicale pour un meurtrier condamné à la réclusion à perpétuité d'avoir des contacts avec sa famille durant les dix premières années de sa détention dans une colonie pénitentiaire à régime spécial. La Cour relève la singularité de la solution russe dans l'ensemble européen, et estime que l'atteinte portée à la vie familiale étant extrêmement grave, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention. Et l'on peut trouver d'autres exemples qui vont dans le même sens.

À l'opposé, existent également des hypothèses dans lesquelles l'on pourrait s'attendre à ce que la Cour EDH fasse appel au droit comparé et où pourtant elle ne le fait pas. Une affaire française en est l'illustration<sup>285</sup> dans laquelle se posait la question de l'étendue des immunités de l'avocat (l'affaire est liée à l'affaire *Borrel*), où la Cour fait un très bref aperçu de droit comparé pour n'en tirer, finalement, aucune conséquence quant à la solution donnée à l'affaire !

Une autre variante est l'hypothèse où la Cour procède à un examen de droit comparé qui révèle une assez grande diversité des solutions. Normalement, on l'a vu : cela a pour conséquence la reconnaissance d'une marge d'appréciation importante au profit de l'État défendeur. Mais, curieusement, cette logique peut ne pas fonctionner. C'est le cas de façon très claire dans l'affaire *Perinçek contre Suisse*<sup>286</sup> à propos de l'infraction de négation de l'existence d'un génocide prévue par le droit suisse. La Cour procède à un examen de droit comparé et conclut qu'il existe des solutions extrêmement diverses en Europe sur la question de l'incrimination de la négation de génocide, ou d'un génocide comme le prévoyait le droit suisse. Puis, elle déclare qu'il y a tellement d'autres éléments qui plaident pour un constat de violation aux yeux de la majorité de la Cour que cette question de droit comparé doit être neutralisée ! Ce qui compte finalement est le lien entre l'incrimination du génocide arménien et la Suisse ; lien qui apparaît à la majorité de la Cour comme trop lointain, trop distendu, pour pouvoir justifier une atteinte à la liberté d'expression.

Dans de telles hypothèses, on est en présence de pratiques du droit comparé tout à fait étranges, puisqu'elles ne conduisent pas à la solution normalement attendue en cas d'utilisation de cette technique.

Je terminerai par un dernier point, qui est l'existence d'un droit comparé que l'on pourrait qualifier de « pur », c'est-à-dire d'un droit comparé qui ne concerne pas les systèmes juridiques des États parties, mais qui utilise des exemples de solution pris à l'extérieur du domaine de la Convention. Nous sommes, là encore, face à une démarche plutôt rare de la Cour EDH. C'est par exemple le cas dans l'affaire *Pretty contre Royaume-Uni*<sup>287</sup> à propos de la demande de la requérante que son mari puisse l'assister dans sa décision de mettre fin à ses jours sans être poursuivi pénalement. Pour rendre son arrêt, la Cour s'est appuyée sur un arrêt de la Cour suprême du Canada dont elle a suivi assez exactement l'inspiration et la logique.

284 CEDH, Gde ch., req. n° 41418/04, 30 juin 2015, *Khoroshenko c. Russie*.

285 CEDH, Gde ch., req. n° 29369/10, 23 avril 2015, *Morice c. France*.

286 CEDH, Gde ch., req. n° 27510/08, 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*.

287 CEDH, req. n° 2346/02, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*.





À cet égard, je trouve intéressant qu'il y ait une analogie possible avec ce qu'il en est de la pratique du droit comparé par des juridictions internes. Ce qui vient de nous être dit du Royaume-Uni va également dans le même sens. Lorsqu'on lit l'article de Mme Bretonneau et de MM. Dahan et Fairgrieve sur l'influence grandissante du droit comparé au Conseil d'État, il apparaît très clairement que le droit comparé, par définition, n'est mobilisé que dans des affaires importantes. D'un autre côté, cela ne signifie pas non plus qu'il n'y a pas utilisation du droit comparé par la Cour EDH dans des affaires jugées en chambre, en formation de droit commun - comme on a pu le constater, en juillet 2015, lorsque l'Italie a été condamnée pour n'avoir prévu aucune institution permettant de doter les couples de personnes de même sexe d'un statut consacrant la pérennité de leurs liens.

Le droit comparé fait partie aujourd'hui des nécessités structurelles du mode de fonctionnement de la Cour EDH, notamment pour ce qui concerne la détermination de l'étendue de la marge nationale d'appréciation. Sans oublier, comme cela vient d'être rappelé, qu'il est également pour tout juge, national, international, notamment européen, une source d'inspiration.

---

**Jean-Claude Bonichot**

*juge à la Cour de justice de l'Union européenne,*  
**modérateur de la conférence**

Je vous remercie pour ces propos extrêmement clairs et précis.

---

**Jonathan Sumption**

*juge à la Cour suprême du Royaume-Uni*

Je souhaiterais ajouter quelques mots au sujet de la marge d'appréciation des États, parce que je crois que le professeur Wachsmann a abordé l'une des questions les plus fondamentales que pose la Convention. Il existe un certain point de vue – que je partage – qui est qu'il ne faut pas appréhender cette marge d'appréciation comme étant principalement une question de droit comparé. La Cour EDH a l'habitude de se demander ce que font les quarante-sept pays du Conseil de l'Europe. Si ces pays constatent qu'un consensus existe chez la plupart d'entre eux, ils ont parfois l'habitude de dire que le moment est arrivé d'obliger les autres États à se conformer à cette norme.

Le problème est que ce n'est pas toujours une question de droit comparé mais, plus souvent, une question constitutionnelle. C'est surtout le cas dans les affaires qui concernent la moralité sexuelle, l'avortement, le transsexualisme. Ce sont des questions très sensibles liées à des considérations culturelles, religieuses et historiques. Il est donc très difficile de déterminer ce que la moralité commande de faire dans des pays très catholiques comme la Pologne ou l'Irlande, mais aussi dans des pays comme la France ou l'Angleterre. Je pense que ce type d'affaire se prête mal à l'intervention judiciaire. La raison en est qu'il ne s'agit pas simplement d'un conflit entre des particuliers et l'État, mais plutôt d'une différence fondamentale entre différents groupes de citoyens.





Or, nous avons un système pour résoudre ces différences : la démocratie. La démocratie parlementaire est une manière très efficace d'arriver à des compromis entre les sentiments divergents de nos citoyens. Je trouve que c'est une manière plus efficace que l'intervention judiciaire qui n'a pas de légitimité démocratique.

On a le cas aux États-Unis, où l'avortement est devenu un droit constitutionnel imposé à travers une décision de la Cour suprême<sup>288</sup>. C'est sans doute pour cette raison qu'il reste toujours un sujet très controversé outre-Atlantique. En revanche, dans ce domaine, les pays d'Europe, avec la Grande-Bretagne en 1967, ont, pendant une décennie, changé leurs lois par la législation. L'avortement est donc à présent un sujet presque sans controverse en Europe. Le droit à l'avortement est accepté dans des cas précis, avec un système de réglementation afin d'éviter les abus. Il reste aux États-Unis l'exemple classique où l'intervention judiciaire a eu pour résultat la non-acceptation d'un changement de valeurs, et je crois que la législation a été une meilleure manière de procéder car beaucoup plus démocratique.

---

**Jean-Claude Bonichot**

*juge à la Cour de justice de l'Union européenne,*  
**modérateur de la conférence**

Ceci pose une question « systémique » parce que l'on voit bien qu'il s'agit moins de l'arbitraire du juge – ce n'est pas soudain la Cour EDH qui décide – que d'une logique globale dans laquelle on est entré. Cette logique est-elle la logique générale ? Cela signifie-t-il que ce que le professeur Wachsmann a appelé l'« *interprétation consensuelle* » au départ, sorte de mouvement général dans un sens identique, doit entraîner le reste du monde ? Cela va-t-il jusqu'à influencer la pratique quotidienne et la manière d'aborder ce genre de questions, surtout des questions fondamentales comme, par exemple, celle de l'avortement ?

---

**Angelika Nussberger**

*présidente de section à la Cour européenne de droits de l'homme*

Je ne pense pas qu'il existe une telle contradiction entre la démocratie et l'intervention judiciaire. Je crois plutôt que l'une s'ajoute à l'autre. Vous avez cité l'exemple des États-Unis. Je vais ajouter celui de mon propre pays, l'Allemagne. En Allemagne, pour ce qui concerne l'avortement, nous avons au début une loi ; puis un jugement de la Cour constitutionnelle a déclaré, après la réunification, que les approches étaient très différentes entre l'Allemagne de l'Ouest et l'ex-RDA. Le Parlement a donc de nouveau légiféré, et la Cour constitutionnelle est à nouveau intervenue. Au final, l'on s'aperçoit qu'un modèle n'est pas toujours supérieur à un autre, et que l'on peut tout aussi bien trouver un compromis dans la société au travers de la jurisprudence, de l'interprétation des principes constitutionnels et/ou de la démocratie participative.

---

<sup>288</sup> Cour suprême des États-Unis, 22 janvier 1973, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113.





---

## Jean-Claude Bonichot

*juge à la Cour de justice de l'Union européenne,*  
**modérateur de la conférence**

Cela rappelle le débat qui vient d'avoir lieu aux États-Unis à propos de la décision de la Cour suprême sur le mariage entre personnes de même sexe<sup>289</sup>, où les quatre juges qui étaient dans la minorité, dont le *Chief Justice* John Roberts, président de la Cour, ont dit que « (...) *cette Cour n'est pas un législateur. Elle ne saurait décider de l'opportunité du mariage homosexuel. D'après la Constitution, les juges ont le pouvoir de dire ce qu'est la loi, pas ce qu'elle devrait être. Le peuple qui ratifia la Constitution autorisa les tribunaux à n'exercer «ni force ni volonté mais un simple jugement»* ». Nous sommes ici dans un débat de fond qui existe devant les plus grandes juridictions des plus grands États.

---

## Angelika Nussberger

*présidente de section à la Cour européenne de droits de l'homme*

La marge d'appréciation est quelque chose de substantiel pour la Cour EDH. Or, le professeur Wachsmann a dit que l'on ne peut pas dire que la marge d'appréciation est le droit comparé. Le droit comparé est l'outil que l'on utilise, mais la marge d'appréciation des États est, pour moi, l'approche fondamentale pour comprendre le rôle de la Cour.

Sur des questions sociétales très sensibles, l'on n'est jamais sûr de pouvoir donner une réponse pour toutes les affaires. Dans chaque affaire qui allègue la violation des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention, se pose la question de la marge d'appréciation. Dans tous ces cas, le droit comparé est un outil. Ce n'est pas une formule ou un raisonnement mathématique : des faits et du droit comparé ne produisent pas automatiquement une décision. Le droit comparé est un élément dont nous avons besoin pour défendre l'approche que nous pensons la plus juste.

Je souhaiterais préciser également que l'on ne peut plus en rester, aujourd'hui, à une interprétation de la Convention EDH telle qu'elle était lue initialement, au risque sinon de devenir lettre morte. Pour éviter cela, il faut développer une interprétation vivante. Comment est-ce possible ? En regardant la réalité et les changements apportés par les lois avec un maximum d'objectivité. Il nous faut donc rendre un jugement le plus standard possible pour qu'il soit accepté, et ainsi éviter le risque de juger dans le vide ou d'aller au devant d'un rejet. Bien sûr, les buts généraux édictés par la Convention, indiquent toujours la direction, mais la possibilité d'avoir de la flexibilité, comme l'a démontré le professeur Wachsmann, est un élément du système.

Dix-sept juges composent la Grande chambre, et donc autant d'approches différentes où il faut trouver des compromis sur l'interprétation.

---

289 Cour suprême des États-Unis, 26 juin 2015, *James Obergefell et al. v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health et al.*, 576 U.S.





Je terminerai par une dernière remarque : le professeur Wachsmann a soutenu la thèse que le droit comparé n'est pas quelque chose de très compliqué, mais qu'il est cependant difficile d'être à la fois un juge national et un comparatiste.

Pour ma part, je pense que dans une Cour internationale – le juge Bonichot peut le confirmer – le travail quotidien est de comparer des solutions juridiques différentes, même si l'on n'en parle pas. Par exemple, en tant que juriste allemande, si je suis confrontée au système juridique ukrainien ou bosniaque dans une affaire concrète, je compare implicitement les solutions données au système de droit que je connais le mieux. Probablement tous les juges pensent d'une façon similaire. Cela ne veut pas dire que le droit national exerce une influence déterminante sur la pensée, mais il sert plutôt comme point de départ. C'est la raison pour laquelle, et sans l'avoir choisi, au quotidien, nous sommes tous devenus des praticiens comparatistes.

---

**Jean-Claude Bonichot**

*juge à la Cour de justice de l'Union européenne,*  
**modérateur de la conférence**

Vous dites que la Convention EDH est un instrument vivant, et que la Convention du début est « *lettre morte* ». Cela va très loin ! On a également cet important débat aux États-Unis entre les « originalistes » qui défendent une vision originelle du texte et ceux qui promeuvent une conception plus actuelle de la Constitution interprétée à l'aune des réalités sociétales. C'est là un débat politique majeur.





## Échanges avec la salle

### *Question du public*

*Peut-on faire une distinction entre « territorialité » et « droit comparé » ? La territorialité renvoie à la délimitation dans l'espace d'une norme, par exemple le domaine d'applicabilité spatiale de la Convention EDH. Personne, en effet, n'a jamais prétendu que la Convention est applicable en Irak. Il y a donc bien une question d'applicabilité spatiale des normes.*

*Puis, il y a la question du rattachement. Quels sont les éléments d'une situation qui sont nécessaires pour considérer que le droit de l'Union européenne doit s'appliquer en lieu et place du droit américain ? N'est-ce pas une question de conflits de lois et donc de définition des éléments qui peuvent être territoriaux, géographiques ou personnels, qui justifient l'application de la norme ?*

*Ensuite, il y a la question de l'effet. L'on peut très bien avoir une définition assez étroite d'un territoire, et un effet que l'on peut appeler « extraterritorial », dans la mesure où la norme est utilisée et étendue à la conduite d'une entreprise ou de troupes en dehors du territoire national. Cette question-là rejoint les problématiques compliquées des effets horizontaux, par exemple de la Convention EDH ou d'une norme constitutionnelle. Cela rejoint aussi le problème de l'exigence d'action d'État (en anglais, « State Action Requirement ») ou le problème de savoir si l'effet horizontal peut devenir un effet direct. C'est le problème du double standard : est-ce que l'on exige de nos entreprises, de nos acteurs, la même chose sur le territoire national et à l'extérieur ?*

*L'effet de la territorialité renvoie aussi implicitement à quelque chose qui est plus large : la question de la relativité culturelle. Va-t-on imposer à autrui nos propres conceptions ? La question suppose que l'unité de base dans lequel vit la communauté nationale soit son territoire. C'est là que l'on peut dégager beaucoup de points intéressants qui ont été traités lors de la discussion : premièrement, l'on peut se demander si l'unité de base est si territoriale que cela dans nos sociétés devenues multiethniques (la problématique du multiculturalisme est très délicate et difficile) ; secondement, se pose la question de la légitimité de la référence au droit comparé : dans les interventions précédentes, une distinction a été opérée selon que le droit comparé est invoqué pour fonder un consensus (avec des conséquences juridiques assez contraignantes) ou utilisé comme source d'inspiration. Mais dans ce débat, impulsé par les juges Scalia et Breyer, il ressort toutefois que le droit étranger est souvent considéré comme constitutionnellement illégitime et qu'il ne s'agit pas de lui donner une force contraignante, ni même le reconnaître comme source d'inspiration.*





*Jean-Claude Bonichot*

*Le mot même de « territorial », quand on parle à la fois de compétences territoriales ou de champ d'application territorial, est presque une facilité de langage. L'on peut se reporter à un certain nombre de grands auteurs, comme Eisenmann<sup>290</sup>, qui expliquent que le territoire est un critère pour appréhender une population. Il n'est, en réalité, pas un sujet de droit, mais un objet de droit. Par conséquent, cela signifie que la loi s'applique à un ensemble de populations définies par un critère territorial.*

*Appliqué dans le cadre de la Convention EDH, cela donne une assez grande marge à la Cour. Quels sont en effet les sujets ? Les citoyens. Mais quels sont les sujets obligés ? Les États. Si l'on raisonne de cette manière, l'on peut aller très loin en déclarant : « Vous, États, vous êtes sujets de la Convention, vous êtes dans l'aire d'application de la Convention et je vous oblige à appliquer la Convention, à en respecter les termes, non pas seulement sur votre territoire mais aussi dans votre sphère d'action ». Bien sûr, l'on peut avoir des raisonnements différents, et je pense que ces notions devraient être parfois plus approfondies.*

*Votre intervention me fait également penser au type de raisonnement qui permet d'arriver à une solution acceptable : le rattachement. C'est la raison pour laquelle j'ai insisté au sujet la CJUE sur cette idée que, dans tous les arrêts où l'on dit qu'il y a un effet extraterritorial, tout en laissant de côté ce que l'on peut qualifier d'effet extraterritorial, on a un rattachement, qu'il soit en terme de territoire ou de tout autre type. Il s'agit d'un rattachement clair à l'ordre juridique communautaire. Voilà ce qui me semble être la limite actuelle.*

*J'ajoute que ce que l'on dit là, doit se décliner selon le type de problème que l'on a à résoudre. Il est manifeste que la portée n'est pas la même lorsque l'on raisonne, comme vous le faisiez au début, en terme de droit international privé ou en terme d'application de tel régime juridique, qu'il s'agisse d'autorisations, de taxations ou de tout autre sujet. D'ailleurs, à cet égard, la taxation pose une question importante d'application territoriale : quel doit être le critère de rattachement d'une entreprise pour savoir où elle doit être taxée ? Jusqu'à présent, l'on considérait que cela se jouait entre l'État du siège ou celui de la résidence à condition que le siège soit réel. À présent, tout cela se transforme pour dire que c'est plutôt l'endroit où s'exercent les activités.*

290 Charles Eisenmann (1903-1980), juriste français, agrégé des facultés de droit. V. notamment son article : « Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation de l'administration », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Paris, éd. LGDJ, 1974, tome 2, p. 415.







## Éléments de bibliographie

M. Andenas, D. Fairgrieve, *Courts and Comparative law*, Oxford University Press, 2015.

H. Ascensio, « L'extraterritorialité comme instrument » (article réalisé dans le cadre des travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises), 10 décembre 2010.

J.-C. Bonichot, « Le point de vue d'un juge de l'Union », *AJDA*, 2013, p. 396.

A. Bretonneau, S. Dahan, D. Fairgrieve, « L'influence grandissante du droit comparé au Conseil d'État : vers une procédure juridictionnelle innovante », *RFDA*, 2015 p. 855.

Cour Européenne des droits de l'homme, unité de presse, « Juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme », juillet 2015.

C.-N. Kakouris, « Use of the comparative Method by the Court of Justice of European Communities », *Pace international law review*, 1994.

K. Lenaerts, K. Gutman, « The Comparative Law Method and the Court of Justice of the European union: Interlocking Legal Orders Revisited », in *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015, p. 141.

Lord Sumption (discours de), « The Limits of Law », prononcé en 2013 à la 27<sup>e</sup> édition de « Sultan Azlan Shah Lecture » à Kuala Lumpur. Accessible sur le site de la Cour Suprême du Royaume-Uni (fichier PDF).

C. McCrudden, « Using Comparative Reasoning in Human Rights Adjudication : The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights Compared », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013.

P. Mahoney, R. Konak, « Common Ground : A starting Point or Destination for Comparative-Law Analysis by the European Court of Human Rights ? », in *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015.

E. Mak, « Comparative Law Before the Supreme Courts of the UK and the Netherlands : An Empirical and Comparative Analysis », *Courts and Comparative Law*, chap. 22, Oxford University Press, 2015 ; « Reference to Foreign Law in the Supreme Courts of Britain and the Netherlands : Explaining the Development of Judicial Practices », *Utrecht Law Review*, vol. 8, n° 2, mai 2012.

E.-S. Tanasescu, « Rôle des droits fondamentaux dans la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE » ; Allan Rosas et autres, *The Court of Justice and the Construction of Europe/La Cour de Justice et la Construction de l'Europe*, éd. Asser Press, La Haye, 2013.

F. Tulken, « La Cour européenne des droits de l'homme : le chemin parcouru, les défis de demain », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, n° 2, 2012, pp. 419-445.

L. Wildhaber, A. Hjartarson, S. Donnolly, « No consensus on Consensus ? The Practice of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, 2013.







## Cinquième conférence

# Les figures de la mobilité : le statut de la personne, entre territorialité et extraterritorialité

## Sommaire de la conférence

Éléments de jurisprudence sur le thème de la conférence .....	197
Biographies des intervenants .....	207
Actes.....	209
Échanges avec la salle .....	239
Éléments de bibliographie .....	243







# Éléments de jurisprudence sur le thème de la conférence

## 1. LE STATUT DE LA PERSONNE

### ADOPTION

#### **CEDH, 26 sept. 2013, *Zambotto Perrin c. France***

La Cour juge que la France n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation en considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait le prononcé de l'adoption plénière et conclut à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention.

#### **CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg***

Non-reconnaissance au Luxembourg de la décision péruvienne prononçant l'adoption plénière d'un enfant au profit d'une femme célibataire.

#### **CEDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France***

Impossibilité pour la requérante de procéder en France à l'adoption plénière d'une fillette, de nationalité algérienne, recueillie initialement par elle au titre de la « kafala » (art. 8 Convention EDH) – [non violation].

### GESTATION POUR AUTRUI

#### **Cour de cassation, ch. civ., 19 mars 2014, *Procureur général près la cour d'appel de Rennes c. M. Vinçon et Mme Sawant*, n° 13-50.005**

Transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger sur les registres français de l'état civil – Enfant né à la suite d'une convention de gestation pour autrui – Fraude à la loi.

Par cet arrêt du 19 mars 2014, la Cour de cassation réaffirme que l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à la suite d'une convention de gestation pour autrui ne peut être transcrit sur les registres français d'état civil.

L'affaire concernait un enfant né en Inde, d'une mère indienne, à la suite d'une convention de gestation pour autrui. Son père biologique, un ressortissant français résidant en France, l'avait reconnu et avait demandé la transcription de son acte de naissance sur les registres français de l'état civil, demande à laquelle le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes s'était opposé.

Saisie en appel, la cour d'appel de Rennes avait ordonné la transcription aux motifs, d'une part, que ni la régularité de l'acte de naissance ni le fait que le demandeur et la femme ayant donné naissance à l'enfant soient le père et la mère de celui-ci n'étaient contestés et, d'autre part, que la fraude à la loi invoquée par le ministère public pouvait ouvrir à celui-ci, le cas échéant, une action en contestation en vertu de l'article 336 du code civil, mais ne conduisait par pour autant à juger que l'acte de naissance était, par lui-même, contraire à l'ordre public.





La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel. Selon elle, la cour d'appel ayant retenu que les éléments réunis par le ministère public établissaient l'existence d'une convention de gestation pour autrui entre le père et la mère de l'enfant, caractérisant ainsi un processus frauduleux dont la naissance de l'enfant était l'aboutissement, l'acte de naissance de l'enfant ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français. Ainsi, la cour d'appel ne pouvait ordonner la transcription sans violer les articles 16-7 et 16-9 du code civil.

**CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France et Labassee c. France***

Condamnation de la France pour son refus de transcription sur l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant né par mère porteuse à l'étranger.

**Conseil d'Etat, 12 décembre 2014, *Association Juristes pour l'enfance et autres***

La circulaire du 25 janvier 2013 de la garde des Sceaux concerne la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de parents français « *lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui* ». Cette circulaire indique que dans un tel cas, cette circonstance « *ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française* ». Elle invite ses destinataires à veiller à ce qu'il soit fait droit aux demandes de délivrance lorsque les conditions légales sont remplies.

Cette circulaire faisait l'objet de plusieurs requêtes en annulation devant le Conseil d'État.

Le Conseil d'État rappelle que les contrats de gestation ou de procréation pour autrui sont interdits par le code civil et que cette interdiction est d'ordre public.

Le Conseil d'État juge, cependant, que la seule circonstance qu'un enfant soit né à l'étranger dans le cadre d'un tel contrat, même s'il est nul et non avenue au regard du droit français, ne peut conduire à priver cet enfant de la nationalité française. Cet enfant y a droit, dès lors que sa filiation avec un Français est légalement établie à l'étranger, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Le refus de reconnaître la nationalité française porterait sinon une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée de l'enfant, garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

**Cour de cassation, Ass. plen., 3 juillet 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002**

Le recours à la GPA ne justifie pas, à lui seul, le refus de transcrire à l'état civil français l'acte de naissance étranger d'un enfant ayant un parent français.

La Cour était saisie de deux affaires. Dans chacune d'elles, un Français a reconnu la paternité d'un enfant à naître en Russie : l'acte de naissance établi en Russie mentionne l'homme en tant que père et la femme ayant accouché en tant que mère. L'homme a ensuite demandé la transcription de l'acte de naissance russe à l'état civil français. Mais le procureur de la République s'y est opposé, soupçonnant le recours à une convention de gestation pour le compte d'autrui (GPA). Dans ses arrêts des 6 avril 2011, 13 septembre 2013 et 19 mars 2014, la Cour interdisait à une convention de GPA de produire des effets, car cette convention est nulle,





d'une nullité d'ordre public et contraire à un principe essentiel du droit français : celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. Ainsi, l'acte de naissance étranger d'un enfant né d'une GPA ne pouvait être transcrit à l'état civil français, même si le père et la mère figurant sur l'acte étaient bien le père biologique et la femme ayant accouché.

Selon la Cour EDH (arrêts *Menesson* et *Labassée* du 26 juin 2014), l'interdiction de la GPA n'est pas contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le refus de transcrire un acte de naissance établi à l'étranger au motif que cette naissance est le fruit d'une GPA est compatible avec le droit au respect de la vie familiale.

En revanche, la Cour EDH a considéré que le refus de transcrire la filiation des enfants à l'égard du père biologique, telle qu'elle apparaît sur l'acte étranger, constitue une atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants, vie privée protégée par l'art. 8 de la Convention. En effet, chacun doit pouvoir établir les détails de son identité d'être humain, ce qui comprend sa filiation. La question posée à la Cour de cassation consistait à savoir si le refus de transcription sur les actes de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, régulièrement établi dans un pays étranger, peut être motivé par le seul fait que la naissance est l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA.

La Cour rappelle que les actes de naissance dont la transcription est demandée mentionnent comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme ayant accouché. Dès lors, les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, doivent s'appliquer au cas d'espèce. La théorie de la fraude ne peut donc faire échec à la transcription de l'acte de naissance. L'arrêt qui écartait la demande de transcription au seul motif que la naissance était l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA est cassé. Le pourvoi dirigé contre le second arrêt qui ordonnait la transcription en dépit de l'existence d'une convention de GPA est rejeté. Les espèces soumises à la Cour de cassation ne soulevaient pas la question de la transcription de la filiation établie à l'étranger à l'égard de parents d'intention : la Cour ne s'est donc pas prononcée sur ce cas de figure.

#### *PROCREATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE*

##### **UK, affaire *Diane Blood*, Court of appeal, février 1997**

Son époux ayant contracté une méningite qui l'a plongé dans le coma, Diane Blood sollicite une insémination qui lui est refusée; elle demande alors à pouvoir exporter le sperme congelé vers la Belgique afin d'y faire procéder à l'insémination. La Cour d'appel lui fait restituer les paillettes, considérant l'aide médicale à la procréation comme un «service», que Mrs Blood est en droit d'obtenir dans un autre pays de la Communauté.





## MARIAGE

### **CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie***

Condamnation de l'Italie dont la législation ne permet pas aux couples homosexuels de se marier ni de contracter une autre forme d'union civile.

### **CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni***

Condamnation du Royaume-Uni pour violation de l'article 12 de la Convention, la Cour s'est dite « pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que les termes de [cet article] impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologique », §100 ; elle a ajouté par ailleurs qu'il appartenait à l'Etat de déterminer les conditions et formalités concernant le mariage des transsexuels, mais qu'elle « ne vo[yait] aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier », §103).

### **CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche***

L'article 12 n'impose pas aux gouvernements l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels et la Cour, constatant une absence de consensus entre les différents États européens, leur reconnaît une large marge d'appréciation en la matière.

## NOM DE FAMILLE

### **CJUE, aff. C-353/06, 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul c. Standesamt Niebüll***

La Cour analyse les limites de l'application des règles nationales en matière d'état civil à l'égard du principe de la libre circulation des personnes.

M. Grunkin et Mme Paul, deux ressortissants allemands, ont eu en 1998 un enfant au Danemark, Leonard Matthias, qui conformément aux règles danoises applicables en matière d'état civil a été enregistré avec le nom composé de deux parents, à savoir Grunkin-Paul. Après quelques temps, les parents de l'enfant, qui a la nationalité allemande tout en résidant depuis sa naissance au Danemark, ont demandé l'inscription de son nom Grunkin-Paul dans le livret de famille en Allemagne. Les autorités allemandes ont refusé cette inscription au motif que le nom patronymique des citoyens allemands est régi par le droit allemand et que celui-ci ne permet pas à un enfant de porter un nom composé. Les parents ont introduit un recours contre cette décision de l'administration allemande devant l'Amtsgericht Flensburg (tribunal d'instance), qui a posé à la Cour de justice une question préjudicielle concernant les articles 12 et 18 CE, en vue notamment de savoir si ces deux articles s'opposent à ce que les autorités compétentes d'un État membre refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant enregistré dans un autre État membre où l'enfant est né et réside, alors que l'enfant, à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier État membre, ce qui aurait comme conséquence qu'un citoyen de l'Union européenne porterait un nom patronymique différent selon les États membres. La Cour reconnaît tout d'abord que les règles régissant le nom patronymique d'une personne relèvent de la compétence des États membres, toutefois elle souligne que ces derniers doivent, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire lors que, comme en l'espèce, il y a un rattachement au droit communautaire. La







Cour concentre son analyse sur l'article 18 CE, qui établit le droit pour tout citoyen communautaire de circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres. Elle constate que le fait d'être obligé de porter, dans l'État membre dont une personne possède la nationalité, un nom différent de celui déjà attribué et enregistré dans l'État membre de naissance et de résidence est susceptible d'entraver l'exercice de ce droit. En effet, la diversité de noms patronymiques peut engendrer de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé, car de nombreuses actions de la vie quotidienne exigent la preuve de l'identité. Dans le cas d'espèce, l'application de la législation allemande en cause aurait pour conséquence que l'enfant Leonhard Matthias disposerait de documents portant des noms patronymiques différents, selon qu'ils soient établis par les autorités danoises (par exemple l'acte de naissance) ou par les autorités allemandes (par exemple le passeport). De telles divergences sont susceptibles de faire naître des doutes quant à l'identité de cette personne ainsi qu'à l'authenticité des documents présentés ou à la véracité des données y contenues.

Compte tenu de ce qui précède et après avoir examiné et rejeté les justifications avancées par les autorités allemandes, la Cour conclut que l'article 18 CE s'oppose, dans des conditions telles qu'en l'espèce, à ce que les autorités d'un État membre, en appliquant le droit national, refusent de reconnaître à un des leurs ressortissants son nom patronymique, tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre État membre où il est né et réside. (*résumé établi par le service juridique de la Commission européenne*)

**CJUE, aff. C-208/09, 22 décembre 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien**

La Cour juge que l'application d'une loi nationale interdisant l'acquisition, la possession ou l'utilisation d'un titre de noblesse constitue un motif d'ordre public justifiant le refus d'un État membre de reconnaître le nom patronymique de l'un de ses ressortissants, tel qu'il a été attribué dans un autre État membre.

La Cour a déjà jugé à plusieurs reprises que le droit pour une personne de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres implique que cette personne ne soit pas contrainte de porter des noms différents dans des États membres différents, compte tenu des doutes que cette situation est susceptible de faire naître quant à son identité et à l'authenticité de ses documents d'identité et des inconvénients sérieux que cela implique. Toutefois, des considérations objectives liées notamment à l'ordre public sont susceptibles de justifier, dans un État membre, un refus de reconnaissance du nom patronymique de l'un de ses ressortissants, tel qu'il a été attribué dans un autre État membre. La Cour a reconnu à ce titre aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation, dans les limites imposées par le traité. Dans cette affaire, la Cour a été amenée à préciser cette jurisprudence, s'agissant des motifs d'ordre public susceptibles de justifier une entrave à la libre circulation des personnes.

