

Quatrième conférence

Droit comparé et territorialité du droit dans l'espace européen

Mercredi
25 novembre 2015
(17h30 – 19h30)

Conseil d'État
Salle
d'Assemblée
générale

Dossier du participant

Le modérateur :

- **Jean-Claude Bonichot**
Juge à la Cour de justice de l'Union
européenne

Les intervenants :

- **Angelika Nussberger**
Présidente de section à la Cour
européenne des droits de l'Homme
- **Jonathan Sumption**
Juge à la Cour suprême du
Royaume-Uni
- **Patrick Wachsmann**
Professeur à l'université de
Strasbourg

Calendrier du cycle (2015-2016)

1. Droit comparé, territorialité du droit : défis
et enjeux
Mercredi 20 mai 2015

2. Objectifs, méthodes et usages du droit
comparé
Mercredi 8 juillet 2015

3. La territorialité du droit : approches
théoriques et usages méthodologiques
Mercredi 30 septembre 2015

Prochaines conférences :

5. Les figures de la mobilité : le statut de la
personne, entre territorialité et
extraterritorialité
Mercredi 27 janvier 2016

6. Les nouveaux acteurs juridiques à l'heure
de la globalisation : le cas du droit de
l'environnement
Mercredi 24 février 2016

7. Le renouvellement de la fabrique et des
véhicules des normes : l'exemple du droit
financier et de la régulation
Mercredi 13 avril 2016

8. Le creuset normatif européen : l'exemple
du droit des étrangers
Mercredi 25 mai 2016

9. Le renouvellement de la fabrique et des
véhicules des normes : l'exemple du droit
fiscal
Mercredi 29 juin 2016

10. L'a-territorialité du droit à l'ère
numérique
Mercredi 28 septembre 2016

11. La souveraineté en questions
Mercredi 9 novembre 2016

12. Conférence de clôture
Mercredi 14 décembre 2016

Biographies des intervenants

■ Jean-Claude Bonichot

Licencié en droit, diplômé de Sciences Po, ancien élève de l'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^e 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 Paris I 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 depuis le 7 octobre 2006.

■ Angelika Nussberger

Professeur, docteur en droit, docteur *honoris causa* et titulaire d'une maîtrise de lettres, M^{me} 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^{er} janvier 2011. Elle est présidente de la 5^e section de la Cour. M^{me} Angelika Nußberger est professeur 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. M^{me} Angelika Nußberger est titulaire d'une maîtrise de langues et littérature slaves et de plusieurs diplômes de droit.

■ Jonathan Sumption

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 sa carrière d'avocat en 1975. Il a été nommé *Queen's Counsel* en 1986. Il a par ailleurs exercé des fonctions de juge, notamment pour les cours d'appel de Jersey et Guernsey, et de gouverneur de l'Académie royale de musique. Après 35 ans comme 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 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^e édition, 2013) et *Les droits de l'homme* (Dalloz, 5^e 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*, Anthémis, 2014, p. 775-798 ; « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges en hommage au professeur Jean-François Flauss*, Pedone, 2014, p.797-816.

Présentation de la conférence

Droit comparé et territorialité du droit dans l'espace européen

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 (Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme) 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 CEDH appréhendent la question de la territorialité du droit.

I. L'usage du droit comparé par les juridictions de l'espace européen

I. 1. Eléments sur l'usage du droit comparé par les juridictions européennes

I.1.A. La Cour de Justice de l'Union européenne

a) **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. A 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 - Mlle M. contre 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 Etats membres de la Communauté »

[Lien vers la décision](#)

b) 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.** »

[Lien vers les conclusions](#)

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 CE 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 (23). 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 (24). **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. »

[Lien vers les conclusions](#)

Conclusions de l'Avocat général Tesouro sous l'affaire C-450/93, Kalanke :

Egalité 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. »**

[Lien vers les conclusions](#)

c) 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.. »

[Lien vers la décision](#)

Affaire 144/79 Liselotte Hauer contre 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 ».

[Lien vers la décision](#)

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. »

[Lien vers la décision](#)

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 (31) et la défense de leurs intérêts par l'action collective (32), le droit de grève étant, à cet égard, la modalité la plus régulièrement citée (33). »

[Lien vers les conclusions](#)

Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalon sous 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*, 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, voir Arroyo Jiménez, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004, p. 75 à 79. »

[Lien vers les conclusions](#)

I.1.B. La Cour européenne des droits de l'Homme

a) Usage du droit comparé *stricto sensu*

Affaire Pretty c/ Royaume-Uni, 29 avril 2002, 2346/02:

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 ».

[Lien vers la décision](#)

b) 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 Etats dans l'application des principes posés par la Convention. L'analyse comparée des législations des Etats 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'Etat défendeur.

I. 2. Exemples de recours au droit comparé dans la jurisprudence de deux juridictions

I.2.A. Exemple de recours au droit comparé par la Cour suprême du Royaume Uni

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.

[Lien vers la décision](#)

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**, HCl 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, HCl 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* ».

[Lien vers la décision](#)

I.2.B. Exemples de recours au droit comparé dans la jurisprudence du Conseil d’Etat français

a) Recours au droit comparé en présence d’une question éthique délicate

Conclusions du Rapporteur public R. Keller dans l’affaire Lambert (CE Assemblée 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. Damino dans l’affaire Association « Juristes pour l’enfance » et autres (CE Sous-sections réunies 12 décembre 2014)

Délivrances des certificats de nationalités pour des enfants nés à l’étranger par gestation pour autrui.

