

DOSSIER THÉMATIQUE

Le droit international face au changement climatique

Edito

› Emmanuel DECAUX

La survie de l'État face au changement climatique

› Hana DRIF

Le changement climatique : une menace pour la paix et la sécurité internationales ?

› Pascale MARTIN-BIDOU

Le droit international des droits de l'Homme face à l'urgence environnementale

› Yulia DYUKOVA

Le droit international des réfugiés face aux déplacements générés par le changement climatique

› Thibaut FLEURY-GRAFF

Réchauffement climatique et commerce maritime

› Philippe DELEBECQUE

Le marché mondial de l'assurance face au changement climatique

› Anne STEVIGNON

Les arguments relatifs au réchauffement climatique dans l'arbitrage d'investissement

› Claire CREPET-DAIGREMONT

La dynamique du contentieux climatique

› Christian HUGLO

Le contentieux international privé en matière de changement climatique à l'épreuve de l'article 17 du règlement Rome II : enjeux et perspectives

› Eduardo ÁLVAREZ-ARMAS

Arbitrating climate change

› Lucia BIZIKOVA et Serena SALEM

LIBRES PROPOS

La qualification des relations de travail des plateformes numériques

Une analyse de droit comparé des qualifications opérées dans l'affaire uber.com en droit du travail, droit commercial et assurances sociales

› Sabine MAGOGA-SABATIER

Reconciling the "Gauvain report" with continued multi-jurisdictional cooperation in the global fight against corruption

› Robert LUSKIN, Bridget VUONA

Blockchain, Disintermediation and the future of the legal professions

› Paola HEUDEBERT et Claire LEVENEUR

LA RECHERCHE À L'ÉCOLE DOCTORALE

THÈSES

› Djoleen MOYA

› Clémentine
LEGENDRE

› Alexandre
HERMET



Revue de Droit International d'Assas

Assas International Law Review

Revue éditée par l'Ecole doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé (ED 9) de l'Université Panthéon-
Assas,
12, place du Panthéon – 75005 Paris

Directeur de la publication : **Stéphane Braconnier**

Directrice scientifique : **Sabine Corneloup**

Directeur scientifique adjoint : **François Mailhé**

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Advisory Board

Niki Aloupi,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Louis d'Avout,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Gérard Cahin,

Professeur émérite de l'Université
Panthéon-Assas

Cécile Chainais,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Bénédicte Fauvarque-Cosson,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Julian Fernandez,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Olivier de Frouville,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Marie Goré,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Malik Laazouzi,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Yves Nouvel,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Fabrice Picod,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Carlo Santulli,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

COMITÉ DE RÉDACTION

Board of Editors

Rédacteurs en chef :

Caroline Chaux et Mira Hamad

Equipe éditoriale :

Matthieu Bessouet, Wendy Carazo,
Başak Etkin, et Yann Legrand

Fondateurs :

Eloïse Glucksmann et Luana Piciarca

Les auteurs ayant contribué à ce numéro

Eduardo Álvarez-Armas,

Lecturer in Law, Brunel University London

Collaborateur scientifique, Université Catholique de Louvain.

Lucia Bizikova, “Trainee Solicitor” at DLA Piper London.

Claire Crépet Daigremont, Maître de conférences à l’Université Paris II Panthéon-Assas.

Emmanuel Decaux, Professeur émérite de l’Université Paris II Panthéon-Assas.

Philippe Delebecque, Professeur à l’Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Hana Drif, Doctorante à l’Université de Lausanne.

Thibaut Fleury-Graff, Professeur à l’Université Paris Saclay (UVSQ).

Alexandre Hermet, Maître de conférences à l’Université de Strasbourg.

Paola Heudebert, Chercheuse indépendante en droit et éthique des technologies, Cofondatrice de “Blockchain for Human Rights”.

Christian Huglo, Avocat à la Cour, Docteur en droit,
Codirecteur du JurisClasseur Environnement.

Clémentine Legendre, Maître de conférences, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Claire Leveneur, Doctorante à l’Université Paris II Panthéon-Assas.

Robert Luskin, Partner at Paul Hastings LLP and Associate Professor at the Georgetown Law Center.

Pascale Martin-Bidou, Maître de conférences à l’Université Panthéon-Assas.

Sabrina Magoga-Sabatier, Assistante doctorante pour la chaire de droit constitutionnel suisse et comparé à l’Université de Neuchâtel et conseillère juridique à la direction du service de l’emploi de la République et canton de Neuchâtel.

Djoleen Moya, Maître de conférences à UCLy.

Séréna Salem, Avocate à la Cour, DLA Piper France LLP.

Anne Stévignon, Docteur en droit de l'Université Paris II,
Postdoctorante à l'Université Paris I sur le projet FINCLIMLEX – ADEME.

Bridget Vuona, Associate at Paul Hastings and J.D from Georgetown
University Law Center.

Edito

La crise sanitaire actuelle a démontré, s'il en était besoin, les défis qui attendent la jeune génération de chercheurs. Suspens brutalement nos repères institutionnels et sociaux, cette crise invite à réinventer nos outils de travail. Face à la fermeture des bibliothèques et des salles de conférences, le numérique s'est imposé. Passée la crainte initiale, cette nouvelle approche révèle des potentialités inattendues : en dehors des murs institutionnels, une communauté de chercheurs élargie et diversifiée apparaît. Alors que les divisions matérielles disparaissent, les domaines de la recherche s'entremêlent et communiquent. L'échelle planétaire de la crise renforce les interconnexions et les points de contact entre des disciplines et des universités jusqu'alors visiblement séparés : aile gauche pour le droit international public, aile droite pour le droit international privé, rouge pour le droit, jaune pour l'économie... Et cette approche multidimensionnelle arrive à point nommé. Les phénomènes qui intéressent aujourd'hui la communauté des chercheurs ont des causes et sources qui ne connaissent pas les séparations administratives. A problème global, réponse interdisciplinaire. Assurément, le changement climatique, par l'impact majeur qu'il provoque sur les sociétés, appelle une réponse de toutes les branches du droit et des sciences sociales.

A cet égard, l'immense travail d'Eloïse Glucksmann et de Lucia Piccarca, les fondatrices de la revue, est précurseur : une revue numérique, interdisciplinaire et bilingue paraît un outil précieux pour relever les défis qui caractérisent cette nouvelle ère. Nous leur sommes particulièrement reconnaissantes de leur confiance à remplir cette tâche, ô combien enrichissante, d'éditer une revue si pleine de promesses pour l'avenir. Assurément tournés vers l'avenir, c'est tout naturellement que le thème du changement climatique s'est imposé pour ce troisième numéro. Le choix du sujet ne relève pas du militantisme, mais est plutôt le fruit d'une curiosité face à un phénomène qui rythme désormais notre quotidien. Feux en Australie ou encore en Californie, fonte des glaces effrénée, montée des eaux et disparition annoncée de certaines îles... qu'en dit le droit international ? Il ne s'agit pas de militer en faveur d'un droit nouveau mais de faire le bilan de ce qui a déjà été fait, et d'essayer de puiser des solutions dans les différentes sources du droit international. Il s'agit donc d'une confrontation : le droit international – dans toutes ses branches – *face* au changement climatique. Assurément, *face* à l'urgence, les solutions et décisions se sont multipliées ces dernières années. Mercredi 3 février 2021, le tribunal administratif de Paris reconnaît des « carences fautives » de l'État français dans la lutte contre le changement climatique. Cette « affaire du siècle » n'est pas une exception française. Le 30 novembre 2020, c'est la Cour

européenne des droits de l'homme qui demandait à trente-trois de ses États membres de justifier leurs efforts pour limiter les gaz à effet de serre. Le 27 février 2019, la Cour suprême des États-Unis ouvrait, pour la première fois, la voie à une responsabilité juridique des institutions financières internationales pour le financement de projet nocif pour l'environnement. Face aux conséquences aussi diversifiées qu'irréversibles du changement climatique, le droit réagit, évolue et s'adapte.

Amenée à repenser les outils du droit international, la doctrine juridique fait preuve d'une créativité salubre pour appréhender ce « défi du siècle ». Du constat alarmant des nouvelles menaces posées par le changement climatique, aux solutions juridiques proposées pour les neutraliser ou les encadrer, le dossier thématique propose une vision riche de ce sujet plus que jamais d'actualité.

Fidèles à l'idée de partager des réflexions transversales sur des enjeux sociétaux, les *Libres Propos* réunissent pour ce numéro trois études originales sur des événements déterminants survenus dans la sphère juridique. Qu'il s'agisse de décisions de justice qui ébranlent le modèle économique de « l'uberisation », de la lutte contre la corruption ou des conséquences des progrès technologiques sur le monde du travail, les *Libres Propos* éclairent utilement l'actualité juridique.

Ce numéro se clôt avec la présentation des thèses qui se sont particulièrement démarquées par leur qualité. Les résumés proposés par les auteurs permettent ainsi de mettre en lumière la diversité des sujets qui animent l'ED9 et les jeunes internationalistes.

Bonne lecture à tous !

Caroline Chaux et Mira Hamad

Au nom de toute l'équipe éditoriale

SOMMAIRE

<u>LE DOSSIER THEMATIQUE</u>	<u>7</u>
<u>LE DROIT INTERNATIONAL FACE AU CHANGEMENT CLIMATIQUE</u>	<u>7</u>
EDITO	8
<i>E. Decaux</i>	
LA SURVIE DE L'ÉTAT FACE AU CHANGEMENT CLIMATIQUE	10
<i>H. Drif</i>	
LE CHANGEMENT CLIMATIQUE : UNE MENACE POUR LA PAIX ET LA SECURITE INTERNATIONALES ?	28
<i>P. Martin-Bidou</i>	
LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME FACE A L'URGENCE ENVIRONNEMENTALE	38
<i>Y. Dyukova</i>	
LE DROIT INTERNATIONAL DES REFUGIES FACE AUX DEPLACEMENTS GENERES PAR LE CHANGEMENT CLIMATIQUE	60
<i>T. Fleury-Graff</i>	
RECHAUFFEMENT CLIMATIQUE ET COMMERCE MARITIME	69
<i>P. Delebecque</i>	
LES ASSUREURS FACE AU CHANGEMENT CLIMATIQUE. ÉCLAIRAGES INTERNATIONAUX	76
<i>A. Steignon</i>	
LES ARGUMENTS RELATIFS AU RECHAUFFEMENT CLIMATIQUE DANS L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	89
<i>C. Crépet Daigremont</i>	
LA DYNAMIQUE DU CONTENTIEUX CLIMATIQUE	100
<i>C. Huglo</i>	
LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL PRIVE EN MATIERE DE CHANGEMENT CLIMATIQUE A L'ÉPREUVE DE L'ARTICLE 17 DU REGLEMENT ROME II : ENJEUX ET PERSPECTIVES	109
<i>E. Alvarez-Armas</i>	
L'ARBITRAGE COMMERCIAL COMME MODE DE RESOLUTION DES LITIGES EN LIEN AVEC LE CHANGEMENT CLIMATIQUE. ACQUIS ET REQUIS	139
<i>L. Bizikova et S. Salem</i>	

L'AUTORITE DES REGLES DE CONFLIT DE LOIS, REFLEXIONS SUR L'INCIDENCE DES
CONSIDERATIONS SUBSTANTIELLES 161

D. Moya

LA COORDINATION DU MOUVEMENT SPORTIF INTERNATIONAL ET DES ORDRES JURIDIQUES
ETATIQUES ET SUPRA-ETATIQUES 186

C. Legendre

LA CONVERGENCE DES PRATIQUES CONVENTIONNELLES INTERNATIONALES, ÉTUDE DU
ROLE DES TRAITES DANS LA FORMATION DE LA COUTUME 203

A. Hermet

LIBRES PROPOS 219

LA QUALIFICATION DES RELATIONS DE TRAVAIL DES PLATEFORMES NUMERIQUES 220

*UNE ANALYSE DE DROIT COMPARE DES REQUALIFICATIONS OPEREES DANS L'AFFAIRE
UBER.COM EN DROIT DU TRAVAIL, DROIT COMMERCIAL ET ASSURANCE SOCIALES*

S. Magoga-Sabatier

RECONCILING THE "GAUVAIN REPORT" WITH CONTINUED MULTI-JURISDICTIONAL
COOPERATION IN THE GLOBAL FIGHT AGAINST CORRUPTION 255

R. Luskina et B. Vuona

BLOCKCHAIN, DISINTERMEDIATION AND THE FUTURE OF THE LEGAL PROFESSIONS 282

C. Leveneur et P. Heudebert

LE DOSSIER THEMATIQUE

Le droit international face au changement climatique

SPECIAL FEATURE

International law and climate change

Edito – Monsieur le Pr Emmanuel Decaux

Approche factuelle

Les effets du changement climatique sur le droit

La survie de l'État face au changement climatique.

Mme Hana Drif

Le changement climatique : une menace pour la paix et la sécurité internationales?

Mme Pascale Martin-Bidou

Le droit international des droits de l'Homme face à l'urgence environnementale.

Mme Yulia Dyukova

Approche palliative

Le traitement des effets du changement climatique

Le droit international des réfugiés face aux déplacements générés par le changement climatique.

Pr Thibaut Fleury-Graff

Réchauffement climatique et commerce maritime.

Pr Philippe Delebecque

Le marché mondial de l'assurance face au changement climatique.

Mme Anne Stevignon

Approche contentieuse

La prise en compte du changement climatique dans le contentieux international

Les arguments relatifs au réchauffement climatique dans l'arbitrage d'investissement.

Mme Claire Crépet-Daigremont

La dynamique du contentieux climatique

Maître Christian Huglo

Le contentieux international privé en matière de changement climatique à l'épreuve de l'article 17 du règlement Rome II : enjeux et perspectives

M. Eduardo Alvarez – Armas

Arbitrating climate change

Mme Lucia Bizikova ; Maître Serena Salem

Edito

C'est pour moi un plaisir d'autant plus grand de présenter ce dossier d'actualité que je n'imaginai pas possible, lorsque je dirigeais il y a quelques années, l'École doctorale 9, de voir se réaliser des initiatives aussi ambitieuses dans le domaine de la recherche collective : les « internationalistes » de Paris II ont désormais leur revue... Le mérite en revient à une équipe dynamique de doctorants qui a su s'ouvrir à d'autres horizons pour organiser une journée d'étude sur *Le droit international face au changement climatique*.

De tout temps, les catastrophes climatiques ont profondément affecté les sociétés, que ce soit le tremblement de terre de Lisbonne de 1755 – qui influencera la philosophie du *Candide* de Voltaire – ou l'éruption du Tambora, un volcan d'Indonésie, en 1815 qui bouleversa le monde en provoquant une « année sans été », avec son cortège de famines et d'épidémies, et un âge de *Darkness* dans la culture occidentale. Aujourd'hui les bouleversements climatiques se multiplient à travers le monde : les îles et les côtes sont menacées par la montée des océans, les *Acqua Alta* s'attaquent de plus en plus souvent à Venise et les tunnels gigantesques de Manhattan ont été inondés, comme dans un film de science-fiction... L'accélération de ces « événements », leur répétition comme leur diversité, de la fonte des glaciers et de la montée des océans aux phénomènes de canicule et aux incendies de forêt d'Amazonie ou d'Australie, leur donne à l'évidence un caractère systémique. On a pu dire que « l'humanité était une parenthèse entre deux forêts ». Il ne faudrait pas qu'elle devienne une parenthèse entre deux déserts calcinés...

Le droit, et notamment le droit international, doit s'adapter à ce qui constitue un défi global, sans pour autant se dénaturer, en se payant de mots à défaut de changer les réalités. De manière très pédagogique, les coordinateurs du dossier distinguent une « approche factuelle », une « approche palliative » et une « approche contentieuse », même si des recoupements s'imposent entre les différents thèmes. Ce n'est pas le lieu de reprendre les différentes contributions pour souligner leur originalité, mais plutôt d'esquisser des lignes de force. Pour ne prendre qu'un exemple, « *le droit international des droits de l'homme face à l'urgence climatique* » se traduit non seulement par la mise en place de procédures thématiques, avec un mandat de rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'environnement depuis 2012, mais également par la prise en compte de la sauvegarde de l'environnement dans les objectifs du développement durable.

La multiplication des recours internes ou internationaux, dans une sorte d'*actio popularis* pour mettre en cause l'impuissance des États ou la responsabilité des entreprises transnationales se veut tout autant palliative que répressive. A la limite c'est la conception libérale des droits de l'homme qui semble en cause, l'individualisme des droits faisant place à la solidarité des devoirs. Mais c'est un retour aux sources de la Déclaration universelle qui avait su trouver un équilibre l'individu et la communauté, notamment avec l'article 29, comme entre l'ordre social et l'ordre international, avec l'article 28.

Au-delà du droit international des droits de l'homme, c'est aussi le droit des réfugiés qui est en cause, avec la tentation de consacrer une nouvelle catégorie de « réfugiés climatiques », sans pour autant répondre aux critères de la convention de

Genève de 1951, comme le montre bien Thibault Fleury-Graff. A cet égard le dossier comporte un angle aveugle, avec le droit international pénal, alors que le Statut de Rome mentionne dans la liste des crimes de guerre « *le fait de lancer une attaque délibérée en sachant qu'elle causera (...) des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel* » ... (art.8 §.2 b)iv). Peut-on parler de « crime d'écocide » ou d'« ethnocide », voire de « délit d'écocide » dans un tout autre contexte, en visant des individus ou des personnes morales directement ou indirectement responsables du changement climatique ? Le risque est grand qu'en cherchant des surqualifications impliquant un élément intentionnel ou délibéré, voire un « plan concerté », on perde de vue l'objectif principal qui est la réparation du dommage matériel comme du dommage moral, à défaut de toute prévention.

Récemment la ministre de la transition écologique, Mme Pompili, a déclaré pour sa part vouloir « *placer les droits environnementaux au même niveau que les droits humains dans notre approche des relations internationales* » (*Le Figaro*, 10/11/2020). Il faudrait au préalable définir la nature de ces « droits environnementaux » et déterminer leurs titulaires. On peut très bien considérer que le droit à un environnement sain fait partie des droits de l'homme, comme l'a esquissé la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la pratique récente de certains comités onusiens. Le premier rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme et l'environnement, John Knox, avait mis en avant des principes de bonne gouvernance, en matière d'information, de consultation et de participation des populations concernées, mais s'agissant de « biens publics » ou de « biens communs », comment dépasser une approche catégorielle pour promouvoir les « droits des générations futures » ?

La codification de bonnes pratiques dans un troisième Pacte international – faisant écho à une « troisième génération des droits de l'homme », concept intellectuellement flou, historiquement faux et politiquement ambigu - ne paraît la voie la plus sage : les deux Pactes de 1966 composant avec la Déclaration universelle de 1948 la « Charte internationale des droits de l'homme » constituent, un ensemble de droits substantiels inhérents à la dignité de la personne humaine. La mobilisation d'éminents juristes autour d'un « troisième Pacte » vise au contraire à traduire des indicateurs fonctionnels, comme le principe de précaution ou le principe pollueur-payeur... Ce distinguo radical n'ôte sans doute pas l'intérêt d'une convention-cadre généralisant des principes juridiques dispersés dans de trop nombreux instruments techniques, mais récuse une chimère, qui viendrait bouleverser la relation entre titulaire d'un droit et débiteur d'une obligation qui est au cœur de la dialectique entre l'Etat et le citoyen, comme fondement des libertés publiques. C'est vrai, me semble-t-il, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, comme dans celui du droit interne, avec les débats suscités par le projet de réforme constitutionnel, annoncé récemment par le Président de la République.

Mais ces enjeux feront sûrement l'objet d'un nouveau dossier. En attendant que les auteurs soient remerciés pour avoir ouvert toutes ces pistes de réflexion, avec autant de passion intellectuelle que de rigueur juridique.

Emmanuel Decaux

*Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas Paris II
Ancien directeur de l'école doctorale de droit international,
droit européen, relations internationales et droit comparé*

La survie de l'État face au changement climatique

Mme Hana Drif,

Doctorante à l'Université de Lausanne

Les changements climatiques sont des phénomènes naturels qui se produisent sur la terre de manière régulière¹. Le changement climatique qui touche la terre depuis environ 150 ans n'entre toutefois pas à proprement parler dans cette catégorie de phénomènes purement naturels, car il est le résultat de l'activité humaine. Telle est la conclusion de l'étude de grande ampleur menée par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), publiée dans son cinquième Rapport d'évaluation en 2013². Depuis le début de l'ère de l'industrialisation, les émissions de gaz à effet de serre sont en augmentation constante et le lien entre cette augmentation et l'activité humaine est démontré par les experts du climat.

Il y a deux types de phénomènes découlant de l'activité humaine qui ont un effet d'accélérateur du changement climatique. D'abord, il y a les phénomènes liés au réchauffement climatique que l'on qualifiera de progressifs ; ils résultent de la pollution engendrée par l'activité humaine. Principalement progressifs dans le temps (montée des eaux, augmentation des températures moyennes, etc.), ces phénomènes illustrant le dérèglement climatique peuvent aussi être brutaux. C'est le cas des inondations, des tempêtes, ouragans, cyclones et autres phénomènes climatiques extrêmes. Il y a d'un autre côté, une multiplication des incidents de pollution extrême qui entraînent une altération considérable du climat et de la vie des écosystèmes : les pollutions par hydrocarbures, dits phénomènes de marée noire, les explosions de centrales nucléaires (Tchernobyl ou Fukushima en constituent les exemples les plus marquants). En somme, les uns, les derniers, sont directement causés par l'activité humaine, qui à un moment, dysfonctionne. Les autres sont le résultat de l'activité humaine, mais sont le fait de la nature qui exprime son dérèglement par des phénomènes « naturels »³.

¹ La terre a connu différentes périodes climatiques alternant entre des périodes glaciaires et des périodes de réchauffement. Ces changements, naturels, suivent leur propre cours et s'inscrivent dans des durées très longues. Selon les climatologues, la période actuelle a par exemple débuté il y a environ 10 000 ans. Voir Vellinga, Pier. *Le changement climatique, mythes, réalités et incertitudes*, Bruxelles, Editions de l'Université, 2013, 160 pages, p. 16.

² *Changements climatiques 2013 - Les éléments scientifiques. Contribution du Groupe de travail I au cinquième Rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat. Résumé à l'intention des décideurs*, publié sous la direction de Stocker Thomas F. Qin Dahe, Plattner Gian-Kasper, et al., Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, 2013. Pour le rapport complet, voir : *IPCC, 2013: Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Stocker Thomas F. Qin Dahe, Plattner Gian-Kasper, et al., (dir.), Cambridge University Press, Cambridge, 1535 p.

³ Il faut toutefois noter que les conclusions du GIEC ne font pas l'unanimité et il existe des scientifiques qui avancent des positions bien plus sceptiques quant au rôle de l'activité humaine sur le réchauffement climatique actuel. Selon eux, ce réchauffement climatique ne diffère pas des précédents qu'a connus la planète et ne peut être imputé à l'activité humaine. Les scientifiques sceptiques quant au rôle de l'activité humaine sur le changement climatique sont en réalité assez nombreux, parmi eux, on peut citer le physicien Jacques Duran, directeur de recherche au CNRS, Gary Becker, Prix Nobel d'économie ou encore Ivar Giaever, Prix Nobel de physique en 1973. Il faut toutefois relever que le discours politique climatocéptique est dans une certaine mesure dévoyée des arguments scientifiques est teinté de démagogie. Il vise à justifier des atteintes graves à l'environnement à des fins d'exploitation économique des ressources naturelles.

À elle seule, l'année 2020 aura connu des phénomènes climatiques d'une violence, d'une régularité et d'une imprévisibilité rares⁴. Plus globalement, en deux décennies, la régularité de ces phénomènes n'a eu de cesse de s'accroître. En résumé, ceux-ci sont de plus en plus fréquents et intenses. Les phénomènes climatiques que connaît la planète produisent inmanquablement des conséquences globales pour la terre (réchauffement des températures, montée des eaux, réduction de la couche d'ozone, *etc.*). Le changement climatique menace en premier lieu la survie de nombreuses espèces végétales et animales. La Terre est le support de la vie animale et végétale. Elle est également le support de la vie humaine. Les êtres humains se sont regroupés et organisés en États. Ces derniers se sont attribués et répartis les territoires que comprend la Terre ; or, ces derniers sont directement impactés par le changement climatique.

L'État est entendu en droit international comme la réunion de trois éléments – à savoir une population, établie sur un territoire, dirigée par un gouvernement, cet ensemble étant titulaire de la qualité de souverain. Le changement climatique et les phénomènes qui le matérialisent ne connaissent pas les frontières étatiques. Ils frappent les territoires sans distinction. Le territoire en sa qualité d'élément constitutif de l'État est le premier touché par le changement climatique. En réalité, en raison de leurs interconnexions, les trois éléments constitutifs de l'État sont menacés par le changement climatique. Par suite, ce constat nous amène à nous demander si l'État est lui-même une espèce en voie de disparition. Considérer l'État comme une espèce peut sembler relever d'un anthropomorphisme exagéré⁵. Pourtant, comme l'être humain dispose de caractéristiques qui permettent de l'identifier vis-à-vis de ses pairs, l'État existe *via* ses éléments constitutifs, qui lui sont propres et le différencient des autres États⁶. Dans cette contribution, nous nous attacherons à présenter les effets du changement climatique sur les éléments constitutifs de l'État (I). Il apparaîtra au fil de nos développements que le changement climatique produit des conséquences en chaîne. L'on en viendra à constater que ce phénomène est une bombe à retardement menaçant la survie même de l'État, au travers de son impact sur les éléments constitutifs de l'État (II). Notre réflexion portera *in fine* sur ces derniers et sur leur possible redéfinition en vue de prendre en considération les bouleversements causés par le changement climatique.

⁴ Les pluies, inondations, ouragans et tempêtes ont frappé partout sur la planète. Les incendies ont ravagé des surfaces immenses en Amazonie, en Australie, aux États-Unis mais également en Europe (au Portugal par exemple).

⁵ L'anthropomorphisme étant la « tendance à décrire un phénomène comme s'il était humain, à attribuer aux êtres et aux choses des réactions humaines » ; c'est également la « propriété d'un mécanisme dont la structure est à l'image du corps humain », *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2008*, Nouvelle édition millésime 2008, Paris, 2837 pages, p. 104. Or, concernant l'assimilation de l'État à l'être humain, la combinaison de ces deux pans de la définition de l'anthropomorphisme est particulièrement intéressante. L'État est considéré comme une personne – morale certes – mais tout de même comme une personne. Comme une personne physique est dotée d'attributs faisant son individualité (son A.D.N., sa voix, ses empreintes digitales, *etc.*), l'État est également doté d'attributs dont lui seul dispose : son territoire, sa population, son gouvernement. C'est sur ces éléments que nous nous pencherons dans cette contribution.

⁶ Sur les critiques de cet anthropomorphisme très répandu en droit international, voy. not. Maulin Éric, « L'État comme personne et comme représentation ou les jeux de miroir de la légalité et de la légitimité », *Les Cahiers philosophiques de Strasbourg* [En ligne], 31 | 2012, URL : <http://journals.openedition.org/cps/2261>, mis en ligne le 15 mai 2019, [consulté le 9 décembre 2020].

I. Le schéma étatique traditionnel ébranlé par le changement climatique

Le changement climatique produit des effets multiples sur la structure étatique classique - une population, établie sur un territoire, dirigée par un gouvernement⁷. Sur le territoire de l'État, le changement climatique emporte mutations géographiques et raréfaction des ressources naturelles. Il fait peser sur la population de l'État la menace de perte d'habitat et de migrations en vue de fuir la précarité induite. Le changement climatique peut aussi constituer une source de contestation de la gestion des phénomènes climatiques par le gouvernement de l'État et tout du moins, une remise en cause de son efficacité.

A. Les effets du changement climatique sur le territoire de l'État : mutations géographiques et raréfaction des ressources

Le changement climatique tel que l'Humanité le vit actuellement résulte de l'activité – polluante – de l'être humain. L'ensemble des manifestations du changement climatique (réchauffement du climat, fonte des glaces, multiplication des phénomènes climatiques extrêmes, etc.) produit des conséquences majeures sur le territoire des États. Ces phénomènes produisent des mutations géographiques vraisemblablement irréversibles, altérant les territoires dans leurs caractéristiques naturelles. Ils entraînent également une raréfaction préoccupante des ressources naturelles.

Le droit international classique s'est construit sur la centralité de l'État, sur des principes tels qu'entre autres, l'inviolabilité de la souveraineté étatique et le respect de l'intégrité territoriale des États, ces deux principes étant supposés garantir le maintien de la paix internationale⁸. Or, en raison du changement climatique, les cartes géographiques semblent déjà en voie de devenir obsolètes dans certaines régions du monde, où la disparition des territoires est un processus vivace. C'est d'une certaine manière l'intégrité territoriale de l'État qui est atteinte. Mais pas dans un schéma de conflit entre États, seule hypothèse envisagée par le droit international classique⁹. Dans le schéma imposé par le changement climatique, les mutations territoriales sont subies, mais elles sont le fait de la nature et non celui d'autres États conquérants.

Les phénomènes décrits en introduction à cet article produisent des conséquences majeures sur la durabilité des territoires étatiques. Tous les continents sont touchés par la multiplication et la montée en puissance de l'intensité des inondations, incendies, tsunamis et autres phénomènes, qui tous, modifient substantiellement les territoires des États. Par mesure de concision, bien que le changement climatique se manifeste par de nombreux phénomènes, nous nous concentrerons sur un nombre limité de ces manifestations : la montée des eaux, les phénomènes climatiques extrêmes et l'aridification du climat dans certaines régions. Le changement climatique modifie les territoires des États de deux manières : en altérant

⁷ Comme l'explique Samantha Besson : « L'État est habituellement défini comme une entité souveraine dotée d'une population permanente (*Staatsvolk*), d'un territoire déterminé (*Staatsgebiet*) et d'un gouvernement effectif (*Staatsgewalt*). » Besson Samantha, *Droit international public*, Bern, Stämpfli, 2019, 915 pages, p. 47.

⁸ Charte des Nations Unies, San Francisco, signée le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945 article 2, §1.

⁹ Charte des Nations Unies, article 2, §4.

substantiellement leur physionomie d'une part, et en rongant progressivement leurs côtes d'autre part.

La tempête Alex qui a sévi sur la France début octobre a entraîné des inondations extrêmement violentes dans les Alpes-Maritimes et les territoires limitrophes italiens¹⁰. La violence de la crue de la Vésubie a complètement refaçonné les territoires se situant sur son passage. Cet exemple récent n'est bien cela : qu'un exemple parmi tant d'autres. Il illustre les modifications territoriales qui peuvent survenir par suite des phénomènes découlant du changement climatique. Par ailleurs, le réchauffement climatique, à la base du phénomène de la montée des eaux conduit à un englobement progressif des territoires côtiers à plus ou moins long terme¹¹. La disparition des îles se situant à très faible altitude par rapport au niveau de la mer est déjà en marche. C'est le cas des micro-États insulaires (*Small Islands Developing States*) dont les Maldives, Kiribati ou Tuvalu sont les premières victimes¹².

Des États dont la surface du territoire est plus importante subissent également cette montée des eaux rongant progressivement leur superficie. C'est le cas du Bangladesh. Les Pays-Bas et certains États américains comme la Floride, la Louisiane ou la Californie sont aussi impactés par la montée des eaux. Le réchauffement climatique fait d'un côté monter le niveau des mers et océans du fait de la fonte des glaces polaires, de l'autre côté et presque paradoxalement, il entraîne une désertification des territoires, un assèchement des sols menant à une disparition de mers, lacs et cours d'eau. Ainsi, la mer d'Aral, qui constituait la quatrième plus grande étendue d'eau intérieure jusqu'aux années 1960, a, du fait de l'exploitation de ses ressources par l'être humain, été complètement asséchée au point de disparaître¹³.

Les divers phénomènes climatiques exposés *supra* ont une conséquence commune : l'atteinte à la qualité des ressources naturelles et à travers celle-ci, la raréfaction de la biodiversité. De manière globale, les changements climatiques sont extrêmement préoccupants pour la vie sur terre. Ils sont divers dans leurs manifestations, mais leurs effets sont les mêmes : une perte progressive de la biodiversité. Le réchauffement climatique provoque une altération des saisons et par voie de conséquence, un affaiblissement des espèces végétales comme animales qui, chamboulées dans leur fonctionnement hautement dépendant des saisons, sont obligées de lutter pour s'adapter. La nature est résiliente. Néanmoins, face à la brutalité et à l'accélération du changement climatique, de nombreuses espèces ne peuvent s'adapter et disparaissent¹⁴. L'augmentation des températures constitue un choc pour les

¹⁰ Le Monde, une du 4 octobre 2020, disponible sur : https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/10/04/tempete-alex-inquietudes-sur-le-bilan-humain-apres-des-crues-exceptionnelles-en-france-et-en-italie_6054688_3244.html, mis en ligne le 4 octobre 2020, [consulté le 8 décembre 2020].

¹¹ Duvat, Virginie. « Changement climatique et risques côtiers dans les îles tropicales », *Annales de géographie*, vol. 705, no. 5, 2015, pp. 541-566.

¹² Voir par exemple concernant l'archipel des Kiribati : Institut français de l'éducation, « Les îles Kiribati, archipel en sursis ? », disponible sur <http://eduterre.ens-lyon.fr/thematiques/hydro/littoral-1/les-iles-kiribati-archipel-en-sursis>, mis en ligne le 23 février 2019, [consulté le 8 décembre 2020].

¹³ The McGill International Review, « L'assèchement de la mer d'Aral, les conséquences d'un manque de coopération », disponible sur : <https://www.mironline.ca/lassechement-de-la-mer-daral-les-consequences-dun-manque-de-cooperation/>, mis en ligne le 19 mars 2019, [consulté le 8 décembre 2020].

¹⁴ Parrenin, Frédéric., et Vargas, Élodie., « Biodiversité et changement climatique : entre discours du spécialiste et discours vulgarisé », *Les Carnets du Cediscor* [En ligne], 15 | 2020, mis en ligne le 26 février 2020. [consulté le 6 novembre 2020].

écosystèmes. Les sols subissent une aridification, qui engendre elle-même une désertification croissante de nombreuses régions. Faisant de plus en plus chaud dans certaines régions, les réservoirs hydrauliques s'amenuisent et les terres ne sont plus irriguées. Il devient alors de plus en plus difficile de cultiver, dans des zones pourtant autrefois fertiles¹⁵.

Cet assèchement des sols n'est pas sans conséquence pour la survie des espèces animales qu'elles soient sauvages comme d'élevage d'ailleurs. En effet, les sols étant de plus en plus secs, les pâturages disparaissent progressivement. Les animaux se nourrissant d'herbe sont par suite obligés d'aller chercher de quoi se nourrir de plus en plus loin. Il faut souligner que ce réchauffement climatique provoque des réactions en chaîne qui semblent presque infinies. La migration des espèces se nourrissant de pâturages vers d'autres régions encore fertiles a des conséquences majeures sur la survie des espèces carnivores, qui elles-mêmes, sont forcées de migrer pour suivre leur gibier. *In fine*, c'est un appauvrissement global de la faune et la flore des territoires qui est en marche. Or, celui-ci a un impact considérable sur la présence des populations sur ces territoires¹⁶, de même que sur le développement économique de l'État¹⁷.

La fonte des glaces induite par le réchauffement climatique produit des conséquences terribles sur la survie d'espèces endémiques, dont les glaces polaires sont le lieu d'habitat. On pense naturellement à l'ours blanc, qui voit son lieu de vie disparaître d'année en année et de plus en plus rapidement.

Or, il est des cas où l'être humain cohabite avec ces espèces animales sauvages, sur des territoires isolés. Les populations Inuits sont ainsi directement impactées par le réchauffement climatique qui bouleverse tout leur mode de vie, en raréfiant les ressources naturelles qu'elles utilisent pour leur alimentation, leur chauffage, leur habillement. Quant au phénomène de la montée des eaux, il augure, en outre d'une disparition progressive des territoires insulaires et des territoires côtiers, d'une atteinte à la qualité des eaux douces potables de ces territoires. Il a en effet été prouvé que la salinité des sols de ces territoires augmente déjà, provoquant par suite, une diminution de la fertilité de ceux-ci¹⁸. Dès lors, l'eau douce consommable se raréfie dans ces territoires, qui de surcroît, sont de moins en moins fertiles. Le GIEC a confirmé dans son dernier rapport qu'au Bangladesh, la production de riz déclinerait de 8 % et celle du blé de 32 % d'ici 2050¹⁹.

Il n'est pas non plus besoin de décrire la perte immense de biodiversité causée par les incendies qui se multiplient partout sur la planète et qui brûlent des territoires immenses. En tout état de cause, le changement climatique provoque un appauvrissement considérable des territoires : ils sont diminués dans leur superficie,

¹⁵ Kertész, Ádám, Lóczy, Dénes et Huszár, Tamás., « Aridification : l'effet du changement climatique dans le Bassin Carpathique », *Revue Géographique de l'Est* [En ligne], vol. 41 / 4 | 2001, mis en ligne le 22 juillet 2013 [consulté le 6 novembre 2020].

¹⁶ Voir *infra*. : I. B. Les effets du changement climatique sur la population de l'État : perte d'habitat, migrations et conséquences démographiques.

¹⁷ En effet, si l'on adopte une perspective utilitariste de la biodiversité, cet appauvrissement de la faune et de la flore représente un manque à gagner énorme pour les États car les activités réalisables sur ces territoires s'amenuisent progressivement : moins de cultures agricoles, moins d'élevage, moins de tourisme, etc.

¹⁸ « In Bangladesh, for instance, some freshwater fish species are expected to lose their habitat with increasing salinity, with profound consequences on fish-dependent communities. » FINAL DRAFT Chapter 4 IPCC SR Ocean and Cryosphere Subject to Copyedit 4-77 Total pages: 169.

¹⁹ *Ibid.*

mais ils le sont également dans leurs ressources et leur diversité. *De facto*, les États eux-mêmes se trouvent appauvris, car privés de portions entières de leur territoire et démunis de la richesse que constitue un territoire sain et biodiversifié. La population de l'État, installée sur le territoire de ce dernier subit elle aussi le changement climatique, c'est ce qui sera décrit dans la prochaine section.

B. *Les effets du changement climatique sur la population de l'État : perte d'habitat, migrations et conséquences démographique*

Pour les populations, le changement climatique entraîne des conséquences qui, par effet boule de neige, ont un impact sur l'existence même de l'État. En effet, les effets du changement climatique sur le territoire de l'État emportent une perte d'habitat pour les populations qui y sont installées. Les migrations climatiques engendrées ont des conséquences démographiques considérables pour l'État. Celles-ci seront brièvement abordées ici.

Les multiples catastrophes environnementales et phénomènes climatiques extrêmes qui ont frappé la planète ces vingt dernières années ont exposé (et continuent d'exposer) les populations établies sur les territoires touchés à une précarité immense. Elles sont désormais plus facilement exposées à des phénomènes climatiques et des températures extrêmes. L'exemple de la mer d'Aral mentionné *supra* pour illustrer la réalité de l'assèchement progressif de certains cours d'eau et étendues d'eaux est fort de conséquences pour la présence des populations dans la région. L'assèchement du lac a provoqué une altération du climat de la région, avec des températures extrêmes, là où auparavant, le climat était plus tempéré grâce à la présence d'eau.

La combinaison de l'altération du climat et de l'aridification de la région constitue un double frein à la présence de la population locale dans la région. Là où autrefois, elle disposait de terres arables et d'un climat tempéré favorable à l'agriculture, ainsi que d'une immense mer intérieure regorgeant de poissons, il n'y a plus qu'un désert aride. La population locale, qui vivait principalement de la pêche a vu son moyen de subsistance disparaître et son environnement profondément altéré²⁰.

De plus, la montée des eaux expose les populations installées sur les territoires côtiers des États à des inondations croissantes, voire un engloutissement progressif des côtes et donc, *a fortiori*, de leur habitation. En effet, les territoires côtiers se situant à très faible altitude par rapport au niveau de l'eau sont frappés avec une fréquence qui ne fait que s'accroître par les phénomènes climatiques dits extrêmes, qui autrefois, ne se produisaient « que » tous les 20 ou 30 et qui ont désormais lieu tous les 2-3 ans. Le Bangladesh, « pays delta » est déjà en voie de submersion²¹.

Par ailleurs, l'exemple de la tempête Alex qui a ravagé le département français des Alpes-Maritimes au début du mois d'octobre 2020 illustre la perte d'habitat possible

²⁰ The McGill International Review, « L'assèchement de la mer d'Aral, les conséquences d'un manque de coopération », op. cit.

²¹ Opinion internationale « Le Bangladesh : en tête de liste des pays victimes de la montée des eaux », disponible sur : https://www.opinion-internationale.com/2012/03/21/le-bangladesh-en-tete-de-liste-des-pays-victimes-de-la-montee-des-eaux_9494.html, mis en ligne le 21 mars 2012, [consulté le 6 novembre 2020].

pour les populations établies en zones non côtières. La violence de la crue de la Vésubie, causée par la tempête s'étant accompagnée de violentes précipitations, a complètement dévasté plusieurs vallées du département. Ce sont des centaines d'habitants qui ont vu leurs maisons arrachées et emportées. Aussi, cet exemple permet-il de saisir une chose cruciale : les populations côtières et insulaires sont loin d'être les seules menacées de perdre leur habitat en raison du changement climatique. Elles sont certes les premières à subir ces phénomènes de plein fouet, mais *in fine*, si la situation perdure, tous les territoires sont menacés par le changement climatique, au pire de disparition, ou tout le moins, d'altérations profondes.

L'Organisation des Nations Unies reconnaît à tous un droit à l'alimentation et un droit à l'eau²². L'organisation protège aussi le droit au logement de tous²³. Or, ces droits semblent aujourd'hui impossibles à réaliser dans un nombre conséquent de territoires durement impactés par le changement climatique, qui voient les ressources naturelles de leurs territoires s'amenuiser progressivement et ces derniers eux-mêmes disparaître ou être substantiellement transfigurés. Cela explique que nombreux sont ceux qui sont tentés ou forcés de quitter leur territoire²⁴. Cette perte d'habitat pour les populations dont les territoires sont touchés par le changement climatique est la source de nombreux mouvements migratoires contemporains²⁵. La montée des eaux en premier lieu et de manière tangible, mais le changement climatique de manière plus générale entraîne la survenance de situations migratoires extrêmement complexes et difficiles à catégoriser²⁶. L'on constate partout sur la planète une multiplication d'importants mouvements migratoires. Les populations pour lesquelles le changement climatique entraîne des conséquences irréversibles sur leur habitation, que ce soit une disparition du territoire ou une altération majeure du climat (aridification par exemple) quittent ces territoires pour trouver refuge ailleurs. Plusieurs observations doivent être faites ici.

²² Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution A/64/L.63/Rev.1, 28 juillet 2010.

²³ A/RES/55/2, <http://www.un.org/french/millenaire/ares552f.pdf> [consulté le 3 décembre 2020] Les différents organes subsidiaires des Nations Unies sont également régulièrement saisis de questions ayant trait au droit au logement et contribuent par leurs décisions à préciser la définition de ce droit. Le comité des droits économiques, sociaux et culturels, organe principal chargé de la surveillance de ce droit a par exemple précisé celui-ci, relevant qu'il ne devait pas être interprété dans un sens restreint, mais au contraire l'être « (...) comme le droit à un lieu où l'on puisse vivre en sécurité, dans la paix et la dignité ». Observation générale No 4, sur le droit à un logement suffisant (article 11, par.1), § 7, adoptée le 13 décembre 1991,

²⁴ Il est peu aisé de présenter des données chiffrées précises tant les migrations dites climatiques ou environnementales sont multidimensionnelles et peu documentées. L'on peut toutefois orienter le lecteur vers : Rigaud Kanta Kumari et al., « Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration », Banque mondiale, Washington DC, 2018, 222 pages ; Cournil Christel, « L'inadaptation du droit international des réfugiés face aux migrations environnementales et climatiques », *L'Observateur des Nations Unies, Association française pour les Nations Unies*, 2017, pp. 97-117. hal-02266604, mis en ligne le 19 août 2019, [consulté le 8 décembre 2020].

²⁵ « Climate change is projected to increase the displacement of people throughout this century. The risk of displacement increases when populations who lack the resources to migrate experience higher exposure to extreme weather events, in both rural and urban areas, particularly in low-income developing countries. Changes in migration patterns can be responses to both extreme weather events and longer-term climate variability and change, and migration can also be an effective adaptation strategy », IPCC's Working Group II, Contribution to the Fifth Assessment Report, 5AR, WG2, vol. 1, Chapter 12, March 2014. Plus récemment, l'OIM a rendu un rapport « HUMAN MOBILITY IN THE CONTEXT OF ENVIRONMENTAL AND CLIMATE CHANGE Assessing current and recommended practices for analysis within DTM », OIM, Genève, mars 2020, 18 pages.

²⁶ Même si l'article date quelque peu, on peut consulter pour un aperçu de la problématique Gémienne François, « Why The Numbers Don't Add Up: A Review of Estimates and Predictions of People Displaced by Environmental Changes », *Global Environmental Change*, vol. 21, supplément n° 1, décembre 2011, pp. 41-49.

Premièrement, les migrations peuvent être temporaires (fuite du lieu d'habitation pour un temps limité, en raison de la survenance d'un phénomène climatique ayant privé la population d'habitation, mais n'étant pas irréversible et où la reconstruction est possible et souhaitée par la population et permise par les autorités : tempêtes, cyclones par exemple) ou permanentes (fuite du lieu d'habitation sans horizon de retour du fait de la survenance d'un phénomène climatique ayant entraîné la destruction totale du lieu d'habitation et transformé le territoire au point qu'il ne soit plus restructurable, voire, disparition totale du territoire en cours). Deuxièmement, elles peuvent être internes (la majorité des cas), cela signifie que les populations concernées trouvent refuge dans d'autres régions de leur État, sans quitter ce dernier²⁷. Ou elles peuvent être internationales, c'est là l'hypothèse dans laquelle les personnes cherchent refuge dans un autre État que leur État d'origine. Troisièmement, tous les États de la planète sont touchés, d'une quelconque manière que ce soit. Les uns sont concernés par la fuite de la population de certaines parties de leur territoire, les autres voient arriver sur leur territoire les populations ayant quitté le leur.

Les migrations causées par le changement climatique posent bien évidemment la question de l'existence et de la reconnaissance des réfugiés climatiques. Sur cette thématique, nous renvoyons le lecteur à la contribution du Professeur Thibaut Fleury Graff. Nous pouvons toutefois dès à présent lever une partie de l'interrogation qui pourrait saisir le lecteur : le droit international ne reconnaît pas une nouvelle catégorie de réfugiés que constitueraient ceux que l'on appelle abusivement les « réfugiés climatiques »²⁸. En outre, ainsi que le relève Étienne Piguet, une nouvelle forme d'apatridie est en voie d'apparition ; celle-ci résulterait de la disparition du territoire de certains États²⁹. Pour autant, cette hypothèse ne s'est pas encore matérialisée, bien que cette situation soit en voie de se réaliser³⁰.

En tout état de cause, quelles que soient les dénominations retenues pour qualifier ce nouveau genre de migrants, ces phénomènes migratoires transforment substantiellement la démographie des États et cela, à deux échelles. La première échelle est celle du local : les migrations internes emportent une modification de la répartition démographique de l'État. Les régions fortement impactées par les phénomènes climatiques sont peu à peu désertées, tandis que les régions présentant un degré de viabilité supérieur deviennent *de facto* plus densément peuplées. La seconde échelle est l'échelle globale. Au niveau planétaire, les répartitions de populations sont susceptibles de devoir être entièrement redessinées à cause du changement climatique. La démographie mondiale ne cesse de croître et pourtant, les territoires viables deviennent de moins en moins nombreux. La question suivante mérite donc d'être posée : quels territoires vont occuper ces populations, nombreuses, abandonnant des territoires qui ne sont plus viables ? De plus, la désertion du territoire étatique par la population de l'État n'augure-t-elle pas d'une disparition de l'État en raison de la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ? Ces questions, qui restent en suspens méritent une réelle discussion. Elles seront abordées en seconde partie. Pour l'heure, il convient de se

²⁷ *Rapport Groundswell : Se préparer aux migrations climatiques internes – Aperçu général*, Rigaud Kumari, Kanta, De Sherbinin Alex, Jones Bryan, *et al.* (dir.), Washington, Banque mondiale, 2018, 20 pages.

²⁸ Cambrézy, Luc. « Enjeux environnementaux et nouvelles catégories de migrants : de la sémantique à la géopolitique », *Pouvoirs*, vol. 144, no. 1, 2013, pp. 137-147.

²⁹ Piguet, Étienne. « Des apatrides du climat ? », *Annales de géographie*, vol. 683, no. 1, 2012, pp. 86-100.

³⁰ On parle généralement de l'horizon 2050, voire 2030 pour la disparition totale des premiers territoires du fait de la montée des eaux.

pencher sur le troisième élément constitutif de l'État : le gouvernement, afin d'étudier les effets du changement climatique sur celui-ci.

C. Les effets du changement climatique sur le gouvernement de l'État : efficacité et contestation

Après le territoire et la population, le gouvernement de l'État est lui aussi impacté par le changement climatique. Les effets de ce dernier sur le gouvernement sont plus subtils, ils n'en sont pas moins considérablement menaçants. En effet, le gouvernement doit faire face à l'immense défi que constitue la prévision des phénomènes climatiques. Par ailleurs, de son impuissance à gérer ces situations (lacunes dans la prévision, mauvaise ou impossible réponse aux phénomènes dévastateurs), résulte des contestations de son effectivité, qui sont potentiellement source de déstabilisation.

Il peut sembler s'agir d'un détail, pourtant, le premier défi auquel se heurtent tous les États est celui de la prévision (et au-delà de la prévisibilité³¹) des phénomènes climatiques qui frappent leur territoire. En effet, l'accroissement de ces phénomènes extrêmes de type tsunamis, ouragans, cyclones ou tremblements de terre menace les territoires de n'être plus du tout habitables. L'ouragan Katrina qui a frappé la Louisiane, l'Alabama, la Géorgie, le Mississippi et la Floride en 2005 n'a pas fait moins de dégâts parce qu'il a frappé la première puissance mondiale, susceptible d'être mieux à même de prévoir et limiter les dégâts. Il a causé la mort de près de 1800 morts, 1,2 million de personnes ont été déplacées, 80% de la ville de la Nouvelle-Orléans a été inondée³². Il en est de même pour la tempête Xynthia qui a durement frappé les côtes atlantiques françaises en 2011 et dont les effets avaient été considérablement sous-estimés par les autorités françaises, sur la base des prévisions météorologiques³³. Et ce constat se multiplie quasiment à l'infini. Nul besoin de rappeler les dégâts causés par le tsunami qui a frappé le Nord-Est du Japon en 2011 à la suite d'un séisme et en particulier la centrale nucléaire de Fukushima³⁴. Pourtant, ces trois derniers exemples concernent certains des États les plus développés de la planète. De surcroît, quels que soient les moyens scientifiques et technologiques de pointe à disposition des États pour prévoir les événements météorologiques et climatiques, les prévisions sont souvent bien inférieures à la réalité des dégâts causés. Dès lors, c'est la fiabilité des prévisions qui est en jeu et derrière elle, la viabilité des territoires. Ce manque de prévisibilité et de fiabilité est susceptible de donner naissance à un sentiment d'insécurité profond pour les populations. Et ce déficit de confiance est à même de faire germer un sentiment de défiance, de contestation du gouvernement de l'État³⁵.

³¹ Vié, Benoît. « Méthodes de prévision d'ensemble pour l'étude de la prévisibilité à l'échelle convective des épisodes de pluies intenses en Méditerranée », *Sciences de la Terre*. Université Paris-Est, 2012, 203 p.

³² Planchon, Sandra. « L'ouragan Katrina, une catastrophe « historique » ? », *Bulletin de l'Institut Pierre Renouvin*, vol. 31, no. 1, 2010, pp. 67-78.

³³ « Xynthia, les leçons d'une catastrophe (rapport d'étape), Sénat de la République française, Rapport d'information n° 554 (2009-2010) de M. Alain Anziani, fait au nom de la mission commune d'information sur les conséquences de la tempête Xynthia, déposé le 10 juin 2010.

³⁴ Gorre, Fleur, Avis d'expert : "Tremblement de terre, tsunami et accident nucléaire de la centrale de Fukushima : état des lieux des conséquences et des actions engagées trois ans après", 2014, 82 p.

³⁵ Dans certains conflits, la mise en cause du changement climatique comme étant la cause du conflit est déjà une réalité. Indirectement, le pouvoir gouvernemental en place sera déstabilisé, contesté. Voir par exemple l'argumentaire du Soudan, qui considère que le changement climatique est la source des tensions entre les différentes parties en raison de l'aridification du climat et de l'appauvrissement des ressources, qui poussent les populations à migrer vers d'autres régions, encore relativement fertiles. Voy. not. Lavergne, Marc. « Le réchauffement climatique à l'origine de la crise du Darfour ? La recherche scientifique menacée par le déni de la complexité », *Revue Tiers Monde*, vol. 204, no. 4, 2010, pp. 69-88. ;

Ici encore, il est édifiant d'observer la relation de cause à effet entre, d'une part le changement climatique et d'autre part, la contestation des dirigeants et l'apparition de certaines tensions. Cette question est abordée par Madame Pascale Martin Bidou et nous renvoyons donc le lecteur à sa contribution. Il convient toutefois de relever que le changement climatique cause des altérations irréversibles des territoires étatiques (en tout, ou en partie), suite auxquelles les populations sont durement impactées dans leur présence sur ces territoires. Cela pousse certains à migrer dans d'autres États, temporairement ou définitivement. Toutefois, tous n'ont pas ce choix. Certains ne font « que » migrer au sein de leur État ; il s'agit alors de migrations internes. Néanmoins, les équilibres démographiques sont modifiés. Il est fréquent que des tensions apparaissent, entre groupes de personnes – exemple : migrants climatiques / populations locales – ou entre la population et le gouvernement, celle-ci reprochant à ce dernier de ne pas gérer efficacement la situation.

Une autre source de tensions réside dans l'attitude adoptée par l'État accueillant (ou refusant) sur son territoire les migrants climatiques. Cette question est encore très peu documentée, car comme l'on s'efforce de le démontrer, l'ensemble des phénomènes semblent interconnectés et la fuite d'un territoire frappé par le changement climatique s'accompagne souvent de la fuite d'un État ravagé par les conflits, eux-mêmes causés par la paupérisation de la population et des ressources alimentaires du pays. Schématiquement, l'on peut résumer la situation ainsi : sur un territoire étatique donné, il y a désormais potentiellement : une réduction de la superficie dudit territoire en raison de la montée des eaux, une augmentation des phénomènes climatiques extrêmes, une baisse significative des ressources alimentaires et de l'eau potable, des populations cherchant refuge dans les régions moins durement touchées, donc une densification de la présence humaine dans ces régions, et *in fine*, une diminution des ressources disponibles. Le potentiel de tensions susceptibles de résulter de ces situations est absolument explosif et ne devrait en aucun cas être sous-estimé.

Cette première partie, dans laquelle nous nous sommes efforcés de présenter les effets avérés et potentiels du changement climatique sur les éléments constitutifs de l'État fait état d'une situation tout à fait préoccupante. Elle nous amène à soulever la question de la pérennité de l'État face aux menaces du changement climatique et à questionner les enjeux d'une redéfinition de ses éléments constitutifs.