Mme Ilonka Sayn-Wittgenstein, citoyenne autrichienne résidant en Allemagne, a, à la suite de son adoption, en 1991, par M. Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein, citoyen allemand, obtenu comme nom de naissance le nom patronymique de ce





dernier, avec son titre de noblesse, sous la forme «Fürstin von Sayn-Wittgenstein» («Princesse de Sayn-Wittgenstein»). Les autorités autrichiennes ont procédé à l'enregistrement de ce nouveau nom dans le registre de l'état civil autrichien. Elles ont également renouvelé et délivré un passeport ainsi que des certificats de nationalité au nom d'Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein. En 2003, la Cour constitutionnelle autrichienne a jugé, dans une affaire similaire, que la loi d'abolition de la noblesse de 1919 – ayant rang de règle constitutionnelle et mettant en œuvre le principe d'égalité – empêchait un citoyen autrichien d'acquérir un nom comprenant un titre de noblesse, par voie d'adoption par un citoyen allemand portant légalement ce titre de noblesse en tant qu'élément constitutif de son nom. À la suite de cet arrêt, considérant que l'acte de naissance délivré à Mme Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein à la suite de son adoption était incorrect, l'officier de l'état civil de Vienne a rectifié l'inscription du nom dans le registre de l'état civil en « Sayn-Wittgenstein ».

L'intéressée a contesté cette décision devant la Cour administrative suprême autrichienne, en faisant valoir que la non-reconnaissance des effets de son adoption sur son nom constituait une entrave à son droit à la libre circulation – puisque cela la contraint à porter des noms différents dans deux États membres – ainsi qu'une atteinte à son droit au respect de la vie familiale – en raison de la modification de son nom qu'elle a porté pourtant de façon continue pendant quinze ans. Saisie d'une demande de décision préjudicielle, la Cour a considéré que la justification invoquée par le Gouvernement autrichien, à savoir l'application de la loi d'abolition de la noblesse de 1919 et plus généralement du principe constitutionnel d'égalité de tous les citoyens autrichiens, devait être interprétée comme une invocation de l'ordre public.

Après avoir rappelé la marge d'appréciation des autorités autrichiennes et le fait que l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, elle estime qu'il n'est pas disproportionné qu'un État membre cherche à réaliser l'objectif de préserver le principe d'égalité en interdisant toute acquisition, possession ou utilisation, par ses ressortissants, de titres de noblesse ou d'éléments nobiliaires susceptibles de faire croire que le porteur du nom est titulaire d'une telle dignité. Par conséquent, la Cour répond que le refus des autorités d'un État membre de reconnaître, dans tous ses éléments, le nom d'un de ses ressortissants, tel qu'il a été déterminé dans un second État membre lors de son adoption à l'âge adulte par un ressortissant de ce dernier, dès lors que ce nom comprend un titre de noblesse non admis dans le premier État membre au titre de son droit constitutionnel, ne constitue pas une atteinte injustifiée à la libre circulation et au libre séjour des citoyens de l'Union.

CITOYENNETÉ EUROPÉENNE

### **CEDH, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni***

Selon le professeur Chaltiel, dans les *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 23, dossier La citoyenneté : « *La décision Matthews de la Cour européenne des droits de l'homme, en qualifiant le Parlement européen d'organe législatif et en exigeant des États membres qu'ils organisent des élections libres et régulières, ainsi que*





*l'exige le principe de la démocratie, porte implicitement reconnaissance d'un demos européen, seul apte à légitimer l'action publique européenne ».*

**CJUE, aff. C-434/09, 5 mai 2011, Shirley McCarthy**

Madame McCarthy, ressortissante du Royaume-Uni, possède également la nationalité irlandaise. Elle est née au Royaume-Uni et y a toujours séjourné, sans avoir jamais exercé son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire d'autres États membres de l'Union.

À la suite de son mariage avec un ressortissant jamaïcain, Mme McCarthy a demandé pour la première fois un passeport irlandais et l'a obtenu. Ensuite, elle a demandé, en tant que ressortissante irlandaise souhaitant séjourner au Royaume-Uni conformément au droit de l'Union, un titre de séjour aux autorités britanniques. Son mari, quant à lui, a demandé une autorisation de séjour en tant que conjoint d'une citoyenne de l'Union. Ces demandes leur ont été refusées au motif que Mme McCarthy ne pouvait pas fonder son séjour sur le droit de l'Union et invoquer ce droit pour régulariser le séjour de son conjoint car elle n'avait jamais exercé son droit de circuler et de séjourner dans des États membres autres que le Royaume-Uni. La *Supreme Court* (Cour suprême, Royaume-Uni) saisie de ce litige a demandé à la Cour de justice si Mme McCarthy pouvait, elle aussi, invoquer les règles du droit de l'Union visant à faciliter la circulation des personnes sur le territoire des États membres.

La CJUE a estimé qu'une citoyenne de l'Union ayant la nationalité de deux États membres, qui a toujours résidé sur le territoire de l'un de ces États sans jamais user de son droit à la libre circulation, ne peut se fonder sur le droit de l'UE pour revendiquer un droit de séjour pour son conjoint ressortissant d'État tiers. La citoyenneté de l'Union, ne peut être valablement invoquée que dans la mesure où « la jouissance effective de l'essentiel des droits » conférés par ce statut serait menacée par des mesures nationales. En l'espèce, la Cour rappelle qu'une personne – telle Mme McCarthy – ressortissante d'au moins un État membre jouit du statut de citoyen de l'Union et peut donc se prévaloir, y compris à l'égard de son État membre d'origine, des droits afférents à un tel statut, notamment celui de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres. Toutefois, la non-prise en compte par les autorités nationales de la nationalité irlandaise de Mme McCarthy aux fins de lui reconnaître un droit de séjour au Royaume-Uni n'affecte aucunement cette dernière dans son droit de rester au Royaume-Uni ou de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. De même, la décision nationale n'a pas pour effet de la priver de la jouissance effective de l'essentiel des autres droits attachés à son statut de citoyenne de l'Union. Sa situation ne présente, en conséquence, aucun lien avec le droit de l'Union et relève exclusivement du droit national.

**2. RECONNAISSANCE DES DROITS FONDAMENTAUX DES MIGRANTS DANS L'ESPACE EUROPEEN**

*JURIDICTION NATIONALE ET PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX*

**CEDH, 25 juin 1996, Amuur c. France**

Paragraphes 52 et 53 : un groupe de demandeurs d'asile somaliens a été retenu pendant vingt jours dans la zone de transit international de l'aéroport de Paris-Orly.





La Cour EDH a déclaré qu'« en dépit de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extra-territorialité.», et a conclu à une violation de l'article 5 de la Convention EDH, faisant valoir que le système juridique français en vigueur à l'époque et tel qu'il a été appliqué dans la présente affaire n'a pas garanti de manière suffisante le droit des requérants à leur liberté.

#### *RESTRICTIONS À LA LIBERTE DE CIRCULATION CONSTITUANT UNE PRIVATION DE LIBERTE*

##### **CEDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni***

(requérant ayant atteint le stade terminal d'une maladie HIV/SIDA ; l'expulsion du requérant vers son pays d'origine, qui était connu pour son manque de structures médicales et de traitements adaptés à ce type de pathologie et dans lequel le requérant n'aurait pas eu de membres de sa famille ou d'amis pour prendre soin de lui, constituerait un traitement inhumain, ce qui est contraire à l'article 3 ; la Cour EDH a souligné les circonstances très exceptionnelles de cette affaire et les considérations humanitaires impérieuses qui étaient en jeu).

#### *ÉGALITE ET NON DISCRIMINATION*

##### **CEDH, 22 janvier 2008, *E.B. c. France***

Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le cadre de l'adoption d'un enfant.

##### **CEDH, 27 juillet 2004, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie***

Discrimination dans l'emploi fondée sur le fait que les requérants avaient, dans le passé, travaillé pour le KGB.

##### **CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal***

Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le cadre de la garde d'un enfant.

#### *DROIT D'ASILE ET GROUPEMENT FAMILIAL*

##### **CEDH, 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas***

La Cour EDH rappelle que l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Il peut engendrer, de surcroît, des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. Dans les deux cas, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation.

##### **CEDH, 5 avril 2005, *Benamar et autres c. Pays-Bas***

Si la Cour EDH reconnaît que les requérants préféreraient désormais maintenir et renforcer leur vie de famille aux Pays-Bas, l'article 8, comme indiqué ci-dessus, ne garantit pas le droit de choisir le lieu le plus approprié pour développer une vie familiale. De plus, selon la Cour, rien ne montre qu'il existe un quelconque obstacle objectif insurmontable à ce que les requérants développent cette vie familiale au





Maroc. À cet égard, la Cour considère qu'il n'a pas été établi qu'il serait impossible pour la mère et son époux, tous deux ressortissants marocains, de retourner au Maroc pour s'y installer avec leurs enfants.

**CEDH, 19 février 1996, *Gül c. Suisse***

Paragraphe 38 : « *Il s'agit en l'espèce d'un litige ayant trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration. Or l'étendue de l'obligation, pour un Etat, d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général. D'après un principe de droit international bien établi, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol. De plus, en matière d'immigration, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire. Afin d'établir l'ampleur des obligations de l'État, il convient d'examiner les différents éléments de la situation* ».

**CJUE, aff. C-34/09, 8 mars 2011, *Zambrano***

La Cour apporte des précisions sur les implications du statut fondamental de la citoyenneté de l'Union des enfants en bas âge par rapport aux droits de leurs parents, ressortissants des pays tiers.

Les époux Zambrano, de nationalité colombienne, avaient demandé à bénéficier du statut de réfugiés en Belgique. Les autorités belges leur ont refusé ce statut, mais ne leur ont pas imposé de reconduction en Colombie en raison de la guerre civile dans ce pays. Depuis 2001, M. et Mme Zambrano ont alors été inscrits comme résidents en Belgique et M. Zambrano y avait, pendant un certain temps, travaillé, alors qu'il n'était pas en possession d'un permis de travail. En 2003 et en 2005, les époux Zambrano ont eu deux enfants qui ont acquis la nationalité belge, conformément à la législation belge applicable à l'époque. Ensuite, les autorités compétentes ont refusé de faire droit à la demande des époux Zambrano de régularisation et d'établissement en tant qu'ascendants de ressortissants belges. M. Zambrano s'est vu par ailleurs refuser le droit aux allocations chômage, au motif que les périodes de travail qu'il avait effectuées sans permis de travail ne pouvaient pas être valablement prises en compte pour établir la condition de durée minimale requise pour l'obtention de ces allocations.

Statuant sur la légalité de la décision de refus de régularisation et d'établissement ainsi que de celle de refus des allocations de chômage, le Tribunal de Bruxelles a décidé d'interroger la Cour de justice en particulier sur l'éventuelle application des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté européenne à la situation des enfants Zambrano.

Dans son arrêt, la Cour rappelle tout d'abord que l'article 20 TFUE confère à toute personne ayant la nationalité d'un État membre le statut de citoyen de l'Union. Ainsi les deux enfants des époux Zambrano qui ont acquis la nationalité belge bénéficient de ce statut. Ensuite, la Cour souligne le caractère fondamental du statut de citoyen européen pour les ressortissants des États membres. Ainsi, selon la Cour, l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de





priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union, et cela indépendamment du fait que ces citoyens aient exercé au préalable leur droit à la libre circulation (la Cour ne fait pas de référence à une telle exigence en ce qui concerne les enfants Zambrano). Pour la Cour, le refus par un État membre d'accorder le droit de séjour et de travail à une personne ressortissant d'un État tiers qui a à sa charge ses enfants en bas âge, eux-mêmes ressortissants de cet État membre, aurait pour conséquence de priver les enfants en question de l'essentiel de leurs droits conférés par leur statut de citoyens européens. En effet, un tel refus impliquerait que ces enfants se verraient obligés de quitter le territoire de l'État membre en question pour accompagner leurs parents.

La Cour en conclut que l'article 20 TFUE s'oppose à ce qu'un État membre refuse le permis de travail et de séjour sur son territoire à un ressortissant d'un pays tiers qui assume la charge de ses enfants en bas âge, nationaux et résidents de ce même État membre, dans la mesure où de telles décisions priveraient ces enfants de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à leur statut de citoyen de l'Union.





# Biographies des intervenants

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

## Le modérateur

**Christian Vigouroux,**

*président de la section de l'intérieur du Conseil d'État*

Diplômé de Sciences Po, ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), Christian Vigouroux intègre en 1976 le Conseil d'État. En 1981, il rejoint le ministère de l'urbanisme et du logement en tant que conseiller juridique, puis devient directeur adjoint de l'urbanisme et des paysages. À partir de 1985, il dirige le cabinet du secrétaire d'État chargé des universités. Après avoir exercé les fonctions de commissaire du Gouvernement au Conseil d'État de 1986 à 1989, il est nommé directeur adjoint, puis directeur du cabinet du ministre de l'intérieur jusqu'en 1992, année où il rejoint la section du contentieux et la section des travaux publics du Conseil d'État. De 1994 à 1997, il est rapporteur général de la Commission supérieure de codification. Il est ensuite nommé directeur du cabinet du garde des sceaux, ministre de la justice, puis, en 2000, directeur du cabinet du ministre de l'emploi et de la solidarité. À compter de 2002, il préside la 10<sup>e</sup> sous-section du contentieux, avant d'être nommé président adjoint de la section du contentieux en 2008. Il devient directeur de cabinet de la ministre de la justice en 2012, puis président de la section du rapport et des études du Conseil d'État en 2013. Il enseigne par ailleurs comme professeur associé de 1996 à 2012. Il préside la section de l'intérieur du Conseil d'État depuis 2014.

## Intervenants

**Bénédicte Fauvarque-Cosson,**

*professeure à l'université Panthéon-Assas, ancienne présidente de la Société de législation comparée*

Professeure depuis 1995 (agrégation de droit privé et de sciences criminelles), Bénédicte Fauvarque-Cosson a étudié le droit en Angleterre et en France. Titulaire en 1994 d'un doctorat en droit privé de l'université Panthéon-Assas, elle a été professeure à l'université de Rouen, à l'université de Paris V, puis à l'université Panthéon-Assas à compter de 2002. Elle a été membre de l'Institut universitaire de France (2009-2014). Ses travaux portent sur le droit international privé, le droit comparé, le droit européen des contrats. Éluë secrétaire générale de la Société de législation comparée en 2005, elle en a assuré la présidence de 2011 à 2015. Elle est également cofondatrice et coprésidente de *Trans Europe Experts* (association d'experts juridiques européens, créée en 2009), vice-présidente de l'Académie internationale de droit comparé, et fut l'un des membres fondateurs de l'Institut européen du droit établi à Vienne. Depuis 2001, elle a participé à plusieurs





réseaux de recherche internationaux et européens œuvrant à l'harmonisation du droit des contrats ; elle a notamment participé jusqu'en 2015 à l'élaboration des Principes de La Haye sur la loi applicable aux contrats internationaux. Elle est, par ailleurs, directrice scientifique du *Recueil Dalloz*. Parmi ses publications récentes figurent : « Argument de droit comparé et sociologie juridique », contribution parue dans l'ouvrage collectif *L'argument sociologique en droit - Pluriel et singularité*, dir. D. Fenouillet, éd. Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2015.

**Myriam Hunter-Hénin,**

*professeure à University College London*

Diplômée en droit de l'université *King's College* à Londres et de l'université Panthéon-Sorbonne, docteure en droit international privé de l'université Panthéon-Sorbonne, Myriam Hunter-Hénin enseigne depuis 2003 à la faculté de droit de l'*University College London*. Elle y a créé en 2012 (avec le professeur Alison Diduck) un Master en droit international de la famille, et y codirige depuis 2009 le centre de recherches en droit comparé. Elle est, en outre, membre du Comité français de droit international privé à Paris. Ses travaux portent sur les droits de l'homme dans la sphère privée, en particulier sur les défis auxquels sont confrontés la théorie juridique du conflit de lois et les concepts traditionnels de droit de la famille tels que le mariage et la maternité. Elle s'intéresse également aux interactions et aux tensions entre le droit et la religion, dans la sphère du droit de la famille et de l'éducation, dans une perspective comparatiste. Elle est l'auteur de l'ouvrage *Pour une redéfinition du statut personnel* (éd. PU Aix-Marseille, 2004), et a dirigé la publication de *Law, Religious Freedom and Education in Europe* (éd. Ashgate, 2012).

**Jeremy Heymann,**

*professeur à l'université Lumière Lyon 2*

Titulaire d'un doctorat en droit privé de l'université Panthéon-Sorbonne, agrégé en droit privé et sciences criminelles, Jeremy Heymann a été nommé professeur à l'université Lumière Lyon 2 en 2015, après avoir exercé à l'École de droit de la Sorbonne. Il est membre du Comité français de droit international privé, de l'Institut européen du droit, et de la Société de législation comparée. Il a publié *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen* (éd. Economica, coll. Recherches juridiques, 2010) ainsi que de nombreux articles, notes et contributions, notamment sur le rapport entre droit européen et droit international privé. Il est également corédacteur de la partie « Droit international privé » au sein de la chronique « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation », publiée dans la revue *Europe*.







# Actes – Les figures de la mobilité : le statut de la personne, entre territorialité et extraterritorialité

**Christian Vigouroux**

président de la section de l'intérieur du Conseil d'État,  
modérateur de la conférence

Le thème de ce colloque m'a rappelé une phrase de Pufendorf<sup>291</sup>, à la fois tragique et dérisoire, matinée d'humour du XVII<sup>e</sup> siècle, extraite de son célèbre ouvrage *Le droit de la nature et des gens*<sup>292</sup> : « On met encore au rang des devoirs de l'Humanité, de souffrir que les étrangers, surtout s'ils sont nos voisins, recherchent et prennent en mariage des citoyennes de notre État, lorsqu'ils manquent chez eux de femmes ; par exemple, si un peuple, où il ne reste que des hommes, ayant été chassés de son pays, s'est établi dans un autre (...) »<sup>293</sup>. Ce mélange du droit des réfugiés, du droit du mariage international, du droit du statut des personnes, semble annoncer la préparation de l'article 11 du code civil français (« L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra »).

Depuis longtemps, le droit des personnes, surtout quand elles se déplacent dans une mobilité qui n'est pas découverte aujourd'hui, est l'un des grands sujets concrets et l'un des grands sujets juridiques. Il n'est peut être pas abordé très souvent au Conseil d'État, mais il est au cœur de nombreux débats.

Certes, l'on peut toujours traiter un problème en le niant. Si je me réfère au *Dictionnaire de droit et de pratique* de M. de Ferrière<sup>294</sup>, dans son édition de 1769<sup>295</sup> : ce recueil de droit met en garde, dans la rubrique mariage, contre les mariages internationaux, parce qu'il pressent que le statut des personnes sera bien compliqué à gérer lorsque l'on crée des rapports de droit international privé : le « mariage d'un Français en pays étranger, n'est pas regardé favorablement dans ce Royaume parce qu'ordinairement il ôte à celui qui le contracte l'esprit de retour en France. C'est ce qui a donné lieu à plusieurs Déclarations qui paraissent détourner

291 Samuel von Pufendorf (1632-1694), baron de Pufendorf, juriste et philosophe allemand du droit naturel.

292 Samuel von Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Francfort, éd. Vitus Haberegger, 1672 ; titre français : *Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, Amsterdam, éd. Henri Schelte, 1706 (traduit du latin par Jean Barbeyrac), rééd. PU de Caen, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique (2010).

293 *Ibid.*, livre troisième, chap. III « Des devoirs communs de l'Humanité », p. 313.

294 Claude-Joseph de Ferrière (1639-1714), jurisconsulte français, doyen des docteurs-régents de la faculté des droits de Paris, ancien avocat au Parlement.

295 Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes & de pratique : avec les juridictions de France*, nouvelle édition augmentée, tome second, Paris, éd. Veuve Brunet, 1769.





*les Sujets du Roi de contracter de tels mariages* »<sup>296</sup>. Si l'on pouvait s'arrêter là, le droit international privé serait simple ! Mais, ces rapports existent et ont toujours existé. Ils méritent d'être traités avec une loi facile à choisir ; une loi et des jugements.

Dans l'édition de 1762 du même ouvrage<sup>297</sup>, nous lisons que les « *jugements rendus en pays étranger, ne sont point reconnus en France, et ne peuvent s'exécuter sur les biens des Français situés dans ce Royaume ; il faut se pourvoir par une nouvelle action contre ceux qui sont condamnés par de tels jugements. La raison est, que nous ne reconnaissons de jugements exécutoires que ceux qui sont prononcés par des juges dont la juridiction émane de la souveraineté du Roi, qui seul a droit sur le temporel de son Royaume* »<sup>298</sup>. Cela montre à quel point le droit s'est organisé, au fil des siècles, autour des bastions nationaux ; en même temps que se développaient les nécessaires coordination et régulation entre toutes ces lois.

Aujourd'hui, avec l'évolution des sociétés, et notamment le développement de la libre circulation des personnes, la vie familiale et la vie des individus se sont internationalisées. C'est l'objet du présent colloque qui aborde la question du droit international privé et du statut des personnes.

Nous nous interrogerons pour savoir si le droit international privé s'attache au droit des étrangers, au droit de la nationalité, ou s'il est centré sur le statut des personnes (naissance, filiation, mariage, succession). Ce sujet est déterminé par toute une série de mouvements, de conflits de lois et de conflits de juridictions, avec des aspects techniques de combinaisons et de reconnaissance, y compris par l'Union européenne *via* ses nombreux règlements (de « Bruxelles II » à « Rome III ») et ses irruptions de principes qui télescopent les techniques de partage des lois (exemple, intérêt de l'enfant né d'un contrat de gestation pour autrui), l'ordre public national (exemple, filiation avec un Français<sup>299</sup>) ; mais aussi de concurrence entre les États (exemple, facilités octroyées par la Belgique dans l'organisation de la vie personnelle et familiale) et de consensus souvent introuvable car les États ont leur liberté, y tiennent et ne se précipitent pas pour trouver des solutions communes.

À cet égard, je note que le dossier français, traité sous la très récente présidence néerlandaise de l'Union européenne, concernant le chapitre « justice civile, droit des personnes et de la famille », évoque surtout un consensus introuvable sur la question des régimes matrimoniaux. L'on voit bien que, même sur des sujets centraux, les États ne se précipitent pas pour trouver un consensus. De sorte que l'un des points les plus intéressants est que ce droit international privé, droit de la pluralité, constatant quelquefois qu'il n'a pas de solution immédiate, va orienter vers des solutions, mais sans nécessairement les trouver seul. Vient alors la comparaison des théories juridiques, qui permettront de choisir et de déterminer la loi la plus adaptée.

<sup>296</sup> *Ibid.* p. 188.

<sup>297</sup> Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes & de pratique : avec les juridictions de France*, nouvelle édition augmentée, tome second, Paris, éd. Babuty Fils, 1762.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>299</sup> CE, 12 décembre 2014, *Association Juristes pour l'enfance et autres*, req. n° 365779.





Dans ce contexte, l'administrativiste sera doublement rassuré :

- en premier lieu, lorsqu'il découvre qu'il existe dans cette matière internationale privé l'équivalent du GAJA<sup>300</sup> traitant des grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé<sup>301</sup> ;

- en second lieu, quand il constate, dans la jurisprudence du Conseil d'État, que le droit public fait parfois référence au droit international privé, par exemple en matière fiscale sur le régime des sociétés-mères<sup>302</sup>. Ainsi, pour comprendre le droit fiscal, a-t-on besoin du droit international et en particulier du droit international privé ;

Pour exposer leurs points de vue sur ces sujets, trois grands spécialistes vont intervenir successivement.

La professeure Fauvarque-Cosson, ancienne présidente de la Société de législation comparée, ancienne membre de l'Institut universitaire de France, professeure à Panthéon-Assas et spécialiste du droit international privé, posera le paysage de la combinaison des normes, des outils de conflits des lois, et de l'application différenciée des normes nationales et internationales. La professeure Hunter-Henin de l'*University College* de Londres, spécialiste en droit comparé et en droit international privé, membre du Comité français de droit international privé à Paris, évoquera les rapports entre la Convention EDH et le droit international privé, avec notamment l'exemple du droit britannique. Le professeur Heymann de l'université Lyon 2, ancien professeur à l'École de droit de la Sorbonne, spécialiste de droit international privé, ancien membre de la Société de législation comparée, dont les travaux sont tournés vers le rapport entre l'Union européenne et le droit international privé, évoquera les conséquences de la libre circulation dans l'espace de l'Union et l'influence du droit de l'Union.

Ainsi, en peu de temps, nous parcourrons l'actualité des rapports entre le droit international privé et le statut de la personne pris entre la territorialité et l'extraterritorialité du droit, voire des droits, dans une perspective ouverte, notamment sur l'Europe.

---

### **Bénédicte Fauvarque-Cosson**

*professeure à l'université Panthéon-Assas,  
ancienne présidente de la Société de législation comparée*

#### **1. Éclairage sur les concepts**

Le rapport de l'OCDE intitulé *Perspectives des migrations internationales* analyse, chaque année, les tendances récentes des migrations internationales. Ce rapport constate, pour l'année 2014, une hausse de 6 % des migrations par rapport à

---

300 M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, éd. Dalloz, 20<sup>ème</sup> éd., 2015.

301 Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, éd. Dalloz, 2006.

302 V. par exemple : CE, ssr, 24 novembre 2014, *Société Artémis SA*, req. n° 363556.





2013 (quatre millions trois cents mille entrées permanentes dans la zone OCDE). La tendance n'a fait que se confirmer depuis, avec les conséquences dramatiques que chacun connaît.

La première question qui se pose, à celui pour qui la discipline du droit international privé – censée apporter des éléments de réponse aux problématiques liées aux déplacements internationaux des personnes, ces « figures de la mobilité », selon le titre assez énigmatique de cette cinquième conférence –, est de savoir si la condition des étrangers et le droit de la nationalité font encore partie du droit international privé. L'enseignement du droit international privé s'est recentré sur les conflits de juridictions et les conflits de lois. Le droit de la nationalité constitue une matière en soi et la condition des étrangers relève d'un code à part.

Le droit international privé possède son propre « GAJA » : les *Grands arrêts de droit international privé* (le « GADIP »)<sup>303</sup>. Cependant, et l'on peut y voir le reflet de la transformation profonde de la matière, l'ouvrage n'a pas été réédité depuis plus de dix ans, tandis que d'autres, consacrés aux sources européennes et notamment à la jurisprudence de la CJUE, sont apparus. De fait, signe des temps, au cours de ces dix dernières années, la matière s'est construite, non plus principalement à partir des arrêts de la Cour de cassation, mais autour des règlements européens et de la jurisprudence de la CJUE ainsi que de la Cour européenne des droits de l'homme. Les descendants de ceux dont les noms ont marqué la discipline pendant des générations, telle la princesse de Beaufremont<sup>304</sup>, verront prochainement leurs ancêtres retomber dans l'anonymat. D'autres grands arrêts, d'autres noms deviendront célèbres<sup>305</sup> : non plus ceux de celles ou ceux qui divorcent, mais de celles et ceux qui contractent un mariage homosexuel, changent de sexe, font reconnaître leur droit à la gestation pour autrui (GPA), ou même, comble de l'ironie, ont agi en justice pour obtenir le droit à l'oubli ou la protection...

Face à l'internationalisation du monde, le droit international privé, élaboré pour faire face aux déplacements des personnes, protège, aujourd'hui, même ceux qui ne franchissent pas les frontières de leur pays. Avec le numérique, nous sommes tous devenus des « figures de la mobilité » puisque nos données personnelles, détachées de nous, traversent les frontières sans même que nous ne le sachions. Or, dans la conception européenne, les données personnelles sont protégées comme des droits fondamentaux (cf. l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), car elles sont attachées à la personne et les ouvrages consacrés au droit des personnes intègrent désormais des développements sur les données personnelles.

Le temps n'est plus où l'on pouvait se rattacher à une conception unitaire et homogène de la personne, catégorie à laquelle on appliquerait un facteur de rattachement, la nationalité ou le domicile. Il existe de nombreuses catégories

303 B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, éd. Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2006.

304 V. par exemple : C. cass., ch. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Beaufremont* (cité dans *Les grands arrêts de droit international privé*).

305 À moins que l'anonymisation des décisions de justice, non encore de principe devant les juridictions européennes, ne finisse par s'y imposer comme contrepartie de la libre diffusion des décisions de justice.





(nom, mariage, filiation, données personnelles, etc.) auxquelles correspondent différents facteurs de rattachement (nationalité, domicile, résidence habituelle, autonomie de la volonté, etc.). En parallèle, le droit de l'Union européenne, par la voie des directives et des règlements, ou par celle de la jurisprudence de la CJUE, appréhende l'être humain dans ses diverses fonctions sociales : le travailleur, le consommateur, l'internaute, la personne numérique, etc. À rebours de cette fragmentation de l'individu, pour des raisons liées au marché intérieur, la CJUE construit un « *statut fondamental du citoyen européen* ».

Dans le dictionnaire philosophique d'André Lalande<sup>306</sup>, le mot « statut » est défini par opposition à « contrat » : il « *se dit des rapports légaux qui s'établissent entre les hommes en l'absence de tout acte de volonté de leur part* ». Pendant longtemps, le statut de la personne s'est caractérisé par l'immutabilité et l'indisponibilité.

En France, le livre 1<sup>er</sup> du code civil est conçu autour de la personne. Intitulé « *Des personnes* », il traite notamment des droits civils, de la nationalité française, des actes de l'état civil, du domicile, des absents, du mariage, du divorce, de la filiation, de l'autorité parentale, etc. Le droit européen reprend cette conception qui est aussi celle du droit allemand ou italien. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne place la personne « *au cœur de son action* » (Préambule de la Charte, paragr. 2)<sup>307</sup>. Même si les droits anglais et américain se centrent sur les libertés fondamentales et non sur la notion de « personne », des convergences existent. Elles vont dans le sens du développement personnel des individus et donc d'un accroissement de l'autonomie de la volonté. Lorsque la Cour EDH définit l'article 8 de la Convention EDH relatif au respect de la vie privée et familiale comme consacrant le droit à l'épanouissement personnel, on songe au « *Right of Privacy* » que consacre la Cour suprême des États-Unis<sup>308</sup>. Progressivement, le droit à l'épanouissement personnel intègre le droit à une « *identité choisie* » ou encore à « *l'identité vécue* », ce qui se traduit notamment par des demandes de changements de nom et/ou de prénom, voire de sexe.

De nos jours, la liberté est l'un des grands principes autour duquel s'organise le droit privé des personnes et de la famille, y compris dans sa dimension internationale. La vie des individus s'internationalise ; surtout, elle se « déterritorialise » ; et c'est en ce sens que l'on peut parler d'extraterritorialité.

## 2. Entre territorialité et extraterritorialité

La pensée juridique est encore souvent construite sur l'idée que le monde est divisé en États souverains qui appliquent leur droit sur leur territoire. Le fait que le juge puisse appliquer des droits étrangers est assez contre-intuitif, surtout

306 André Lalande (1867-1963), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, éd. PUF, Paris, 2010.

307 La conception de « l'identité » varie selon les pays : en Allemagne, la religion fait partie des renseignements que l'on fournit à l'administration fiscale et qui peut être notée sur un *curriculum vitæ*. Aux États-Unis, on ne met pas sa date de naissance sur un *curriculum vitæ*, mais l'origine ethnique est mentionnée sur les documents de l'administration.

308 CEDH, req. n° 28957/95, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* ; et CEDH, req. n° 14793/08, 10 juin 2015, *Y.Y. c. Turquie*. Comp. Cour suprême des États-Unis, 7 juin 1965, *Griswold v. Connecticut* ; et Cour suprême des États-Unis, 26 juin 2003, *Lawrence et al. v. Texas*.





en droit public où domine l'opinion selon laquelle les règles ne peuvent être appliquées que sur le territoire national de l'État. Pourtant, non seulement le juge peut appliquer un droit étranger, mais il doit parfois le faire, éventuellement même d'office, lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits. Par ailleurs, le juge reconnaît et donne effet aux décisions étrangères, avec un contrôle particulièrement réduit dans l'espace intégré de l'Union européenne. En laissant s'appliquer des lois ou des décisions étrangères en France, le juge français leur donne un effet extraterritorial.

De nos jours, l'expression « extraterritorialité du droit » est surtout utilisée pour dénoncer le fait que les États cherchent à imposer leurs valeurs et leurs lois de façon globale : ainsi, par exemple, les lois américaines de 1996 d'embargo contre Cuba (loi *Helms-Burton*) ou contre l'Iran et la Lybie (loi *d'Amato-Kennedy*), ou encore l'*Alien Tort Claim Act (ATCA)*<sup>309</sup>, invoqué mais non appliqué dans l'arrêt *Kiobel*<sup>310</sup>. L'actualité donne régulièrement des exemples de ces effets « extraterritoriaux » dénoncés par les États ou les entreprises qui les subissent. Ainsi, lorsque la banque BNP-Paribas a été condamnée à payer une forte amende aux États-Unis, l'extraterritorialité des lois américaines sur l'embargo a été fortement critiquée et l'on y a vu l'application hégémonique d'un droit, celle de la loi du plus « fort ».