Panorama des pratiques dans un grand nombre de pays.

b) 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 Etats européens.

c) 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, requête numéro, n. 362785, ccls. G. Pellissier

Limite d'âge des contrôleurs aériens

Dans le considérant n. 16, la décision rappelle que « si certains Etats, telle la Nouvelle-Zélande, ne fixent aucune limite d'âge particulière pour les agents chargés du contrôle de la circulation aérienne et si plusieurs Etats européens, dont l'Espagne et les pays scandinaves, ont fixé, pour ces derniers, une limite d'âge de 65 ans, les Etats 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 ».

II. L'appréhension de la territorialité du droit par les juridictions européennes

II.1. Eléments 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.

II.1.A. L'extraterritorialité en droit numérique

CJUE, 6 octobre 2015, Maximillian Schrems contre Data Protection Commissioner (affaire dite « Safe Harbor », C-362/14) : la Cour juge invalide la décision de la Commission dans laquelle celle-ci constate que les Etats-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. »

Paragraphe 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, C-317/04 et C-318/04, 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 ».

[Lien vers la décision](#)

CJUE du 13 mai 2014, Google Spain SL et Google Inc. Contre Agencia española de protección de datos (AEPD) : selon la CJUE, l'article 4 de la directive 95/46/CE, relatif au champ d'application territorial, énonce que chaque État membre applique les dispositions nationales aux traitements de données personnelles lorsque le traitement est effectué « dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre » (paragraphe 3). Google est donc tenu responsable pour son activité de traitement des données personnelles par le biais de son établissement espagnol et sur le fondement du droit espagnol, quand bien même le traitement est réalisé par Google Inc., dont le siège social est situé aux États-Unis.

[Lien vers la décision](#)

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, C-585/08 et C-144/09, 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 indûment 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. »

[Lien vers la décision](#)

II.1.B. L'extraterritorialité en droit de la concurrence

CJCE, 27 septembre 1988, Ahlström Osakeyhtiö e.a. c. Commission (affaire dite « Pâtes de bois ») : la CJUE 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 tire 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.

A l'appui du moyen tire 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. A 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. »

[Lien vers la décision](#)

CJCE, 14 juillet 1972, Matières colorantes, Aff. 48/69 à 57/69 : 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).

[Lien vers la décision](#)

TPICE, aff 102/96, Gencor c/ Lohnro, 25 mars 1999 : 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).

[Lien vers la décision](#)

II.2. Éléments sur l'extraterritorialité du droit de la Convention EDH dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg¹

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^{er} 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 de Strasbourg.

a) 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 (requête 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 (légal 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 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**

¹ Les développements qui suivent reproduisent en substance un document réalisé en juillet 2015 par l'unité de presse de la Cour EDH « *Jurisdiction extraterritoriale des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme* »

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 CEDH 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**. A 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 » (voir 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. (voir 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 de la Commission européenne des droits de l'homme du 24 juin 1996 ; *Öcalan c. Turquie*, arrêt du 12 mai 2005).

b) Effet extraterritorial d'un acte de l'État commis sur son propre territoire.

Lors de l'affaire *Soering c. Royaume-Uni* (arrêt du 7 juillet 1989), la Cour européenne des droits de l'homme 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 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 d'une autre manière.

Éléments de bibliographie

P. Mahoney, R. Konak, « Common Ground : A starting Point or Destination for Comparative-Law Analysis by the European Court of Human Rights? », M. Andenas, D. Fairgrieve, *Courts and Comparative law*, Oxford, 2015, p. 119.

K. Lenaerts, K. Gutman, « The Comparative Law Method and the Court of Justice of the European union : Interlocking Legal Orders Revisited », M. Andenas, D. Fairgrieve, *Courts and Comparative law*, Oxford, 2015, p. 141.

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.

E. Mak, « Comparative Law Before the Supreme Courts of the UK and the Netherlands: An Empirical and Comparative Analysis », chapitre 22, *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015.

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.

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*, Asser Press, La Haye, 2013.

Discours de Lord Sumption, « The Limits of Law », prononcé en 2013 à la 27e édition de « Sultan Azlan Shah Lecture » à Kuala Lumpur. Accessible sur le site de la Cour Suprême du Royaume-Uni: «The Limits of Law » (PDF).

L. Wildhaber, A. Hjartarson, S. Donnoly, « No consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, 2013, p. 257.

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. 383.

J.-C. Bonichot, « Le point de vue d'un juge de l'union », *AJDA*, 2013, p. 396.

E. Mak, « Reference to Foreign Law in the Supreme Courts of Britain and the Netherlands: Explaining the Development of Judicial Practices », *Utrecht Law Review*, Volume 8, Numéro 2, mai 2012.

F. Tulkens, « La Cour européenne des droits de l'homme : le chemin parcouru, les défis de demain », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, n° 2, 2012, p. 419-445.

H. Ascensio, « L'extraterritorialité comme instrument », papier 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 le 10 décembre 2010.

C.N Kakouris, « Use of the comparative Method by the Court of Justice of European Communities », *Pace international law review*, 1994, p. 267.