II. La pérennité de l'État menacée par le changement climatique et les enjeux d'une redéfinition des éléments constitutifs

S'intéresser à la thématique de l'État face au changement climatique amène inévitablement à se poser la question de sa survie. L'on a établi en première partie à quel point le changement climatique ébranle la structure même de l'État dans ses éléments constitutifs, au point d'en menacer la pérennité. En suivant la même structure que dans la première partie, nous analyserons tour à tour la survivance et les enjeux de redéfinition de deux des éléments constitutifs de l'État, à savoir le territoire et la population. Quant au gouvernement, il sera analysé en filigrane de cette partie. D'abord,

Salomé Bronkhorst, « Rareté de ressources et conflit entre pasteurs et agriculteurs au Sud-Kordofan, Soudan », *Cultures & Conflits* [Online], 88 | hiver 2012, mis en ligne le 15 mars 2014, [consulté le 9 décembre 2020].

la disparition progressive du territoire de l'État conduit à remettre en cause, d'un point de vue théorique, l'assise territoriale de la souveraineté étatique.

Ensuite, l'éparpillement de la population étatique du fait des migrations climatiques soulève la question de la persistance du lien de nationalité. Cela nous conduira à nous demander si le changement climatique peut être le catalyseur d'une société internationale globalisée.

A. *La disparition du territoire de l'État et la remise en cause de l'assise territoriale de la souveraineté*

Au sens du droit international, le territoire apparaît avant toute autre chose être un référentiel de délimitation spatiale du pouvoir de l'État et du champ d'application de la norme édictée par lui³⁶. En cela, on peut le percevoir comme un support physique associé à la réalisation d'un droit³⁷. Kelsen le définit comme « l'espace à l'intérieur duquel un État est autorisé par le droit international général à réaliser tous les actes prévus par son droit national ou, ce qui revient au même, l'espace à l'intérieur duquel, conformément au droit international, les organes déterminés par un ordre juridique national sont autorisés à exécuter cet ordre »³⁸. Il a été montré en première partie que le changement climatique entraîne des bouleversements majeurs des territoires des États. Au point que l'on peut se demander, d'une part si un État sans territoire peut survivre et d'autre part, si le droit international se dirige vers la redéfinition des frontières étatiques.

En 1955, le Professeur Lassa Oppenheim l'affirmait : « A State without a territory is not possible »³⁹. En cela, il ne faisait que tirer la conclusion de la règle qui continue de prévaloir, à savoir qu'un État est l'addition de trois éléments indissociables, le territoire, la population et le gouvernement. Et le territoire est le siège de la souveraineté étatique et ses frontières extérieures en délimitent le champ de validité. Mais aujourd'hui, une telle assertion est-elle toujours d'actualité ? Un État dont le territoire a disparu (ou est en voie de disparaître) continue-t-il d'exister ou la disparition de l'un de ses éléments constitutifs l'empêche-t-elle de survivre ? Il s'agit d'une réelle interrogation à laquelle le monde est confronté et qui ne constitue plus une simple hypothèse d'école. Prenons le cas des Maldives, ou des Îles Tuvalu. L'engloutissement progressif de ces territoires aboutira dans un futur à court moyen terme à une disparition totale du territoire de ces micro-États et *a fortiori*, le territoire étatique disparu ne pourra plus être le siège de la souveraineté de l'État. Dès lors, à moins de conquérir d'autres territoires (en violation du droit international donc⁴⁰) ou de découverte de nouveaux territoires (hypothèse

³⁶ Toutefois, aujourd'hui, le champ d'application spatiale d'une norme étatique peut s'étendre au-delà du territoire de l'État. Il y a une déterritorialisation croissante du droit. Voy. Not. Théry Hervé. « Mondialisation, déterritorialisation, reterritorialisation (Globalization and territory) », *Bulletin de l'Association de géographes français*, 85e année, 2008-3 (septembre). Mondialisation et géographie / L'ouest américain. pp. 324-331.

³⁷ Cette affirmation est d'ailleurs vraie tant au regard du droit public, qu'au regard du droit privé. L'un des éléments fondamentaux du droit privé réside dans la limitation spatiale de son application, autrement appelée champ d'application spatiale/territoriale.

³⁸ Kelsen Hans, *Principles of International Law*, New York, 1952, p. 209. Voir aussi Kelsen Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1946, pp. 208 et 209., Rub Alfred, Kelsen Hans, *Hans Kelsens Völkerrechtslehre*, Zürich, Schulthess, 1995, 646 p., p. 487.

³⁹ Oppenheim, Lassa, *International Law: A Treatise*, Vol. I, 8^e éd. 1955, Londres, Longmans, Green & Co., 1072 p., p. 451.

⁴⁰ En vertu de l'article 2, §4 de la Charte des Nations Unies interdisant le recours à la force contre l'intégrité territoriale des États.

d'école⁴¹), ou encore d'attribution d'un territoire par la communauté internationale (hypothèse la plus probable quoique difficilement réalisable), l'État se retrouve-t-il sans territoire. Peut-il exister un État « virtuel », c'est-à-dire un État qui perdrait son assise territoriale ?

En réalité, l'on perçoit vite que cette question n'est que la première d'une longue série, les unes découlant des autres. En effet se pose la question de la conquête de nouveaux territoires ; celle-ci est-elle possible, souhaitable ? Est-il possible de redéfinir les frontières étatiques, c'est-à-dire de dépasser la règle stricte qui a forgé le droit international contemporain, celle de *uti possidetis juris*⁴² ? Le droit international contemporain s'est construit autour de grands principes cardinaux, l'interdiction du recours à la force, le maintien de relations pacifiques entre États, le respect de la règle de l'intangibilité des frontières. En somme, il condamne par principe toute annexion territoriale et « désincite » indirectement à opérer des modifications de frontières. La définition des frontières est capitale dans la vie d'un État, mais également dans le maintien de relations pacifiques entre États. Le Professeur Charles Rousseau soulevait le fait que « (l)a délimitation d'une frontière est une opération importante, car elle est à la fois un facteur de paix, un signe d'indépendance et un élément de sécurité »⁴³. Au-delà de cette nature symbolique de la frontière, il est nécessaire de réfléchir sur la « disponibilité » de *nouveaux* territoires qui seraient encore vierges de souveraineté étatique. Il existe seulement une poignée de terres qui sont aujourd'hui inoccupées et surtout, revendiquées par aucun État⁴⁴, mais là encore, une précision s'impose : les rares *terra nullius* qui demeurent sont des territoires très limités et ne présentant pas de grand intérêt pour la vie humaine en raison des conditions climatiques ou de leur accès impossible.

Pour aller encore plus loin dans la réflexion, il nous apparaît intéressant de faire une analogie entre l'État et le migrant. L'État est une personne morale, son territoire est son embarcation. Comme une personne physique dont l'embarcation fait naufrage en mer, « l'État-naufagé », dont le territoire disparaît, a-t-il un droit à être secouru et assisté par la communauté internationale ? En l'état actuel du droit international, une telle obligation n'existe pas et n'est donc qu'une fiction prospective. De même, l'entité abstraite de l'État peut-elle, ici encore en faisant une analogie avec le régime gouvernant la personne humaine, se voir reconnaître le statut « État-réfugié » ? Un État qui perd son territoire peut-il trouver refuge sur le territoire d'un autre État ? Cette hypothèse est-elle réalisable ? Quels en seraient les enjeux sur les relations interétatiques ? Une telle situation donnerait-elle naissance à une double souveraineté présente sur un même territoire ? Ou y aurait-il obligatoirement effacement d'une souveraineté (*a priori* celle de notre « État-réfugié ») au profit de l'État d'accueil ? Ou le partage de la souveraineté

⁴¹ On considère qu'il n'existe plus de *terra nullius* pouvant être conquise. Il existe en revanche des espaces vierges, protégés par le droit international et excluant toute possibilité d'annexion ou d'appropriation par les États.

⁴² La Cour Internationale de Justice a érigé cette règle au rang de principe général dans son Arrêt, « Burkina Faso / République du Mali », Recueil 1986, pp. 566 et s.

⁴³ Rousseau Charles. *Droit international public, Tome III*, Paris, Sirey, 1977, 635 p., p. 235.

⁴⁴ Pour l'anecdote, voir Le Figaro « Comment un père a fait de sa fille une vraie princesse », disponible sur : <https://www.lefigaro.fr/international/2014/07/24/01003-20140724ARTFIG00122-comment-un-pere-a-fait-de-sa-fille-une-vraie-princesse.php> publié le 24 juillet 2014, [consulté le 6 novembre 2020].

territoriale pourrait-il être envisagé ? Cette hypothèse revivifie également les débats autour de la reconnaissance d'État⁴⁵.

En outre, dans l'hypothèse où la réponse à la question de savoir si un État sans territoire peut exister serait positive, apparaît la question de la localisation de sa population. Cette dernière réflexion nous conduit à aborder la problématique de l'éparpillement de la population de l'État dont le territoire est menacé par le changement climatique et à soulever la pertinence de la subsistance du lien de nationalité.

B. L'éparpillement de la population et le questionnement du lien de nationalité

Pour un État, sa population est la personnification de sa vie. Dans les démocraties, elle est le corps titulaire de la souveraineté⁴⁶. Précédemment, nous avons posé la question de la survivance de l'État si son territoire disparaît. Les éléments constitutifs de l'État étant profondément interconnectés, la disparition du territoire étatique emporte *a priori* une disparition de la population de l'État. Cette affirmation doit toutefois être nuancée. En effet, c'est plutôt la présence de la population sur le territoire étatique qui est rendue impossible par la disparition de ce dernier. La survie de la population est une question bien différente. On l'a vu, les populations cherchent à émigrer vers des territoires viables. Quoi qu'il en soit, il devient nécessaire de s'interroger sur la survivance de l'État dans l'hypothèse où il perd sa population. De là, découle également une réflexion sur la pertinence du lien de nationalité dans l'hypothèse des migrations climatiques.

À titre liminaire, il est important de rappeler qu'entendue dans un sens large, la population désigne toutes les personnes qui sont établies sur le territoire d'un État. Cette conception ne se limite donc pas aux seuls nationaux de l'État, mais inclut les personnes de nationalité étrangère. Dans une conception plus restrictive, la population peut également désigner l'ensemble des nationaux d'un État. Ici, en raison de l'impact du changement climatique sur la présence de toute personne, quelle que soit sa nationalité, dans un territoire, nous nous intéresserons à la population entendue dans son sens large. Toutefois, lorsque nous questionnerons la pertinence du lien de nationalité, il s'agira d'une réflexion sur la population entendue dans un sens national.

L'engloutissement de la Cité mythique de l'Atlantide a entraîné avec elle la disparition de sa population entière. Ce mythe illustre cruellement la dépendance de l'existence d'une collectivité humaine à l'existence d'une terre sur laquelle elle peut s'établir. Que ce soit dans le cas des Maldives qui sont progressivement submergées par la montée des eaux, ou dans l'hypothèse d'une disparition du territoire du fait d'un éboulement, d'un tremblement de terre ou d'une tempête, à partir du moment où le territoire disparaît, la population disparaît avec lui, soit dans un sens littéral parce qu'elle est décimée, soit dans un sens figuré parce qu'elle n'est plus à proprement parler la population *du* territoire disparu.

⁴⁵ Sur cette thématique, voy. not. Garcia, Thierry. *La Reconnaissance Du Statut D'État à Des Entités Contestées : Approches De Droits International, régional et interne*, Paris, Pedone, 2018, 308 p.

⁴⁶ L'article 3 de la Constitution française de la Ve République dispose par exemple que : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. »

Il est là deux hypothèses qu'il faut donc séparer : d'une part, la disparition de la population en addition de la disparition du territoire de l'État, et d'autre part, la disparition de la population sans que le territoire ne disparaisse littéralement. Dans la première hypothèse, l'État ne serait plus qu'une abstraction, qui survivrait virtuellement au travers de l'existence du gouvernement, dans l'hypothèse où celui-ci continuerait à être « actif ». Cette hypothèse est potentiellement réalisable dans la mesure où suite à la disparition du territoire étatique, il est des questions cruciales que le gouvernement qui subsiste devra trancher : constitutionnellement, comment justifier de la perte de son territoire, quelle souveraineté exerce-t-il ; plus pragmatiquement, comment gérer les questions de nationalité des individus qui sont ses ressortissants et que faire des ambassades qui le représentent à l'étranger, etc.

Dans la seconde hypothèse, la population de l'État « disparaît » sans que le territoire étatique ne disparaisse lui-même. Cette hypothèse vise les cas où la population, contrainte ou non, quitte le territoire étatique pour s'établir ailleurs. On l'a démontré, le changement climatique peut être à l'origine de telles désertions et le sera vraisemblablement de manière croissante, à mesure que les territoires sont impactés par les phénomènes climatiques. En tout état de cause, la population de l'État *déserté* continue de vivre. Pour autant, peut-on toujours parler de population comme d'une entité une ? Cela nous conduit à explorer la question de la survivance du lien de nationalité dans de telles hypothèses. Le Professeur Charles Rousseau relève que « (l) premier élément de l'État, comme de toute société humaine, c'est la population. Celle-ci est constituée par l'ensemble des individus qui sont unis à l'État par un lien juridique et politique auquel on donne habituellement le nom de nationalité »⁴⁷. Nous nous situons donc là dans la conception restrictive de la population.

Aujourd'hui, il est certains États dont la diaspora représente une part considérable de la population (nationale) globale de l'État. C'est le cas notamment des diasporas libanaise et sénégalaise⁴⁸. Au travers de l'abstraction que constitue la nationalité, des personnes, établies dans une multitude d'États, sur tous les continents continuent à demeurer liées, juridiquement, à un État dans lequel elles ne sont physiquement plus présentes, voire parfois, dans lesquels certaines ne sont jamais allées⁴⁹. En effet, la nationalité d'un État octroie aux ressortissants dudit État des droits (vote aux élections, protection diplomatique, application des règles successorales, etc.), mais elle leur assigne également parfois des devoirs (imposition fiscale ou service militaire pour certains États par exemple). Ce qu'il est intéressant de relever ici, c'est la distance physique du lien à l'État. Là, peut-on encore parler de population, alors que la notion de population implique l'établissement sur le territoire d'un État⁵⁰ ?

⁴⁷ Rousseau Charles, *Droit International Public Tome II, Les sujets de droit*. 1974, Paris, Sirey, 797 p., p. 18.

⁴⁸ Selon l'Organisation Internationale pour les Migrations, il y avait en 2017 559 952 ressortissants sénégalais en dehors du territoire national, ce qui représentait 3,42% de la population du Sénégal. Quant à la diaspora libanaise, elle représentait en 2017 12% de la population globale du Liban, soit 822 300 personnes vivant en dehors du territoire libanais. Source : Organisation Internationale pour les Migrations, Global Migration Stock, : Outward Migration from Senegal ; Outward Migration from Lebanon, <https://www.iom.int/fr/la-migration-dans-le-monde> [consulté le 3 décembre 2020].

⁴⁹ Dufoix, Stéphane. « La gestion de la distance », Stéphane Dufoix éd., *Les diasporas*. Presses Universitaires de France, 2003, pp. 94-120.

⁵⁰ Salmon Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, entrée « population », p 848. Bruylant, Bruxelles, 2001.

Posons l'hypothèse – qui n'est encore qu'une hypothèse d'école – d'une population étatique massivement émigrée dans d'autres États du fait de la disparition du territoire de l'État d'origine, voire même simplement du fait du changement climatique (aridification extrême du climat de l'État d'origine par exemple⁵¹). Dès lors, *quid* de la survie du lien de nationalité à l'État d'origine ? Il faut noter qu'en vertu du principe de l'égalité souveraineté des États, chaque État est libre de fixer ses propres règles de nationalité. Toutefois, les bouleversements démographiques induits par le changement climatique produisent des effets considérables sur la persistance, à long terme, du lien de nationalité avec l'État d'origine. En effet, l'acquisition de la nationalité de l'État d'émigration peut premièrement, avoir pour conséquence de mettre fin à la nationalité de l'État d'origine⁵². Deuxièmement, dans le cas d'une possible double-nationalité, il semble que la conservation de la nationalité de l'État d'origine soit amenée à disparaître avec les générations qui se succèdent, car elles vivent principalement sous le régime de la nationalité de l'État d'émigration de leurs parents.

De surcroît, dans l'hypothèse qui ne semble pas tellement fictive d'une extinction de la nationalité du fait de la disparition de l'État en raison du changement climatique, quelle nationalité acquerraient les « anciens » nationaux dudit État ? Le droit international protège l'être humain contre l'apatridie et protège le statut de réfugié. Néanmoins, les États n'ont pas tous des politiques migratoires inclusives à l'égard des demandeurs d'asile, d'autant plus qu'en l'état actuel du droit international, le statut de réfugié climatique n'existe pas. Le changement climatique augure dès lors de complexifications croissantes quant à l'accueil et la protection des réfugiés.

C. *Le changement climatique : catalyseur d'une société globalisée ?*

Le monde dans lequel nous vivons est fortement marqué par l'inégalité. Sémantiquement, nous choisissons d'utiliser le terme inégalité au singulier afin de nous référer au sens intrinsèque de la notion : caractère de ce qui n'est pas égal. Les inégalités sont telles entre les nations du monde, entre les personnes qui les composent, entre les politiques mises en œuvre pour œuvrer contre le changement climatique et celles qui ont pour effet de l'aggraver et de l'accélérer, que l'inégalité semble être la règle qui domine. Si l'on s'intéresse à la source du changement climatique contemporain, il existe aussi d'immenses inégalités entre les pollueurs, du point de vue du volume de pollution qu'ils génèrent, mais également du point de vue des sanctions – ou de l'absence de sanctions qu'ils reçoivent.

La question que l'on souhaite poser concerne la société internationale et le droit international de demain. Au regard des immenses défis que pose le changement climatique à la planète, composée d'États souverains, faut-il dépasser le schéma étatique pour penser la société internationale globalisée dans son universalité ?

⁵¹ Dans cette hypothèse, il ne s'agit d'ailleurs plus d'une fiction car de nombreux États d'Afrique subsaharienne sont concernés par ce phénomène, notamment l'Erythrée ou le Tchad qui connaissent des sécheresses extrêmes, entraînant des famines.

⁵² Certains États n'autorisent ainsi pas la double nationalité, ou excluent certaines nationalités de leur régime de double nationalité. C'est le cas par exemple des Pays-Bas, de la Norvège (interdiction de principe du cumul de nationalités mais exceptions possibles), du Cameroun ou encore de la République Démocratique du Congo.

Le « village global » (ou village planétaire), pensé par Marshall McLuhan dès 1967⁵³ est-il en voie de se concrétiser, du point de vue du droit international ? À notre sens, le changement climatique a le potentiel d'être un immense catalyseur de changement de paradigme. Or, il est édifiant de constater que la majorité des initiatives visant à prévoir et réguler le changement climatique, à repenser le rapport de l'être humain à la nature émergent au niveau des personnes. Il semble que l'échelle humaine soit beaucoup plus prompte à anticiper les changements (de comportements) nécessaires que les États, qui restent relativement coincés dans leurs modes de fonctionnement traditionnels, souverainistes. Bien souvent, l'on assiste à des initiatives populaires, collectives, portées par des individus et qui, peu à peu font leur route jusqu'aux cercles décisionnels étatiques et internationaux. Parallèlement, voire antérieurement aux mesures prises par les gouvernements pour limiter l'accélération du changement climatique, les citoyens se mobilisent afin d'améliorer leur quotidien et de faire remonter leurs revendications à leurs gouvernants. C'est ainsi que sont organisées dans la plupart des pays européens des marches pour le climat. À l'instar de la jeune activiste pour le climat Greta Thunberg, les initiatives d'enfants se multiplient pour faire changer les comportements voire faire condamner les États pour mauvaises pratiques en matière de protection de l'environnement et limitation du réchauffement climatique⁵⁴.

Le Professeur Bertrand Badie, auteur d'un ouvrage sur la fin des territoires⁵⁵ soulève « *(l)'essor du transnational, cette formidable ascension des réseaux transnationaux qui irriguent la scène mondiale en contournant les États-nations, en cisillant leur souveraineté, en ignorant leur bornage, en transcendant leurs particularités* »⁵⁶. En ce sens, les théories de la désétatisation et de la déterritorialisation soutiennent la thèse de la fin de la fabrication du droit dans le carcan étatique territorialisé. Ce dernier serait mis en désuétude par le mouvement continu de transnationalisation du droit, notamment dans les sphères de la finance, de l'investissement et du commerce international. Ainsi, le Professeur Thibaut Fleury Graff note que « *(l)a variation la plus importante en droit international est celle qui tend, peu à peu, mais selon un mouvement constant, à défaire l'espace mondial de la souveraineté étatique, afin d'y substituer des espaces dont le statut varie en fonction des compétences qui s'y exercent : à l'unité classique du territoire étatique répond ainsi la diversité des statuts territoriaux contemporains.* »⁵⁷.

⁵³ McLuhan Marshall, Quentin Fiore. *War and Peace in the Global Village: An Inventory of Some of the Current Spastic Situations That Could Be Eliminated by More Feedforward*. New York, Bantam Books, 1968, 190 p.

⁵⁴ Le 5 avril 2018, la Cour suprême de Colombie a donné droit à un groupe de 25 enfants qui accusait le gouvernement de ne pas respecter et protéger leurs droits à la vie et à un environnement sain. La Cour suprême a reconnu l'Amazonie colombienne comme « sujet de droit » et ordonné au gouvernement colombien de mettre fin à la déforestation. Pour la décision : República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, STC4360-2018, Radicación n. 0 11001-22-03-000-2018-00319-01, 5 avril 2018. De même, en 2015, 21 jeunes ont déposé devant la justice américaine une action visant à faire reconnaître un « droit constitutionnel à un climat viable » et à faire condamner l'inaction du gouvernement fédéral en matière de lutte contre le changement climatique. Cette action a connu un coup d'arrêt en janvier 2020, suite au rejet du recours par la cour d'appel américaine du neuvième circuit. Pour la décision: United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, 17 janvier 2020.

⁵⁵ Badie, Bertrand, *La fin des territoires*, Paris, CNRS, 2014. Print.

⁵⁶ Badie, Bertrand, « La fin des territoires westphaliens », allocution prononcée lors du colloque *Le territoire, lien ou frontière ?*, Paris, 2-4 octobre 1995, cité par Frédéric Lasserre, « Internet : La fin de la géographie ? », *Cybergeo : European Journal of Geography* [En ligne], Débats, Internet et la géographie, document 141.

⁵⁷ Fleury Graff, Thibaut. « Territoire et droit international », *Civitas Europa*, vol. 35, no. 2, 2015, pp. 41-53.

Allant plus loin, la Professeure Monique Chemillier-Gendreau s'interroge sur l'avenir même du concept de souveraineté⁵⁸. Elle propose ainsi le dépassement de ce concept pour tendre vers un universalisme, selon elle plus à même de répondre avec efficacité aux défis et impasses que présente le droit international contemporain. En somme, il s'agirait de refonder celui-ci. Peut-être qu'alors, la société internationale ferait face, solidairement, aux défis majeurs que pose le changement climatique à l'Humanité. L'État, dans sa forme traditionnelle, serait voué à disparaître, pour être transcendé par cet universalisme. En pratique, les États pourraient continuer d'exister, car ils constituent un cadre d'organisation intéressant et sécurisant. Mais leur souveraineté elle, serait dépassée par une structure de pouvoir les transcendant. Est-il naïf de croire que c'est la voie vers laquelle se dirige le droit international ? Probablement. Néanmoins, face à l'urgence climatique à laquelle nous faisons face collectivement, c'est peut-être la voie qui permettrait de réagir au mieux et au plus vite. Il est incontestable que nombreux sont les gouvernements qui placent le nationalisme et le climatoscepticisme au cœur de leur politique⁵⁹. Mais ce modèle n'est pas viable, ni à long terme ni à moyen terme. Plus globalement, c'est le régime juridique de la responsabilité qui mérite d'être repensé autour de ces questions : qui est responsable du changement climatique, qui doit « payer » pour le changement climatique et les dommages environnementaux qui se produisent ? Au-delà de cela, la logique de la réparation concomitante à celle de la responsabilité trouve-t-elle à s'appliquer dans le contexte du changement climatique ? Si oui, qui doit réparer quoi à qui ?

Le 29 novembre 2020, les citoyens suisses ont été appelés à se prononcer pour ou contre une initiative populaire pour des multinationales responsables⁶⁰. Cette initiative visait à renforcer les obligations des multinationales suisses en matière de respect des droits humains et de l'environnement dans leurs activités à l'étranger. Ce sont les obligations de diligence raisonnable des entreprises qui étaient en cause. Pour les défenseurs de l'initiative, celles-ci devaient être étoffées. Le texte de l'initiative dispose que : « Les entreprises sont (...) responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles contrôlent lorsque celles-ci violent des droits de l'homme internationalement reconnus ou des normes environnementales internationales dans l'accomplissement de leur activité (...) »⁶¹. La population suisse a approuvé cette initiative à 50,73%. Mais du fait des règles constitutionnelles régissant les votations d'initiative populaire, il fallait une majorité de cantons pour que l'initiative soit effectivement adoptée, ce qui n'a pas été le cas⁶² et a donc empêché l'adoption de cette initiative.

⁵⁸ Chemillier-Gendreau Monique, « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? », *Un autre droit pour un autre monde – Comment sortir des impasses du droit international contemporain ?* Paris, Pédone, 2019, 516 p., pp. 43-71.

⁵⁹ Les quatre années passées par le Président Donald Trump à la tête des États-Unis d'Amérique, la négation du changement climatique et les dommages irréversibles causés en Amazonie par le Président brésilien Jair Bolsonaro pour ne citer qu'eux.

⁶⁰ L'initiative populaire est un outil constitutionnel suisse permettant aux citoyens suisses de demander que l'on vote sur une révision totale ou partielle de la Constitution fédérale. Pour que l'initiative aboutisse, elle doit recueillir 100 000 signatures valables dans un délai de 18 mois.

⁶¹ Initiative populaire fédérale 'Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement', visant à modifier l'article 101a de la Constitution de la Confédération de la Suisse. Celui-ci est relatif à la responsabilité des entreprises. Ici, c'est le paragraphe 2, c) qui est visé.

⁶² Pour le détail des résultats, voir le site de la chancellerie fédérale suisse : <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20201129/can636.html> mis en ligne le 29 novembre 2020, [consulté le 3 décembre 2020]. Ce résultat est significatif d'une certaine inadéquation entre les aspirations des personnes et les inflexions politiques des gouvernants.

Les initiatives de jeunes se rassemblant pour faire valoir leurs droits à s'épanouir et à vivre dans un environnement sain et par voie de conséquence, à faire condamner l'inaction des gouvernements en matière de lutte contre le changement climatique sont un exemple très intéressant de ce mouvement de tentative de responsabilisation des puissants, qu'ils s'agissent des entreprises multinationales ou des gouvernements, initié par les citoyens eux-mêmes et dépassant très largement le cadre d'un seul État. Ainsi, le changement climatique semble-t-il effectivement être le catalyseur de ce mouvement, en tant que phénomène contre lequel les individus, collectivement et globalement (dans le sens du « village global »), se battent, car nous sommes tous concerné.e.s

Le changement climatique : une menace pour la paix et la sécurité internationales ?

Mme Pascale Martin-Bidou

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Directrice des études de l'IHEI

“La paix, le développement et la protection de l'environnement sont interdépendants et indissociables”¹. Dès 1992, la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement liait paix et environnement. Le lien entre changement climatique et la paix et sécurité internationales est aujourd'hui largement admis et l'interrogation n'a plus vraiment lieu d'être².

Les perturbations du climat, par leurs conséquences sur l'approvisionnement en eau, en ressources alimentaires, ont des impacts sur la stabilité des pays et de certaines régions. Les pays les plus touchés sont aussi les plus fragiles, les plus vulnérables et les moins préparés à gérer les aléas climatiques. Si le changement climatique constitue bien une menace à la paix et à la sécurité internationales, la principale question est de mesurer cette menace³. Le changement climatique est-il un facteur comme un autre ? ou bien un facteur aggravant de l'insécurité internationale ? Comment agit-il sur la stabilité des pays ?

L'expression “Paix et sécurité internationales” de la Charte des Nations unies, renvoie à la responsabilité principale du Conseil de sécurité⁴. En effet, la qualification de menace à la paix et à la sécurité internationales par le Conseil de sécurité lui permet de décider de mesures ou d'actions à l'encontre d'un État membre. Elle suppose, en amont, la compétence de l'organe restreint de l'ONU pour connaître d'une telle situation. En matière climatique, la sécurité doit être comprise au sens large. Il s'agit de la sécurité des États mais aussi la sécurité individuelle, qui inclut la sécurité alimentaire, sanitaire⁵, environnementale y compris climatique

¹Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, principe 25 https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/1992_declaration_de_rio.pdf

²Même si quelques États, isolés, émettent encore des doutes sur les répercussions du changement climatique sur la sécurité internationale. Ainsi les déclarations du représentant de l'Afrique du Sud, lors de la réunion du Conseil de sécurité du 24 juillet 2020, estimant qu'il “existe actuellement peu de preuves scientifiques pour étayer des conclusions plus générales d'une causalité directe entre les changements climatiques et les menaces à la paix et à la sécurité internationales”, voir le communiqué de presse du Conseil de sécurité, CS/14260 du 24 juillet 2020, <https://www.un.org/press/fr/2020/sc14260.doc.htm>. Le Conseil de sécurité se saisit de la question dès 2007. Le prix Nobel de la paix 2007, sera attribué au GIEC (Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat) et à Al Gore pour leurs engagements dans la lutte contre le changement climatique. En 2019, la journée internationale de la paix aura pour thème, l'action pour le climat.

³Sur les enjeux politiques du changement climatique, voir François Gemenne : *Géopolitique du changement climatique*, Armand Colin, Perspectives géopolitiques, 2009, 255 pages.

⁴Charte des Nations unies, art.24, chapitre VII.

⁵Dans sa résolution 2177 du 18 septembre 2014, le Conseil de sécurité des Nations unies juge que “l'ampleur extraordinaire de l'épidémie d'Ebola en Afrique constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales”, S/RES/2177 (2014).

I. Changement climatique et sécurité internationale

Les manifestations du changement climatique sont variées. Elles concernent tous les États mais les plus vulnérables sont plus exposés. Mesurer l'impact sur la sécurité des pays ou régions touchés conduit à s'interroger sur la place du changement climatique parmi les facteurs menaçant la paix et la sécurité internationales. Il n'agit pas seul, mais ce n'est pas non plus un facteur parmi d'autres, c'est un "multiplicateur de menaces".

A. L'impact du changement climatique sur la sécurité internationale

Les menaces à la paix et à la sécurité internationales ne sont donc pas seulement militaires, elles sont plus diverses. Les exemples de l'impact du changement climatique sur la sécurité internationale sont multiples⁶, ils illustrent clairement les risques de conflits internes et internationaux.

Dégradation des ressources et sécurité alimentaire

La réduction des ressources engendre une insécurité alimentaire⁷, car c'est la survie de populations qui est en jeu, leur accès à l'eau, à l'énergie⁸. Or, le changement climatique est un facteur du déclin de la production alimentaire. L'exemple de la pêche en est une illustration caractéristique. Ainsi, on assiste à une chute de la ressource halieutique due au réchauffement et à l'acidification des océans et, ce phénomène accroît les risques de conflits⁹.

La dégradation des eaux douces provoque également des tensions internes dans certains États d'Afrique. L'accès à la ressource est à l'origine d'affrontements entre communautés agricoles - sédentaires - et pastorales - nomades -, au Niger, au centre du Mali ou encore au nord du Nigéria. Ou encore, la salinisation des terres du Delta du Nil, due à l'élévation du niveau de la mer, met en jeu la sécurité alimentaire de l'Égypte. Pour éviter des "guerres de l'eau" les États d'un même bassin hydraulique doivent coopérer. Cela est le cas en particulier dans les régions sous tensions, comme le Proche et le Moyen-Orient ou l'Asie où on trouve des exemples de cette coopération.

Ainsi, le Nil est un fleuve stratégique pour ses riverains qui en dépendent pour l'approvisionnement en eau potable, l'agriculture, l'énergie. Les eaux du Nil sont partagées par dix pays dont certains ont signé des accords : l'Égypte et le Soudan en 1959 lors des travaux du barrage d'Assouan, en 2010, ce sont l'Éthiopie, l'Ouganda, le Rwanda et la Tanzanie. Enfin en 2015, le Soudan, l'Égypte et l'Éthiopie ont de nouveau

⁶Sur la notion de sécurité, voir S. Hallegatte et P. Ambrosi, "Environnement, changement climatique et sécurité Questions scientifiques et enjeux opérationnels", <http://www2.centre-creed.fr/IMG/pdf/Presentation63.pdf>

⁷"Avec le problème du changement climatique, la sécurité alimentaire et nutritionnelle mondiale est l'enjeu de notre époque", Kofi Annan, déclaration à l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture, 2011. <http://www.fao.org/news/story/fr/item/80723/icode/>

⁸S. Hallegatte et P. Ambrosi parlent d'un "sentiment de vulnérabilité global", art. précité.

⁹Par exemple dans la corne de l'Afrique, C. E. Werrell et F. Femia, "Avec le changement climatique, la menace de nouveaux conflits", *Le Courrier de l'UNESCO*, 2018-2, <https://fr.unesco.org/courier/2018-2/changement-climatique-menace-nouveaux-conflits>

adopté un accord sur le partage des eaux du Nil afin de garantir l'approvisionnement de l'Égypte et du Soudan à la suite de la construction du plus grand barrage d'Afrique par l'Éthiopie, le « barrage renaissance ». De même, l'accord de paix entre Israël et la Jordanie, du 26 octobre 1994, contient une annexe relative à la gestion de l'eau du bassin du Jourdain, afin d'assurer, aux deux États, riverains du fleuve, un accès équitable à la ressource. Enfin, en 1960, l'Inde et le Pakistan ont conclu un accord relatif aux eaux de l'Indus, organisant une coopération indispensable pour assurer au Pakistan un accès à la ressource¹⁰.

Changement climatique et migrations

L'augmentation des tempêtes, des inondations, des phénomènes climatiques extrêmes a des conséquences sur l'accès aux ressources et conduit à des déplacements de populations. L'exode des populations en quête de ressources hydriques et alimentaires ou bien à la suite de phénomènes météorologiques extrêmes est un facteur d'instabilité pour des pays ou des régions. Les migrations ne sont pas identiques ; alors qu'elles sont progressives et étalées dans le temps lorsqu'elles sont dues à la raréfaction des ressources, elles deviennent brutales à la suite d'une catastrophe naturelle. Dans toutes les hypothèses, les risques pour la sécurité sont réels, à l'intérieur des États mais aussi au plan régional et international, des milliers de personnes pouvant être amenées à se déplacer à l'intérieur d'un même État¹¹ ou d'un État vers un autre.

La question des pays insulaires est caractéristique de ce problème. Certains pourraient même disparaître du fait de la montée des eaux et, si rien n'est fait pour les protéger, des populations entières quitteraient leur pays pour des pays d'accueil engendrant de graves tensions¹².

La fonte de la banquise arctique¹³

Le réchauffement climatique a des impacts sur les surfaces gelées, les écoulements d'eau, la répartition de la biodiversité sur le continent arctique. La fonte de la calotte glaciaire en Arctique attise la convoitise des riverains. Dès lors, outre les menaces de pollutions dues notamment à l'ouverture de nouvelles routes maritimes, les revendications territoriales constituent des risques pour la stabilité et la paix de la région.

¹⁰ Un seul bassin hydrographique arrose le Pakistan, le bassin versant de l'Indus. Pays en grande partie agricole, la majorité des rivières coulant au Pakistan est contrôlée par l'Inde en amont. Le 19 septembre 1960, sous l'impulsion de la Banque Mondiale, a donc été conclu le Traité des eaux de l'Indus garantissant un accès du Pakistan, Voir P. Marie, *Le partage de l'eau entre l'Inde, le Bangladesh et le Pakistan*, OIE, 2004. https://www.oieau.org/eaudoc/system/files/documents/39/195745/195745_doc.pdf

¹¹ Ainsi, à la suite du passage du cyclone Katrina en 2005, des centaines de milliers de personnes quittèrent la Nouvelle-Orléans vers d'autres villes des États-Unis, au Texas principalement mais vers d'autres États également. La *Federal Emergency Management Agency* évalue, en janvier 2006, à plus de 2 millions le nombre de déplacés. Voir François Mancebo, "Les déplacés du cyclone Katrina : de l'exode à la migration", *Espaces et sociétés* 2009/4 (n° 139), pages 141 à 158. <https://www.cairn.info/revue-espaces-et-societes-2009-4-page-141.htm>

Sur la question de la qualification de ces personnes déplacées, voir la contribution dans cette revue de T. Fleury-Graff, "Vers une reconnaissance des réfugiés climatiques ?"

¹² C'est par exemple le cas des Maldives et des îles Kiribati. Virginie Duvat et Alexandre Magnan, « Des archipels en péril ? Les Maldives et les Kiribati face au changement climatique », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Volume 10 Numéro 3 | décembre 2010, mis en ligne le 20 décembre 2010, consulté le 27 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/10594> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/vertigo.10594>

Voir également, dans cette revue, la contribution de J-L. Iten, "La protection des îles".

¹³ C. Loizzo et C. Tiano, *L'Arctique : À l'épreuve de la mondialisation et du réchauffement climatique*, A.Colin, 2019, 192 pages.

La perspective de vastes exploitations des ressources en minerais et en hydrocarbures redessine aujourd'hui les relations internationales dans la zone.

B. Le changement climatique, "multiplicateur de menaces"¹⁴

Le changement climatique apparaît comme un agent "aggravant" de l'insécurité internationale. Il réactive des conflits, en superpose certains, ou en crée d'autres. Il accroît les instabilités en s'ajoutant aux pressions démographiques, économiques et politiques. Même si tous les États sont menacés, le changement climatique fragilise les États les plus vulnérables. Si le changement climatique est un facteur amplificateur, il n'est pas un facteur comme les autres. Aujourd'hui son importance dans l'exacerbation des tensions n'est plus contestée et cela en fait un enjeu stratégique à part entière pour les États par "le caractère inédit, multidimensionnel et global de ses conséquences"¹⁵. De plus, un élément aggravant réside aussi dans la vitesse de multiplication, l'accélération, de certains phénomènes extrêmes. En réduisant le temps entre deux catastrophes et par conséquent le temps de résilience, il devient un facteur d'autant plus déstabilisant.

Le cinquième rapport du Groupe intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) estime dans le même sens que "le changement climatique peut indirectement accroître les risques de conflits violents prenant la forme de guerres civiles et de violences intercommunautaires, en amplifiant les causes bien connues de ces conflits tels que la pauvreté et les chocs économiques"¹⁶. Le stress hydrique et nourricier favorise également la criminalité et la propagation du terrorisme. Ainsi le stress hydrique peut être accentué et même être utilisé par des groupes terroristes afin de marquer leur contrôle, en empêchant ou en contrôlant l'accès à l'eau des villes¹⁷. Dans la corne de l'Afrique, sur les côtes somaliennes et érythréennes, dans le golfe d'Aden, la réduction des débouchés économiques de la région entraîne l'accroissement de la piraterie et donc de l'insécurité.

La guerre au Darfour

Parmi les exemples d'effet cumulatif, le cas du Darfour mérite une attention particulière. Il est parfois désigné comme la première guerre due au changement climatique. Constatant que le conflit débute à un moment de sécheresse où il n'y a plus

¹⁴ "Un multiplicateur de menace qui renforce les tendances, les tensions et l'instabilité existantes". L'expression est de Javier Solana, Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne et Haut représentant de l'Union européenne pour la politique étrangère et de sécurité commune, dans le document qu'il établit avec la Commission de l'Union européenne, en 2008, *Changements climatiques et sécurité internationales*, https://www.consilium.europa.eu/media/30861/fr_clim_change_low.pdf

¹⁵ Livre vert de la Défense, p.20, <https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-25462-livre-vert-defense.pdf>

Voir également le rapport de A. Schneider et P. Tourtelier, *L'impact du changement climatique en matière de sécurité et de défense*. (Rapport d'information de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, n°4415, 28 février 2012, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/europe/rap-info/i4415.asp>

¹⁶ 5ème rapport du GIEC, 2014, Partie 2 : Impact, adaptation et vulnérabilité.

¹⁷ En coupant les vannes comme le fit le groupe terroriste *Al-Chabab*, en Somalie, en 2011, alors que plusieurs régions du pays subissaient une sécheresse très importante, C. E. Werrell et F. Femia, "Avec le changement climatique, la menace de nouveaux conflits", *Le Courrier de l'UNESCO*, 2018-2, <https://fr.unesco.org/courier/2018-2/changement-climatique-menace-nouveaux-conflits>.

eu d'eau et de nourriture pour tous, conduisant ainsi les agriculteurs sédentaires noirs à s'opposer aux éleveurs nomades arabes, l'ancien Secrétaire général des Nations unies, Ban Ki-Moon, estima dans une chronique, devenue célèbre, au *Washington Post*, le 16 juin 2007 qu'«Au milieu des diverses causes sociales et politiques, le conflit au Darfour a commencé comme une crise écologique, résultant au moins en partie du changement climatique»¹⁸. De fait, le conflit eut pour origine une sécheresse dans le Nord-Darfour, en 2003, qui conduisit les éleveurs nomades du nord du pays, les *Zhagawas*, à rechercher des pâtures dans le sud. Leur migration se heurta aux tribus arabes d'agriculteurs sédentaires du sud qui avaient clôturé leurs terres les empêchant ainsi de les traverser. Le manque de nourriture et d'eau déclencha le conflit au Darfour.

Face à ces événements les niveaux de réaction de la communauté internationale varient. Ils sont locaux, régionaux ou encore internationaux.

II. La qualification de menace pour la paix et la sécurité internationales

La communauté internationale prend en compte le changement climatique, considéré comme une menace à la paix et à la sécurité internationales. Le changement climatique modifie non seulement le paysage physique du monde mais aussi son paysage géopolitique¹⁹, jusqu'à entamer la capacité des États à se gouverner eux-mêmes. Si le changement climatique n'est pas qualifié, par le Conseil de sécurité des Nations unies, de menace à la paix et à la sécurité internationales, ce n'est pas un hasard. En effet, la question même de la compétence du Conseil de sécurité se pose encore. Toutefois, des actions locales ou régionales, prennent déjà en compte la menace.

A. Agir pour préserver la paix et la sécurité internationales

Les organisations agissant dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales se préoccupent du changement climatique. Plus concrètement encore la coopération au niveau local, au plus près des zones en tension, est une illustration des méthodes qui peuvent être adoptées pour lutter contre la menace.

La prise en considération régionale

En 2007, alors que le Conseil de sécurité des Nations unies discutait pour la première fois des impacts du changement climatique sur la paix et la sécurité mondiales, le Haut représentant de l'Union européenne pour la politique étrangère et de sécurité commune présentait avec la Commission de l'Union un rapport au Conseil européen²⁰. Après avoir identifié les menaces, le rapport de Javier Solana fait plusieurs propositions et recommandations. Elles vont dans le sens du renforcement de la capacité d'action de

¹⁸Ban Ki-Moon, «A Climate Culprit in Darfur», *Washington Post*, 16 juin 2007.

¹⁹C. E. Werrell et F. Femia, «Avec le changement climatique, la menace de nouveaux conflits», *Le Courrier de l'UNESCO*, 2018-2, précité.

Les auteurs sont aussi à l'origine d'un rapport présenté au Conseil de sécurité des Nations unies en 2017 : R2P2, *La responsabilité de préparer et de prévenir : un cadre de gouvernance de la sécurité climatique pour le 21e siècle*, *Briefing*, n° 38, The Center for Climate and Security, 7 août 2017.

²⁰*Changements climatiques et sécurité internationale*, 2007, https://www.consilium.europa.eu/media/30861/fr_clim_change_low.pdf

l'Union²¹, en matière d'analyse, de suivi, d'alerte rapide, d'identification des régions les plus menacées. L'Union européenne doit également jouer un rôle moteur au plan multilatéral, au sein des Nations unies, comme auprès d'instances régionales et de pays tiers. Plus tard, la Stratégie globale pour la politique étrangère et de sécurité de l'Union européenne, présentée en 2016, prend également en compte les changements du climat comme multiplicateur de menace et les intègre dans son objectif de "paix préventive"²².

L'Organisation de coopération et de sécurité en Europe (OSCE) se préoccupe également des questions environnementales et plus particulièrement climatiques. Cela passe par la mise en place d'un Forum économique et environnemental qui réunit tous les ans les États de l'OSCE. Un des objectifs est de "Sensibiliser aux conséquences du changement climatique pour la sécurité et apporter un soutien à l'élaboration et à la mise en œuvre de stratégies transfrontalières d'adaptation au changement climatique"²³.

Dans le cadre de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN), les secrétaires généraux de l'organisation ont peu à peu attiré l'attention des États sur les risques liés au changement climatique et la nécessité pour l'OTAN de prendre en compte, dans sa stratégie, ses implications sécuritaires²⁴. Cette prise en considération sera concrétisée en 2010 dans le concept stratégique élaboré à Lisbonne pour faire face notamment à de nouvelles menaces, parmi lesquelles le changement climatique²⁵.

Le réseau de responsables militaires, l'*International Military Council on Climate and Security* (IMCCS) ou Conseil militaire international sur la sécurité et le climat, a vu le jour en février 2019 afin de créer un « réseau permanent qui regroupera de hauts responsables militaires qui se réuniront régulièrement, produiront un rapport annuel sur le climat et la sécurité dans le monde et promouvront des politiques publiques à mettre en œuvre, à l'échelle nationale, régionale et internationale, pour anticiper et limiter les répercussions des changements climatiques sur la sécurité »²⁶. Cette création de la *Planetary Security Initiative*²⁷ a publié, en 2020, un rapport portant notamment sur les principaux risques²⁸.

²¹ Et de ses États membres, notamment en ce qui concerne la protection civile, les instruments de gestion de crises et de réaction aux catastrophes.

²² *Stratégie globale pour la politique étrangère et de sécurité de l'Union européenne*, Conseil de l'Union européenne, 26 juin 2016, spé. p.25, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10715-2016-INIT/fr/pdf>
Voir aussi Marie-Ange Schellekens-Gaiffe, *La sécurité environnementale dans les relations extérieures de l'Union européenne : vers une approche intégrée de la prévention des conflits et crises externes*. Droit. Université de La Rochelle, 2017, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01792296/document>

²³ Les activités environnementales de l'OSCE, <https://www.osce.org/fr/environmental-activities>

²⁴ Récemment encore, le secrétaire général, Jens Stoltenberg, déclarait dans un article publié le 27 septembre 2020, dans le journal allemand *Die Welt*, "*Le changement climatique rend le monde plus dangereux. La tâche de l'Otan est de préserver la paix et d'assurer notre sécurité.*" invitant l'OTAN à inclure le changement climatique dans tous les aspects de sa tâche.

²⁵ Engagement actif, défense moderne, Concept stratégique pour la défense et la sécurité des membres de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, adopté par les chefs d'État et de gouvernement au sommet de l'OTAN à Lisbonne, les 19 et 20 novembre 2010, https://www.nato.int/strategic-concept/pdf/Strat_Concept_web_fr.pdf

²⁶ Observatoire géopolitique des enjeux des changements climatiques en termes de sécurité et de défense, Bulletin de veille stratégique et opérationnelle n°14 février - mars 2019, <https://www.iris-france.org/observatoires/observatoire-defense-et-climat/>

²⁷ Lancée en 2015 par le gouvernement néerlandais des affaires étrangères, <https://www.planetarysecurityinitiative.org/>

²⁸ « World Climate Security Report 2020 », <https://imccs.org/report2020/>

La prise en considération locale

C'est sans doute au niveau local que la prise de conscience des impacts du changement climatique sur la sécurité est la plus forte. Les États, les populations de différentes régions sont en effet directement touchés par ces changements et conscients de la nécessité d'agir ensemble.

Commission du Bassin du Lac Tchad (CBLT)

C'est une initiative particulièrement intéressante car elle concerne une des régions les plus affectées par le changement climatique. Dès l'indépendance des États africains fut mise en place une coopération qui, petit à petit, a pris en compte les facteurs d'insécurité liés au changement climatique. Cette commission, créée en 1964 par la convention de Fort Lamy entre quatre riverains du Lac, a pour mission de "gérer de façon durable et équitable les eaux du Lac Tchad et les autres ressources en eau transfrontalière du Bassin du Lac Tchad"²⁹. Sa mission de protection et de conservation des écosystèmes du Bassin vise aussi à préserver la paix et la sécurité autour de la ressource.

La Commission a constaté la dégradation de l'environnement du Bassin, en raison de la réduction de la ressource en eau due à la sécheresse et à l'accroissement de son utilisation. Des tensions sont apparues, entre éleveurs (nomades) et agriculteurs (sédentaires), entre pêcheurs de pays voisins, de même que des migrations de populations³⁰. Cette situation d'insécurité a été accentuée et favorisée par la présence, dans la zone, du groupe terroriste *Boko Haram*. Dès lors, la CBLT a mis en place un projet d'adaptation au changement climatique qui se traduit par une assistance technique et l'adoption de bonnes pratiques par les administrations et les organisations de producteurs.

Le Conseil de sécurité des Nations unies a également admis le lien entre insécurité et changement climatique dans le bassin. En 2017, dans sa résolution sur le Bassin du Lac Tchad, il affirme qu'il "A conscience des effets néfastes des changements climatiques et écologiques, entre autres facteurs, sur la stabilité de la région, notamment de la rareté de l'eau, la sécheresse, la désertification, la dégradation des sols et l'insécurité alimentaire, et souligne que face à ces facteurs, il importe que les gouvernements et les organismes des Nations Unies adoptent des stratégies appropriées d'évaluation et de gestion des risques"³¹.

²⁹La commission réunit à présent six États, la République Centrafricaine et la Libye ayant rejoint le Cameroun, le Niger, le Nigéria et le Tchad, d'autres États étant membres observateurs, voir le site de la CBLT : <http://www.cblt.org/en>. La Force multinationale mixte créée dans le cadre de la Commission en 1994 pour lutter contre la criminalité organisée s'est vu confier la lutte contre Boko Haram en 2014 et est dans les faits pilotée par l'Union Africaine.

³⁰La CBLT constate que "l'insécurité alimentaire, les tensions sociales et la pauvreté (...) renforcent les flux migratoires parmi les populations concernées." Sambo Armel, "Variabilité du Lac Tchad, changement climatique et mobilités de populations vers les zones exondées" *IED Afrique*, 2018, <http://www.iedafrique.org/Variabilite-du-lac-Tchad-changement-climatique-et-mobilites-des-populations.html>

³¹Résolution 2349 (2017) Adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7911e séance, le 31 mars 2017 sur le bassin du Lac Tchad (§26), [https://undocs.org/fr/S/RES/2349\(2017\)](https://undocs.org/fr/S/RES/2349(2017))

B. L'ONU, le changement climatique et l'insécurité

Cette résolution est une illustration de la reconnaissance, par le Conseil de sécurité, du lien entre changement climatique et préservation de la paix et de la sécurité internationales. Dans le même sens, la déclaration du Président du Conseil de sécurité sur la question "Consolidation de la paix en Afrique de l'Ouest" du 30 janvier 2018, affirme que "le Conseil a conscience des effets néfastes des changements climatiques et écologiques, entre autres facteurs, sur la stabilité de l'Afrique de l'Ouest et de la région"³². Il y apprécie les efforts déployés par la Commission du Bassin du Lac Tchad. Si l'Organisation mondiale admet le lien entre changement climatique et menace à la paix et à la sécurité internationales, la question de l'organe compétent au sein de l'ONU reste toutefois posée.

L'affirmation par l'ONU du lien entre changement climatique et paix et sécurité internationales

C'est dès 2007 que le Conseil de sécurité discutera de la question du changement climatique. L'Assemblée générale des Nations unies, quant à elle, adopte le 3 juin 2009, une résolution relative aux changements climatiques et à leurs répercussions éventuelles sur la sécurité où elle se dit "profondément préoccupée par les répercussions que les effets néfastes des changements climatiques, notamment l'élévation du niveau des mers, pourraient avoir sur la sécurité" et invite les organes de l'ONU à agir pour faire face aux changements climatiques et aux répercussions qu'ils pourraient avoir sur la sécurité internationale³³. Pour l'Assemblée générale, la Convention cadre des Nations unies sur le changement climatique est l'instrument clé de la recherche d'une solution aux changements climatiques, c'est dans son cadre que les actions doivent être menées.

Le Secrétaire général des Nations unies s'intéresse également aux impacts des changements climatiques sur la sécurité³⁴. Dans son rapport de 2009 sur les répercussions des changements climatiques sur la sécurité, il énonce les différentes menaces et propose des pistes pour se prémunir et réagir contre ces nouvelles menaces. Dans le rapport qu'il fait au Conseil de sécurité sur la situation dans la région du Sahel, il relie très clairement les problèmes de développement, les crises alimentaires et nutritionnelles à répétition au changement climatique à l'origine d'une exacerbation de tensions autour des ressources naturelles³⁵. Lorsqu'il prend ses fonctions, en janvier 2017, l'actuel Secrétaire général Antonio Guterres rappelle que les conflits actuels sont aggravés par le changement climatique³⁶.

³²S/PRST/2018/3.

³³A/63/L.8/Rev.1 et Add.1.

https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/63/281&Lang=F

³⁴Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, *Les changements climatiques et leurs répercussions éventuelles sur la sécurité*, A/64/350, 11 septembre 2009, <https://undocs.org/fr/A/64/350>

³⁵Rapport du Secrétaire général sur la situation dans la région du Sahel, S/2013/354, 14 juin 2013, <https://undocs.org/pdf?symbol=fr/S/2013/354>

De même la Stratégie intégrée des Nations unies pour le Sahel, relie changement climatique à insécurité alimentaire, migrations internes, conflits, <https://unowas.unmissions.org/fr/strat%C3%A9gie-int%C3%A9gr%C3%A9e-des-nations-unies-pour-le-sahel>

³⁶Conseil de sécurité, S/PV.7857, 10 janvier 2017, <https://undocs.org/pdf?symbol=fr/S/PV.7857>

La question de la compétence du Conseil de sécurité

Le changement climatique, contrairement à la fièvre Ebola par exemple, n'a pas été qualifié de menace à la paix et à la sécurité. Dans ces conditions, on ne peut se référer au chapitre VII de la Charte des Nations unies pour justifier une action du Conseil de sécurité. Toutefois, principal responsable du maintien de la paix et de la sécurité internationales³⁷, la question de sa compétence est posée. La contestation d'une compétence principale du Conseil de sécurité des Nations unies se traduit dans les méthodes retenues par l'organe restreint lorsqu'il discute du changement climatique.

La contestation de la compétence du Conseil de sécurité

Dès les premières réunions du Conseil de sécurité sur le changement climatique, les délégations ont surtout discuté de l'opportunité pour le Conseil de sécurité de se saisir de la question des répercussions des changements climatiques sur le maintien de la paix. Ramenant la discussion à sa qualification, et à celle de savoir s'il s'agit d'une question relative à la sécurité ou plutôt au développement. C'est en 2007 que le changement climatique apparaît à l'agenda du Conseil de sécurité. Sous la présidence britannique, sous l'axe des conflits relatifs à l'accès à l'énergie, à l'eau et à la nourriture et les mouvements de populations notamment. Dès ces débats surgissent des oppositions Nord-Sud³⁸. Les pays du G77 déplorent les empiétements du Conseil de sécurité sur des questions de développement qui relèvent de la compétence de l'Assemblée générale.