L'extraterritorialité du droit de l'Union s'affirme aussi, particulièrement dans certains domaines, comme le droit de la concurrence ou en matière de données personnelles. À travers la protection des données, l'Union européenne s'efforce de faire respecter non seulement ses règles, mais aussi ses valeurs propres et sa vision de la protection de la personne<sup>311</sup>. Si l'extraterritorialité de la règle ou de la décision est au cœur du droit international privé – elle en constitue même l'essence, car si le juge appliquait systématiquement sa propre loi, la loi du *for*, il n'y aurait pas de règles de conflit de lois –, encore faut-il préciser ce que l'on entend ici par « extraterritorialité ». Il ne devrait pas tant s'agir pour un État d'imposer son droit en dehors de ses frontières, mais, plutôt, grâce à ses règles de conflit, de laisser des lois étrangères s'appliquer sur son territoire ou encore d'admettre que des décisions étrangères puissent produire des effets – les décisions de justice sont efficaces sans procédure d'*exequatur* dans l'Union européenne<sup>312</sup>.

309 Adopté en 1789 afin de dédommager des victimes d'actes de piraterie ou d'atteintes aux ambassadeurs, l'*Alien Tort Claim Act (ATCA)* a pour vocation de permettre aux tribunaux américains de juger les violations du « droit des nations », ou d'un traité auquel les États-Unis sont partie, commises par un étranger en dehors du territoire américain.

310 Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum (Shell)* [confirmation de l'arrêt de la cour d'appel jugeant irrecevable l'action civile de plaignants nigériens reposant sur l'*Alien Tort Claim Act*].

311 V. le 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), spécialement son article 3 sur le champ d'application territorial. V. aussi CJUE, aff. C-362/14, 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*, remettant en cause les accords dits « *Safe Harbour* » (sphère de sécurité), issus d'une décision du 26 juillet 2000 de la Commission européenne, affirmant que le transfert de données personnelles de l'Europe vers les États-Unis était possible car ce pays présentait des garanties suffisantes pour la protection de la vie privée. Cette décision de la Commission, très controversée, a notamment été mise à mal par les révélations d'Edward Snowden, en 2013, sur les programmes de surveillance de masse de la NSA.

312 L'*exequatur* est une procédure rendant exécutoire sur le territoire français une décision judiciaire ou une sentence arbitrale rendue à l'étranger.





Non seulement la règle de conflit de lois permet de distribuer la compétence normative entre les lois étatiques, mais le juge qui l'applique doit se nourrir de droit comparé tout au long du processus qui aboutit, ou non, à l'application du droit étranger ; par exemple lorsqu'il met en œuvre l'exception d'ordre public qui lui permet, mais seulement après avoir désigné la loi étrangère et en avoir recherché le contenu, d'écarter celle-ci au profit de la loi française.

Tandis que la distribution des compétences normatives s'effectue grâce aux « règles de conflits de lois », les comparatistes mettent en exergue, non pas tant la nécessité de répartir les compétences ou de résoudre les conflits par des règles de conflits, mais celle de trouver les « outils » de « combinaison » des normes et « d'application différenciée » des normes nationales et internationales. Le vocabulaire change, les méthodes également. Certains dénoncent une forte « pression de la convergence », laquelle conduirait à la désarticulation de la cohérence des systèmes nationaux, poussés « à accueillir des institutions venues d'ailleurs »<sup>313</sup>, à tel point que l'on se trouverait face à un droit « pulvérisé à l'état de solutions disparates et disjointes »<sup>314</sup>. D'autres font valoir que là où la règle de conflit traditionnelle, par elle-même, réalisait « une synthèse entre ces impératifs d'ouverture à l'étranger et de défense de la cohésion de la société dont l'État a la charge », la montée en puissance de l'autonomie de la volonté et des droits de l'homme – deux forces qui transforment le droit international privé –, présente, entre autres inconvénients, celui de conduire à une « casuistique » assez imprévisible, source d'insécurité juridique<sup>315</sup>.

### 3. Nouvelles forces du droit international privé

#### 3.1. Percée de l'autonomie de la volonté

Le recul de l'idée d'indisponibilité des droits et la percée de l'autonomie de la volonté sont les deux faces d'une même réalité. En droit international privé, l'option de législation – souvent entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle –, les droits fondamentaux, les méthodes de la reconnaissance en constituent les nouvelles manifestations. De plus en plus, les individus peuvent, en toute légalité, utiliser la diversité des droits internes au profit de leurs intérêts propres<sup>316</sup>.

Pour prendre la mesure du changement de perspective qui s'est opéré, il faut rappeler les bases sur lesquelles s'est bâti le droit international privé des personnes et de la famille. Longtemps, pour déterminer la loi applicable aux personnes et à la famille, les facteurs de rattachement ont été la « nationalité » et le « domicile ». La nationalité est le facteur de rattachement retenu par l'article 3 du code civil français<sup>317</sup>. Elle présente le mérite d'assurer une certaine stabilité de l'état de la

313 R. Libchaber, « L'avenir d'un paradoxe », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, Paris, éd. LGDJ, 2015, p. 526.

314 L'auteur reproche encore à ce comparatisme de « scléroser la recherche d'une solution spécifique, considérée comme adaptée aux besoins de la nation » (ibid.).

315 Y. Lequette, « De la proximité au fait accompli », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, Paris, éd. LGDJ, 2015, p. 487.

316 H. Gaudemet-Tallon, L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, Paris, éd. LGDJ, 2015, p. 255.

317 « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger » (code civil, art. 3, al. 3).







personne, ce qui permet aussi de respecter son identité culturelle. De plus, elle est plus difficile à changer que le domicile, ce qui diminue la fraude.

Les pays de *Common Law* et les pays scandinaves ont, quant à eux, retenu le domicile. L'un des avantages de ce facteur de rattachement est qu'il coïncide souvent avec la loi du *for* – celle du juge saisi – et qu'il permet une meilleure intégration de la personne étrangère dans le pays où elle vit.

Le rattachement au domicile, puis à celui de la résidence habituelle, a gagné du terrain dans tous les pays, en même temps que s'est développée l'idée qu'il valait mieux laisser le choix aux individus concernés, plutôt que de leur imposer l'un ou l'autre rattachement, chacun ayant ses mérites et ses inconvénients<sup>318</sup>.

Il ne s'agit toutefois pas d'un choix complètement libre, comme en matière contractuelle, où les parties peuvent désigner une loi, même sans lien avec le contrat, mais d'une option, généralement laissée entre deux lois – celle de la nationalité, du domicile ou de la résidence habituelle – ou plusieurs. Cela permet aux personnes privées de mettre à profit la variété des droits internes pour arriver à leurs fins.

C'est le cas, par exemple, dans les trois domaines suivants.

i) En matière de divorce, le règlement Rome III du 20 décembre 2010<sup>319</sup> précise, en son article 5, intitulé « Choix de la loi applicable par les parties », que « *Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes : a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou d) la loi du for* ». Il s'agit d'un choix assez large de cinq lois ayant toutes un lien particulier avec les époux, qui peuvent ainsi choisir, par exemple, la loi de leur domicile pour pouvoir divorcer plus rapidement ou plus facilement, ou encore la loi du *for*.

À cela s'ajoute tout un éventail de juridictions qui peuvent être retenues (*cf.* l'article 3 intitulé « Compétence générale » du règlement européen dit « Bruxelles II bis »<sup>320</sup>).

Ce règlement Rome III précise en son article 8 intitulé « Loi applicable à défaut de choix par les parties », qu'il accorde à la *résidence habituelle* la primauté sur la nationalité, sauf si les époux ont opté pour la loi nationale ou pour la loi du *for*.

318 V. notamment H. Gaudemet-Tallon, « Unité et diversité : quelques mots de droit international privé européen », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet*, Paris, éd. LexisNexis, 2013.

319 Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (JOUE du 29/12/2010).

320 Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000).







L'autonomie de la volonté est ici appréhendée comme un instrument au service de la sécurité juridique, ce qu'explique le considérant 15 du règlement Rome III<sup>321</sup> : « *Accroître la mobilité des citoyens requiert davantage de souplesse et une plus grande sécurité juridique. Pour répondre à cet objectif, le présent règlement devrait renforcer l'autonomie des parties en matière de divorce et de séparation de corps en leur laissant une possibilité limitée de choisir la loi applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps* »<sup>322</sup>.

ii) En matière de succession, le Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012<sup>323</sup> ouvre une option au *de cuius* entre la loi de la résidence habituelle et la loi nationale, ce qui permet d'échapper à celle de ces deux lois qui prévoit la plus grande réserve héréditaire, et donc, par exemple, pour un Français qui vit aux États-Unis, de déshériter ses enfants.

iii) En matière de mariage entre deux personnes de même sexe, le code civil français prévoit que les qualités et les conditions requises pour se marier sont régies « *pour chacun des époux, par sa loi personnelle* », c'est-à-dire la loi nationale. Le texte précise que « *deux personnes de même sexe peuvent contracter un mariage lorsque pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* » (code civil, art. 202-1, al. 1 et 2). Il en résulte qu'un étranger dont la loi nationale interdit l'union homosexuelle peut se marier en France<sup>324</sup>.

Cette nouvelle règle de conflit de lois étend la vocation de la loi française à des étrangers qui se rattachent à la France par leur domicile ou leur résidence, et dont la loi personnelle interdit le mariage homosexuel. Elle s'écarte de la règle traditionnelle – une règle bilatérale, neutre, fondée sur la nationalité –, pour élargir les cas où la loi française peut s'appliquer, dans un esprit de faveur manifeste à l'objectif recherché. Une union homosexuelle, régulièrement née dans un ordre juridique, sera-t-elle reconnue par un autre ordre juridique dont la loi, applicable selon ses propres règles de conflit de lois, interdirait une telle union ? C'est toute la question de la reconnaissance des situations.

### 3.2. La reconnaissance des situations

La méthode de la reconnaissance, qui s'est développée pour accueillir les jugements étrangers, s'est étendue aux simples situations. L'idée générale est d'admettre qu'une situation individuelle, régulièrement née à l'étranger, soit reconnue par un

321 Applicable depuis le 21 juin 2012 entre les quatorze États participants.

322 V. également Y. Lequette, « De la proximité au fait accompli », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, Paris, éd. LGDJ, 2015, p. 494 : « *face aux incertitudes qu'implique l'opposition entre des rattachements comme la nationalité et le domicile, le choix de la loi apparaît alors comme un moyen de corriger la rigidité des rattachements traditionnels, tout en assurant une réelle prévisibilité juridique* ».

323 Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

324 En principe, l'étranger ne doit pas relever d'un État lié à la France par une convention bilatérale prévoyant l'application de la loi nationale aux questions relevant du statut personnel. Ces pays sont en Europe : la Pologne, la Bosnie Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo, la Slovénie ; en Asie : le Laos et le Cambodge ; et en Afrique : la Tunisie, l'Algérie et le Maroc.





autre ordre juridique (l'ordre juridique du *for*), sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la loi applicable ou sur l'autorité des lois nationales, jusqu'à une époque récente considérées comme impératives en droit des personnes et de la famille.

La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages a ouvert la voie, avec son article 9 d'après lequel « *Le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'État de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout État contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre* ».

En matière de pacte civil de solidarité (PACS), l'article 515-7-1 du code civil issu de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009<sup>325</sup> dispose que « *Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement* » (code civil, livre 1<sup>er</sup> « Des personnes », titre XIII « Du pacte civil de solidarité et du concubinage », ch. 1<sup>er</sup> « Du pacte civil de solidarité »). En matière de gestation pour autrui, la méthode de la reconnaissance est sollicitée pour permettre la reconnaissance de la filiation des parents d'intention d'un enfant né d'un contrat de « mère porteuse » conclu et réalisé à l'étranger. Lorsque l'acte de naissance a été dressé en exécution d'un jugement local, on parle alors de la reconnaissance d'un jugement étranger, et non d'une situation.

Tandis que l'autonomie de la volonté et les méthodes de la reconnaissance se développent en droit international privé des personnes et de la famille, la fraude ou l'abus de droit viennent, au cas par cas, contrebalancer cette liberté<sup>326</sup>. Lorsqu'il n'y a ni fraude ni abus de droit, des situations familiales sont parfois reconnues au nom des droits fondamentaux. Ainsi, dans l'arrêt *Wagner*<sup>327</sup>, la Cour EDH a jugé qu'un jugement d'adoption devait être reconnu, au nom du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la Convention EDH).

### 3.3. Les droits fondamentaux

L'exception d'ordre public international français est désormais passée au crible des valeurs de la Convention EDH, conformément à ce qu'exige la Cour EDH<sup>328</sup>. C'est ainsi que la Cour de cassation a validé le mariage d'un couple homosexuel franco-marocain<sup>329</sup>, malgré une convention bilatérale avec le Maroc qui établit que les ressortissants marocains ne peuvent pas se marier avec un Français ou une Française du même sexe. La Cour régulatrice a estimé que la liberté fondamentale de se marier l'emportait sur la convention bilatérale passée entre les deux pays. Elle a donc invoqué l'exception d'ordre public pour écarter la loi marocaine. D'après la Cour de cassation, si, selon l'article 5 de la convention franco-marocaine

325 Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

326 Mais cela n'empêche pas la « *fracture entre les ordres juridiques* » selon Y. Lequette (V. « De la proximité au fait accompli », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, Paris, éd. LGDJ, 2015, p. 516).

327 CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, req n° 76240/01.

328 CEDH, 3 mai 2011, *Négroponitis-Giannis c. Grèce*, req. n° 56759/08.

329 C. cass., ch. civ., 28 janvier 2015, n° 13-50059, arrêt dit du « *mariage franco-marocain entre personnes de même sexe* ».





du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, « *les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité* », l'article 4 précise que « *la loi de l'un des deux États désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public, comme tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence, le permet* ».

Tel est, rapidement brossé, le panorama des grandes évolutions récentes du droit international privé des personnes et de la famille. Telles sont, sommairement exposées, quelques-unes des grandes interrogations méthodologiques qui se posent aujourd'hui. On le voit : celles-ci ne tiennent pas tant à la mobilité accrue des personnes qu'aux nouvelles libertés accordées par certains droits, ainsi qu'aux nouvelles formes de la « mobilité » des personnes physiques, mais aussi des données personnelles. Des évolutions profondes sont en cours et leurs répercussions se font sentir jusque dans les branches du droit réputées les plus techniques et complexes, tel le droit international privé.

---

**Christian Vigouroux**

*président de la section de l'intérieur du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci pour cet exposé très clair.

---

**Myriam Hunter-Henin**

*professeure à University College London*

J'acquiesce tout à fait à l'analyse de la professeure Fauvarque-Cosson, et je trouve qu'il est très intéressant de souligner à quel point les différents bouleversements méthodologiques que connaît le droit international privé dévoile l'emprise de l'autonomie de la volonté, et engendre une fragmentation accrue du statut personnel. J'aurais une interrogation sur *l'ordre public de proximité*, qui est souvent présenté comme un compromis entre une tolérance absolue à l'égard de situations sciemment constituées à l'étranger, et une implication impérialiste de nos valeurs fondamentales. Que penser de ce compromis ?

---

**Jeremy Heymann**

*professeur à l'université Lumière Lyon 2*

Je souhaiterais ajouter que j'ai été particulièrement intéressé par cette première mention de l'intégration des *données personnelles*, comme nouveau contenu de la catégorie « statut personnel », qui pose beaucoup de questions, comme par exemple la notion de « *mort numérique* »<sup>330</sup>, dont on débat actuellement<sup>331</sup>, et qui

---

330 C'est-à-dire l'extinction des comptes utilisateurs du défunt.

331 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.





posera sans doute des questions de droit international privé encore insoupçonnées. Pour le reste, je partage aussi ce qui a été dit par la professeure Hunter-Henin : comprendre que l'autonomie de la volonté est sans doute au cœur du débat actuel et des enjeux du droit international privé. J'en parlerai avec la question des influences du droit de l'Union européenne sur le droit international privé de facture classique, mais je crois que cela dépasse également cette sphère européenne et que, derrière, il y a véritablement une question globale à l'échelle mondiale.

---

**Christian Vigouroux**

*président de la section de l'intérieur du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

En ce qui concerne les données personnelles, les députés ont examiné récemment en première lecture le projet de loi pour une République numérique ; s'agissant de la « *mort numérique* », l'on a la possibilité de désigner un tiers de confiance qui va traiter les données de la personne disparue. C'est-à-dire que, dans ce chapitre particulier des données, cela concerne la vie après la mort. Il est intéressant de creuser le droit de ce que l'on doit faire au nom de la personne décédée : classer, publier ou effacer les données ? Il est intéressant de voir comment, catégorie par catégorie, l'on peut devancer les réflexions qui portent sur la personne complète.

Votre dernier propos m'a fait penser à un arrêt de la Cour de cassation sur la progression de l'autonomie de la volonté, quand deux conjoints peuvent décider de la loi qui va régir leur divorce. L'on pourrait parler de régression de l'autonomie de la volonté de deux États, entre lesquels une convention est passée et à laquelle on peut déroger.

---

**Bénédicte Fauvarque-Cosson**

*professeure à l'université Panthéon-Assas,*  
*ancienne présidente de la Société de législation comparée*

Plus l'autonomie de la volonté des personnes privées augmente, et plus cela risque de s'effectuer au détriment de l'impérativité de la norme ; en cela, on peut aussi voir cette régression dont vous parliez, non seulement, de l'autonomie des États, mais aussi, de manière plus générale, du droit imposé aux individus. L'on est sorti de cette impérativité absolue du droit des personnes et de la famille.

En ce qui concerne la question de l'ordre public de proximité, l'idée est que l'intensité de l'ordre public sera différente selon l'intensité des liens de la situation avec la France. Si la personne est française, ou si elle est domiciliée en France, l'on s'intéresse davantage à la situation, et l'on sera plus prompt à écarter une loi étrangère qui nous choquerait. Je pense que cela est assez réaliste et pragmatique, et que le juge apprécie l'exception d'ordre public au cas par cas, *in concreto*. De manière générale, il me semble que c'est une façon d'imposer nos valeurs. Il faut bien voir qu'une situation qui se développe et se déroule en France doit rentrer davantage dans le système des valeurs françaises, qu'une situation qui se déroule complètement à l'étranger.





Sur les données personnelles, je pense qu'il n'y a pas encore beaucoup de réflexions dans les ouvrages de droit international privé, à part l'ouvrage des professeurs Bureau et Muir Watt<sup>332</sup> sur cette question essentielle et très difficile à résoudre. Sachant qu'il faut déjà s'interroger pour savoir si l'on perçoit les données personnelles comme rattachées à la personne, ou comme des biens commerciaux qui circulent librement.

L'étude annuelle de 2014 du Conseil d'État évoque ce droit à « *l'autodétermination informationnelle* » qui est extrêmement important<sup>333</sup> et qui se heurte aujourd'hui à certaines réalités.

Vous évoquiez également le projet de loi pour une République numérique et la stratégie nationale pour la sécurité du numérique. Je crois que ce qui est frappant, actuellement, quand on voit les déclarations communes des CNIL européennes, est qu'elles ont essayé d'allier la question de la personne et des données personnelles et la question de la sécurité dans une déclaration commune, essayant de trouver des points communs là où, toujours, l'on oppose les deux, où l'on va, systématiquement, lorsque la sécurité est en cause, appliquer la loi française en tant que loi de police, c'est-à-dire d'application territoriale. N'est-ce pas finalement à travers ces questions de sécurité que l'on assure la stabilité de la personne biologique, notamment *via* ses données biométriques (empreintes digitales, etc.) ? Car c'est là l'élément le plus stable de l'état des personnes. Nous sommes en présence d'un nouveau champ de réflexions, à la limite du droit privé et du droit public ; le droit international privé étant très largement concerné puisque ces données personnelles circulent librement dans le monde.

---

**Christian Vigouroux**

*président de la section de l'intérieur du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci de vos remarques. Je donne la parole au professeur Hunter-Henin.

---

**Myriam Hunter-Henin**

*professeure à University College London*

Les tensions entre territorialité et extraterritorialité de la norme ne sont plus cantonnées à des matières spéciales qui seraient, par leur nature même, difficiles à localiser (Internet, etc.). Ces tensions sont désormais au cœur de toutes les disciplines juridiques qu'elles transforment en profondeur. Les solutions des litiges, les méthodes de raisonnement et la façon même de penser le droit en sortent bouleversées. Mais, en un sens, le statut des personnes dans les relations internationales a toujours été situé au cœur de ces tensions. La nouveauté, pour

---

332 D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome 1 : Partie générale, tome 2 : Partie spéciale, Paris, éd. PUF, coll. Thémis, 3<sup>ème</sup> éd., 2014.

333 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, étude annuelle 2014, Paris, éd. La documentation Française, 2014. V. également : Conseil d'État, *La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?*, Paris, éd. La documentation Française, coll. Droits et Débats, 2016.





le statut des personnes, réside moins dans ces tensions entre territorialité et extraterritorialité de la norme que dans un mouvement vers une *déterritorialisation* du statut personnel : catégorie qui, en droit international privé, regroupe traditionnellement toutes les questions relatives à l'état individuel et familial des personnes.

J'entends « déterritorialisation » au sens où le raisonnement ne passe plus par une localisation préalable de la situation dans un territoire ou dans un État donné.

Analysons les causes puis les conséquences de ce détachement du statut personnel par rapport à la notion de territoire. Trois facteurs ont contribué à ce détachement par rapport à la notion de territoire : les droits fondamentaux – et j'insisterai particulièrement sur eux – ; une mobilité internationale accrue et encouragée des individus ; et un pluralisme juridique.

## 1. Les causes du détachement du statut personnel par rapport au territoire

### 1.1. Les droits fondamentaux

En ce qui concerne les droits fondamentaux, la Cour EDH applique les exigences de la Convention EDH avec la même vigueur, que la situation soit essentiellement localisée dans un pays membre du Conseil de l'Europe ou dans un pays tiers. L'on peut, certes, s'en réjouir : la protection des droits de l'homme en sort renforcée. Le changement méthodologique en droit international privé n'en est pas moins considérable.

Le détour par le rattachement de la situation à une souveraineté étatique est abandonné. Certes, c'est bien le lien avec le territoire européen qui justifie, à la base, le déclenchement des droits européens fondamentaux, mais ce rattachement ne coïncidera pas avec une localisation en termes de droit international privé. Détaché de toute recherche du centre de gravité de la situation, le lien territorial se fonde dans le lien de compétence juridictionnelle. Le statut personnel n'est plus alors relié à un territoire étatique, mais à un espace beaucoup plus abstrait de valeurs fondamentales.

Cette approche abstraite déterritorisée n'est plus seulement le fait de la Cour EDH : les juridictions nationales sont parfois aussi séduites par cette approche. En atteste l'arrêt de la Cour d'appel de 1994, un arrêt ancien en matière de transsexualisme<sup>334</sup>. La Cour, ignorant dans cette affaire la loi nationale argentine qui prohibait le changement de sexe, préféra imposer la toute nouvelle conception française sur la question et reconnaître le changement juridique de sexe en France, au nom de la loi française appliquée ici en tant que loi dite *d'application immédiate*. Bien sûr, cette intervention a eu pour mérite de protéger les droits fondamentaux du transsexuel en question, mais sa portée est nécessairement limitée au territoire français. Elle a donc engendré, selon l'expression du professeur Lequette : « *un sexe boiteux* », le transsexuel concerné étant doté d'un sexe juridique différent dans son État d'origine et dans son État d'accueil. On assiste donc, d'une part, à une territorialité de la norme, puisque le juge en vient à appliquer sa propre loi, la

<sup>334</sup> Cour d'appel de Paris, 14 juin 1994, *Osmar B.*, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 308, note Y. Lequette.



loi du *for*, et que celle-ci ne sera pas reconnue à l'étranger et, d'autre part, à une déterritorialisation du statut personnel, puisque le statut des personnes n'est plus rattaché au territoire dans lequel la personne a son centre de gravité. La raison d'être du statut personnel, la permanence de l'état des personnes au-delà des frontières se trouve alors sacrifiée.

Une approche semblable est décelable dans les règlements européens récents, relatifs au statut des personnes et de la famille<sup>335</sup>. Selon ces règlements, toute loi étrangère normalement applicable qui contiendrait des dispositions discriminatoires devrait être écartée dans son intégralité et non pas seulement, comme l'aurait exigé le raisonnement classique de droit international privé, dans celles de ses dispositions choquantes. La loi normalement applicable est donc ainsi rapidement évincée et le rattachement du statut personnel au territoire dans lequel la personne a son centre de gravité balayé, au profit d'une application abstraite de valeurs fondamentales.

### 1.2. La mobilité internationale accrue et encouragée des individus

J'ai néanmoins trouvé quelques hypothèses dans lesquelles droits fondamentaux et considérations territoriales se combinaient dans le raisonnement. Malheureusement, cette combinaison ne se fait pas au profit de la permanence de l'état des personnes.

Dans l'affaire *A, B et C contre Irlande*<sup>336</sup>, la Cour EDH, en 2010, a bien intégré des considérations territoriales, mais dans le but de promouvoir la mobilité internationale des individus, autre facteur accentuant la déterritorialisation du statut personnel. Dans cette affaire, la Cour EDH a estimé que la prohibition, sauf rares exceptions, de l'avortement en Irlande était justifiée et proportionnée parce qu'elle ne s'opposait pas à ce que des femmes irlandaises souhaitant avorter se rendent au Royaume-Uni à cette fin. La considération du territoire se fait ici à contre-courant : ce n'est plus la localisation de la situation à l'étranger qui justifie l'application atténuée des valeurs du *for*, selon une perspective classique de droit international privé, mais la possibilité d'aller chercher dans un pays voisin ce que prohibe le *for* qui justifie le maintien, dès lors symbolique, de la prohibition nationale. Le raisonnement semble renforcer l'autonomie de la volonté. Il semble exprimer l'existence d'un droit subjectif pour tout individu soumis aux juridictions d'un État membre du Conseil de l'Europe d'obtenir, dans un autre État européen, voire dans un État tiers, la modification souhaitée de son état individuel ou familial.

335 V. notamment : Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, entré en vigueur le 18 juin 2011 ; Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (appelé règlement Rome III), entré en vigueur le 21 juin 2012 ; Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, entré en vigueur le 17 août 2015.

336 CEDH, Gde ch., req. n° 25579/05, 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*.







L'approche évoque également l'un des principes clés de la construction de l'Union européenne, celui de la libre circulation des individus, principe déjà évoqué en matière de statut du nom de famille, notamment dans l'affaire *Grunkin-Paul*<sup>337</sup>.

Contrairement au statut du nom de famille, dans les arrêts relatifs à l'avortement, nier le fait même de l'avortement serait impossible ! La femme qui n'est plus enceinte de retour au pays ne réclame pas, non plus, de changement de son état civil. L'emprise du droit est donc nécessairement limitée. L'invocation d'un droit libéral étranger comme justification du maintien des prohibitions du *for* n'en reste pas moins troublante... L'appréciation de la compatibilité des droits nationaux aux droits fondamentaux intégrerait-elle désormais la mobilité internationale des individus ? Ce serait alors l'appréhension territorialiste étatique de la norme qui semblerait contestée en son principe.

### 1.3. Le pluralisme juridique

De fait, l'appréhension nationaliste et étatique des relations privées internationales est parfois jugée dépassée par les tenants du pluralisme juridique, car elle projetterait une vision trop rigide du droit. Les tenants du pluralisme juridique, troisième facteur contribuant à une déterritorialisation du statut personnel, incitent tous à penser le droit au pluriel et à le dissocier de la souveraineté étatique.

Dans cette veine, en Angleterre, un courant doctrinal a, par exemple, proposé de renforcer les pouvoirs octroyés aux tribunaux religieux. Il s'agirait, ainsi, d'encourager les sources non étatiques dans l'élaboration du droit familial. À l'heure actuelle, ces tribunaux principalement islamiques et rabbiniques ne sont pas associés à la production normative officielle. Ils ne traitent que de questions religieuses, et leurs décisions ne produisent aucun effet juridique sur le statut des personnes. Pourtant, pour nombres d'individus – des femmes notamment, qui n'ont pas conclu de mariage civil ou qui craignent d'être ostracisées par leur communauté si leur divorce, prononcé par un juge étatique, ne se double pas du prononcé d'un divorce religieux –, ces tribunaux religieux exercent un pouvoir normatif réel et puissant sur leur vie familiale. Aussi, des voix se sont-elles élevées en Angleterre afin de reconnaître officiellement le rôle de ces tribunaux, pour mieux les encadrer.

Dans une affaire très commentée par les médias, *Re AI et MT*<sup>338</sup>, le juge Baker de la Haute Cour de Londres a autorisé, en 2013, deux époux à régler les conséquences juridiques de leur divorce, y compris celles relatives au droit de garde et de visite des enfants devant un *Beit Din*<sup>339</sup> à New York (l'un des nombreux là-bas). Eu égard aux fortes convictions religieuses des parties, et à l'importance que le droit anglais attache, désormais, à la médiation et à la négociation pour régler

337 CJUE, Gde ch., aff. C-353/06, 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul c. Standesamt Niebüll*.

338 Haute Cour de Londres, ch. familiale, janvier 2013, *Re AI et MT*. Dans cette affaire de divorce international impliquant des enfants, le juge Baker administra la procédure anglaise de manière à ouvrir aux parties le recours à une forme d'arbitrage par un tribunal religieux désigné. Le juge examina la décision de ce dernier qu'il traduit ensuite en une ordonnance anglaise librement consentie. Pour une analyse de l'affaire, v. Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille (AIMJF), Chronique, n° 2/2013, pp. 70 à 73, consultable sur le site Internet [www.aimjf.org](http://www.aimjf.org).

339 Un tribunal religieux rabbinique.







les conséquences juridiques du divorce, le juge a estimé que l'intervention du *Beit Din* de New York devait être encouragée dans cette affaire anglo-canadienne. En l'espèce, la délégation encadrée ainsi effectuée a sans doute permis d'éviter un statut boiteux dans lequel la femme divorcée, au regard du droit étatique compétent, n'en aurait pas moins toujours été enchaînée dans les liens du mariage en vertu du droit religieux. Mais, il n'est pas sûr, comme certains ont pu le soutenir, voire le souhaiter, en tous cas en Angleterre, que la démarche témoigne d'une déterritorialisation radicale du statut personnel en ajoutant, à son rattachement étatique, un critère religieux optionnel.

## **2. Les conséquences du détachement du statut personnel par rapport à la notion de territoire**

Quelles sont les conséquences de tous ces courants pour les méthodes du statut personnel en droit international privé ?

Quelques auteurs ont proposé le basculement du raisonnement de droit international privé vers la méthodologie de la reconnaissance. Selon cette méthode, une situation constituée valablement à l'étranger devrait être reconnue dans l'ordre du *for*, dans l'État du juge saisi, avant tout parce que les parties ont pu se fier à la validité de celle-ci. La méthode ne va pas jusqu'à proposer une déterritorialisation du statut personnel, mais elle postule un relâchement des liens territoriaux. La désignation d'une seule loi applicable, d'un seul État de référence, y est contestée. Un certain lien entre la situation et l'ordre juridique qui la constituait est cependant, en principe, toujours exigé.

Néanmoins, l'on peut se demander si cette exigence territoriale, même ténue, sera toujours maintenue. Je pense aux arrêts récents rendus par la Cour EDH en matière de gestation pour autrui : ils révèlent que l'intérêt de l'enfant pourra conduire à reconnaître, du moins en partie, une situation constituée à l'étranger, alors même que les parties n'ont aucun lien avec l'État dans lequel la situation a été constituée, et alors même que la situation a été constituée en violation des dispositions et des valeurs fondamentales du *for*. L'on peut comprendre la solution au regard de l'intérêt de l'enfant, mais force est de constater que l'exigence d'un lien territorial, même ténue, avec l'État d'origine, pourra être amenée à céder face aux droits fondamentaux de l'enfant.

### **Conclusion**

Quel bilan tirer de cette analyse ? Le statut personnel ne se doit pas seulement d'être cohérent et intellectuellement intelligible, il doit également être doté d'une signification sociologique réelle pour les intéressés, c'est-à-dire correspondre à un vécu. Un rattachement à la nationalité qui ne correspondrait à aucun lien quelconque avec le pays national, une loi étatique dépourvue de toute emprise sur les communautés auxquelles les parties appartiennent manqueraient certainement leur but.

Mais, ce risque d'artifice ne saurait être évité par le renvoi actuel aux volontés individuelles ou à un droit subjectif de choisir son statut. La précarité, l'incertitude





et le morcellement qui découleraient d'interventions inopinées généralisées de la volonté individuelle – on l'a vu – par le biais des droits fondamentaux, de la méthodologie de la reconnaissance ou autre mécanisme, porteraient un coup fatal à la stabilité de la réglementation en la matière, puisque la loi normalement applicable serait continuellement susceptible d'être écartée, afin d'entériner les attentes des parties.