En 2011, le G77 et la Chine, tout en reconnaissant que le changement climatique menace la paix et la sécurité internationales, plaident pour une compétence de l'organe plénier de l'ONU où tous les États sont représentés et notamment les principaux pays touchés par les conséquences du changement climatique³⁹, car il s'agit d'un enjeu universel. Les mêmes discussions surgiront lorsque, en 2013, en 2015, en 2017, le Conseil se réunira de nouveau à plusieurs reprises sur la question. Encore une fois, lors de sa réunion en juillet 2020, la Fédération de Russie dit craindre l'utilisation du Conseil de sécurité pour détourner l'attention du lien entre changements climatiques et développement⁴⁰.

Les méthodes au Conseil de sécurité

Les "stratégies de contournement"⁴¹ vont permettre au Conseil de sécurité de poursuivre sa réflexion sur les impacts du changement climatique sur la sécurité internationale malgré les critiques et les oppositions sur sa compétence. Toutefois, les méthodes débouchent toutes sur des actes non obligatoires et, au-delà de l'intérêt de discuter de la question dans l'enceinte du Conseil, sans réelle effectivité. Lorsque la présidence britannique du Conseil de sécurité décide, en 2007, d'inscrire la question

³⁷Charte des Nations unies, art.24.

³⁸Voir L. Maertens, "Changement climatique au Conseil de sécurité : reconfigurations du débat Nord-Sud", *Informations et commentaires*, 2015, no. 172, p. 17-24, <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:77644>

³⁹Séances du Conseil de sécurité du 20 juillet 2011.

⁴⁰Séance du Conseil de sécurité du 24 juillet 2020.

⁴¹L'expression est de L. Maertens, dans "Le changement climatique en débat au Conseil de sécurité de l'ONU", *Revue internationale et stratégique*, 2018/1 (n°109), pp. 105-114.

climatique à l'ordre du jour du Conseil, il y aura effectivement un débat le 17 avril 2007, mais qui ne sera pas suivi de résolution.

Toutefois, les déclarations de la présidence à l'issue des réunions sont un indicateur de la position de l'organe restreint de l'ONU. Ainsi, dans ces déclarations présidentielles, le Conseil va, par exemple en juillet 2011, exprimer sa crainte de voir les « effets préjudiciables éventuels des changements climatiques » aggraver « à long terme » les « menaces existantes à la paix et à la sécurité internationales ». Le recours à la formule dite « Arria » a été utilisée par le Conseil de sécurité, dès sa réunion de 2013 qui fut consacrée aux implications du changement climatique sur la sécurité mondiale⁴². Les membres du Conseil de sécurité se réunissent alors de façon informelle. Ils peuvent ainsi entendre des experts, représentants de programmes ou d'agences de l'ONU, des chercheurs, des membres d'ONG, de *think tanks*. La réunion du 24 juillet 2020 en est une illustration. Les membres du Conseil de sécurité entendront plusieurs invités, comme le Directeur du Centre national d'études stratégiques et de sécurité (CNESS-Niger) ou la Directrice de « Sustainable Pacific Consultancy »⁴³.

Le changement climatique met à l'épreuve les facultés d'adaptation de l'homme, et toutes les conséquences du dérèglement climatique sur la paix mondiale ne sont pas inévitables. La stratégie intégrée des Nations unies pour le Sahel illustre bien, en en faisant une priorité, la nécessité de renforcer la résilience au changement climatique, et assurer la sécurité alimentaire à toutes les populations du Sahel. La Stratégie est intégrée, elle suppose donc de traiter ensemble les différentes problématiques car elles sont liées comme la paix et la sécurité sont liées au changement climatique. Selon, le GIEC, dans son rapport de 2014, dans le résumé à l'intention des décideurs, il s'agit d'une démarche d'ajustement au climat et à ses conséquences pour en atténuer ou éviter les effets préjudiciables. C'est prendre conscience et accepter que certaines conséquences du changement sont inévitables, et qu'il convient, tout en continuant à tenter d'en atténuer les effets⁴⁴, de s'y adapter⁴⁵. Ainsi, « si elles sont choisies avec soin et si elles bénéficient d'un environnement favorable, les options en matière d'adaptation spécifiques à des contextes donnés auront des répercussions positives sur le développement durable et la lutte contre la pauvreté dans le cas d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C, même s'il est possible que des compromis soient nécessaires » et partant pour garantir la sécurité internationale⁴⁶.

⁴²L'expression vient du nom de l'ambassadeur du Venezuela Diego Arria, qui lors de la crise en ex-Yougoslavie, en 1992, avait invité les membres du Conseil de sécurité autour d'un café dans le Salon des délégués afin d'écouter le témoignage d'un prêtre bosniaque.

⁴³*Sustainable Pacific Consultancy* est une organisation intergouvernementale pour le développement durable des îles du pacifique, créée en 1947, elle regroupe 26 États.

⁴⁴Les stratégies d'atténuation sont toujours envisagées, elles sont d'ailleurs l'objet de l'Accord de Paris du 12 décembre 2015, voir le Rapport spécial du GIEC sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels et les trajectoires associées d'émissions mondiales de gaz à effet de serre, dans le contexte du renforcement de la parade mondiale au changement climatique, du développement durable et de la lutte contre la pauvreté, 2019, https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_fr.pdf

⁴⁵Voir L. Jallibert, « L'impact du changement climatique sur la sécurité mondiale », Mémoire du M2 Sécurité et Défense, Université Panthéon-Assas-Paris II, 2015.

⁴⁶Voir le rapport précité de 2019, p.21.

Le droit international des droits de l'Homme face à l'urgence environnementale

Mme Yulia Dyukova

Docteur de l'Université Paris II Panthéon-Assas

Les instruments de droit international des droits de l'Homme (ci-après DIDH) sont souvent décrits comme des « instruments vivants » dont l'interprétation doit s'adapter aux nouveaux défis qu'affrontent nos sociétés. Parmi ces « nouveaux » problèmes auxquels le DIDH tente aujourd'hui d'apporter une solution se trouvent les violations des droits de l'Homme découlant de la dégradation de l'environnement et des changements climatiques. Si le débat académique, politique et judiciaire sur la possibilité de protéger l'environnement à travers le DIDH date de quelques dizaines d'années, c'est dans les années récentes qu'il a pris une ampleur considérable. Des mandats internationaux dédiés à ce sujet ont été créés, tels que l'Expert indépendant (devenu le Rapporteur) auprès du Conseil des droits de l'Homme, 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 durable¹, et une Rapporteuse spéciale sur les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme². Le Haut-Commissariat des droits de l'Homme a consacré une section entière de son site web aux changements climatiques³. La Haute-Commissaire décrit « l'urgence globale climatique » comme une des plus grandes menaces aux droits de l'Homme depuis la Seconde Guerre mondiale⁴.

L'Homme a besoin de l'environnement pour survivre, d'où la dépendance quasi-intuitive des droits de l'Homme de l'environnement. La formule, marche-t-elle également à l'envers ? À savoir, l'environnement, peut-il compter sur la protection du DIDH ? C'est la question à laquelle nous allons proposer quelques réflexions.

La liberté permet d'ores et déjà d'entrevoir un élément de réponse : l'efficacité de la protection de l'environnement à travers le DIDH dépend de la définition de l'environnement qu'on choisit d'adopter. L'environnement peut être défini comme un « ensemble des éléments (biotiques ou abiotiques) qui entourent un individu ou une espèce et dont certains contribuent directement à subvenir à ses besoins »⁵. L'Homme n'est qu'un élément de l'environnement ainsi conçu, loin d'en être le centre. L'environnement peut également être entendu comme un « ensemble des éléments objectifs (qualité de l'air, bruit, etc.) et subjectifs (beauté d'un paysage, qualité d'un site, etc.) constituant le cadre de vie d'un individu »⁶. Il s'agit là de l'environnement tel qu'il

¹ Résolution du Conseil des droits de l'Homme n° 19/10, 22 mars 2012.

² IACHR Chooses Soledad García Muñoz as Special Rapporteur on Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights (ESCER), July 5, 2017, press release No. 090/17 (http://portal.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2017/090.asp).

³ <https://www.ohchr.org/FR/Issues/HRAndClimateChange/Pages/HRClimateChangeIndex.aspx>.

⁴ Human Rights Day, 10 December 2019, Statement by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25403&LangID=E>

⁵ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/environnement/30155>

⁶ *Ibid.*

est perçu, utilisé et aménagé par l'Homme, une acceptation culturelle de cette notion. En droit international, qui ne propose pas de définition communément admise de l'environnement, ces deux conceptions sont souvent confondues⁷. De par sa nature anthropocentrique, le DIDH ne peut s'intéresser qu'à la protection des composantes de l'environnement qui sont d'utilité directe pour les êtres humains, y compris ceux ayant uniquement une valeur culturelle, tel que les aspects esthétiques des paysages. Il est au contraire peu probable que le DIDH s'occupe de la protection de composants de l'environnement qui n'ont aucune valeur vitale ou culturelle pour l'Homme, à moins que les êtres humains adoptent une vision éco-centrique du monde. C'est pourquoi le défi de la protection de l'environnement à travers le DIDH est de nature non pas seulement juridique, mais aussi culturelle.

En l'état actuel, le DIDH peut contribuer de diverses façons à la protection de l'environnement (I). Cependant, plusieurs facteurs risquent de compromettre l'efficacité de cette protection (II).

I. Les droits de l'Homme à la défense de l'environnement

Il est possible d'identifier deux fonctions que les droits de l'Homme peuvent jouer dans la lutte contre le dérèglement écologique et climatique. Premièrement, ils constituent un prérequis et un levier nécessaires en vue de l'engagement des individus en faveur de la protection de l'environnement (A). Deuxièmement, l'environnement peut lui-même faire l'objet de la protection du DIDH (B).

A. Les droits de l'Homme, un levier de l'activisme environnemental

Auteurs du livre « Comment sauver le genre humain ? », l'anthropologue, sociologue et psychanalyste Paul Jorion et l'étudiant de l'ENSAE - IEP Vincent Burnand-Galpin avancent que sans une forte pression de la part de la population, les États vont continuer de procrastiner et de s'abstenir de prendre des mesures drastiques, nécessaires pour lutter contre le réchauffement climatique. Inversement, si un État tente d'adopter des mesures écologiques sans soutien de ses citoyens, ces efforts seront voués à l'échec, comme en témoigne l'exemple des Gilets jaunes. Comment assurer l'engagement de la population pour la cause écologique ? Jorion et Burnand-Galpin affirment qu'il faut d'abord satisfaire les trois « aspirations profondes » du « petit

⁷ D'après la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement du 21 juin 1993, l'« environnement » comprend « les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs ; les biens qui composent l'héritage culturel ; et les aspects caractéristiques du paysage » (article 2 § 10). Conformément à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, l'« effet sur l'environnement peut prendre plusieurs formes : l'atteinte à la santé et à la sécurité de l'homme, à la flore, à la faune, au sol, à l'air, à l'eau, au climat, au paysage et aux monuments historiques ou autres constructions, ou l'interaction de plusieurs de ces facteurs ; il peut s'agir aussi d'une atteinte au patrimoine culturel ou aux conditions socio-économiques résultant de modifications de ces facteurs » (article premier § 2). D'après les Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, adoptées par la Commission du droit international, l'environnement « comprend les ressources naturelles, abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et les interactions de ces mêmes facteurs, et les aspects caractéristiques du paysage » (Principe 2 b), UN Doc. A/61/10, § 66). Selon le commentaire, « [l]a définition du terme "environnement" pourrait être restrictive, se limitant exclusivement aux ressources naturelles comme l'air, le sol, l'eau, la faune et la flore et leur interaction. Plus large, elle pourrait aussi s'étendre aux valeurs environnementales. La Commission a choisi d'inclure dans la définition ces valeurs, qui comprennent des valeurs autres que celle des services rendus, comme l'esthétique du paysage. Cela inclut la jouissance de la nature pour sa beauté naturelle et pour ses propriétés et ses atouts en matière de loisirs. » (Ibid., commentaires § 20).

homme » : la sécurité, la justice et la « bonne vie »⁸. Traduit en langage juridique, la population ne va pas soutenir des mesures radicales, nécessaires pour lutter contre les changements climatiques, lorsque les droits de l'Homme sont bafoués, dont le droit à la vie, à la santé, à la non-discrimination, à la vie privée et familiale, à la culture, parmi d'autres. De surcroît, la mise en œuvre insatisfaisante des droits de l'Homme exacerbe les inégalités sociales et résulte, par effet de chaîne, en d'autres facteurs qui contribuent davantage à la crise climatique, dont une forte croissance de populations dans les sociétés pauvres⁹ et les conflits armés. Dès lors, la protection de l'environnement doit s'appuyer sur la protection des droits de l'Homme, comme il est reconnu notamment dans le Programme de développement durable à l'horizon 2030¹⁰ et dans l'alinéa 11 du Préambule de l'Accord de Paris pour le climat du 12 décembre 2015.

Une fois que les individus s'engagent pour la cause environnementale, les droits de l'Homme sont indispensables pour rendre cet engagement efficace. Il est nécessaire que les personnes et les organisations qui alertent le public sur les problèmes écologiques soient entendues et ne craignent pas des persécutions. A travers ses procédures spéciales le Conseil des droits de l'Homme a ainsi affirmé que les lanceurs d'alerte sur la dégradation de l'environnement doivent être considérés comme des défenseurs des droits de l'Homme, bénéficiant ainsi de la protection de la Déclaration sur les défenseurs des droits de l'Homme de 1998¹¹. La Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu qu'une organisation non gouvernementale spécialisée dans la protection de l'environnement exerce un rôle de « chien de garde » qui est « essentiel pour une société démocratique » et similaire à celui de la presse¹². Dans l'affaire *Steel et Morris c. Royaume-Uni* par exemple, la Cour a constaté une violation du droit à la liberté d'expression (article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme) des activistes de London Greenpeace condamnés pour diffamation de McDonald's¹³. La Cour a également estimé que le Royaume-Uni avait violé le droit au procès équitable des requérants, ne leur ayant pas fait bénéficier d'aide juridictionnelle dans ce procès contre le géant de la restauration rapide. Dans deux autres affaires portées contre la Suisse, la Cour a constaté la violation de la liberté d'expression du fait de la censure d'un spot télévisé appelant à la réduction de la consommation de la viande au nom des intérêts des animaux et de l'environnement¹⁴. Dans l'affaire *Mamère c. France*, la Cour a statué sur une violation de la liberté d'expression du responsable du parti écologiste Les Verts, condamné pour diffamation pour des propos qu'il aurait tenu sur les effets de la

⁸ JORION, Paul, BURNARD-GALPIN, Vincent, *Comment sauver le genre humain*, Fayard, La Flèche, 2020, pp. 146-157 et spec. 148-151.

⁹ Organisation des Nations unies Programme pour l'environnement, *Global Environment Outlook 6: Healthy Planet, Healthy People*, Cambridge, 2019, p. 22.

¹⁰ Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030, Résolution n° 70/1 adoptée par l'Assemblée générale le 25 septembre 2015, UN. Doc. A/RES/70/1.

¹¹ Assemblée générale, Résolution 53/144 : *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus*, UN Doc. A/RES/53/144, 8 mars 1999. V. Conseil des droits de l'Homme, résolution 40/11 : *Reconnaissance de la contribution des défenseurs des droits de l'homme liés à l'environnement à la jouissance des droits de l'homme, à la protection de l'environnement et au développement durable*, UN Doc. A/HRC/RES/40/11, 21 mars 2019 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'homme*, UN Doc., A/71/281, 3 août 2016 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, principe-cadre 4, UN Doc. A/HRC/37/59, 24 janvier 2018 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, UN Doc. A/74/161, 15 juillet 2019, §64 (g).

¹² CEDH, *Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonie*, requête n° 57829/00, 27 mai 2004, §42.

¹³ CEDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, requête n° 68416/01, 15 février 2005.

¹⁴ CEDH, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, n° 24699/94, 28 juin 2001 ; *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2), requête n° 32772/02, 30 juin 2009.

catastrophe de Tchernobyl sur le territoire français. La Cour a noté que « *l'on se trouve en l'espèce dans un cas où l'article 10 exige à double titre un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression. En effet, d'une part, les propos tenus par le requérant relevaient de sujets d'intérêt général : la protection de l'environnement et de la santé publique (...) et la manière dont les autorités françaises ont géré ces questions dans le contexte de la catastrophe de Tchernobyl ; ils s'inscrivaient d'ailleurs dans un débat public d'une extrême importance, relatif en particulier à l'insuffisance des informations que ces dernières ont données à la population quant aux niveaux de contamination auxquels elle était exposée et aux conséquences que cela a eues en termes de santé publique. D'autre part, le requérant s'exprimait sans aucun doute en sa qualité d'élu et dans le cadre de son engagement écologiste, de sorte que ses propos relevaient de l'expression politique ou "militante" (...). La Cour en déduit que la marge d'appréciation dont disposaient les autorités pour juger de la "nécessité" de la mesure litigieuse était particulièrement restreinte.* »¹⁵ Au droit des activistes écologiques de répandre l'information correspond le droit du public de la recevoir¹⁶.

Enfin, le DIDH rend possible le contentieux écologique grâce aux droits à un procès équitable et à un recours utile. Le droit au procès équitable protège le contentieux environnemental pourvu que le droit à l'environnement soit reconnu dans l'ordre juridique interne¹⁷. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé que lorsque la Constitution nationale reconnaît le droit de vivre dans un environnement sain et équilibré, les contestations sur ce droit peuvent être considérées comme des contestations réelles et sérieuses sur un « droit » de « nature civile », au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁸. Aujourd'hui, au moins 155 États sont tenus par des textes conventionnels, constitutionnels ou législatifs de respecter, de protéger et de réaliser le droit à un environnement sain¹⁹. Par ailleurs, tant le droit au procès équitable que le droit à un recours utile s'appliquent au contentieux sur les droits garantis par les traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme, qui peuvent être invoqués pour la protection indirecte de l'environnement²⁰.

B. *L'environnement, objet de la protection du droit international des droits de l'Homme*

Cette dernière observation nous amène à la deuxième fonction assumée par le DIDH dans la protection de l'environnement. Les droits de l'Homme ne sont pas uniquement un prérequis pour la lutte contre la destruction de l'environnement. L'environnement peut lui-même devenir l'objet de protection du DIDH. Comme le souligne la Cour internationale de Justice, « l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé »²¹. Plus encore, il ne serait pas exagéré de dire que l'existence même de l'être humain et de l'ensemble de ses droits dépendent de l'environnement.

¹⁵ CEDH, *Mamère c. France*, requête n° 12697/03, 7 novembre 2006, §20.

¹⁶ Article 10 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 19 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁷ V. par exemple, article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; articles 8 § 1 et 25 de la Convention américaine des droits de l'homme ; article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁸ CEDH, *Taşkın et autres c. Turquie*, requête n° 46117/99, 10 novembre 2004, §§90, 128-134.

¹⁹ Rapport du Rapporteur spécial, *Question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, UN Doc. A/HRC/40/55, 8 janvier 2019, §16.

²⁰ V. pour des exemples de violation du droit à un recours utile en matière environnementale, CEDH, *Cordella et autres c. Italie*, requêtes n°s 54414/13 et 54264/15, 24 janvier 2019, §175-176 (violation de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme).

²¹ CIJ, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. CIJ, 1996, §29

La doctrine juridique est riche en interrogations sur la place que la protection de l'environnement devrait occuper en DIDH : serait-il nécessaire de consacrer un droit autonome à l'environnement, en tant que droit de l'Homme de la « troisième génération » (1), ou serait-il plutôt préférable de déduire l'obligation des États de protéger l'environnement des droits de l'Homme des deux premières « générations », à savoir des droits civils et politiques (2) et des droits économiques, sociaux et culturels (3) ?²² Les trajectoires de l'évolution du DIDH dans les dernières décennies montrent que les deux voies sont possibles et peuvent être poursuivies en parallèle.

1. Le droit à l'environnement en tant que droit autonome

En commençant par la « troisième génération » des droits, à présent, ce sont uniquement les systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme qui disposent d'instruments consacrant un droit autonome à l'environnement, soit dans l'optique individuelle (en tant que droit de l'Homme), soit dans l'optique collective (en tant que droit des peuples). Par exemple, l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples du 27 juin 1981 consacre le droit de tous les peuples « à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement ». D'après la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, cette disposition « requiert de l'État de prendre des mesures raisonnables et d'autres mesures pour prévenir la pollution et la dégradation écologique, favoriser la préservation de l'environnement et garantir un développement écologiquement durable et l'utilisation des ressources naturelles »²³. Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatifs aux droits des femmes consacre le droit des femmes « à un environnement sain et viable » (article 18) et leur droit « à un développement durable » (article 19). Le paragraphe 1 de l'article 11 du Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'Homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (« Protocole de San Salvador ») du 17 novembre 1988, garantit le droit de toute personne de vivre dans un environnement « salubre », tandis que son paragraphe 2 dispose que les États parties doivent encourager « la protection, la préservation et l'amélioration de l'environnement ». D'après l'article XIX de la Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones du 15 juin 2016, les peuples autochtones « ont le droit de vivre en harmonie avec la nature et de jouir d'un environnement salubre, sûr et durable » (paragraphe 1) et « le droit de conserver, réhabiliter et protéger leur environnement et d'assurer la gestion durable de leurs terres, territoires et ressources » (paragraphe 2). Conformément au paragraphe 4 de la même disposition, les peuples autochtones « ont droit à la préservation et à la protection de leur environnement et de la capacité de production de leurs terres ou territoires et ressources ». L'article 38 de la Charte arabe des droits de l'Homme de 2004 fait référence au droit de toute personne à un environnement « sain », tandis que son article 39 b) 5) et 6) engage les États parties à mettre en œuvre le droit de tout membre de la société de jouir du meilleur état de santé physique et mentale, notamment en garantissant à chacun l'eau potable et en menant la « lutte contre les facteurs de pollution de l'environnement et la fourniture de moyens d'assainissement ». L'article 28 (f) de la Déclaration des droits de l'Homme de

²² ARBOUR, Jean-Maurice, LAVALLÉE, Sophie, SOHNLE, Jochen, TRUDEAU, Hélène, *Droit international de l'environnement*, 3e édition, Editions Yvon Blais, Montréal, 2016, pp. 209-210.

²³ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, communication n° 155/96, 27 octobre 2001, §57.

l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) consacre le droit de toute personne à l'environnement sûr, propre et durable.

Malgré cette multitude d'instruments régionaux qui reconnaissent le droit à la protection de l'environnement, seul l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples rend ce droit justiciable. Le respect de cette disposition peut être revendiqué à travers d'un mécanisme de réclamations individuelles ou collectives devant la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples ou la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples.

La Cour interaméricaine des droits de l'Homme a cependant trouvé une façon créative de déduire l'existence d'un droit autonome à l'environnement salubre par la voie prétorienne et ainsi, de rendre l'article 11 du Protocole de San Salvador justiciable de fait. Dans son avis consultatif « L'environnement et les droits de l'Homme » du 15 novembre 2017²⁴, la Cour affirme qu'un droit à l'environnement salubre (« *healthy environment* ») fait partie des droits économiques, sociaux et culturels protégés par l'article 26 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme. Le droit à l'environnement salubre constitue, d'après la Cour, un droit autonome, à la différence du « contenu environnemental » d'autres droits²⁵. Pour la première fois, la Cour a constaté la violation de ce droit dans l'affaire *Communautés indigènes de l'association Lhaka Honhat (Notre terre) c. Argentine* du 6 février 2020. L'article 26 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme oblige les États parties à prendre des mesures visant à assurer la jouissance « des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncés dans la Charte de l'Organisation des États américains ». Or, la Charte n'offre aucune liste des droits de l'Homme, ceux-ci pouvant uniquement être déduits de certaines de ses dispositions, dont aucune ne fait référence à l'environnement²⁶. Ceci a permis à la Cour d'interpréter l'article 26 de la Convention américaine comme garantissant le droit à l'environnement salubre est le fait que ce droit est énoncé à l'article 11 du Protocole de San Salvador, alors même que le Protocole lui-même ne rend pas ce droit justiciable. Un tel activisme judiciaire n'a pas été accueilli avec bienveillance par l'ensemble des juges de la Cour, comme en témoignent de nombreux votes séparés joints à l'avis consultatif et au jugement précités. Remarquablement, la constatation d'une violation de l'article 26 de la Convention dans l'affaire *Lhaka Honhat* a été adoptée avec trois voix contre trois, la voix du Président ayant été décisive. Par ailleurs, cette jurisprudence de la Cour interaméricaine, qui affirme l'existence d'un droit de l'Homme à l'environnement salubre en s'appuyant sur les particularités de la lettre d'instruments interaméricains des droits de l'Homme et de la Charte de l'Organisation des États américains, n'est évidemment pas transposable à d'autres sous-systèmes de DIDH.

²⁴ CourIDH, « L'environnement et les droits de l'homme », avis consultatif du 15 novembre 2017, OC-23/17.

²⁵ *Ibid.*, §63.

²⁶ Des droits économiques, sociaux et culturels peuvent être déduits de plusieurs chapitres de la Charte, dont Chapitres I (Nature et buts), II (Principes), VII (Développement intégral) et XIII (Le Conseil interaméricain pour le développement intégral) (COURTIS, Christian, « Artículo 26. Desarrollo progresivo », in STENINER, Christian, FUCHS, Marie-Christine (ed.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, Segunda edición, Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 823).

À la différence d'autres systèmes régionaux des droits de l'Homme, le système européen, celui du Conseil de l'Europe, ne compte aucun instrument juridique reconnaissant le droit de l'Homme à la protection de l'environnement. Même au contraire, la Cour européenne des droits de l'Homme souligne que la Convention européenne des droits de l'Homme « ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme »²⁷ et qu'aucune de ses dispositions ne garantit « une protection générale de l'environnement en tant que tel »²⁸. La possibilité d'adoption d'un Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit à l'environnement sain a pourtant été débattue à plusieurs reprises au sein du Conseil de l'Europe entre les années 1970 et 2010²⁹. En 2020, les Présidences de la Géorgie et de la Grèce du Conseil de l'Europe ont relancé la discussion sur l'interrelation entre la protection de l'environnement et les droits de l'Homme. Le 27 février 2020, une conférence de haut niveau a été organisée, aboutissant à une déclaration qui proclame qu'« [u]n environnement sain est une condition préalable à la conservation de la vie sur notre planète et, par conséquent, à la jouissance même, par chaque être humain, de ses droits et libertés inhérents en vertu de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Convention européenne des droits de l'homme »³⁰. Le 5 octobre 2020, le Conseil de l'Europe a organisé une conférence internationale de haut niveau « Droits de l'Homme pour la planète ». Cependant, les discussions tournent cette fois-ci principalement autour de l'interprétation de traités existants en tenant compte de la nécessité de protéger l'environnement, plutôt qu'autour de l'adoption d'un instrument européen reconnaissant le droit de l'Homme à l'environnement. En Europe, c'est l'Union européenne qui semble prendre de l'avance sur la reconnaissance du droit de l'Homme à l'environnement sain³¹.

Il n'existe pas de traité universel reconnaissant un droit de l'Homme à l'environnement. Un tel droit a uniquement été évoqué dans quelques instruments du droit de l'environnement de nature déclarative³². Récemment, des appels à la reconnaissance du droit de l'Homme à l'environnement sain au niveau universel se multiplient dans la société civile, avec le soutien du Rapporteur spécial sur les droits de l'Homme et l'environnement et de la Haut-Commissaire des droits de l'Homme.

²⁷ CEDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 36022/97, 8 juillet 2003, §96 ; CEDH, *Apanasewicz c. Pologne*, requête n° 6854/07, 3 mai 2011, §94.

²⁸ CEDH, *Kyrtatos c. Grèce*, requête, n° 41666/98, 22 mai 2003, §52 ; CEDH, *Cordella et autres c. Italie*, requêtes nos 54414/13 et 54264/15, 24 janvier 2019, §100.

²⁹ LAMBERT Elisabeth, *Environnement et droits de l'homme : Rapport introductif à la Conférence de haut niveau « Protection environnementale et droits de l'homme »*, Strasbourg, 27 février 2020, pp. 12-13.

³⁰ Déclaration finale par la Présidence géorgienne du Comité des Ministres, Protection de l'environnement et droits de l'homme, Conférence de haut niveau organisée par la Présidence géorgienne du Comité des Ministres Strasbourg, le 27 février 2020 (<https://www.coe.int/fr/web/human-rights-rule-of-law/final-declaration-by-the-presidency-of-the-committee-of-ministers>).

³¹ V. article 37 (« Protection de l'environnement ») de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. V. également la Résolution du Parlement européen du 22 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un cadre juridique de l'Union pour enrayer et inverser la déforestation dont l'Union est responsable à l'échelle mondiale (2020/2006(INL)), §§61-68 (« Déforestation et droits de l'homme ») et spécifiquement §63, invitant « l'Union et les États membres à soutenir, lors de la prochaine Assemblée générale des Nations unies, la reconnaissance globale du droit à un environnement sain ».

³² V. le Principe I de la Déclaration finale de la Conférence de Stockholm sur l'environnement du 16 juin 1972 : « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être ». V. également le Principe 1 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de juin 1992 : « Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature. »

Pour résumer, aujourd'hui, ce sont uniquement les systèmes africain et interaméricain de protection des droits de l'Homme qui offrent une possibilité de contentieux international sur le droit de l'Homme à l'environnement.

2. Le droit à l'environnement déduit des droits économiques, sociaux et culturels

La jurisprudence internationale montre que certains droits économiques, sociaux et culturels peuvent être interprétés comme comportant l'obligation pour les États de protéger l'environnement. C'est avant tout le cas du droit de l'Homme à la santé. D'après le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le droit qu'a « toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre », consacré par l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, comprend le droit « à un environnement sain ».³³

Dans son commentaire général sur le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible garanti par l'article 24 de la Convention relative aux droits de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant note que les États parties « *devraient réglementer et contrôler les effets sur l'environnement des activités commerciales susceptibles de porter atteinte au droit de l'enfant à la santé, à la sécurité alimentaire et à l'accès à l'eau potable et à l'assainissement* ». Le Comité attire également « *l'attention sur l'importance de l'environnement, en dehors de toute considération liée à la pollution, pour la santé de l'enfant* » et précise que les « *interventions environnementales devraient, entre autres, concerner les changements climatiques, qui représentent l'une des plus grandes menaces pour la santé de l'enfant* »³⁴. Au niveau régional, le droit « à un environnement sain » a été déduit par le Comité européen des droits sociaux, du droit de toute personne « de bénéficier de toutes les mesures lui permettant de jouir du meilleur état de santé qu'elle puisse atteindre » garanti par l'article 11 de la Charte sociale européenne³⁵. Le Comité a par ailleurs affirmé, dans une décision récente, que « [d]es questions telles que (...) la protection et les mesures visant à créer un environnement sain (...) sont au cœur du système de garanties qu'offre la Charte [sociale Européenne] »³⁶. D'après la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, les articles 16 (le droit de toute personne « de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ») et 24 (le droit des peuples « à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement ») de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples « reconnaissent l'importance d'un environnement propre et sain étroitement lié aux droits économiques et sociaux, pour autant que l'environnement affecte la qualité de la vie et la sécurité de l'individu »³⁷.

³³ CESCR, Observation générale n° 22 (2016) sur le droit à la santé sexuelle et procréative (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/GC/22, §7 ; CESCR, Observation générale n° 14 (2000), Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2000/4, §4, §§15 et ss.

³⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 15 (2013) sur le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible (art. 24), UN Doc. CRC/C/GC/15, Article 24, paragraphe 2 c), (d).

³⁵ Comité européen des droits sociaux, *Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme (FMDH) c. Grèce*, réclamation n° 30/2005, décision du 6 décembre 2006 sur le bien-fondé, § 195 et 196.

³⁶ Comité européen des droits sociaux, *ATTAC ry, Globaali sosiaalityö ry et Maan ystävät ry c. Finlande*, réclamation n° 163/2018, décision sur la recevabilité et sur des mesures immédiates, 22 janvier 2019, §12.

³⁷ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, communication n° 155/96, 27 octobre 2001, §51.

Une autre possibilité intéressante d'aborder la protection de l'environnement par le biais des droits économiques, sociaux et culturels est à travers le droit à la culture. Pour reprendre les paroles du Comité des droits de l'Homme, la culture peut « s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles »³⁸. La connexion entre la culture et la nature est particulièrement importante chez les peuples autochtones dont le mode de vie est étroitement lié à l'environnement naturel³⁹. Mais même plus généralement, « les bienfaits de la nature » sont des biens culturels dont la disponibilité est importante pour toute l'humanité⁴⁰. Notamment, la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels a choisi de dédier son dernier rapport à l'effet sur les droits culturels des changements climatiques. Elle fait remarquer que « [s]i ces changements ont une incidence sur la plupart des droits humains, les droits culturels sont particulièrement touchés, car dans de nombreux cas ils risquent d'être tout bonnement anéantis »⁴¹.

D'autres droits de « deuxième génération », souvent évoqués comme étant particulièrement affectés par la dégradation de l'environnement et les changements climatiques, sont le droit à l'eau, à l'alimentation et au logement⁴².

Il apparaît que les droits économiques, sociaux et culturels offrent un terrain propice pour la protection de l'environnement. On remarque cependant deux faiblesses de l'utilisation de ce groupe des droits pour la protection de l'environnement. D'une part, contrairement au caractère immédiat des obligations des États au regard des droits de l'Homme de « première génération », les traités internationaux prévoient uniquement une obligation de mise en œuvre *progressive* des droits économiques, sociaux et culturels. D'autre part, le contrôle international sur la mise en œuvre de cette catégorie des droits est principalement confié à des organes non judiciaires, dont les décisions sont, aux yeux de nombreux États, dépourvues d'effet contraignant.

3. Le droit à l'environnement déduit des droits civils et politiques

Pour ce qui est de la « première génération » des droits de l'Homme - celle des droits civils et politiques – il est possible d'affirmer une obligation implicite des États

³⁸ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 23 (article 27), CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 26 avril 1994, §7 ; Comité des droits de l'homme, communication n° 1457/2006, *Ángela Poma Poma c. Pérou*, constatations du 27 mars 2009, CCPR/C/95/D/1457/2006, §7.2.

³⁹ V. Comité des droits de l'homme, communication n° 1457/2006, *Ángela Poma Poma c. Pérou*, constatations du 27 mars 2009, CCPR/C/95/D/1457/2006 (violation de l'article 27, droit des minorités à leur propre vie culturelle, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques vis-à-vis d'une membre d'une communauté autochtone dont le bétail est mort à cause du dessèchement des pâturages provoqué par des projets menés par les autorités) ; CESCR, Observation générale n° 21 : Droit de toute personne de participer à la vie culturelle, E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 mai 2010, §36.

⁴⁰ CESCR, Observation générale n° 21 : Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 mai 2010, §16 a).

⁴¹ Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels, Karima Bennouna, A/75/298, 10 août 2020, §2.

⁴² V. par exemple, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les liens entre les changements climatiques et les droits de l'homme, A/HRC/10/61 15 janvier 2009, §§18, 24-38 ; Question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'environnement, David R. Boyd, A/HRC/40/55, 8 janvier 2019, §§44 ; ⁴² Lignes directrices relatives à la réalisation du droit à un logement convenable, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination à cet égard, A/HRC/43/43, 26 décembre 2019, §18 c).

de protéger l'environnement sont nombreuses. Nous avons déjà mentionné que plusieurs droits civils et politiques, tels que le droit à la liberté d'expression, le droit au procès équitable et le droit à un recours utile, sont nécessaires afin de rendre possibles l'activisme et le contentieux environnementaux. Plus loin, nous offrirons quelques exemples de droits civils et politiques substantiels qui pourraient servir de base pour en déduire l'existence d'un droit de l'Homme à l'environnement.

Dans son Observation générale n° 36, le Comité des droits de l'Homme interprète le droit à la vie consacré par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques comme comportant l'obligation pour les États de respecter et de garantir le droit « à la vie dans la dignité ». D'après le Comité, la teneur de l'article 6 du Pacte est « éclairée » par les obligations des États parties en matière de droit international de l'environnement. Le Comité affirme : « *La mise en œuvre de l'obligation de respecter et garantir le droit à la vie, et en particulier à la vie dans la dignité, dépend, entre autres, des mesures prises par les États parties pour préserver l'environnement et le protéger contre les dommages, la pollution et les changements climatiques résultant de l'activité des acteurs publics et privés.* »⁴³ Pour l'instant, le Comité a uniquement constaté la violation du droit à la vie résultant de la dégradation de l'environnement dans l'affaire *Cáceres et autres c. Paraguay*⁴⁴, qui portait sur des intoxications provoquées par l'utilisation de produits agrochimiques. Le concept du *droit à la vie digne*, qui constitue une sorte de fusion entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, a été emprunté par le Comité de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme⁴⁵. Ce concept est, en revanche, étranger à la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour a toutefois également fait le lien entre le droit à la vie et l'environnement à quelques reprises, bien qu'uniquement vis-à-vis d'accidents ponctuels. Ainsi, a-t-elle reconnu la violation du droit à la vie dans l'affaire *Önerlydiz c. Turquie* relative aux décès provoqués par une explosion de gaz de méthane dans un dépôt d'ordures municipal⁴⁶. Dans l'affaire *Boudaïeva et autres c. Russie*, la Cour a constaté une violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme, car l'État défendeur avait failli mener une enquête sur les coulées de boue ayant entraîné le décès de huit personnes. Ce faisant, la Cour a reconnu la possibilité de violation du droit à la vie en cas de décès provoqués par des catastrophes naturelles.

Il est également possible de soutenir que la dégradation de l'environnement pourrait provoquer des souffrances assimilables aux traitements inhumains et dégradants et même à la torture. Le Comité des droits de l'Homme a entrevu cette possibilité dans les constatations *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, suggérant que les dégâts causés par les changements climatiques pourraient déclencher l'obligation de non-refoulement⁴⁷.

⁴³ Comité des droits de l'Homme, Observation générale n° 36 : Article 6 : droit à la vie (2018), CCPR/C/GC/36, §62.

⁴⁴ Comité des droits de l'Homme, communication n° 2751/2016, *Cáceres et autres c. Paraguay*, constatations du 25 juillet 2019, CCPR/C/126/D/2751/2016.

⁴⁵ V. par exemple, CourIDH, *Communauté autochtone Sawboyamaxa c. Paraguay*, fond, réparations, frais et dépenses, jugement du 29 mars 2006.

⁴⁶ CEDH, *Önerlydiz c. Turquie*, requête n° 48939/99, 30 novembre 2004.

⁴⁷ Comité des droits de l'Homme, communication n° 2728/2016, *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, constatations du 24 octobre 2019, CCPR/C/127/D/2728/2016, §9.11. Dans l'affaire *Cáceres*, le Comité a décidé de ne pas examiner le grief de violation de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ayant constaté une violation de son article 6 (v. l'affaire *Cáceres et autres c. Paraguay op. cit.*, §7.6).

La protection de l'environnement peut aussi être abordée par le biais du droit à la protection de la vie privée et familiale. C'est la voie qui est souvent suivie par la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment dans des affaires concernant des émissions nocives d'usines situées près du domicile des requérants⁴⁸. La Cour reconnaît que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme comporte le droit « à jouir d'un environnement équilibré et respectueux de la santé »⁴⁹. Cette jurisprudence a été suivie, quoiqu'avec des exigences plus importantes quant au seuil de gravité, par le Comité des droits de l'Homme, dans l'affaire précitée *Caseres c. Paraguay*. Finalement, le droit à la protection de la propriété privée est un autre droit civil et politique qui peut dans certains cas, être utilisé comme un moyen de protection indirecte de l'environnement⁵⁰.

Au niveau du contentieux interne, il est important d'évoquer le jugement révolutionnaire de la Cour suprême des Pays-Bas *ministère des affaires économiques et de la politique climatique c. Stichting Urgenda*. La Cour a reconnu l'obligation pesant sur l'État néerlandais de réduire ses émissions à effet de serre de 25% avant la fin 2020 par rapport à 1990, compte tenu de ses obligations sous les articles 2 (droit à la vie), 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 13 (droit à un recours effectif) de la Convention européenne des droits de l'Homme. D'après la Cour, l'État est tenu, en vertu des articles 2 et 8 de la Convention européenne, de faire « sa part » dans la lutte contre le réchauffement climatique.⁵¹

Enfin, il est à signaler que la dégradation de l'environnement a tendance à exacerber des discriminations existantes et de fragiliser davantage la situation des membres des groupes vulnérables, dont les femmes, les enfants, les personnes handicapées, les migrants, les personnes se trouvant en extrême pauvreté et les minorités. Les organes internationaux de protection des droits de l'Homme en charge de la protection des droits de l'Homme de ces groupes de personnes ont donc un rôle potentiellement important à jouer dans le contentieux environnemental.

On voit que le droit de l'Homme à l'environnement peut également être déduit des droits civils et politiques. Des tentatives de fonder le contentieux environnemental sur ces droits peuvent cependant rencontrer plusieurs obstacles. Un problème majeur est un seuil de gravité élevé vis-à-vis duquel les violations de ces droits sont appréciées. Par ailleurs, il s'agit principalement de droits individuels, dont les violations affectent un nombre limité de victimes, tandis que la dégradation de l'environnement est un problème aux effets très étendus, potentiellement affectant l'ensemble de la population planétaire.

⁴⁸ CEDH, *López Ostra c. Espagne*, n° 16798/90, 9 décembre 1994 ; *Guerra et autres c. Italie*, requêtes nos 116/1996/735/932, 16 février 1998 ; *Fadeïeva c. Russie*, requête n° 55723/00, 9 juin 2005 ; *Cordella et autres c. Italie*, requêtes nos 54414/13 et 54264/15, 24 janvier 2019.

⁴⁹ CEDH, *Băcilă c. Roumanie*, requête n° 19234/04, 30 mars 2010, §71.

⁵⁰ V. par exemple le jugement précité de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme *Communautés indigènes de l'association Lhaka Honhat (Notre terre) c. Argentine*, jugement du 6 février 2020 (fond, réparations, frais et dépenses), statuant sur la violation du droit à la propriété commune du peuple autochtone, garanti par l'article 21 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme.

⁵¹ Cour suprême, division civile, *L'État des Pays-Bas (Ministère des affaires économiques et de la politique climatique) c. Stichting Urgenda*, n° 19/00135, 20 décembre 2019, §§5.1-6.6, la traduction en anglais disponible sur <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>.

II. Les obstacles à la protection de l'environnement par le biais du droit international des droits de l'Homme

Ayant abordé les différentes façons dont le DIDH peut servir à protéger l'environnement, il est temps d'examiner les défaillances de ce corps juridique du point de vue de la cause environnementale. En premier lieu, force est de constater que la protection des droits de l'homme et la protection de l'environnement ne vont pas toujours de pair (A). En deuxième lieu, il faut signaler certaines limites aux capacités du DIDH de contribuer à la protection de l'environnement, compte tenu des spécificités de ce corps juridique (B).

A. Les conflits potentiels entre les droits de l'Homme et la protection de l'environnement

L'environnement est nécessaire à la survie de l'Homme. Or, il est notoire que l'Homme a été son principal destructeur. Trop souvent, les êtres humains ne perçoivent pas la protection de l'environnement comme faisant partie de leurs intérêts personnels. Dans le livre « Comment sauver le genre humain ? » évoqué plus haut, Messieurs Jorion et Burnand-Galpin notent que « [r]ien n'interdit (...) que nous puissions disparaître en tant qu'espèce, alors qu'à titre individuel nous n'avons jamais vécu aussi longtemps en bonne santé »⁵², la menace d'extinction pour l'espèce humaine étant « indépendante du bonheur vécu par les personnes »⁵³. La crise de la COVID-19 est une bonne illustration de la possible tension entre les droits de l'Homme et la protection de l'environnement. Cette crise s'est accompagnée par une série de dérogations par les États à leurs engagements en DIDH, et a fait en sorte qu'en 2020, le jour du dépassement de la Terre a reculé d'un mois par rapport à l'année précédente.

L'effet destructif des droits de l'Homme sur l'environnement est largement involontaire, dû principalement au fait que la population humaine croît rapidement, notamment grâce à l'amélioration de la protection de la vie et de la santé. Plus nous sommes nombreux, plus la satisfaction des droits de l'Homme de chacun, tels que le droit au logement et le droit à la nourriture, met la pression sur les ressources de la Terre et contribue au réchauffement climatique.

Plusieurs droits de l'Homme peuvent d'ailleurs être utilisés aussi bien pour la protection que la destruction de l'environnement, dépendamment des intentions de leurs bénéficiaires. Tel est le cas par exemple, du droit à la protection de la propriété⁵⁴, du droit à la vie privée et familiale, du droit au procès équitable⁵⁵, de la liberté d'expression, du droit au développement, du droit de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications⁵⁶, du droit à la culture et même du droit à une nourriture suffisante.

⁵² JORION, Paul, BURNARD-GALPIN, Vincent, *op. cit.*, p. 21.

⁵³ Ibid. ; p. 22.

⁵⁴ A comparer par exemple, les jugements CEDH, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, requête n° 12742/87, 29 novembre 1991, §57 (la Cour acceptant que la limitation du droit à la protection de la propriété privée, garanti par l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'Homme, poursuivait le but légitime de protection de l'environnement) et CEDH, *Öneriyildiz c. Turquie*, requête n° 48939/99, 30 novembre 2004, §§121-138 (constatant une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 du fait d'une explosion de méthane imputée à l'État).

⁵⁵ V. CEDH, *Geoffre de la Pradelle c. France*, requête n° 12964/87, 16 décembre 1992 (violation de l'article 6 vis-à-vis du requérant qui souhaitait construire une micro-centrale autonome sur un terrain classé comme site pittoresque d'intérêt général).

⁵⁶ Article 15 n° du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. V. au sujet des enjeux environnementaux de l'application de cette disposition CESCR, *Observation générale n° 25 (2020) sur la science*

« L'adéquation » de la nourriture est déterminée par diverses conditions, dont certaines sont d'ordres climatique, écologique, voire culturelle⁵⁷. Or, la culture de consommation de viande est par exemple un des facteurs importants de destruction de l'environnement.

Le DIDH étant fondé sur le principe de l'égalité, *a priori*, il n'y a aucune raison pour que les droits de l'Homme des personnes engagées pour la défense de l'environnement prévalent sur les droits des personnes qui contribuent incidemment à sa destruction. Certes, ceci ne veut pas dire qu'il n'y a aucun moyen de rendre le DIDH favorable à la protection de l'environnement. Les conflits entre les droits de l'Homme de différentes personnes, entre les différents droits et même entre les différents aspects d'un même droit sont courants en DIDH. La résolution de ces conflits est notamment possible par le biais des notions de l'intérêt général et de la nécessité (du but légitime), qui peuvent justifier la restriction des droits individuels. Afin de garantir la protection de l'environnement par le biais du DIDH, il suffirait de reconnaître l'évidence : la sauvegarde de l'environnement est un objectif primordial d'intérêt général, nécessaire à la survie de l'humanité, qui ne peut pas être sacrifié sur l'autel des intérêts personnels ou particuliers. Ainsi, d'après Madame Joubert, la protection de l'environnement exige sa *disjonction* des droits de l'Homme : « *Le climat, la biodiversité, la qualité de l'air et de l'eau sont ainsi désormais appréhendés en qualité de biens publics mondiaux. Or, un Homme justement ne peut juridiquement posséder le bien public. Il est inaliénable. Disjoindre l'environnement de l'Homme, de ce qui lui est le plus nuisible, tel semble être l'enjeu. Disjoindre donc l'environnement des droits de l'Homme et lui éviter ainsi la concurrence des droits.* »⁵⁸.

Un des reproches au DIDH qu'on entend souvent est son anthropocentrisme, par opposition à « l'éco-centrisme ». Les droits sont conférés aux êtres humains, et non à d'autres habitants de la planète et d'autres composantes de l'environnement, dépourvus d'une valeur intrinsèque⁵⁹. Par exemple, dans les affaires où la Cour européenne des droits de l'Homme constate la violation des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à cause de dégradation de l'environnement, il est essentiellement reproché aux États défendeurs de ne pas s'être assurés que les individus étaient éloignés des zones affectées, et non pas d'avoir causé la dégradation de l'environnement. D'ailleurs, comme il a été évoqué dans l'introduction à cet article, le concept même « d'environnement » est souvent entendu de manière extrêmement anthropocentrique. L'arrêt *Buckley c. Royaume-Uni* l'illustre parfaitement, la Cour ayant constaté dans cette affaire l'absence de violation du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile d'une Tsigane qui a été empêchée de stationner une caravane sur son terrain au motif qu'une telle utilisation du terrain porterait atteinte au caractère rural et dégagé du paysage. Le Gouvernement soutenait que les mesures envers la requérante avaient « été prises au titre des contrôles en matière d'aménagement foncier destinés à améliorer la sécurité routière et à protéger l'environnement et la santé

et les droits économiques, sociaux et culturels (par. 1 b), 2, 3 et 4 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), UN Doc. E/C.12/GC/25, §§56, 57, 64.

⁵⁷ CESCR, *Observation générale n° 12 : (vingtième session, 1999), Le droit à une nourriture suffisante (art. 11)*, UN Doc. E/C.12/1999/5, §7.

⁵⁸ JOUBERT, Sylvie, « Le droit à l'environnement au prisme de la concurrence des droits », in COURNIL, Christel, COLARD-FABREGOULE, Chaherine (dir.), *Changements environnementaux globaux et Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012 (pp. 165-183) p. 183.

⁵⁹ ARBOUR, Jean-Maurice, LAVALLÉE, Sophie, SOHNLE, Jochen, TRUDEAU, Hélène, *op. cit.*, pp. 203

publique ». Le Gouvernement se fondait ainsi sur une conception esthétique de l'environnement, qui n'a pas été remise en cause par la Cour.

À notre avis, l'anthropocentrisme du DIDH est inévitable et il n'est d'ailleurs pas forcément contraire à la protection de l'environnement. Le problème se cache plutôt dans la vision très étroite du DIDH, qui se concentre sur la protection d'individus, de groupes d'individus ou de peuples, sans prendre en considération les besoins de l'humanité toute entière et sans reconnaître à la protection de l'environnement une valeur primordiale d'intérêt général pour les êtres humains. La tendance est de laisser à chaque État l'appréciation de l'intérêt général de sa propre population, nonobstant les effets que ses politiques peuvent avoir sur d'autres habitants du monde. La Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé à plusieurs reprises qu'en matière de « politiques d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement », les États ont « une marge d'appréciation plus grande que lorsque sont en jeu des droits exclusivement civils »⁶⁰. La Cour a donné raison aux États qui ont limité des droits de l'Homme au nom de la protection de l'environnement⁶¹, comme elle a aussi accepté la dégradation de l'environnement au nom de l'intérêt général du développement économique⁶². Certaines jurisprudences de la Cour laissent cependant entendre que le droit d'individus « de jouir d'un environnement équilibré et respectueux de la santé » pourrait être plus important que les intérêts économiques⁶³.

À la différence de son homologue européen, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme essaie d'adopter une vision qui semble être plus « écocentrique ». Dans son avis consultatif « L'environnement et les droits de l'homme », la Cour affirme que le droit à l'environnement salubre « protège les composants de l'environnement, tels que les forêts, les rivières et les mers, en tant qu'intérêts légaux en eux-mêmes, « à cause de leur importance pour tous les autres organismes vivants avec lesquels nous partageons la planète et qui méritent aussi la protection de leurs propres droits »⁶⁴. Un *dictum* révolutionnaire, certes, mais la Cour reste quand même dans la logique d'un droit *de l'Homme* à l'environnement *salubre* – salubre pour l'Homme, on doit entendre. Rappelons que la destruction d'espèces jugées « nuisibles » à la santé humaine a toujours été entendue comme un acte d'intérêt général, nécessaire pour la santé des Hommes⁶⁵. Par ailleurs, il est en dehors de la compétence de la Cour interaméricaine ou de quelconque autre organe international de protection des droits de l'Homme, d'élargir sa compétence et de conférer des droits internationaux à d'autres entités que les Hommes. Bien plus importante, du point de vue du potentiel du contentieux environnemental par le biais du DIDH, est la tentative faite par la Cour interaméricaine d'élever la protection de l'environnement au rang d'une valeur d'intérêt général à l'échelle de la planète. La

⁶⁰ CEDH, Grande chambre, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, requête n° 34078/02, 29 mars 2010, §87.

⁶¹ CEDH, *Turgut c. Turquie*, requête n° 1411/03, §90 ; CEDH, Grande chambre, *Depalle c. France*, requête n° 34044/02, 29 mars 2010, §81 ; CEDH, Grande chambre, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, requête n° 34078/02, 29 mars 2010, §84.

⁶² CEDH, *Hatton et autres v. Royaume-Uni*, requête n° 36022/9, 8 juillet 2003 ; *Flamenbaum et autres c. France*, requêtes nos 3675/04 et 23264/04, 13 décembre 2012, §154.

⁶³ CEDH, *Băcilă c. Roumanie*, requête n° 19234/04, 30 mars 2010, §§70, 71 : « Certes, la Cour ne méconnaît pas l'intérêt que peuvent avoir les autorités internes à maintenir l'activité économique du plus grand employeur d'une ville déjà fragilisée par la fermeture d'autres industries. Cependant, la Cour estime que cet intérêt ne saurait l'emporter sur le droit des personnes concernées à jouir d'un environnement équilibré et respectueux de la santé. »

⁶⁴ CourIDH, « L'environnement et les droits de l'homme », avis consultatif du 15 novembre 2017, *op. cit.*, §62.

⁶⁵ NAIM-GESBERT, Éric, *Droit général de l'environnement : Introduction au droit de l'environnement*, 3e édition, LexisNexis, Paris 2019, p. 243.

Cour décrit le droit à l'environnement salubre comme un « droit fondamental pour l'existence de l'humanité »⁶⁶. Il semble que la protection de l'environnement est devenue aux yeux de la Cour non seulement un droit autonome, qui devrait l'emporter face à d'autres droits concurrents, mais aussi une considération d'intérêt général à prendre en compte dans l'interprétation de la portée de tous les droits de l'Homme. Ainsi, dans son jugement *Communautés indigènes de l'association Lhaka Honhat (Notre terre) c. Argentine*, la Cour a constaté une violation du droit à la propriété, à la participation à la vie culturelle, à l'environnement salubre, à l'alimentation adéquate et à l'eau de communautés autochtones dont les terres étaient peuplées par une population *criollo* non autochtone, cette dernière ayant été à l'origine de dégradation de l'environnement dans la région. La Cour a ordonné à l'État de déplacer la population *criollo* dans un délai de 6 ans. Or, la population *criollo* habitait la région depuis une centaine d'années. La Cour a accordé la priorité aux droits des peuples autochtones sur les droits de la population non autochtone pour des raisons qui semblent incompréhensibles du point de vue du principe d'égalité du DIDH, mais qui pourraient s'expliquer par cette reconnaissance du statut de valeur suprême d'intérêt général à l'environnement, protégé par les autochtones, mais dégradé par les non-autochtones. Ce jugement contraste avec le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'Homme dans la décision *Demopoulos et autres c. Turquie*, qui refuse d'accorder la propriété aux droits patrimoniaux de Chypriotes grecs dépossédés de leurs biens immobiliers situés dans la « République turque de Chypre du Nord » sur les droits de l'Homme de colons turcs qui les occupent aujourd'hui⁶⁷.

Compte tenu du lien inaliénable entre l'environnement et l'Homme, il faut saluer l'approche de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui tend à reconnaître à l'environnement sa véritable valeur, celle d'un bien d'intérêt général, indispensable pour la survie de l'humanité. Une telle reconnaissance dans l'ensemble du DIDH est nécessaire afin d'empêcher que l'environnement soit systématiquement sacrifié au profit d'intérêts égoïstes et à court terme, revendiqués au nom des droits de l'Homme.

B. *Les limites des droits de l'Homme face aux enjeux environnementaux*

Le DIDH n'ayant pas été conçu pour la protection de l'environnement, il présente plusieurs défaillances en ce qui concerne sa capacité à confronter les défis environnementaux. Parmi ces défaillances, on peut citer par exemple la non-acceptabilité de l'*actio popularis* dans les procédures de réclamations individuelles devant la plupart des organes de protection des droits de l'homme ; l'appui déséquilibré du DIDH sur les *droits* de l'Homme contrairement à ses *devoirs* ; ou alors la place dépassée réservée en DIDH aux entreprises commerciales, perçues comme des bénéficiaires de droits et non pas comme porteurs d'obligations.

Plus loin, nous examinerons de plus près trois faiblesses du DIDH du point de vue des enjeux environnementaux actuels et nous nous interrogeons sur la capacité de cette branche de droit de se réinventer afin d'apporter une solution à ces nouveaux défis. En premier temps, il s'agira d'examiner les limites du concept de juridiction en DIDH, au regard des problèmes environnementaux transfrontaliers et globaux (1). En

⁶⁶ CourIDH, « L'environnement et les droits de l'homme », avis consultatif du 15 novembre 2017, *op. cit.*, §59.

⁶⁷ Cour EDH, décision du 1 mars 2010, *Takis Demopoulos et autres c. Turquie* (recevabilité), n° 46113/99, 3843/02 et autres, §113.

deuxième lieu, les faiblesses du DIDH seront exposées en ce qui concerne sa capacité d’embrasser le concept de solidarité intergénérationnelle (2). Enfin, le problème de la preuve sera examiné qui constitue probablement l’obstacle principal à la protection effective de l’environnement par le biais du DIDH (3).

1. Les limites territoriales

Le premier obstacle confronté par le DIDH devant les violations des droits de l’Homme résultant de dégradation de l’environnement est la notion de juridiction. Traditionnellement, la juridiction, une notion clé du DIDH, a été entendue comme étant limitée au territoire de l’État. Or, les problèmes environnementaux ont tendance à dépasser les frontières et peuvent même atteindre l’échelle planétaire, comme c’est le cas des changements climatiques. C’est pourquoi, à la différence du DIDH, le droit international de l’environnement s’appuie avant tout sur les concepts de coopération internationale et de responsabilité partagée. Dès lors, « le droit de l’Homme à l’environnement est également à penser de manière complexe à l’échelle *supranationale* »⁶⁸.

Il faut noter que le concept de coopération internationale n’est pas totalement étranger au DIDH. Sur le plan universel, l’importance de la coopération internationale est mise en relief par l’article 2 § 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et par le Préambule et les articles 4.2 et 32 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. En DIDH régional, l’obligation de coopération internationale est consacrée à l’article 26 de la Convention américaine relative aux droits de l’homme. Ayant déduit de cette même disposition le droit de l’Homme à l’environnement salubre, la Cour interaméricaine des droits de l’homme affirme que les États parties à la Convention ont le devoir de coopérer de bonne foi afin de prévenir les dommages à l’environnement, en particulier lorsqu’ils partagent des ressources naturelles. Cette obligation comprend, d’après la Cour, le devoir de notification, de consultation et de négociation⁶⁹. Or, le devoir de coopération en DIDH, qui n’est d’ailleurs pas reconnu par l’ensemble de ce *corpus juris*, n’a pas pour conséquence d’étendre la juridiction et dès lors, n’entraîne pas la responsabilité partagée des États pour les dommages environnementaux.

Il est vrai que le concept de juridiction en DIDH s’est largement élargi au cours des dernières décennies. Il est désormais accepté que les États peuvent, sous certaines conditions et dans un certain degré, exercer la juridiction extraterritoriale. La juridiction peut alors être partagée entre l’État territorial et l’État étranger. Cette possibilité de juridiction extraterritoriale reste cependant largement insuffisante pour que le DIDH puisse faire face aux enjeux environnementaux globaux. Les critères d’établissement de juridiction extraterritoriale développés par la jurisprudence internationale ne sont pas les mieux adaptés pour répondre aux violations des droits de l’Homme résultant des dommages environnementaux. Les deux principaux critères appliqués sont le contrôle sur le territoire et le contrôle sur les individus. En revanche, le critère « de cause à effet »,

⁶⁸ GAILLARD, Émile, « Pour une approche systémique, complexe et prospective des droits de l’Homme », in COURNIL, Christel, COLARD-FABREGOULE, Chaherine (dir.), *Changements environnementaux globaux et Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012 (pp. 45- 67), p. 52.

⁶⁹ CourIDH, « L’environnement et les droits de l’homme », avis consultatif du 15 novembre 2017, *op. cit.*, §§185, 186.

qui suppose que la juridiction extraterritoriale est établie lorsque des actions ou émissions d'un État provoquent des violations des droits de l'Homme à l'extérieur de son territoire, est loin d'être universellement accepté. Ce critère a été explicitement rejeté par la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁰. Au contraire, les organes interaméricains considèrent que ce critère fait partie du critère de contrôle sur les personnes. Ainsi, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme affirme-t-elle que les victimes de dommages environnementaux transfrontaliers se trouvent sous la juridiction de l'État ayant causé ces dommages⁷¹. Or, même la Cour interaméricaine reste relativement modeste sur ce point-là. D'après elle, la souveraineté territoriale impose des limites à l'obligation des États de contribuer à la réalisation globale des droits de l'Homme⁷², et les obligations des États en droit de l'environnement n'entraînent pas l'élargissement de leur juridiction du point de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme⁷³.

Pour l'instant, l'ensemble de la jurisprudence internationale relative à la protection de l'environnement par le biais du DIDH concerne des problèmes environnementaux locaux. Les recours alléguant des violations des droits de l'Homme à cause des changements climatiques sont un phénomène récent qui n'a pas encore donné lieu à d'importants développements jurisprudentiels. En 2005, un tel recours a été intenté au nom du peuple inuit, qui alléguait que des actions et omissions des États-Unis ayant contribué au réchauffement climatique portaient atteinte au droit à la vie, à la santé, à la culture, à la propriété des requérants⁷⁴. Le recours a été rejeté par une lettre courte dans laquelle la Commission informait les requérants que les informations fournies ne lui permettaient pas de déterminer si les faits allégués pourraient s'analyser en violations de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme⁷⁵. En 2013, une pétition semblable a été présentée à la Commission interaméricaine au nom des peuples athapascan, qui se plaignaient d'une absence de réglementation effective au Canada en matière d'émissions de carbone noir, laissant la place à la fonte de l'Arctique⁷⁶. Les sources publiques n'offrent aucune indication quant au sort de cette affaire. En 2019, Greta Thunberg et 15 autres enfants ont présenté une communication au Comité des droits de l'enfant alléguant contre l'Argentine, le Brésil, la France, l'Allemagne et la Turquie, entre autres, une violation du droit à la vie, à la santé et à la culture à cause du changement climatique⁷⁷. La communication a été enregistrée et reste à ce jour pendante. Dix enfants portugais ont récemment soumis une requête à la Cour européenne des droits de l'Homme contre 33 États européens, les accusant de ne pas avoir pris les mesures nécessaires, sous l'Accord de Paris, afin de freiner le changement climatique⁷⁸. La plupart des enfants résident dans une région touchée par les vagues de chaleur estivales qui provoquent des incendies meurtriers.

⁷⁰ CEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États*, requête n° 52207/99, décision sur la recevabilité, 12 décembre 2001.

⁷¹ CourIDH, « L'environnement et les droits de l'homme », avis consultatif du 15 novembre 2017, *op. cit.*, §101.

⁷² *Ibid.*, §90.

⁷³ *Ibid.*, §88.

⁷⁴ Disponible sur https://earthjustice.org/sites/default/files/library/legal_docs/petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights-on-behalf-of-the-inuit-circumpolar-conference.pdf.

⁷⁵ <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/science/16commissionletter.pdf>.

⁷⁶ https://earthjustice.org/sites/default/files/AAC_PETITION_13-04-23a.pdf.

⁷⁷ La communication est disponible sur <https://earthjustice.org/blog/2019-september/greta-thunberg-young-people-petition-UN-human-rights-climate-change>.

⁷⁸ <https://www.gardencourtchambers.co.uk/news/portuguese-young-people-file-ground-breaking-climate-case-with-european-court-of-human-rights-against-33-countries>

Une requête similaire vient d'être portée contre la Suisse par l'association « Aînées pour la protection du climat », qui insiste sur les risques de mort élevés pour les personnes âgées à cause des chaleurs estivales⁷⁹. Les années à venir montreront dans quelle mesure les organes internationaux seraient prêts à faire un pas vers une vision plus supranationale du DIDH, souhaitée par ces recours.

2. Les limites temporelles

La deuxième limitation du DIDH du point de vue de la protection de l'environnement concerne une vision temporelle assez étroite adoptée par ce corps juridique. Il se concentre principalement sur la protection des droits de l'Homme aujourd'hui. Si le DIDH peut parfois s'occuper des violations des droits de personnes décédées, il n'arrive pas en revanche à se projeter dans le futur afin de s'intéresser aux droits de personnes à naître, voire même à des violations potentielles des droits de personnes qui sont déjà nées. Tandis que ce dernier point a surtout rapport au problème de la preuve, examiné plus loin, l'absence de prise en compte des droits de générations futures révèle le malaise du DIDH face au concept de solidarité intergénérationnelle, une des notions clés du droit de l'environnement. En DIDH, seul l'article 35 de la Déclaration des droits de l'Homme de l'ASEAN évoque la solidarité intergénérationnelle.

Le Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'Homme sur les droits de l'Homme et l'environnement reconnaît qu'« il soit difficile, si ce n'est impossible, de définir les droits de personnes qui ne sont pas encore nées »⁸⁰. Il soutient cependant que « la séparation entre les générations présentes et les générations futures est moins nette qu'elle pourrait le sembler », car « la frontière entre générations futures et enfants d'aujourd'hui se déplace à chaque nouvelle naissance »⁸¹. Effectivement, nous avons vu ces dernières années, une montée du mouvement d'enfants pour le climat, qui a notamment donné lieu à deux recours susmentionnés sur le réchauffement climatique devant le Comité des droits de l'enfant et la Cour européenne des droits de l'Homme. Les auteurs de ces requêtes sont cependant des enfants assez grands, qui sont d'ailleurs issus majoritairement de sociétés développées. De par leur manque de maturité, les enfants ont nettement moins de possibilités que les adultes de contribuer au développement de la jurisprudence internationale. D'ailleurs, les enfants représentent tout de même les générations actuelles et non pas des générations de personnes qui vivront sur la planète plus tard.

Parmi les dispositions des traités de DIDH adoptés à ce jour, seul le droit des enfants à l'éducation semble créer un véritable lien entre les générations en ce qui concerne la préservation de l'environnement. D'après l'article 29.1 e) de la Convention relative aux droits de l'enfant, les « États parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à (...) [i]nculquer à l'enfant le respect du milieu naturel ». L'article 11 (2) (g) de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant précise que le droit de tout

⁷⁹ « Climat: les Aînées pour le climat portent leur combat à la Cour européenne des droits de l'homme », 8 octobre 2020, <https://www.lenouvelliste.ch/articles/suisse/climat-les-ainees-pour-le-climat-portent-leur-combat-a-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-988464>

⁸⁰ Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'Homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, UN Doc. A/HRC/37/58, 24 janvier 2018, §67.

⁸¹ *Ibid.*, §68.

enfant à l'éducation vise à « susciter le respect pour l'environnement et les ressources naturelles ». Les États parties à ces deux traités ont donc l'obligation d'éduquer les nouvelles générations au respect de l'environnement.

Nonobstant l'absence en DIDH conventionnel du concept de solidarité intergénérationnelle, rien n'empêche cependant que les traités de DIDH soient interprétés de manière à affirmer la nécessité de préserver l'environnement à long terme, dans l'intérêt des générations à venir. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels estime par exemple qu'une notion de durabilité est inhérente au droit à une nourriture suffisante, consacré à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁸². La Cour interaméricaine des droits de l'Homme souligne que le droit à l'environnement salubre déduit de l'article 26 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme « constitue une valeur universelle qu'on doit aux générations présentes et futures »⁸³. La reconnaissance à l'environnement de la valeur d'intérêt général pour l'ensemble du genre humain, à prendre systématiquement en compte dans l'interprétation des droits de l'Homme, permettrait d'assurer la durabilité de protection de l'environnement et, par conséquent, la durabilité des droits de l'Homme.

3. Les limites de la preuve

La preuve constitue probablement la principale difficulté dans le contentieux relatif aux droits de l'Homme et l'environnement. Afin de tenir un État pour responsable de violations des droits de l'Homme résultant de dommages environnementaux, il est nécessaire d'établir un lien de causalité entre, d'une part, le comportement de l'État et la dégradation de l'environnement et, d'autre part, la dégradation de l'environnement et la violation des droits de l'Homme d'individus concrets. Or, ceci pose des problèmes de preuve extrêmement complexes et met les individus dans une situation clairement défavorable par rapport à celle des États. D'ailleurs, les effets d'activités humaines sur l'environnement et l'éventuel impact de modifications de l'environnement sur les êtres humains sont des questions qui prêtent souvent à des controverses même dans les cercles scientifiques, d'où l'importance des principes de prévention et de précaution en droit de l'environnement.

Trop souvent, l'incapacité des requérants à apporter la preuve des effets néfastes et directs des dégradations de l'environnement sur leurs droits de l'Homme, donne lieu à des irrecevabilités de requêtes ou à des constatations de non-violation. Ainsi, c'est à cause de l'absence de preuves que la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme ont refusé de constater des violations de la Convention européenne des droits de l'homme dans des affaires où les requérants se plaignaient contre des effets sur leur santé des essais nucléaires⁸⁴ ou même contre l'absence d'accès au tribunal devant lequel ils pourraient contester une prolongation du permis d'une centrale nucléaire⁸⁵. D'autre part, la Cour a affirmé que « les catastrophes naturelles [...] en tant que telles échappent

⁸² CESCR, Observation générale n°12, *op. cit.*, §7.

⁸³ CourIDH, « L'environnement et les droits de l'homme », avis consultatif du 15 novembre 2017, *op. cit.*, §59.

⁸⁴ CEDH, *L.C.B. c. Royaume-Uni*, requête n° 14/1997/798/1001, 9 juin 1998 ; ComEDH, *Noel Nanyu Tauru et 18 autres c. la France*, requête n° 28204/95, décision sur la recevabilité du 4 décembre 1995.

⁸⁵ CEDH, *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, requête n° 67/1996/686/876, 26 août 1997.

au contrôle de l'homme »⁸⁶, un constat qui risque de poser problème dans les affaires relatives aux effets sur les droits de l'Homme des changements climatiques. La difficulté de la preuve dans les affaires environnementales a rapport à la fois à la complexité scientifique de la matière et à l'accès à l'information. Par exemple, le Comité des droits de l'homme a récemment été critiqué par une minorité de ses membres lorsqu'il a refusé de statuer sur la non-violation du droit à la vie du requérant dans l'affaire *Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, notamment car le requérant a manqué d'apporter des preuves du manque de l'eau potable aux Kiribati⁸⁷. Compte tenu de la complexité de la matière, l'imposition de la charge de la preuve aux requérants risque de compromettre le principe d'égalité des armes dans ce genre de contentieux où l'individu est confronté à l'État. Afin d'alléger la charge de la preuve pesant sur les individus dans ce type d'affaires, les organes de protection des droits de l'Homme ont tenté diverses approches qui seront exposées ci-après.

La première consiste à imposer des standards de preuve différents par rapport aux divers droits de l'Homme. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme statue plus facilement sur la violation du droit à la vie privée et familiale résultant de dégradation de l'environnement, y compris en cas d'absence de preuve de dommage à la santé, qu'elle le fait dans les affaires où la violation du droit à la vie est alléguée. En d'autres termes, d'après le Professeur Naim-Gesbert, « [p]ar le biais de l'article 8 de la Convention [européenne des droits de l'Homme...] la Cour sanctionne les troubles d'une certaine gravité. Par l'article 2, les troubles d'une gravité certaine »⁸⁸. Il critique cependant cette « différenciation troublante du droit à l'environnement sain » dans la jurisprudence de la Cour : « d'une part, le droit de vivre dans un milieu digne (art. 8), restreint à la sphère de la personne – à rapprocher du trouble de voisinage ; d'autre part, le droit de vivre dans un milieu salubre (art. 2), conçu dans une vision plus générale et objective »⁸⁹.

Une seconde approche, plus objective, qui gagne en popularité parmi divers organes de DIDH, consiste à éviter de trancher des questions d'ordre scientifique concernant les effets de dégradation de l'environnement sur les humains, en déplaçant l'analyse vers des domaines purement juridiques. L'idée est d'imposer aux États des obligations en matière de réglementation et de procédure, notamment en ce qui concerne l'obligation de mener des études d'impact des projets d'infrastructure sur les droits de l'Homme et l'environnement, l'obligation d'informer la population sur les effets néfastes possibles et de l'associer à la prise de décision⁹⁰. C'est également à travers de cette approche que certains organes de protection des droits de l'Homme tentent d'introduire en DIDH le principe de précaution issu du droit international de l'environnement, en imposant aux États une diligence voulue en cas d'incertitude scientifique sur des effets néfastes de certains projets et technologies⁹¹.

⁸⁶ CEDH, *Boudaïeva et autres c. Russie*, requêtes n° 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02, 20 mars 2008, §174.

⁸⁷ Comité des droits de l'homme, communication n° 2728/2016, *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, constatations du 24 octobre 2019, CCPR/C/127/D/2728/2016.

⁸⁸ NAIM-GESBERT, Éric, *Droit général de l'environnement : Introduction au droit de l'environnement*, 3e édition, LexisNexis, Paris 2019, p. 185.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ V. par exemple, CEDH, *Taşkın et autres c. Turquie*, requête n° 46117/99, 10 novembre 2004, §119.

⁹¹ CEDH, *Tătar c. Roumanie*, requête n° 67021/01, 27 janvier 2009, §120 ; CESCR, *Observation générale n° 25*, *op. cit.*, §§56, 57.

Il est en revanche exceptionnel que les organes de DIDH appliquent eux-mêmes le principe de précaution. Un tel exemple se trouve dans la décision *STTK ry et Tehy ry c. Finlande* du Comité européen des droits sociaux. La décision conclut à la violation de l'article 2 § 4 de la Charte sociale européenne (« Droit à des conditions de travail équitables ») au motif que le personnel hospitalier exposé à des rayonnements ionisants n'a pas le droit à des congés payés supplémentaires, étant donné qu'« [à] la lumière cependant des données de fait, et notamment des recommandations actuelles de la CIPR [Commission internationale de Protection radiologique], le Comité considère que l'on ne peut en l'état actuel des choses affirmer que l'exposition aux radiations, même à faibles doses, est absolument sans danger »⁹². Une décision qui a constitué, d'après le Professeur Marguénaud, « une remarquable anticipation du principe de précaution qui n'est peut-être sans avoir quelque rapport avec l'effectivité d'un droit de l'Homme, salarié ou non-salarié, à un environnement sain »⁹³.

Enfin, certains organes tentent - pour l'instant d'une manière très ponctuelle - de renverser la charge de la preuve dans les affaires relatives aux violations des droits de l'Homme découlant de dommages environnementaux. Dans le jugement *Fadeïeva c. Russie* par exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme affirme qu'« il revient à l'État de justifier par des éléments précis et circonstanciés les situations dans lesquelles certains individus se trouvent devoir supporter de lourdes charges au nom de l'intérêt de la société »⁹⁴. Dans cette affaire qui portait sur une atteinte alléguée au droit au respect du domicile et de la vie privée de la requérante à cause d'une pollution provoquée par une aciérie, l'État défendeur soutenait que l'ingérence dans ce droit était justifiée dans le but d'assurer le bien-être économique du pays⁹⁵.

La charge de la preuve a également été renversée par le Comité des droits de l'Homme dans l'affaire *Caceres et autres c. Paraguay*. Les auteurs, résidents d'une zone où des fumigations massives avec des produits toxiques étaient pratiquées, avaient été hospitalisés en raison d'intoxication. Un de ses auteurs en est même décédé. En examinant le grief tiré du droit à la vie, le Comité a reproché à l'État défendeur de n'avoir fourni « aucun élément de preuve pour montrer que les analyses de sang et d'urine [des auteurs] ont révélé des valeurs se situant dans des fourchettes normales » et de ne pas avoir pratiqué l'autopsie sur la personne décédée⁹⁶.

Il apparaît, au regard de la jurisprudence précitée que les membres des organes de DIDH sont conscients des difficultés de la preuve en matière de contentieux environnemental et sont en train d'y chercher un remède. Il est impératif de continuer d'avancer vers cette direction en intégrant davantage les principes de prévention et de précaution en DIDH et en veillant à ne pas imposer une charge de la preuve

⁹² Comité européen des droits sociaux, *STTK ry et Tehy ry c. Finlande*, réclamation n° 10/2000, décision sur le bien-fondé du 17 octobre 2001, §27.

⁹³ MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, « Les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité européen des droits sociaux relatives aux droits de l'homme à l'environnement », in COURNIL, Christel, COLARD-FABREGOULE, Chaherine (dir.), *Changements environnementaux globaux et Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012 (pp. 205-224) p. 208.

⁹⁴ CEDH, *Fadeïeva c. Russie*, requête n° 55723/00, 9 juin 2005, §128. V. également CEDH, *Dubetska et autres c. Ukraine*, requête n° 30499/03, § 145.

⁹⁵ CEDH, *Fadeïeva c. Russie*, requête n° 55723/00, 9 juin 2005, §101.

⁹⁶ Comité des droits de l'homme, communication n° 2751/2016, *Caceres et autres c. Paraguay*, constatations du 25 juillet 2019, CCPR/C/126/D/2751/2016, §7.5.

insupportable aux requérants dans ce type de contentieux dont les objectifs sont éventuellement bénéfiques pour l'ensemble de l'humanité.

Il est possible de conclure que le DIDH, tout comme l'Homme lui-même, est capable de jouer un rôle ambivalent vis-à-vis de l'environnement, en contribuant à sa protection ou à sa destruction. La jurisprudence internationale a évolué vers la reconnaissance d'un lien intrinsèque entre l'environnement et de nombreux droits de l'Homme. Cependant, certains principes sous-jacents du DIDH semblent imposer des limites à sa capacité de contribuer à la protection de l'environnement. Il a été démontré qu'il ne s'agit pas d'obstacles insurmontables, étant donné que la sauvegarde de l'environnement constitue un préalable à la jouissance effective de l'ensemble des droits de l'Homme. Afin faire en sorte que le DIDH prenne entièrement conscience de ce constat, d'autres avancements jurisprudentiels, et probablement l'adoption de nouveaux instruments internationaux, seront nécessaires. Il s'agirait notamment de reconnaître à l'environnement la valeur suprême d'intérêt général pour toute l'humanité ; de repenser le concept de juridiction à la lumière de problèmes environnementaux globaux ; d'intégrer davantage le concept de solidarité intergénérationnelle au DIDH ; et de continuer à chercher une solution au problème de la preuve dans les mécanismes de réclamations individuelles, en tenant compte des principes de prévention et de précaution et en se gardant d'imposer une charge de la preuve insurmontable aux individus victimes actuels et potentiels de dommages environnementaux.

Le droit international des réfugiés face aux déplacements générés par le changement climatique

Pr Thibaut Fleury Graff

Professeur à l'Université Paris Saclay (UVSQ)

La question des « réfugiés climatiques » anime le débat public¹ et juridique² depuis une dizaine d'années maintenant, du fait d'une conjonction de deux facteurs. Le premier est celui de la multiplication des « catastrophes naturelles » et autres changements environnementaux, qui dégradent à ce point les conditions de vie de certains qu'ils se trouvent contraints de fuir leur lieu habituel de résidence³. Le second est l'existence d'une convention internationale, la Convention de Genève de 1951 (ci-après, la Convention), dont l'objet est précisément d'offrir une protection, dite « internationale », à ceux qui, qualifiés de « réfugiés », fuient leur pays d'origine pour certaines raisons⁴. De là, l'idée que certains de ces réfugiés pourraient être « climatiques », leur fuite étant motivée par la dégradation du climat et de l'environnement. Or, si cette idée repose sur un constat, elle formule une solution contestable.

Il est indéniable en effet, c'est un constat que font tous les observateurs, que les catastrophes environnementales se multiplient, et qu'elles multiplient les déplacements de population. Ainsi, d'après le dernier rapport de l'Organisation mondiale pour les migrations (OIM), en 2019, près de 2000 catastrophes ont provoqué 24,9 millions de nouveaux déplacements internes dans 140 pays et territoires. Quatre pays ont été plus particulièrement touchés par ces nouveaux déplacements : l'Inde (5 millions), les Philippines (4,1 millions), le Bangladesh (4,1 millions) et la Chine (4 millions). Selon le même rapport, ce chiffre est « le plus élevé enregistré depuis 2012 », et représente « trois fois le nombre de déplacements causés par les conflits et la violence »⁵. Ces déplacements pour des raisons environnementales sont causés par des tempêtes tropicales, pluies de mousson, tremblements de terre, incendies, etc. De ce fait est apparue une nouvelle catégorie – statistique – de migrants : les « migrants environnementaux », définis comme « les personnes ou groupes de personnes qui, essentiellement pour des raisons liées à un changement environnemental soudain ou progressif influant négativement sur leur vie ou leurs conditions de vie, sont contraintes de quitter leur lieu de résidence habituelle ou le quittent de leur propre initiative,

¹ Entre autres très nombreuses références, voir par exemple, D. Granier, « Le siècle des réfugiés climatiques », in *L'Atlas environnement, Le Monde Diplomatique*, 2007, pp. 46-47.

² Voir par ex. « Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights », UN Human Rights Council, 1/FRC/10/51, 2009; et, plus largement, O. Brown, *Migrations et changements climatiques*, Série « Migration Research » de l'OIM, n°31, 2008.

³ Voir récemment ONU Info, « Face à la multiplication des catastrophes naturelles, l'ONU appelle à renforcer les mesures d'atténuation existantes », 12 octobre 2020.

⁴ Convention relative au statut des réfugiés, Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés (UNHCR), signée à Genève le 28 juillet 1951.

⁵ OIM, *État de la migration dans le monde*, Rapport 2020, Chap. IX.

temporairement ou définitivement, et qui, de ce fait, se déplacent à l'intérieur ou hors de leur pays d'origine ou de résidence habituelle »⁶.

De cela, il ne faudrait pas déduire cependant que ces « migrants environnementaux » seraient – ou devraient être – des « réfugiés climatiques ». Cette expression devenue si courante est en effet juridiquement fautive – et politiquement peu souhaitable –. S'il est certain, pour reprendre le bel angle d'attaque proposé par ce dossier thématique, que le changement climatique met le droit international, et spécifiquement ici celui de la protection internationale⁷, « face » à ses limites, cela ne signifie pas nécessairement que ces limites doivent céder. Si le langage courant, à travers l'emploi récurrent de cette notion de « réfugié climatique » tente assurément de forcer le langage juridique et le régime conventionnel de 1951, celui-ci a jusqu'à présent bien résisté – et pour cause : le droit international des réfugiés et, plus largement, le droit international des droits de l'Homme, est inadapté à la protection de ces migrants (I). Que l'on ne se méprenne pas cependant : il ne s'agit pas d'en conclure qu'aucune protection ne serait nécessaire. Elle l'est certainement, et elle est d'ailleurs en train de s'esquisser au niveau international – en dehors, toutefois, du champ du droit international des réfugiés (II).

I. Inadaptation du droit international des réfugiés à la protection des migrants environnementaux

La notion de « réfugié climatique » est une aberration juridique, une invention médiatique qui a fini par être reprise par certains universitaires. Or, il y a un piège à utiliser cette expression : celui de laisser croire, par facilité, qu'une protection est possible sur le fondement du droit international des réfugiés, ce qui n'est pourtant pas le cas. L'utilisation récurrente de ce terme conduit donc à proposer un régime inadapté (A) et inadapté du fait de ses ressorts conceptuels (B), pour résoudre un vrai problème. Telle n'est donc pas, on le comprend aisément, la solution la plus adéquate pour protéger les migrants environnementaux.

A. Inadaptation du droit positif

La question des migrations fait l'objet de peu de conventions internationales. Envisagée par la Déclaration universelle des droits de l'homme sous deux angles assez restrictif – celui pour toute personne de quitter son pays⁸, et de chercher asile à l'étranger⁹ – elle n'a été reprise dans des textes contraignants – le Pacte international

⁶ « Migrant environnemental » in OIM, « Termes clés de la migration », disponible sur : <https://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration#migrant-environnemental>

⁷ Le « droit de la protection internationale » est entendu ici comme l'ensemble des règles juridiques instituant une protection des personnes contraintes de fuir leur pays de nationalité ou de résidence du fait de craintes de persécutions. Il s'agira principalement dans cette contribution des règles issues de la Convention de Genève de 1951 et du Droit de l'Union européenne relatif à ces questions (Directive 2011/95/UE, Directive 2013/33/UE et Directive 2013/32/UE).

⁸ Art. 13§2 : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».

⁹ Art. 14§1 : « Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ».

sur les droits civils et politiques d'une part¹⁰, la Convention de Genève de 1951¹¹, d'autre part – que sous ces deux aspects. Certaines conventions régionales les complètent, mais le même constat s'impose : ni les textes relatifs au droit de la protection internationale (1) ni ceux relatifs à la protection des droits de l'homme (2) ne permettent de protéger les « migrants environnementaux » en tant que tels.

1. Droit de la protection internationale

En vertu de l'article 1A2 de la Convention de Genève, le terme « réfugié » s'applique à toute personne qui, « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ». Ce texte est inapplicable aux migrants environnementaux pour deux raisons principales¹².

En premier lieu, le terme de « réfugié » ne s'applique qu'à ceux qui se trouvent « hors de leur pays de nationalité » ou, à défaut de nationalité, de résidence. Or, en l'état actuel des migrations environnementales, les déplacements générés par le changement climatique sont très majoritairement des déplacements internes¹³ : la Convention de Genève ne leur est pas applicable de ce fait.

En second lieu, et en toute hypothèse – puisque certains quittent effectivement leur pays pour des raisons environnementales, et que de tels mouvements pourraient se multiplier dans les années à venir – aucun des motifs énumérés par la Convention – race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social ou opinions politiques – n'est relatif à l'environnement. Le changement climatique est un phénomène, qui provoque des dégradations dans les conditions de vie, quelle que soit l'ethnie, la religion, les opinions politiques ou l'appartenance à un groupe social¹⁴. Certes, si une personne fuit son pays pour des raisons environnementales *mais également* pour des raisons relevant du champ de la Convention, ou que le changement climatique provoque des tensions internes d'ordre ethnique ou politique, elle pourra être protégée de ce fait. Mais l'invocation du seul changement climatique comme motif de craintes sera insuffisante pour obtenir une protection. Il n'y a d'ailleurs à l'heure actuelle aucune

¹⁰ Art. 12, qui reprend le contenu de l'article 13§2 de la DUDH.

¹¹ Art. 1A2. Voir ci-après pour le contenu de cet article.

¹² Dans le même sens, voir, par ex. C. Cournil, « L'inadaptation du droit international des réfugiés face aux migrations environnementales et climatiques », *L'observateur des Nations Unies. Association française pour les Nations Unies*, 2017, pp. 97-117.

¹³ Voir, OIM, « Migration environnementale », *Portail sur les données migratoires. Pour une perspective globale*, disponible sur : <https://migrationdataportal.org/fr/themes/migration-environnementale>

¹⁴ Cette dernière notion de « groupe social » doit être bien comprise. Selon le droit européen, qui précise sur ce point la Convention de Genève, « un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier : - ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentiel pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et – ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante » (Art. 10d de la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011). Ce motif n'est donc pas plus applicable que les autres aux migrants environnementaux.

jurisprudence, française, européenne ou internationale qui reconnaîtrait la qualité de réfugié à une personne pour des craintes de persécutions dues au seul changement climatique ou à des événements environnementaux.

L'examen des régimes régionaux en matière de protection internationale conduit à une conclusion similaire, quoique certains de ces régimes soient un peu plus ouverts que la Convention.

Le droit de l'Union européenne, qui permet de protéger les personnes craignant une exécution, des traitements inhumains ou dégradants ou un conflit armé¹⁵, ne conditionne certes pas cette « protection subsidiaire » à un motif spécifique. Il identifie toutefois les « acteurs de persécution » comme devant être « l'État », « des partis ou organisations qui contrôlent l'État ou une partie importante du territoire de celui-ci » ou, enfin, « des acteurs non-étatiques, s'il peut être démontré que les [deux types d'acteurs précédents] ne peuvent pas ou ne veulent pas accorder une protection contre les persécutions ou atteintes graves (...) »¹⁶. Un phénomène naturel ne saurait donc être identifié comme tel et permettre une protection de ce chef.

Les droits sud-américain et africain sont un peu différents, mais ne laissent cependant que peu de possibilités d'envisager un statut de « réfugié climatique » sur leur fondement. La différence, vis-à-vis du droit international et européen de la protection internationale, découle surtout de ce que la définition du « réfugié » y est bien plus large. Ainsi, selon la Déclaration de Carthagène¹⁷, très proche sur ce point de la Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine de 1969¹⁸, peuvent être qualifiées de « réfugiées » les « personnes qui ont fui leur pays parce que leur vie, la sécurité ou la liberté ont été menacées par la violence généralisée, une agression étrangère, des conflits internes, une violation massive des droits de l'homme ou d'autres circonstances ayant perturbé gravement l'ordre public ». Cette dernière référence pourrait laisser entrevoir la possibilité d'une protection dès lors qu'une catastrophe naturelle perturberait « gravement l'ordre public »¹⁹, ce qui n'est pas à exclure – mais dont on peinerait à trouver un exemple récent : il est certes concevable que l'ordre public puisse être perturbé par une catastrophe naturelle ou un événement environnemental de grande ampleur, il ne l'est cependant que rarement durablement et donc « gravement ». En outre, et quoiqu'il en soit, ces textes, tout comme la Convention de Genève et le droit européen, découlent d'une conception de la protection internationale qui fait obstacle à une interprétation favorable à la protection des migrants environnementaux. Le constat est le même concernant les textes en matière de droits de l'Homme.

2. Droit international des droits de l'Homme

Les textes internationaux et régionaux en matière de droits de l'Homme ne contiennent en effet aucune disposition expresse relative au droit d'entrée et de séjour des étrangers, ou concernant la protection que ces derniers pourraient nécessiter du fait de la dégradation de leurs conditions de vie dans leur pays d'origine. Comme tout être humain se trouvant sous la juridiction d'un État partie, les migrants environnementaux

¹⁵ Directive 2011/95/UE, précitée, Art. 2 et 15.

¹⁶ Directive 2011/95/UE, précitée, Art. 6.

¹⁷ « Déclaration de Carthagène sur les réfugiés », adoptée le 22 novembre 1984.

¹⁸ « Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique », adoptée le 10 septembre 1969.

¹⁹ Point 3 de la Déclaration de Carthagène et article 1 de la Convention de l'OUA.

jouissent des droits que ces textes garantissent. Mais aucun de ces droits ne leur permet d'invoquer la dégradation, même particulièrement sévère, de leur condition de vie pour obtenir un droit d'entrée et de séjour sur le territoire d'un État dont ils ne sont pas les ressortissants. Certes, l'article 3 de la Convention EDH²⁰, l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²¹ ou encore l'article 3 de la Convention contre la torture de 1984²² interdisent, plus ou moins directement, aux États parties à ces instruments d'éloigner de leur territoire un étranger qui risquerait, dans son pays de destination, la torture ou des traitements inhumains ou dégradants. Mais les conséquences du changement climatique sont insuffisantes, à elles seules, pour caractériser de tels traitements.

C'est en ce sens qu'a conclu récemment le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, dans une affaire retentissante, mais à laquelle on a voulu souvent faire dire plus que ce qu'elle ne dit réellement. Rendue en septembre 2019, la décision *Teitiota* concernait un ressortissant des îles Kiribati, dont la demande de protection internationale formulée auprès des autorités néozélandaises avait été rejetée²³. M. Teitiota fondait sa demande sur les effets du changement climatique et de la montée des eaux. Il mettait particulièrement en avant le réchauffement climatique, la difficulté de trouver de l'eau potable, la diminution des terres habitables aboutissant à des conflits fonciers et une crise du logement, etc. Sa demande avait été rejetée par les autorités néozélandaises au motif, notamment, qu'aucun de ces éléments n'était constitutif, d'une part, d'une crainte d'être persécuté au sens de la Convention de Genève de 1951 et, d'autre part, d'une action ou d'une omission des autorités constitutives d'une violation de l'article 6 PIDCP. En soulignant la « responsabilité » qui incombe aux États parties au PIDCP de « tenir compte, dans les (...) affaires d'expulsion, de la situation à Kiribati ainsi que de nouvelles données sur les effets du changement climatique et de l'élévation du niveau de la mer »²⁴, en estimant que « les effets des changements climatiques dans les États de destination risquent d'exposer les prétendants à l'asile à une violation des droits garantis par articles 6 ou 7 du Pacte, ce qui obligeait les États qui entendent renvoyer les intéressés à appliquer le principe de non-refoulement »²⁵, le Comité a assurément envoyé un « signal fort » pour la « protection internationale des personnes déplacées dans le contexte du changement climatique »²⁶.

Il n'en demeure pas moins que l'affaire a été rejetée au fond, et que l'analyse du Comité est étroitement liée à l'action des autorités. Ce ne sont donc pas tant les effets du changement climatique eux-mêmes qui protègent potentiellement un étranger d'un éloignement, que l'attitude du gouvernement à cet égard. Le Comité note ainsi sans détour que « Kiribati [prend] des mesures d'adaptation en vue de réduire les vulnérabilités existantes et de renforcer la résilience face aux dommages résultant des changements climatiques » - tout comme le tribunal néozélandais avait jugé que « le

²⁰ « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

²¹ « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (...) ».

²² « Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ».

²³ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Constatations relatives à la communication n°2728/2016, *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, 24 octobre 2019.

²⁴ §9.14 de la décision.

²⁵ §9.11 de la décision.

²⁶ UNHCR, « La décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sur le changement climatique est un signal fort », 24 janvier 2020.

Gouvernement kiribatien [prend] des mesures en vue de lutter contre les effets des changements climatiques dans le cadre du programme d'adaptation national adopté en 2007 au titre de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques »²⁷. Assurément intéressante et importante, cette décision ne reconnaît ni un statut de « réfugié climatique » - le Comité n'est pas compétent pour ce faire – ni une protection contre le refoulement au seul motif du changement climatique – la logique du droit international des droits de l'Homme ne le permet pas, pas plus que celle du droit de la protection internationale²⁸.

B. Inadaptation de la philosophie de la protection internationale des droits

La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, de même que les textes qui en découlent plus ou moins directement tels que la Convention de Genève de 1951, la Convention européenne des droits de l'Homme ou les Pactes de 1966, reposent sur une même logique, qui est celle d'une protection contre « la tyrannie et l'oppression »²⁹ - c'est-à-dire, et pour le dire simplement, contre des persécutions humaines, notamment politiques. Il s'agit de protéger les êtres humains contre les régimes politiques autoritaires, ou contre les persécuteurs privés que les autorités laissent agir impunément. Il ne s'agit nullement de protéger ceux qui subissent des phénomènes naturels – ces phénomènes fussent-ils, mais d'une manière très diffuse, sans auteur précisément identifiable, d'origine humaine.

La notion de « persécution », centrale dans le droit international des réfugiés et, plus largement, de la protection internationale, est en ce sens particulièrement révélatrice de la logique qui anime ce droit. La persécution en effet est nécessairement un acte imputable à un être humain, ou à une autorité déterminée. La Directive « Qualification », qui précise les conditions d'éligibilité à une protection internationale, donne ainsi pour exemples d'actes de persécutions, les « violences physiques ou mentales, y compris les violences sexuelles », les « mesures légales, administratives, de police et/ou judiciaires qui sont discriminatoires (...) », les « poursuites, ou sanctions qui sont disproportionnées ou discriminatoires », le « refus d'un recours juridictionnel », ou encore, parmi d'autres exemples, les « actes dirigés contre des personnes en raison de leur genre ou contre des enfants ». Nous avons déjà souligné également que les « acteurs de persécutions » envisagés par la directive sont exclusivement des personnes physiques ou des organisations politiques. En outre, et ainsi que cela ressort en filigrane de ces exemples, une « persécution » est un acte « par définition discriminatoire », qui « vise des personnes déterminées »³⁰.

On comprend ainsi aisément que la philosophie générale du droit de la protection internationale, qui n'est guère différente de celle du droit international de la protection des droits de l'Homme, ne correspond pas à la protection que nécessitent

²⁷ Rappelé au §9.6 de la décision *Teitiota*.

²⁸ Il ne faut pas négliger, par contre, la possibilité que l'inaction des États face au changement climatique constitue une violation des droits fondamentaux. Voir en ce sens l'affaire *Cláudia Duarte Agostinho et autres c. le Portugal et 32 autres États*, introduite devant la Cour EDH le 7 septembre 2020 (requête n°39371/20) et communiquée par cette dernière aux parties le 13 novembre 2020. Dans cette requête, les requérants allèguent une violation des articles 2 (droit à la vie), 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 (non-discrimination). Voir le communiqué de la Cour disponible à l'adresse <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-206535> et A. Garric, « Six jeunes Portugais attaquent 33 États afin de les contraindre à agir contre la crise climatique », *Le Monde*, 3 septembre 2020.

²⁹ Ainsi que le rappelle le Préambule de la DUDH.

³⁰ D. Alland, C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF 2002, §244, p.345.

les migrants environnementaux. Le changement climatique, s'il découle des activités humaines, n'est pas imputable à un être humain, à une autorité politique ou à une organisation en particulier. Qui plus est, le changement climatique, en tant que phénomène factuel, *affecte* certainement davantage certaines personnes que d'autres, en fonction de leur lieu de résidence, de leur revenu, etc., mais il ne *visé* personne en particulier : en tant que phénomène, il est aveugle aux bassesses de notre humanité. Il ne saurait donc y avoir de crainte de « persécution » du fait du changement climatique³¹, et il ne saurait donc y avoir de « réfugié » climatique sans trahir la philosophie générale des textes relatifs à la protection internationale. En ce sens, ces textes sont inadaptés à ces problématiques. Ce qui ne signifie pas, tout au contraire, qu'aucune protection ne soit nécessaire pour les migrants environnementaux, et que d'autres textes internationaux ne puissent pas la prévoir.

II. Adaptabilité du droit international général à la protection des déplacés environnementaux

Les développements qui précèdent ne témoignent pas seulement de l'inadaptation des outils juridiques actuels à la protection des migrants environnementaux. Ce qu'ils révèlent également, c'est leur *inadaptabilité*, du fait de la philosophie qui les anime. Ce sont donc vers d'autres instruments qu'il faut se tourner pour espérer trouver une protection adaptée aux spécificités de ces migrations, qui ne sont pas contraintes par des persécutions humaines, mais par des phénomènes naturels. Or, depuis quelques années, certains instruments internationaux s'inscrivent en ce sens, promouvant l'idée qu'une personne forcée à quitter son pays pour des raisons environnementales puisse bénéficier, sur le territoire d'un autre État, d'un titre de séjour spécifique. Ces instruments constituent en cela un premier pas vers la mise en place d'une protection spécifique pour les migrants environnementaux.

Adopté en 2015, « l'Agenda pour la protection des personnes déplacées au-delà des frontières dans le cadre de catastrophes et de changements climatiques » évoque ainsi au titre des bonnes pratiques recommandées aux États, et entre autres exemples, la nécessité d'« accorder l'admission et le séjour temporaires des personnes déplacées au-delà des frontières en contexte de catastrophes, notamment par la délivrance de visas humanitaires ou d'autres mesures de migration exceptionnelles »³². Un an auparavant, la « Déclaration du Brésil », adoptée en 2014 dans le cadre du Forum « Carthagène +30 », reconnaissait « les défis posés par le changement climatique et les désastres naturels ainsi que le déplacement des personnes à travers les frontières que ces phénomènes [peuvent] provoquer » et sollicitait le HCR pour établir « des stratégies de réponse dans les pays de la région », des plans de contingence, des réponses intégrées de gestion du risque de désastres naturels et des programmes de visas humanitaires »³³.

³¹ Pour un avis divergent, mais qui ne prétend pas être juridique, voir. « Migrants : "Le changement climatique est une persécution que nous, occidentaux, infligeons aux plus vulnérables », Entretien avec F. Gemenne, *Reporterre*, 28 juin 2018.

³² The Nansen Initiative, « Agenda pour la protection des personnes déplacées au-delà des frontières dans le cadre de catastrophes et de changements climatiques », Décembre 2015, p.28.

³³ « Un cadre pour la coopération et la solidarité régionale pour le renforcement de la protection internationale des réfugiés, des personnes déplacées et des apatrides en Amérique Latine et aux Caraïbes »,

Ces déclarations ont été entendues, et ont fait l'objet d'une attention particulière lors des négociations et de l'adoption, en 2018, du « Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières »³⁴, qui constitue selon les mots d'un auteur « *a ray of hope* » pour les migrants environnementaux³⁵. Plusieurs dispositions du Pacte font signe en effet vers une prise en compte de ces questions.

Ainsi, dans son Deuxième objectif, le Pacte mentionne « la lutte contre les facteurs structurels de migrations », au titre desquels figurent « la réduction du risque de catastrophe, l'adaptation aux changements climatiques et l'atténuation de leurs effets ». Plus précisément, les points K) et L) de ce deuxième objectif invitent les États à « élaborer des stratégies et des dispositifs aux niveaux sous régional et régional et les harmoniser afin de remédier aux vulnérabilités des personnes touchées par des catastrophes naturelles soudaines ou larvées, en veillant à ce qu'elles aient accès à une aide humanitaire qui satisfassent leurs besoins essentiels dans le plein respect de leurs droits, où qu'elles soient, et en agissant en faveur de résultats durables qui permettent aux pays de gagner en résilience et en autonomie, compte tenu des capacités qui sont les leurs », ainsi qu'à « élaborer des stratégies cohérentes pour relever les défis posés par les mouvements migratoires dans le contexte de catastrophes naturelles soudaines ou larvées, notamment en prenant en considération les recommandations pertinentes issues des processus consultatifs menés par les États, tels que l'Agenda pour la protection des personnes déplacées au-delà des frontières dans le cadre de catastrophes et de changements climatiques, et la Plateforme sur les déplacements liés aux catastrophes ». En outre, et surtout, le cinquième objectif du Pacte prévoit pour sa part d' « établir à l'échelle nationale et régionale des dispositifs permettant l'admission et le séjour pour une durée appropriée, par compassion, pour des motifs humanitaires ou compte tenu d'autres considérations, de migrants contraints de quitter leur pays d'origine en raison d'une catastrophe naturelle soudaine ou d'autres situations précaires, ou améliorer les pratiques ayant déjà cours dans ce domaine, par exemple en offrant à ces migrants des visas humanitaires et des parrainages privés, en donnant à leurs enfants accès à l'éducation et en leur délivrant des permis de travail temporaire tant qu'il ne leur sera pas possible de s'adapter à la situation ou de rentrer dans leur pays d'origine ».

Certes, ces instruments n'ont rien de contraignant. Le « Pacte mondial » pour les migrations prend, juridiquement, la forme d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies : il ne formule donc que de simples recommandations aux États, ce qu'il précise d'ailleurs tout à fait expressément³⁶. En outre, il n'est pas recommandé d'accorder aux migrants environnementaux une « protection » particulière – uniquement de développer des « voies légales de migrations » à leur intention, afin, notamment, de leur permettre de séjourner temporairement sur leur territoire. Mais tel est précisément leur intérêt : leur caractère non-contraignant est, en l'état des crispations internationales autour des questions migratoires, le gage de leur acceptabilité ; qui plus est, les propositions qu'ils formulent ont l'avantage de ne pas inscrire la question des migrations environnementales dans le cadre inadapté du droit

Brasilia, 3 décembre 2014. Version française disponible sur : <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=548707ca4>

³⁴ Assemblée Générale des Nations Unies, *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*, A/CONF.231/3.

³⁵ W. Kälin, « The global compact on migration : a ray of hope for disaster-displaced persons », *International Journal of Refugee Law*, Vol.30, No.4 (Dec.2018), pp. 664-667.

³⁶ Voir. le §7 du Pacte : « Le présent Pacte mondial établit un cadre de coopération juridiquement non contraignant (...) ».

international des réfugiés. Il est d'ailleurs remarquable que les références les plus nombreuses au changement climatique aient été inscrites dans le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, et non dans le Pacte mondial pour les réfugiés, adoptés concomitamment³⁷.

Le changement climatique est un phénomène (relativement) nouveau, qui ne peut être appréhendé avec des outils anciens. Ancien ne veut pas dire obsolète : la Convention de Genève de 1951, tout comme les instruments en matière de droits de l'Homme ont évidemment, il faut toujours le rappeler, toute leur importance, leur place, leur légitimité. Mais tenter d'y inclure des phénomènes pour lesquels ils n'ont pas été pensés conduit non seulement à les affaiblir, mais encore et surtout à proposer des solutions inadaptées aux migrants environnementaux. Face au changement climatique, le Droit international public doit se réinventer. Le Pacte sur les migrations adopté en 2018 démontre l'invention progressive, concernant les déplacés climatiques, d'une logique d'accueil plutôt que de protection. Prenant acte des spécificités des conséquences du changement climatique par rapport aux « persécutions » et « violations des droits de l'Homme » qui animent les instruments traditionnels, le Pacte est fondé sur le constat de la dégradation des conditions de vie dues à des facteurs environnementaux. En cela, le droit international évolue vers une reconnaissance, non pas des « réfugiés climatiques », mais des besoins spécifiques des populations que le changement climatique pousse sur les routes de l'exil.

³⁷ Assemblée générale des Nations Unies, *Pacte mondial sur les réfugiés*, A/73/12. Ce Pacte ne contient qu'une référence au climat. Voir §8 : « Même si en eux-mêmes, ils ne constituent pas la cause des déplacements de réfugiés, le climat, la dégradation de l'environnement et les catastrophes naturelles interagissent de plus en plus avec les facteurs des déplacements de réfugiés ».

Réchauffement climatique et commerce maritime

Pr Philippe Delebecque

Professeur à l'Université de Paris-I

L'importance du commerce maritime. 85 % des échanges internationaux se font par voie maritime. Par navires de ligne régulière transportant des milliers de conteneurs ou par des navires affectés au *tramping*, plus appropriés pour le déplacement des matières premières. Ce qui se traduit par des affrètements, des transports et, bien entendu, des ventes, *CAF*, *FOB* ou *DDP*. Ces activités sont essentielles dans l'économie moderne, mais sont affectées et en tout cas concernées par les questions climatiques, dont celle du réchauffement.

La réalité du réchauffement. Le changement climatique est, malheureusement, une réalité. On le constate presque tous les jours. Les hivers sans neige, sans même de gelées, se multiplient et les étés sont de plus en plus torrides. La situation est pleine d'inconvénients, c'est certain. Mais peut-être faut-il tirer de ces inconvénients des avantages, faire contre mauvaise fortune bon cœur.

Le temps où les conclusions du GIEC relatives à la concentration des émissions de gaz à effet de serre sur le réchauffement climatique provoquaient sarcasmes et critiques est révolu. Seuls quelques acteurs internationaux, si puissants soient-ils, persistent dans une attitude de déni. L'Accord de Paris, de décembre 2015, a entériné l'engagement de 188 pays pour contenir l'élévation de la température moyenne de la planète « en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels préférentiellement à 1,5 °C ». L'Organisation Mondiale de la Météorologie observe que le réchauffement climatique est devenu, malheureusement, « une évidence ».

Ce réchauffement est lui-même le résultat de la pollution : des gaz à effet de serre, des émissions de soufre... pollution à laquelle les navires, les armateurs, contribuent, même s'il est vrai qu'un porte-conteneur de 15 ou 20 000 boîtes est l'équivalent d'une dizaine de milliers de camions et donc mille fois moins nocif. En tout cas, dans les navires qui contribuent à la pollution, il faut ranger les porte-conteneurs, les vraquiers, les gaziers, les méthaniers, les pétroliers, mais aussi les navires de croisière, ces énormes immeubles flottants source de pollution par le soufre, mais également visuelle. On pourrait y inclure également, dans une certaine mesure, les navires de plaisance : source de déchets près des côtes, mais aussi les navires de pêche et surtout ceux qui pratiquent la contrebande, comme l'atteste un jugement récent du tribunal judiciaire de Marseille ayant condamné des petits pêcheurs qui, dans les calanques, ne s'étaient pas gênés pour braconner, pêcher et vendre toutes sortes d'espèces protégées. Le Tribunal les a condamnés à réparer le *préjudice écologique* qu'ils avaient pu causer. C'est une première qui mérite d'être notée¹. Rappelons, au demeurant, que l'on doit le concept de préjudice écologique à la jurisprudence maritime², avant que le législateur ne prenne le relais dans le nouvel article 1246 du Code civil.

¹ T corr. Marseille, 6 mars 2020, *D.* 2020, 1553, note G. Leray, J. Bardy, G. Martin et S. Vanuxem.

² Cass. crim. 25 sept. 2012, *D.* 2012, 2711 et la note.

Si le réchauffement climatique est une réalité, il faut rester constructif et essayer de tirer de ses vices des avantages, sinon des vertus. Le réchauffement climatique a contribué à la prise de conscience des enjeux écologiques. Les réactions se multiplient spécialement dans le monde maritime, qu'elles émanent des organisations internationales, de l'OMI en particulier, et même des organisations professionnelles, à l'exemple du BIMCO, principale organisation professionnelle du monde du *shipping*. D'où de nombreuses mesures techniques, sur la substitution du GNL au fioul lourd, en tant que combustible des navires, sur la réduction des émissions de gaz toxiques...³ Mais en même temps, le réchauffement climatique a ouvert de nouvelles perspectives. De nouvelles techniques ont été mises au point : conteneurs plus performants... On songe même à relancer les navires à voile ou à installer des voiles sur des navires traditionnels. En outre, le réchauffement climatique a permis l'ouverture de nouvelles lignes maritimes, telles les routes polaires et favorise de nouvelles recherches dans les grands fonds, recherches qui s'accompagnent désormais de toutes les protections requises. En d'autres termes, si le réchauffement climatique est une source de pollution - progressivement maîtrisée -, il peut être aussi une source de progrès.