Aussi, un rattachement étatique devrait-il être conservé autour du milieu de vie des intéressés. En outre, dans l'application de la loi étatique, une flexibilité suffisante devrait être ménagée : par exemple, une application concrète de l'exception d'ordre public international ou la possibilité de recourir à une médiation afin de tenir compte de l'attachement des parties à un système normatif religieux pourraient être envisagées. Dans ce dernier cas, il ne s'agirait pas de se plier aux normes religieuses, ni même d'introduire un rattachement optionnel, mais de prendre en compte l'attachement des parties à un système religieux. Quant aux droits fondamentaux ou à la méthode de reconnaissance, l'on peut penser que si le rattachement était plus territorial, leur intrusion serait, dans bien des cas, évitée. Des hypothèses de discordance entre la loi du milieu de vie et la loi du *for*, la loi du juge saisi, perdureront cependant, de même que la tentation pour les individus d'aller chercher à l'étranger, dans un État plus libéral, ce que prohibe la loi de leur milieu de vie.

Faut-il, dans ces hypothèses, continuer à entériner le fait accompli ? Il serait certes difficile de l'ignorer totalement sans mettre à mal, parfois, l'intérêt de l'enfant. Mais plutôt que de suggérer qu'il revient nécessairement aux États prohibitifs de s'adapter, l'attention devrait se porter davantage sur les États libéraux, afin qu'ils restreignent l'accès à la gestation pour autrui dans leur pays.

Une nouvelle redéfinition du statut personnel et de sa méthodologie, respectueuse de la globalité et de la permanence de la catégorie, serait ainsi sans doute aujourd'hui de nouveau bienvenue.

---

**Christian Vigouroux**

*président de la section de l'intérieur du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Merci pour cet exposé très intéressant qui nous a plongés dans l'avenir.

---

**Bénédicte Fauvarque-Cosson**

*professeure à l'université Panthéon-Assas,*  
*ancienne présidente de la Société de législation comparée*

J'ai été étonnée par cette affaire au Royaume-Uni où le juge Baker a encouragé l'intervention du *Beit Din* de New-York, et par cette idée que l'on pourrait encourager les sources non-étatiques dans l'élaboration du droit familial. Mais la situation au Royaume-Uni est différente parce que, traditionnellement, l'on y applique la loi du domicile en matière de statut personnel, laquelle correspond d'ailleurs mieux au système juridique qui privilégie le rattachement au milieu de vie des intéressés.





Si l'on a une conception assez souple du domicile ou de la résidence habituelle, il y a en général une coïncidence entre ces trois concepts : domicile, résidence habituelle et rattachement au milieu de vie. Sachant, néanmoins, que lorsque le juge anglais est saisi, et qu'il applique en matière de statut des personnes la loi du domicile, il applique en réalité la loi du *for*, c'est-à-dire sa propre loi.

Tandis que dans notre système, l'on demandera au juge d'appliquer la loi nationale ; et si les personnes sont étrangères, la loi étrangère.

Je me demande donc dans quelle mesure ce débat ne devrait pas être relié à ce point de départ, très différent, qui conduit finalement les juridictions britanniques à appliquer beaucoup moins souvent, en matière de statut personnel, les lois étrangères, et à moins respecter cette identité fondamentale de la personne à travers sa nationalité – ou sa religion – alors qu'en France, le juge est plus habitué à l'application d'une loi nationale étrangère. Un lien a-t-il été établi par les auteurs britanniques entre leur système et leurs propositions ?

---

**Jeremy Heymann**

*professeur à l'université Lumière Lyon 2*

Cette intervention est très intéressante, car l'on observe énormément de liens entre ce que l'on voit avec l'influence de la Cour EDH et sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux, et ce qui est à l'œuvre également dans la jurisprudence de la CJUE. *Quid* cependant d'un éventuel risque de conflits de droits fondamentaux ? La question se pose du lien entre la Convention EDH et la Charte européenne des droits fondamentaux. Une seconde interrogation concerne l'influence des droits fondamentaux sur la loi étatique, et le recul de cette dernière : les droits fondamentaux ne sont-ils pas, d'une certaine manière, intégrés dans la loi étatique de par la souscription des différents États à la Convention EDH, ou au système de l'Union européenne ?

---

**Christian Vigouroux**

*président de la section de l'intérieur du Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Pour ma part, j'ai été surpris par votre commentaire de l'affaire *A, B et C contre Irlande* de 2010. Face à la pluralité, ne se construit-il pas, au nom des droits de l'homme et avec des principes auxquels on ne pourrait pas déroger (anti-discrimination, dignité de la personne, etc.), un ordre unique où l'on irait chercher ce qui est le plus commode dans un autre État ?

---

**Bénédicte Fauvarque-Cosson**

*professeure à l'université Panthéon-Assas,  
ancienne présidente de la Société de législation comparée*

Concernant l'affaire *A, B et C contre Irlande*, je pense que la Cour EDH a été influencée par le souci de laisser une marge d'appréciation suffisante à l'Irlande, et que la possibilité d'aller à l'étranger satisfaire les requêtes individuelles lui a





paru suffisante. Sur le plan du raisonnement, cela conduit à intégrer la mobilité internationale, à encourager l'autonomie de la volonté, et à introduire une grande incertitude dans la réglementation du droit familial. Sur le plan des droits fondamentaux, l'on peut se demander si cette solution n'instaure pas une certaine discrimination entre les femmes suffisamment informées, qui ont les moyens de se rendre au Royaume-Uni, et les autres.

S'agissant du domicile d'origine, je n'ai pas évoqué ce point. Si la plupart des États ont retenu comme rattachement au statut personnel la nationalité, c'est-à-dire qu'ils appliquent traditionnellement la loi nationale aux questions d'état individuel et familial des personnes dans les relations internationales, ce n'est pas le cas du Royaume-Uni. Pour ce dernier, le critère du domicile est retenu ; mais celui-ci peut très souvent coïncider avec la nationalité parce qu'il est défini de manière assez fixe. Au départ, on le définit comme le domicile d'origine, c'est-à-dire le domicile du père de l'enfant au jour de la naissance. L'on peut ensuite le faire évoluer si un domicile de choix est acquis, à condition que le changement de résidence coïncide avec la volonté de rester dans le nouveau pays de manière permanente. Et là s'instaure une grande incertitude.

Je ne pense pas que le lien entre le rattachement personnel et ces mouvements de pluralisme juridique ait été fait. Les mouvements de pluralisme juridique sont plutôt nés de la volonté de dépasser l'identité nationale au sens d'identité étatique. Que l'on retienne le domicile d'origine ou la nationalité, on relie toujours l'individu à un État. C'est cela qui est contesté par les tenants du pluralisme juridique, afin de donner plus de cas, plus de valeur, à l'identité religieuse des individus. Je pense que, de ce point de vue, la révolution est aussi importante pour le raisonnement de droit anglais que pour le raisonnement de droit français.

S'agissant des droits fondamentaux, je pense que le risque de conflits des droits est réel. Entre les droits fondamentaux issus de la Convention EDH et ceux de la Charte européenne, il est de plus en plus souvent difficile de trancher. La Cour EDH a instauré un système de proportionnalité qui ne permet pas toujours de prédire, avec certitude, la solution à ces conflits horizontaux.

---

**Christian Vigouroux**

*président de la section de l'intérieur du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Je donne la parole au professeur Heymann pour le troisième exposé de notre colloque.

---

**Jeremy Heymann**

*professeur à l'université Lumière Lyon 2*

L'intitulé de cette conférence est tout à fait adapté à mon intervention, car je vais évoquer le « statut de la personne entre territorialité et extraterritorialité ».





L'Union européenne est elle-même entre territorialité et extraterritorialité. Il existe même une double territorialité, et une double extraterritorialité. L'Union européenne est formée de l'ensemble des territoires des États membres et, à ce titre, elle forme donc un territoire unique et commun, sous réserve, bien sûr, du jeu des articles 349 et 355 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Et, par là même, demeurent les territoires propres des États membres.

Lorsque l'on envisage la question de la territorialité, c'est donc, du point de vue de l'Union européenne, d'abord d'une territorialité unique, tournée vers l'intérieur des États membres, dont il s'agit. Mais du point de vue des États membres, cette même territorialité se conçoit ensuite – et avant tout – à partir du territoire constitué par chacun d'entre eux. D'un autre côté, l'extraterritorialité concerne les rapports entre les États membres eux-mêmes et/ou les rapports entre les États membres et les États tiers, voire entre l'Union européenne – en tant que territoire unique – et les États tiers. De ce point de vue-là, l'extraterritorialité interroge, notamment parce que se cachent derrière ce concept des questions de compétences, et de titres de compétences. De façon très prosaïque, l'on peut en effet se demander : qui fait quoi dans l'Union européenne ? Quelle(s) compétence(s) pour les États membres, d'une part, et quelle(s) compétence(s) pour l'Union européenne, d'autre part ?

La question concerne donc l'existence de compétences « exclusives » et/ou celle de compétences « partagées ». S'agissant du droit international privé, cette matière s'insère à l'évidence dans un domaine de compétences partagées. De ce point de vue-là, l'enjeu de la question du statut de la personne est donc de délimiter les pouvoirs respectifs de l'Union européenne et des États membres en la matière. Pour ce faire, la seule consultation des traités constitutifs devrait être suffisante, mais il faut se souvenir ici qu'il existe, dans la jurisprudence de la CJUE, « *la théorie des compétences implicites* »<sup>340</sup>. Cette théorie prévoit que, dès lors que l'Union a un titre de compétence dans un domaine, elle peut en revendiquer l'exercice dans une perspective élargie, notamment pour ce qui concerne la gestion de ce domaine dans les rapports avec les États tiers. L'Union européenne peut donc revendiquer un titre de compétence aussi bien interne qu'externe, ce qui ne manque pas de soulever de graves questions de répartition de compétences. Je ne rentrerai toutefois pas dans ce débat, car j'entends me concentrer sur un aspect qui échappe *a priori* à cette question.

D'emblée, soulignons que, traditionnellement, la question du statut de la personne – et j'évoquerai ici principalement le statut de la personne physique – relève de la compétence exclusive des États ; ce qui a été expressément reconnu par la Cour de justice des communautés européennes – aujourd'hui CJUE –, notamment dans l'arrêt *Garcia Avello contre État belge*<sup>341</sup>. En matière de droit international privé, cela signifie que les questions de rattachement (privilégier la nationalité,

<sup>340</sup> En principe, l'Union européenne ne peut agir que dans les domaines où les États membres lui ont transféré des compétences, afin d'atteindre les objectifs fixés par les traités ; les compétences n'ayant pas fait l'objet de transferts à l'Union demeurant à la charge des États. Une lecture littérale des traités pourrait laisser penser que la compétence des États est la règle, et le transfert de compétences l'exception. À cette théorie se heurte la théorie des « *compétences implicites* » qui confère à l'Union, en plus des compétences expressément transférées, des compétences nécessaires à la réalisation desdites compétences transférées.

<sup>341</sup> CJCE, ass. plén., aff. C-148/02, 2 octobre 2003, *Garcia Avello c. État belge*.





le domicile, ou la résidence habituelle pour déterminer la loi applicable au statut d'une personne) ne peuvent être tranchées que par les États membres : c'est à eux seuls qu'il revient de se prononcer.

Présenté de cette manière, mon sujet serait déjà clos. L'Union européenne n'ayant rien à revendiquer, les États doivent pouvoir continuer à agir comme ils l'entendent, et l'on pourrait conclure, puisque la thématique est celle de la mobilité, par : « Circulez, il n'y a rien à voir dans ce domaine ! ».

Néanmoins, ce serait faire montre d'une approche beaucoup trop rigide, et d'une vue bien trop courte de cette question. En effet, si les États membres sont titulaires de ce titre de compétence pour ce qui concerne la définition et la détermination de la loi applicable au statut personnel, ils n'en sont pas moins, concomitamment, dans le cadre de l'Union européenne, membres d'une Fédération qui vient les supplanter dans un certain nombre de domaines et qui, aujourd'hui, offre à ses citoyens des libertés de circulation, économiques et politiques, que l'on peut résumer à celle que garantit la citoyenneté de l'Union, à savoir, la liberté de circuler et de séjourner sur l'ensemble des territoires de l'Union européenne.

C'est ainsi que viennent s'insinuer des éléments de droit de l'Union dans le raisonnement classique de droit international privé, ce qui ne manque pas de perturber quelque peu l'exercice par les États de leur pouvoir en la matière.

Comme il n'y a pas de meilleurs exemples que ceux tirés de la réalité, je voudrais évoquer avec vous, brièvement, deux affaires qui me paraissent symptomatiques de cette influence du droit de l'Union européenne sur le jeu, classique, du conflit de lois en matière de statut personnel.

1. Le premier exemple est tiré d'un arrêt de la CJCE de 2008 : l'arrêt *Grunkin-Paul*<sup>342</sup>. Il s'agit d'un arrêt de principe qui vient poser les bases du renouvellement de l'approche qu'il faut avoir en matière de droit international privé, relativement au traitement des questions de statut personnel en droit de l'Union européenne. De quoi s'agit-il ? D'un couple de ressortissants allemands qui eurent un enfant, né au Danemark, mais dont la naissance dans ce pays n'entraîna pas pour ce dernier l'acquisition de la nationalité danoise. En vertu du droit du sang allemand, celui-ci acquit donc la nationalité allemande. Par la suite, le couple s'est séparé ; et cet enfant a vu son mode de vie s'établir de façon partagée, au lieu de résidence de sa mère, situé au Danemark, et au lieu de résidence de son père, situé en Allemagne. Indépendamment de ces éléments, les parents souhaitaient que cet enfant porte leur double nom, à savoir Grunkin et Paul. Or, le droit national allemand ne prévoyait que la possibilité, pour tout ressortissant allemand, de porter soit le nom du père, soit le nom de la mère, mais pas les deux accolés. L'enjeu pour ses parents était donc d'essayer d'obtenir, pour leur enfant, l'autorisation de porter ce double nom, ce qui leur a finalement été accordé. Comment ont-ils fait ? Ils ont invoqué au profit de leur enfant le bénéfice de la loi danoise qui, dans son système de droit international privé, retient le critère du domicile pour déterminer la loi applicable au statut des personnes – contrairement à la loi allemande qui retient le critère

<sup>342</sup> CJCE, Gde ch., aff. C-353/06, 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul c. Standesamt Niebüll*.





de la nationalité. De ce fait, ils ont invoqué le lieu de naissance de l'enfant pour solliciter des autorités danoises l'attribution d'un acte d'état-civil pour leur enfant, acte qui contiendrait, conformément au droit danois, le double nom des parents, soit Grunkin et Paul. Ayant finalement obtenu un tel acte d'état-civil, les parents revinrent en Allemagne, et demandèrent la reconnaissance de cet état-civil par les autorités allemandes, lesquelles s'y refusèrent. Étant donné que l'enfant était allemand, le droit allemand – matériel comme conflictuel – devait continuer à s'appliquer, indépendamment de ce qu'avaient pu décider les autorités danoises.

Avant 2008, tel était l'état du droit international privé dans l'Union européenne : l'Allemagne se prononçait seule sur le statut personnel de ses propres ressortissants, et le fait que l'État danois ait un point de vue différent n'y changeait rien. Le ressortissant national voyait sa loi nationale s'appliquer à son statut personnel, et il n'y avait rien à (re)dire.

Cela dit, l'enfant n'était pas qu'un simple ressortissant allemand. Il était également, de par sa nationalité allemande, citoyen de l'Union européenne. Par conséquent, il devait, en vertu de ce second statut, se voir garantir une liberté de circulation et de séjour dans l'ensemble des États membres. Pour lui, cela était d'autant plus vrai et nécessaire qu'il franchissait toutes les semaines la frontière germano-danoise, et qu'il se partageait entre le domicile de sa mère, situé au Danemark, et le domicile de son père, situé en Allemagne. Les interrogations sur la portée de ce double statut, du double point de vue de ses effets et de ses limites, ont conduit la Cour de justice à être saisie de l'affaire, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en interprétation. La Cour devait ainsi se prononcer sur le point de savoir, notamment, si la citoyenneté de l'Union s'opposait – ou non – à cette solution de droit international privé allemand, de facture tout à fait classique. La solution de la Cour de justice paraîtra aujourd'hui sans doute fort peu surprenante, mais à l'époque elle a surpris : la Cour y a en effet considéré que le statut de citoyen de l'Union s'opposait à cette décision allemande, si bien que les autorités allemandes compétentes devaient reconnaître la situation valablement créée au Danemark, en application du droit danois.

Cette décision est très importante parce qu'elle signifie aujourd'hui que la mobilité – puisque l'on parle des figures de la mobilité – permet à des ressortissants d'un État membre d'aller constituer ailleurs une situation, et d'en revendiquer par la suite les effets et les bénéfices dans leur propre État de nationalité, alors même que celui-ci s'y refuse, et alors même que ces droits sont traditionnellement jugés indisponibles.

2. Le second exemple, qui certes va plutôt en sens inverse, est une exception par rapport au principe qui vient d'être dégagé. Il est issu de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* de la CJUE<sup>343</sup>, et porte à peu près sur les mêmes questions. Il s'agit d'une adoption internationale, prononcée en 1991 en Allemagne, et qui concerne une ressortissante autrichienne. Cette adoption internationale n'avait pas changé la nationalité de la personne adoptée, mais, en revanche, elle lui avait permis de revendiquer le nom de son père adoptif, M. Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein (en français, prince

343 CJUE, aff. C-208/09, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*.





de Sayn-Wittgenstein). Elle pouvait donc porter ce nom sous sa forme féminisée : « *Fürstin von Sayn-Wittgenstein* » (en français, princesse de Sayn-Wittgenstein). Or, ce qui était possible en Allemagne, lieu de l'adoption, ne l'était pas en Autriche, État dont cette personne avait la seule nationalité, car les autorités autrichiennes avaient pris en 1919 une loi d'abolition de la noblesse. À la suite d'une affaire similaire jugée en 2003 par la Cour constitutionnelle autrichienne, l'officier de l'état-civil de Vienne avait donc rectifié l'inscription du nom de la requérante dans le registre de l'état-civil en « *Sayn-Wittgenstein* », excluant ainsi le titre de noblesse de la transcription, alors même qu'il s'agissait en Allemagne d'une composante du nom de famille transmis.

L'on notera également que, pour cette personne spécialisée dans la vente de manoirs et de châteaux, notamment en Bavière, ce titre était important dans l'exercice de ses activités commerciales.

Dans cette affaire, si l'on s'en tenait à l'interprétation du droit de l'Union issue de l'arrêt *Grunkin-Paul*, l'on pouvait supposer que cette personne devait tirer un bénéfice de cet arrêt, et obtenir ainsi gain de cause devant les autorités autrichiennes, c'est-à-dire obtenir la transcription pleine et entière du nom de famille que lui avait transmis son père adoptif dans les registres de l'état-civil de la ville de Vienne. Cette revendication pouvait être fondée, en l'espèce, sur la citoyenneté de l'Union, mais également sur l'exercice de libertés, telles que, par exemple, la liberté de prestation de service, ou encore la liberté de circulation, notamment entre l'Allemagne et l'Autriche.

Pourtant, la CJUE a considéré ne pas devoir faire droit à cette demande, car les autorités autrichiennes étaient fondées à refuser la reconnaissance de cette situation, même valablement constituée en Allemagne. Pour quelle raison ? Parce que l'application de la loi d'abolition de la noblesse de 1919, et plus généralement du principe constitutionnel d'égalité de tous les citoyens autrichiens, devait être interprétée comme une invocation d'ordre public. Il faut donc déduire de la réponse de la CJUE qu'il s'agit, non pas d'un tempérament qui aurait vocation à perdurer, mais, plutôt, d'une exception au principe évoqué précédemment – l'on voit ici le résultat de l'influence du droit de l'Union européenne sur les droits internationaux privés étatiques de source nationale.

Aussi, que retenir de ces deux affaires ?

Premièrement, que le statut de citoyen de l'Union qui, depuis 2001, a vocation à devenir le statut fondamental des ressortissants des États membres, a pris de l'ampleur, et qu'il constitue aujourd'hui un outil au service de la volonté des citoyens de certains États pour obtenir, ailleurs, ce qu'ils ne peuvent pas revendiquer dans leur État de nationalité, voire de domicile.

Deuxièmement, que cela peut entraîner une réaction de choc pour certains, car l'on constate que la citoyenneté offre à ses titulaires, par une autonomie de la volonté accrue, la possibilité de s'opposer à leur État de nationalité, c'est-à-dire de s'opposer à des droits normalement indisponibles pour toute personne qui n'aurait pas exercé cette mobilité, au moyen d'une liberté de circulation. Cela permet donc







à des personnes de se retourner contre leur État de nationalité, alors même – et c'est cela qui peut être choquant – que c'est grâce à cet État qu'elles ont obtenu le statut de citoyen de l'Union, et donc le droit d'exercer cette mobilité, laquelle est, si ce n'est internationale, à tout le moins intra-européenne.

Voilà pour une illustration concrète de l'influence du droit de l'Union sur le droit international privé étatique de facture classique.

En résumé, l'on retiendra que cela n'a pas pour conséquence directe de forcer les États membres à changer leur système de rattachement, ni même leur conception du droit international privé. Simplement, cela doit être vu comme une incitation à la souplesse, à une approche renouvelée, dans les rapports intra-européens, du traitement de situations qui, auparavant, ne pouvaient pas donner lieu à débat, ni à une éventuelle revendication contraire, puisque les choses étaient réglées par une seule juridiction, et par le seul État de la nationalité.

Il doit être noté que ce raisonnement, dans le domaine des libertés économiques de circulation, est pareillement invocable – et invoqué – par les personnes morales. Le droit de l'Union européenne offre en effet, *mutatis mutandis*, les mêmes possibilités de mobilité aux personnes morales qui décideraient de déplacer leur siège, statutaire ou réel, d'un État membre à un autre. Et cela, alors même que les États de départ ou d'arrivée souhaiteraient s'y opposer. Un parallèle peut donc être fait entre les personnes physiques et les personnes morales.

L'on peut également déceler dans le droit de l'Union un mouvement très net en faveur de l'octroi de droits subjectifs aux particuliers, qu'il s'agisse de personnes physiques ou bien de personnes morales ; ces droits subjectifs ont vocation à être opposés aux États, de départ ou d'accueil, qui entendraient contraindre l'expression d'une volonté personnelle de mobilité.

En conclusion, j'évoquerai des questions d'actualité ou, à tout le moins, des questions en lien avec le thème du présent colloque. Ce sont des questions qui vont sans doute se poser, assez rapidement, dans un avenir proche.

Il s'agit tout d'abord de la question de l'influence de cette jurisprudence de la CJUE dans d'autres domaines, comme par exemple celui de la gestation pour autrui (GPA). Que se passera-t-il lorsqu'une GPA aura été contractée en Grèce, ou au Royaume-Uni, et que la personne aura une double nationalité, ou invoquera tout simplement la possession de la citoyenneté de l'Union ? Que se passera-t-il si une personne souhaite exercer l'activité de « *gestatrice pour autrui* », en tant que prestation de service ? Cela relève-t-il des libertés économiques ? Est-ce défendable en tant que tel ? Ce sont des questions qui ne vont pas tarder à se poser, et il faut les envisager dès à présent.

S'agissant ensuite du statut de citoyen de l'Union européenne, l'on a vu que celui-ci exerce depuis 2001 une influence très forte au stade de la réalisation de leur droit par les États membres, et ce phénomène ne peut aller qu'en s'accroissant puisqu'un tel statut a, dans l'esprit de la CJUE, vocation à devenir le statut fondamental des





ressortissants des États membres<sup>344</sup>. Dans ce contexte, va-t-on vers un dépassement du statut personnel de droit national que l'on connaissait jusqu'à présent ? Se dirige-t-on vers un statut qui aurait vocation à « englober » totalement ce statut national, ou se contentera-t-il de cette cohabitation/superposition qui caractérise l'état du droit actuel ? Que va-t-on pouvoir en déduire, notamment pour une application à l'étranger, c'est-à-dire non pas sur le territoire d'un autre État membre de l'Union, mais sur le territoire d'un État tiers ? Aujourd'hui, le statut personnel de source nationale permet une protection de l'individu. Le statut de citoyen de l'Union permet-il, ou permettra-t-il, la même protection ? Et, surtout, n'est-ce pas inapproprié de n'envisager la citoyenneté de l'Union que sous l'angle de la mobilité et de la circulation, face à un statut qui existe et est pérenne en dehors de toute situation de circulation ?

Je suis citoyen de l'Union en France, alors même que je ne me déplace pas, et que je n'exerce pas une quelconque liberté, ou une quelconque mobilité. Ce statut me garantit un certain nombre de droits : il s'agit de droits politiques qui sont, pour l'instant, assez peu nombreux, mais qui ont vocation à s'agrandir.

Récemment, en dehors de ces situations de mobilité, un arrêt est venu se prononcer sur la force de ce statut en dehors de tout exercice d'une liberté de circulation. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour de justice en 2011<sup>345</sup>, arrêt qui a fait couler beaucoup d'encre<sup>346</sup>.

Un ressortissant colombien avait trouvé refuge en Belgique avec sa femme, et l'un de ses enfants. Par la suite, le couple eut deux nouveaux enfants, lesquels naquirent sur le territoire belge, et obtinrent la nationalité belge. Après avoir exercé un emploi légal, le ressortissant colombien s'est retrouvé au chômage. S'est alors posé la question de savoir s'il pouvait bénéficier des droits et des allocations-chômage garantis par l'État belge. Cela lui fut refusé en raison de sa situation, jugée irrégulière. Or, si l'on reconduisait cette personne à la frontière, le risque était d'exiler en dehors des frontières deux ressortissants belges, également citoyens de l'Union européenne. La question ne se posait pas en termes de possibilité de retour en Colombie, car, à l'époque, la situation interne de cet État ne permettait pas un tel retour. Cela dit, un éventuel éloignement posait la question du statut de ces deux citoyens européens, et des droits qui y étaient attachés, alors même que la liberté de circulation garantie par ce statut n'avait pas du tout été exercée – la situation était entièrement localisée sur le seul territoire belge.

La CJUE a considéré que la citoyenneté de l'Union s'opposait en l'espèce à toute mesure d'éloignement. L'on peut donc en déduire la création jurisprudentielle, prétorienne, d'un « droit à » ne pas quitter le territoire de l'Union européenne ; ce

344 CJCE, aff. C-184/99, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* : « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique », point 31.

345 CJUE, Gde ch., aff. C-34/09, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*.

346 Dans cette affaire, la CJUE consacre le droit de séjour et le droit de pouvoir occuper un emploi salarié au profit d'étrangers non communautaires qui ont un enfant en bas âge ayant la nationalité d'un État membre de l'Union européenne.





qui serait aujourd'hui le premier droit négatif, mais de valeur positive, que peuvent revendiquer les citoyens en dehors de leur liberté de circulation. D'autres droits ne manqueront pas d'être créés à l'avenir, mais l'on envisage ici le moyen, voire le long terme, et je suis pour ma part arrivé à celui de cette communication.

---

**Christian Vigouroux**

*président de la section de l'intérieur du Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Merci. Je pense que votre intervention va susciter des questions et des observations.

---

**Myriam Hunter-Henin**

*professeure à University College London.*

Cette présentation évoque de nombreux raisonnements parallèles à ceux de la Cour EDH. Ne pensez-vous pas que la libre circulation combinée aux droits fondamentaux du Conseil de l'Europe va encore plus loin, car elle va s'appliquer à des États tiers et court-circuiter encore davantage le raisonnement de droit international privé ? Et que pensez-vous des arrêts relatifs à la gestation pour autrui ? La Cour EDH est-elle allée trop loin en affirmant le bien-fondé d'une politique dissuasive, qui chercherait à décourager les ressortissants français d'aller faire fabriquer un enfant à l'étranger en contravention des prohibitions nationales, car l'on voit que cette politique ne résiste guère à l'intérêt de l'enfant une fois que celui-ci est ramené en France ?

---

**Bénédicte Fauvarque-Cosson**

*professeure à l'université Panthéon-Assas,  
ancienne présidente de la Société de législation comparée*

Cette intervention est également très éclairante sur la notion de citoyenneté européenne. Elle m'a fait penser à une réflexion du professeur Azoulay qui disait qu'avec la citoyenneté européenne, finalement, ce n'est pas le Français qui devient plus européen, c'est le Français qui part vivre en Italie, qui va pouvoir, grâce à la citoyenneté européenne, s'italianiser. Et ce concept de citoyenneté européenne pose, en fait, une exigence d'intégration transnationale dans le pays où le Français se trouve. Il me semble, en effet, que toute l'évolution de cette jurisprudence, notamment avec l'arrêt *Zambrano*<sup>347</sup>, ouvre des perspectives immenses. La Cour de justice pratique une politique des petits pas, mais, quelquefois, ces pas sont assez importants et peuvent contredire l'idée que la compétence de l'Union européenne est très limitée en matière de droit des personnes et de la famille.

La question que je voudrais vous poser est à propos de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*<sup>348</sup>. Certes, l'on peut interpréter cet arrêt comme étant justifié par le fait même que l'identité constitutionnelle était en cause – la loi constitutionnelle autrichienne qui avait aboli les titres nobiliaires devait s'appliquer. Mais, une lecture différente ou

---

347 CJUE, Gde ch., aff. C-34/09, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*.

348 CJUE, aff. C-208/09, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*.





complémentaire ne serait-elle pas possible, laquelle consisterait à dire que ce que l'Autriche considère comme d'ordre public – l'abolition des titres nobiliaires – est assez proche des standards européens, les autorités ayant bénéficié, pour cette raison, d'une marge nationale d'appréciation dont elle n'avait pas bénéficié dans l'arrêt *Grunkin-Paul*<sup>349</sup> ?

---

**Christian Vigouroux**

*président de la section de l'intérieur du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Permettez-moi d'ajouter deux interrogations. Quel serait le changement si, au lieu de dire « *citoyenneté européenne* », l'on disait « *nationalité européenne* » ? La perspective de voir la Cour de justice agir en dehors de la mobilité est très intéressante. N'agit-elle pas, même vis-à-vis de gens qui ne sont pas en situation de mobilité, avec comme principale préoccupation la mobilité potentielle ?

---

**Jeremy Heymann**

*professeur à l'université Lumière Lyon 2*

Tout d'abord, sur l'approche de la Cour EDH. Je pense qu'elle va d'autant plus loin dans son interprétation que le champ des possibles est plus vaste : il n'y a pas de limitation territoriale des droits fondamentaux, alors que la liberté de circulation est nécessairement limitée, car ancrée dans le territoire des États membres. La puissance de frappe – si je puis dire – de la Cour EDH est donc plus forte de ce point de vue là, et le rapport au territoire des droits fondamentaux, puisque leur vocation est d'être universels, donc a-territoriaux, me paraît pouvoir expliquer cette approche particulière.

Ensuite, au sujet de la gestation pour autrui, dans une perspective postérieure aux arrêts *Menesson* et *Labassée*<sup>350</sup>. Il me semble que la solution qui a été rendue doit être lue pour ce qu'elle est, c'est-à-dire une distinction faite entre l'intérêt de l'enfant, et ses droits propres qui ont été totalement déniés, et l'intérêt des parents. Pour certains, c'est une solution en demi-teinte, mais, en tous cas, la Cour EDH me paraît avoir bien fait la distinction entre les revendications personnelles des parents, et les revendications, au nom de l'enfant, de son droit à l'identité, qui, elles, avaient vocation à être reçues. Il s'agit là d'un débat qui est loin d'être clos.

S'agissant de la citoyenneté de l'Union européenne, l'exigence d'intégration est l'enjeu de cette citoyenneté, et du statut qu'elle confère. À cet égard, il existe un arrêt qui fait suite à l'affaire *Zambrano*, et qui apporte d'importantes précisions.

---

349 CEDH, aff. C-353/06, 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul c. Standesamt Niebüll*.

350 CEDH, req. n° 65192/11, 26 juin 2014, *Menesson c. France* ; CEDH, 26 juin 2014, req. n° 65941/11, *Labassée c. France*. Selon la CEDH, l'interdiction de la GPA n'est pas contraire à la Convention EDH, et le refus de transcrire un acte de naissance établi à l'étranger au motif que cette naissance est le fruit d'une GPA est compatible avec le droit au respect de la vie familiale. En revanche, la CEDH a considéré que le refus de transcrire la filiation des enfants à l'égard du père biologique, telle qu'elle apparaît sur l'acte étranger, constitue une atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants protégée par l'article 8 de la Convention EDH.





Il s'agit de l'arrêt *McCarthy*<sup>351</sup>, lequel montre que les questions d'intégration ne peuvent pas être totalement déliées de celles des subsides de la personne, et des moyens de s'intégrer dans un État en dehors d'une aide financière accordée par celui-ci.