I. Le réchauffement climatique source de pollution (progressivement maîtrisée)

Le réchauffement est à l'origine de nombreuses pollutions. D'où de nombreuses mesures prises en réaction. Citons déjà la Convention sur la prévention de la pollution marine par rejet de déchets et d'autres matériaux (*London Dumping Convention*). L'instrument interdit l'immersion des déchets ou autres matières, l'incinération en mer, ainsi que toute exportation de déchets vers d'autres pays aux fins d'immersion ou d'incinération en mer. Le texte est important, car il institue, dans un cadre universel, les principes de précaution et de « pollueur-payeur ». Il reconnaît également, en creux, la fragilité du milieu marin, ce dont la réglementation de l'OMI va progressivement tenir compte⁴. On peut noter, par exemple, qu'à la suite d'une décision conjointe des États-Unis et du Panama de modifier des dispositifs de séparation de trafic au large de leurs côtes pour éviter la collision avec des cétacés, l'OMI a pris les mesures techniques appropriées.

Sur le plan régional, les mêmes actions respectueuses de l'environnement marin se sont développées. Ainsi en est-il de la Convention pour la protection de la mer Méditerranée, dite Convention de Barcelone de 1976. Regroupant une vingtaine de pays riverains, elle se présente comme le vecteur juridique du « Plan d'action pour la Méditerranée » élaboré dans le cadre du « Programme pour les mers régionales » de l'ONU. Relevons aussi la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, dite Convention OSPAR, procédant de la fusion de la Convention d'Oslo (1972) relative à la prévention de la pollution marine par les opérations d'immersion et de la Convention de Paris réglementant les rejets d'origine tellurique, signée à Paris le 22 septembre 1992 par 15 États européens et par l'Union européenne.

³ L. GRARD, « Fabrication régionale d'un droit maritime du climat ou d'un droit climatique du transport maritime », *DMF* 2019, 616 ; G. PIETTE, « Les défis posés au droit maritime par les changements climatiques », *DMF* 2019, 600.

⁴ LE FLOCH, « L'action en demi-teinte de l'OMI dans le cadre de la lutte contre les changements climatiques », *DMF* 2019, 607.

Les réactions se multiplient et sont de plus en plus contraignantes. Elles affectent désormais l'exploitation même des navires. Les armateurs les subissent, mais ont compris qu'il fallait les intégrer. Les vrais armateurs ont toujours eu le souci de la protection des mers. Les nouveaux armateurs, souvent des financiers et non plus des professionnels de la mer, savent qu'il en va aujourd'hui de leur image commerciale. Il faut ajouter que les réactions ont également des incidences sur la gestion des relations contractuelles elles-mêmes. Les chartes-parties, dont on sait l'importance dans le monde maritime, tiennent compte des contraintes environnementales.

A. Les changements dans l'exploitation des navires

L'Annexe VI de la Convention MARPOL consacrée à la prise en compte des pollutions atmosphériques occasionnées par les navires est entrée en vigueur en 2005. Elle marque une étape importante dans la protection de l'environnement marin. Pour autant, la communauté maritime s'était déjà préoccupée sérieusement de la question⁵. Dès 1974, les scientifiques ont pu établir le caractère toxique de certains produits chimiques et leurs effets nocifs sur la couche d'ozone. D'où des mesures correctives de l'altération de la couche d'ozone à l'initiative des Nations Unies et plus précisément le Protocole de Montréal à la Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone, par lequel les États parties (24 à ce jour) s'engagent à réduire leur consommation de substances appauvrissant la couche d'ozone (d'où l'Annexe VI de Marpol précité et divers règlements européens).

Depuis quelques années, l'attention s'est portée sur la régulation des rejets de soufre des navires, sur les épurateurs d'air (scrubbers), sur le recours aux carburants à basse teneur en soufre, sur l'utilisation du GNL, sur les autres émissions polluantes, sur la nécessaire « décarbonation » du trafic maritime, sur la réduction de la vitesse des navires... Les dispositions de caractère technique visant à réduire les effluents des navires sont de plus en plus diversifiées. On est ainsi entré dans un cercle vertueux, car la réduction des rejets de dioxyde de soufre qui s'accompagne d'une réduction des rejets de particules fines se double d'un contrôle des émissions de CO₂. Inutile de dire que toutes les mesures qui ont été prises et seront encore prises ont des effets sur l'exploitation des navires. Elles contribuent en même temps à l'essor de nouvelles techniques, notamment dans la construction des navires et favorisent ainsi l'innovation et le progrès technique.

Toujours est-il que sur le plan juridique, ces diverses mesures commencent à soulever certaines questions. Il faut citer ici la fameuse décision *Azura* (navire de la compagnie *Carnival* dont le taux de soufre dans les émissions de cheminée a été relevé dans le port de Marseille et dont il a été établi qu'il dépassait les normes prescrites par la réglementation internationale). Le jugement de première instance⁶ a été réformé en appel⁷. Il faut s'en féliciter, tant le jugement était sévère à l'encontre du capitaine du navire qui n'avait, en l'occurrence, joué aucun rôle actif. La cour d'appel le souligne très

⁵ C. DE CET BERTIN, « Étude juridique des émissions de gaz à effet de serre par les navires », *DMF* 2019, 631.

⁶ TGI Marseille, 26 nov. 2018, *Energie, Em. infrastr.* 2019, 35 et les obs., *DMF* 2019, 664.

⁷ CA Aix-en-Provence 12 nov. 2019, *DMF* 2020, 230, obs. Brajeux. Nous venons d'apprendre que l'arrêt avait été cassé assez sévèrement : Cass. Crim. 24 Nov. 2020, n° 19-87.651, observant que « le capitaine est gardien de la sécurité du navire et ... de la protection de l'environnement » et qu'il était, sur ces questions « tenu personnellement ».

clairement, en observant que l'élément intentionnel de pollution (art. L. 218-2 c. environnement réprimant par renvoi à des réglementations internationales l'émission de gaz à teneur en soufre supérieure à un certain pourcentage) n'était pas caractérisé. L'arrêt s'appuie sur l'article L. 5412-2, al. 2, du code des transports qui prévoit que le capitaine répond de toute faute commise dans l'exercice de ses fonctions. Il importe, est-il dit, que l'on puisse lui imputer une intention coupable ou à tout le moins une négligence fautive. Or, en l'espèce, la cour observe que le capitaine n'avait personnellement pris aucune décision permettant d'inférer une quelconque volonté de commettre une infraction. Une fois encore, le délit de pollution reproché au capitaine n'est pas purement matériel : toute imputation au capitaine était donc exclue. La solution devrait s'imposer définitivement dans la mesure où la loi du 24 déc. 2019 sur les mobilités a abrogé l'alinéa 2 de l'article L. 5412-2 du code des transports, dans un souci de protection des capitaines de navire.

On le voit, les mesures de lutte contre la pollution atmosphérique à l'origine de laquelle peuvent être les navires, ont des incidences sur l'exploitation des navires eux-mêmes et dans le prolongement sur la formation des équipages. Elles posent aussi d'intéressantes questions de responsabilité. Mais il y a plus, en ce sens que ces mesures conduisent les armateurs à repenser leurs contrats et gérer leur « business » en tenant compte des exigences environnementales. Les changements affectent alors les relations entre les parties aux opérations de transport et d'affrètement.

B. *Les changements dans les relations entre les parties*

Le BIMCO (*Baltic and International Maritime Council*), la principale association représentant les armateurs à l'échelle mondiale, propose les modèles de chartes-parties auxquelles les opérateurs se réfèrent. Autrement dit, dans le monde du *shipping*, le BIMCO a un rôle essentiel, car les contrats qui circulent sont avant tout son œuvre. S'il est vrai, bien entendu, que la règle, en matière d'affrètement, est celle de la liberté contractuelle et qu'il appartient, avant tout, aux parties de déterminer comme elles l'entendent leurs droits et obligations, la pratique est un peu différente, dans la mesure où les parties se réfèrent aux modèles du BIMCO et intègrent dans leurs relations les clauses types, parfois en les biffant ou en les aménageant. En outre, il faut savoir que le BIMCO se réunit régulièrement pour mettre à jour les modèles de chartes-parties et tenir compte des évolutions techniques, économiques ou même juridiques (à la suite de telle ou telle jurisprudence). C'est ainsi que le BIMCO a récemment proposé certaines clauses pour répondre aux exigences de la protection de l'environnement⁸. Plus spécialement, deux clauses ont été conçues « pour être simples et pratiques et faciliter la transition de la flotte mondiale vers une ère de carburants à faible teneur en soufre ».

Deux nouvelles clauses dans les affrètements à temps élaborées par une équipe d'armateurs, d'affréteurs, de fournisseurs de soutes, de P and I clubs et de juristes, sont donc venues traiter des questions relatives au plafond de 2020 sur le soufre dans les combustibles marins⁹. La Clause 2020 sur la teneur en soufre des combustibles marins remplace la clause 2005 et peut être, d'ores et déjà, incluse dans les chartes à temps. La

⁸ O. CACHARD, « Les chartes-parties, vecteurs de la contractualisation du risque environnemental dans le transport maritime », *DMF* 2020, 291.

⁹ V. *BIMCO 2020 Marine Sulphur Content Clause for Time Charter parties and BIMCO 2020 Fuel Transition Clause for Time Charter*.

nouvelle clause fait partie intégrante de l'ensemble des clauses standards du BIMCO pour les affréteurs à temps. La clause de transition pour 2020 ne fait pas partie de l'ensemble des stipulations relatives aux combustibles de soufre, car elle traite du passage d'une teneur en soufre de 3,5 % à 0,5 %. Cette clause vise à répartir d'une manière équilibrée les obligations et les responsabilités entre les armateurs et les affréteurs en relation avec les combustibles qui ne seront plus conformes à la Convention Marpol à compter du 1^{er} janvier 2020. Les questions relatives aux spécifications, aux qualités et à l'adéquation du carburant fourni par les affréteurs à temps sont couvertes par les clauses types de soude existantes dans les affrètements à temps.

Dans les affrètements pétroliers, de nombreuses clauses sont rédigées pour prévenir les risques de pollution et répondre ainsi aux nouvelles problématiques environnementales : sur le nettoyage des cales, sur les lieux de chargement et de déchargement qui doivent être appropriés, sur l'inspection des navires¹⁰. Les grandes compagnies ont du reste des services chargés de ce que l'on appelle le « vetting »¹¹ qui trouve son expression dans une sélection stricte des navires susceptibles d'être affrétés. Les armateurs, très soucieux de leur image commerciale, sont certainement devenus (ou redevenus) beaucoup plus vertueux que par le passé, même si, une fois encore, de nombreux armateurs sont aujourd'hui des gens du monde de la finance et non plus du monde maritime.

Les mêmes préoccupations se retrouvent dans les contrats de vente maritime, qu'il s'agisse de ventes *CAF*, *FOB* ou encore à l'arrivée. Les exportateurs pourraient peut-être se contenter de vendre *FOB* ou *EXW* pour ne pas avoir à choisir les navires appelés à transporter leurs marchandises, mais les importateurs auraient intérêt à acheter *CAF* pour avoir une bonne maîtrise des mêmes navires¹² et imposer à leurs armateurs de veiller scrupuleusement aux normes environnementales. Même si la situation n'est pas encore idéale, on peut s'attendre à des changements dans les pratiques commerciales qui ne peuvent plus ne pas tenir compte des problèmes liés au réchauffement climatique. On le voit, ce phénomène n'a pas que des inconvénients. Il peut être aussi une source de progrès, du moins y contribuer.

II. Le réchauffement climatique source de progrès

Le réchauffement climatique n'a pas que des aspects négatifs. Il suscite l'imagination des hommes contraints à s'adapter. D'où l'ouverture de nouvelles routes maritimes, mais aussi la création de nouvelles activités. Les auteurs l'ont déjà remarqué¹³. De nouvelles routes et de nouvelles ressources donc.

¹⁰ V. R. FAALI, *L'affrètement des navires pétroliers*, thèse Paris-I, 2019. 12.

¹¹ V. O. JAMBU-MERLIN, « Quelques réflexions sur le vetting des navires citernes », *Gazette CAMP*, n°12.

¹² Étant rappelé que dans une vente *CAF*, c'est le vendeur qui contracte avec la compagnie maritime.

¹³ v. M. JACQUOT, « L'impact du développement du transport maritime sur l'environnement arctique », *DMF* 2019, 640.

A. De nouvelles routes maritimes

Le réchauffement climatique est encore plus rapide dans les zones polaires que dans le reste du globe. Au Groenland, la hausse de la température de 3 °C depuis près d'un siècle a provoqué une fonte très sensible de sa calotte glaciaire propre à tel point que les courants marins ne sont plus les mêmes. Le phénomène affecte également les eaux atlantiques et arctiques. De même a-t-on vu apparaître des « fontaines » bouillonnantes de méthane libéré par la réduction de la banquise et le réchauffement des eaux profondes. Les hausses de températures sont également très nettes en Méditerranée, ce qui contribue à la montée des eaux.

Quoiqu'il en soit, cet état de fait suscite de nouvelles exploitations et dans le prolongement de nouvelles régulations. La plus importante est celle que se propose d'instituer le code polaire mis au point par l'OMI. Ce code, entré en vigueur le 1^{er} janv. 2017, est un recueil de règles obligatoires pour les navires exploités dans les eaux polaires. L'instrument a pour objet de renforcer la sécurité de l'exploitation des navires dans les zones considérées et d'atténuer les incidences de cette exploitation sur les personnes et l'environnement dans les eaux polaires éloignées, vulnérables et inhospitalières¹⁴. Il est ainsi venu prendre le relais des réglementations nationales ou régionales des pays riverains, tout en prolongeant plusieurs recommandations, circulaires ou résolutions de l'OMI. Le code polaire a été conçu en tenant compte des préconisations de l'OMI : évaluation des risques, prise en considération de l'élément humain, normalisation en fonction d'objectifs. Dans sa première partie, le code traite de la sécurité des navires. Dans sa seconde, de la prévention des pollutions. Chaque partie comprend des dispositions obligatoires et des pures recommandations additionnelles. Chaque chapitre précise l'objectif global de ces dispositions et les prescriptions fonctionnelles nécessaires pour atteindre cet objectif, ainsi que des prescriptions normatives. Celles-ci complètent ce qui est déjà applicable en vertu des conventions SOLAS et MARPOL.

Ajoutons que l'utilisation du fioul lourd dans les zones polaires présente de nombreux risques : pollution par hydrocarbures, émissions de fumées... D'où la modification de la Convention MARPOL pour interdire l'usage du fioul lourd et le transport en vrac dans les eaux antarctiques. Dans les eaux arctiques, la réglementation reste non contraignante et se réduit à de simples recommandations, malheureusement peu suivies. Il n'est pas exclu que l'OMI, sous l'impulsion de certaines ONG de défense de l'environnement, soutenues par certains pays, dont la France, devienne plus autoritaire. Au-delà de ces nouvelles routes qui devraient être, à terme, bien organisées et protégées, ce sont de nouvelles ressources que le réchauffement climatique pourrait mettre à jour.

¹⁴ Le code couvre tous les domaines de l'exploitation des navires : structure, propulsion, stabilité, engins de sauvetage, radiocommunication, procédures de navigation, qualification des équipages, différentes formes d'atteintes à l'environnement (pollution par hydrocarbures, produits chimiques, eaux usées, ...). Le code définit par ailleurs trois catégories de navires, les catégories A et B étant conçues pour la navigation dans les glaces.

B. De nouvelles ressources

Faire de l'océan un « bien commun » est la politique que conduit la France depuis de nombreuses années. Cette politique se traduit par de nouvelles approches dont celle de responsabilité écologique qui incombe aux États, comme le prévoit la Convention sur le droit de la mer, mais aussi à toute personne physique ou morale comme l'a proclamé la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement. Cette politique ne doit cependant pas déboucher sur un arrêt de tout développement économique. Au contraire. A cet égard, des perspectives très intéressantes s'ouvrent avec les possibilités d'exploitation des grands fonds marins et de ce que l'on appelle la Zone¹⁵. Les textes permettent aujourd'hui (Ord. 2016-1687 du 8 déc. 2016) aux personnes physiques ou morales qui souhaitent entreprendre des activités d'exploration ou d'exploitation des ressources minérales, soumises à autorisation de l'Autorité internationale des fonds marins, de solliciter le patronage de l'État. L'État est alors appelé à contrôler ces activités de prospection, d'exploration et d'exploitation des ressources minérales de la Zone en vue de la protection et de la préservation du milieu marin.

L'exploitation minière des grands fonds marins (*Deep seabed mining*) en est encore à ses balbutiements. Mais les perspectives sont immenses compte tenu de la richesse de ces grands fonds en cobalt, en nodules polymétalliques... D'ores et déjà certaines entreprises cherchent à prendre des parts de marché et on voit se profiler certaines difficultés d'ordre juridique. Certains spécialistes se préoccupent même des questions d'arbitrage¹⁶. Il y a là un gisement considérable d'activités économiques et de questions juridiques dont il faut prendre conscience. Comme quoi le réchauffement climatique qui favorise ces nouvelles exploitations ou les rend possibles n'a pas que des inconvénients.

¹⁵ La Zone est le nom donné par la Convention sur le droit de la mer aux fonds marins et aux sous-sols non soumis à la juridiction des États. Elle commence là où déclinent les plateaux continentaux. Les ressources de la Zone constituent un patrimoine commun de l'humanité, mais peuvent être exploitées sous la direction de l'Autorité de contrôle.

¹⁶ Le thème a été évoqué lors du dernier congrès *ICMA* (arbitres maritimes) qui s'est tenu à Rio en mars 2020.

Les assureurs face au changement climatique. Éclairages internationaux

Mme Anne Stevignon

Docteur en droit de l'Université Paris II,

Postdoctorante à l'Université Paris I sur le projet FINCLIMLEX – ADEME

Il n'est nul besoin de revenir sur la réalité du changement climatique dont les scientifiques cherchent à évaluer les effets néfastes et à anticiper ses conséquences à moyen et long terme depuis la création du GIEC en 1988. Les assureurs se sont très tôt sentis concernés par cette problématique majeure, d'abord du point de vue de leur activité d'assurance¹ mais aussi plus récemment en tant qu'investisseurs, puisque le risque climatique n'affecte pas seulement l'actif mais aussi le passif de leur bilan.

En effet, les assureurs sont d'abord confrontés à la hausse de la sinistralité liée aux phénomènes naturels d'origine météorologique. Si le changement climatique est susceptible d'avoir de nombreuses répercussions en dehors des sinistres liés aux phénomènes naturels – que l'on songe par exemple à ses effets au plan de la santé publique, ce sont d'abord ceux-là qui les préoccupent. À court terme, la couverture assurantielle n'est pas remise en cause. Il est cependant aujourd'hui difficile d'anticiper les effets à moyen long terme du changement climatique sur celle-ci : comme l'avait résumé Henri de Castries, alors président d'Axa, en 2015, « un monde à +2° C pourrait encore être assurable, un monde à +4° C ne le serait certainement plus »². Cela conduit les assureurs à faire preuve dès aujourd'hui d'innovation, à recourir aux marchés financiers ou à s'appuyer sur de nouvelles techniques destinées à faire baisser le coût de la prime d'assurance.

Ce ne sont pas là les seuls défis auxquels sont confrontés les assureurs. En effet, par le marché des assurances-vie, les assureurs sont d'importants gestionnaires d'actifs dans le monde. Avec 2 711 milliards d'euros de placements en valeur de marché à fin 2019³, les assureurs français font partie des plus gros investisseurs de l'économie : l'assurance-vie est le premier vecteur d'épargne financière et représente au troisième trimestre 2019 2000 milliards d'euros d'encours⁴, ces fonds étant majoritairement investis en obligations⁵. Or les investisseurs ont pris conscience ces dernières années que le changement climatique allait devenir un risque majeur pour leur activité.

Les compagnies d'assurance sont donc intéressées à la gestion à la fois des risques « physiques » et de « transition », pour reprendre la terminologie aujourd'hui utilisée en finance pour le *reporting* des risques liés au changement climatique⁶, et ce, dans le cadre

¹ V., dès 2002, E. ABRASSART, « Un nouveau climat pour l'assurance », *Risques*, 2002, n° 50, p. 80 à 86, spéc. p. 83.

² H. DE CASTRIES, « Réchauffement climatique : le scepticisme n'est plus de mise, il faut agir », *Climate Finance Day*, 22 mai 2015.

³ ACPR, « La situation des assureurs soumis à Solvabilité 2 en France fin 2019, Analyses et synthèse », 2020, n° 111, p. 2.

⁴ Y. TEMPEREAU, « Point épargne », 13 mai 2020, p. 4.

⁵ ACPR, « Le marché de l'assurance-vie en 2019, Analyse et synthèse », 2020, n° 110, p. 4 : près de 80% des fonds sont placés en obligations.

⁶ Cette terminologie, proposée par Mark CARNEY dans un célèbre discours sur la tragédie des horizons prononcé à la Lloyd's de Londres le 29 septembre 2015, a été reprise notamment par la Task Force on

de leur activité d'assurance et d'investissement. Il conviendra donc d'étudier comment les assureurs, dans le cadre de leur activité de couverture des risques, font face à une sinistralité accrue (I) et comment, en tant qu'investisseurs, ils appréhendent les nouveaux risques financiers découlant du changement climatique (II).

I. Les assureurs face à une sinistralité accrue

La sinistralité accrue auxquels les assureurs doivent ou devront faire face du fait du changement climatique entraîne des incertitudes sur l'assurabilité des risques météorologiques (A), ce qui les conduit à être innovants pour répondre à des besoins de couverture accrue (B).

A. L'assurabilité des risques météorologiques en question

Le constat d'une hausse de la sinistralité. Un constat est fait par les assureurs du monde entier : le nombre de sinistres liés aux catastrophes naturelles ont tendance à croître. Selon le réassureur Swiss Re, en 2019, les événements extrêmes ont généré 146 milliards de dollars de pertes économiques dans le monde⁷. En France, une étude de la Fédération française de l'assurance publiée en 2015 évaluait à 13 milliards d'euros les dommages matériels imputés uniquement au changement climatique (dont 8 milliards d'euros du fait des sécheresses)⁸. Il n'est toutefois pas encore aisé d'attribuer la part de cette sinistralité accrue au changement climatique d'une part et à la concentration des richesses dans des zones à risque d'autre part⁹. En effet, il ne faut pas oublier que la masse de biens assurés a considérablement augmenté dans les pays développés. D'autre part, il est certain que le changement climatique est de nature à augmenter la fréquence et l'intensité de plusieurs catégories de catastrophes naturelles, comme les épisodes de sécheresse ou les phénomènes de submersion marine. L'état de la recherche progresse et commence à obtenir des résultats sur l'imputabilité d'événements météorologiques donnés au changement climatique grâce à l'utilisation de modèles de plus en plus puissants permettant de simuler des phénomènes de plus en plus complexes¹⁰. Une étude américaine suggère que le changement climatique est responsable d'une augmentation de + 20 % à + 40 % des précipitations qui accompagnèrent l'ouragan Harvey en août 2017¹¹. Mais certains phénomènes

Climate-Related Financial Disclosures (TCFD) dans son rapport final publié en juin 2017 destiné à formuler des recommandations sur la manière de reporter les risques et opportunités liés au changement climatique.

⁷ Swiss Re Institute, « Natural catastrophes in times of economic accumulation and climate change », 8 avr. 2020.

⁸ FFA, « Changement climatique et assurance à l'horizon 2040 », 2015.

⁹ L'influence du changement climatique sur l'augmentation récente de la sinistralité fait débat : v. D. ZAJDENWEBER, « Le changement climatique, une nouvelle guerre de religion ? », *Risques*, 2018, n° 115, p. 32 : Certes la sinistralité augmente en matière de catastrophes naturelles, mais pour l'auteur, « le développement économique, l'augmentation de la population et sa concentration croissante le long des côtes sont les véritables causes de l'augmentation tendancielle des dommages engendrés par les catastrophes naturelles ». La question traverse l'ensemble des contributions de ce numéro de la revue *Risques* : v. ainsi S. PENET, « Changement climatique, entre perception et réalité », *Risques*, 2018, n° 115, p. 53

¹⁰ Sur les progrès de la recherche en matière « d'attribution », A. JEZEQUEL, « L'attribution d'événements extrêmes » in M. TORRE-SCHAUB (dir.), *Droit et changement climatique : Comment Répondre à l'urgence climatique ? – Regards croisés à l'interdisciplinaire*, préf. J. JOUZEL, Mare & Martin, août 2020.

¹¹ M. D. RISSER, M. F. WEHNER, « Attributable Human-Induced Changes in the Likelihood and Magnitude of the Observed Extreme Precipitation during Hurricane Harvey », *Geophysical Research Letter*, vol. 44, p. 12457 - 12464, 2017, cité par A. VALLERON, « Quel déficit de protection pour les catastrophes naturelles liées au changement climatique ? », *Risques* 2018, n° 115, p. 27 s., spéc. p. 28.

météorologiques particulièrement complexes, comme les tempêtes ou les tornades, ne sont pas aisément modélisables.

On peut toutefois anticiper que cette la sinistralité va continuer à croître dans les années à venir. En France, la FFA évaluait en 2015 que le coût supplémentaire occasionné par les dommages matériels causés par le climat d'ici 2040 pourrait s'élever à 44 milliards d'euros soit une hausse de 90 % par rapport au montant des dégâts cumulés des 25 années précédentes. Une étude de 2018 consacrée plus spécifiquement à l'influence du changement climatique sur le régime d'indemnisation des catastrophes naturelles concluait que la sinistralité devrait augmenter de 50 % d'ici 2050¹². Cette hausse serait due à hauteur de 85 % à l'évolution du climat et à hauteur de 15 % à la concentration des biens dans les zones à risques.

Dans le cadre de leur activité principale, les assureurs sont donc exposés à la hausse de la sinistralité sur l'ensemble de la couverture des risques naturels. Par ailleurs, les victimes de catastrophes naturelles seront en nombre croissant, entraînant un besoin supplémentaire de couverture. En France, les assurés sont plutôt bien protégés par l'assurance contre les conséquences des catastrophes naturelles grâce, notamment, au régime d'indemnisation des victimes de catastrophe naturelle¹³ et à l'intervention des pouvoirs publics pour imposer la garantie tempête dans les contrats d'assurance aux biens¹⁴ ou développer l'assurance récolte¹⁵ ; la protection apportée par l'assurance est cependant bien plus faible au niveau mondial. Même dans des pays développés, d'importantes disparités existent¹⁶. Si l'Espagne et la Nouvelle-Zélande, comme la France, présentent des modèles aboutis de couverture assurantielle mixte associant les pouvoirs publics, certains États, comme l'Allemagne, la Suède ou l'Italie, se reposent entièrement sur l'assurance privée et n'interviennent ni directement, ni indirectement pour favoriser la couverture de la population ; il en résulte que le marché de l'assurance des catastrophes naturelles est peu développé et que l'action de l'État se limite à des interventions publiques soit préventives, soit de secours et d'aide¹⁷. En définitive, le déficit de protection au niveau mondial, c'est-à-dire la différence entre dommages économiques et dommages assurés, est estimé pour l'année 2019 à 227 milliards de dollars¹⁸. Il touche toutes les économies, notamment les États-Unis : on estime ainsi les dommages économiques imputables à l'ouragan Harvey à près du triple des dommages

¹² CCR et Météo France, « Conséquences du changement climatique sur le coût des catastrophes naturelles en France à horizon 2050 », sept. 2018, consultable sur le site internet <https://catastrophes-naturelles.ccr.fr>.

¹³ Mis en place par la loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles.

¹⁴ Depuis la loi n° 90-509 du 25 juin 1990, le législateur impose aux assureurs de greffer une garantie dite « TOC » sur tous les contrats de dommages aux biens situés en France (v. art. L. 122-7 C. assur.).

¹⁵ Une assurance « multirisque climatique sur récoltes » qui couvre les dommages causés aux récoltes par les principaux phénomènes météorologiques (grêle, gel, sécheresse, excès d'eau, excès de température, tempête, vent de sable) a été proposée en France par les assureurs dès 2005 avec le soutien des pouvoirs publics qui ont décidé de financer en partie les primes d'assurance et ce, grâce à la Politique agricole commune. Sur l'émergence de l'assurance récolte, v. M. ROBINEAU, « Assurance et agriculture durable », in M.-L. DEMEESTER, V. MERCIER (dir.), *Agriculture durable. Contributions juridiques, scientifiques et économiques pour l'élaboration d'un cadre normatif*, PUAM, 2016, p. 565 et s.

¹⁶ Pour de plus amples détails, on peut se référer utilement au rapport sénatorial sur « Les systèmes d'indemnisation des catastrophes naturelles », étude de législation comparée, n° 282, oct. 2017 (rapport Nachbar) qui a étudié les systèmes mis en place dans 11 pays de l'OCDE (Allemagne, Belgique, Espagne, États-Unis, France, Italie, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède et Suisse).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Swiss Re Institute, « Natural catastrophe resilience remains low as climate risks increase », 30/2020, 1^{er} oct. 2020. Sur ce sujet, v. A. VALLERON, « Quel déficit de protection pour les catastrophes naturelles liées au changement climatique ? », *Risques* 2018, n° 115, p. 27 s., spéc. p. 29.

assurés (85 vs 30 milliards de dollars). D'ailleurs, le refus d'assurance y est de plus en plus répandu. Malgré la fréquence et la gravité du risque inondation, seuls 12 % des ménages disposent d'une assurance spécifique contre ce risque au niveau fédéral¹⁹. Les réassureurs, qui interviennent lorsque les montants de dommages à indemniser sont trop importants, craignent un essoufflement des capacités d'assurance.

Le changement climatique entraîne donc *a priori* un besoin nouveau de couverture auquel il n'est pas sûr que l'assurance telle que nous la connaissons, avec sa technique habituelle de mutualisation de risques individuels, puisse répondre.

La remise en cause de l'assurabilité des risques météorologiques. Le risque météorologique est déjà difficilement assurable, que ce soit directement ou indirectement tant par des assurances de dommages que par des assurances de personnes, et ce, pour des raisons d'ordre technique : en effet, les risques météorologiques ne présentent généralement pas les caractères requis de fréquence et de dispersion pour permettre la mutualisation adéquate des risques. Il en résulte qu'au regard des critères d'assurabilité, l'assurance des risques météorologiques apparaît limitée par son objet – elle ne peut, en dehors de toute intervention publique, porter que sur quelques risques météorologiques qui ne sont pas les plus dommageables. Avec le changement climatique, la mutualité des risques pourrait s'en trouver bouleversée : l'assureur pourrait en effet éprouver des difficultés à compenser les risques entre eux²⁰. Il lui faudra donc ajuster la prime, ce qui suppose une bonne connaissance du risque. En particulier, l'assureur doit s'appuyer sur les statistiques relatives à chaque risque assuré. Or la variation globale du climat rend délicat le recours aux statistiques météorologiques : celles-ci ne seraient plus nécessairement valables pour décrire les risques à venir²¹. L'assureur ne peut se reposer sur elles pour définir une prime adéquate : les projections actuelles sur l'avenir en matière de phénomènes météorologiques sont trop peu fiables dans ce contexte²². En outre, des régions qui ne sont actuellement pas considérées comme des zones sujettes à certains risques météorologiques pourraient le devenir²³, ce qui remettrait en cause la géographie des risques établie par les assureurs.

La frontière entre les risques assurables et ceux qui ne le sont pas pourrait ainsi évoluer dans ce nouveau contexte. En tout cas, on observe dès à présent un besoin accru de couverture auquel les assureurs tentent de répondre en développant des techniques innovantes ou en ayant recours aux marchés financiers.

¹⁹ <https://www.atlas-mag.net/article/couverture-catastrophes-naturelles-aux-etats-unis>, consulté le 9 oct. 2020.

²⁰ En ce sens, L. BLOCH, « Changements climatiques : sale temps pour les assureurs », *Resp. civ. assur.*, 2018, n° 1, alerte 1, p. 3. V. aussi J. KNETSCH, « L'assurabilité des risques liés au changement climatique », in *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de la Réunion*, DICE éditions, coll. Confluence des droits, 2018, p. 177 s., spéc. p. 179.

²¹ M. ROBINEAU, « Changement climatique et assurances », *Journal international de la bioéthique*, 2019, vol. 30, p. 147 et s., spéc. n° 18 : « en raison de l'altération de la configuration des risques que produisent les changements climatiques, les données de l'expérience ne suffisent plus : elles ont perdu une part de leur pertinence ».

²² Précisément, les assureurs se doivent d'intégrer dans leurs prévisions d'éventuels changements climatiques : v. L. MAYAUX in J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, préf. G. DURRY, LGDJ, coll. Traité, 2^e éd., 2014, p. 9, n° 28.

²³ E. ABRASSART, « Un nouveau climat pour l'assurance », art. préc., p. 84.

B. *Le besoin nouveau de couverture*

L'essor du besoin de couverture des risques météorologiques implique de développer de nouveaux outils de couverture. Plusieurs outils ont émergé dans les deux dernières décennies.

L'essor des « assurances paramétriques ». Avec l'apparition et l'essor des dérivés climatiques à partir des années 2000²⁴, les institutions de micro-finance ont eu l'idée de développer des contrats d'assurances indicielles dans les pays en développement²⁵. Ces assurances dites paramétriques ou indicielles²⁶ se développent en France depuis quelques années, notamment en matière agricole²⁷ mais aussi auprès d'entreprises météo-sensibles de secteurs variés²⁸. Elles ont pour objet de couvrir les pertes de chiffre d'affaires ou de revenus d'entreprises dites « météo-sensibles ». Cette extension du domaine de l'assurance des risques météorologiques est permise par l'apparition d'une technique de couverture inédite. Ces assurances reposent sur un indice météorologique, ce qui permet de réduire les coûts d'intermédiation : comme le souligne un assureur, « les pertes de l'assuré sont corrélées à un indice défini à partir de paramètres, par exemple la quantité de pluie en millimètres. Un montant prédéterminé lui est versé si le seuil de déclenchement est atteint. Cet indice peut être mesuré par le biais de stations météorologiques ou, de plus en plus souvent, grâce à des images satellitaires »²⁹. Si ce mécanisme paramétrique étonne, un tel contrat pourrait être qualifié d'assurance : le principe indemnitaire est *a priori* respecté et la référence à un mode de calcul de l'indemnisation sans recours à un expert n'y contrevient pas nécessairement³⁰.

L'essor des cat bonds pour les risques météorologiques catastrophiques. Ces obligations se sont développées depuis le milieu des années 1990 du fait, d'une part, d'une augmentation de la fréquence de survenance des catastrophes naturelles et des pertes économiques qui en résultent³¹ et d'autre part, de la diminution des capacités mondiales d'assurance depuis le début des années 2000³². Des assureurs et surtout des réassureurs ont alors eu l'idée outre-Atlantique de transférer certains risques aux marchés financiers, en particulier les risques de tremblement de terre et de tempête,

²⁴ Sur lesquels, v. D. LAUTIER, Y. SIMON, *Les 100 mots des marchés dérivés*, PUF, coll. Que sais-je, 2^e éd. 2012, V° Dérivés climatiques, p. 47, n° 47 ; Y. JEGOUREL, *Les produits financiers dérivés*, La découverte, coll. Repères, 3^e éd., 2017, p. 65.

²⁵ M. NABETH, U. LEVY, « Les dérivés climatiques, un paroxysme de la micro-assurance ? », *Autrepart*, vol. 44, 2007, n° 4, p. 185 à 198.

²⁶ T. Touffut, « Changement climatique et gestion des risques : vers une approche paramétrique de l'assurance ? », *Risques*, 2017, n° 109, p. 35 à 41.

²⁷ C. TETARD, « Origine et développement de l'assurance indicielle au service de notre agriculture », *Risques*, 2017, n° 2, p. 46 à 49, spéc. p. 46. V. égal. le site <https://meteoprotect.com/>.

²⁸ E. DURAND, « L'assurance paramétrique, un modèle d'avenir », *L'argus de l'assurance*, 4 févr. 2016 : « toutes les activités météo-sensibles sont potentiellement concernées. Aujourd'hui, la filiale grands risques du groupe Axa intervient par exemple dans le secteur des énergies renouvelables – éolien, solaire, etc. –, de la vente de vêtements, des parcs d'attraction, des coopératives agricoles ou encore du transport aérien ».

²⁹ T. TOUFFUT, « Changement climatique et gestion des risques : vers une approche paramétrique de l'assurance ? », art. préc., p. 37.

³⁰ En ce sens, A. ASTEGIANO-LA RIZZA, « Quel rôle pour l'assurance ? », in M. HAUTEREAU-BOUTONNET, S. PORCHY-SIMON (dir.), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, préc., p. 69 et s., spéc. p. 77, note 26.

³¹ L. CHATAIN-AUTAJON, « Les obligations-catastrophe », *Bull. Joly Soc.*, 2008, p. 347, n° 2.

³² G. J. MARTIN, « Les techniques financières de transfert des risques : l'exemple des *Cat Bonds* », *Environnement* n° 10, 2006, étude 15 ; J. D. CUMMINS, « Cycles de la réassurance et titrisation des risques catastrophes », *Risques*, 2000, n° 41, p. 77 à 82 : selon l'auteur, les risques catastrophiques sont un facteur explicatif essentiel des cycles qui affectent le marché de la réassurance.

ouragans ou cyclones tropicaux³³. Les réassureurs notamment sont susceptibles d'être intéressés par l'émission d'obligations catastrophes parce qu'ils sont particulièrement exposés aux risques systémiques³⁴. La réassurance consiste en effet, pour l'assureur, à céder une partie de ses risques à un réassureur dans le but de maintenir un équilibre au sein de la mutualité ; elle permet notamment à l'assureur d'éliminer l'incidence des écarts entre les statistiques établies et la réalité et de mieux réaliser la dispersion des risques. Pour les risques majeurs, la réassurance est souvent nécessaire³⁵ : comme nous l'avons déjà évoqué, les risques de catastrophes naturelles sont en effet insuffisamment dispersés. Or les réassureurs, comme les assureurs d'ailleurs, souhaitent éviter d'être exposés à devoir verser une somme très importante si un événement peu fréquent particulièrement dommageable se réalise. Plus rarement, certaines grandes entreprises particulièrement vulnérables face à un risque catastrophique peuvent également souhaiter le titriser pour se couvrir ; c'est ainsi qu'EDF a émis en 2003 un *cat bond* pour se protéger du risque de survenance de tempêtes en France³⁶. Ainsi, les *cat bonds* apparaissent pour les assureurs, réassureurs et grandes entreprises qui sont à l'origine de leurs émissions comme une technique de couverture du risque catastrophique.

Les *cat bonds* connaissent actuellement un succès croissant³⁷ : ce type d'investissement attire de plus en plus d'investisseurs, même en France et pour des risques météorologiques³⁸. Le changement climatique n'est pas étranger à ce succès, lorsque la couverture concerne par exemple les cyclones tropicaux. Si, comme on peut le supposer (ou du moins comme l'anticipent certains assureurs), le changement climatique accroît la fréquence et l'intensité des catastrophes naturelles, cela expliquerait que l'assurance éprouve d'ores et déjà des difficultés à assurer certains risques ; les obligations-catastrophes apparaissent alors comme un remède à l'essoufflement des capacités de l'assurance face à l'accroissement de la sinistralité en matière de catastrophes d'origine météorologique³⁹. Le risque réside dans le fait que, dans ce montage financier, l'investisseur n'est pas protégé contre le risque de défaillance de l'assureur⁴⁰. Le recours croissant aux obligations-catastrophe comporte un danger d'emballlement spéculatif qui n'est pas sans rappeler celui qui a précédé la crise

³³ P. SCHULTZ, « Revue de fin d'année 2016 des transactions sur les obligations catastrophe », *Risques*, 2017, n° 109, p. 101 à 105, spéc. p. 102 : un tableau présente les émissions primaires d'obligations catastrophe au deuxième semestre 2016. Parmi les risques couverts, on trouve les cyclones tropicaux, les éruptions volcaniques, les feux de forêt, les impacts de météorite, les ouragans, les orages violents, les tempêtes, les tempêtes hivernales, les tremblements de terre. Pour les émissions qui concernent l'Europe, c'est le risque de tempête qui est visé par les obligations catastrophes.

³⁴ J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, préc., n° 127, p. 70 : le Traité présente les obligations catastrophe comme une technique de réassurance alternative ; v. aussi J. D. CUMMINS, « Cycles de la réassurance et titrisation des risques catastrophes », art. préc. : l'auteur estime que la titrisation constitue aujourd'hui un moyen de financement de ces risques plus « efficace » que les mécanismes traditionnels de la réassurance.

³⁵ La réassurance des phénomènes météorologiques exceptionnels est généralisée : pour les tempêtes, v. F. BUCCHINI, « La spécificité des tempêtes en Europe », *Risques*, 2012, n° 91, p. 17 à 21, spéc. p. 19.

³⁶ P. PICARD, « Risque d'assurance et risques financiers », *Rev. éco. fin.* 2005, n° 80, p. 6.

³⁷ A. ABADIE, « Réassurance : les *cat* bonds deviennent incontournables », *L'Argus de l'assurance*, 6 sept. 2018.

³⁸ A. DUMAS, « Catastrophes naturelles : les assureurs cherchent de nouveaux moyens de financement », *Novethic.fr*, 13 mars 2019 : l'assureur mutualiste COVEA a émis une obligation catastrophe d'un montant de 90 millions d'euros qui contribuera à financer le risque de tempête en France sur la période 2018 à 2022 tandis que le réassureur Scor a émis un *Cat* Bond de 300 millions d'euros pour la même période.

³⁹ En ce sens, R. NUSSBAUM, « Des changements climatiques mieux assurés », in D. LAMARRE (dir.), *Climat et risques : changements d'approches*, éd. Lavoisier, 2008, p. 125 et s., spéc. p. 139.

⁴⁰ G.-J. MARTIN, « Les techniques financières de transfert des risques : l'exemple des *Cat Bonds* », art. préc.

financière de 2008 provoquée par les crédits *sub-primes*⁴¹. Ce constat semble rendre nécessaire un encadrement⁴².

Face aux besoins accrus de couverture des risques météorologiques, les assureurs font donc preuve d'innovation, ce qui permet d'espérer éviter que l'assurance en ce domaine régresse malgré l'aggravation des changements climatiques. Les assureurs, en leur qualité d'investisseurs institutionnels, sont également confrontés à de nouveaux risques financiers.

II. Les assureurs face aux risques financiers engendrés par le changement climatique

Les assureurs sont des gestionnaires d'actifs très importants : les portefeuilles d'investissement des compagnies d'assurance représentaient en 2016 29,4 trillions de dollars soit 36 % des volumes des investisseurs institutionnels⁴³. Or, par leurs investissements, les assureurs sont exposés au risque de transition, c'est-à-dire le risque qui résulte des effets de la mise en place d'un modèle économique bas-carbone sur les acteurs économiques : fin 2017, environ 10 % des placements des assureurs français étaient investis dans des secteurs sensibles au risque de transition, notamment des secteurs producteurs ou consommateurs d'énergies fossiles, d'électricité ou de gaz⁴⁴.

De ce fait, les assureurs ont particulièrement à cœur d'investir dans des entreprises résilientes. Ils sont à l'initiative de plusieurs appels pour le climat dans lesquels ils se sont engagés à intégrer des critères « ESG-Climat », c'est-à-dire des critères environnementaux et sociaux de gouvernance, dans leurs stratégies d'investissements à long terme et à développer leur offre « verte » en assurance vie⁴⁵. De nombreux assureurs sont adhérents aux Principes pour une Assurance Responsable élaborés par l'UNEP-FI, l'initiative financière du Programme des Nations-Unies pour l'Environnement. Ils participent aussi avec d'autres investisseurs à des initiatives ambitieuses comme la *Climate Action100+* lancée en décembre 2017 par 300 investisseurs au cours du *One Planet Summit* et qui vise à inciter les entreprises les plus émettrices de gaz à effet de serre à réduire leurs émissions et à renforcer leur communication financière liée au climat. Ils sont pour certains membres de la *Net-Zero Asset Owner Alliance*, ce qui les engage à atteindre la neutralité carbone de leur portefeuille d'investissements d'ici 2050.

Au niveau européen, ces initiatives volontaires menées par les assureurs qui visent à lutter contre le réchauffement climatique sont déjà soutenues par le législateur de diverses manières (A) et elles ont vocation à l'être encore davantage dans un avenir proche (B).

⁴¹ Certains auteurs rapprochent les *cat bonds* de crédits sub-primes à l'origine de la crise financière de 2008 dans la manière dont sont assemblés par les réassureurs les risques catastrophe : v. P. JARZABKOWSKI, R. BEDNAREK, P. SPEE, *Making a Market for Acts of God : The Practice of Risk Trading in the Global Reinsurance Industry*, OUP Oxford, 2015.

⁴² J. KNETSCH, « L'assurabilité des risques liés au changement climatique », art. préc., p. 188 et 189.

⁴³ PWC, « Asset & Wealth Management Revolution: Embracing Exponential Change », nov. 2017, p. 7.

⁴⁴ ACPR et Banque de France, « Les assureurs français face au risque de changement climatique », Analyse et synthèse n° 102, avr. 2019, p. 2 et 7.

⁴⁵ V. le premier appel pour le climat lancé à l'initiative de l'Association Française de l'Assurance avec le concours d'Insurance Europe en 2015 lors de la COP 21 le 27 novembre 2015 et le deuxième signé par 35 fédérations européennes et internationales d'assureurs et de réassureurs le 12 décembre 2017.

A. Des initiatives soutenues par le législateur

Le législateur européen soutient d'abord l'émergence de stratégies d'investissements tournées vers la lutte contre le changement climatique (1) ; il cherche également à favoriser l'engagement actionnarial (2).

1. Des stratégies d'investissement tournées vers la lutte contre le changement climatique

Les assureurs peuvent chercher à minimiser les risques financiers liés au changement climatique de plusieurs manières, selon qu'ils ont recours à la gestion active – par laquelle les investisseurs sélectionnent les entreprises dans lesquelles ils investissent – ou passive – par laquelle ils suivent un indice de marché⁴⁶.

Dans le cadre de la gestion active, les assureurs peuvent sélectionner les entreprises en suivant plusieurs stratégies. Les deux principales stratégies sont celle dite « de l'exclusion » qui consiste à exclure d'un portefeuille d'investissement les activités ou les industries ayant des effets négatifs clairement définis, comme le charbon et celle dite du « *Best-in-class* » qui consiste à sélectionner les entreprises les plus performantes dans tous les secteurs en termes de durabilité, notamment les plus engagées en faveur de la transition énergétique. La stratégie mise en œuvre de façon visible par les assureurs est celle de l'exclusion. C'est ainsi qu'AXA a décidé dès 2017 de ne plus investir dans le secteur du charbon et a été suivi par nombre d'assureurs.

La réglementation sur le *reporting* extra-financier permet aux assureurs de mettre en œuvre ces stratégies dans la mesure où ceux-ci ont de plus en plus besoin de connaître les engagements sur le climat des entreprises dans lesquelles ils investissent pour faire des choix au sein de leurs portefeuilles d'investissements. En matière de *reporting* extra-financier, la France était précurseur dès 2001⁴⁷. La directive Barnier du 22 octobre 2014 (la « NFRD »)⁴⁸ transposée par l'ordonnance du 19 juillet 2017⁴⁹ est venue généraliser cette obligation à l'échelle européenne. Aujourd'hui, les entreprises européennes sont invitées à identifier les risques climatiques, conformément aux lignes directrices non contraignantes de la Commission européenne dédiées au *reporting* climatique publié en juin 2019⁵⁰. Il est vrai que les assureurs restent confrontés au manque de comparabilité des *reportings* d'une entreprise à l'autre, y compris au sein d'un même secteur dans la mesure où les entreprises peuvent choisir divers référentiels pour se prêter à cet exercice⁵¹. C'est pourquoi les assureurs sont souvent conduits à recourir aux bases de données extra-financières d'organismes privés coûteuses et dont la

⁴⁶ Concrètement : la gestion passive ou indiciaire vise à dupliquer les performances d'un indice de référence en répliquant sa composition à échelle réduite. Par exemple, un fonds CAC 40 indiciaire achète les 40 valeurs de l'indice en les pondérant au prorata de leurs poids respectifs.

⁴⁷ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relatives aux Nouvelles Régulations Economiques (NRE). La loi Grenelle 2 n° 2010-788 du 12 juillet 2010 avait étendu le champ de cette obligation, tant au regard des sociétés soumises que de celui des informations concernées, champ encore enrichi par la loi n° 2015-995 pour la transition énergétique du 17 août 2015 qui imposait de prendre en compte les risques engendrés par le changement climatique.

⁴⁸ Directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 sur la publication d'informations non financières.

⁴⁹ Ord. n° 2017-1180, 19 juill. 2017. V. I. PARACHEVOVA, « D'un reporting à l'autre : où va l'entreprise ? », éditorial *Bull. Joly Sociétés* 2017, p. 585 ; B. PARANCE, E. GROULX, « La déclaration de performance extra-financière, nouvelle ambition du reporting extra-financier », *JCP E* 2018, 1128.

⁵⁰ Lignes directrices sur la présentation d'informations extra-financières relatives aux changements climatiques de la Commission européenne, publiées le 19 juin 2019.

⁵¹ Sur cet épineux problème, v. not. P. de CAMBOURG (dir.), « Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable », mai 2019.

méthodologie est peu transparente⁵². La réforme de la directive Barnier qui est en cours pourrait remédier à cet état de fait dans la mesure où elle devrait conduire à l'élaboration d'un standard de *reporting* extra-financier⁵³. Une telle amélioration de la qualité du *reporting* et son uniformisation pourront en effet aider les assureurs à faire en sorte que leurs portefeuilles d'investissements soient alignés sur la trajectoire 1,5°C ou 2°C, objectif qu'ils sont encore loin d'atteindre⁵⁴.

On peut souligner qu'à terme, l'incitation à sélectionner des entreprises engagées dans la transition énergétique pourraient devenir une obligation. Ainsi, le législateur français impose depuis la loi Pacte aux assureurs de diffuser au moins un produit labellisé dans le cadre de l'assurance-vie⁵⁵. Cette obligation a d'ailleurs entraîné une hausse du nombre de fonds labellisés « ISR » (Investissement socialement responsable) qui a plus que doublé en 2019⁵⁶.

Les assureurs peuvent également minimiser les risques financiers liés au changement climatique lorsqu'ils optent pour une gestion passive en choisissant des indices compatibles avec les objectifs de l'Accord de Paris⁵⁷. Le législateur européen soutient l'émergence de tels indices depuis un règlement du 8 juin 2016⁵⁸, modifié par

⁵² Sur cette problématique, v. notamment AFG, « Liste d'indicateurs extra-financiers indispensables pour évaluer une entreprise », juin 2020 : l'Association française de gestion financière (AFG) souligne que collecter des informations ESG sur les entreprises est aujourd'hui onéreux et complexe pour les investisseurs, et en particulier pour les gestionnaires d'actifs, du fait du manque d'uniformisation des données publiées par les entreprises. C'est pourquoi l'idée de créer une plateforme européenne qui fixerait des critères ESG comparables dans la continuité du green deal est en train d'émerger. En vue de la création de cette plateforme, l'AFG propose une liste de 40 « indicateurs indispensables » pour permettre aux sociétés de gestion de portefeuille d'évaluer les entreprises.

⁵³ V. à ce sujet les recommandations de l'AMF formulées lors de la consultation de la Commission européenne : « Revue de la directive extra-financière : propositions de l'AMF », *BJB* juill. 2020, n° 119, p. 6. L'AMF attire en effet l'attention de la Commission sur « l'importance d'encadrer précisément la gouvernance guidant l'élaboration du futur standard de reporting européen pour privilégier l'indépendance et la transparence de l'organisation retenue, l'encadrement de ses relations avec les autorités publiques ou encore la flexibilité et l'agilité de son mode de fonctionnement ».

⁵⁴ AXA IM évalue ainsi ses portefeuilles à une hausse des températures de 2,8 °C par rapport à l'ère pré-industrielle. Par comparaison, l'indice de référence se situe à +3,5 °C (v. AXA, « Climate report 2020 : Renewed action in time of crisis », juin 2020, p. 2). De façon générale, un nombre croissant d'investisseurs communiquent sur l'alignement de leurs portefeuilles d'investissement avec l'Accord de Paris en évaluant l'impact que les investissements peuvent avoir sur le climat, exprimé en température. Les méthodologies complexes utilisées peuvent toutefois manquer de transparence et donner lieu à des résultats très différents : v. L'Institut Louis Bachelier, collab. I4CE, « The alignment cookbook - A Technical Review of Methodologies Assessing a Portfolio's Alignment with Low-Carbon Trajectories or Temperature Goal », réalisé pour le compte du Ministère de la Transition écologique et solidaire et de WWF France, juill. 2020.

⁵⁵ Aux termes du nouvel article L. 131-1-2 du Code des assurances, tout contrat en unités de compte conclu à partir du 1^{er} janvier 2020 doit proposer dans sa gamme de produits financiers au moins une unité de compte constituée d'actifs respectant au moins une des trois modalités suivantes :

« 1° Ils sont composés, pour une part comprise entre 5 % et 10 %, de titres émis par des entreprises solidaires d'utilité sociale agréées en application de l'article L. 3332-17-1 du Code du travail ou par des sociétés de capital-risque mentionnées au I de l'article 1er de la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ou par des fonds communs de placements à risque mentionnés à l'article L. 214-28 du Code monétaire et financier, sous réserve que l'actif de ces fonds soit composé d'au moins 40 % de titres émis par des entreprises solidaires mentionnées à l'article L. 3332-17-1 du Code du travail ;

2° Ils ont obtenu un label reconnu par l'État et satisfaisant à des critères de financement de la transition énergétique et écologique selon des modalités définies par décret ;

3° Ils ont obtenu un label reconnu par l'État et satisfaisant aux critères d'investissement socialement responsable selon des modalités définies par décret. »

⁵⁶ V. l'Indicateur Novethic, févr. 2020 : cet indicateur analyse et quantifie l'offre de fonds « durables » ouverts aux investisseurs particuliers sur le marché français (ISR, Ethique, Durable, Responsable, ODD, à impact...).

⁵⁷ H. BIOY, « La gestion indiciaire au service de la cause climatique », *Revue Banque*, n° 837, 29 oct. 2019.

⁵⁸ Règlement (UE) 2016/1011 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 concernant les indices utilisés comme indices de référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers ou pour mesurer

le règlement européen « Benchmark » du 27 novembre 2019⁵⁹ qui les encadre davantage pour éviter le *greenwashing*. Le règlement Benchmark crée deux nouveaux indices, le « EU Climate Transition Benchmark » et le « EU Paris - Aligned Benchmark » : seuls les fournisseurs se conformant aux exigences du règlement pourront commercialiser leurs indices sous ces labels⁶⁰. La Commission européenne doit encore préciser les normes minimales applicables aux deux nouveaux indices verts, au travers d'actes délégués attendus d'ici le 1^{er} janvier 2021. Tous les fournisseurs d'indices doivent également se soumettre depuis le 30 avril 2020 à des obligations de transparence relatives à la prise en compte des facteurs ESG⁶¹. Si le risque de *greenwashing* existe toujours, cette réforme européenne pourrait toutefois améliorer cet état de fait.