Il s'agissait, en l'espèce, d'une personne ayant la double nationalité britannique et irlandaise, et qui souhaitait revendiquer son statut de national Irlandais pour faire bénéficier son compagnon, jamaïcain, de droits attachés à la citoyenneté de l'Union, et lui permettre ainsi de s'établir sur le territoire britannique. Or, cette analyse a été réfutée par la CJUE, précisément parce que l'intégration dudit compagnon, du point de vue des subsides et des possibilités pour celui-ci de pouvoir subvenir à ses besoins, n'était pas avérée. L'intégration se conçoit ici dans une perspective purement économique.

S'agissant de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, l'argument majeur était celui de l'identité constitutionnelle, d'autant plus que l'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE) garantit le respect d'une telle identité. C'est une obligation dont la CJUE doit tenir compte. Lorsqu'on lit cet arrêt à la lumière du droit international privé, il y a un argument d'ordre public international qui était opposé – loi de 1919 d'abolition de la noblesse, ayant rang de règle constitutionnelle et mettant en œuvre le principe d'égalité, et plus généralement principe constitutionnel d'égalité de tous les citoyens autrichiens –, et c'est cet élément qui a été pris en compte. Ce qui a dû emporter l'adhésion de la CJUE n'était donc pas tant le mécanisme utilisé que l'argument qui touchait à l'identité constitutionnelle.

Enfin, j'en viens à l'interrogation sur la notion de « citoyenneté européenne », opposée à celle de « nationalité européenne ». Si je prends la langue anglaise, afin de répondre partiellement à cette question, il n'y a pas de distinction : dans les deux cas, en effet, l'on parle de « *citizenship* ». Cela montre bien que les deux termes doivent être relativisés. Néanmoins, il me semble utile de les conserver pour distinguer ce qui relève de la nationalité étatique, telle qu'on la connaît encore aujourd'hui, et ce qui participe de cette citoyenneté de l'Union, qui s'ajoute à la nationalité étatique mais ne la remplace pas, selon les termes mêmes des traités<sup>352</sup>, car elle est autre chose.

Sans doute, dans « l'esprit » de la CJUE, cette citoyenneté de l'Union a vocation à devoir se rapprocher de la nationalité étatique, mais l'Union européenne n'est pas un État, c'est une Fédération d'États. Et je considère que le terme de citoyenneté convient parfaitement à la situation actuelle, et qu'il ne faut pas y toucher.

---

**Christian Vigouroux**

*président de la section de l'intérieur du Conseil d'État,*  
**modérateur de la conférence**

Je remercie les trois intervenants, à qui je demande de définir en quelques phrases des éléments de conclusion ou de synthèse.

---

351 CJUE, aff. C-434/09, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*.

352 Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), article 20, paragr. 1.





---

## **Jeremy Heymann**

*professeur à l'université Lumière Lyon 2*

Pour moi, le droit de l'Union européenne est un droit d'essence fédérale. Le fédéralisme définit l'unité dans la diversité ; et je pense qu'il faut préserver l'unité de la construction européenne, mais par le maintien de la diversité des droits étatiques. Pour ce faire, la Cour de cassation, le Conseil d'État ou le Conseil constitutionnel doivent veiller à ce que la diversité des droits nationaux soit maintenue, et que l'on ne verse pas dans une situation risquée, celle de l'engloutissement des droits nationaux par une revendication européenne parfois trop « gourmande ».

---

## **Myriam Hunter-Henin**

*professeure à University College London*

Si je relie mes propos au thème de ce débat, « le statut de la personne, entre territorialité et extraterritorialité », il me semble que le principe de territorialité peut s'entendre de deux façons : comme une limitation de l'application spatiale de la norme et comme la recherche d'un territoire de référence.

En droit international privé, en matière de statut des personnes, l'on a rejeté le premier sens du principe de territorialité : la norme applicable est en principe extraterritoriale. Mais, en revanche, l'on a adhéré au second sens du principe puisque la loi applicable est déterminée par la localisation préalable de la situation d'ordre juridique dans un territoire étatique donné.

Or, il me semble que l'on assiste à présent à une inversion de ces deux angles : d'une part, la norme applicable en matière de statut des personnes sera de plus en plus territoriale au sens premier, elle ne sera pas reconnue en dehors du territoire européen, mais, d'autre part, la localisation territoriale de la situation est une étape qui est de plus en plus abandonnée parce que l'on appliquera simplement le statut du citoyen européen ou le droit fondamental européen, dès lors qu'un juge de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe est saisi.

---

## **Bénédicte Fauvarque-Cosson**

*professeure à l'université Panthéon-Assas,  
ancienne présidente de la Société de législation comparée*

Je conclurai de façon plus légère en disant que nous sommes tous des figures de la mobilité. Nous vivons, aujourd'hui, un nouvel âge d'or du droit international privé, avec le renouveau des méthodes et, sans doute, aussi, le développement du droit à l'épanouissement personnel.





## Échanges avec la salle

### *Question du public*

*La nationalité est-elle un élément du statut de la personne ou un droit fondamental ? Qu'en est-il des personnes qui possèdent une double nationalité ? Ont-elles le choix, dans un conflit, de choisir la nationalité dont la loi leur est la plus favorable ? Et quelles pourraient être les conséquences d'une déchéance de nationalité ? Cette déchéance pourrait-elle être portée devant la Cour EDH ?*

### *Jeremy Heymann*

*Je ne vais pas répondre à la question des droits fondamentaux, ou à la question de la nationalité en tant que droit fondamental, je laisse cela à des personnes plus expertes que moi. Simplement, pour l'appréciation de la double nationalité, il existe une jurisprudence de la Cour internationale de justice qui prévoit que doit primer la nationalité la plus effective. Cela signifie que l'on va rechercher des liens de rattachement avec tel ou tel État pour apprécier si, parmi l'une des deux nationalités possédées, il n'y en pas une qui est plus effective que l'autre. L'on vit habituellement dans un État, l'on a des liens avec tel ou tel État plutôt qu'avec tel autre. En droit international privé, la méthode qui est pratiquée pour retenir une nationalité au détriment de l'autre revient à privilégier la nationalité de l'État du for, c'est-à-dire la nationalité de l'État du juge saisi – à défaut ce sera la nationalité la plus effective. Ainsi, lorsque la nationalité française est en cause, et que le juge français est saisi, c'est la nationalité française qui primera.*

*Quant aux conséquences éventuelles de la déchéance de la nationalité, je ne me prononcerai pas sur l'actualité, mais simplement sur un arrêt rendu en 2010 par la CJUE dans une affaire Rottmann<sup>353</sup>. Celle-ci portait précisément sur les conséquences pour l'Allemagne de déchoir de sa nationalité allemande un ressortissant qui était préalablement autrichien, et qui avait acquis cette nationalité allemande par fraude. L'enjeu – la perte de nationalité entraîne-t-elle la perte de la citoyenneté de l'Union ? – a donc été apprécié par la Cour de justice, qui a considéré qu'elle était compétente parce qu'était en cause, sur le fond, une question de possession de la citoyenneté de l'Union européenne. La nationalité étatique est une marche d'accès au statut de citoyen de l'Union. Lorsque l'on déchoit un individu de sa nationalité d'un État-membre de l'Union européenne, se pose la question de la déchéance ipso jure<sup>354</sup> de sa citoyenneté de l'Union. Cet arrêt, à ma connaissance, n'a pas été suivi par d'autres sur des questions de perte de la nationalité d'un État membre avec possession de la nationalité d'un État tiers à l'Union européenne. Or, que fait-on dans ces cas-*

353 CJUE, Gde ch., aff. C-135/08, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*.

354 L'effet juridique se produit en-dehors de la volonté des parties et indépendamment de toute appréciation du juge.





*là ? En l'espèce, l'Allemand déchu était potentiellement apatride, mais il pouvait redevenir Autrichien, donc il pouvait conserver sa citoyenneté de l'Union puisque l'Autriche est également un État membre de l'Union européenne. Il s'agissait là de questions très concrètes, avec des effets sous l'angle du droit de l'Union européenne et de la citoyenneté de l'Union.*

---

*Bénédicte Fauvarque-Cosson*

*Le droit met tout en œuvre afin d'éviter des situations d'apatridie et, de ce point de vue, l'on peut dire que la nationalité, et le fait de maintenir la nationalité ou d'en donner une, est un droit fondamental.*

*En ce qui concerne le statut de la personne, la confusion vient du fait que, d'un côté, en droit international privé, nous avons la nationalité qui fait partie du droit international privé comme les conflits de loi, les conflits de juridictions, la condition d'étranger et, de l'autre côté, nous utilisons la nationalité comme facteur de rattachement dans cette grande catégorie « statut personnel ». Cela rend peut être les choses un peu confuses. Il ne s'agit pas de dire que la nationalité est un élément du statut personnel, mais de dire que la nationalité est LE facteur de rattachement utilisé depuis 1804. Ce n'était pas le cas avant, le code civil ayant changé les choses. Je ne suis pas sûre que les rédacteurs du code civil aient eu conscience de ce qu'ils faisaient. Mais, parce que l'on avait unifié les coutumes, une loi nationale pouvait s'appliquer ; ainsi ce facteur de rattachement, par opposition au domicile, a-t-il été utilisé pour déterminer la loi applicable. C'est en ce sens-là, en tous cas, que je vous ai parlé de la nationalité.*

---

*Christian Vigouroux*

*Dans ce contexte, quid des questions concernant les enfants du point de vue international ?*

---

*Bénédicte Fauvarque-Cosson*

*En fait, quand une convention de La Haye répond à une question de droit international privé, il n'y a pas de conflit entre le droit de l'Union et les conventions de La Haye<sup>355</sup>. En ce qui concerne la garde des enfants – vous pensiez sans doute aux relations entre pays européens et pays africains –, la convention de La Haye<sup>356</sup> s'applique à ce moment-là et le facteur de rattachement pris en compte est la résidence habituelle, car c'est là, pense-t-on, que se trouve le plus de liens avec la situation ; c'est ainsi que la question est résolue. Nous n'en avons pas parlé, il est vrai, car il existe tant de questions que l'on ne peut pas toutes les aborder. Nous nous sommes davantage centrés sur le droit de l'Union que sur le droit tel qu'il résulte de certaines conventions de la conférence de La Haye.*

---

355 Les conventions de La Haye sont issues de la Conférence de La Haye de droit international privé, organisation intergouvernementale dont le but est de travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé.

356 V. notamment la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> décembre 1983.







---

### *Question du public*

*Le vocabulaire utilisé par les juges me semble problématique. Auparavant, le vocabulaire concernant la mobilité ne s'est jamais appliqué qu'à des biens mobiles et non à des personnes. Or, aujourd'hui, ce n'est plus le cas et j'ai l'impression que ce changement de vocabulaire est le reflet de ce que l'on appelle les « conflits de lois ». L'importance de l'étranger devient centrale au lieu d'être un phénomène marginal. Avec un raisonnement spécifique, ce phénomène s'introduit au sein même du raisonnement, des situations, des contentieux et du langage, à travers des termes génériques, sorte de mots valises, tels les « droits fondamentaux », la « citoyenneté sans mobilité » ou le « multiculturalisme ». Cela a un impact sur la structure des normes de droit privé, et induit des changements profonds dans le raisonnement même du juge en venant bouleverser l'ordre vertical des choses et en plaçant, sur un même plan, un certain nombre d'éléments qui auparavant s'ordonnaient autrement. Ce changement s'applique-t-il également aux conflits horizontaux : une loi devient centrale et le raisonnement appliqué devient une mise en balance de nombreuses choses ?*

---

*Christian Vigouroux*

*Je prends une autre question et laisse les orateurs vous répondre.*

---

### *Question du public*

*Lorsqu'une personne titulaire d'une double nationalité est susceptible de solliciter une protection consulaire dans le pays de sa deuxième nationalité, peut-elle bénéficier de la protection de l'autre pays dont elle est originaire ? Prenons, par exemple, le cas d'une personne de nationalité française et de nationalité malgache. Si cette personne est en difficulté à Madagascar, elle ne peut pas bénéficier de la protection consulaire française. Peut-on contourner cette limitation par une protection consulaire européenne, qui pallierait la limitation française ? Et peut-elle se rattacher à la notion de « résidence habituelle » qui a été évoquée pour avancer la protection consulaire du pays européen ?*

---

*Myriam Hunter-Henin*

*Au sujet du principe de proportionnalité, on note effectivement que celui-ci devient le remède. Un raisonnement publiciste à la base imprègne, désormais, les relations privées internationales. L'ambiguïté est que, pour la Cour EDH, le principe de proportionnalité s'applique lorsque sont en jeu des intérêts privatistes.*

*Parfois, la Cour EDH met dans la balance l'intérêt privé avec l'intérêt général et l'on n'a pas le sentiment que le raisonnement soit rigoureusement distinct dans les deux cas. Contrairement à la CJUE, l'on n'a pas le sentiment que l'identité*





*constitutionnelle nationale des États primera nécessairement. Elle le pourra dans certains cas, par exemple quand la laïcité est en jeu, mais pas forcément dans d'autres. Il existe là une grande incertitude. C'est pourquoi, il faudrait sans doute redéfinir les paramètres du principe de proportionnalité, afin de donner davantage de certitudes à la réglementation du statut personnel. Il faudrait aussi certainement développer la coordination pour que, par exemple, en matière de gestation pour autrui, la mobilité internationale devienne aussi un des facteurs que le législateur interne prenne en compte (l'on n'a pas vu l'Eurostar devenir un chemin vers la gestation pour autrui parce que le Royaume-Uni en a restreint l'accès). Dans ce contexte, je pense que le développement de la coopération entre États est le remède à suivre.*

---

*Jeremy Heymann*

*Je ne suis pas tout à fait d'accord avec votre analyse sur le principe de proportionnalité. Ce n'est pas seulement une mise en balance d'intérêts privés. L'on peut voir dans la jurisprudence de la Cour de justice qu'il y a une mise en balance d'intérêts publics étatiques. La Cour de justice met systématiquement en avant les intérêts privés contre les intérêts publics défendus par les États, et y trouve un support de source européenne pour faciliter précisément la primeur des intérêts privés sur les intérêts publics. Pour répondre à la question, il faut savoir que, du point de vue de la protection internationale, l'Union européenne garantit à tout ressortissant citoyen de l'Union la protection consulaire et diplomatique partout dans le monde, quelle que soit précisément l'ambassade ou le consulat qui se trouve sur place. Je n'ai jamais eu à le tester personnellement, mais cela est prévu dans les textes.*

*En ce qui concerne votre approche de la double nationalité, je ne peux me prononcer que sur l'approche française, parce qu'il aurait été peut être utile de le préciser : le droit international privé que nous avons évoqué est le point de vue, soit de l'Union européenne, soit de la France. Or, il existe autant de droits internationaux privés qu'il existe d'ordres juridiques. Je ne peux donc pas répondre sur ce que pense le droit international privé malgache de ces conflits de nationalités ! En revanche, en France, l'on peut avoir, soit la primeur de la nationalité du for, c'est-à-dire du juge saisi – donc primeur de la nationalité française si le juge français vient à être saisi – ou alors une recherche de la nationalité la plus effective dans l'hypothèse où l'on a des solutions. Je ne peux pas me prononcer, car l'on ne connaît bien que le droit international privé de l'État dont on a étudié l'ordre juridique, et de l'Union européenne.*

---

**Christian Vigouroux**

*président de la section de l'intérieur du Conseil d'État,  
modérateur de la conférence*

Merci à tous pour cette série d'échanges. Je vous donne rendez-vous à la prochaine conférence.





# Éléments de bibliographie

## 1. Bibliographie générale

B. Ancel, « Destinées de l'article 3 du code civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, éd. Dalloz, 2005, p. 1.

J. Basedow, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 247.

V. Constantinesco, « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen », in *Mélanges en l'honneur de J. Charpentier*, Paris, éd. Pedone, 2008, p. 267.

S. Corneloup, « *Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance ?* », in H. Muir Watt, D. P. Fernández Arroyo (ed.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, n° 17.

L. d'Avout, « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur B. Audit*, Paris, éd. LGDJ, 2014, p. 15.

B. Fauvarque-Cosson, E. Pataut et J. Rochfeld, (dir.), *La citoyenneté européenne*, coll. Trans Europe Experts, Paris, éd. Société de législation comparée, 2011.

B. Fauvarque-Cosson, « La convergence des droits en Europe », *Petites Affiches*, 2007, n° 79, p. 63.

B. Fauvarque-Cosson, « Deux siècles d'évolution des méthodes de droit comparé », *RIDC*, 2011, p. 527.

B. Fauvarque-Cosson, « Réflexions sur la protection de la personne au sein d'une société de l'information ultra-perméable », in *L'information, huitièmes journées juridiques franco-japonaises*, Paris, éd. Société de législation comparée, coll. droits étrangers, vol. 11, 2011.

M. Hunter-Henin, *Pour une redéfinition du statut personnel*, Aix-en-Provence, éd. PUAM, 2004, préf. H. Muir Watt.

J. Heymann, « Citoyenneté de l'Union ; note sous CJUE, aff. C-34/09, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, et CJUE, aff. C-434/09, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department* », *Rev. Crit. DIP*, 2012-2, pp. 352-388.

J. Heymann, « Conflits de lois ; note sous CJUE, aff. C-208/09, deuxième chambre, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein* », *Journal du droit international (Clunet)*, 2011-3, pp. 639-659.

H. Muir Watt, D. Bureau, *Droit international privé*, Paris, éd. PUF, coll. Thémis, 3<sup>e</sup> éd. 2014, tome II, § 634 et suiv., p. 83-97.

E. Pataut, « Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique », *RTD eur.*, 2010, p. 617





J.-M. Sauvé, « La frontière crée l'étranger – L'étranger crée la frontière », intervention du 15 octobre 2014 à l'occasion du cycle de conférences organisé par l'Ordre des avocats au Barreau de Paris et le Collège des Bernardins.

## 2. Bibliographie thématique

### 2.1. Mobilité de l'enfant

A. Bucher, « L'intérêt de l'enfant pénètre la Convention sur l'enlèvement », in *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Paris, éd. Dalloz, 2008, p. 683.

S. Godechot-Patris, « L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit. Perspectives de droit international privé », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Paris, éd. Dalloz, 2012, p. 293.

P. Kinsch, « La non conformité du jugement étranger à l'ordre public international au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 817.

P. Hammje, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Paris, éd. Dalloz, 2005, p. 365.

H. Muir Watt, « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *JDI*, 2001, p. 995.

### 2.2. Gestation pour autrui

M. Farge, « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable », *RDLF*, 2014, chron. n° 21.

J. Heymann, « Convention de mère porteuse et refus de transcription de l'acte de naissance étranger : bis repetita non placent », *JCP G Semaine Juridique* (éd. générale), n° 21/2014, pp. 1051-1054.

H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts *Menesson*, *Labassée*, et *Paradiso et Campanelli* de la Cour EDH », *Rev. crit. DIP*, 1/2015, pp. 1-42.

### 2.3. Reconnaissance du mariage contracté à l'étranger

M. Hunter-Henin, « Unions de même sexe au Canada et au Royaume-Uni. Variations autour de la notion d'égalité. Réflexions de droit comparé à partir de l'affaire *Wilkinson v. Kizinger* », *RCLF*, 2007, 9, pp. 85-113.

D. Bureau, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, pp. 155-184, *LGDJ*, 2014.

### 2.4. Libre circulation des personnes et multiculturalisme

M. Hunter-Henin, « Living together in an age of religious diversity : Lessons from *Baby Loup and SAS* », *Oxford Journal Law and religion*, 2015, pp. 1-25.

M. Hunter-Henin, *Law, Religious Freedoms and Education in Europe*, Londres, éd. Ashgate, 2012.





M. Hunter-Henin, « The Legal Regulation of Religious Symbols : New Definitions of Religion and Pluralism », conference on the « Impact of religion », Uppsala University, Suède, mai 2013.

M. Hunter-Henin, « The French Burqa Ban : A distortion of French traditions », Centre for Research on Nationalism, Ethnicity and Multiculturalism (CRONEM), University of Surrey, Royaume-Uni, juin 2012.

M. Hunter-Henin, « Why the French don't like the Burqa : Laïcité, national identity and religious freedom », *International and Comparative Law Quarterly*, 61 (3), juillet 2012.

Discours de l'archevêque de Canterbury à la conférence de la Royal Courts of Justice, intitulée « *Civil and Religious Law in England : a religious perspective* ». V. article en français : Marc Roche, « Pour l'archevêque de Canterbury, l'adoption pour partie de la charia est "inévitabile" », *Le Monde*, 8 février 2008.







## Sixième conférence

# Les nouveaux acteurs juridiques à l'heure de la globalisation : le cas du droit de l'environnement

## Sommaire de la conférence

Présentation du thème de la conférence .....	249
Biographies des intervenants .....	251
Actes - Les nouveaux acteurs juridiques à l'heure de la globalisation : le cas du droit de l'environnement.....	253
Échanges avec la salle .....	279
Éléments de bibliographie .....	287









## Présentation du thème de la conférence

Les questions environnementales constituent l'archétype des problématiques qui remettent en question la conception traditionnelle associant le droit à un territoire. Parce que la pollution ne respecte pas les frontières, parce qu'auteurs et victimes d'une catastrophe écologique n'appartiennent pas nécessairement à un même Etat, l'appréhension par le droit de ces phénomènes pose nécessairement la question de l'extraterritorialité des normes et celle du choix des juridictions étatiques compétentes. La dimension fréquemment transfrontalière des questions environnementales et le dépassement du paradigme national qu'elles postulent en font aussi le domaine d'élection des normes de droit international. Le *corpus* de droit de l'environnement ne se limite cependant pas aux diverses réglementations nationales et aux textes de droit international classique mais se caractérise également par une production importante de normes de droit souple stimulée par le concept de responsabilité sociale et environnementale (RSE).

La présente conférence aborde la question de la création des normes environnementales et de leur application, en mettant en lumière la redéfinition du rôle des protagonistes habituels (législateurs nationaux, juridictions, organisations internationales, etc.) qui est en train de s'opérer ainsi que la montée en puissance d'autres acteurs, tels les organisations non gouvernementales, les entreprises transnationales, ou des médiateurs issus de la société civile.

Si les États continuent à édicter des règles en matière environnementale<sup>357</sup>, la qualité et l'efficacité de ces dernières font l'objet de questionnements. Toutefois leur influence peut prendre de nouvelles formes, comme en témoigne l'impact écologique des choix d'investissement opérés par les fonds souverains<sup>358</sup>. Les juges qui doivent trancher les litiges environnementaux se trouvent eux aussi confrontés à de nouveaux défis (*forum shopping*, droit de l'Etat économiquement le plus fort, etc.). Les organisations internationales intergouvernementales se sont, quant à elles, imposées comme les nouveaux *forums* où les différentes parties prenantes se rencontrent. Elles s'emploient, en outre, à traduire de manière concrète les engagements pris par les États lors des conférences intergouvernementales. Ainsi, les principes directeurs mis au point par l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales visent-ils à sensibiliser ces dernières aux exigences du développement durable et à leur fournir des instruments et méthodes pour gérer le risque environnemental et promouvoir des pratiques plus sûres.

Les ONG, pour leur part, ne se limitent pas à dénoncer les mauvaises pratiques environnementales mais s'efforcent de prendre une part active dans le règlement non juridictionnel des différends. Les entreprises transnationales, enfin, ne sont

357 V. notamment la proposition de loi du 11 février 2015 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres.

358 V. le retrait du fonds souverain norvégien de soixante-treize entreprises dont il jugeait l'impact social ou environnemental néfaste [http://www.lemonde.fr/energies/article/2015/06/05/le-fonds-souverain-norvegien-se-desengage-du-charbon\\_4648364\\_1653054.html](http://www.lemonde.fr/energies/article/2015/06/05/le-fonds-souverain-norvegien-se-desengage-du-charbon_4648364_1653054.html) ; et le rapport Demarolle / Johanet sur les fonds souverains, Paris, éd. La documentation française, 2008.





plus seulement destinataires de normes mais développent leurs propres codes de bonne conduite et affichent une volonté de passer de la réparation du dommage environnemental à la prévention du risque. D'autres acteurs, comme les organismes de standardisation et les groupes de pression, jouent un rôle plus discret mais qui ne doit pas être sous-estimé dans l'élaboration des normes environnementales.

### Exemples de contentieux

1) United States District Court (Southern district of New-York), *Chevron corporation against Steven Donziger et al.*, 3 avril 2014, 11 Civ. 0691 (LAK): La cour du *Southern dictrict* de New-York a accueilli la demande de la société Chevron, en considérant que le jugement équatorien qui lui avait infligé une amende record de neuf milliards et demi de dollars pour pollution sans contrôle en Amazonie était entaché d'irrégularités ;

2) Arrêt de la cour d'appel de Versailles du 22 mars 2013, RG n° 11/05331 dans l'affaire dite du « *tramway de Jérusalem* » : la cour d'appel de Versailles, à l'occasion d'une affaire dans laquelle était demandée l'annulation du contrat de concession de transport public passé pour la construction du tramway traversant la ville de Jérusalem, s'est prononcée sur l'applicabilité du droit international humanitaire aux entreprises privées comme source possible d'une responsabilité civile ;

3) Court of appeal of England and Wales, *Thompson v The Renwick Group Plc [2014] EWCA Civ 635 (13 May 2014)* : la Cour précise sa jurisprudence dans l'affaire *Chandler v. Cape* ([2012] 1 WLR 3111), par laquelle elle avait engagé la responsabilité de la société-mère pour violation de l'obligation (*duty of care*) de protéger les salariés de la filiale du risque de préjudice découlant de l'exposition à l'amiante ;

4) Afin de mettre fin au contentieux l'opposant, devant les juridictions du Royaume-Uni, à la communauté nigérienne de Bodo pour la pollution pétrolière dans le delta du Niger, la société Shell a annoncé, le 7 janvier 2005, la conclusion d'un accord amiable prévoyant un dédommagement à hauteur de cinquante-cinq millions de livres (voir le communiqué de presse).





# Biographies des intervenants

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

## Le modérateur

### **Christine Maugüé,**

*présidente de la 7<sup>e</sup> sous-section du contentieux au Conseil d'État*

Diplômée de Sciences Po, ancienne élève de l'École normale supérieure de Sèvres et de l'ENA, Christine Maugüé a rejoint le Conseil d'État en juin 1988. Elle y a occupé diverses fonctions : responsable du centre de documentation, commissaire du Gouvernement à la 1<sup>re</sup> sous-section, puis à la 10<sup>e</sup> sous-section du contentieux, rapporteur général de la commission supérieure de codification, assesseur, puis président de la 6<sup>e</sup> sous-section du contentieux. De 1999 à 2005, elle a été nommée chargée de mission auprès du ministère de l'économie sur la réforme du code des marchés publics. De 2007 à 2013, elle a été membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique et, de 2009 à 2012, membre du collège de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI). Elle a, par ailleurs, exercé des activités d'enseignement à Sciences Po de 1989 à 1995, puis de 2005 à 2010, et comme professeure associée aux universités Panthéon-Assas de 1996 à 2005 et Panthéon-Sorbonne de 2008 à 2012. En 2013 et 2014, elle a dirigé le cabinet de la Garde des sceaux, ministre de la justice. Après avoir été présidente adjointe de la section de l'administration, elle est aujourd'hui présidente de la 7<sup>e</sup> sous-section du contentieux du Conseil d'État.

## Intervenants

### **François-Guy Trébulle,**

*professeur à l'université Panthéon-Sorbonne*

Titulaire d'un doctorat en droit privé de l'université Panthéon-Sorbonne, agrégé des facultés de droit, François-Guy Trébulle est professeur à l'École de droit de la Sorbonne depuis 2012, après avoir exercé notamment aux universités de Caen, Panthéon-Assas, Paris Descartes et Panthéon-Sorbonne. Il est membre du conseil d'administration de l'héSam (hautes études Sorbonne arts et métiers) ainsi que directeur de l'École doctorale de droit de la Sorbonne de l'université Panthéon-Sorbonne. Il est également membre du Conseil développement durable d'EDF. Il est l'auteur de nombreux articles et contributions sur le droit de l'environnement et la responsabilité sociétale des entreprises, parmi lesquels : « La responsabilité environnementale dix ans après l'entrée en vigueur de la charte », *AJDA*, 2015 ; « Quelle entreprise face au changement climatique ? », *Recueil Dalloz*, 2015 ; « Pensées juridiques sur le changement climatique », *in Penser le changement climatique*, publications de la Sorbonne, 2015. Il est également co-directeur du Jurisclasseur Environnement et développement durable et de la revue Énergie, Environnement Infrastructure (EEL).





### **Nicolas Loz de Coëtgourhant,**

*responsable des relations avec le monde économique au World Wide Fund (WWF)*

Ingénieur diplômé de l'École centrale de Lille, Nicolas Loz de Coëtgourhant débute sa carrière au cabinet PricewaterhouseCoopers (PwC) en tant que consultant spécialisé en stratégie de développement durable. Il intervient auprès d'acteurs publics, d'entreprises internationales et d'investisseurs sur des missions d'analyse stratégique, la conduite d'études sectorielles ou la définition et le déploiement de stratégies de développement durable. Il a également géré la vérification des informations extrafinancières de plusieurs grands comptes. Après cinq ans, il rejoint en 2014 le *World Wide Fund* (Fonds mondial pour la nature), afin d'amener les acteurs économiques à s'engager dans un processus d'amélioration de leurs pratiques et d'influencer les secteurs et marchés liés à leurs activités.

### **Peter Herbel,**

*avocat au barreau de Spire (Allemagne), ancien directeur juridique du groupe Total*

Peter Herbel a étudié le droit en Allemagne, en France et en Suisse. Titulaire d'un double doctorat en France et en Allemagne sur le fonctionnement des groupes de sociétés en droit allemand et en droit français, il a enseigné à l'université de Freiburg avant de devenir avocat à Düsseldorf en 1980. Par la suite, il devient juriste d'entreprise chez Thomson Multimédia à Paris, où il est promu en 1991 secrétaire général et directeur juridique. En 1996, il rejoint à Paris le groupe Total où il exerce notamment les fonctions de secrétaire général de la branche Gaz et Électricité, puis de directeur juridique du groupe. Chez Total, il met également en place la fonction Conformité et, dès 2004, crée le département Responsabilité sociétale et droits de l'homme. Depuis 2014, Peter Herbel exerce de nouveau en tant qu'avocat, principalement dans les domaines des droits de l'homme et de la responsabilité sociétale des entreprises. Il est l'auteur de nombreux articles, et intervient dans des universités et lors de conférences à travers le monde. Peter Herbel est membre de plusieurs organisations internationales de juristes et membre du Conseil d'administration de l'université Panthéon-Assas.





# Actes – Les nouveaux acteurs juridiques à l’heure de la globalisation : le cas du droit de l’environnement

**Christine Maugué**

*présidente de la 7<sup>e</sup> sous-section du contentieux du Conseil d’État,*  
**modératrice de la table ronde**

Cette sixième conférence est consacrée aux nouveaux acteurs juridiques à l’heure de la globalisation et, plus précisément, à la question du droit de l’environnement. Il s’agit d’une séance qui traite de la fabrication du droit dans le domaine de l’environnement dans un contexte globalisé et du rôle de ces nouveaux acteurs que l’on voit émerger.

Les intervenants à ce colloque sont au nombre de trois : maître Herbel, avocat, qui a travaillé durant seize ans au sein du Groupe Total, dont dix ans en qualité de directeur juridique, représente le monde de l’entreprise ; M. Loz de Coëtghourhant, chargé des relations avec le monde économique chez WWF, représente le pôle des organisations non gouvernementales ; et le professeur Trébulle, de l’université Panthéon-Sorbonne, représente la doctrine.

Traiter du droit de l’environnement à partir des nouveaux acteurs juridiques nous a paru particulièrement pertinent, pour trois raisons.

La première raison est évidente : les atteintes à l’environnement ne sont pas territoriales ou circonscrites à un État, comme l’illustrent les deux accidents nucléaires de Tchernobyl en 1986 et de Fukushima en 2011. Par delà ces accidents, la question des atteintes à l’environnement a une dimension qui, par construction, n’est pas limitée aux États-nations. Les questions environnementales ont une dimension très fréquemment transfrontalière. La conséquence en est que les protections ne peuvent pas être cantonnées à un territoire, car il existe ce que l’on peut appeler un « effet papillon » du droit de l’environnement qui doit être pensé hors du cadre de l’État-nation.

En effet, lorsque les préoccupations environnementales ont émergé dans le débat public, au début des années 1970, elles ont, d’emblée, été conçues à l’échelle mondiale, notamment avec la création du programme des Nations Unies pour l’environnement, en 1972, à la suite de la conférence de Stockholm. À partir du moment où les préoccupations environnementales sont apparues dans le débat public, la question a également été traitée à l’échelle mondiale.

La deuxième raison, qui découle de la précédente, est la place qu’occupe le droit international de l’environnement. Le dépassement du cadre national que postule le sujet de l’environnement et de la protection de l’environnement en a fait un domaine privilégié pour le droit international, *inter* ou *supra* étatique, qui est, par





essence, une réponse adéquate. Les conventions internationales possèdent une place particulière au sein de la matière environnementale. À cet égard, l'année 1992 constitue un moment clé avec la signature de trois textes à l'issue du sommet de Rio : la Convention sur la diversité biologique, la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification, et la Convention-cadre sur les changements climatiques qui ont entraîné la mise en place d'un cadre souple et global. Ces trois conventions ont été assorties de la conclusion de l'adoption d'accords plus précis et plus contraignants : les protocoles lors de réunions des États dans les conférences des parties. Les plus connus sont intervenus dans le cadre de la Convention sur le changement climatique avec le protocole de Kyoto en 1997 et l'accord de Paris de décembre 2015, adopté à l'issue de la 21<sup>e</sup> conférence des États parties.

L'accord de Paris de 2015, qui a valeur de traité international, fixe pour objectif de limiter le réchauffement climatique à moins de deux degrés en visant la barre des un degré et demi.

Mais, ce droit international de l'environnement reste marqué par une certaine lenteur – pour ne pas dire inefficacité – du processus d'élaboration des normes, en raison de la difficulté des négociations, et aussi en raison de difficultés au stade de son application, en l'absence de mécanismes de contrôle et de sanction efficaces.

Enfin, la troisième et dernière raison qui rend, pour nous, cette approche pertinente est que ce droit n'est pas forgé exclusivement par les institutions nationales. Les institutions internationales et les organismes privés y jouent un rôle tout à fait important : les ONG sont à la fois des acteurs de l'élaboration du droit, mais aussi des acteurs de la surveillance de son application. Une illustration particulièrement intéressante de ce rôle des ONG est donnée, par exemple, par le jugement du tribunal de La Haye du 24 juin 2015 qui, à la demande de l'ONG de défense de l'environnement Urgenda a entraîné la condamnation de l'État néerlandais à réduire ses émissions de gaz à effets de serre à l'horizon 2020 de 25 % par rapport au niveau de 1990, sur le fondement du devoir de l'État de protéger l'environnement. Ce jugement, même s'il est frappé d'appel, est une première mondiale dans la lutte contre le réchauffement climatique. Il est particulièrement intéressant, car il soulève le rôle des ONG comme garantes de l'application du droit, mais aussi le rôle des entreprises multinationales qui ont pris conscience, depuis plusieurs années, que leur comportement environnemental est attentivement examiné et évalué. Une illustration emblématique, toute récente, en est l'affaire Volkswagen où une université et une ONG, toutes deux spécialisées dans les transports propres, ont démasqué les tests anti-pollution qui avaient été falsifiés et qui étaient pratiqués sur les voitures diesel vendues aux États-Unis.

Le rôle de la société civile se trouve également consacré, d'ailleurs de façon explicite, dans les enceintes internationales. Ainsi, la société civile a-t-elle participé aux négociations de l'accord de Paris avec un mécanisme d'accréditation en qualité d'observateur. Neuf groupes d'observateurs montraient la polysémie que revêt la société civile. Cela se traduisait par la présence des milieux professionnels, notamment industriels, des ONG de l'environnement, des administrations locales, des organisations représentant les populations autochtones, des instituts de recherche, des organisations syndicales, des organisations féministes et autres,





des organisations de jeunesse et des organisations agricoles. L'on peut, certes, discuter la définition de la société civile. Il existe cependant une définition plus ou moins large et acceptée par tous : soit que la société civile regroupe tout ce qui n'appartient pas à la sphère de l'État et du marché, soit qu'elle recouvre l'ensemble des acteurs non-étatiques ou infra-étatiques.

Toujours est-il que l'on voit l'ensemble de ces acteurs contribuer activement à l'émergence, à l'évolution et à l'effectivité des politiques publiques environnementales.

Nous nous attarderons sur ce dernier point, en observant comment ces nouveaux acteurs concourent à la fabrication et à l'effectivité du droit de l'environnement.

Ainsi, trois thèmes vont-ils être successivement abordés dans cette conférence : la construction du droit de l'environnement au sein de et à travers un *forum*, qui sera traité par le professeur Trébulle ; le rôle des ONG qui sera développé par M. Loz de Coëtghourhant ; et le rôle des entreprises multinationales qui fera l'objet de l'intervention de maître Herbel.

---

### François-Guy Trébulle

*professeur à l'université Panthéon-Sorbonne*

Permettez-moi de commencer mon intervention par une publicité pour deux publications importantes et complémentaires aux propos que je vais développer.

La première publication est le rapport de la Commission Environnement du Club des juristes, présidée par Yann Aguila, qui travaille tous les ans sur des thématiques liées à l'environnement et qui, cette année, s'est intéressée plus particulièrement à la problématique du renforcement de l'efficacité du droit international de l'environnement, à la fois devoir des États et droit des individus<sup>359</sup> ; nous sommes bien ici dans cette interrogation sur les nouveaux acteurs.

La seconde publication, très récente, est celle des derniers actes de la Société française du droit de l'environnement. Il s'agit d'un ouvrage intitulé *Les futurs du droit de l'environnement : simplification, modernisation, régression ?*<sup>360</sup>, ouvrage collectif qui contient de nombreuses réflexions sur le droit souple, mais aussi sur les voies d'avenir pour le droit de l'environnement.

En remarque liminaire à mes propos, je souhaiterais également souligner qu'il est troublant, lorsque l'on analyse les conférences précédentes, d'observer à quel point de nombreux intervenants, le président Sauvé, tout d'abord, puis les professeurs Delmas-Marty, Auby, ou Azoulay, ont tous pris le cas de l'environnement comme illustration de ce phénomène de mondialisation qui rend nécessaire, voire essentiel, une réflexion sur la territorialité du droit.

---

359 Rapport de la Commission Environnement du Club des juristes, *Renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement – Devoirs des États, droits des individus*, 24 novembre 2015.

360 Ouvrage collectif sous la direction d'Isabelle Doussan, *Les futurs du droit de l'environnement : simplification, modernisation, régression ?*, Bruxelles, éd. Bruylant, coll. droit(s) et développement durable, mars 2016.





À travers le thème de cette sixième conférence, nous sommes invités à réfléchir à la question, tout à fait particulière, des acteurs, par rapport auxquels nous sommes dans un tropisme qui ressemble à du « jeunisme » (puisque nous faisons la part belle aux nouveaux acteurs juridiques). Effectivement, lorsque nous avons discuté de ces éléments, nous nous sommes dit que, parmi ces nouveaux acteurs, il y avait l'émergence de ceux qui étaient pratiquement identifiables comme les *forums*. Cela dit, si ces derniers sont certainement essentiels par rapport à la nouveauté de certains acteurs, je crois que dans la présentation, évidemment caricaturale, voire quelque peu sommaire, que je vais vous faire, il faut attacher une vraie importance à un double mouvement : ces nouveaux acteurs sont parfois très vieux, mais ils repensent leur rôle, et en même temps ils sont extrêmement récents, voire pour certains passablement troublants.

1. Il s'agit, tout d'abord, d'anciens acteurs qui jouent des rôles renouvelés et qui sont, pour certains, également des *forums* au sens de lieu de discussion et d'émergence de solutions.

La conférence des Nations Unies sur le climat (COP 21) a été citée. Ce n'est pas un nouvel acteur que l'organisation des Nations Unies. Pas même le programme des Nations Unies pour l'environnement. Et pourtant, il est certainement nécessaire de les évoquer au moment où l'on s'intéresse aux acteurs de la création du droit de l'environnement.

Ces vieux acteurs sont parfois à l'origine d'innovations tout à fait considérables ou, en tous cas, les accompagnent.

Il y a un autre acteur ancien qu'il convient d'évoquer : l'Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE). Bien sûr, l'OCDE n'est pas une innovation, et ses principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales ne sont pas non plus une réelle nouveauté puisque leur première version date de l'an 2000. Pourquoi évoquer l'OCDE ? Parce que dans ses principes directeurs, qui sont un élément structurant de l'accompagnement de la mondialisation, l'on trouve un chapitre entier consacré à l'environnement – que je vous invite par ailleurs à découvrir par vous-même à la suite de ce colloque.

Au registre des vieux acteurs jouant un rôle nouveau, le Conseil de l'Europe doit être mentionné, de même que la Cour EDH. Sont-ils cependant des acteurs de la création du droit de l'environnement, alors qu'il n'est pas question d'environnement dans la Convention EDH ? Naturellement, oui. Ce sont bien des acteurs de la création du droit de l'environnement dans un cadre global, et même des acteurs de la globalisation. La Cour EDH est évidemment un acteur décisif, parce que depuis vingt ans sa jurisprudence contribue à faire émerger ce qui est probablement le seul véritable droit de l'environnement global : un droit à la fois procédural et substantiel, décision après décision, où l'on voit apparaître un corps de règles qui s'appliquent sur une aire géographique donnée qui, à elle seule, donne un avant-goût de ce qu'est la globalité.

Ainsi, peut-on dire de ces acteurs qu'ils sont nouveaux parce qu'ils entrent dans une problématique ou une dialectique dans laquelle ils n'étaient jusqu'alors pas présents.







Quant à la force de la société civile, je renvoie, pour les acteurs qui ne sont pas réellement nouveaux, à ce que dit le paragraphe 134 de l'accord de Paris sur le climat de la COP 21 à propos d'un certain nombre d'intervenants et d'entités non parties<sup>361</sup>.

Parmi les anciens acteurs encore, mais pourvus de nouveaux rôles, il faut mentionner les agences<sup>362</sup> internationales, nationales ou bien spécifiquement environnementales (l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie), les agences qui sont aussi des agences sanitaires (l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail), et les agences européennes à l'origine de la création du droit de l'environnement.

2. À côté de ces anciens acteurs qui créent du neuf, il existe deux nouveaux acteurs liés à l'ONU et au Programme des Nations Unies pour l'environnement<sup>363</sup> : l'assemblée des Nations Unies pour l'environnement (ANUE) et le programme du pacte mondial des Nations Unies (en anglais, « *UN global compact* »)<sup>364</sup>.

L'ANUE s'est réunie pour la première fois en 2014, et il s'agit bien d'un *forum*. Nous imaginions, au moment de « Rio plus douze », pouvoir créer une organisation mondiale de l'environnement qui serait le pendant de l'OMC dans le domaine environnemental et, finalement, nous avons eu cette assemblée des Nations Unies pour l'environnement. Statutairement, elle se réunit tous les deux ans ; la prochaine réunion est donc prévue en 2016.

Le second nouvel acteur, également lié à l'ONU, est le programme du pacte mondial des Nations Unies, lequel joue un rôle tout à fait intéressant et important dans le domaine du droit de l'environnement ; quoi qu'en ait dit la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire dite « *du tramway de Jérusalem* »<sup>365</sup>.

On a donc là de nouveaux *forums* qui apparaissent comme de nouveaux acteurs.

Nouveaux acteurs aussi que ces experts qui sont institutionnalisés et deviennent des comités. Qui songerait à nier au Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) un rôle essentiel dans la production de droit ? Certes, il n'est pas un organisme juridique à proprement parler, mais, pour autant, sa position est éminente en la matière. On notera, par ailleurs, que le GIEC s'est

361 « 134 – Se félicite des efforts déployés par toutes les entités non parties afin de faire face et répondre aux changements climatiques, y compris ceux de la société civile, du secteur privé, des institutions financières, des villes et des autres entités infranationales. » (Accord de Paris, COP21, 12 décembre 2015, titre 5 - Entités non parties).

362 V. rapport du Conseil d'État, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, étude annuelle 2012, n° 63, éd. La documentation Française, Paris, 2012.

363 Le Programme des Nations Unies pour l'environnement est un organisme indépendant de l'ONU.

364 Le Pacte mondial des Nations Unies, lancé en juillet 2000, est destiné à rassembler les entreprises, les organismes des Nations Unies, le monde du travail et la société civile autour de dix principes universellement acceptés touchant les droits de l'homme, les normes du travail, l'environnement et la lutte contre la corruption. Il s'agit de la plus large initiative mondiale en matière de développement durable (treize mille organisations engagées dans cent soixante pays). En 2015, plus de mille cent entreprises et organisations françaises y participent, faisant de la France le deuxième pays en nombre de participants dans le monde.

365 Cour d'appel de Versailles, 22 mars 2013, *Tramway de Jérusalem*.





reproduit : nous avons désormais l'IPBES<sup>366</sup> en matière de biodiversité, qui va jouer le même rôle, c'est-à-dire celui d'une instance discursive, experte, dépourvue *a priori* du pouvoir de création de la norme, mais qui, pourtant, aurait un rôle tout à fait important en la matière.

Il a été évoqué durant ces colloques les accords sur le climat (ou COP) qui ne sont pas simplement des conventions-cadres des Nations Unies sur le changement climatique, mais qui sont un ensemble de conventions-cadres avec des mécanismes de retour d'expériences et de rendez-vous réguliers. Ces COP sont de nouveaux acteurs parmi lesquels on peut citer : le groupe de travail spécial de l'accord de Paris baptisé « APA »<sup>367</sup> et le Comité de Paris.

Dans le cadre de la convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique, l'on retrouve des *forums* assumés comme tels. Ils ne sont pas tout à fait récents, sans être très anciens, comme par exemple le *forum* sur l'impact des mesures de riposte mises en œuvre, ou encore des organes subsidiaires comme l'organe subsidiaire de conseil scientifique et technologique, ou l'organe subsidiaire de mise en œuvre. À nouveau, l'internationaliste sera tout à fait à l'aise et prendra cela avec le sceau de l'évidence...

**3.** Cependant, l'on constate un nombre grandissant de nouveaux acteurs qui ont un rôle extrêmement juridique.

De nouveaux acteurs qui élaborent des directives, des normes, des règles, des modalités et des procédures, ainsi que des recommandations dont la dimension structurante est évidente. J'aurais même, pour ma part, tendance à considérer que le pouvoir est bien là.

Au-delà de l'OCDE, et plus récents, les points de contact nationaux sont incontestablement de nouveaux acteurs. Il ne s'agit pas d'une juridiction ni d'un organe administratif, mais plutôt d'une structure *ad hoc* présente dans tous les pays membres de l'OCDE. Cette structure connaît les mêmes questions relatives au respect de ces principes directeurs ; elle permet de faire émerger ce qui est une véritable jurisprudence, même s'il n'y a pas de juridiction derrière. Il faut penser à cet égard aux réflexions menées en 2013-2014 pour savoir si les investisseurs sont soumis au principe directeur. En Norvège, aux Pays-Bas, en Corée, la même question s'est posée, puis a fait émerger une réponse positive qui, finalement, a été validée par le *forum* de 2014.

Il y a donc bien là un nouvel acteur, dont le rôle est évidemment normatif même s'il n'est pas, de prime abord, spontanément perçu comme pleinement juridique.

Pour être complet, il faut aussi évoquer tous les nouveaux acteurs au sein de l'Union européenne.

366 Plateforme intergouvernementale sur la biodiversité et les services écosystémiques (en anglais, « *Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* »). L'IPBES est un organisme intergouvernemental, créé en avril 2012, ouvert à tout membre des Nations Unies, destiné à améliorer les liens entre les connaissances et la prise de décision, afin que celle-ci prenne en considération toutes les connaissances pertinentes sur la biodiversité et les services écosystémiques.

367 Groupe de travail *ad hoc* sur l'accord de Paris (en anglais, « *Ad hoc Working Group on the Paris Agreement* » ou APA).





L'on a ainsi vu émerger de nouveaux acteurs chargés d'identifier ceux qui ne sont que des meilleures techniques disponibles. Qui pourrait, en effet, résister à l'appel d'aller vers – je cite les directives – « *le stade de développement le plus efficace et le plus avancé des activités et de leur mode d'exploitation démontrant l'aptitude pratique de techniques particulières à constituer la base de valeur limite des missions* » ?

Tous ces termes sont très attractifs. Et l'on a, bien sûr, envie d'y adhérer en pensant que tout cela débouchera sur la formulation de documents de référence sur les meilleures techniques disponibles. Bref, l'on voit arriver à nouveau l'émergence de *forums* au terme d'un processus identifié : le processus de Séville – je vous renvoie à ce que maître Boivin a pu piloter comme travaux sur ce sujet – qui traduisent en réalité des mécanismes d'élaboration de quelque chose qui, *a priori*, n'est pas du droit<sup>368</sup>, mais qui va pouvoir être imposé<sup>369</sup> et vous avez ainsi les *forums* des États. Les États sont-ils tous équipés pour comprendre ces éléments ? En tout cas, les entreprises, les ONG et la Commission européenne y sont préparées.

Ce *forum* devient donc un nouvel acteur, dont le rôle est essentiel pour structurer le droit de l'environnement industriel de demain (qui permettra un accès aux marchés). Pour autant, cet acteur n'est pas nécessairement transparent. Et l'on retrouve les mêmes problématiques avec d'autres applications telles que celles du règlement REACH<sup>370</sup>.

Pour terminer, je me dois de mentionner également les collègues du « Grenelle » qui demeurent, aujourd'hui encore – même si le « Grenelle » n'est plus la référence obligée du Gouvernement lorsqu'il parle d'environnement – inscrits dans le processus interne lié à l'élaboration du droit de l'environnement. La formule a connu un grand succès, qui s'explique certainement par la quête d'efficacité, mais aussi par un écho très profond lié à une perspective de légitimité supplémentaire face à des acteurs qui ont pu apparaître comme essoufflés. Est-ce réellement nouveau ?

En 2004, le Conseil d'État a eu à connaître d'une situation dans laquelle on avait déjà été confrontés à ce type d'enceinte extrêmement intéressante réunissant des personnes des ministères, de la fonction publique, des industriels, des scientifiques. Cela s'appelait le Comité permanent amiante, et Mme Prada-Bordenave<sup>371</sup> a eu des mots extrêmement éclairants sur le rôle de ce comité. Il faudrait relire l'ensemble de ses conclusions, dont voici deux extraits : « *Cette structure n'a pas joué le rôle de veille qui aurait dû être le sien et, progressivement, ses membres ont été comme anesthésiés, ne remplissant plus aucune tâche d'alerte* », et « *L'échec de ce comité invite à la réflexion sur les structures d'expertise scientifique et sur la place respective que peuvent avoir, en matière de santé publique et, plus largement, en matière de régulation, les instances de recherche et de réflexion financées par des industriels, et celles de la recherche publique* ».

368 Directive 96/61/CE du Conseil du 24/09/1996 relative à la prévention de la réduction intégrées de la pollution (IPPC).

369 Directive 2010/75/UE relative aux émissions industrielles (IED).

370 REACH est un règlement européen (règlement n° 1907/2006) entré en vigueur en 2007, aux fins de sécuriser la fabrication et l'utilisation des substances chimiques dans l'industrie européenne. D'ici 2018, plus de trente mille substances chimiques devraient être connues et leurs risques potentiels établis.

371 Commissaire du Gouvernement (rapporteur public) dans l'affaire *Botella et autres* (arrêt du Conseil d'État du 3 mars 2004).





Je ne retiendrai que l'invitation à la réflexion. A-t-on réellement entendu cette invitation lancée d'une manière très solennelle et, malheureusement, avec des échos dramatiques, en 2004 ? Il ne s'agit pas ici de prendre position sur le volet pénal ; d'ailleurs, la Cour de cassation s'est récemment prononcée sur ce sujet en disant qu'il n'y a pas d'incrimination retenue liée au Comité permanent amiante en tant que tel<sup>372</sup>.

Il est curieux d'observer que c'est à propos du règlement REACH que le vice-président Sauvé a utilisé cet exemple pour évoquer une possible « *instrumentalisation, voire subversion, des mécanismes de consultation et de participation par des groupes d'intérêt dont le but n'est pas d'arriver à faire émerger de la discussion la meilleure décision, mais de servir exclusivement leurs propres intérêts* ». Il ne s'agit pas de leur jeter la pierre, mais de s'interroger pour savoir qui a les clés de la discussion et comment construire cette discussion.

Quand on pense aux nouveaux acteurs et aux rôles que l'on va leur reconnaître, il est important de garder à l'esprit qu'il faut éviter toute confusion, grâce à une saine répartition des rôles qui permette à chacun, dans un cadre légitime, de défendre ses intérêts. Il est troublant d'observer, à l'heure de la mondialisation, que cette question est, en réalité, universelle et que les enjeux environnementaux sont particulièrement révélateurs des dysfonctionnements globaux. Ils ne sont pas les seuls, et l'on pourrait penser, en la matière, aux questions sociales qui y font écho.

D'ailleurs, le principe de participation a émergé justement dans ces deux dimensions que sont la dimension initialement sociale, puis environnementale, avant de s'étendre un peu plus.

Est-ce à dire qu'il faut être négatif par rapport à ces nouveaux acteurs ou à ce rôle renouvelé d'acteurs existants ? Certes non, mais il faut rester lucide. Il faut notamment que le juge n'oublie pas son rôle. Il faut peut-être aussi, et surtout, que le pouvoir politique sorte de cette « crise d'adolescence » que l'on croit pouvoir identifier par rapport aux technostructures ou aux connaissances scientifiques. Qui est légitime pour se prononcer sur les enjeux techniques ? Qui est légitime pour se prononcer sur les enjeux scientifiques ? Qui doit décider en dernier ressort ? Évidemment, le pouvoir politique.

C'est au prix d'un ressaisissement, par les acteurs de référence, de leurs missions fondamentales, que l'on pourra accueillir sereinement ces nouveaux acteurs porteurs de légitimités qui leur sont propres.

Il faut donc que le pouvoir national se saisisse des apports des échanges internationaux et que, dans un cadre international, l'on fasse émerger un certain nombre d'opinions pour considérer que tout cela est bon, à condition que l'on ne sorte pas de son rôle. Et, de ce point de vue, l'on verra ensuite se dérouler le même phénomène que celui qui permet de transformer des discussions en « droit souple », puis, un jour, de comprendre que ce droit souple n'est rien d'autre que du droit.

---

372 C. cass., ch. crim., 14 avril 2015, n° 14-85.333, 14-85.334 et 14-85.335.





---

**Christine Maugué**

*présidente de la 7<sup>e</sup> sous-section du contentieux du Conseil d'État,  
modératrice de la table ronde*

Je vous remercie beaucoup.

---

**Nicolas Loz de Coëtgourhant**

*responsable des relations avec le monde économique au World Wild Fund*

De tous ces sujets, il en est un qui est assez structurant et qui est dans l'actualité : la COP 21. Ce sujet a souligné à quel point l'environnement est mis à l'ordre du jour international. Pendant le mois de décembre 2015, la COP 21 a cannibalisé l'information dans l'ensemble des pays, au WWF et dans l'ensemble des ONG où une grande mobilisation s'est créée, afin que cette COP 21 aboutisse à un accord ambitieux. Le rôle de notre ONG par rapport à la COP 21 a été de pouvoir, dans l'ensemble des pays dans lesquels l'on intervient, agir globalement auprès des gouvernements, des corps diplomatiques, afin de porter un message clair et audible les incitant à prendre leurs responsabilités en signant un accord ambitieux. Vous avez mentionné l'importance de se baser sur des arguments scientifiques : ils constituent, en même temps qu'un axe de crédibilité, un socle permettant d'adopter une approche constructive en partant de constats partagés.

Se reposer sur les conclusions du GIEC, c'est disposer de ce socle pour construire des messages qui soient intelligibles par l'ensemble des acteurs, car les discours d'experts nécessitent souvent un effort de traduction, afin qu'ils soient compris et donnent lieu à des actions concrètes. Nous sommes très fiers d'être parvenus à la faire et d'avoir participé à la réussite que représente cet accord, non seulement, avec l'ensemble des acteurs au sein de notre réseau, mais aussi, avec l'ensemble des autres organisations.

---

**Peter Herbel**

*avocat au barreau de Spire (Allemagne),  
ancien directeur juridique du groupe Total*

Je félicite le professeur Trébulle d'avoir brossé un tableau aussi complet en si peu de temps des *forums* et des acteurs intervenant dans différentes étapes. L'on retient principalement qu'il y a énormément d'endroits où l'on fabrique des normes. Mais vous avez aussi critiqué certaines évolutions dans ce domaine-là, et j'aimerais revenir sur deux de ces évolutions.

Vous avez évoqué le « droit souple » et ses conséquences. Certains droits souples peuvent avoir un effet « dur » en matière économique, comme le retrait du fonds souverain norvégien<sup>373</sup>, fonds parmi les plus puissants que l'on souhaite garder comme investisseur. Or, une fois par an, ce fonds questionne votre politique environnementale ou sociétale ; il y a alors intérêt à répondre d'une manière satisfaisante, car sinon les conséquences d'un retrait de ce fonds de votre capital

---

<sup>373</sup> Fonds de près de sept mille milliards de couronnes (sept cent quatre-vingt treize milliards d'euros), qui contrôle 1,3 % de la capitalisation boursière mondiale.





sont désastreuses. Le droit souple de ce fonds, qui comprend notamment un comité d'éthique, devient dur économiquement pour l'entreprise concernée.

L'autre sujet que je voudrais juste évoquer est l'échec du Comité permanent amiante. Il est vrai que l'on voit, dans de nombreux comités techniques, des stratégies de procrastination de certains acteurs qui en font partie. Et là, j'en appelle aux autorités publiques qui gèrent ces *forums* : ceux-ci ont un rôle très simple, ils doivent prendre des décisions et passer à l'acte. Mais, ensuite, à un moment donné, c'est à l'État de décider et non plus à ces différents acteurs. C'est le rôle de l'État et celui-ci doit l'assumer.

Vous avez raison d'avoir précisé que les critiques sont justifiées sur certains de ces *forums* où les gens discutent sans fin, et ne veulent pas conclure. J'en appelle donc à ceux qui ont l'autorité de conclure et doivent prendre une décision.

---

**François-Guy Trébulle**

*professeur à l'université Panthéon-Sorbonne*

Je précise ma pensée pour dire que je n'ai pas directement parlé du fonds souverain norvégien, car c'est plutôt sur le thème des entreprises que l'on peut rebondir sur cette problématique. Mais, en réalité, j'y vois plus que de la création de normes environnementales ; j'y vois des exigences structurantes, et ces dernières ont un rôle essentiel.

Je vous rejoins sur vos propos sur le Comité permanent amiante et sur les stratégies de procrastination : on doit appeler les autorités publiques à prendre leurs responsabilités. C'est un sujet toujours d'actualité. Si l'on savait ce qu'est réellement le « principe de précaution », et si les autorités publiques investies de la mission de l'appliquer prenaient effectivement leurs responsabilités, il n'y aurait ni polémique sur le principe de précaution, ni propositions ubuesques visant à le remettre en question pour je ne sais quelle vision fantasmée. L'on est précisément, ici, en présence d'une illustration de cette défaillance du courage des autorités, qui ont pour mission de l'appliquer et de dire ce qu'il est. J'observe, par ailleurs, que les juges ont eu beaucoup plus de courage en la matière, comme en témoignent de nombreuses décisions qui y sont relatives.

---

**Christine Maugué**

*présidente de la 7<sup>e</sup> sous-section du contentieux du Conseil d'État,  
modératrice de la conférence*

Nous passons à notre deuxième thème qui est celui du rôle des organisations non gouvernementales.

---

**Nicolas Loz de Coëtghourhant**

*responsable des relations avec le monde économique au World Wild Fund*

En remarques liminaires, je souhaiterais dire quelques mots sur le WWF pour préciser le cadre dans lequel se situe notre action. Le WWF est une ONG





environnementale mondiale représentée dans cent pays, et reconnue pour son expertise et son implication dans les thématiques environnementales. Le logo du panda qui nous caractérise est également très connu. Mais, malgré tout, on ne connaît pas forcément l'étendue des actions du WWF.

Nous sommes très bien identifiés pour ce qui concerne la sauvegarde des espèces emblématiques, mais notre action va en réalité bien au-delà. Notre mission est de construire un monde où l'être humain vit en harmonie avec la nature. Cela va donc beaucoup plus loin que la simple protection des espèces animales.

Concrètement, cela signifie travailler au niveau des villes pour que celles-ci soient mieux adaptées aux changements climatiques et diminuent leur empreinte écologique. Cela signifie également agir au niveau des modes de production et de consommation, pour que nos modèles économiques soient cohérents avec les ressources limitées de notre planète, mais aussi œuvrer au niveau de la réorientation des flux financiers pour que ceux-ci soutiennent ces nouveaux modèles économiques. Enfin, cela signifie travailler au niveau de la gouvernance mondiale des ressources.

Comme toute ONG, le WWF exerce des pressions au niveau de l'État, des ministères, des parlements, notamment français et européens, pour délivrer un même message au même moment dans un ensemble de pays, et tenter d'imposer dans l'agenda institutionnel les sujets qui sont défendus par les ONG. Mon propos va expliquer notre approche vis-à-vis des acteurs économiques, et montrer comment cette action vise à faire évoluer les différents secteurs d'activités.

Au sein du WWF, je travaille dans l'équipe chargée des relations avec le monde économique. Je viens moi-même du monde économique : j'ai travaillé cinq ans au sein du cabinet *PricewaterhouseCoopers* (PwC). Nous avons cette approche, chez WWF, d'être constructifs vis-à-vis des acteurs économiques, parce que l'on considère qu'ils ont la capacité et les leviers d'action nécessaires pour atteindre nos objectifs de conservation. Le WWF travaille ainsi avec des acteurs économiques, car ils sont au cœur de nos modèles de production et de consommation, et ont les clés pour pouvoir initier les changements.

Concrètement, comment travaille-t-on au niveau international ? Nous avons défini plusieurs initiatives en fonction des sujets que nous traitons (climat, thématique de l'énergie, etc.). Je vais entrer dans le détail sur une initiative que l'on appelle « *l'initiative de transformation des marchés* »<sup>374</sup>.

Pourquoi ce sujet ? Que signifie transformer les marchés ? Au niveau international, ont été identifiées des zones que l'on appelle des « *écorégions prioritaires* » et que l'on cherche à préserver, où la diversité est particulièrement riche et qui jouent un rôle clé dans la régulation des grands cycles planétaires (cycle du carbone, cycle de l'eau).

---

374 L'initiative globale de transformation des marchés (en anglais, « *Market Transformation Initiative* ») lancée par le WWF a pour but d'influer sur l'exploitation des matières premières naturelles en agissant sur les chaînes d'approvisionnement.





Les modes d'exploitation d'un certain nombre de matières premières menacent ces territoires. Si l'on souhaite, par exemple, lutter contre la déforestation en Indonésie et que l'on ne traite pas la question de l'huile de palme, l'on va passer à côté du sujet. Grâce à cette réflexion, l'on a identifié une quinzaine de matières premières qui sont des matières premières clés, sur lesquelles l'on souhaite travailler avec les entreprises.

Comment arrive-t-on à décliner notre plan d'actions ? Il faut savoir qu'au niveau international, trois cents à cinq cents entreprises contrôlent environ 70 % des flux de ces matières premières clés. Pour être le plus efficace possible, l'on travaille avec ces entreprises pour faire évoluer les pratiques et les modes d'exploitation de ces matières premières (une vidéo sur notre site Internet présente cette approche de transformation des marchés).

Pour être concret, je vais prendre l'exemple de la filière bois. Nous travaillons sur le bois avec les entreprises, comme les acteurs de la foresterie, à deux niveaux : avec les entreprises qui exploitent les forêts dans les zones que l'on cherche à préserver (le bassin du Congo, l'Indonésie, l'Amazonie), et avec les acteurs qui mettent sur le marché des produits à base de bois ; nous travaillons au niveau de la production et du négoce.

Notre action concrète est d'aider ces acteurs à prendre des engagements cohérents avec leur activité, les dupliquer, les traduire en actions concrètes dans leur chaîne d'approvisionnement vis-à-vis de leurs fournisseurs, et à communiquer ces engagements à leurs clients pour que ces bonnes pratiques soient connues et que les consommateurs aient conscience que leur acte d'achat a également un impact en amont. Tout cela est utile pour améliorer l'impact d'une entreprise, et faire en sorte qu'au-delà de l'entreprise elle-même, sa chaîne d'approvisionnement évolue.

Mais, la motivation qui nous anime est de faire évoluer, au-delà de l'entreprise elle-même, son secteur d'activité. Nous travaillons, par exemple, avec des acteurs qui font le choix d'être exemplaires sur le bois, notamment *via* l'obtention de la certification FSC<sup>375</sup>. Travailler avec les acteurs qui font ce choix permet de relever le niveau d'ambition de l'ensemble du secteur. Cela envoie un signal aux marchés pour dire qu'un certain nombre d'acteurs sont capables de faire ce choix sans que cela ne mette en péril la pérennité de leur modèle économique.