2. L'engagement actionnarial

Il apparaît aujourd'hui de plus en plus nécessaire de faire émerger un actionnariat engagé qui accompagne les entreprises sur le long terme dans leur transition énergétique. Cet engagement actionnarial est en train de faire son apparition sur les questions climatiques. Ainsi, des actionnaires ont conduit Total à revoir sa stratégie sur le climat au printemps dernier : certaines résolutions issues du dialogue actionnarial engagé par la société Phitrust, relatives à la prise en compte par le Conseil des enjeux sociaux et environnementaux ainsi qu'à la modification de son objet social afin que la mission principale de Total fasse référence aux énergies renouvelables ont été adoptées lors de l'assemblée générale annuelle du groupe le 29 mai 2020⁶². La directive du 17 mai 2017 visant à promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires⁶³ participe à l'émergence d'un tel engagement actionnarial⁶⁴ et vise en particulier les assureurs qui sont des investisseurs institutionnels. Elle prévoit en effet des mesures tendant à permettre aux émetteurs de mieux connaître leurs actionnaires pour faciliter le dialogue et encourager leur engagement. Elle fixe également des exigences de transparence aux investisseurs institutionnels et aux gestionnaires d'actifs concernant leur stratégie d'investissement et leur politique d'engagement. Elle vise enfin les conseillers en vote auxquels les investisseurs institutionnels et gestionnaires d'actifs ont de plus en plus recours pour leurs services. Cette directive a été transposée par la loi Pacte du 22 mai 2019 et un décret du 27 novembre 2019⁶⁵. En particulier, concernant les assureurs et

la performance de fonds d'investissement et modifiant les directives 2008/48/CE et 2014/17/UE et le règlement (UE) n° 596/2014 (JO L 171 du 29.6.2016, p. 1).

⁵⁹ Règlement (UE) 2019/2089 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant le règlement (UE) 2016/1011 en ce qui concerne les indices de référence « transition climatique » de l'Union, les indices de référence « accord de Paris » de l'Union et la publication d'informations en matière de durabilité pour les indices de référence.

⁶⁰ Consid. 16 du règlement 2019/2089 préc.

⁶¹ Art. 19.5 6) du règlement 2019/2089 préc.

⁶² A. DUMAS, « Sous l'impulsion de Phitrust, Total veut inscrire les enjeux environnementaux et sociaux dans ses statuts lors son assemblée générale », *Novethic*, 27 avr. 2020 ; « Total se dote d'une nouvelle ambition climat pour atteindre la neutralité carbone à horizon 2050 », communiqué de presse de Total, 5 mai 2020 ; A. DUMAS, L'assemblée générale de Total bousculée par l'engagement actionnarial sur le climat, *Novethic*, 25 mai 2020.

⁶³ Directive n° 2017/828/UE du 17 mai 2017. Sur la transposition de cette directive, v. C. COUPET, « Transposition de la directive Droits des actionnaires : say on pay et autres mesures d'application », *BJB* mars 2020, n° 118x3, p. 26.

⁶⁴ V. consid. 14 de la directive du 17 mai 2017 : « l'engagement concret et durable des actionnaires est l'une des pierres angulaires du modèle de gouvernance des sociétés cotées, qui repose sur l'équilibre des pouvoirs entre les différents organes et les différentes parties prenantes. Une plus grande implication des actionnaires dans la gouvernance d'entreprise est un des leviers pouvant contribuer à améliorer les performances tant financières que non financières des sociétés, notamment en ce qui concerne les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance, tels qu'énoncés, en particulier, dans les principes pour l'investissement responsable soutenus par les Nations unies (...) ».

⁶⁵ Décret n° 2019-1235 du 27 novembre 2019.

réassureurs qui ont une activité d'assurance-vie ou d'opération de capitalisation, l'article L. 310-1-1-2 du Code des assurances leur impose désormais de publier des informations sur « la manière dont les principaux éléments de leur stratégie d'investissement en actions sont compatibles avec le profil et la durée de leurs passifs, en particulier de leurs passifs de long terme, et la manière dont ils contribuent aux performances de leurs actifs à moyen et à long termes ». Il s'agit ici d'inciter ces investisseurs à orienter leur action vers le long terme et d'explicitier en quoi leur stratégie d'investissement le permet.

B. *Des incitations appelées à devenir plus fortes*

Dans le cadre de la mise en œuvre du Plan d'action sur la finance durable élaboré par la Commission européenne⁶⁶, les assureurs seront de plus en plus incités à investir dans des activités vertes ou de transition avec le renforcement des obligations de transparence qui imposeront aux investisseurs d'identifier les activités vertes dans lesquelles ils investissent.

Vers un renforcement de la transparence. Par la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte⁶⁷, le législateur français avait déjà imposé aux investisseurs institutionnels de publier des informations sur les modalités de prise en compte, dans leur politique d'investissement, des critères relatifs au respect d'objectifs ESG et sur les moyens mis en œuvre pour contribuer à la transition énergétique et écologique. L'obligation s'appliquera prochainement à tous les assureurs européens : le règlement « Disclosure » du 27 novembre 2019⁶⁸ encadre en effet la transparence des fonds vis-à-vis de leur intégration des critères ESG. À compter du 10 mars 2021, les assureurs, en tant qu'« acteurs des marchés financiers », seront tenus de communiquer dans leur politique de gestion des risques sur la prise en compte des risques ESG – notamment découlant du changement climatique – pouvant avoir des incidences sur la valeur de leurs investissements⁶⁹. Le texte impose également aux acteurs d'une certaine taille de communiquer sur la prise en compte des principales incidences négatives de leurs investissements sur ces facteurs de durabilité⁷⁰ : le risque à moyen ou à long terme d'un investissement dans une activité ayant un impact négatif sur le climat en fait partie. Des obligations d'information sur le produit sont également imposées pour décrire les caractéristiques ESG et la contribution à un objectif d'« investissement durable »⁷¹.

La transparence qui s'imposera prochainement à tous les assureurs européens sera encore accrue avec l'entrée en vigueur prochaine du règlement sur la taxonomie verte adoptée le 18 juin dernier⁷². En effet, les investisseurs pourront bientôt s'appuyer sur un langage commun pour déterminer la part de revenus issus d'activités « vertes » dans lesquelles ils investissent. Il y aura certes une difficulté pour les entreprises de

⁶⁶ Plan d'action pour la finance durable annoncé le 8 mars 2018, formulé en dix recommandations.

⁶⁷ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, dite « loi de transition énergétique », art. 173.

⁶⁸ Règlement n° 2019/2088, 27 nov. 2019, JOUE 9 déc. 2019, p. 1. Sur ce règlement, v. F. MEKOUI, « Les nouvelles obligations d'information en matière de durabilité des investissements », *Banque & Droit*, n° 188, 12 déc. 2019 ; du même auteur, « Des précisions attendues quant aux nouvelles obligations d'information en matière de durabilité des investissements », *Banque & Droit*, n° 192, 27 juill. 2020, p. 38 à 40 ; « Impact environnemental : publication du règlement Disclosure », *BJB*, janv. 2020, n° 118, p. 7.

⁶⁹ Art. 3 du règlement n° 2019/2088 préc.

⁷⁰ Art. 4.1 et s. du règlement n° 2019/2088 préc.

⁷¹ Art. 6.1, 6.2, 7, 8.1 et 8.2 du règlement n° 2019/2088 préc.

⁷² Le règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088 ; v. R. PIN, « Taxonomie verte : le Parlement européen adopte des critères pour les investissements durables », *Actu-environnement*, 19 juin 2020.

communiquer aux investisseurs la part de leur chiffre d'affaires qui correspond à des activités « vertes »⁷³ tant que la révision de la directive Barnier (« NFRD ») n'est pas aboutie mais une telle réforme devrait cependant conduire à fléchir efficacement les investissements vers les secteurs prioritaires de la transition énergétique.

Toutes ces réglementations qui dérivent du plan d'action de l'Union européenne pour une finance durable sont ainsi de nature à inciter les investisseurs et, parmi eux, les assureurs, à davantage investir dans des activités qui permettront d'atteindre les objectifs de l'Accord de Paris. Une autre réforme qui vise spécifiquement les assureurs pourrait aussi soutenir ce but : il s'agit de la réforme en cours des normes prudentielles applicables aux assureurs.

Vers la réforme des normes prudentielles applicables aux assureurs ? Les normes prudentielles sont des exigences de sécurité imposées à des entreprises – appartenant notamment au secteur bancaire et à celui des assurances – pour éviter leur risque de défaillance. Après la crise de 2008, des règles prudentielles nouvelles des assurances et des banques ont été mises en place pour protéger les épargnants et les assurés contre les risques de retournement des marchés pouvant affecter la solvabilité des établissements financiers. En particulier, la directive européenne Solvabilité II du 25 novembre 2009⁷⁴, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016, impose aux assureurs de détenir un niveau de fonds propres suffisant pour faire face aux risques systémiques et d'en surveiller la gestion.

Cette réglementation présente l'inconvénient de décourager l'investissement en actions à long terme dans les entreprises qui sont porteuses de transformations sociales ou environnementales⁷⁵. En 2019, une première modification a été apportée pour favoriser l'investissement à long terme dans le capital des entreprises⁷⁶ : la Commission a abaissé cette charge en capital à 22 % pour toutes les actions à condition qu'elles soient détenues à long terme⁷⁷. Mais l'application de ce régime dérogatoire est très restreinte : seuls 2 % des investissements en actions des assureurs y qualifient actuellement⁷⁸. Une révision de cette directive par la Commission est en cours pour élargir les critères de qualification des actions détenues à long terme, même si elle a pris du retard à cause de la crise sanitaire. Il est également question de mettre en place des incitations prudentielles à investir dans les actifs durables, mais l'EIOPA, l'Autorité européenne des assurances, n'y est pas favorable⁷⁹.

Les incitations à investir dans des entreprises engagées dans la transition énergétique sont donc appelées à devenir plus fortes pour les assureurs.

⁷³ En ce sens, J. COURCIER, « Une taxonomie pour quoi faire ? », *Revue Banque*, n° 841, 30 janv. 2020.

⁷⁴ Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009.

⁷⁵ Sur la réforme de la directive Solvabilité II, v. le dossier spécial de la revue *Risques*, n° 118, juin 2019, p. 63 s. et en particulier : O. HEREIL, « Adapter le traitement des actions dans Solvabilité II », p. 93 s.

⁷⁶ Règlement délégué (UE) 2019/981 de la Commission du 8 mars 2019 : v. notamment le considérant n° 2.

⁷⁷ V. art. 1^{er}, 34) et 35).

⁷⁸ Rapport final du groupe d'experts de haut niveau (HLF) sur l'Union des marchés de capitaux, p. 43.

⁷⁹ A. ABADIE, « Solvabilité 2 : Bruxelles veut prendre en compte les risques ESG et climatiques », *L'Argus de l'Assurance*, 14 mars 2019.

Les assureurs du monde entier sont ainsi particulièrement exposés aux risques engendrés par le changement climatique, tant par leur activité d'assurance que par leur activité d'investissement. Ils sont appelés à jouer un rôle clé dans la gestion des risques climatiques physiques et de transition. Pour faire face à ces défis, ils doivent faire preuve d'innovation et prendre des engagements ambitieux ; ils doivent également être incités et encouragés dans leurs efforts par le législateur, ce que l'Union européenne a entrepris de faire en matière de finance durable.

Les arguments relatifs au réchauffement climatique dans l'arbitrage d'investissement

Mme Claire Crépet Daigremont

Maître de conférences, Université Paris 2 Panthéon-Assas

L'arbitrage d'investissement se présente-t-il comme un ennemi ou comme un allié de la lutte contre le changement climatique ? Historiquement, le droit international des investissements s'est construit dans l'indifférence face à cet enjeu capital mais récent. Il trouve en effet ses origines dans les normes anciennes du droit international public consacrées à la protection des étrangers et de leurs biens. Au cours des siècles, il est apparu que les Etats devaient assurer une certaine protection aux ressortissants des autres Etats présents sur leur territoire. Des obligations coutumières sont nées progressivement faisant peser sur les Etats d'accueil des standards de traitement minimum¹. Puis de droit international des étrangers, cet ensemble a évolué en un droit international des investissements étrangers². La notion d'investissement est apparue dans le droit international à la fin des années 1950, au moment de l'adoption des premiers traités bilatéraux de promotion et de protection réciproques des investissements étrangers (TBI). La création du CIRDI en 1965 représente également une étape majeure³. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, une institution de la Banque mondiale, met à la disposition des Etats et des investisseurs les outils nécessaires à la mise en place de procédures d'arbitrage international pour le règlement de leurs différends.

Le droit international des investissements se compose en effet non seulement de règles matérielles mais aussi de règles procédurales. S'agissant des premières, le droit coutumier et conventionnel impose aux Etats d'accueil un certain nombre d'obligations de traitement et de protection : notamment l'interdiction d'exproprier sans compensation, l'obligation de non-discrimination par le biais des clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, l'obligation de traitement juste et équitable et l'octroi de garanties en matière de libre transfert des capitaux. S'agissant des secondes, les traités relatifs aux investissements prévoient le recours à l'arbitrage international, CIRDI ou autre, pour le règlement des différends qui pourraient survenir entre l'investisseur et l'Etat hôte de l'investissement. On dénombre actuellement environ trois mille traités de protection des investissements, contenant généralement le consentement de l'Etat au recours à l'arbitrage⁴. Le droit international des investissements représente ainsi un droit complet et effectif de protection des investissements étrangers contre les mesures étatiques arbitraires, discriminatoires ou spoliatrices. L'une de ses caractéristiques est d'être un ensemble normatif déséquilibré, l'ensemble des obligations pesant sur la seule partie étatique, les investisseurs étant

¹ A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, 1931-III, vol. 37, pp. 323-412.

² Ch. LEBEN, « Droit international des investissements : un survol historique », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Paris, Pedone, 2015, pp. 1-79.

³ La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats créant le CIRDI a été conclue à Washington le 18 mars 1965. Elle est entrée en vigueur le 14 octobre 1966 et lie actuellement 154 États contractants.

⁴ Une base de données de ces traités est disponible sur le site Internet de la CNUCED [<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>].

seulement titulaires de droits, non pas d'obligations. Dans cette perspective traditionnelle, ce droit ne fait aucune mention des préoccupations environnementales⁵. Les traités plus récents, dits de « nouvelle génération », conclus depuis les années 2000 dans le cadre de la création de zones de libre-échange généralement, marquent à cet égard une certaine avancée mais ils ne constituent pas tous encore un appui très solide pour la prise en compte des arguments en faveur du climat dans l'arbitrage d'investissement.

Plus jeune encore que le droit international des investissements, le droit international du climat a pris forme au cours du XX^{ème} siècle à partir de la conclusion de la convention de New York sur les changements climatiques en 1992 puis du protocole de Kyoto en 1997. En 2015, l'Accord de Paris fut le reflet d'une extraordinaire prise de conscience planétaire de l'urgence climatique. Si ce traité incite certes les Etats à mettre en œuvre des politiques de protection de l'environnement, en particulier de lutte contre le réchauffement climatique, il reste muet sur ses rapports avec les obligations pesant sur les Etats en droit international économique. Les nouveaux accords de commerce et d'investissements tentent quant à eux d'organiser les conditions de cette interaction normative mais selon des formules souvent difficiles à mettre en œuvre. Une confrontation se présente pourtant bel et bien : en ne tenant pas compte des objectifs environnementaux, le droit international des investissements est en effet susceptible de faire obstacle à leur réalisation. Traditionnellement, le droit international des investissements ne distingue pas entre les investissements durables et les autres, si bien qu'il protège autant les uns que les autres contre les atteintes portées par les Etats, y compris dans un but légitime d'intérêt général. Or le droit international des investissements est d'une redoutable efficacité – contrairement sans doute au droit international du climat – en raison du mécanisme de mise en œuvre des obligations contraignantes qui le composent, par la voie juridictionnelle obligatoire de l'arbitrage d'investissement directement accessible aux investisseurs.

Historiquement, l'arbitrage international « général » fut pourtant une terre de prédilection pour le développement du droit international de l'environnement. Des litiges environnementaux ont été régulièrement soumis à des tribunaux arbitraux depuis la fin du XIX^{ème} siècle et de grands principes du droit international de l'environnement furent dégagés par la jurisprudence arbitrale. Depuis l'affaire de la Mer de Behring à propos de la chasse au phoque opposant les Etats-Unis et le Royaume-Uni en 1893⁶ jusqu'à l'affaire du Rhin de fer de 2005 entre la Belgique et les Pays-Bas⁷ en passant notamment par l'affaire de la Fonderie de Trail au sujet de fumées polluantes transfrontières qui vit s'affronter les Etats-Unis et le Canada en 1941⁸, des principes tels que l'utilisation non dommageable du territoire, l'obligation de coopération ou encore le concept de développement durable se sont imposés⁹. Pour sa part, l'arbitrage d'investissement ne présente pas (encore) un tel bilan. Le schéma procédural de

⁵ Sur le droit international des investissements, v. not. Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015 ; S. CUENDET, *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Larcier, 1^{ère} éd. 2017 ; A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 3^{ème} éd., 2020.

⁶ *Affaire des phoques à fourrure en mer de Behring (Royaume-Uni c. Etats-Unis)*, sentence, 15 août 1893, RSA, vol XXVIII, pp. 263-276.

⁷ *Affaire du Rhin de fer (Belgique / Pays-Bas)*, sentence, 24 mai 2005, [https://pcacases.com/web/sendAttach/481].

⁸ *Affaire de la Fonderie de Trail (Etats-Unis c. Canada)*, sentence, 11 mars 1941, RSA, vol. III, pp. 1938 et s.

⁹ V. W. MILES, M. LAWRY-WHITE, « Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of all Stakeholders : The Role of ICSID », *ICSID Rev./FILJ*, 2019, n°34-1, pp. 1-31, spéc. pp. 7-9.

L'arbitrage d'investissement ne le facilite sans doute pas : il ne s'agit pas d'un contentieux interétatique et les litiges qui lui sont soumis ne sont pas purement environnementaux. L'arbitrage d'investissement oppose un investisseur étranger, personne physique ou morale, à un Etat au sujet d'un différend relatif à une opération d'investissement. Le schéma qui se présente classiquement met en scène un investisseur contestant des mesures prises par l'Etat d'accueil à l'encontre de son investissement : le retrait d'un permis ou d'une licence, la rupture d'un contrat, l'interdiction d'exploiter l'investissement, une nationalisation ou encore une expropriation. Les arguments environnementaux font éventuellement irruption dans le débat en étant invoqués en défense par l'Etat qui pourrait tenter de tirer profit de l'objectif poursuivi par sa mesure, un objectif de développement durable par exemple¹⁰.

Quels sont les chances de succès de tels arguments ? Le droit international des investissements et l'arbitrage d'investissement les accueillent-ils favorablement, s'érigeant en alliés du droit international du climat en préservant la capacité des Etats de légiférer dans l'intérêt des énergies renouvelables, ou bien au contraire les écartent-ils, continuant de protéger coûte que coûte l'investisseur, même complice du réchauffement climatique ? En pratique, la réponse n'est pas si tranchée : l'indifférence traditionnelle du droit international des investissements à l'égard des préoccupations environnementales commence à faire place à une certaine prise en compte. Les arbitres se montrent parfois sensibles aux arguments relatifs au changement climatique et plus généralement à l'importance de la protection de l'environnement, mais au prix de décisions audacieuses, à rebours des positions traditionnellement adoptées. Pour en prendre toute la mesure, il faut examiner les arguments portant sur la compétence des tribunaux (I) et ceux relatifs au fond des demandes (II).

I. Les arguments relatifs au climat se rapportant à la compétence des tribunaux arbitraux

Des arguments relatifs à la protection du climat peuvent intervenir dès le stade de l'examen de la compétence du tribunal. Le premier d'entre eux est d'une redoutable efficacité puisqu'il empêche purement et simplement le tribunal de connaître de l'affaire, c'est-à-dire de remettre en cause la mesure contestée protectrice du climat. Il concerne la notion d'investissement protégé : l'argument consiste à démontrer qu'un investissement réalisé en violation des normes environnementales étatiques n'est pas couvert par le traité et ne peut donc donner lieu à un arbitrage international (A). Le second argument concerne la compétence du tribunal pour connaître de demandes reconventionnelles, c'est-à-dire des demandes que l'Etat défendeur pourrait opposer à l'investisseur qui a violé des normes environnementales (B).

A. La notion d'investissement protégé et la défense du climat

L'affaire *Cortec contre Kenya* illustre cette première hypothèse¹¹. Des investisseurs britanniques s'étaient engagés dans un projet minier d'extraction de Niobium, un métal rare, situé en plein cœur d'une forêt déclarée réserve naturelle riche en biodiversité et habitée par une communauté indigène, les Digo. Les permis d'exploration initialement

¹⁰ Le cas peut aussi se présenter d'un investisseur se plaignant de l'insuffisance des mesures prises en faveur de l'environnement mais il est rare. V. pour un précédent n'ayant pas abouti, *Peter A. Allard c. Barbade*, aff. CPA 2012-06, sentence, 27 juin 2016.

¹¹ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (PTY) Limited and Stirling Capital Limited c. Kenya*, aff. CIRDI n°ARB/15/29, sentence, 22 octobre 2018, comm. M. LAZOUZI, *Rev. arb.*, 2019-2, pp. 609-617.

accordés avaient été remis en cause par les autorités nationales pour des motifs de protection de l'environnement. Les demandeurs avaient porté le différend devant un tribunal CIRDI sur le fondement du TBI conclu entre le Royaume-Uni et le Kenya en 1999. Le tribunal rejeta sa compétence, estimant que l'investissement en question n'était pas un investissement *protégé* au sens du traité applicable. Ayant été réalisé en violation de normes de droit interne, il ne pouvait en effet prétendre à la protection du traité.

La notion d'investissement protégé est apparue récemment en jurisprudence sur le fondement de la définition de la notion d'investissement retenue dans certains TBI qui mentionnent en effet expressément une obligation de conformité au droit de l'Etat d'accueil pour que l'investisseur puisse prétendre à la protection du traité¹². L'Accord économique et commercial global conclu par l'Union européenne et le Canada en 2016 (CETA) définit par exemple l'investissement comme « effectué conformément au droit applicable au moment où il est effectué »¹³. Dans l'affaire *Cortec contre Kenya*, l'audace du tribunal tient à ce que le TBI applicable ne retenait pas une telle définition de la notion d'investissement. Les arbitres ont reconnu l'existence d'une obligation implicite de conformité au droit local qu'ils ont justifié par le fait que l'investissement en question consistait en l'octroi d'une licence :

[T]he Tribunal concludes that for an investment such as a licence, which is the creature of the laws of the Host State, to qualify for protection, it must be made in accordance with the laws of the Host State. The claims do not relate to bricks and mortar, as earlier observed. The claimed rights flow from a document which has no legal existence or effect, and cannot therefore give rise to compensable rights¹⁴.

Le tribunal tint également compte de la gravité des violations opposées à l'investisseur : « *[i]n the Tribunal's opinion, the regulatory obligations on which the Claimants defaulted were of fundamental importance in an environmentally vulnerable area faced with a project to remove and at least partially process 130 million tonnes of Mrima Hill* »¹⁵.

Ainsi le non-respect des obligations réglementaires s'imposant à l'investisseur lui fait-il perdre le bénéfice du TBI et partant l'accès à l'arbitrage international. Une telle jurisprudence permet de donner effet aux normes environnementales de droit interne ; elle ne résulte pas de la prise en compte directe du droit international de l'environnement. Elle est donc particulièrement efficace à condition qu'existent des réglementations internes et que ces dernières n'aient pas été respectées par l'investisseur.

B. *La recevabilité des demandes reconventionnelles*

La convention de Washington créant le CIRDI et la plupart des autres règlements d'arbitrage admettent la possibilité pour le défendeur à l'instance d'engager une demande reconventionnelle à l'encontre du demandeur lui permettant de soumettre au tribunal ses propres griefs et d'obtenir la condamnation de l'investisseur fautif ou de

¹² J. MATRINGE, « La notion d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Paris, Pedone, 2015, pp. 135-160.

¹³ Accord économique et commercial global conclu entre l'Union européenne et le Canada, article 8.1. Le texte complet de l'accord est disponible à l'adresse suivante : [\[https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_fr.htm\]](https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_fr.htm).

¹⁴ *Cortec c. Kenya*, sentence préc., §319.

¹⁵ *Ibid.*, §346.

réduire sa propre responsabilité¹⁶. Toutefois les demandes faites en ce sens par les Etats défendeurs dans l'arbitrage d'investissement ont généralement été rejetées par les tribunaux arbitraux faute de fondement dans le traité donnant compétence au tribunal arbitral. Deux affaires récentes marquent néanmoins une évolution en faveur de la recevabilité des demandes reconventionnelles.

Dans l'affaire *Urbaser contre Argentine*¹⁷, les demandeurs espagnols se plaignaient de la rupture de leur contrat de concession de distribution et d'assainissement de l'eau sur le fondement du TBI conclu entre l'Argentine et l'Espagne en 1991. L'Etat argentin souhaitait opposer pour sa part divers manquements des demandeurs s'agissant de l'entretien et du développement de la concession, des manquements tels qu'ils constituaient selon l'Argentine une violation du droit fondamental d'accès à l'eau pour les populations concernées. Le tribunal saisi en l'espèce juge que les deux conditions requises pour entendre les demandes reconventionnelles étaient réunies : premièrement, le consentement des parties, déduit d'une offre d'arbitrage large dans le TBI, visant « tout différend entre les parties au sujet d'un investissement » ; deuxièmement, l'existence d'un lien de la demande avec l'objet du litige principal reposant sur une simple connexité de faits. Ainsi le tribunal retient-il une position plutôt conciliante, se satisfaisant que la demande reconventionnelle portât sur le même investissement et fût en rapport avec le même contrat de concession.

Dans l'affaire *Aven contre Costa Rica*¹⁸, l'Etat avait mis fin à un projet de création d'un vaste centre touristique sur la côte pacifique à la suite de la découverte de zones humides protégées. Les investisseurs américains avaient déposé une demande d'arbitrage sur le fondement de l'accord de libre-échange conclu entre les Etats-Unis, la République dominicaine et des Etats d'Amérique centrale (DR-CAFTA ou ALÉAC). Une demande reconventionnelle fut présentée par l'Etat défendeur en vue d'obtenir réparation des dommages causés à l'environnement par les demandeurs qui avaient tenté de dissimuler et d'assécher la zone humide protégée. Dans la sentence rendue en 2018, le tribunal constate que le traité d'investissement semble exclure la saisine par un Etat d'une demande contre un investisseur car il n'envisage explicitement comme demandeur que l'investisseur et comme défendeur l'un des Etats parties. Les arbitres observent toutefois que le traité reconnaît implicitement des obligations à la charge des investisseurs, notamment le respect des normes environnementales, internationalisées en raison de leur reprise dans le traité. Confirmant la décision rendue dans l'affaire *Urbaser*, le tribunal se reconnaît donc compétent pour connaître des demandes de l'Etat contre l'investisseur.

¹⁶ V. p. ex. l'art. 46 de la Convention créant le CIRDI : « sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre ». De même le « Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement » dans le cadre de la Cour permanente d'arbitrage prévoit la possibilité des demandes reconventionnelles. Adopté en 2001, il présente des avantages en termes de délais, de confidentialité et d'expertise des arbitres saisis, mais il est très peu utilisé en pratique.

¹⁷ *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016, comm. D. ATTANASIO, T. SAINATI, *AJIL*, vol. 111, n°3, p. 744 ; T.H. CHENG, R. TRISOTTO, *JWIT*, vol. 15, p. 285 ; S. LEMAIRE, *Rev. Arb.* 2017-2, p. 682 ; A. DE NANTEUIL, *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2017/4, p. 619.

¹⁸ *David Aven et al. c. Costa Rica*, aff. n°UNCT/15/3, sentence, 18 septembre 2018, comm. M. LAAZOUZI, *Rev. Arb.*, 2019-2, p. 609 ; A. RAFIQ, *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2019-4, p. 706.

Cet assouplissement constaté en jurisprudence s'agissant de l'admission des demandes reconventionnelles pourrait être utilement appuyé par une évolution des traités eux-mêmes. Il est regrettable que le CETA reste par exemple muet sur l'éventualité des demandes reconventionnelles.

II. Les arguments relatifs au climat se rapportant au fond des demandes

Sur le plan du droit substantiel, le poids des arguments relatifs au changement climatique dépend bien entendu du contenu du droit applicable : les arbitres ne peuvent créer *ex nihilo* ni des exceptions en faveur de mesures étatiques protectrices de l'environnement ni des obligations nouvelles à la charge des investisseurs. En l'absence de dispositions protectrices du climat dans les traités, il est néanmoins possible de profiter d'une certaine marge de manœuvre en interprétant les dispositions des traités dans un sens favorable à la prise en compte des enjeux du climat. L'examen de la pratique montre ainsi que les arbitres ne sont pas fermés aux arguments environnementaux.

Ces arguments de fond peuvent être invoqués dans l'arbitrage d'investissement soit pour faire échec à une condamnation de l'Etat – son comportement n'est pas répréhensible dans la mesure où il poursuit des objectifs légitimes de développement durable – (A) soit pour engager la responsabilité internationale de l'investisseur dans le cadre d'une demande reconventionnelle (B).

A. Les arguments visant à préserver la capacité de l'Etat de légiférer dans l'intérêt du climat

Conformément à l'hypothèse retenue, l'arbitrage international en matière d'investissement met en scène un investisseur contestant une mesure étatique qui porterait atteinte à son investissement face à un Etat défendeur invoquant des motifs d'intérêt général (protection de l'environnement, protection des droits de l'homme, etc.) pour justifier sa mesure. Ces arguments de défense étatique ont des chances d'aboutir si des exceptions aux obligations de traitement et de protection contenues dans le traité sont prévues, ce qui demeure rare ou ambiguë s'agissant des traités d'investissement (1). Une autre voie est celle de l'interprétation des obligations du traité dans un sens favorable à la protection de l'environnement (2).

1. Rareté et ambiguïté des exceptions en faveur de la protection de l'environnement

Le mécanisme de l'exception est connu, en particulier en droit international économique, au travers notamment des articles XX et XXI du GATT. Ces deux clauses permettent d'immuniser une mesure par ailleurs incompatible avec les obligations du traité. Or cette technique fut peu employée dans les accords d'investissements jusqu'à récemment¹⁹. Seuls les traités dits de nouvelle génération, qui contiennent de nombreuses références aux questions environnementales, posent parfois une exception générale en faveur des mesures environnementales. Le CETA la prévoit par exemple expressément²⁰. Certains traités se révèlent toutefois ambigus et par conséquent délicats

¹⁹ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 3^{ème} éd., 2020, spéc. p. 478 et s.

²⁰ V. l'article 24.4 de l'AECE/CETA consacré aux accords multilatéraux sur l'environnement, dont le 4^{ème} paragraphe renvoie expressément à l'article 28.3 consacré aux exceptions générales : « [L]es Parties reconnaissent leur droit de recourir à l'article 28.3 (Exceptions générales) en ce qui concerne les mesures touchant l'environnement, y compris celles prises en application d'accords multilatéraux sur l'environnement auxquels elles sont parties ». Conformément à l'article 28.3 §2 inspiré du GATT : « [...] »

à mettre en œuvre. L'affaire *Aven contre Costa Rica* déjà mentionnée en donne une illustration.

Le chapitre 10 « Investissement » de l'ALÉAC conclu au début des années 2000 contient une clause qui s'apparente à une exception générale : « rien dans le présent chapitre ne doit être interprété comme empêchant un Etat partie d'adopter, maintenir ou mettre en œuvre une mesure qu'il considère nécessaire pour garantir que l'opération d'investissement respecte les intérêts environnementaux », mais il est précisé que ces mesures doivent être « par ailleurs compatibles avec les obligations du même chapitre relatives à la protection des investissements »²¹. Par conséquent cette clause ne joue pas comme une exception. Au chapitre 17 de ce traité, consacré à l'environnement, il est par ailleurs reconnu le droit de l'Etat d'adopter un certain niveau de protection environnementale, marquant la volonté des parties de faire prévaloir les préoccupations environnementales sur le développement du commerce et des investissements, mais ce chapitre ne contient pas davantage d'exception à proprement parler. De telles contradictions placent les tribunaux dans des positions inconfortables. Dans l'affaire *Aven*, le tribunal fit prévaloir les préoccupations environnementales mais en soutenant une position originale, qui pourrait difficilement faire sens au premier abord : « il ne s'agit pas de ne pas appliquer les obligations du chapitre 10, mais de donner une préférence aux standards de protection de l'environnement qui ont été mis en avant par les parties dans le traité »²². En l'espèce, le tribunal recourut en réalité à un autre procédé de fond pour faire prévaloir les normes environnementales : l'interprétation des obligations du chapitre relatif au traitement des investissements dans un sens favorable à la protection du climat.

2. L'interprétation des obligations des traités dans un sens favorable à la protection du climat

L'affaire *Aven* soulevait la question de savoir si les demandeurs avaient été traités conformément à l'obligation de traitement juste et équitable, y compris du point de vue du respect de leurs attentes légitimes. Désireux de tenir compte des préoccupations manifestées par les Etats parties en faveur de la protection de l'environnement, le tribunal renversa la question posée en recherchant si le Costa Rica avait exercé les droits qu'il tenait du traité de mettre en œuvre des mesures protectrices de l'environnement d'une manière compatible avec le droit international, c'est-à-dire d'après le tribunal de manière non discriminatoire et dans le respect des standards du procès équitable. Inversant la logique traditionnelle, il mettait ainsi en avant les droits de l'Etat et non pas ceux des investisseurs pour rechercher si le comportement de l'Etat était justifié : « *[i]f the question then becomes, did Costa Rica exercise its rights under DR-CAFTA and act vis a vis the investors and the investment in a manner that is compliant with both the Treaty and customary*

sous réserve que de telles mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services entre les Parties, aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par une Partie de mesures nécessaires : [...] b) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux [nbp : Les Parties comprennent que les mesures visées à l'alinéa b) englobent les mesures environnementales nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux] ».

²¹ Article 10.11, notre trad.

²² *David Aven et al. c. Costa Rica*, sentence préc., §412 : « *[i]t is not a question of "not-applying" those provisions under Chapter Ten, but rather giving preference to the standards of environmental protection that were stated to be of interest to the Treaty Parties at the time it was signed* ».

international law ? »²³. Le tribunal s'adonne alors à une analyse factuelle poussée pour constater la réalité des risques pour l'environnement du projet touristique contesté et juger que la décision de l'Etat d'y mettre fin était fondée. Jusqu'à présent, la jurisprudence en matière d'investissement ne réalisait pas un tel contrôle de nécessité et de proportionnalité de la mesure.

Ainsi cette décision ouvre-t-elle des perspectives intéressantes s'agissant de la préservation de la capacité de réglementer dans l'intérêt général. Les traités, même ceux de nouvelle génération, n'offrent en effet pas toujours un appui suffisant à ce type d'interprétation. Le CETA par exemple, pourtant présenté comme contenant tous les garde-fous permettant de sauvegarder le pouvoir de l'Etat de réglementer dans l'intérêt général, ne permet pas expressément de distinguer parmi les investissements protégés les investissements durables de ceux qui portent atteinte à l'environnement. Ainsi n'est-il pas certain qu'il autorise les Etats à accorder un traitement plus favorable aux investissements dans les énergies renouvelables par rapport à ceux des énergies fossiles²⁴. En conséquence, il pourrait empêcher les Etats de mettre en œuvre de telles politiques environnementales. Les tribunaux arbitraux disposent toutefois d'une certaine marge de manœuvre s'agissant de l'interprétation de l'obligation de non-discrimination au travers de la notion de similarité. Les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée n'imposent de traiter non moins favorablement les investissements que dans des circonstances similaires. Le raisonnement consiste à convaincre qu'un investissement durable n'est pas similaire à un investissement non durable et qu'en l'absence de similarité, le traitement plus favorable accordé aux uns n'a pas à être étendu aux autres.

Les « affaires espagnoles »²⁵ illustrent encore l'aléa jurisprudentiel caractérisant la matière. En 1997, l'Espagne lance un vaste programme en faveur des énergies renouvelables qui attire un grand nombre d'investisseurs. Les conditions tarifaires étant attrayantes, le succès est au rendez-vous. La crise économique et financière mondiale de 2008 contraint toutefois l'Espagne à faire face à l'aggravation de ses déficits publics. Le gouvernement décide de modifier unilatéralement le régime de ces investissements en leur défaveur. Des dizaines d'affaires sont alors portées devant des tribunaux arbitraux d'investissement sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie. La question posée est celle de savoir si l'Etat pouvait porter atteinte aux attentes légitimes des investisseurs afin de poursuivre des mesures d'intérêt général. Le but poursuivi en l'espèce ne concerne toutefois pas la protection du climat : au contraire, il est mis fin à une politique environnementale pour des raisons économiques et de protection des consommateurs. Une fois n'est pas coutume, la protection de l'investisseur poursuit ici la même finalité que la protection du climat. La question du changement climatique ne semble néanmoins pas figurer au centre des débats. Conclu en 1994, le Traité sur la Charte de l'énergie ne contient aucune exception générale en faveur du droit de l'Etat de réglementer. La décision des tribunaux arbitraux dépend donc entièrement de leur interprétation du standard de traitement juste et équitable et de leur conception de la

²³ *Ibid.*, §414.

²⁴ S. GROSBN, « Investissements et changements climatiques : le chapitre 8 de l'Accord économique et commercial global (AECG/CETA) face aux impératifs de transition énergétique », *JDI*, 2019-2, doct. 5.

²⁵ Sur ces affaires, v. not. M. FRAPPIER, « Le programme espagnol en faveur des énergies renouvelables face au standard de traitement juste et équitable », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2018-4, pp. 762-777 ; P. THIEFFRY, « L'arbitrage et le droit européen de l'environnement », *Rev. arb.*, 2919-4, pp. 1069-1108 ; ainsi que l'opinion concurrente et dissidente de l'arbitre Ch. N. BROWER dans l'affaire *PV Investment c. Espagne*, aff. CPA n°2012-14, sentence finale, 28 février 2020.

protection des attentes légitimes des investissements. Sur une quinzaine de sentences rendues, trois l'ont été en faveur de l'Etat, une douzaine d'autres a reconnu une atteinte aux droits des investisseurs. Le double d'affaires est encore pendant.

B. Les arguments permettant de mettre en cause la responsabilité de l'investisseur non respectueux des normes environnementales

Dans l'arbitrage d'investissement, la mise en cause des investisseurs fait face à une infirmité congénitale : le déséquilibre originel du droit international des investissements qui ne fait peser d'obligations internationales que sur les Etats²⁶. Or en l'absence d'obligations à la charge des investisseurs, il s'avère difficile de mettre en cause leur responsabilité. Là encore toutefois, le cadre traditionnel est parfois dépassé et des arguments relatifs à la protection de l'environnement accueillis. Des évolutions peuvent être constatées d'une part s'agissant du succès au fond des demandes reconventionnelles formulées par les Etats contre les investisseurs (1), d'autre part s'agissant de la reconnaissance aux investisseurs étrangers de la qualité de sujet de droit international (2).

1. Le succès au fond des demandes reconventionnelles formulées par les Etats contre les investisseurs

Une fois franchies les contraintes procédurales relatives à la recevabilité même de la demande reconventionnelle, les chances de succès des demandes reconventionnelles font face à une contrainte matérielle : l'absence la plupart du temps de normes environnementales à la charge de l'investisseur dans le traité. Ces difficultés peuvent néanmoins être levées. Dans l'affaire *Urbaser contre Argentine* par exemple, après avoir accepté la recevabilité de la demande reconventionnelle, le tribunal admit que les griefs invoqués par l'Etat contre l'investisseur pouvaient être fondés sur d'autres instruments que le traité lui-même grâce à une clause de droit applicable du TBI renvoyant non seulement au traité, mais aussi au droit interne et aux principes généraux du droit international. En l'espèce, le droit d'accès à l'eau invoqué par l'Argentine n'était toutefois pas opposable aux investisseurs ; il ne l'était qu'à l'égard des Etats. La demande reconventionnelle fut donc finalement rejetée au fond.

L'affaire *Burlington contre Equateur*²⁷ illustre en revanche un cas inédit de succès au fond d'une demande reconventionnelle. L'Etat reprochait aux investisseurs américains d'avoir causé des dommages environnementaux et d'avoir manqué à leurs obligations de maintenance et d'entretien des installations d'hydrocarbures dont ils avaient la charge. L'arbitrage était fondé sur le TBI Etats-Unis/Equateur conclu en 1997, dépourvu de clause de droit applicable. Le tribunal put se fonder sur la convention

²⁶ V. pour un contre-exemple : *Hesham Talaat M. Al-Warrag c. Indonésie*, aff. CNUDCI, sentence, 15 décembre 2014, §§ 660 et s. Fondée sur l'accord de protection des investissements conclu dans le cadre de l'Organisation de la conférence islamique, la demande put aboutir en raison d'obligations posées dans le traité à la charge des investisseurs (art. 9 : « *The investor shall be bound by the laws and regulations in force in the host state and shall refrain from all acts that may disturb public order or morals or that may be prejudicial to the public interest. He is also to refrain from exercising restrictive practices and from trying to achieve gains through unlawful means* ») et d'une clause d'arbitrage envisageant expressément la possibilité d'une saisine par l'Etat contre l'investissement (art. 17 : « (...) *each party has the right to resort to the Arbitration Tribunal for a final decision on the dispute* »).

²⁷ *Burlington Ressources Inc c. Equateur*, aff. CIRDI n° ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017, comm. S. LEMAIRE, *Rev. Arb.* 2017-2, pp. 682-698 ; A. DE NANTEUIL, *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2017-4, pp. 619-628. V. aussi l'affaire *Perenco c. Equateur* portant sur les mêmes faits, aff. CIRDI n° ARB/08/6, décision sur les demandes reconventionnelles environnementales, 11 août 2015 et sentence finale, 27 septembre 2019.

CIRDI elle-même dont l'article 42 renvoie au droit international et au droit interne. Appliquant le droit environnemental équatorien, il put constater les manquements et condamner l'investisseur au paiement de 42 millions de dollars américains au titre de dommages-intérêts. Pour la première fois, un investisseur fut condamné par un tribunal arbitral d'investissement. En l'espèce, la recevabilité des demandes reconventionnelles reposait sur un accord de l'Etat et de l'investisseur, non pas sur le TBI, hypothèse qui ne se présente pas fréquemment.

2. L'internationalisation du statut de l'investisseur

Le dernier et ultime argument de fond pour faire valoir les préoccupations environnementales dans l'arbitrage d'investissement consiste à reconnaître la qualité de sujet de droit international à l'investisseur et à le soumettre directement à des obligations internationales de protection de l'environnement. Dans les affaires *Urbaser* et *Aven*, les deux tribunaux arbitraux sont allés jusqu'à adopter un tel raisonnement, affirmant qu'il n'était plus possible de douter que l'investisseur étranger pouvait être un sujet de droit international, titulaire de droits mais aussi d'obligations :

[I]t is true that the enforcement of environmental law is primarily to the States, but it cannot be admitted that a foreign investor could not be subject to international law obligations in this field, particularly in the light of Articles 10.9.3, 10.11 and 17 of DR-CAFTA. [...] This Tribunal shares the views of Urbaser Tribunal that it can no longer be admitted that investors operating internationally are immune from becoming subjects of international law »²⁸ ; [...] international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce²⁹.

Pour être efficace, un tel raisonnement suppose d'admettre la recevabilité des demandes reconventionnelles. Or dans l'affaire *Aven*, si le tribunal a reconnu sa compétence *prima facie*, il a finalement déclaré la demande irrecevable au motif que les conditions relatives à la soumission des demandes posées dans le règlement d'arbitrage CNUDCI n'étaient pas satisfaites³⁰. Sans doute car il n'y croyait pas, le Costa Rica n'avait pas suffisamment détaillé son argumentation, n'ayant présenté aucune précision quant au contenu des obligations violées ni aucun élément probant relatif aux dommages causés, se contentant d'arguments généraux³¹.

Les affaires présentées dans ce rapide tour d'horizon des arguments relatifs au changement climatique dans l'arbitrage d'investissement illustrent combien le droit international des investissements se situe à un tournant. Les inflexions par rapport à l'approche traditionnelle d'indifférence sont réelles. Pour consolider cette jurisprudence, il faut continuer à adapter les traités de manière à intégrer le droit international de l'environnement dans le droit international des investissements. Ces

²⁸ *David Aven et al. c. Costa Rica*, sentence préc., §737-738.

²⁹ *Urbaser c. Argentine*, sentence préc., §1195. De longs développements pourraient être consacrés à la question de la responsabilité sociale des entreprises en droit international. Signalons ici seulement l'existence d'un projet d'« instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme » discuté dans le cadre du Conseil des droits de l'homme de l'ONU (v. not. l'avis de Commission nationale consultative des droits de l'homme daté du 15 octobre 2019).

³⁰ *David Aven et al. c. Costa Rica*, sentence préc., §744 et s.

³¹ Conformément à l'article 20 du Règlement d'arbitrage CNUDCI auquel renvoie l'article 21 : « *[I]be statement of claim shall include the following particulars: (a) The names and contact details of the parties; (b) A statement of the facts supporting the claim; (c) The points at issue; (d) The relief or remedy sought; (e) The legal grounds or arguments supporting the claim. [...] 4. The statement of claim should, as far as possible, be accompanied by all documents and other evidence relied upon by the claimant, or contains references to them* ».

deux droits peuvent en effet aller de concert. Deux projets de « *green investment treaty* » ont d'ailleurs été élaborés dans le cadre du *Stockholm Treaty Lab* créé à l'initiative de la cour d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm³². Liberté des échanges et des investissements peuvent en effet être des alliés de la protection du climat.

³² [<https://stockholmtreatylab.org/>] (consulté le 22 décembre 2020).

La dynamique du contentieux climatique

Maître Christian Huglo,
Avocat à la Cour, Docteur en droit,
Codirecteur du JurisClasseur Environnement

La question du contentieux climatique se doit d'être abordée d'abord au niveau des valeurs et de l'utile, et non pas seulement du point de vue de la seule technique juridique. En effet, si l'on admet que le nécessaire c'est la santé, la protection de l'environnement et donc la continuité de l'humanité, on voit que notre époque éprouve des difficultés à le distinguer de l'utile et, pire encore, qu'elle a tendance à le confondre avec l'utile. Or l'utile se remplace, mais non le nécessaire, et le pire de tout serait de considérer l'utile comme indispensable, le nécessaire comme superflu. La mise en perspective de ces deux notions ne peut être réalisée que par un juge, qui est le seul à nos yeux en mesure de les ramener face à leur sens premier. Le droit international en la matière n'est guère positif, à l'inverse de ce que nous apporte le droit européen environnemental. L'Accord de Paris a en effet fait sortir le droit climatique d'une certaine torpeur dans la mesure où il se base sur plusieurs objectifs concrets, à savoir :

1. une évolution de la température moyenne de 1,5° par rapport à la base de 1990 ;
2. la mise en place d'une politique de transparence quant à la contribution des États à cette fin.

Il s'est donc fort heureusement produit un sursaut en Europe, comme l'a rappelé François-Guy Trébulle¹ dans un commentaire sur le rapport de la Commission européenne du 28 novembre 2018, lequel a développé une stratégie de long terme pour « une économie prospère, moderne, compétitive et respectueuse du climat », ce que ne dément pas aujourd'hui la politique européenne du Green Deal. Le rapport relève que les actions déjà mises en place ne seront pas suffisantes. Il propose une stratégie relative à l'efficacité énergétique, le développement des énergies renouvelables, une mobilité propre, une économie circulaire, la bioéconomie et le captage du carbone.

Tout cela mériterait d'être mis en onde, ce qui n'est pas encore le cas. Notons cependant que l'Accord de Paris a notamment fait émerger une prise de conscience par la société civile, permettant ainsi que se développe une véritable révolution judiciaire dans le domaine du droit climatique². Ce contentieux présente la double caractéristique, d'abord de se multiplier, et, de plus, de commencer à dégager des objectifs précis. En ce qui concerne son développement, on soulignera que l'on compte aujourd'hui près de 1 500 contentieux en cours, spécialement dans les pays anglo-saxons pour des raisons de procédure liées à la *discovery*, laquelle facilite les preuves³.

Ces contentieux ont tous, d'une façon ou d'une autre, pour but principal la réduction des émissions de CO₂ par la mise en cause de l'État et des entreprises

¹ F.-G. TRÉBULLE, *Une vision stratégique commune pour le climat...*, *Énergie-Em.Infrastr.* 2019, n° 4, repère 4.

² V. notre ouvrage, *Le contentieux climatique, une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, 2018.

³ V. l'introduction à cet ouvrage, M. TORRE-SCHAUB, « L'émergence du contentieux climatique comme réponse à l'urgence climatique : dynamiques, usages et mobilisations du droit ».

émettrices, mais aussi d'autres objectifs peut-être un peu moins ambitieux en apparence, à savoir les contentieux dits d'adaptation à l'encontre des projets dits climaticides.

Aujourd'hui, le contentieux climatique mondial peut être considéré, comme cela avait été le cas pour le droit de l'environnement dans les années 1970, comme le moteur principal d'évolution. La situation en France ne peut pas échapper à ce dynamisme, qui vise à une mobilisation de toutes les ressources du droit face à un long immobilisme de l'État en dépit de vigoureuses proclamations en sens contraire. Aujourd'hui, ce contentieux semble se fixer essentiellement sur la mise en cause de la responsabilité de l'État et sur l'insuffisance de ses initiatives pour réduire les émissions de gaz à effet de serre⁴.

Le contentieux français est donc un contentieux administratif. Deux types de juridictions sont saisis: d'une part, le tribunal administratif de Paris pour l'affaire dite *Notre affaire à tous*, et d'autre part sont dirigés sur le Conseil d'État les trois procès de la Commune de Grande-Synthe et de son maire qui œuvrent sur les aspects du contentieux fondé aussi bien sur l'obligation d'agir de l'État français que sur sa non-conformité à l'égard du droit international et du droit communautaire, et qui visent donc d'abord l'annulation de dispositions qui ne favorisent pas la diminution des émissions de gaz à effet de serre. Les actions entreprises par la Commune de Grande-Synthe ont un deuxième objectif, celui de l'adaptation et de la mise en cause du plan Climat-énergie de 2018.

Dans le cadre du contentieux d'adaptation qui se place sur un plan civil, il convient d'ajouter l'action entreprise par un collectif d'associations et de grandes villes fondée sur la loi du 27 mars 2017 concernant le devoir de vigilance à l'encontre des éléments contenus dans le document dit de responsabilité sociale et environnementale publié par la Société Total. Même si ces contentieux se présentent tous dans un contexte juridique délicat et difficile, notamment au niveau de la preuve, leur existence même devrait d'ores et déjà conduire les autorités à évoluer face à une demande de plus en plus forte d'actions provenant de la sphère publique, laquelle ne cesse de se mobiliser.

Nous traiterons successivement des deux questions suivantes :

Pourquoi ce mouvement des contentieux climatique est-il irrésistible. ? (I)

Quelles sont les armes développées dans le cadre de ce contentieux ? (II)

I. L'irrésistibilité du contentieux climatique

Il est aisé de démontrer que les décisions des juges nationaux en matière d'environnement au niveau mondial (et même potentiellement en matière d'urgence climatique) devraient être finalement assez efficaces en vue de la construction d'un véritable droit climatique. Cela tient aux caractéristiques et aux pouvoirs du juge (A) lequel a pu dessiner des lignes de développement fortes de ce droit climatique (B)

A. Les raisons de l'irrésistibilité du contentieux climatique

⁴ Haut Conseil pour le climat, *Agir en cohésion avec les ambitions*. Rapport annuel Neutralité Carbone, juin 2019.

La première c'est que lorsque le juge est saisi, il a l'obligation de statuer, c'est le cas dans toutes les nations du monde : le déni de justice est quelque chose qui est partagé par toutes les nations qui ont une institution digne de ce genre. Un Parlement peut créer une Commission, peut différer, peut utiliser toutes les astuces procédurales ou juridiques pour enterrer un problème, le juge lui ne peut se dérober.

La deuxième observation est relative au fait que le débat devant le juge est un débat contradictoire à armes égales que la procédure soit écrite ou orale. Cela fait penser à un débat d'échanges comme l'applique la méthode scientifique. Le juge est de plus ici un arbitre du contradictoire, il le suscite, le provoque, le contrôle. De ce fait, le petit dispose de la même disponibilité de parole que le grand. La méthode du juge est une méthode propice à permettre un débat scientifique qui n'a pas d'équivalent avec ce qui peut être mis en œuvre par les Parlements, soit que ceux-ci disposent de commissions d'enquête, soit qu'ils disposent de moyens d'investigations scientifiques comme c'est le cas effectivement pour le Parlement français, pour l'Office Parlementaire des Choix Économiques Scientifiques et Techniques placé sous sa dépendance. Dans tous les cas de figure, le juge peut encore faire appel à des experts qui sont indépendants par profession et par statut et le débat devant eux doit être également contradictoire.

En outre, le dernier point, qui est loin d'être inintéressant, est que dans tous les cas de figure la décision du juge est toujours une décision motivée, qu'elle soit une décision de rejet ou d'acceptation. Enfin, la décision du juge est par nature révisable. Finalement la décision du juge revient à la prononciation de ce que l'on peut appeler une Parole conçue dans l'égalité des armes élaborée et créée dans le secret des délibérations, c'est-à-dire dans un lieu de réflexion.

Il a certes été souligné que le juge n'est pas élu démocratiquement, que le processus de la décision dite juridictionnelle ne soit pas un processus acceptable, car il ne trouverait pas sa source dans l'élection ; mais ceci n'est pas fondamentalement exact dans la mesure où, effectivement, la question de l'indépendance du juge est garantie par la Constitution et dans la mesure également où le pouvoir issu de l'élection ne peut rester indifférent à la situation d'indépendance du juge dès lors qu'il se doit de la garantir. Il existe surtout des exemples inverses, la soumission du juge à la pression populaire immédiate peut être une catastrophe ; ainsi aux États-Unis un certain nombre de juges locaux sont effectivement élus par la population. Les juges les plus respectés, les juges fédéraux sont des juges institutionnels : nommés par le Président et les deux Chambres, ils bénéficient d'une indépendance assez remarquable et remarquable (notamment dans le domaine climatique).

Il ne faut pas oublier qu'une très grande partie du droit de l'environnement a été façonnée sur la base de décisions de justice portant sur toutes les questions relatives à l'étude d'impact, à l'évaluation du dommage écologique, à la responsabilité. C'est avant tout une décision des juges et le même phénomène se reproduit pour la question climatique.⁵

⁵ Voir notre ouvrage C. HUGLO, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, 2018, 1^{ère} Partie, Chapitre consacré aux États-Unis.

Aujourd'hui, le développement de la parole du juge ne s'inscrit pas, compte tenu du caractère global de la question posée du climat, dans un État déterminé ou dans un milieu déterminé à proprement parler, mais sur un plan universel.

B. Les lignes de développement du contentieux climatique

L'attention doit être portée vers un phénomène convergent que l'on appelle l'observation du droit comparé : les décisions les plus intéressantes rendues ces dernières années sont des décisions issues du système anglo-saxon qui privilégie une procédure orale plutôt qu'écrite à laquelle s'ajoute surtout une procédure de témoignages plutôt qu'une procédure inquisitoriale. On pense ici à la décision rendue par la Cour de Justice de l'État Régionale d'Australie⁶ et l'arrêt rendu, par exemple, par la Cour Suprême de Hollande dans *l'affaire Urgenda*⁷.

Le déroulement de l'affaire Urgenda a été exemplaire à tous les stades de la juridiction de première instance, d'appel et puis devant la Cour Suprême qui dans le domaine climatique s'est précisément appuyée sur la reconnaissance d'un droit fondamental qui est celui constitué par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme interprétant les articles 2 et 8 de la convention. Faisant référence aux articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile), la Cour Suprême de Hollande est passée à un stade supérieur consistant à considérer que ces dispositions qui s'appliquent en principe à la reconnaissance de droits individuels devaient être interprétées comme devant s'appliquer également au niveau collectif et donc pour toute une population.