En multipliant ces initiatives, nous parvenons à franchir un seuil qui permet de transformer une bonne pratique de quelques acteurs en un résultat au niveau du secteur d'activité. On l'observe aujourd'hui sur le marché du bois où plus de 10 % des volumes sont maintenant certifiés FSC.

Cela est donc intéressant, mais reste au niveau des bonnes pratiques, c'est-à-dire des engagements volontaires des entreprises. Notre ambition est que ces bonnes pratiques puissent influencer sur la réglementation pour devenir à terme la norme.

---

375 La certification forestière « *Forest Stewardship Council* » ou FSC permet de s'assurer que les produits forestiers sont conformes à des exigences telles que la bonne gestion forestière ou le bien-être des salariés et des populations locales.







Un exemple d'action de plaidoyer conjoint avec les acteurs économiques est le Règlement Bois de l'Union européenne<sup>376</sup>. Depuis les années 1990, nous avons démarré cette démarche constructive de travailler au niveau technique avec les entreprises. Plusieurs ONG avaient signé des courriers adressés à la Commission européenne pour que l'Europe se munisse d'un règlement fort, afin de lutter contre le bois illégal. Quelques années plus tard, grâce à toutes ces actions menées avec les entreprises et à la confiance créée, nous avons pu faire ce que l'on appelle un « *industry statement* », c'est-à-dire une prise de position rédigée par le WWF et soutenue par des dizaines d'acteurs économiques puissants au niveau européen, dont le contenu est un bon moyen de préservation des écosystèmes, et que les entreprises reconnaissent comme étant une solution intelligente pour leur modèle économique. Le fait de pouvoir avoir cette parole qui donne, *via* l'ONG, la voie de la société civile et, *via* l'entreprise, la voie économique, permet d'aider le législateur à prendre sa décision en toute connaissance de cause. Le Règlement Bois de l'Union européenne a finalement été adopté en 2010, et ces actions de plaidoyer conjoint ont facilité son adoption.

Lors de la révision du Règlement, en 2015, une approche similaire a été adoptée avec la rédaction d'un nouvel « *Industry Statement* » avec des acteurs européens. La Commission a rendu son rapport il y a deux semaines. Grâce à cet esprit constructif et à la façon dont on a mené le dialogue avec les entreprises, la plupart des recommandations que l'on a faites sont dans le rapport de la conclusion de la Commission européenne.

Donc en étant volontaire, constructif et ouvert au dialogue, l'on arrive à faire évoluer les secteurs d'activités.

Maintenant, il existe aussi un devoir de vigilance et, en tant qu'ONG, nous avons un devoir d'alerte. Ce n'est pas parce que l'on avance, que l'on ne doit pas alerter lorsque le besoin s'en fait sentir. L'an dernier, le WWF Autriche a porté plainte dans ce pays contre la société *Holzindustrie Schweighofer* qui exploitait de façon illégale du bois en Roumanie. Cet exemple permet de montrer l'étendue de l'action de l'ONG au niveau d'une entreprise ou d'un secteur d'activité ; et aussi de montrer, de manière volontaire, comment transcrire ces engagements pour faire évoluer les normes avec ici un règlement ambitieux de l'Union européenne. Il est donc très important que nous puissions continuer à conserver ce devoir de vigilance et d'alerte que nous, ONG, sommes les seuls à porter.

---

**Christine Maugué**

*présidente de la 7<sup>e</sup> sous-section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modératrice de la conférence**

Merci beaucoup pour ces éléments concrets intéressants que vous avez développés.

---

376 Règlement (UE) n° 995/2010 du 20 octobre 2010, entré en vigueur le 3 mars 2013, qui vise à lutter au sein de l'Union européenne contre le commerce du bois récolté illégalement et de produits dérivés, et qui énonce les obligations des opérateurs de la première mise sur le marché de ces produits.





---

**Peter Herbel**

*avocat au barreau de Spire (Allemagne),  
ancien directeur juridique du groupe Total*

J'ai trouvé votre exemple très pertinent parce qu'il montre qu'à travers la coopération entre une ONG qui harcèle les entreprises – c'est son rôle, je crois – et l'entreprise qui réagit, vous arrivez à faire progresser l'entreprise en question et, éventuellement, à en faire progresser d'autres qui suivent le mouvement. Je me permettrai une question : quels sont les genres de coopérations que vous trouvez efficaces ? Je crois avoir vu, sur votre site, que vous avez mené d'autres stratégies dans ce domaine.

---

**Nicolas Loz de Coëtghourhant**

*responsable des relations avec le monde économique au World Wild Fund*

En ce qui concerne les coopérations efficaces, ce que je cite sur le bois est applicable à l'ensemble des filières de matières premières sur lesquelles nous travaillons. L'approche partenariale est une approche intéressante, car elle s'inscrit toujours dans une démarche de long terme qui permet d'aider l'entreprise à se fixer des objectifs ambitieux, mais aussi de se donner le temps de pouvoir les décliner et les mettre en œuvre et agir, au-delà de l'entreprise, sur sa chaîne d'approvisionnement et son secteur d'activité.

Certes, cette approche n'est pas envisageable avec l'ensemble des industries et des entreprises, d'autant que le WWF s'interdit de recevoir de l'argent et d'associer son image à un certain nombre d'industries. En revanche, cela ne nous empêche pas d'avoir un dialogue avec l'ensemble des entreprises.

Dans mon travail quotidien, je rencontre toutes les entreprises françaises, quels que soient leurs secteurs d'activités, pour faire passer nos messages, car il est important de savoir ce qu'attendent les entreprises afin de pouvoir leur expliquer clairement quelle est la position de l'ONG vis-à-vis de leurs affaires actuelles, de leurs investissements futurs, et où l'on espère les trouver en tant qu'acteurs responsables dans trois, cinq ou dix ans.

---

**Peter Herbel**

*avocat au barreau de Spire (Allemagne),  
ancien directeur juridique du groupe Total*

Il me semble que votre ONG est intervenue pour une société pour laquelle je travaillais en République démocratique du Congo.

---

**Nicolas Loz de Coëtghourhant**

*responsable des relations avec le monde économique au World Wild Fund*

Il s'agit d'une autre approche. Cela ressemble davantage au cas de la société *Holzindustrie Schweighofer*. Je n'étais pas présent à l'époque, mais j'en ai entendu parler. Il s'agissait d'un contentieux au sujet du Parc National des Virunga, le





plus ancien parc africain situé en République Démocratique du Congo, qui est un parc classé au Patrimoine Mondial de l'Unesco. Deux entreprises, Total et Soco International, y perpétraient des explorations pétrolières. Des échanges ont eu lieu avec ces entreprises, afin que cette exploitation cesse. Ces échanges n'ayant pas abouti pour diverses raisons, le WWF a intenté une action publique de communication pour que Total et Soco International se désengagent de l'exploration et de l'exploitation sur l'ensemble des parcs classés au patrimoine mondial de l'Unesco, ce qui n'était pas le cas auparavant. Il s'agit d'un autre moyen d'action, comme celui du WWF Autriche contre la société *Holzindustrie Schweighofer*. Cela atteint un autre niveau qui est de rendre le sujet public ; et l'on s'aperçoit qu'à partir du moment où l'on touche à l'image de la société, le sujet devient très sensible pour l'entreprise. Mais, auparavant, l'on privilégie toujours le dialogue, et ce genre d'action s'effectue en dernier recours.

---

### François-Guy Trébulle

*professeur à l'université Panthéon-Sorbonne*

J'aimerais souligner à quel point il existe une pluralité des rôles des associations qui est vraiment intéressante, par rapport aux enjeux du droit de l'environnement. Le WWF fait partie de ces associations qui assument la pluralité des rôles. J'observe que si l'on peut faire un parallèle évident – et pertinent – entre les associations de défense de l'environnement en matière environnementale et les syndicats en matière de droit du travail, les associations de défense de l'environnement ont un avantage par rapport aux syndicats – même si c'est peut-être moins vrai aujourd'hui –, c'est le fait qu'elles sont, pour un certain nombre d'entre elles, extrêmement à l'aise avec la globalisation, qui est même le terreau naturel de certaines ONG (WWF, Greenpeace, Amis de la Terre, etc.). Et cette ouverture originelle en fait des acteurs globaux, aptes à mieux penser la globalisation grâce à cette référence et à cette couverture extrêmement importante de territoires très divers. Ces ONG peuvent ainsi se saisir ou faire remonter ou faire circuler des problématiques dans les pays qui investissent, comme dans les endroits où ces investissements sont réalisés. Cela fait partie de l'émergence de cette société civile mondiale qui est particulièrement intéressante.

D'autre part, vous avez cité, avec les problématiques du label FSC, les enjeux qui sont encore du côté de la création du droit, mais il existe également un rôle tout à fait essentiel du côté de l'effectivité. De ce point de vue, je citerai le doyen Héron<sup>377</sup> qui voyait dans les associations de défense de l'environnement internes « *des ministères publics à objet limité* », et il y avait quelque chose d'assez juste dans cette formule, car il y a des interlocuteurs qui sont des relais et vont être, en quelque sorte, des garants ou des témoins de l'effectivité du droit, et qui pourront aiguillonner en la matière. On a aussi quelque chose d'extrêmement important : vous avez cité l'ONG Urgenda, mais les ONG n'ont pas le monopole de ce genre d'action. Par exemple, au mois de septembre 2015, la Haute Cour de justice de Lahore (Pakistan) a été saisie par un agriculteur pakistanais qui estimait que le gouvernement n'avait pas pris les mesures nécessaires pour lutter contre le

---

377 Jacques Héron (1948-1999), doyen de la faculté de droit de Caen.





changement climatique, contrairement aux engagements pris en septembre 2012 dans le cadre de la politique climatique nationale. La Haute Cour de justice de Lahore a donné raison à l'agriculteur pakistanais face à l'inaction de son Gouvernement en matière climatique et lui a rappelé ses engagements en la matière.

Dans ce registre, les associations ont également un rôle tout à fait essentiel à jouer. En Inde, lorsque la tribu indigène des Dongria Kondh, une population autochtone de l'État d'Odisha (à l'est de l'Inde), a lutté contre une compagnie minière, elle l'a fait avec l'aide d'associations importantes<sup>378</sup>. Ce qui suppose que l'on laisse ces associations s'exprimer et agir librement, afin qu'elles puissent se faire l'écho de l'ensemble des problèmes et des enjeux qu'elles soulèvent par leur engagement.

Enfin, l'on pourrait avoir une autre interrogation autour de la problématique du financement. Vous l'avez évoquée en creux. C'est une chose de dire que les associations sont des acteurs nécessaires, une autre de dire qu'il faut qu'elles soient indépendantes et non pilotées par des intérêts concurrents, et encore une autre de leur donner les moyens de jouer ce rôle que les États sont bien contents de les voir assumer parce qu'eux-mêmes n'ont pas nécessairement la volonté de le faire. De ce point de vue, je serai un peu plus dur que mes collègues en disant que, dans ce registre-là, j'ai l'impression que l'on a un magnifique marché de dupes mondial où l'on dit aux associations qu'elles sont formidables et qu'on les apprécie, alors qu'on les laisse se débrouiller avec peu de moyens. Mais, pourtant, elles y parviennent ; du coup, pourquoi agir autrement ?

En revanche, s'il y a cette dimension contentieuse, on peut alors s'interroger sur l'action de groupes<sup>379</sup> (en anglais, « *class action* ») en matière environnementale qui pourrait voir le jour en France. Derrière cette dimension contentieuse, il existe des interrogations sur l'intérêt et sur la qualité à agir. L'on retombe dans des problématiques juridiques tout à fait essentielles, mais techniques, qu'il faut identifier et accompagner ; en tous cas, ne pas nier.

À côté de cette problématique d'action de groupe, il existe une autre problématique importante des associations : dans une perspective axée sur le dialogue, les associations sont aussi les partenaires des entreprises, et même des partenaires nécessaires dans leur politique de responsabilité sociale. Je pense qu'en raison du fait que les associations incarnent une autre réalité, une autre position, elles peuvent faire ce que les entreprises ne peuvent pas ou n'osent pas faire, alors même qu'elles le souhaiteraient. En la matière, je citerai l'exemple d'une loi indienne relativement récente qui impose aux plus grandes entreprises d'affecter 2 % des bénéfices réalisés sur les trois dernières années à leur politique de responsabilité sociétale (RSE)<sup>380</sup>. Bien sûr, l'entreprise pourrait s'investir directement dans les populations autochtones pour revaloriser le travail des femmes mais, fondamentalement, ce n'est pas son rôle. D'où l'intérêt des partenariats avec les associations. Et l'on voit

378 En 2013, la Cour suprême indienne a donné raison aux Dongria Kondh qui s'opposaient depuis 2007 à un projet d'exploitation minière du groupe anglo-indien Vedanta qui aurait détruit leur mode de vie, leur environnement et leur lieu de culte (la montagne Niyam Dongar). Ils ont notamment bénéficié du soutien des ONG *Survival*, *Amnesty International* et de l'Église anglicane.

379 L'action de groupe a été introduite en France par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi « *Hamon* »).

380 La responsabilité sociétale des entreprises (RSE) désigne la prise en compte, par les entreprises, des préoccupations liées au développement durable dans leurs activités.





très bien dans ces partenariats, qui ont du sens, qu'il ne s'agit pas d'acheter les associations, car l'on peut avoir des partenariats qui s'avèrent fructueux.

Dans ce contexte, il est important de trouver un équilibre entre la pugnacité et la liberté absolue d'expression, qui fait qu'une association doit pouvoir se battre contre une entreprise – on se rappelle les formules de la Cour EDH sur la possibilité pour *Greenpeace England* d'aller attaquer *McDonald* devant les juridictions britanniques –, sans oublier cette place de partenariat. C'est le rôle que l'on demande aujourd'hui aux associations de jouer, mais je ne suis pas certain qu'on leur donne les moyens de le jouer pleinement.

---

**Nicolas Loz de Coëtgourhant**

*responsable des relations avec le monde économique au World Wild Fund*

Il est vrai que les aspects de financement et de liberté d'action sont des points essentiels. Les financements, en tous cas en France, proviennent des particuliers à hauteur d'environ 80 %, le reste provient, pour environ 18 %, des entreprises, car nous avons très peu de fonds publics.

Après, se pose la question de l'indépendance. C'est une question essentielle pour nous, parce qu'elle nous permet de garder notre crédibilité. Ce qui nous donne cette crédibilité, c'est d'avoir le soutien, dans le monde, de près de six millions de personnes qui donnent au WWF. Conserver cette indépendance est un élément clé pour continuer à être crédible vis-à-vis de l'ensemble des acteurs. Bien sûr, tout partenariat implique un échange financier, parce que l'on ne peut pas travailler sans ce type d'échange. Cependant, on limite les revenus que l'on peut percevoir des entreprises à 30 % maximum du budget annuel de notre ONG. Cela permet de ne jamais être dépendant d'un partenariat en particulier, et de pouvoir conserver notre liberté de parole. C'est très important, car l'on peut ne pas être d'accord sur l'ensemble des sujets avec un partenaire ; cela n'empêche pas de travailler de façon constructive, mais si le désaccord porte sur un sujet de fond, l'on peut rompre le partenariat sans mettre en péril le financement de l'ONG.

---

**Christine Maugüé**

*présidente de la 7<sup>e</sup> sous-section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modératrice de la conférence**

Nous allons aborder notre troisième thème qui est celui des entreprises.

---

**Peter Herbel**

*avocat au barreau de Spire (Allemagne),  
ancien directeur juridique du groupe Total*

Le droit est partout dans l'entreprise. Il concerne toutes les activités : de la recherche jusqu'au service après-vente. Dans les entreprises industrielles, le droit de l'environnement occupe une place clé. Comment l'appréhender ? Tout d'abord, en l'appliquant (1), ensuite en participant à l'élaboration de ce droit (2).





## 1. Application des normes environnementales par l'entreprise

L'entreprise multinationale doit appliquer les normes, mais lesquelles ? Descartes disait : « *La multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un État est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont fort étroitement observées* ». Plus récemment, le Conseil d'État voyait dans l'inflation des lois un facteur d'insécurité juridique. Il faisait état, en 2006, de plus de dix mille lois et de plus de cent vingt mille décrets en vigueur, avec une production annuelle supplémentaire d'environ soixante-dix lois et mille cinq cents décrets en France<sup>381</sup>.

L'entreprise multinationale, elle, fait face à un facteur multiplié par dix ou cent en fonction du nombre de pays. Que fait-elle face à ce constat ? Elle transpose ces normes dans son fonctionnement interne et elle tente d'anticiper leur évolution.

1.1. *L'entreprise multinationale part du point de vue que certains concepts classiques juridiques s'appliquent encore, notamment le concept de « voile corporatif »<sup>382</sup> et le concept selon lequel le droit souple est un droit non sanctionnable en justice*

Compte tenu de la multitude et du caractère parfois confus des lois environnementales, l'entreprise tente de les simplifier, afin de les rendre compréhensibles et opérationnelles pour des non-juristes qui devront les appliquer dans leur travail quotidien.

Par un processus qui s'apparente un peu à celui du droit comparé, elle analyse les principales prescriptions des lois étrangères et du droit national de la société-mère avec l'aide de juristes étrangers ou avec l'aide d'associations d'entreprises. La société-mère doit prendre une décision sur le degré d'influence qu'elle souhaite exercer à l'intérieur de son groupe dans le domaine stratégique de l'environnement : plus la société-mère s'implique, plus elle risque d'être considérée comme responsable de la gestion de l'environnement par ses filiales.

Les normes internes sont transmises aux filiales : il appartient à chaque filiale, dans le respect de ses règles de décision, d'adopter un texte similaire, en l'adaptant en tant que de besoin au contexte local. De même, l'entreprise a tendance à inclure dans les contrats avec les fournisseurs des clauses environnementales, afin de garantir le respect d'un standard qualitatif dans la fabrication des produits qu'elle achète. D'où, la nécessité pour l'entreprise de contrôler l'application de ses propres normes de droit souple.

Concernant les risques juridiques les plus importants, beaucoup d'entreprises mettent en place un système de conformité, appelé « *compliance* », en s'inspirant des préconisations du droit américain. L'entreprise doit se doter de règles universelles, et de moyens humains et financiers importants, notamment pour faire des audits sur place. Ces audits sont menés par des moyens internes et

381 Conseil d'État, Rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, éd. La documentation Française, 2006. V. également Conseil d'État, Étude annuelle 2016, *Simplification et qualité du droit*, Paris, éd. La documentation Française, 2016.

382 Le voile corporatif (ou personnalité morale, ou voile de la compagnie), en anglais « *corporate veil* », est un concept légal qui sépare la personnalité d'une société des personnalités de ses actionnaires et les protège d'être personnellement responsables des dettes de l'entreprise et d'autres obligations (cette protection peut être levée sous certaines conditions).





avec l'aide de partenaires externes (certaines ONG ou organismes académiques). Nombre de multinationales françaises ont volontairement intégré ces systèmes de conformité. Pour les entreprises qui ont des cycles longs d'investissement, il est aussi impératif d'anticiper l'évolution du droit de l'environnement par l'étude des décisions judiciaires et des projets législatifs.

## 1.2. Quelques décisions de justice mettent en cause l'application des concepts visés précédemment (voile d'entreprise et droit souple)

### 1.2.1. Décisions de justice

a) Dans l'affaire *Akpan contre Shell*<sup>383</sup>, aux Pays-Bas, des jugements préliminaires retiennent la compétence des tribunaux néerlandais concernant une défenderesse anglaise et nigériane, notamment en appliquant le concept de *forum necessitatis* ainsi que la possibilité d'une responsabilité de la société-mère pour la négligence de sa filiale nigériane.

b) Au Royaume-Uni, la même cour d'appel de Londres a retenu, en 2012, dans l'affaire *Chandler*<sup>384</sup>, la responsabilité de la société-mère vis-à-vis d'un employé de sa filiale ; puis, en 2014, dans l'affaire *Thompson*, elle a jugé que la société-mère n'avait pas de responsabilité pour les actes de sa filiale.

c) En France, dans l'affaire *Erika*<sup>385</sup>, la Cour de cassation a statué, en 2012, que la société Total avait commis une imprudence en ne respectant pas ses propres règles volontaires, donc du droit souple. Dans l'affaire dite du « tramway de Jérusalem »<sup>386</sup>, la cour d'appel de Versailles statue, en 2013, que la loi internationale crée des obligations pour les États, mais pas pour les sociétés privées. Elle a également jugé que, ni un code de conduite interne, ni le Pacte mondial des Nations Unies ne pouvaient créer des obligations juridiques dont des tiers pouvaient se prévaloir.

d) Aux États-Unis, en droit américain, dans l'affaire opposant des citoyens équatoriens à Chevron, une cour américaine, en 2002, s'est déclarée incompétente sur la base du concept *forum non conveniens*. Les plaignants ont eu gain de cause en Équateur, où Chevron a été condamné en 2013 à payer un montant de neuf milliards et demi de dollars ; mais cette affaire est loin d'être terminée. Concernant l'extraterritorialité des lois fédérales américaines, la Cour suprême a décidé, en 2013, dans l'affaire *Kiobel contre Shell*<sup>387</sup>, qu'il existait une présomption contre l'extraterritorialité des lois fédérales.

Ces quelques décisions de justice montrent que l'entreprise multinationale doit envisager, dans certains cas, une responsabilité pour les actes d'une filiale étrangère. Elles appellent également à la prudence concernant la qualité de droit souple des normes volontaires. Néanmoins, il semble prématuré de conclure à une tendance avérée sur ces deux plans en matière de justice.

383 Cour de La Haye, 30 janvier 2013, *Akpan et al. v. Shell plc* (v. aussi les affaires du 30 janvier 2013, *Oguru et al. v. Shell plc* et *Dooh et al. v. Shell plc*).

384 Cour d'appel de Londres, 25 avril 2012, *Chandler v. Cape plc*.

385 C. cass., ch. crim. (form. plénière), 25 septembre 2012, *Erika*.

386 Cour d'appel de Versailles, 22 mars 2013, *Tramway de Jérusalem*.

387 Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013.





### 1.2.2. Évolutions législatives

Concernant de possibles évolutions législatives, quelques exemples viennent à l'esprit, notamment en France, avec la proposition de loi « vigilance ». Celle-ci vise à mettre en place une responsabilité délictuelle pour une centaine de sociétés françaises au sujet de dommages environnementaux tout au long de leurs chaînes de fabrication, y compris le sous-fournisseur du dernier maillon. Beaucoup de sociétés françaises pratiquent déjà des régimes volontaires de conformité. Le plus souvent, en cas de manquement par le fournisseur à ses règles, la société donneuse d'ordre l'aide à se mettre en conformité, ce qui peut prendre du temps.

Si cette proposition de loi entre en vigueur, les entreprises françaises concernées devront adopter une attitude juridique, et non plus collégiale, vis-à-vis de leurs filiales et fournisseurs. Par ailleurs, les États à faible gouvernance seraient exonérés de faire leur travail, puisque les sociétés françaises en seraient chargées.

## 2. La participation des entreprises à l'élaboration de normes environnementales

Une entreprise peut participer elle-même ou à travers ses associations professionnelles à l'élaboration de normes, mais elle peut également se trouver sous la pression de normes de droit souple élaborées par d'autres entreprises ou organismes.

### 2.1. La coopération avec les organismes étatiques français

Le processus du « Grenelle de l'environnement » existe encore. Il associe cinq collèges comme parties prenantes à l'élaboration des normes, dont les entreprises. Ce processus a déjà engendré deux lois (Grenelle I et II)<sup>388</sup> et a participé à la préparation de la COP 21.

En outre, la Conférence nationale des débats publics (CNDP), une autorité administrative indépendante, a pour mission de recueillir les points de vue des citoyens, dont les entreprises, au sujet de projets d'infrastructures, afin que l'État puisse les prendre en compte dans son processus de décision. L'Agence française de normalisation (AFNOR), quant à elle, est une association placée sous la tutelle de l'État, qui compte plus de trois mille entreprises adhérentes, qui participent à l'élaboration des référentiels techniques nécessaires à la mise en œuvre des lois et des décrets. Certaines de ces normes peuvent devenir obligatoires par arrêté ministériel, et se transformer ainsi en droit dur.

En matière d'environnement, il existe peu de traités internationaux transposés en droit national et ayant le caractère de droit dur, sauf dans le domaine maritime. Néanmoins, beaucoup d'entreprises adhèrent volontairement à toute une série d'instruments de droit souple dans le domaine de l'environnement, par exemple pour ce qui concerne les normes de la famille ISO 14000, les principes du Ceres<sup>389</sup>,

<sup>388</sup> Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, et loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

<sup>389</sup> Les principes du Ceres (« *Coalition for Environmentally Responsible Economies* ») ont été créés en 1989. Il s'agit d'un code de conduite environnemental en dix points visant, non seulement, les entreprises, mais aussi, les investisseurs.







les principes de l'Équateur<sup>390</sup>, etc.

Concernant le Pacte mondial des Nations Unies, environ dix mille multinationales ont pris l'engagement public d'aller au-delà de ce qu'exige le droit dur environnemental, et d'améliorer tous les ans leurs pratiques, ainsi que de participer à des actions contre le changement climatique. Tout cela est publié dans leurs rapports annuels.

Concernant la création de normes environnementales dans le cadre d'associations, je citerai l'IPIECA, une association de sociétés pétrolières couvrant plus de la moitié de la production mondiale de pétrole et de gaz. Elle coopère avec de nombreuses parties prenantes de la société civile et avec les experts de l'ONU. Les recommandations de l'International Petroleum Industry Environmental Conservation Association (IPIECA) sont régulièrement intégrées dans l'élaboration des normes internes des entreprises membres.

## *2.2. L'entreprise doit également faire face à des normes de droit souple élaborées par d'autres entreprises ou organismes.*

Concernant la pression en provenance du secteur financier, l'on s'aperçoit que le droit souple peut devenir dur économiquement, par exemple en matière d'environnement par le biais du financement de projets d'investissements dans les pays en voie de développement. La Banque mondiale et la plupart des banques ayant adopté les Principes de l'Équateur<sup>391</sup> exigent des entreprises sollicitant un prêt la mise en œuvre d'une procédure d'étude approfondie des impacts environnementaux et sociétaux. Une entreprise qui ne se conforme pas à ces principes de droit souple n'a pas de financement pour ses projets ; c'est une conséquence aussi dure économiquement que celle associée au non-respect du droit.

Concernant la pression par les organismes gouvernementaux internationaux, citons l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à travers la publication de ses principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, adoptés par les États membres. Celle-ci exerce une réelle influence sur la gouvernance et le comportement des entreprises. Le chapitre six de ses principes directeurs concerne l'environnement et détaille les standards auxquels les entreprises sont censées se conformer. Les entreprises qui contreviennent à ces principes peuvent faire l'objet d'une procédure non judiciaire, devant l'un des « points de contact nationaux » (PCN), qui recueillent les griefs des parties prenantes à l'encontre d'une entreprise, et l'on note une recrudescence de ce genre de procédure.

## **Conclusion**

Au final, nous constatons qu'il n'existe que des bribes de droit dur international de l'environnement. Ceci est largement dû au fait que les États invoquent fréquemment le principe de souveraineté dans les négociations internationales. La

390 Les principes de l'Équateur (« *Equator Principles* ») ont vu le jour en 2003, à l'initiative d'un groupe de banques internationales. Il s'agit d'un ensemble de dispositions en vue d'une gestion saine des problèmes sociaux et environnementaux liés au financement de projets.

391 Les Principes de l'Équateur, créés en 2003, forment un référentiel s'adressant au secteur financier. Au nombre de dix, adoptés volontairement par les institutions financières, ils visent la prise en compte des risques sociaux et environnementaux dans le cadre de financement de projets.





justice, quant à elle, fait ce qu'elle peut. Elle applique son droit territorial et, dans certains cas, elle interprète librement les textes, afin d'attirer des cas graves sous sa juridiction.

L'absence de ce droit international amène les entreprises à se frayer un chemin à travers des législations souvent contradictoires. Les avancées en matière d'environnement dépendent largement de démarches volontaires des acteurs de la société civile, dont les entreprises. Mais, il faut probablement se garder de judiciairiser ces démarches volontaires que l'on trouve maintenant en nombre croissant. Pour les entreprises occidentales, l'avenir semble être dans une co-construction avec tous les acteurs, plutôt que dans le raidissement juridique national. Il existe, heureusement, une multitude d'initiatives privées et/ou publiques qui peuvent, petit à petit, contribuer à un environnement meilleur dans un monde globalisé.

---

### **Christine Maugué**

*présidente de la 7<sup>e</sup> sous-section du contentieux du Conseil d'État,  
modératrice de la conférence*

Je vous remercie beaucoup pour la richesse de vos propos, qui provoquent déjà des réactions parmi vos collègues intervenants.

---

### **François-Guy Trébulle**

*professeur à l'université Panthéon-Sorbonne*

Tout d'abord, je souhaiterais exprimer un point d'accord très structurant sur l'appel à ne pas judiciairiser, jusqu'à une certaine limite, les démarches volontaires des entreprises par un raidissement juridique. Sachant que la limite entre le volontaire et ce qui relève d'une justiciabilité n'est pas nécessairement très facile à franchir. Ainsi, le contrat est volontaire ; pour autant, le contrat a vocation à être connu par le juge.

Ensuite, je souhaiterais réagir par rapport à certains points évoqués.

a) Un point d'information : la professeure Fauvarque-Cosson vient de publier un article très intéressant sur le contrat et le climat au *Recueil Dalloz* 2016<sup>392</sup>, et ce qu'elle décrit est tout à fait dans le droit-fil de ce qui vient de nous être présenté.

b) Un point de franc désaccord, non pas avec maître Herbel, mais avec la cour d'appel de Versailles : je pense que la décision rendue dans l'affaire dite du « *tramway de Jérusalem* » est éminemment discutable. Certes, vous avez eu raison de la citer car c'est la seule qui se prononce sur les points importants que vous avez évoqués, mais il me semble que la cour d'appel de Versailles nie purement et simplement la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment celle rendue dans l'affaire *Dassault Système*<sup>393</sup> sur les chartes d'entreprises et l'alerte éthique. La cour d'appel de Versailles nie, par ailleurs, l'ensemble de la construction

<sup>392</sup> B. Fauvarque-Cosson, « L'entreprise, le droit des contrats et la lutte contre le changement climatique », in *Recueil Dalloz*, n° 6, 2016, pp. 324-329.

<sup>393</sup> C. cass., ch. soc., 8 décembre 2009, arrêt n° 2524, *La Fédération des travailleurs de la métallurgie (CGT) c. la société Dassault systèmes*, publié au Lebon.





juridique autour des chartes d'éthique et, notamment, des chartes informatiques. Cela même, alors que le juge, d'une façon générale, sait pourtant se saisir de ce type d'instruments (charte d'éthique ou charte technique) pour porter un regard particulier sur les cas qui lui sont soumis. Sans doute cette affaire a-t-elle beaucoup souffert du contexte diplomatique et politico-historique extrêmement sensible dans lequel elle s'est développée. À l'arrêt de la cour d'appel de Versailles dans l'affaire dite « *du tramway de Jérusalem* », je voudrais opposer un arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 décembre 2013 rendu dans une affaire Wendel<sup>394</sup> où la cour d'appel de Paris nous dit des choses particulièrement intéressantes à propos de la problématique de l'actionnariat d'engagement, notamment, par rapport au droit souple.

La cour d'appel de Paris souligne ainsi qu'un nombre croissant d'investisseurs pratiquent l'engagement. Elle précise que la société Wendel, cotée en bourse, ne peut pas ignorer ces pratiques actionnariales qui sont aujourd'hui naturelles aux États-Unis, et dans les pays du Nord de l'Europe, même si elles restent discrètes ou ponctuelles en France. La cour d'appel de Paris conclut en observant cette nouvelle dimension de l'investissement socialement responsable : l'actionnariat d'engagement ne figure pas encore dans le droit dur (en anglais, « hard law ») mais, s'agissant des sociétés cotées sur les marchés internationaux, il a pénétré dans les exigences de droit souple du régulateur de marché et s'inscrit, dorénavant, de plus en plus dans les règles de bonne conduite de l'Autorité des marchés financiers (AMF).

En conclusion, la cour précise que la responsabilité sociale des entreprises (RSE)<sup>395</sup> est une référence qu'elle va connaître ; puis, il s'avère qu'en l'espèce, elle ne condamne pas l'entreprise parce qu'il n'y a pas de préjudice.

Pourquoi ai-je attiré votre attention sur cet arrêt ? Parce que l'on est en train de redéfinir l'entreprise par rapport à un certain nombre d'éléments. C'est un fait que l'on peut identifier au niveau européen avec le paquet « entreprises responsables » d'octobre 2011<sup>396</sup>. Ceci est à la fois juridique et non juridique. L'on a également une directive du 22 octobre 2014 sur l'information extra-financière<sup>397</sup> mais, surtout, il est en train de se passer quelque chose d'extrêmement intéressant pour tous ceux qui sont passionnés par l'entreprise et qui s'intéressent à l'environnement dans un contexte global : c'est le texte, adopté par le Parlement européen le 8 juillet

394 Cour d'appel de Paris, pôle 5, chambre 9, 19 décembre 2013, n° 12/22644.

395 La responsabilité sociale des entreprises (RSE) est la responsabilité des entreprises concernant leurs impacts sur la société.

396 La responsabilité sociale des entreprises s'inscrit dans les objectifs de la stratégie 2020 de la Commission en matière de croissance intelligente, durable et inclusive. V. les actes de communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011, intitulés : « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 » et « Initiative pour l'entrepreneuriat social - Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales » [COM(2011) 681 et 682].

397 La directive 2014/95/EU du Parlement européen et du Conseil européen du 22 octobre 2014 (JOUE du 15 novembre 2014) amendement la directive 2013/34/EU, ayant trait à l'information sur les éléments non-financiers et de diversité pour les entreprises concernées, est entrée en application le 6 décembre 2014 en vue de permettre aux États sa transposition dans un délai de deux ans et à la Commission de publier parallèlement un guide d'application non contraignant.





2015<sup>398</sup>, de la directive visant à encourager l'actionnariat de long terme. Ce texte est très intéressant parce qu'il indique, d'une part, que l'entreprise n'est pas la propriété de ses actionnaires et, d'autre part, que l'engagement est une exigence vis-à-vis des investisseurs institutionnels. Le dialogue avec les parties prenantes rentre ainsi dans les gènes de l'entreprise. La position des bons élèves, notamment en matière environnementale ou en matière sociale, est en train de devenir le modèle à suivre.

Il existe une prime pour les bons élèves sous forme d'attractivité envers l'entreprise. Aujourd'hui, une entreprise respectueuse des obligations environnementales est plus solide, plus structurée et plus adaptable pour faire face aux évolutions conjoncturelles. Ces entreprises ont généralement des valeurs fortes, des engagements forts. Elles peuvent aller beaucoup plus loin que les autres entreprises du même secteur. C'est quelque chose que la France ne connaissait pas. Puis, progressivement, l'on voit émerger depuis quelques années, en droit français aussi, la notion « d'acceptabilité sociale », par exemple autour de l'obligation de vigilance dans la chaîne d'approvisionnement, etc. L'on parle ici de globalisation et de questions environnementales, ce qui n'était pas le cas auparavant.

En effet, durant toute la période moderne, quand on contractait, l'on se focalisait uniquement sur le « quoi » : quel est l'objet sur lequel on contracte ? Et l'objet du contrat n'était que cet élément-là. Or, aujourd'hui, et c'est l'un des défis que révèle le droit de l'environnement, dans une perspective globale, l'on contracte, certes, toujours sur le « quoi » (quel produit ou service ?), mais aussi sur le « comment » : quelle empreinte sociale ou environnementale a ce petit ensemble camaïeux fabriqué au Bangladesh dans un endroit charmant qui se nomme... le Rana Plaza<sup>399</sup> ? Quel coût pour ces matières premières, pour cet or extrait dans des mines par des enfants ? Quel coût pour cet or aussi – car cela cristallise les enjeux – extrait en envoyant du cyanure dans les nappes phréatiques de régions dans lesquelles il y a du stress hydrique ? Le mot-clé, peut être plus encore que la vigilance, est cette notion de chaîne d'approvisionnement, traduisant l'idée du « comment ». Ce n'est pas forcément un poids pour les entreprises, alors que c'est un questionnement pour l'ensemble de la société, y compris pour les consommateurs. L'on parle de responsabilité sociale des entreprises, mais l'on devrait aussi parler de responsabilité sociale des consommateurs.

L'on est dans une configuration dans laquelle les choses se révèlent dans leur complexité. L'environnement est une merveilleuse matière, parce qu'à l'ère de la globalisation, il nous montre la globalité, l'extraterritorialité de ces enjeux, et le fait qu'au final tout est lié.

398 V. les amendements du Parlement européen, adoptés le 8 juillet 2015, à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et la directive 2013/34/UE en ce qui concerne certains éléments de la déclaration sur la gouvernance d'entreprise.

399 Le 24 avril 2013, l'effondrement de ce bâtiment de neuf étages abritant cinq ateliers de confection textile a fait plus de mille morts et plus de deux mille blessés. C'est l'accident le plus meurtrier à ce jour dans l'industrie textile.





---

## Nicolas Loz de Coëtgourhant

*responsable des relations avec le monde économique au World Wild Fund*

C'est un sujet très intéressant, et j'approuve vos propos au sujet des chaînes d'approvisionnement. L'entreprise est effectivement responsable, même si ce n'est pas forcément une responsabilité juridique reconnue au niveau international. C'est pour cette raison que nous souhaitons travailler avec les entreprises, qui ont également un intérêt à le faire. Et cela rejoint aussi le point de l'actionnariat de long terme, car nous travaillons beaucoup avec des entreprises familiales qui ont l'avantage de ne pas se polariser sur l'évolution quotidienne des cours de la bourse, mais de développer une stratégie de moyen et long termes sur leurs retours sur investissement. Or, réussir à s'inscrire dans la durée est essentiel si l'on veut percevoir l'intérêt que représente l'adoption d'une démarche responsable de l'entreprise, qui est souvent visible sur le long terme.

L'on trouve de nombreuses initiatives volontaires de la part des entreprises, notamment à travers le système du Pacte mondial des Nations Unies, ou encore le rôle joué par les entreprises durant la COP 21, où plus de cent entreprises ont rejoint une initiative appelée « *Science Based Targets* »<sup>400</sup> portée par quatre acteurs : Carbon Disclosure Project (CDP), United Nations Global Compact, World Resources Institute et WWF. En rejoignant cette initiative, les entreprises disent : « *En tant qu'acteur économique majeur au niveau mondial, je prends l'engagement d'aligner mon impact carbone sur un réchauffement global ne dépassant pas les deux degrés* ». Pour une entreprise, réussir à prendre cet engagement, c'est envoyer un signal à l'ensemble des chefs d'États, pour dire que « *je suis capable en tant qu'acteur économique de le faire sans mettre en péril la pérennité de mon modèle ; donc vous aussi assumez vos responsabilités et signez pour avoir un accord ambitieux* ». L'argument économique ne pouvant plus être retenu comme raison de non-accord.

---

## Peter Herbel

*avocat au barreau de Spire (Allemagne),  
ancien directeur juridique du groupe Total*

Au-delà de nos désaccords, je suis heureux de constater qu'il existe des points d'entente comme le souhait que le droit souple devienne parfois dur, y compris dans les entreprises ! À cet égard, l'on peut noter que dans le cadre de la COP 21, les entreprises ont plaidé pour du droit dur mondial en matière de prix du carbone. Pourquoi ? Afin d'être toutes soumises aux mêmes règles. Ceci est un aspect important pour comprendre nos discussions sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordres. Aussi longtemps que les États mettent les entreprises dans le même cadre législatif, cela signifie que les concurrents ont tous les mêmes contraintes.

Par contre, là où l'on fait de la discrimination, il y a un problème. L'entreprise pour laquelle j'ai travaillé autrefois a deux types de concurrents : des concurrents

<sup>400</sup> L'initiative « *Science Based Targets* » appelle les entreprises à aligner leurs émissions de gaz à effet de serre sur l'objectif de 2° C.





américains qui appliquent leur droit et des concurrents étatiques. Dans ce contexte, comment voulez-vous créer une concurrence équitable dans ce domaine-là, en croyant que la France va réguler le monde ?

Pour ce qui concerne les contrats, je suis d'accord avec la professeure Fauvarque-Cosson dont vous avez cité l'article. Le contrat, c'est du droit dur ; puisque s'il y a un litige entre les deux parties, cela vient devant le juge. Et, comme il est précisé dans le code civil, le juge prend le contrat comme loi des parties<sup>401</sup>.

Au sujet de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Dassault*, que vous opposez à celle de la cour d'appel de Paris, l'on notera qu'il s'agit d'une décision très particulière concernant un aspect spécifique de la charte de Dassault Systèmes au sujet de la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle (en anglais, « *whistleblowing* »). C'est un domaine où existaient de nombreuses incertitudes entre la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), les entreprises et aussi la justice qui, finalement, a été saisie.

---

### François-Guy Trébulle

*professeur à l'université Panthéon-Sorbonne*

En lien avec notre sujet, il faut aussi mentionner l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 21 janvier 2014<sup>402</sup> qui reconnaît qu'une entreprise qui ne respecte pas le droit de l'environnement français se rend coupable de concurrence déloyale vis-à-vis des entreprises qui respectent les normes environnementales<sup>403</sup>. Dans ce contexte, il faut aussi que ceux qui portent haut et clair la voix des entreprises françaises démontrent que celles qui respectent les règles environnementales en tirent de nombreux avantages, notamment dans une perspective globale et européenne.

Maître Herbel a déclaré que « *La France ne peut pas réguler le monde* ». La France seule, non. Mais, La France avec ses partenaires européens, oui. Et l'on en a un bel exemple avec le règlement REACH (enregistrement, évaluation, autorisation et restriction des substances chimiques)<sup>404</sup> qui pourtant, à ses débuts, fut l'objet d'âpres débats entre les ONG, le corps médical, les syndicats et les industriels ; au point que l'on prétendait qu'un tel règlement serait fatal à l'industrie européenne. Pourtant, à partir du moment où l'Europe, quels que soient les avantages et les inconvénients de la réglementation en question, a réussi à se mettre d'accord, cela crée une dynamique économique positive à très grande échelle. L'Europe est, en effet, un marché très important. C'est un marché qui, certes, ne régule pas le monde, mais dont le monde entier doit tenir compte. C'est pourquoi, sur ces questions d'environnement, la France, par l'Europe, peut participer à la réglementation du monde.

401 Code civil, art. 1103.

402 C. cass., ch. com., 21 janvier 2014, n° 12-25443.

403 En France, la réglementation environnementale soumet les acteurs de secteurs à risques (chimie, pétrochimie, etc.) à des règles de prévention et de sécurité drastiques à travers les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) ou les plans de prévention des risques technologiques (PPRT).

404 Règlement (CE) n° 1907/2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH) et instituant une agence européenne des produits chimiques.





## Échanges avec la salle

### *Question du public*

*Ma question concerne les nouveaux acteurs juridiques impliqués dans la question environnementale et leur poids respectif dans la fabrication du droit de l'environnement, poids qui semble brouillé, voire dilué, par leur multiplication. À cet égard, je citerai les chiffres suivants. Le premier chiffre est issu de l'analyse qui a été faite de toutes les rencontres notées dans l'agenda 2015 de M. Junker, président de la Commission européenne. L'on s'aperçoit que 5 % de ses rencontres sont consacrées à des acteurs non gouvernementaux et 95 % à des entreprises. L'équilibre est donc nettement en défaveur des organisations non gouvernementales, dont celles qui sont concernées par l'environnement. On ne peut donc pas faire comme si les organisations non gouvernementales faisaient jeu égal avec les entreprises, ni affirmer qu'il existe avec les ONG un véritable dialogue.*

*Le second chiffre a trait à la question du financement. La plus grosse ONG qui a un bureau de représentation à Bruxelles dispose d'un budget de quatre millions d'euros – je crois qu'il s'agit de Greenpeace International. En comparaison, les organisations du monde économique et financier ont des budgets très supérieurs qui vont de dix à quarante millions d'euros. C'est une différence essentielle qui a des conséquences fondamentales, notamment en termes de pouvoir, car elle offre le moyen de fabriquer le droit, ce qui a des conséquences très concrètes. Il me semble donc que l'on a les pires difficultés à essayer de repenser le cadre fourni par Montesquieu sur l'équilibre des pouvoirs, la présence des corps intermédiaires ou l'articulation (très subtile) entre les pouvoirs politiques, économiques et d'autres pouvoirs. N'est-ce pas particulièrement problématique ?*

### *François-Guy Trébulle*

*Le financement des ONG est un problème majeur parce que l'État ou les structures étatiques ou supra-étatiques se désinvestissent vis-à-vis des organisations non gouvernementales sans leur donner les moyens d'agir.*

*Sur le fait qu'il y ait un brouillard lié aux nouveaux acteurs, cela est également certain. Bien sûr, les ONG ne font pas jeu égal avec les entreprises, mais je ne suis pas d'accord sur l'absence de dialogue.*

*En revanche, le point essentiel, sur lequel il convient de réfléchir et d'agir, est ce mécanisme, que le Comité permanent amiante révélait très bien, qui donne aux comités, aux forums, des pouvoirs sans responsabilité ; de sorte qu'in fine ces techniques que l'on nous présente comme modernes et permettant de mieux légiférer sont – et cela est révélé dans ces questions d'environnement – des structures de déresponsabilisation. L'autorité titulaire du pouvoir, elle, n'a pas*







*les moyens de comprendre que lesdits comités ne sont pas responsables, et que lorsqu'une catastrophe arrive ce n'est, au fond, qu'un manque de chance ! Ceci n'est pas acceptable.*

---

### *Question du public*

*Dans une société où la technologie est omniprésente, la législation générale est insuffisante pour tout régler, qu'il s'agisse par exemple de l'extraction des matières premières, de la fabrication de tel objet, etc. L'inflation des textes semble donc nécessaire et/ou inévitable sous certains aspects, pour régler toutes ces techniques, notamment celles qui se révèlent assez néfastes. Dans ce contexte, comment régler celles qui sont les pires pour l'environnement ?*

*J'ajoute une remarque à l'attention des juristes sur le processus de normalisation. Les associations participent aux travaux parlementaires, aux amendements, aux décrets, etc. Mais, lorsque l'on arrive au stade de l'arrêté, voire du processus AFNOR qui en est souvent la suite logique, les associations n'ont plus le moyen de participer à ce travail, pourtant essentiel car un décret peut vider une loi de son contenu. Ensuite, après cet échelon supplémentaire, il y a souvent derrière un processus AFNOR pour les choses techniques qui ne sont plus du domaine juridique. Face à cela, les associations sont dépassées car elles n'ont pas les moyens de s'offrir la compétence d'ingénieurs en raison du manque de financement, certes dû à la réticence du public, mais aussi à celle des associations face aux financements du public.*

---

### *Peter Herbel*

*Précédemment, j'évoquais le fait que chacun devait jouer son rôle : l'État, le sien, et les autorités publiques, le leur. Or, comme vient de le préciser le professeur Trébulle, il y a parfois une absence de responsabilisation des personnes qui représentent l'autorité publique ; ce qui n'excuse en rien les autres parties prenantes dans ce genre de processus.*

*Le droit de l'environnement – et là nous ne sommes pas dans les pièces détachées – touche à des questions fondamentales concernant la santé et le bien-être de l'humanité, puisque l'on veut combattre la pollution, faire en sorte que les installations industrielles n'explorent pas, etc.*

*Avons-nous, cependant, parmi les entreprises françaises, beaucoup de sociétés qui voient exploser régulièrement leurs usines ou qui polluent en permanence les nappes phréatiques et l'air ? Si la réponse est oui, il faut arrêter toute activité économique, et peut-être même la vie humaine, car dès qu'un humain respire il pollue l'air en émettant du  $\text{CO}_2$  ; et les vaches faisant de même, il conviendrait également de les supprimer ! Aussi, face à tous ces points de vue discordants, je suis simplement de l'avis que l'évolution actuelle, qui consiste à faire participer d'autres personnes que des fonctionnaires à l'élaboration des normes, me paraît particulièrement intéressante. On note que les acteurs qui participent à ce processus ne sont pas seulement les entreprises. L'on cite souvent le chiffre*







de 80 %, ce qui est faux, car lorsque l'on regarde les différents forums dans lesquels la loi se fabrique, les entreprises en sont souvent absentes. Il y a surtout le souhait des pouvoirs publics – que les associations doivent accompagner – d'associer le plus largement possible les citoyens.

---

#### *Question du public*

*Je souhaiterais obtenir des précisions sur ce que l'on appelle le droit souple par opposition au droit dur. Est-ce un concept qui vient des juridictions anglo-saxonnes ? Cette notion de « droit souple » a-t-elle contaminé d'autres secteurs du droit ? Par exemple, le droit du travail ou le droit de l'urbanisme ? Va-t-on se retrouver avec deux droits, un droit « dur » (législatif) et un droit « souple » ?*

---

#### *Christine Maugué*

*Le droit souple a donné lieu, en 2013, à un rapport du Conseil d'État qui constate l'actualité du sujet et sa réalité<sup>405</sup>. Il n'est pas cantonné aux juridictions américaines, car il s'agit d'un phénomène global qui se traduit par de nouvelles formes de régulations, à différents niveaux, notamment à travers le développement d'autorités administratives hors les sphères traditionnelles, et qui posent très concrètement la question au juge français de la justiciabilité de ce droit.*

---

#### *Question du public*

*Quelle est l'influence du droit de l'environnement sur les droits de l'homme par rapport à l'impact des enjeux liés aux évolutions de la mondialisation ?*

---

#### *François-Guy Trébulle*

*C'est une question très pertinente. Elle fait écho à mes propos précédents par rapport à la jurisprudence de la Cour EDH. Globalement, il me semble que les réponses de la Cour EDH sont assez duplicables et généralisables. Par essence, l'environnement, lorsqu'il se dégrade, est de nature à porter atteinte à toute une série de droits fondamentaux de l'homme : droit à la vie privée et familiale, droit à la vie dans ses déclinaisons du droit à la santé, droits procéduraux et de la liberté d'expression, droit au respect de ses biens, etc.*

*Partout où l'environnement est dégradé, les droits de l'homme ne sont pas respectés. À cet égard, il est intéressant d'observer que l'on a vu éclore, en 2011, des réflexions relatives à ce que l'on appelle le « cadre de référence de Ruggie », cadre des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme<sup>406</sup>, ainsi que*

405 Étude annuelle du Conseil d'État, *Le droit souple*, Paris, éd. La documentation Française, n° 64, 2013.

406 Nations Unies, Ass. gén., Conseil des droits de l'homme, 17<sup>e</sup> session, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie, suivi des *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, document des Nations Unies, 21 mars 2011, A/HRC/17/31.





*la révision des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales qui se sont enrichies d'un nouveau chapitre relatif aux enjeux liés aux droits de l'homme<sup>407</sup>. Ces deux sujets sont indissociables et illustrent les enjeux liés à la mondialisation ; nous sommes, en effet, dans des situations dans lesquelles les lieux des décisions et les lieux des violations ne sont pas toujours dans la même aire géographique.*

---

*Peter Herbel*

*Je suis d'accord avec vous. Les articles 3<sup>408</sup> et 25<sup>409</sup> de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) disent la même chose. On notera également qu'il existe désormais un rapporteur spécial à l'ONU sur les droits de l'homme et de l'environnement<sup>410</sup>.*

---

*Remarque de Yann Aguila*

*Dans le prolongement du rapport de la Commission Environnement du Club des juristes qui portait sur le renforcement de l'efficacité du droit international de l'environnement lié au contexte COP 21, on s'aperçoit que les juristes que nous sommes n'ont pas de réponses toutes faites, mais plutôt une grande responsabilité dans la réflexion à engager. En réalité, nous sommes face à une mutation profonde de notre système de fabrication du droit, et l'enjeu est d'imaginer un processus à la fois efficace et démocratique. Il n'est pas toujours facile de concilier les deux objectifs.*

*Lorsque l'on s'intéresse au mode de fabrication des normes internationales, l'efficacité n'est pas au rendez-vous. Il suffit de voir la représentation théâtrale qui se rejoue à chaque COP, avec le suspens de savoir si, oui ou non, les États du monde vont réussir à s'entendre autour d'un texte. Il y a un décalage entre ce mode d'élaboration des normes, peu efficace, et la gravité des enjeux puisqu'il s'agit de protection de l'environnement. En outre, les entreprises ont besoin de normes claires et précises. J'ai apprécié entendre M. Herbel dire qu'il était important d'avoir du droit dur, clair, et un processus efficace de production des normes. Le fil directeur du rapport de la Commission Environnement du Club des juristes est de donner plus de place à la société civile, parce qu'il semble important de ne pas laisser les États entre eux décider seuls, mais d'écouter tous les acteurs.*

---

407 OCDE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales : recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international*, 2011.

408 « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne » (art. 3, DUDH).

409 « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux (...) » (art. 25, paragr. 1, DUDH).

410 Le Conseil des droits de l'homme a adopté, le 19 avril 2012, une résolution (A/HRC/RES/19/10), dans laquelle il établit un mandat pour un expert indépendant sur les droits humains et l'environnement. Celui-ci est plus précisément « chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable ».





*La solution n'est pas simple, car en même temps, la participation de la société civile au processus d'élaboration des normes peut soulever de grandes difficultés concernant par exemple la transparence du processus ou de l'égalité des chances à être entendu. Nous sommes donc encore loin d'un système idéal. Dans ce contexte, il appartient aux juristes que nous sommes d'inventer un nouveau mode de production des normes internationales.*

---

### *Question à maître Herbel*

*Je souhaiterais interroger maître Herbel sur la profondeur qu'il envisagerait de donner au dialogue difficile entre l'engagement volontaire et la judiciarisation ; en transposant cette interrogation, non pas de l'engagement volontaire, mais des processus de sécurité industrielle, s'agissant plus particulièrement des conséquences pénales de l'analyse du presque-accident ou du quasi-accident.*

*Le droit pénal sait saisir l'accident, il le fait spontanément. En revanche, l'entreprise ne peut pas faire de progrès si elle n'analyse pas son fonctionnement dans sa chaîne de production, donc si elle n'analyse pas le retour d'expérience au niveau des quasi-événements ou des quasi-accidents. Le problème est que si elle le fait de manière trop claire, elle va le faire continuellement, car l'on trouve tout le temps des incidents non désirés ou non prévus dans une chaîne. Or, l'industrie n'est pas le lieu de la perfection. L'industrie est le lieu de l'efficacité. À ce moment-là, lorsqu'il arrive éventuellement un accident, le juge pénal regarde et constate que l'entreprise a eu un accident. Mais quid si elle a déclaré quarante ou cinquante quasi-accidents dans l'année ? C'est aux yeux du juge une entreprise en dysfonctionnement permanent ! Ce mouvement spontané se retourne alors contre l'entreprise et la fait glisser de l'engagement volontaire vers la judiciarisation. Ce glissement du presque-accident vers l'accident et vers la pré-culpabilité m'inquiète beaucoup. Si l'on n'arrête pas ce mouvement, l'on va arrêter de progresser ou le faire de manière clandestine. Or, il n'y a pas de progression sans analyse des risques. Et l'analyse des risques n'est pas comprise de tous dans une étude de danger. L'analyse des risques est l'analyse des possibles aux confins des incertitudes. Qu'en pensez-vous, vous qui les gérez tous les jours dans vos installations industrielles ?*

---

### *Peter Herbel*

*Je ne peux être que d'accord avec votre analyse. Mais c'est un problème plus général que le droit de l'environnement. Dans le fonctionnement d'une entreprise à peu près responsable, vous avez en permanence des systèmes d'audit interne, qui suivent ce genre d'incident. Cela fait l'objet de statistiques dans l'entreprise. Dans certaines entreprises, l'on commence même la réunion du comité de direction par les accidents qui ont eu lieu dans la période précédant cette réunion, y compris les presque-accidents. Ce sont ceux-là qui sont les plus importants, car si leurs conséquences sont moindres, ils sont plus nombreux. Or, l'entreprise est d'abord une chaîne humaine qui n'est pas constituée que de machines. À partir de là, il est naturel qu'il y ait des erreurs. Dans ce contexte,*





*L'important est la manière de regarder les systèmes internes d'une entreprise qui essaie de s'améliorer à travers la modification de ses processus, des audits internes, etc. Souvent, ce qui se passe à l'intérieur d'une entreprise est beaucoup plus dur que ce qui apparaît à l'extérieur. Or, ceci est dangereux ; car dans l'entreprise l'on trouve aussi des juristes (j'étais l'un d'eux), et quand ils voient ce genre de choses, ils se disent qu'ils ne veulent plus ce type d'inspection parce que cela peut être retenu contre eux et qu'ils risquent, la prochaine fois, d'aller devant un juge. Je n'ai pas de solution à proposer parce que l'entreprise se doit, pour la sécurité de ses salariés et de ses clients, pour sa crédibilité et sa pérennité, de jouer la transparence vis-à-vis de ces problèmes-là.*

---

*François-Guy Trébulle*

*J'exprime le désaccord le plus absolu avec cette vision-là, car la seule chose qui pourrait être reprochée à l'entreprise, particulièrement sur le terrain pénal, est précisément de ne pas avoir examiné les dysfonctionnements passés, de ne pas les avoir audités et de ne pas en avoir tiré les conséquences. Je saurai trouver un certain nombre de références explicites sur des entreprises qui ont été négligentes vis-à-vis de leurs responsabilités. En revanche, je ne connais pas d'exemple sur le plan pénal dans lequel on puisse reprocher à une entreprise d'avoir été attentive à ses dysfonctionnements internes. J'en veux pour preuve que, même dans les hypothèses dans lesquelles l'on a des jurisprudences très assises du type amiante, l'on ne reproche pas à des entreprises de se tenir informées des problèmes qu'elles rencontrent sur leur processus de production. Par contre, ce qu'on leur reproche est de ne pas se doter, eu égard à leurs moyens, des structures de vigilance internes suffisantes et, là aussi, j'ai pléthores de décisions au soutien de cette affirmation.*

*Je termine en rebondissant sur l'affaire de l'Erika évoquée par maître Herbel. Oui, la faute de Total a été identifiée dans le manquement aux obligations de contrôle, mais, en réalité, ce n'est pas cela la règle décisive ultime : celle qui l'est est de savoir pourquoi Total avait adopté cette procédure de contrôle. Parce qu'il avait vu ce qui s'était passé dans d'autres affaires, vis-à-vis d'autres entreprises qui n'avaient pas été vigilantes. Les juristes de Total ont donc eu raison de vouloir se doter d'une procédure de contrôle. En l'occurrence, elle n'a pas été respectée ; et il est logique que la faute ait pu être identifiée. Mais, même si l'entreprise Total ne s'était pas dotée d'une procédure de contrôle, sa faute aurait été identifiée et de manière bien plus considérable pour ne pas avoir eu de procédure en la matière.*

---

*Question du public*

*Pensez-vous que le droit de l'environnement pourrait servir de fondement à un droit d'ingérence, sachant qu'il existe aujourd'hui des situations conflictuelles qui menacent la paix et la sécurité collective qui ont des causes profondément liées à des problématiques environnementales ?*





---

### *François-Guy Trébulle*

*Encore faudrait-il qu'il y ait un consensus sur la notion de droit d'ingérence. Ce qui est loin d'être le cas. Dans les exemples qui le montrent, il y a effectivement des situations dans lesquelles on a des quasi-conflits liés à des enjeux environnementaux très forts. L'on peut citer deux exemples.*

*Un exemple très négatif est celui dont on a beaucoup parlé cet hiver au moment de la COP 21. Il s'agit de la situation des petits États insulaires qui sont en première ligne face aux dérèglements climatiques (hausse du niveau de la mer, etc.) et, plus largement, de la problématique d'ensemble des réfugiés climatiques. Or, si l'on avait vraiment une ingérence possible, ou, en tous cas, un saisissement par les moyens du droit international public, alors on pourrait sans doute réussir à régler cette difficulté, mais ce n'est pas le cas. Les juridictions néo-zélandaises se sont prononcées, récemment, sur ce sujet-là avec une solution pas très favorable à cette problématique<sup>411</sup>.*

*Un autre exemple, qui en revanche peut donner un peu d'espoir, est la solution dégagée par la Cour internationale de justice dans l'affaire relative au projet de barrage Gabčíkovo-Nagymaros<sup>412</sup> où la Cour se prononce sur ce qui ressemble à l'idée qu'il convient de collaborer entre États concernés par une nuisance environnementale commune. On peut également évoquer une affaire extrêmement dense, connue à la fois par l'OCDE et la Cour internationale de justice, qui est celle du différend opposant l'Argentine à l'Uruguay<sup>413</sup> où l'on voit que l'on commence à essayer de se saisir de ces réalités-là. Dans ce contexte, cependant, un droit d'ingérence serait une approche inappropriée. Même si l'on n'ignore pas qu'il y a des guerres de l'eau qui se préparent ou des dégradations environnementales sources de conflits.*

---

### *Peter Herbel*

*Il faut se souvenir que le « droit d'ingérence » est une terminologie inventée, il y a une quinzaine d'années, par un président américain pour intervenir dans un pays étranger, afin d'y déloger un despote... Il faut donc faire extrêmement attention quand on utilise ce genre de concept qui, à mon avis, n'est pas solide en droit. Pour ce qui concerne les problèmes environnementaux, je crois que le problème que vous avez évoqué se posera autrement ; non pas par un droit d'ingérence, mais par un droit des populations obligées de migrer pour des raisons écologiques, et qui ont un droit – un droit de l'homme – à se relocaliser ailleurs, dans un endroit plus sûr. C'est ce problème-là qui risque d'advenir, et dont le Conseil d'Etat aura peut-être à connaître dans un proche avenir.*

---

411 V. notamment l'affaire *Ioane Teitiota v. The chief executive of the ministry of business, innovation and employment*, jugée par la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, aff. CA50/2014 [2014] NZCA 173, 8 mai 2014, et la Cour suprême de Nouvelle-Zélande, aff. SC 7/2015 [2015] NZSC 107, 20 juillet 2015.

412 CIJ, 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie).

413 CIJ, 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay).





---

**Christine Maugué**

*présidente de la 7<sup>e</sup> sous-section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modératrice de la conférence**

Je remercie nos intervenants et lève la séance. Je rappelle que ce colloque est le sixième d'un cycle qui comprend douze conférences. Aussi, je vous donne rendez-vous pour découvrir les six prochaines interventions qui seront également les six dernières du cycle *Droit comparé et territorialité du droit*.





## Éléments de bibliographie

L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen (coord.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, éd. Larcier, 2009.

M. Hautereau-Boutonnet (dir.), « Dossier : Quel droit face au changement climatique ? », Paris, éd. Dalloz, 2015, p. 2259.

S. Cossart, M.-L. Guislain, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable. Pourquoi le raisonnement juridique ne peut pas constituer un obstacle aux choix politiques », *RLDA*, 2015, n° 104, p. 75.

P. Deumier, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen, *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, éd. Larcier, 2009, p. 671.

L. Fonbaustier, « Repenser la place des individus et le rôle des États en droit international de l'environnement », *JCP G*, 2015, n° 51, p. 2324.

P. Herbel, « La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise », Paris, éd. Dalloz, 2013, p. 1570.

P. Herbel, « Human Rights and corporations : the UN framework », in *Private law, national-global-comparative*, Bern, éd. Stämpfli-Intersentia, 2011.

P. Herbel, P. Kromarek, « Un exemple d'instrument économique de protection de l'environnement : la réduction des émissions de gaz à effet de serre », Paris, éd. Dalloz, 2007, p. 963.

A. Demarolle et H. Johanet, *Rapport sur les fonds souverains*, ministère de l'économie, Paris, éd. La documentation Française, 2008.

P. Steichen, « Entreprises et droit à l'environnement : Les obligations de l'entreprise liées au droit à l'environnement », in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen, *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, éd. Larcier, 2009, p. 405.

I. Tchotourian, RSE, « Développement durable et gouvernance d'entreprise / Un jeu d'acteurs et de structures... ad hominem ou ad libitum du marché ? », *Journal des sociétés*, 1<sup>er</sup> juillet 2012, n° 100, p. 36.

F.-G. Trébulle, « Quelle entreprise face au changement climatique ? », Paris, éd. Dalloz, 2015, p. 2272.

F.-G. Trébulle, « Entreprise et développement durable (première partie) », *JCP E*, 2015, n° 46, p. 1547.

F.-G. Trébulle, « Entreprise et développement durable (seconde partie) », *JCP E*, 2015, n° 46, p. 1565.





F.-G. Trébulle, « Chronique : entreprise et développement durable (première partie) », *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 4, avril 2015, p. 3.

F.-G. Trébulle, « Chronique : entreprise et développement durable (seconde partie) », *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 7, juillet 2015, p. 4

F.-G. Trébulle (dir.), « Dossier : Entreprise et développement durable », *JCP*, Cah. dr. ent., mai-juin 2009, n° 3, p. 21.

F.-G. Trébulle, « Le développement de la prise en compte des préoccupations environnementales, sociales et de gouvernance », *D.S.*, janvier 2009, étude 1, p. 7.

C. Vanuls, « Les conflits collectifs du travail à dimension environnementale », *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 7, Juillet 2015, p. 14.







### **Comité de rédaction**

*Responsable de la publication :*

Maryvonne de Saint Pulgent, présidente de la section du rapport et des études.

*Conception et réalisation :*

Patrick Gérard, 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 de la section du rapport et des études.

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 ».