Si l'on regarde la décision rendue en Australie, celle-ci cite la même Convention (bien qu'elle ne soit pas applicable en Australie), les accords de Paris et la jurisprudence qui se dégage petit à petit aux États-Unis et que l'on appelle *Duty of care*, que l'on peut traduire également par devoir de vigilance et d'action. Ces deux décisions, comme celle de la Cour d'Appel de Londres⁸, qui paradoxalement a pris en considération les dispositions de l'accord de Paris (qui ne sont pas pourtant reconnues comme ayant un effet obligatoire au point de vue du droit international) pour justifier le refus d'extension d'une des pistes de l'aéroport d'Heathrow, ont, bien que limitées dans l'espace, une portée universelle.

Cet exemple n'est pas le seul. Ainsi voit-on émerger progressivement l'affirmation d'un droit supérieur qui transcende les États et les populations, ce n'est là qu'un début mais la généralisation n'est pas encore suffisante pour bousculer les règles du droit classique, encore trop favorables au court terme. Force est de constater qu'il n'existe pas de procédure d'urgence parce que les systèmes juridiques ne sont pas faits pour contrarier efficacement le cours actuel des choses. S'il existe du point de vue du Droit constitutionnel 195 États, environ 147 disposent d'un droit Constitutionnel à l'Environnement, le chemin n'est pas encore parfaitement ouvert pour faire passer le

⁶ Voir note T. THUILLIER, Dialogues franco-australiens sur la justice climatique, *EEI*, n° 4, Avril 2019, comm. 21

⁷ C. LEPAGE, Premier commentaire de la décision Urgenda, *EEI*, 2020, comm. 6.

⁸ Décision de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, div.civile, 27 fév. 2020 et nos observations « Application par le juge anglais de l'Accord de Paris et du principe de précaution » au Jurisclasseur Lexis Nexis 360.

droit climatique dans les Constitutions. Un projet de réforme a été élaboré en France sur ce sujet pour modifier non pas le Préambule de la Constitution mais l'un des articles fondamentaux de la Constitution, l'article 1^{er}, pour y ajouter le respect d'un devoir climatique, mais les organes consultatifs du Gouvernement ont mis en garde celui-ci contre une disposition qui pourrait avoir une certaine efficacité...

Cependant, dans une décision du 31 janvier 2020, le Conseil Constitutionnel a-t-il affirmé la supériorité du Préambule de la Charte de l'Environnement (qui contient des dispositions fort intéressantes pour la protection du climat et de la biodiversité) sur le principe de la liberté, du commerce et de l'industrie, singulière et heureuse interprétation qui va à l'encontre des dispositions de l'article 3 paragraphe 5 de la Convention du Climat de 1992 qui prévoient précisément que la lutte contre le réchauffement climatique ne devrait pas impliquer des restrictions au commerce international, mais c'est la seule à notre connaissance.⁹

II. Les affaires climatiques en cours

Les contentieux climatiques en cours portent d'une part sur les revendications relatives aux droits de l'Homme (A), et d'autre part sur les procès visant la réglementation nationale (B) au regard de l'Accord de Paris.

A. Le contentieux climatique relatif aux droits de l'Homme

Plusieurs organisations¹⁰ de la société civile sud-américaine ont demandé une audience à la Commission interaméricaine des droits de l'Homme, conformément à l'article 66 de son règlement intérieur, à l'occasion de la 173^e période de sessions qui s'est tenue du 23 septembre au 2 octobre 2019 à Washington D.C. Cette audition a porté sur les implications du changement climatique sur la jouissance des droits de l'Homme dans les Amériques¹¹.

Le 22 mai 2020, la Commission interaméricaine des droits de l'Homme a accepté d'entendre l'exposé des représentants de ces organisations de la société civile sur les impacts du changement climatique sur les droits humains des peuples autochtones, des femmes, des enfants et des communautés rurales. Les organisations ont déclaré que les impacts sur les droits humains peuvent se produire lors de l'émission de gaz à effet de serre, en raison des événements climatiques extrêmes. Ces organisations, ont exhorté la Commission à reconnaître la crise climatique comme une priorité qui menace les droits de l'Homme en Amérique latine et les écosystèmes et ont appelé les États à engager une action climatique plus ambitieuse à travers les contributions 2020 déterminées au niveau national.

⁹ Voir note M. TORRE-SCHAUB, Protection de l'environnement – La préservation de l'environnement, un intérêt fondamental pour la Nation, EEL, n° 3, Mars 2020, page 43

¹⁰ La demande d'audience a été déposée par Fundación Pachamama (Équateur), Dejusticia (Colombie), EarthRights International (régional), AIDA (régional), FUNDEPS (Argentine), FIMA (Chili), DPLF (régional), IDL (Pérou), CELS (Argentine), Engajamundo (Brésil), AHCC (Honduras), Conectas (Brésil), FARN (Argentine), CEMDA (Mexique) et La Ruta del Clima (Costa Rica).

¹¹ Fundación Pachamama, Dejusticia, EarthRights International, AIDA, FUNDEPS, FIMA, DPLF, IDL, CELS, Engajamundo, AHCC, Conectas, FARN, CEMDA et La Ruta del Clima, Demande d'une audition thématique sur les impacts du changement climatique sur les droits dans les Amériques, 11 juillet 2019.

Ces organisations ont également souligné la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'Homme dans le contexte du changement climatique. Les organisations ont, en outre, demandé à la Commission d'inviter les États de la région à prendre des mesures pour mettre fin aux activités qui aggravent les impacts du changement climatique et menacent la jouissance effective des droits de l'Homme. En mai 2020, les pétitionnaires ont aussi publié un rapport dans lequel sont retranscrits leurs demandes¹². Ces ONG ont soutenu que les effets néfastes du changement climatique menacent la jouissance de certains droits de l'Homme consacrés par le droit international (notamment le droit à la vie, à l'alimentation, à l'eau et à l'assainissement, à un logement convenable et à l'autodétermination). Cette démarche est soutenue par de nombreuses résolutions du Conseil des droits de l'Homme qui pose l'obligation¹³ pour les États de protéger ces droits au regard des dispositions constitutionnelles et surtout au regard des pratiques nationales¹⁴ dans la région.

B. Le contentieux climatique en cours au niveau national

L'association *Friends of the Irish Environment* a déposé une plainte auprès de la Haute Cour Irlandaise en 2017, faisant valoir que l'approbation par le gouvernement irlandais du plan national d'atténuation de 2017 violait plusieurs normes juridiques telles que la *Climate Action and Low Carbon Development Act 2015*, la Constitution irlandaise et les obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'Homme, en particulier le droit à la vie et le droit à la vie privée et familiale. Le *Friends of the Irish Environment* a allégué que le plan national d'atténuation, qui vise à passer à une économie propre en carbone d'ici 2050, n'est pas conforme à la loi et aux engagements internationaux de l'Irlande en matière de droits de l'Homme.

Le 19 septembre 2019, la Haute Cour Irlandaise¹⁵ a rejeté les allégations du *Friends of the Irish Environment*, en estimant que le gouvernement avait exercé de manière appropriée le pouvoir discrétionnaire d'élaboration des politiques prévues par la loi et expliquant que le plan actuel n'est qu'une première étape dans la réalisation des objectifs de transition énergétique d'ici 2050 qui sera soumise à un examen. La Cour a rejeté l'allégation du *Friends of the Irish Environment* selon laquelle le plan d'atténuation était invalide pour n'avoir pas atteint des réductions d'émissions substantielles à court terme, concluant que la loi n'exige pas d'objectifs intermédiaires particuliers. La Cour a reconnu qu'« *il y a maintenant peu de place, ou ... un budget carbone, pour les émissions de gaz à effet de serre* » étant donné « *l'objectif d'élévation sûre de la température* » de 1,5 degrés Celsius.

¹² Magdalena Albar Diaz et al., *Cambio climático y los Derechos de Mujeres, Pueblos Indígenas y Comunidades Rurales en las Américas*, Fundación Heinrich Böll, Avril de 2020, 83p.

¹³ Cf. Conseil des droits de l'homme, résolution 7/23, A/HRC/7/78, 29 mars 2008 ; Conseil des droits de l'homme, résolution 10/4, A/HRC/RES/10/4, 25 mars 2009 ; Conseil des droits de l'homme, résolution 18/22, A/HRC/RES/18/22, 17 octobre 2011 ; Conseil des droits de l'homme, résolution 26/27, A/HRC/RES/26/27, 15 juillet 2014.

¹⁴ CIADH, *affaire Almonacid Arellano et al. c. Chili. Objections préliminaires, fond, réparations et frais*. Arrêt du 26 septembre 2006. Série C n° 154, paragraphe 124 ; CIDH, *affaire La Cantuta c. Pérou. Mérites, réparations et coûts*. Arrêt du 29 novembre 2006. Série C n° 162, par. 173 ; CIADH, *Rosendo Cantú et al. c. Mexique. Objection préliminaire, fond, réparations et frais*. Arrêt du 31 août 2010, série C n° 216, paragraphe 219 ; CIADH, *affaire Ibsen Cárdenas et Ibsen Peña c. Bolivie. Mérites, réparations et coûts*. Arrêt du 1er septembre 2010, série C n° 217, par. 202.

¹⁵ Haute Cour d'Irlande, *Friends of the Irish Environment v. Minister for Communications Climate Action and the Environment Ireland & Anor*, 2017 N°793 JR.

La Cour a cependant estimé que le gouvernement irlandais avait exercé de manière appropriée le pouvoir discrétionnaire de décision politique accordé par la loi, en expliquant que le plan actuel n'est qu'une première étape dans la réalisation des objectifs de transition vers une économie sobre en carbone, résiliente au climat et écologiquement durable d'ici 2050, et fera l'objet d'un examen et d'une révision.

Le 22 novembre 2019, l'association *Friends of the Irish Environment* a fait appel de la décision auprès de la Cour d'appel et a simultanément soumis une demande pour passer outre la voie d'appel traditionnelle et aller directement devant la Cour suprême. Le 13 février 2020, la Cour suprême a accepté d'entendre l'affaire, jugeant que des circonstances exceptionnelles justifiaient un appel direct. La Cour a expliqué que

« [I] e demandeur et les intimés admettent qu'il existe un degré d'urgence en ce qui concerne l'adoption de mesures correctives environnementales. Il n'y a pas de différend entre les parties quant aux données scientifiques qui sous-tendent le Plan et à l'augmentation probable des émissions de gaz à effet de serre pendant la durée de vie du plan ».

À l'instar de la décision historique Urgenda rendue en décembre 2019 aux Pays-Bas, la Cour suprême d'Irlande a, le 31 juillet 2020¹⁶, infirmé le jugement de la Haute Cour en annulant le plan national d'atténuation¹⁷ adopté par le gouvernement irlandais en 2017. C'est la deuxième fois qu'un tribunal européen ordonne de réduire les émissions nationales de gaz à effet de serre au regard des objectifs de l'Accord de Paris. Toutefois, la Cour Suprême a conclu que l'association *Friends of the Irish Environment* n'avait pas qualité pour intenter une action en vertu de la Constitution ou de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Enfin, cette décision est une invitation pour le gouvernement irlandais formé en juin 2020 d'adopter un nouveau plan national pour atteindre la neutralité carbone d'ici 2050.

En juin 2019, six organisations non gouvernementales¹⁸ ont poursuivi la multinationale Total pour un projet pétrolier en Ouganda et en Tanzanie. Ces ONG ont envoyé à Total une demande officielle de révision de son plan de vigilance pour le projet Tilenga, ainsi qu'un rapport détaillant les prétendues insuffisances du plan de vigilance adopté par ladite multinationale. Selon l'ONG *Friends of the Earth*, le projet Tilenga prévoit de forer plus de 400 puits, d'extraire environ 200 000 barils de pétrole par jour et de construire un pipeline pour transporter le pétrole en Tanzanie. Les ONG ont allégué que Total n'a pas correctement évalué les menaces de ce projet sur les droits de l'Homme et à l'environnement.

¹⁶ The Supreme Court, 31st July 2020, *Friends of the Irish Environment CLG v. The Government of Ireland*, Ireland and the Attorney General, Appeal No: 205/19.

¹⁷ *Ibid.*, para. 6.33, p. 42: « An important part of the case made by the Government draws attention to the fact that the Plan is a living document. So far as it goes, it seems to me that that is a reasonable proposition. As already noted, the 2015 Act contemplates a revision of the Plan at least every five years and that must carry with it an assumption that the intention is that it will be possible to provide greater detail of certain aspects of any plan made under the 2015 Act as matters progress ».

¹⁸ Ces organisations non gouvernementales sont les suivantes: Friends of the Earth France, Survie, AFIEGO, CRED, NAPE / Friends of the Earth Uganda et NAVODA.

Bien que le rapport¹⁹ des demandeurs se concentre sur les droits de l'Homme et la pollution conventionnelle, il fait également valoir que le plan de vigilance de Total ne tient pas correctement compte des émissions potentielles de gaz à effet de serre sur le cycle de vie du projet. Le 30 janvier 2020, le tribunal judiciaire de Nanterre²⁰ a estimé qu'il ne pouvait pas poursuivre en justice la société Total sur le fondement de la loi française de vigilance. En vertu de la loi sur le devoir de vigilance de la France, les entreprises françaises identifiées doivent identifier et prévenir les risques pour les droits humains et l'environnement qui pourraient résulter de leurs pratiques commerciales. Le tribunal judiciaire de Nanterre s'est déclaré incompétent et le jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Versailles le 10 décembre 2020.²¹

Le Conseil d'État, dans un arrêt *Commune de Grande Synthe* du 19 novembre 2020, a pris, aux conclusions de Stéphane Hoyneck, une position remarquable sur le sujet du réchauffement climatique. Le recours de la commune de Grande Synthe était dirigé contre une décision implicite de rejet d'un recours gracieux tendant à obtenir que l'État prenne toutes mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national de manière, non seulement à respecter strictement les obligations déjà consenties mais à en réduire encore par rapport à ses obligations les émissions, et soient mises en œuvre les mesures immédiates d'adaptation au changement climatique de la France, compte tenu de l'absence de documents en vigueur à l'heure actuellement.

Dans une décision inédite, rendue sous la Présidence du Président de la Section du Contentieux²², les deux sous-sections réunies (6ème et 5ème), le Conseil d'État a estimé qu'il ne disposait pas des éléments nécessaires pour juger si le refus de prendre des mesures complémentaires pour la lutte contre les gaz à effet de serre est compatible avec le respect des prescriptions utiles pour parvenir à l'objectif 2030. Il a demandé au Gouvernement de lui fournir, dans un délai de 3 mois, les justifications appropriées et à la commune requérante, ainsi que les intervenants, tous les éléments complémentaires. On peut considérer que la décision du Conseil d'État devra entraîner un bouleversement de la politique climatique et l'obligation pour l'État, pour sa part de réviser ses prévisions.

L'arrêt du Conseil d'État repose sur trois points importants. Il montre que le droit climatique en France doit passer d'un droit mou au droit dur et que le droit fondé qui doit s'inscrire demain l'est sur les impératifs résultant du droit international qui doit se traduire par une obligation d'agir.

¹⁹ Sophia Gallo, Juliette Renaud & Thomas Bart, *Les Amis de la Terre, Manquements graves à la loi sur le devoir de vigilance : le cas total en Ouganda, Amis de la Terre France et Survie*, Juin 2019, 42p.

²⁰ Tribunal judiciaire de Nanterre, 30 janvier 2020, *Les Amis de la Terre France c. S.A. Total*, N°R.G. : 19/02833 - N° Portalis DB3R-W-B7D-VIPX.

²¹ CA Versailles, 10 décembre 2020, *Les Amis de la Terre France et a., c/ SA Total*, N° RG 20/01692

²² CE, sect., 6e et 5e ch., 19 nov. 2020, n° 427301, *Cne de Grande Synthe et a. ; M. TORRE-SCHAUB*, L'affaire de Grande Synthe : une première décision emblématique dans le contentieux climatique français, *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 12, Décembre 2020, étude 17 ; B. PARANCE, J. ROCHFELD, Tsunami juridique au Conseil d'Etat – Une première décision « climatique » historique, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 49, 30 Novembre 2020, 1334

- Sur le premier point, on rappellera que l'article L. 229-1 du Code de l'Environnement tel qu'il résulte d'une loi du 2 juillet 2003, dispose que la lutte contre l'intensification d'effet de serre et la prévention des risques liés au réchauffement climatique sont reconnus priorités nationales. Il ne s'agit pas là d'un impératif mais d'un simple vœu, et c'est pourquoi la jurisprudence n'en a tiré aucune conséquence²³.
- Pour le Conseil d'État, en substance, il faut faire référence au rôle de l'accord de Paris sur le droit climatique, lui-même issu de la Convention cadre des Nations-Unies sur le changement climatique du 9 mai 1992. A cet égard, s'agissant de ces dispositions de droit international public, le Conseil d'État affirme et reconnaît au considérant n° 12 : « Si les stipulations de la CCNUCC et de l'accord de Paris cité au point 9 requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers et sont, par suite, dépourvues d'effet direct, elles doivent néanmoins être prises en considération dans l'interprétation des dispositions de droit national, notamment celles citées au point 11, qui, se référant aux objectifs qu'elles fixent, ont précisément pour objet de les mettre en œuvre ». Et le point de passage, effectivement, est le droit européen, notamment, la législation française, en particulier l'article L. 100-4 du Code de l'énergie qui se réfère expressément à la Convention des Nations Unies précitée, ainsi que l'accord de Paris.
- Le troisième point est que très clairement, il résulte de l'ensemble de ces dispositifs, que l'État en tire l'obligation d'agir car il ne s'agit plus d'obligation de moyen mais d'obligation de résultat. L'État doit justifier de l'effectivité des objectifs et des mesures contenues dans les différents documents de planification climatique et énergétique.

C'est donc un nouvel horizon qui s'ouvre, qui va avoir d'immenses conséquences pratiques et programmatiques, auxquelles il faudra s'attendre.

²³ CAA Nancy, 21 juin 2007, n° 06NC00102

Le contentieux international privé en matière de changement climatique à l'épreuve de l'article 17 du règlement Rome II : enjeux et perspectives¹

Dr. Eduardo Álvarez-Armas

Lecturer in Law, Brunel University London

Collaborateur scientifique, Université Catholique de Louvain

Le contentieux international privé en matière de changement climatique est un phénomène relativement nouveau dans les domaines du *business and human rights*, du contentieux environnemental transnational et, plus précisément, du contentieux du changement climatique en général. Il pourrait être défini approximativement comme un litige : i) entre parties privées ; ii) de nature juridique privée, concernant généralement la responsabilité civile extracontractuelle ; iii) mené sur le fondement du droit international privé ; et iv) portant sur des dommages potentiels ou effectivement causés par des phénomènes liés au changement climatique.

En raison du succès limité des efforts politiques vis-à-vis de ce qui a été qualifié récemment de « *crise climatique* »², le contentieux du changement climatique au sens large progresse. Jusqu'à présent, ce progrès semble moins lié à sa capacité potentielle à réparer les dommages liés au changement climatique, voire à atténuer le changement climatique ou faciliter l'adaptation à celui-ci³, qu'à son aptitude à susciter un débat public sur le réchauffement de la planète⁴.

¹ Cet article contient certains développements présentés à la VIII *Journal of Private International Law Conference* (Munich 12-14 septembre 2019). Il contient également certains développements tirés et/ou adaptés de la thèse de doctorat de l'auteur (*Private International Environmental Litigation before EU Courts : Choice of law as a Tool of Environmental Global Governance*), qui sera publiée en 2021 dans la collection « Studies in Private International Law » de Hart. Email : eduardo.alvarez-armas@brunel.ac.uk. L'auteur souhaite exprimer son plus grand remerciement à M. Matthieu Bessouet, qui a revu le texte de cet article au niveau linguistique. Toute erreur demeure la responsabilité de l'auteur.

² Cette terminologie est utilisée par l'Organisation des Nations Unies elle-même : <https://www.un.org/fr/un75/climate-crisis-race-we-can-win> (consulté le 10 décembre 2020).

³ Suivant le glossaire du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, « *Mitigation* » est une « *anthropogenic intervention to reduce the sources or enhance the sinks of greenhouse gases* » ; « *Adaptation* » est un « *[a]djustment in natural or human systems to a new or changing environment. Adaptation to climate change refers to adjustment in natural or human systems in response to actual or expected climatic stimuli or their effects, which moderates harm or exploits beneficial opportunities. Various types of adaptation can be distinguished, including anticipatory and reactive adaptation, private and public adaptation, and autonomous and planned adaptation* ». (IPCC, Glossary of Terms used in the IPCC Third Assessment Report, 2001, pp. 379 et 365 respectivement ; v. <https://archive.ipcc.ch/pdf/glossary/tar-ipcc-terms-en.pdf> (consulté le 2 juillet 2020).

⁴ M. LEHMANN, F. EICHEL, « Globaler Klimawandel und Internationales Privatrecht – Zuständigkeit und anzuwendendes Recht für transnationale Klagen wegen klimawandelbedingter Individualschäden », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 83-1, 2019, pp. 77 et ss., à la p. 82. Ces auteurs affirment qu'une caractéristique des litiges liées au changement climatique est qu'ils servent souvent moins à fournir une protection juridique efficace qu'à attirer l'attention du public sur le problème du réchauffement de la planète. En ce sens, en ce qui concerne les litiges « privés » relatifs au changement climatique, ils considèrent que les tribunaux civils deviennent ainsi un forum de débat public concernant les questions de gouvernance environnementale mondiale. V. également, S.-L. HSU, « A realistic evaluation of climate change litigation through the lens of a hypothetical judgment lawsuit », *University of Colorado Law Review*, vol. 79, 2008, pp. 701 et ss., à la p. 717 : « [b]y targeting deep-pocketed private entities that actually emit greenhouse gases [...], a civil litigation strategy, if successful, skips over the potentially cumbersome, time consuming, and politically perilous route of pursuing legislation and regulation ».

Indépendamment de cette fonction sociale et politique que tout litige relatif au changement climatique peut remplir, il est toutefois légitime de se demander si, d'un point de vue purement juridique, les litiges internationaux privés relatifs au changement climatique, nouveauté juridique relative, peuvent efficacement contribuer à la réparation ou à la prévention des dommages liés au changement climatique.

D'emblée, ce type de contentieux fait face à des obstacles importants en provenance du domaine du droit matériel de la responsabilité civile, où l'établissement du lien de causalité entre le comportement, à savoir l'émission de gaz à effet de serre, et le résultat, les préjudices liés au climat, peut s'avérer difficile⁵. Mais pas seulement.

Plus précisément, ce type de contentieux peut également rencontrer des obstacles importants en matière de droit international privé. Au sein de l'UE, son succès dépendra fortement de l'application de l'article 7 du règlement Rome II⁶, la règle de conflit désignant le droit applicable aux « atteinte[s] à l'environnement », et de l'article 17 du même règlement, relatif aux « règles de sécurité et de comportement ». Comme nous le verrons, sous certaines conditions, cette dernière disposition peut interférer avec la première. L'efficacité de l'article 7 et des politiques environnementales qu'il incarne risquent donc d'être compromises.

À partir de l'affaire *Llinya c. RWE*⁷, affaire toujours pendante devant les tribunaux allemands, mais bientôt un jalon du domaine, cet article présentera brièvement le contentieux international privé en matière de changement climatique, et appréciera si l'article 17 du règlement Rome II pourrait à terme devenir un joker en faveur des émetteurs de gaz à effet de serre (GES). À cette fin, cet article commencera d'abord par délimiter la notion de contentieux « *international privé* » par rapport à d'autres contentieux en matière de changement climatique (I), puis détaillera les faits essentiels de l'affaire *Llinya c. RWE* (II) ainsi que certains éléments essentiels du droit international privé de l'UE (III). Il examinera ensuite l'art. 17 Rome II et les controverses qui l'entourent (IV), ainsi que d'autres difficultés qui surgissent lorsque des positions conservatrices sur l'applicabilité spatiale du droit public sont adoptées (V). Une analyse doctrinale de référence sur les faits de l'affaire *Llinya c. RWE*, celle de MM. Lehmann et Eichel, sera exposée (VI). Un modèle hypothétique basé sur les faits de cette même affaire, qui décomposera le fonctionnement de l'article 17 lorsqu'il est confronté à d'autres règles de droit international privé de l'UE, et à des règles nationales de droit public ou à des autorisations et permis administratifs s'ensuivra (VI). Enfin, les antécédents de l'article 17 seront analysés (VII), avant que des conclusions générales ne soient tirées.

⁵ Pour en savoir plus sur les difficultés qui entourent le lien de causalité, *ibid*, pp. 79-80.

⁶ Règlement (EC) 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), O.J. L 199, 31.7.2007, p. 40.

⁷ Pour des informations générales sur l'affaire, v. <https://www.germanwatch.org/en/huaraz> (consulté le 2 juillet 2020).

I. Délimitation et contextualisation du contentieux international privé en matière de changement climatique

Si les litiges relatifs au changement climatique existent depuis près de trois décennies⁸, l'attention qu'ils reçoivent s'est récemment accrue, notamment depuis le jugement historique prononcé par le tribunal de district de La Haye au Pays-Bas le 24 juin 2015 dans l'affaire climatique dite *Urgenda*, où la fondation Urgenda⁹ a remporté un procès contre le gouvernement des Pays-Bas, jugé insuffisamment diligent dans la lutte contre le changement climatique¹⁰. Dans ce jugement confirmé le 20 décembre 2019 par la Cour suprême néerlandaise¹¹, le tribunal de district a décidé que « l'État doit prendre davantage de mesures pour réduire les émissions de gaz à effet de serre aux Pays-Bas. L'État doit également veiller à ce que les émissions néerlandaises en 2020 soient inférieures d'au moins 25 % par rapport à celles de 1990 »¹². La décision dans l'affaire *Urgenda* semble avoir inspiré, ou du moins avoir redonné un élan, à maintes procédures similaires dans le monde entier. Par exemple, aux actions engagées par des ONG et d'autres représentants de l'intérêt public dans le monde entier contre des organismes publics pour leur carence face au changement climatique, ou aux actions engagées par des organismes publics contre des acteurs privés pour des dommages actuels ou potentiels liés au changement climatique¹³.

À cet égard, plusieurs tendances ou branches différentes au sein du contentieux en matière de changement climatique sont distinguables. Bien qu'il soit courant de parler de litige climatique public ou privé selon la nature publique ou privée de la personne défenderesse, une typologie selon deux axes de coordonnées paraît plus appropriée : litiges internationaux *versus* litiges nationaux ; et litiges publics *versus* litiges privés, en limitant davantage ces derniers aux situations où tant le demandeur que le défendeur sont des personnes privées. En ce sens, *Urgenda* serait un litige national, en l'absence d'élément d'extranéité, et public, car le défendeur est une personne publique.

⁸ Pour un aperçu du contentieux au sens large en matière de changement climatique, son évolution dans le temps, ses principales caractéristiques et ses enjeux, v. G. GANGULY, J. SETZER, V. HEYVAERT, « If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38-4, 2018, pp. 841 et ss., aux pp. 846 et ss. Lesdits auteurs situent le début de la « première vague » de ce qu'elles appellent litiges climatiques « privés », c'est-à-dire les litiges contre des parties privées, qu'ils soient initiés par des sujets publics ou privés, autour de 2005 aux États-Unis.

⁹ Selon ses propres termes, « [t]he Dutch Urgenda Foundation aims for a fast transition towards a sustainable society, with a focus on the transition towards a circular economy using only renewable energy. It works on solutions for this transition, including for example the introduction and realization of 'energy neutral' houses and the acceleration of electric mobility. Urgenda views climate change as one of the biggest challenges of our times and looks for solutions to ensure that the earth will continue to be a safe place to live for future generations » ; v. <https://www.urgenda.nl/en/home-en/>. Il s'agirait d'une « citizens' platform which develops plans and measures to prevent climate change [which] also represent[ed] 886 individuals in this case » ; v. <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196> (consulté le 2 juillet 2020).

¹⁰ Pour une description et un calendrier de l'évolution de l'affaire : <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/climate-case-explained/> (consulté le 2 juillet 2020).

¹¹ <http://www.urgenda.nl/en/climate-case/> (consulté le 2 juillet 2020).

¹² Une version anglaise du jugement de 2015 rendu par le Tribunal de district de La Haye peut être trouvée sous le lien permanent suivant : <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>. La citation, originellement en anglais, est tirée du résumé fourni sur la même page web (consulté le 2 juillet 2020).

¹³ Pour un bref aperçu, v. <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/global-climate-litigation/> (consulté le 2 juillet 2020). Au-delà de ce bref aperçu, deux bases de données essentielles offrent un « inventaire » des affaires et des informations sur des litiges relatifs au changement climatique autour du monde : l'une détenue par le Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment (https://climate-laws.org/cclow/litigation_cases) et l'autre par le Sabin Center for Climate Change Law (<http://climatecasechart.com>).

En conséquence, les litiges internationaux privés relatifs au changement climatique opposeraient une ou plusieurs personnes privées demanderesse à une ou plusieurs personnes privées défenderesse, ces dernières étant généralement une ou plusieurs des *Carbon Majors* : un groupe de 90 sociétés qui, selon des études scientifiques, sont responsables de « 63 % des émissions mondiales cumulées de CO₂ et de méthane industriels entre 1751 et 2010 »¹⁴.

En raison de sa structure et de sa nature, le contentieux international privé en matière de changement climatique concerne fréquemment ce qui, en droit privé comparé, est qualifié de droit de la responsabilité extracontractuelle ou, selon la terminologie de l'UE, d'obligations non contractuelles. Dans l'ensemble, il vise à voir prononcer l'indemnisation des préjudices subis et, le cas échéant, des mesures provisoires ou des injonctions. Cependant, compte tenu de ses éléments d'extranéité, ce type de contentieux est encadré par des règles de droit international privé comme celles qui seront analysées dans les paragraphes qui suivent, une fois les faits de l'affaire *Lliuya c. RWE* présentés.

II. Une illustration pratique : *Lliuya c. RWE*

M. Saúl Lliuya, le demandeur à l'instance illustratrice des questions évoquées plus haut, vit à Huaraz, une ville péruvienne située dans les Andes au pied d'un glacier que le réchauffement climatique fait fondre. Or, cette fonte augmente le volume d'eau du lac Palcacocha qui risque à terme de déborder et inonder la propriété de M. Lliuya¹⁵.

M. Lliuya, soutenu par l'ONG allemande Germanwatch, a assigné en justice le fournisseur d'électricité allemand RWE afin de prévenir les dommages à sa propriété. Il soutient sur la base de données scientifiques que, comme RWE a contribué à 0,47 % de toutes les émissions de GES depuis le début de l'ère industrielle¹⁶, il est obligé de contribuer à concurrence de 0,47 % aux coûts des mesures préventives, à savoir des travaux de construction, nécessaires pour éviter que sa propriété ne soit inondée¹⁷.

L'approche du demandeur est sans aucun doute créative. Néanmoins, comme cela a été mentionné, des obstacles importants de droit de la responsabilité extracontractuelle s'opposent au succès de son action, notamment l'établissement du lien de causalité entre le préjudice (potentiel) et le comportement de RWE. Comme l'expliquent MM. Lehmann et Eichel¹⁸, si les gaz à effet de serre, « non dégradables et anthropiques », peuvent certainement être considérés comme des éléments polluants, les attribuer à un émetteur spécifique est complexe pour au moins deux raisons. D'une part, « l'effet de serre se produit également sans intervention humaine et est soumis à des fluctuations naturelles qui varient dans l'espace et le temps ». D'autre part, les émissions anthropiques de gaz à effet de serre sont, au moins partiellement, absorbées par des « "puits de CO₂" [naturels] (tels que la surface terrestre ou l'eau) ». En outre,

¹⁴ R. HEEDE, « Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854–2010 », *Climatic Change*, vol. 122, 2014, pp. 229–241. Pour des données actualisées, v. <https://climateaccountability.org/carbonmajors.html> (consulté le 2 juillet 2020) (nous traduisons).

¹⁵ <https://www.germanwatch.org/en/huaraz> (consulté le 2 juillet 2020).

¹⁶ *Lliuya c. RWE*, Demande introductive d'instance, point 8.2, p. 19 <https://www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20822.pdf> (consulté le 2 juillet 2020).

¹⁷ <https://www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20822.pdf>, p. 2 (idée adaptée à partir du *petitum* – consulté le 2 juillet 2020).

¹⁸ La totalité du reste du paragraphe est une traduction/paraphrase de M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, pp. 79-80.

selon lesdits auteurs, l'établissement d'un lien de causalité entre des préjudices patrimoniaux et le réchauffement climatique est encore plus complexe du fait que le préjudice patrimonial personnellement subi par un individu est précédé d'impacts à deux « biens environnementaux ». Premièrement, des changements dans l'atmosphère, car les gaz à effet de serre non « absorbés » par l'eau ou le sol intensifient l'effet de serre naturel, entraînant une augmentation de la température moyenne sur Terre. Deuxièmement, les changements dans l'environnement qui résultent de ces derniers, comme par exemple l'élévation du niveau des mers, les sécheresses graves ou la fonte des glaciers. Par conséquent, globalement, « le préjudice subi par le demandeur n'est pas directement et mono-causalement attribuable à un acte du défendeur, mais est médiatisé par le réchauffement général de la planète ». Cela distingue ces dommages de ceux des catastrophes environnementales « directement causés ». Puis, « en droit national, cela entraîne des difficultés pour prouver la causalité et pour déterminer le débiteur responsable [...] »¹⁹.

Au moment où nous écrivons ces lignes, cette affaire fascinante entamée par M. Lliuya est toujours pendante. Bien que l'action n'ait pas prospéré en première instance devant le tribunal de district d'Essen précisément du fait des questions de causalité, et ce malgré les preuves scientifiques apportées au tribunal, un appel du jugement a été formé devant le tribunal régional supérieur de Hamm. Il est estimé que l'affaire ne connaîtra pas de nouveaux développements avant la fin de 2020, car le tribunal régional veut examiner la situation et les preuves *in situ* au Pérou²⁰. Il est important de souligner que l'affaire a réussi à arriver à ce stade parce que ledit tribunal a accepté préliminairement l'existence du lien de causalité, mais exige des preuves supplémentaires à cet égard en vue de confirmer ce point²¹.

III. Droit international privé et changement climatique : compétence judiciaire internationale, droit applicable et rôle des « règles de sécurité et de comportements »

Comme la causalité a été le majeur centre d'attention juridique de l'affaire *Lliuya c. RWE*, les aspects de droit international privé de l'affaire qui, à première vue, semblent plutôt simples, n'ont pas attiré beaucoup d'attention. Selon la traduction anglaise non officielle des premières conclusions du demandeur soumises au tribunal²², la compétence internationale de la juridiction allemande se fonderait sur l'art. 4.1, en relation avec l'art. 63, du règlement Bruxelles I bis²³, article qui attribue la compétence aux juridictions du pays du domicile du défendeur²⁴. Ensuite, en vertu de l'article 7 du règlement Rome II, M. Lliuya, en tant que victime d'un dommage environnemental, a choisi le droit allemand, droit du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est

¹⁹ M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, p. 80.

²⁰ <https://www.germanwatch.org/en/huaraz> (surtout les inscriptions après le 30 novembre 2017 – consulté le 2 juillet 2020).

²¹ <https://www.germanwatch.org/en/15999> (« *The decision by the Higher Regional Court Hamm to enter into the evidentiary stage is a historic breakthrough: it is the first time that a court has recognised that “a private company is in principal [sic] responsible for its share in causing climate damages in other countries* » – consulté le 2 juillet 2020).

²² <https://www.germanwatch.org/en/huaraz> (v. surtout les inscriptions après le 30 novembre 2017 – consulté le 2 juillet 2020).

²³ Règlement (EU) No 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), O.J. L 351, 20.12.2012, p. 1.

²⁴ La compétence territoriale interne du tribunal de district d'Essen est fondée sur les règles du droit procédural allemand.

produit, comme droit applicable à la question litigieuse. Cette option est possible car, en matière de droit applicable, l'article visé dispose que :

La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage environnemental ou de dommages subséquents subis par des personnes ou causés à des biens est celle qui résulte de l'application de l'article 4, paragraphe 1 [loi du pays où le dommage se manifeste], à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit.

Tel qu'explicitement affirmé par le considérant 25 du règlement Rome II, la solution conflictuelle établie à l'art. 7 Rome II découle du fait que :

L'article [191 TFUE], qui postule un niveau de protection élevé et qui est fondé sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction à la source et sur le principe du pollueur-payeur, justifie pleinement le recours au principe du traitement favorable à la personne lésée.

En outre, grâce à cette option législative, les victimes se voient offrir la possibilité de maximiser la réparation due par le pollueur, en choisissant la loi la plus favorable à l'indemnisation substantielle du préjudice subi. Ce privilège stratégique vise, au moins en théorie, à mieux dissuader les pollueurs potentiels et, par conséquent, à accroître le niveau de protection de l'environnement en vigueur au plan internationale²⁵. En ce sens, « il ne s'agit pas seulement de respecter les attentes légitimes de la victime, mais de mettre en place une politique législative qui contribue à élever le niveau de protection de l'environnement en général »²⁶.

Dans l'affaire *Ljiyya c. RWE*, il est remarquable que certaines questions controversées de droit international privé et qui dépassent le cadre de cette contribution n'aient pas fait l'objet d'un plus grand débat entre les parties ou entre membres de la doctrine. La discussion qui suit se limitera à deux de ces questions : une mention très brève d'une question qui se pose au regard des faits du litige, et un développement plus détaillé relatif à une question hypothétique qui aurait pu se poser si le demandeur avait choisi le droit du lieu du dommage.

En ce qui concerne la question qui se pose de détermination du lieu du fait générateur, le demandeur argue dans ses conclusions que deux tiers des émissions de gaz à effet de serre de RWE se produisent en Allemagne²⁷. Sur un plan purement technique, cela aurait dû éventuellement empêcher d'appliquer le droit allemand à l'ensemble de la question litigieuse, et contraindre d'appliquer, sur une base distributive,

²⁵ V. Art.7, considérant 24, et considérant 25 de Rome II. V. aussi l'exposé des motifs de la Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), COM(2003) 427 final, pp. 20-21 (ci-après « Exposé des motifs de la Proposition de Rome II »). L. ENNEKING (« The Common Denominator of the Trafigura Case, Foreign Direct Liability Cases and the Rome II Regulation - An Essay on the Consequences of Private International Law for the Feasibility of Regulating Multinational Corporations through Tort Law », *European Review of Private Law*, 2-2008, pp. 283-311, at pp. 289-291) traite explicitement de ce point, qui n'est pas explicitement abordé dans les documents législatifs mentionnés.

²⁶ Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.*, p. 21.

²⁷ <https://www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20822.pdf>, p. 21 (consulté le 2 juillet 2020).

le(s) droit(s) du/des lieux d'où proviendrait le tiers restant des émissions de GES²⁸. Il est toutefois probable que le point n'ait pas été soulevé afin de ne pas compliquer davantage une situation juridique déjà techniquement complexe.

En ce qui concerne la question hypothétique qui aurait pu se poser si M. Lliuya avait choisi de fonder sa demande sur la loi du lieu du dommage, elle mérite une plus grande attention. En effet, elle révèle les limites que l'art. 7 Rome II peut rencontrer dans l'exercice de ses fonctions de protection environnementale lorsqu'il interagit avec l'art. 17 de ce même règlement. Si M. Lliuya avait décidé d'opter pour la loi péruvienne, à savoir la loi du lieu du dommage, RWE aurait pu défendre que l'art. 17 de Rome II intitulé « Règles de sécurité et de comportement » devrait limiter sa responsabilité ou l'exonérer, car il dispose que :

Pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité.

Comme nous le verrons aux paragraphes suivants, certains auteurs défendent sur la base de cette disposition que les normes de droit public, et notamment de droit administratif, de l'État du fait générateur qui réglementent les activités nuisibles à l'environnement et limitent la responsabilité de l'auteur ou l'exonèrent sont à prendre en considération, malgré le choix par la victime de la *lex loci damni*²⁹. Certains soutiennent aussi que cette conclusion devrait s'étendre à la situation où il existe un permis ou une autorisation administrative autorisant l'activité dans l'État où ladite action a lieu³⁰. Mais comment ces règles et/ou permis interagissent-ils avec les articles 7 et 17 dans le contexte des délits environnementaux transfrontières en général, et de la responsabilité en matière de changement climatique en particulier ?

Afin d'examiner ces questions, les paragraphes suivants introduiront l'art. 17 et les controverses qui l'entourent. Les complexités qui surgissent lorsque des positions doctrinales conservatrices sur l'applicabilité spatiale du droit public sont adoptées seront ensuite explorées. Enfin, l'opinion de MM. Lehmann et Eichel sur le potentiel de l'article 17 en ce qui concerne les faits de l'affaire *Lluya c. RWE* sera exposée.

IV. Examen de l'article 17 du règlement Rome II : « Règles de sécurité et de comportement »

L'article 17 du règlement Rome II relatif aux « Règles de sécurité et de comportement » est présenté par le considérant 34 dudit règlement dans les termes suivants³¹ :

²⁸ Cela est probablement lié au fait que RWE est établie aussi aux Pays-Bas, v. <https://www.group.rwe/en/the-group/countries-and-locations/rwe-generation-nl> (consulté le 2 juillet 2020).

²⁹ V., entre autres, le texte accompagnant les notes 44 et 45.

³⁰ V. *infra* le texte accompagnant les notes 70 à 73.

³¹ Dans leur projet de Convention Rome II, le GEDIP a inclus un article 10 sur les « Règles de sécurité et de comportement » qui dispose que « [q]uelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de l'obligation, être tenu compte des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment du fait dommageable ou du fait dont dérive l'obligation ». Dans le commentaire du projet, l'expression « lieu et moment du fait dommageable » est interprétée comme suit : « [l]e terme « fait dommageable » peut être entendu comme une référence, soit au fait générateur, soit à la survenance du dommage. Le choix des termes de l'alternative dépend de la volonté d'application de la règle en cause. Par exemple, il se peut qu'une

En vue d'assurer un équilibre raisonnable entre les parties, il convient de tenir compte, le cas échéant, des règles de sécurité et de comportement en vigueur dans le pays où l'acte dommageable a été commis, même lorsque l'obligation non contractuelle est régie par la loi d'un autre pays. Il convient d'interpréter l'expression « règles de sécurité et de comportement » comme renvoyant à toute la réglementation ayant un lien avec la sécurité et le comportement, y compris, par exemple, les règles en matière de sécurité routière en cas d'accident.

L'article 17 est l'une des dispositions générales du règlement. En conséquence, il a vocation à s'appliquer à toute situation concernant des obligations non contractuelles régies par des règles de sécurité et de comportement, et non exclusivement à celles résultant d'atteintes à l'environnement. Les accidents de la route et la responsabilité du fait des produits sont des exemples classiques de ce type de situation³². Étant donné que comme le déclare le considérant 34 du règlement, l'expression « règles de sécurité et de comportement » désigne « toute [...] réglementation » ayant un rapport quelconque avec la sécurité et le comportement, celle-ci n'est pas limitée au domaine des dispositions de droit administratif. Le terme inclut ainsi des règles appartenant à d'autres branches du droit comme par exemple, dans le cadre des accidents de la route, les dispositions relatives à la limitation du temps de travail des conducteurs professionnels³³, ou encore des « non-legally binding conventional standards of behaviour » à l'instar des normes déontologiques ou d'éthique professionnelle³⁴.

Comme l'explique la Commission européenne dans l'exposé des motifs de la proposition Rome II³⁵, l'article 17 repose sur l'idée que l'auteur d'un dommage doit

règle concernant la concurrence veuille s'appliquer en fonction du lieu de survenance du dommage (ou de prise d'effet du fait générateur) ». Il faut cependant noter que si la rédaction du GEDIP s'inspire de la théorie de l'ubiquité, l'art. 17 du règlement Rome II ne fait référence qu'aux règles « en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ». V. M. FALLON, P. LAGARDE, Commentaire de la proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Commentaire de l'article 10 (« Règles de sécurité et comportement »), Document de la session 1998 du GEDIP, Luxembourg ; <https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-8cf.html> - consulté le 22 octobre 2020.

³² K. FACH, *La contaminación transfronteriza en Derecho internacional privado: estudio de derecho aplicable*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 373. Cet auteur fournit une liste plus complète d'exemples : « Este conjunto normativo amplio, heterogéneo y de rápida mutabilidad afecta a múltiples sectores de la realidad social. Así, se considera que son normas de conducta y seguridad en el sentido aludido de las reglas de circulación (Tasa de alcoholemia, velocidad, cinturón de seguridad, carril a utilizar, etc.), las denominadas good manufacturing practices en materia de productos (alimentación, medicamentos, electrodomésticos, etc.), las medidas de seguridad de los edificios o instalaciones eléctricas, las normas de custodia de cosas u animales, las referidas a protección en el trabajo, la normativa de apertura y cierre de comercios, las relativas a funcionamiento de industrias peligrosas, etc ».

³³ Exemple tiré de E. W. ESSÉN, *Explanatory report to the Convention on the law applicable to traffic accidents*, The Hague, Hague Conference of Private International Law, 1970, Art.7, point.6.4 (p. 211 [19] de la version française). Ni la version française, ni la version anglaise ne fournissent de meilleures informations de citation que celles reproduites ici. La version francophone est disponible au lien suivant : <https://assets.hcch.net/docs/cef13270-0800-4ac5-b583-b8e4aa076a1c.pdf> (consulté le 26 octobre 2020).

³⁴ A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, OUP, 2008, p. 640. En dépit de cette position, il faut reconnaître que l'essentiel de ce type de dispositions est composé de règles de droit administratif. En ce sens, M. VINAIXA, *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, De conflictu legum 8, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico - Universidad de Santiago de Compostela, 2005, p. 427 : « Las normas de comportamiento y seguridad son normas de derecho público, esencialmente administrativas, el incumplimiento de las cuales se sanciona penalmente y administrativamente. No son normas que regulen el régimen de responsabilidad civil por los daños causados por los residuos, pero [...] son normas que inciden en la determinación de la existencia o inexistencia de ilicitud en la conducta del eventual responsable ».

³⁵ Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.*, p. 27. Selon la numérotation de la proposition, le contenu de l'article 13 coïncide avec celui de l'actuel article 17 : « [I]orsque la loi désignée n'est pas celle du pays

respecter les règles de sécurité et de comportement en vigueur dans le pays où il déploie ses activités « quelle que soit par ailleurs la loi applicable aux conséquences civiles de son action ». En conséquence, « ces règles doivent également être prises en considération lors de la détermination de la responsabilité ». Ainsi, les juges doivent appliquer le droit de l'État désigné par la règle de conflit de lois, mais « *doivent* » aussi prendre en considération le droit de l'État du fait générateur en tant qu'élément de fait. En d'autres termes, selon la Commission européenne, dans le cadre des litiges internationaux relatifs à des obligations non contractuelles, les règles de sécurité et de comportement n'interviennent pas en tant qu'éléments de droit ; elles ne sont pas appliquées en tant que règles juridiques, mais elles sont prises en considération en tant que données factuelles. Comme l'explique M. Dickinson:

*They provide part of the context within which the conduct of the person liable must be judged, and their significance will vary according to the nature of that conduct and the other surrounding circumstances, as well as the content of legal rules underlying the non-contractual obligation in question. If liability under the applicable law is strict, the conduct of the person liable may not fall to be assessed at all*³⁶.

En ce sens, M. Kozyris a défendu que non seulement l'article 17 ne contient pas de règle de conflit de lois, mais que l'élément de fait que constituent les règles de sécurité et de comportement doit être appréhendé dans les termes de l'ordre juridique désigné conformément aux règles de conflit de lois du règlement³⁷. En conséquence, la disposition a été qualifiée de « *minor and subordinate* », car son seul objectif serait de permettre « *on a discretionary basis and in an evidentiary sense* » que les règles visées soient prises en considération en tant qu'élément de fait dans l'ensemble d'un litige donné³⁸.

Toutefois, à l'encontre de cette position, il a été affirmé que :

*“[T]aking account of” local law is a misnomer [...] “taking account of” local data means actually enforcing policies other than those underlying the lex causae. Consequently, the current dogma of nonapplication is a doctrinal and technical workaround designed to conceal what courts are actually doing when considering local rules of safety and conduct*³⁹.

L'existence de la distinction « application c. prise en considération » n'est pas la seule controverse à relever en ce qui concerne l'art. 17 Rome II. Comme le suggère la « *discretionary basis* » de M. Kozyris, M. Dickinson considère également que les « *courts*

où le fait générateur du dommage s'est produit, l'article 13 du règlement proposé oblige le juge à tenir compte des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment de la survenance du fait générateur du dommage [...] La règle de l'article 13 est basée sur le constat que l'auteur doit respecter les règles de sécurité et de comportement en vigueur dans le pays dans lequel il agit, quelle que soit par ailleurs la loi applicable aux conséquences civiles de son action, et que ces règles doivent également être prises en considération lors de la détermination de la responsabilité. La prise en considération de la loi étrangère doit être distinguée de son application : le juge appliquera exclusivement la loi désignée par la règle de conflit, mais il doit prendre en considération une autre loi comme un simple fait, par exemple lorsqu'il s'agit d'apprécier, pour déterminer le montant des dommages-intérêts, la gravité de la faute commise ou la bonne ou mauvaise foi de l'auteur ».

³⁶ A. DICKINSON, *op. cit.*, p. 641. Ainsi, au moins en principe, il devrait y avoir une distinction claire entre la prise en considération du droit étranger et son application. Cependant, v. S. C. SYMEONIDES, « Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity », *The American journal of comparative law*, Vol. 56-1, 2008, pp. 173-222, aux pp. 212-215.

³⁷ P. J. KOZYRIS, « Rome II: tort conflicts on the right track! A postscript to Symeon Simeonides' «Missed opportunity» », *The American journal of comparative law*, vol. 56-2, 2008, pp. 471-493, p. 483. V. S. C. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 212, qui exprime un certain scepticisme.

³⁸ P. J. KOZYRIS, *op. cit.*, p. 483.

³⁹ T. W. DORNIS, « “Local Data” in European Choice of Law: A Trojan Horse from across the Atlantic? », *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, vol. 44-1, 2015, pp. 1-33, aux pp. 15-16.

enjoy a wide margin of appreciation in deciding whether and, if so, for what purpose and to what extent to take account of any rule identified by Art 17 »⁴⁰. Ce caractère facultatif est suggéré malgré la référence explicite dans l'exposé des motifs de la proposition de règlement au caractère obligatoire de l'opération de prise en considération⁴¹. Cette interprétation serait corroborée par « *the legislative history and the phrase "in so far as appropriate" in art. 17, although that phrase also has a quantitative element* »⁴². Une autre position, qui serait plus conforme au texte de l'exposé des motifs, et à une connotation d'impérativité ou de caractère obligatoire, est que ces règles pourraient être des dispositions impératives/lois de police. Toutefois, cette idée a été critiquée, entre autres, au motif que le règlement Rome II consacre deux articles différents à ces questions⁴³.

Comme on peut le constater, plusieurs interrogations tournent autour de l'article 17. S'agit-il d'une règle de conflit de lois ou d'une règle de droit matériel ? Est-elle obligatoire ou facultative pour les tribunaux ? Son fonctionnement est-il limité au « lieu et au moment » du fait générateur ? La distinction « application c. prise en compte » est-elle valable et, dans l'affirmative, comment doit-elle être mise en œuvre ?

Parmi ces questions, l'une des plus importantes est de savoir si la règle profite au pollueur en cas d'atteinte à l'environnement. M. Symeonides considère à cet égard qu'elle n'est pas nécessairement au service de la victime⁴⁴. Cependant, l'article 17 est-il censé s'appliquer d'une manière spécifique ? Le seul point qui est clair est que les principaux défis concernant son application pratique viendront du domaine des atteintes à l'environnement, « *[i]n the view of the extensive regulation under national law of industrial and other processes liable to cause environmental damage* »⁴⁵. Avant de procéder à une évaluation plus approfondie de ces défis liés à l'environnement, il est nécessaire de présenter les difficultés supplémentaires qui découlent de l'interaction de l'article 17 avec des théories conservatrices sur l'applicabilité spatiale du droit public.

V. Autres difficultés : la doctrine traditionnelle sur l'applicabilité spatiale du droit public

En explorant les questions qui entourent l'art. 17 Rome II, des problèmes additionnels découlent de la nature des règles de sécurité et de comportement qui y sont mentionnées. Dans le domaine environnemental, ces règles comportent généralement des standards techniques environnementaux. Selon des positions conservatrices, ces standards, lorsqu'ils ont été légalement adoptés⁴⁶, relèvent du droit public. Or, aux termes de ces mêmes approches traditionnelles, le droit public ne peut être appliqué que sur le territoire couvert par la juridiction de l'entité qui l'a édicté⁴⁷. Différentes

⁴⁰ A. Dickinson, *op. cit.*, pp. 640-641.

⁴¹ S. C. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 212 et ss.

⁴² *Ibid.*, p. 212 et note *infra* 173.

⁴³ V. également M. VINAIXA, *op. cit.*, pp. 428-429 (qui cite K. FACH, *op. cit.*, p. 375 et suivantes). Par ailleurs, K. FACH (*ibid.*, p. 345) fait également référence à l'hypothèse inverse, à savoir que les lois de police des pays autres que le for pourraient être « prises en compte » par la *datum-theory*, tout comme les règles de sécurité et de conduite. Pour de plus amples informations sur la possibilité de considérer les règles impératives autres que celles du for comme *local data*, v. p. 360 et suivantes. V. en particulier les pages 364-369, où l'on évalue le rôle que peuvent jouer les règles impératives du lieu de l'*actus* lorsque la *lex causae* est la *lex loci damni*.

⁴⁴ S. C. SYMEONIDES, *op. cit.*, pp. 211-215.

⁴⁵ A. Dickinson, *op. cit.*, p. 441.

⁴⁶ À l'exclusion donc des cas où ils sont du droit souple tel qu'élaboré, par exemple, par une association professionnelle

⁴⁷ Pour une discussion approfondie concernant les relations entre le droit public et le droit privé international v., *inter alia*, F. RIGAUX, *Droit public et droit Privé dans les relations internationales*, Publications de

explications ont été avancées quant au raisonnement qui sous-tendrait cette position conservatrice. Dans la doctrine française, on considère que la difficulté réside dans l'attitude même des tribunaux français ; les juges français eux-mêmes seraient réticents à l'idée d'appliquer des dispositions de droit public étranger :

[...] Afin de justifier le refus, les tribunaux [...] invoquent un prétendu caractère politique de la loi [mais,] l'explication véritable est toujours la même : elle réside dans la répugnance du juge français à collaborer à la réalisation des buts que s'est fixés l'état étranger, alors qu'il a été institué pour servir ceux de la France⁴⁸.

Dans la doctrine anglaise, le point de vue sur cette question est quelque peu différent : l'inapplicabilité des dispositions de droit public étranger est considérée comme étroitement liée à la doctrine de l'ordre public ou, plus précisément, à la suite de MM. Cheshire, North et Fawcett, à la théorie anglaise analogue à la notion d'ordre public international du *civil law*. L'ordre public international anglais interdit la reconnaissance de toute disposition juridique étrangère ou décision judiciaire étrangère qui serait « *repugnant to the distinctive policy of English law* », empêchant ainsi l'application de toute disposition juridique de nature pénale, fiscale ou de toute autre domaine relevant du droit public⁴⁹. Il a été défendu que l'inapplicabilité des dispositions qui relèvent de ces trois catégories se justifierait, car elles impliquent une affirmation de l'autorité souveraine d'un État sur le territoire d'un autre État⁵⁰. Par conséquent, des doutes ont été émis quant à la nature de cette exclusion : est-elle absolue, c'est-à-dire qu'elle affecterait toute loi ou disposition légale appartenant à l'une des catégories susmentionnées, ou limitée, c'est-à-dire exclusivement réservée aux dispositions de droit public étranger spécifiquement contraires à l'ordre public international du for ?⁵¹ En tout état de cause, d'après MM. Cheshire, North et Fawcett, cette triple catégorisation des dispositions juridiques étrangères inapplicables est fermement établie dans la jurisprudence de l'Angleterre et d'autres pays de *Common Law*⁵².

Si elle était adoptée, l'approche conservatrice de l'applicabilité spatiale du droit public mentionnée ci-dessus susciterait des interrogations qui pourraient avoir des conséquences importantes sur le fonctionnement de l'article 17 et, en dernière instance de l'article 7 de Rome II, dans la plupart des hypothèses d'atteintes à l'environnement.

Premièrement, dans certains cas, les victimes de dommages environnementaux peuvent avoir besoin que leur choix de droit applicable conduise à l'application de règles

la Revue Générale de Droit International Public – Nouvelle série n°26, Paris, Editions A. Pedone, 1977 ; pour une évaluation plus complète et plus détaillée, v. F. A. MANN, « Conflict of laws and public law », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 132, Leiden, Martinus Nijhoff, 1971.

⁴⁸ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit International Privé*, 8^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2004, p. 77. Une explication similaire est fournie, par rapport à l'Espagne, par A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 2008, p. 337 : « *En relación con este aspecto, la regla general derivada del art. 8 CC es que los tribunales y autoridades españolas no aplican en ningún caso, un Derecho Público extranjero (SAN CA 9 diciembre 2010 [...])* ». Cependant, les mêmes auteurs admettent par la suite qu'il y a quelques exceptions à ces idées.

⁴⁹ P. TORREMANS et al., *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 15^{ème} éd., Oxford, OUP, 2017, p. 114 et ss.

⁵⁰ *Ibid*, p. 122.

⁵¹ *Ibid*, pp. 124-125.

⁵² *Ibid*, pp. 123-124. Ces auteurs expliquent en outre que dans le jugement anglais de 1984 dans l'affaire *A-G of New Zealand v Ortiz*, il est affirmé que le fil conducteur qui traverse les trois catégories susmentionnées provient du droit international. Cependant, comme il sera analysé ci-dessous à l'occasion du commentaire de la résolution de 1975 de l'Institut de Droit International, adoptée lors de sa session de Wiesbaden, ce dernier point semble être contestable.

de droit privé et de de droit public étrangères⁵³. Cela soulève la question de savoir si les standards environnementaux de droit public peuvent être appliqués par un tribunal étranger à l'État qui les a édictés. La Commission européenne semble répondre implicitement en termes positifs à cette question dans l'exposé des motifs de la proposition Rome II. Selon elle, ces standards environnementaux de droit public seront « traînés » avec les règles de droit privé, chaque fois qu'une règle de conflit de lois désigne le droit d'un État donné comme applicable⁵⁴. Mais cette position se heurte frontalement aux positions conservatrices précédemment décrites.

Deuxièmement, dans les affaires transfrontières⁵⁵, il est assez fréquent que le pollueur et la victime se retrouvent face à une situation où deux ensembles différents de règles administratives sont en jeu : l'ensemble en vigueur dans le pays où le fait générateur du dommage s'est produit et l'ensemble en vigueur dans le pays où le dommage s'est produit. Habituellement, un seul de ces deux ensembles de règles administratives sera appliqué par la juridiction compétente pour prendre une décision au fond. Quelle fonction, le cas échéant, l'autre ensemble peut-il remplir ? Dans le cadre des atteintes transfrontières à l'environnement, les standards environnementaux inappliqués peuvent-ils avoir un impact sur la résolution des litiges ?

Ces idées laissent entendre que, dans le domaine des atteintes à l'environnement, l'interaction entre : i) les dispositions de l'UE en matière de conflit de lois et de compétence judiciaire internationale ; ii) les standards environnementaux prescrits par les dispositions nationales de droit administratif ou public ; et iii) l'article 17 du règlement Rome II peut être complexe à plusieurs égards, et mérite d'être évaluée au regard des positions conservatrices précédemment mentionnées. À cette fin, un modèle hypothétique sera élaboré (VII). Mais auparavant, puisque certains des développements précédents ont été formulés de façon générale par référence aux dommages environnementaux « classiques », examinons plus précisément comment certains d'entre eux se concrétisent en matière de changement climatique. Pour ce faire, revenons au contexte des faits de l'affaire *Linyu c. RWE* et à l'opinion de MM. Lehmann et Eichel sur cette affaire.

⁵³ Par exemple, lorsque le dommage environnemental se concrétise par la violation d'un standard environnemental du pays du dommage, par exemple, présence de X+5 unités d'un produit chimique par unité de mesure dans l'air, l'eau ou le sol, alors que le droit administratif du pays du dommage limite la présence à X unités par unité de mesure.

⁵⁴ Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁵⁵ Les atteintes transfrontières à l'environnement (« Transboundary environmental torts ») sont celles « where the place where the accident has arisen and [the place] where damage has been suffered are located in different countries ». A l'inverse, la notion d'atteinte simplement internationale (« merely international tort ») n'est pas liée à la localisation des lieux du fait générateur et du dommage, mais renvoie à des situations dont l'élément international découle de la « multinational dimension of one of the persons involved (usually the polluter) », v. F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, « Liability for Environmental Torts in Europe: Choice of Forum, Choice of Law, and the Case for Pursuing Effective Legal Uniformity », in A. MALATESTA (éd.), *The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe. The "Rome II" proposal*, Padova, CEDAM, 2006, pp.173-219, à la p. 176.

VI. Le rôle portentiel de l'article 17 dans les contentieux sur le changement climatique à l'épreuve des faits de l'affaire *Lliuya c. RWE*⁵⁶

L'une des analyses les plus pertinentes quant aux questions susmentionnées relatives aux litiges en matière de changement climatique, ainsi que plus généralement par rapport aux aspects de droit international privé de l'affaire *Lliuya c. RWE*, est celle formulée par MM. Lehmann et Eichel. Leur opinion générale sur les litiges internationaux privés en matière de changement climatique est déterminée par le fait qu'ils considèrent qu'il est injuste que les émetteurs puissent potentiellement être tenus pour responsables des dommages « individuels » causés par le changement climatique alors que leur contribution au « réchauffement climatique anthropique » n'est qu'abstraite⁵⁷. Plus précisément, ces auteurs semblent avoir plusieurs préoccupations connexes, dont la plupart tournent autour de la prévisibilité de la responsabilité de l'émetteur en matière de changement climatique : i) ils considèrent qu'il est injuste que l'émetteur doive répondre à une myriade de « lois du lieu du dommage » potentiellement applicables, car cela rend leur situation juridique imprévisible⁵⁸; ii) ils considèrent qu'il est injuste que l'émetteur puisse être tenu responsable ou soit contraint de cesser son activité alors que ses actions étaient licites selon la loi du lieu du fait générateur⁵⁹; et iii) ils considèrent que le contentieux du changement climatique déborde les simples enjeux du contentieux international privé, car il est entremêlé de délicates questions de respect de la souveraineté des États, de relations internationales et de « diplomatie climatique »⁶⁰.

L'opinion de MM. Lehmann et Eichel repose sur le constat que les émetteurs ont souvent un permis ou une autorisation d'émission des GES. Dans l'affaire *Lliuya c. RWE*, ce soi-disant permis ou autorisation découlerait *in fine* du système européen d'échange de quotas d'émission (ci-après « SEQE »)⁶¹. De ce constat, ils entreprennent une analyse pour clarifier si ces permis de droit public sont pertinents et, le cas échéant, quels sont les effets qu'ils produisent au regard de l'article 17 Rome II⁶². Le fait que les émetteurs aient un permis ou une autorisation d'émettre, en l'espèce dans le cadre du SEQE, entraîne, au moins à première vue, une différence avec de nombreux cas d'atteintes à l'environnement « courantes » qui comprennent l'application de standards environnementaux établis par des règles de droit public. Comme l'admettent lesdits auteurs, la situation est donc différente de celle que l'art. 17 envisage explicitement, à savoir des règles de sécurité et de comportement. L'« applicabilité de l'article 17 Rome II à des actes individuels concrets tels que, par exemple, une autorisation administrative

⁵⁶ ⁵⁶Pour éviter tout doute, à l'exception du texte entourant les notes 66 et 67 qui résume les travaux de C. CHENEVIÈRE, et de l'avant-dernier paragraphe, à savoir, « [d]e ce point de vue, la prochaine étape du raisonnement serait d'identifier... », qui présente certaines de mes réflexions, l'ensemble du texte de cette section est une synthèse des développements dans M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, pp. 108 et ss. Cette synthèse s'efforce de respecter la formulation des idées qui ont été présentées à l'origine en langue allemande. Cette section contient donc presque exclusivement des idées d'autres auteurs.

⁵⁷ M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, p. 108 (nous traduisons).

⁵⁸ *Ibid.*, p. 87. La prévisibilité pour le pollueur semble être une préoccupation centrale pour eux, et se manifeste tout au long de l'article. V. à titre d'exemple la discussion sur la compétence judiciaire aux pp. 89-92.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 81-82.

⁶⁰ Par exemple, *ibid.*, p. 82 (nous traduisons).

⁶¹ Le système est construit sur la base de multiples textes juridiques et amendements, mais il découle principalement de la Directive 2003/87/EC 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, OJ 25.10.2003, L 275, p. 32.

⁶² M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, p. 98. Le titre de la section se traduit approximativement par « Pertinence des autorisations en vertu de l'article 17 de Rome II » (nous traduisons).

est controversée, car la formulation parle de "règles" et non d'actes administratifs »⁶³. Néanmoins, MM. Lehmann et Eichel rejettent cette controverse au motif que « le libellé [de l'article] ne saurait avoir trop de poids », car la disposition est « fondée sur l'article 9 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits du 2 octobre 1973, qui, selon les travaux préparatoires, doit être interprétée de la manière la plus large possible »⁶⁴. Ils conçoivent donc ces « autorisations » de droit public comme de simples « concrétisation[s] des règles générales abstraites de sécurité et comportement » dont la reconnaissance « similaire à la reconnaissance des jugements en termes de procédure civile est de toute façon incontestable », ce qui permet de conclure que l'art. 17 couvre effectivement les permis ou autorisations⁶⁵.

Cependant, il est incertain que le SEQE revienne à créer des permis ou des autorisations en droit administratif. Il existe une controverse doctrinale quant à la nature juridique des « quotas » créés par la directive 2003/87/CE, l'instrument central du SEQE. De fortes divergences terminologiques dans ses différentes versions linguistiques existent qui font alternativement référence à un « titre » qui « autorise l'émission de GES » ou à un « droit d'émission » à la place d'un « quota »⁶⁶. Certains auteurs considèrent que les quotas sont une notion juridique *sui generis* et d'autres les conçoivent simplement comme un moyen de paiement aux entités publiques pour les GES émis au cours de l'année précédant ledit paiement⁶⁷. Toutefois, pour les besoins de cette démonstration, la qualification de MM. Lehmann et Eichel ne sera pas contestée. Il sera admis que le SEQE fournit aux émetteurs des permis ou autorisations administratives.

Après avoir assimilé les autorisations administratives d'émission de GES à des règles de sécurité et de comportement, MM. Lehmann et Eichel examinent ensuite dans quelle mesure l'émetteur peut se prévaloir de ces autorisations de droit public accordées par les autorités du lieu où le fait générateur du dommage est survenu comme moyen de défense contre la « responsabilité en matière de changement climatique en vertu d'une *lex loci damni* étrangère »⁶⁸. Ces auteurs considèrent tout d'abord que la pertinence des autorisations ne peut être ni admise, ni rejetée de manière catégorique, ce que la formulation ouverte de l'article 17 Rome II reflète : « il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin ». Ils affirment néanmoins que la balance devrait pencher en faveur de la protection de l'émetteur, car « [...] si l'émetteur ne pouvait pas prévoir les effets de ses actes dans d'autres pays, il devrait pouvoir compter sur la licéité de ses activités au lieu du fait générateur [...] »⁶⁹. Selon eux, l'émetteur « ne peut faire plus que demander une autorisation au lieu du fait générateur », ⁷⁰ de sorte que « la protection de la confiance de la société émettrice basée sur l'autorisation nationale doit être prise en considération »⁷¹.

Ainsi, puisqu'ils considèrent que l'émetteur doit pouvoir se fier au permis, ils analysent ensuite quelle valeur ou quel effet ce dernier est censé précisément avoir. Bien

⁶³ M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ C. CHENEVIÈRE, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre - Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, Bruylant, 2018, p. 200.

⁶⁷ C. CHENEVIÈRE, *op. cit.*, pp. 189 et ss.

⁶⁸ M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, pp. 98-99 (nous traduisons).

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 100-101 (nous traduisons).

⁷⁰ *Ibid.* (nous traduisons).

⁷¹ *Ibid.*, p. 99 (nous traduisons).

que cette partie du raisonnement de MM. Lehmann et Eichel brouille peut-être la distinction entre les notions d'application et de prise en considération, elle ne sera pas remise en cause. Ces auteurs présentent la distinction entre la théorie de l'extension des effets en vertu de laquelle « l'autorisation pourrait se voir accorder l'effet qu'elle a en vertu de la loi de son état d'origine », et la théorie de l'attribution des effets en vertu de laquelle l'autorisation pourrait se voir accorder « les effets qu'une autorisation comparable aurait dans la loi du lieu du dommage [...] »⁷². En ce qui concerne la responsabilité en matière de changement climatique, dans le cadre de l'art. 17 Rome II, ils plaident en faveur d'une extension des effets « puisque la loi du lieu du dommage [...] n'est précisément pas prévisible pour l'auteur de l'acte dommageable [...] »⁷³.

En conséquence, l'étape suivante du raisonnement consisterait à précisément identifier les effets qu'une autorisation ou un permis peut produire. La réponse à cette question n'est pas sans équivoque. Les droits matériels nationaux peuvent leur conférer des effets différents, variant de l'absence d'effet en droit privé à un arsenal complet d'effets de droit privé, le plus souvent en matière de responsabilité extracontractuelle, en passant par différents recours à l'instar d'actions en réparation sans possibilité d'injonction.

Supposons pour le moment que le droit allemand exclut toute action de droit privé, ce qui exonère l'émetteur de toute responsabilité. Dans la mesure où selon MM. Lehmann et Eichel, les permis doivent être assimilés à des règles de sécurité et de comportement au sens de l'article 17 Rome II, certaines des difficultés mentionnées ci-dessus en rapport avec les doctrines traditionnelles concernant l'applicabilité spatiale du droit public seraient reproduites. Comme il a été annoncé, un modèle hypothétique créé en modifiant légèrement les faits de l'affaire *Lliuya c. RWE* est formulé pour explorer les conséquences de tous ces développements.

VII. Modèle hypothétique

Les paragraphes qui suivent visent à examiner les effets pratiques de l'interaction entre l'article 17 Rome II, les dispositions de l'UE en matière de conflit de lois et de compétence judiciaire internationale pertinentes pour l'environnement et les standards environnementaux nationaux, en particulier lorsqu'ils s'expriment par des autorisations ou des permis administratifs, et non par des règles de droit public, comme c'est le cas dans le contexte du changement climatique. À cette fin, un modèle hypothétique sera élaboré. Celui-ci envisagera toutes les possibilités offertes aux victimes d'atteintes à l'environnement transfrontières quant à la configuration entre compétence judiciaire internationale et conflit de lois, y compris les conséquences que leurs choix auront sur la portée de l'article 17 Rome II.

Le modèle sera construit sur la base des faits légèrement modifiés de l'affaire *Lliuya c. RWE* et l'inclusion de certaines hypothèses.

Premièrement, le lieu du dommage sera « déplacé » sur le territoire de l'UE. Les règles de compétence judiciaire internationale pourront ainsi être incluses au modèle. Supposons donc que M. Lliuya est domicilié aux Pays-Bas où son domicile sera

⁷² *Ibid*, pp. 101-102 (nous traduisons).

⁷³ *Ibid* (nous traduisons).

probablement inondé par la montée du niveau de la mer, et qu'il réclame à RWE 0,47 % du coût de la protection de son domicile.

Deuxièmement, les réflexions à venir seront surtout pertinentes lorsque le droit matériel applicable est fondé sur la faute, et beaucoup moins s'il consacre une responsabilité objective à l'instar du droit allemand en l'espèce⁷⁴. En conséquence, les développements suivants supposeront que tout droit susceptible d'être appliqué est fondé sur la faute, afin de garantir que le comportement de l'émetteur soit pleinement considéré⁷⁵.

Troisièmement, à supposer que le SEQE crée des autorisations administratives⁷⁶, on peut avancer qu'il s'agit simplement d'une forme supérieure d'intervention des pouvoirs publics et qu'il ne présente donc aucune spécificité particulière aux fins de ce modèle par rapport aux autres standards environnementaux de droit public⁷⁷. Si tel est le cas, toute considération sur ces standards administratifs énoncés via des règles de droit public serait transposable, *mutatis mutandis*, aux autorisations, et vice-versa. Compte tenu de l'absence de consensus doctrinal au sujet de la nature juridique des quotas du SEQE, le modèle adoptera délibérément une position neutre sur ce point afin de pouvoir accommoder les multiples positions existantes sur ces thèmes.

Quatrièmement, il sera présumé qu'en droit allemand, les autorisations administratives issues du SEQE excluent toute action sur le fondement du droit privé, immunisant ainsi l'émetteur de toute responsabilité civile. En réalité, cela ne semble pas être le cas⁷⁸.

⁷⁴ M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, p. 102 se référant à la responsabilité objective dans la loi allemande sur la protection de l'environnement.

⁷⁵ A. Dickinson, *op. cit.*, p. 641. Selon M. DICKINSON, si la responsabilité dans le cadre de la loi applicable est fondée sur la responsabilité objective, le comportement de l'auteur présumé du délit ne sera pas évalué du tout et, dans ces circonstances, l'article 17 n'aura pratiquement aucun effet, voire aucun effet.

⁷⁶ Ce qui, comme mentionné au paragraphe entourant les notes 66 et 67, peut être remis en question.

⁷⁷ Un certain secteur du monde académique, dont MM. LEHMANN et EICHEL, considère que les normes de droit public et les autorisations administratives ne présentent pas de différence significative en termes de résultats pratiques l'une par rapport à l'autre, et que puisqu'elles sont toutes deux des formes d'intervention de l'autorité publique, les idées sur chacune d'elles devraient, en principe, être transposables, *mutatis mutandis*, à l'autre. Pour des considérations introductives sur ces thèmes, S. FRANCO, « Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », in S. FRANCO, C. HENRICOT, S. SAROLEA, P. WAUTELET, *Actualités du droit international privé*, collection recyclages en droit, Anthemis, 2009, pp. 69-141, aux pp. 131-133. MM. BERNASCONI et BETLEM ont consacré un article au thème des autorisations, v. C. BERNASCONI & G. BETLEM, « Cross-border pollution: private international law analysis of administrative authorisations as regulatory compliance defence (A view from Europe) », *International Law – Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 2003-2, 2003, pp. 301-317. Cependant, il présente un intérêt limité de nos jours, car il est antérieur au règlement Rome II et, par conséquent, le raisonnement pertinent ne s'inscrit pas dans un contexte juridique où le *favor laesi* et la protection de l'environnement sont censés jouer un rôle important. V. également – bien qu'avec la même prudence – G. PALAO MORENO, *La responsabilidad civil por daños al medioambiente*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998, pp. 133-141 et la bibliographie qui y est citée, en particulier la note de bas de page 299 ; C. ZILLOLI, « Choice of Law », in C. VON BAR (éd.), *Internationales Umweltshaftungsrecht I. Auf dem Wege zu einer Konvention über Fragen des Umweltschaftungsrecht*, 1994, Köln, C. Heymanns, pp. 177-194, à la p. 190 (un résumé d'une page de la question) ; M. VINAIXA, *op. cit.*, pp. 411-425 ; K. FACH, *op. cit.*, pp. 386-411. V. ces avis avec J.C. FERNANDEZ ROZAS, S. SANCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3^{ème} éd., Madrid, Civitas, p. 392-393 : ces auteurs considèrent que la question des autorisations et permis étrangers doit être distinguée de la question de l'application du droit public étranger, et doit être comprise comme ressemblant à la question de la reconnaissance et de l'exécution des actes et documents publics étrangers. Si tel était le cas, les arguments relatifs à l'exception d'ordre public international, au motif que les permis et autorisations impliqueraient une affirmation d'autorité de la part d'une entité souveraine étrangère, seraient alors applicables.

⁷⁸ M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, pp. 102-103.

Cinquièmement, à la différence des litiges concernant d'autres types d'atteintes à l'environnement, dans les litiges relatifs au changement climatique similaires à *Lliuya*, c'est-à-dire relatifs à des dommages causés à un particulier, les permis, autorisations ou autres normes de droit public du pays du dommage ne sont pas pertinents. Dès lors, ils ne seront pas commentés dans les prochains paragraphes. La situation serait peut-être différente si le dommage en question était un dommage environnemental *stricto sensu*, car la délimitation des dommages écologiques purs peut parfois nécessiter l'intervention des règles de droit public du pays du dommage.

Sixièmement, à supposer qu'ils existent, aucune considération ne sera prêté aux arguments que M. Lliuya pourrait invoquer sur le fondement du principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* en droit international public, nonobstant sa qualité de particulier⁷⁹.

Septièmement, les arguments que RWE pourrait fonder sur la reconnaissance mutuelle en vertu du droit du marché intérieur de l'UE ne seront pas non plus considérés. D'une part, il est discutable que ces arguments existent. D'autre part, à supposer qu'ils existent, ils saperaient l'art. 7 de Rome II. L'utilité d'un modèle à ce sujet disparaîtrait.

Conformément aux dispositions en matière de compétence judiciaire internationale en vigueur dans l'UE, à savoir les articles 7, pars. 2 et 4 du règlement Bruxelles I *bis*, M. Lliuya peut choisir d'engager une procédure devant les tribunaux des Pays-Bas, for du fait dommageable, ou bien devant les tribunaux allemands, for du domicile du défendeur, et lieu où le fait générateur du dommage est survenu. Conformément à l'article 7 Rome II, la victime pourra également choisir la loi à appliquer à la question litigieuse entre la loi du lieu du dommage et la loi du lieu du fait générateur du dommage. Par conséquent, suivant le choix de M. Lliuya de la juridiction compétente et de loi applicable, quatre configurations sont envisageables pour le litige. Chacune de ces situations sera examinée dans les paragraphes qui suivent.

A. Première situation : tribunaux néerlandais ; droit néerlandais applicable

Dans la première configuration envisageable, M. Lliuya décide d'engager une procédure « à domicile », devant le tribunal du lieu où le dommage survient, et choisit d'appliquer la loi du même pays, à savoir celui des Pays-Bas. Cette coïncidence entre *forum* et *ius* – le tribunal compétent applique son propre droit national – présente l'avantage non négligeable d'écarter les questions procédurales liées à l'intervention du droit étranger, ainsi que d'autres avantages potentiels pour la victime⁸⁰.

À son tour, RWE peut avoir recours à l'art. 17 Rome II pour se prévaloir soit d'une exonération de responsabilité, soit de sa limitation. Lorsque la loi choisie par la

⁷⁹ Pour un aperçu de cette notion, v. J. BRUNNEE, « Sic utere tuo ut alienum non laedas » (2010), in R. WOLFRUM (éd.), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, online edition. Pour une évaluation spécifique du potentiel du principe en ce qui concerne l'intersection entre le changement climatique, le droit international public et les relations internationales, et incluant des suggestions sur la manière dont le principe devrait être « adapté » dans ce domaine, v. B. MAYER, « The Relevance of the No-Harm Principle to Climate Change Law and Politics », *Asia-Pacific Journal of Environmental Law*, vol. 19, 2016, pp. 79-104.

⁸⁰ Si les avantages stratégiques qui découlent de cette configuration pour la victime ne peuvent être niés, il convient de rappeler que la raison d'être de la règle de compétence internationale, selon la CJUE, n'est pas le principe du *favor laesi* mais la proximité physique au résultat dommageable, qui est censé faciliter l'obtention de preuves, v. ECJ, *Handelskvekerij G.J. Bier B.V. & the Reinwater Foundation v. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, affaire 21-76, ECLI:EU:C:1976:166.

victime n'est pas la *lex loci actus*, tout pollueur ou émetteur de GES pourrait en effet prétendre, suivant une interprétation textuelle stricte de l'article 17, du considérant 34 et de l'exposé des motifs, que le tribunal compétent doit ou est tenu de prendre en considération l'autorisation administrative ou la disposition de droit public pertinente en tant que règle de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment où le fait générateur du dommage s'est produit⁸¹.

En contrepoint, M. Lliuya peut alléguer, conformément à la position conservatrice susmentionnée sur la territorialité des permis, autorisations et normes de droit public, que l'autorisation ne devrait pas être reconnue aux Pays-Bas. Il peut défendre cette position en s'appuyant, au surplus, sur un argument de réciprocité. Dans le cadre des litiges portant sur la responsabilité environnementale, « dans la jurisprudence allemande, les autorisations étrangères ont toujours été sans importance en raison du principe de territorialité du droit public »⁸². RWE pourrait excepter que la position conservatrice susmentionnée est aujourd'hui critiquée par certains membres de la doctrine, et que des tendances plus modernes de la pensée juridique plaident contre l'exclusion de principe des dispositions de droit public étranger⁸³.

Dans ce contexte, à quelles questions le juge néerlandais devrait répondre ? Sans préjudice d'autres questions, le fait que l'émetteur ou le pollueur soit fondé à se prévaloir de l'article 17 afin de réduire le montant des dommages-intérêts qu'il encoure, voire de l'exonérer de sa responsabilité, est-il compatible avec les objectifs et les principes du droit environnemental de l'Union européenne ? Le considérant 25 du règlement Rome II se réfère explicitement à ces objectifs et principes, notamment, au « niveau de protection [environnementale] élevé » inscrit à l'article 191 TFUE et au principe du « pollueur-payeur » pour justifier le recours au « principe du traitement favorable à la personne lésée » à l'article 7. Par conséquent, il est légitime de se demander si une telle interprétation de l'article 17 qui exonérerait le pollueur de sa responsabilité, ou la limiterait, ne serait pas contraire à l'ensemble de la logique qui sous-tend

⁸¹ V. note de bas de page 35 et texte qui l'accompagne.

⁸² M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, p. 99 (nous traduisons).

⁸³ *Ibid.*, p. 99. M. LEHMANN, F. EICHEL signalent que « le principe de territorialité est de plus en plus remis en cause dans le droit administratif international » (nous traduisons). Malgré la persistance dans la doctrine de la position « conservatrice », il faut reconnaître que des positions nuancées se retrouvent chez les auteurs européens. V. par exemple, M. BOGDAN, « Private International Law as a Component of the Law of the Forum. General Course on Private International Law », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 348, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 236-246 : « [...] courts are naturally bound by the public-law rules of the *lex fori* and have to apply them in accordance with the intention of the forum country's legislator, irrespective of the law governing the private-law aspects of the relationship pursuant to the conflict rules of the forum ». Il reconnaît toutefois que « [t]he matter is somewhat more complicated as far as foreign public-law rules are concerned » ; p. 237. Ainsi, M. BOGDAN distingue le « Non-enforcement of Claims based of Foreign Public Law » du rôle du « Foreign Public Law in Private Disputes ». Les « Claims based of Foreign Public Law [...] do not normally deserve to be enforced by courts » (p. 238). En ce qui concerne le droit public étranger dans les litiges privés, il considère que « [...] the forum should not normally make itself an instrument for enforcing foreign public-law prohibitions and other similar rules, irrespective of whether they are part of the applicable *lex causae* or not ». Mais il soutient, sans fournir d'explication complémentaire, que le régime des règles de droit public « should in essence depend on the power, in the individual case, of the foreign State to enforce its own rules » (p. 242). V. aussi F.-E. KLEIN (éd.), *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé (20 et 21 mars 1986) - Rapports et procès-verbaux des débats*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1991. Les quatre contributions de cet ouvrage sont assez éclairantes sur ces questions, illustrant comment, depuis les années 70, certains auteurs européens semblent adopter les positions « nuancées » évoquées. Certains éléments de « contestation » de l'approche conservatrice se retrouvent déjà dans l'ouvrage de F. A. MANN (*op. cit.*, pp. 182-196). Globalement, il faut reconnaître que le fait que l'application du droit public étranger reste, en général, exceptionnelle « est moins fonction de l'impossibilité théorique d'envisager une telle application que du faible degré d'intégration de la communauté internationale », v. F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit International Privé*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 35.

l'intervention de l'UE en matière d'environnement par le biais du droit international privé.

Du point de vue de la dissuasion, une telle interprétation serait du moins contre-productive. La réduction du potentiel d'indemnisation diminue nécessairement l'éventuelle et déjà questionnable faculté de dissuasion que peut avoir la responsabilité civile en matière de délits et quasi-délits civils commis par des entreprises⁸⁴. Ainsi, à tout le moins du point de vue de la dissuasion, une application textuelle stricte de l'article 17 porterait atteinte à l'article 7.

En définitive, si la lecture littérale de l'article 17 devait l'emporter sur la position conservatrice concernant la territorialité du droit public, ou si cette dernière devait être écartée, l'argument clé pour M. Lliuya serait d'alléguer que l'exception d'ordre public international s'opposerait à la « prise en considération » de l'autorisation ou du permis allemand au motif, par exemple, que cette prise en considération constituerait une atteinte à la souveraineté du for. Si cette argumentation brouille une fois de plus la distinction conceptuelle entre les notions d'« application » et de « prise en considération », elle peut être le dernier moyen pour une victime de s'opposer à une interprétation textuelle stricte de l'article 17.

B. Deuxième situation : tribunaux allemands ; droit néerlandais applicable

Dans le deuxième scénario envisageable, M. Lliuya décide d'engager une procédure en Allemagne, mais opte pour le droit néerlandais. Plusieurs raisons justifient le choix d'une juridiction allemande : i) une exécution simplifiée de l'éventuel jugement contre le pollueur ; ii) le caractère éventuellement avantageux du droit procédural allemand ; iii) l'obtention simplifiée de certaines preuves ; ou iv) toute autre raison pouvant découler des spécificités *in casu*.

En dépit de la différence de compétence judiciaire internationale, le rôle que devrait jouer l'article 17 Rome II, et les difficultés qui en découlent, sont exactement les mêmes que dans la première situation décrite ci-dessus. En conséquence, les développements ci-dessus sont applicables à cette seconde situation.

Toutefois, la situation se complique dans cette configuration par le fait qu'il est question d'une autorisation nationale : un permis allemand qui doit être « pris en considération » par un tribunal allemand. Il s'ensuit que le demandeur ne pourra alléguer de la territorialité du droit public, des autorisations ou des permis publics. Pire encore, ce type de raisonnement pourrait éventuellement profiter à l'émetteur, car les arguments relatifs à la souveraineté et à l'autorité publique peuvent renforcer la position de ce dernier⁸⁵. En outre, l'exception d'ordre public international ne peut pas non plus bénéficier à la victime. Si elle s'appliquait, elle ne profiterait qu'à l'émetteur qui pourrait y avoir recours pour exclure tout élément défavorable de droit néerlandais, en particulier tout élément susceptible d'être interprété comme une limitation de la souveraineté allemande quant au permis émis.

⁸⁴ Pour plus de développements, v. E. ÁLVAREZ-ARMAS, « Contentieux du droit international privé pour responsabilité environnementale devant le juge européen : la détermination du droit applicable comme outil de gouvernance globale environnementale », *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 77-1, 2018, pp. 63-87, à la p. 76.

⁸⁵ M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, p. 101.

C. *Troisième situation : tribunaux néerlandais ; droit allemand applicable*

Dans la troisième configuration envisageable, M. Lliuya décide d'engager une procédure devant les tribunaux du pays où le dommage survient, à savoir les Pays-Bas, mais opte pour la loi du pays du fait générateur du dommage, à savoir l'Allemagne.

Vis-à-vis de l'article 17, une interprétation littérale de celui-ci exclurait son application à ce type de situation. Si l'autorisation ou le permis sont qualifiables de règles de sécurité et de comportement « en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité » comme le défendent MM. Lehmann et Eichel, alors ils sont déjà compris dans la *lex causae*. Leur prise en considération est donc dispensable. Ils seront de toute façon « appliqués ».

En conséquence, comment M. Lliuya peut exclure l'autorisation ou le permis allemand ? Comme évoqué précédemment, il peut avancer la position traditionnelle d'exclusion des dispositions, permis et autorisations de droit public étranger, ainsi que tous les arguments connexes (nature politique, application exclusivement territoriale, etc.).

À son tour, RWE peut présenter, en les adaptant aux autorisations et permis étrangers, plusieurs contre-arguments :

i) Premièrement, il peut invoquer *mutatis mutandis* les conclusions d'une résolution de 1975 de l'Institut de droit international, adoptée lors de sa session de Wiesbaden, sur « l'application du droit public étranger », qui déclare que :

Le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public [...] Le prétendu principe de l'inapplicabilité a priori du droit public étranger, comme celui de son absolue territorialité, principe invoqué, sinon appliqué, par la jurisprudence et la doctrine de certains pays : a) n'est fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable, b) fait souvent double emploi avec les principes de l'ordre public, c) est susceptible d'entraîner des résultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la collaboration internationale [...] La portée de la règle et des déclarations qui précèdent n'est en rien affectée par le fait que le droit étranger considéré comme public demeure moins fréquemment appliqué pour diverses raisons [...]⁸⁶.

Comme les résolutions de l'Institut, malgré leur immense valeur académique, ne sont pas une source de droit en tant que telles, la recevabilité et le poids de cet argument dépendront de la position du tribunal concerné sur la question, et/ou de l'opinion majoritaire de la doctrine de l'État du for.

ii) Le deuxième contre-argument que l'émetteur peut avancer est la notion de « référence complète » à un ordre juridique donné. Chaque fois qu'une règle de conflit de lois désigne la loi d'un État donné, cette référence doit être comprise comme

⁸⁶ Institut de Droit International, P. LALIVE (rapp.), « Résolution : L'application du droit public étranger », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Wiesbaden session 1975, Geneva, 1975, pp. 274-278. Le texte final en langue française de la résolution (le texte français fait foi) est disponible au lien suivant : https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1975_wies_04_fr.pdf (consulté le 2 juillet 2020). M. BOGDAN (*op. cit.*, pp. 245-246) mentionne une résolution de 1988 de l'International Law Association allant dans le même sens.

désignant l'ensemble de l'ordre juridique concerné, indépendamment du fait que des dispositions données soient qualifiées de droit « privé » ou « public ». En d'autres termes, la règle de conflit désignerait comme applicable toute règle de l'ordre juridique désigné dans la mesure où elle est nécessaire pour résoudre le litige en question⁸⁷. Comme indiqué ci-dessus, le fait que les règles de conflit puissent fonctionner ainsi est l'une des hypothèses implicitement envisagées par la Commission européenne dans l'exposé des motifs de la proposition Rome II. Il est donc suggéré ici que cela pourrait être utilisé comme contre-argument.

iii) Le troisième et dernier contre-argument qui peut être avancé est une formulation alternative du premier, et une légère variation par rapport à certaines des considérations britanniques mentionnées ci-dessus. En principe, tant qu'il n'y a pas d'affirmation d'autorité souveraine en jeu, exclure *prima facie* les dispositions étrangères de droit public n'est pas indispensable, car la plupart d'entre elles seraient inoffensives pour l'État du for. Plus encore, l'objet même de l'exception d'ordre public international est « d'évincer la loi étrangère lorsque la politique du législateur étranger ne [permettrait pas de] recevoir le soutien du législateur du for »⁸⁸.

Cependant, ce dernier argument est en fait une arme à double tranchant, car l'exception d'ordre public international peut être invoquée par la victime également. Malgré d'éventuelles difficultés techniques, la victime peut prétendre que l'autorisation ou le permis allemand, en tant que règle de sécurité et de comportement, heurte frontalement les valeurs fondamentales du for. Bien que des recherches plus approfondies soient nécessaires, cet argument pourrait prospérer lorsqu'il est avancé à des fins de protection de l'environnement devant les tribunaux de certains pays européens réputés « verts », par exemple les pays scandinaves. Une autre possibilité serait que l'exception d'ordre public international soit appliquée si l'autorisation ou le permis sont interprétés comme une atteinte à la souveraineté du for.

D. Quatrième situation : tribunaux allemands ; droit allemand applicable

La dernière configuration du modèle ne sera que très brièvement envisagée. Ses éléments essentiels ont déjà été abordés dans les paragraphes précédents. En l'espèce, l'article 17, s'il est interprété littéralement, n'a pas non plus vocation à s'appliquer. En effet, les règles de sécurité et de comportement en vigueur en Allemagne sont les règles de sécurité et de comportement de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit.

Cependant, par rapport aux configurations précédentes, celle-ci comporte des inconvénients supplémentaires pour M. Lliuya. Puisque les juridictions allemandes sont compétentes, à savoir celles du lieu où le fait générateur du dommage est survenu, il ne pourra pas invoquer ni la position conservatrice concernant l'exclusion des dispositions

⁸⁷ V., *inter alia*, T. W. DORNIS, *op. cit.*, p. 8 : « *As is commonly explained, the lex causae should cover the whole case and apply to all of its issues* ». V. également K. FACH, *op. cit.*, p. 355 : « [...] *Se interpreta que la remisión conflictual engloba todas las normas aplicables al supuesto de hecho, con independencia de que éstas sean dispositivas o imperativas, públicas o privadas* [...] ». M. BOGDAN (*op. cit.*, pp. 242-243) décrit, malgré son désaccord personnel, une certaine tendance à considérer que « [...] *foreign public law* [...] *should* [...] *be subjected to the same conflict rules as private rules* ». P. PICONE (« La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 197, Leiden, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 264 et ss.) se réfère à une « *nécessité que l'ordre juridique, ainsi désigné, pris en bloc, voit respectée sa propre position de « primauté »* [...] » (nous soulignons). V. également, J.C. FERNANDEZ ROZAS, S. SANCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 390-393.

⁸⁸ F. RIGAUX, M. FALLON, *op. cit.*, p. 141.

étrangères de droit public, ni l'exception d'ordre public international. Ainsi, aucun des arguments pro-victime présentés ci-dessus ne peut être invoqué pour exclure l'autorisation ou le permis allemands.

En conséquence, cette quatrième configuration du modèle est nettement désavantageuse pour la victime et, dans les conditions fixées dans ce modèle, semble être *a priori* celle à éviter. Il est donc probable que cette configuration ne soit que rarement retenue.

E. *Quelques conclusions extraites du modèle hypothétique*

Les quatre configurations possibles du modèle ayant été présentées, quelques conclusions peuvent en être tirées. Les première et deuxième configurations du modèle illustrent comment une interprétation littérale et une application obligatoire de l'article 17 de Rome II compromettent la liberté de la victime d'opter pour le droit applicable, ainsi que sa perspective de maximiser son indemnisation. En d'autres termes, l'effet utile de l'article 7 est gravement compromis par une interprétation littérale de l'article 17. Elle entrave son objectif de dissuasion et contrevient au principe de *favor laesi*, ainsi qu'aux autres principes de droit de l'environnement de l'UE. Ainsi, que ce soit par une simple interprétation cohérente ou par une modification du texte de l'article, l'accès à l'article 17 doit être fermé aux pollueurs potentiels.

Cependant, même si cela était réalisé, des difficultés importantes persisteraient. Fermer l'article 17 aux pollueurs ne libérerait que la première configuration du modèle de ces difficultés majeures. Les trois autres configurations envisageables se heurteraient encore à des obstacles importants. Dans les deuxième et quatrième configurations, la version « positive » de la position conservatrice concernant l'applicabilité du droit public, c'est-à-dire qu'un tribunal doit exclusivement appliquer son propre droit public, pourrait constituer un obstacle important à la réussite du litige pour la victime. Dans la troisième configuration, la notion de « référence complète » à un ordre juridique entraînerait également des résultats préjudiciables pour la victime. Sans préjudice d'autres considérations, la victime semble en principe fortement contrainte d'opter pour la première configuration.

Il ressort de ces remarques que la liberté de choix de la victime est en pratique loin d'être absolue. Pour garantir sa liberté de choix relative à la configuration du litige, il faudrait : i) que les tribunaux du pays du fait générateur du dommage soient véritablement accessibles, ce qui, pour l'instant, ne semble pas être le cas compte tenu des difficultés susmentionnées ; ii) garantir véritablement la liberté de choix du droit applicable devant les tribunaux du pays du dommage. Cela nécessiterait à la fois de fermer aux pollueurs l'accès à l'art. 17 Rome II et, soit d'adopter la position conservatrice concernant les autorisations et le droit public étranger, soit de la rejeter, mais à condition de protéger la victime par l'exception d'ordre public international.

Il faudrait donc nuancer ou reformuler les théories et notions pertinentes dans un sens favorable à la victime. Sans une réelle liberté de choix de la configuration du litige, il ne peut y avoir un véritable *favor laesi*. Sans *favor laesi*, il ne peut y avoir de mise en œuvre adéquate du principe du pollueur-payeur. Et sans ces deux éléments, l'objectif de l'article 7 de Rome II serait neutralisé.

Dans l'ensemble, il semblerait que dans des scénarios complexes comme ceux représentés par ce modèle hypothétique, le seul droit qui resterait à « choisir » serait

peut-être exactement le même que celui qui a été consacré par la règle générale du règlement Rome II. Toutefois, une seule chose est certaine, les incertitudes interprétatives sont trop nombreuses. C'est pourquoi l'article 17 de Rome II peut être un joker en faveur des émetteurs de GES.

En contrepoint, les précédents de l'article 17 du règlement Rome II militent cependant en faveur d'une interprétation pro-victime, et non pro-pollueur, de celui-ci. Ces précédents seront examinés non pas sous l'angle des litiges relatifs au changement climatique, mais dans la perspective plus large des atteintes à l'environnement afin d'en tirer un enseignement plus général.

VIII. Les antécédents de l'article 17 du Règlement Rome II

L'article 17 du règlement Rome II n'est pas une nouveauté en droit international privé. Les origines de la théorie qu'il concrétise remontent probablement à la théorie des données locales et morales (« *local and moral data theory* ») de M. Ehrenzweig, théorie développée sous l'inspiration reconnue de la notion de « *datum* » de M. Currie et d'autres influences européennes⁸⁹. La notion de données morales doit être comprise comme faisant référence à des « *instances of legal value judgments* »⁹⁰, ou autrement dit, à des situations « *in which choice of law does in effect not occur because the issue is one affected by moral standards* »⁹¹. Les données locales, quant à elles, sont des « *questions which typically can or must be subjected to foreign rules without resort to a "choice of law"* »⁹². En ce qui concerne la première catégorie, M. Ehrenzweig trace une distinction très délicate au sein du droit de la responsabilité extracontractuelle, entre, d'une part, les « *moral data of behavioural standards* » et, d'autre part, les « *rules of decision such as the requirements of willful or gross negligence as against mere ordinary negligence, or the application of presumptions of fault* ». Alors qu'il affirme pour la première que chaque for est censé appliquer les siennes, la seconde serait soumise à la *lex causae*⁹³. En ce qui concerne les données locales, il illustre son propos par un exemple tiré du droit de l'amirauté : « *such foreign rules as fixed speed limits or pilotage and manning requirements [apply], without recourse to choice of law, as local data under the local law of the defendant's conduct* »⁹⁴.

Malgré ces racines doctrinales, l'inspiration explicite et la plus immédiate de l'article 17 du règlement Rome II se situe dans des dispositions analogues contenues dans deux conventions internationales rédigées dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé⁹⁵ : l'article 7 de la Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière (ci-après CACR) et l'article 9

⁸⁹ A. A. EHRENZWEIG, « Local and moral data in the conflict of laws: terra incognita », *Buff. L. Rev.*, vol. 16, 1966-1967, pp. 55-60. On peut trouver des exemples similaires, mais avec plus d'explications, dans l'un des principaux ouvrages de cet auteur, *Private international law: a comparative treatise on American international conflicts law, including the law of admiralty*, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1967, aux pp. 77-85, spécialement aux pp. 83 & 84.

⁹⁰ A. A. EHRENZWEIG, *Private International Law*, *op. cit.*, p. 77.

⁹¹ A. A. EHRENZWEIG, *Conflicts in a nutshell*, 3^e éd., St. Paul, West Pub. Co., 1974, p. 95.

⁹² A. A. EHRENZWEIG, *Private International Law*, *op. cit.*, p. 83.

⁹³ *Ibid.*, p. 80.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 84. Dans tout ce paragraphe, l'utilisation des verbes par l'auteur a été respectée : M. EHRENZWEIG utilise le verbe « *to apply* » (aucune distinction nette n'est faite entre "applying" et "taking into account"). Dans la dernière citation du paragraphe, seul le temps du verbe entre parenthèses a été modifié.

⁹⁵ Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.*, p. 27 : « Cet article est basé sur les dispositions analogues des Conventions de La Haye sur les accidents de la circulation routière (article 7) et la responsabilité du fait des produits (article 9). Des principes équivalents figurent également dans le système de conflits de la quasi totalité des Etats membres, soit en vertu d'une disposition expresse, soit en vertu de la jurisprudence ».

de la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits (ci-après CRFP). En conséquence, les paragraphes suivants seront consacrés à l'analyse de ces précédents, en resserrant l'analyse autour des rapports explicatifs des deux conventions⁹⁶.

A. *Rapport explicatif de W. Essen sur la Convention de La Haye 1971*

L'article 7 de la CACR est libellé comme suit :

Quelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de la responsabilité, être tenu compte des règles de circulation et de sécurité en vigueur au lieu et au moment de l'accident.

Le rapport Essén présente l'article 7 de la CACR comme garantissant que, indépendamment du droit applicable, les règles de contrôle et de sécurité de la circulation en vigueur au lieu et au moment de l'accident sont prises en considération lors de l'appréciation de la responsabilité. Cette disposition est donc intéressante lorsqu'à la suite de l'application des règles de conflit de lois de la Convention, le droit applicable est celui d'un pays différent de celui du lieu de l'accident⁹⁷. D'emblée, cet aspect témoigne de la difficulté de transposer le contenu de cet article aux atteintes environnementales. Aujourd'hui, l'article 7 Rome II ne désignera jamais la loi d'un pays différent du délit. Dans les atteintes environnementales transfrontières, les deux droits applicables possibles (*lex loci damni* et *lex loci actus*) sont liés à chacun des deux « lieux » du délit complexe. Dans les atteintes environnementales simplement internationales, le seul droit applicable possible est le (seul) droit du (seul) lieu de l'atteinte environnementale⁹⁸. À l'inverse, les accidents de la route sont généralement des délits simples, et non complexes. En conséquence, toute autre loi éventuellement applicable ne sera généralement pas liée au lieu de l'accident.

Outre ce premier avertissement, il est également nécessaire de souligner que le rapport Essén établit que les termes « règle » et « règles de circulation et sécurité » doivent être compris dans le sens le plus large possible : le premier comme incluant « la loi, le règlement et même un arrêté municipal », et le second comme une « formule souple qui laisse une vaste latitude à l'appréciation du juge » en ce qui concerne l'identification précise des concepts rentrant dans son domaine. Par ailleurs, le rapport souligne que si ces règles « ne sont qu'une donnée de fait », le juge « devra cependant tenir compte »⁹⁹.

Ensuite, les informations les plus utiles à cette recherche se situent aux paragraphes 6.3 à 6.5 du commentaire de l'article 7 du rapport Essén. Ces trois paragraphes présentent des exemples du fonctionnement de l'article 7 de la CACR qui bien qu'improprement transposables au domaine des atteintes environnementales, peuvent être pertinents pour interpréter l'article 17 de Rome II.

Le paragraphe 6.3 traite des situations où « il n'existe pas de règle de limitation de vitesse dans la loi locale », c'est-à-dire la loi en vigueur dans le pays où l'accident se produit. Dans ces cas, un juge « peut néanmoins estimer que le conducteur a commis

⁹⁶ Il semblerait que, au moins jusqu'en 1996, les tribunaux nationaux des États ayant ratifié les Conventions n'avaient pas élaboré de jurisprudence sur lesdites dispositions : M. SUMAMPOUW, *Les nouvelles conventions de La Haye - Leur application par les juges nationaux*, vol. V, The Hague, Nijhoff, 1996.

⁹⁷ E. W. ESSEN, *op. cit.*, p. 211 [19], article 7, points 1, 2 et 3.

⁹⁸ V. note 55.

⁹⁹ E. W. ESSEN, *op. cit.*, p. 211 [19], article 7, points 4 à 6.

une faute en roulant trop vite, compte tenu des circonstances ». Jusqu'à présent, rien de révolutionnaire. La transposition de ce raisonnement aux atteintes environnementales impliquerait qu'un juge puisse tenir compte des circonstances en jeu. Par exemple, la disponibilité de preuves scientifiques sur l'impact environnemental d'un produit, l'emplacement d'une usine à proximité d'une frontière, le fait que le produit ait été déversé dans une rivière qui traverse d'autres pays, etc. Toutefois, l'élément clé du paragraphe 6.3 est l'affirmation très claire *in fine* : « [...] la loi locale ne peut dans un tel cas être invoquée pour exonérer le conducteur d'un acte qui serait fautif dans l'optique de la loi applicable »¹⁰⁰. Dans le contexte environnemental, il en résulterait qu'en cas de choix par la victime de la *lex loci damni* alors que ses règles de sécurité et de conduite imposent un seuil maximal de produit chimique « Z » qui a été violé *in casu* par le pollueur, l'absence de normes limitant le rejet maximum de « Z » dans le cadre des règles de sécurité et de comportement du lieu du fait générateur ne saurait exonérer le pollueur de sa responsabilité.

Le paragraphe 6.4 traite des cas où « la loi de la responsabilité s'avère plus exigeante que la loi du lieu de l'accident ». Il formule comme exemple une situation où des phares antibrouillards ne sont pas exigés par la loi du lieu de l'accident mais le sont par la loi applicable aux questions de responsabilité. Il n'est pas possible de transposer le contenu de ce paragraphe au domaine des atteintes environnementales pour plusieurs raisons :

- i) Comme nous l'avons déjà mentionné, en l'état actuel du droit, il ne peut y avoir de loi applicable à la responsabilité pour les atteintes environnementales qui ne soit pas l'une des lois du lieu de l'accident, soit la *lex loci actus*, soit la *lex loci damni*¹⁰¹ ;
- ii) La transposition de cet exemple afin d'en tirer une quelconque leçon utile demanderait des adaptations plus drastiques que dans le cas du paragraphe 6.3. Il conviendrait notamment de considérer le « lieu de l'accident » comme le lieu du fait générateur du dommage. Ainsi, dans le contexte d'une atteinte environnementale transfrontière, un degré plus élevé d'exigence pourrait par exemple être rencontré dans les situations où les deux ordres juridiques en jeu ont des règles concernant le niveau d'émission de la substance chimique « Z », mais que celles en vigueur dans le pays où le dommage survient, lorsque cette loi est celle choisie par la victime, sont plus restrictives que celles de la loi du fait générateur du dommage. Par conséquent, cette adaptation amalgamerait le paragraphe 6.4 au paragraphe 6.3, ce qui aboutirait à des conclusions similaires ; et
- iii) Le sens général du paragraphe 6.4 est que dans des situations de niveaux d'exigence divergents entre les ordres juridiques en jeu, le juge peut considérer comme fautif le manquement à la *lex causae*, loi la plus rigoureuse. En effet, l'auteur du délit avait le choix entre le respect des dispositions de la *lex causae* ou la maximisation des précautions, des mesures de sécurité, pour éviter que le dommage survienne. Le paragraphe se termine par l'affirmation suivante : « [b]ien

¹⁰⁰ D'emblée, cela est en opposition directe, *mutatis mutandis*, avec une utilisation favorable aux pollueurs de l'art. 17 dans les affaires transfrontières au sens suggéré par l'exposé des motifs de la Proposition de Rome II.

¹⁰¹ Il en est ainsi, nonobstant la possibilité pour les deux parties de convenir d'une loi applicable conformément à l'article 14. Toutefois, malgré certains cas documentés, un accord sur la loi applicable semble difficile dans le domaine des délits environnementaux, car il est peu probable que la victime veuille renoncer à son avantage stratégique, à savoir son option législative.

que la loi locale ne contienne aucune exigence semblable, le juge peut tenir compte de la [*lex causae*] pour la détermination de la responsabilité ». Pour autant, le paragraphe 6.4 ne semble pas offrir un raisonnement correct. Premièrement, les exemples qui y sont donnés sont des exemples d'application, et non de « prise en considération » ou de « prise en compte » de règles juridiques. Deuxièmement, par définition, tous les éléments relevant de la *lex causae* doivent être appliqués au litige.

En raison de ces difficultés, le seul enseignement utile à cette recherche que l'on peut tirer du paragraphe 6.4, c'est qu'à l'instar du paragraphe 6.3, l'approche adoptée n'est pas favorable au responsable du dommage.

Enfin, le paragraphe 6.5 vise à résumer le sens général de l'article 7 CACR et fait référence à « l'appréciation du caractère illicite de l'acte commis par l'auteur de l'accident ». Il établit que cette appréciation dépendra du « jeu combiné » de la loi locale et de la loi en vertu de laquelle la responsabilité est déterminée ¹⁰² :

Cette appréciation se fait selon la loi applicable, mais sur la base des éléments de faits [sic] tirés, entre autres, de la loi locale. Cette loi n'est donc utilisée que pour fournir certains éléments de fait au juge et lui permettre d'appliquer la loi relative à la responsabilité.

À l'évidence, parmi les trois paragraphes qui ont été commentés, ce dernier est le seul qui contient une proposition interprétative qui peut être qualifiée de neutre, à savoir qui ne préjudicie pas directement l'auteur du délit.

L'apparente neutralité de cette affirmation témoigne de la nécessité de déterminer la marche à suivre dans les scénarios extrêmes. Un tel scénario dans le contexte environnemental pourrait être, une fois de plus, une situation où le rejet de « Z » dans l'environnement est illégal selon les règles de sécurité et de comportement de la *lex causae* (*lex loci damni*) mais où il est néanmoins licite selon les règles de sécurité et de comportement de la loi du fait générateur. Dans ce genre de situation, il n'est pas très utile de préciser que les règles de sécurité et de comportement pertinentes restent celles de la *lex causae* choisie, mais que l'autre ensemble de règles de sécurité et de comportement constitue un élément factuel supplémentaire dans le cas litigieux. Si l'on peut comprendre que fournir des indications supplémentaires sur la manière de procéder dans ces situations reviendrait à verser dans des considérations de droit matériel, des indications sur les conséquences juridiques appropriées auraient été toutefois bienvenues.

En dépit de la neutralité apparente du paragraphe 6.5, il semble approprié de considérer, en conclusion de l'examen du commentaire de l'article 7 de la CACR, que l'approche du rapport Essén concernant ledit article est favorable aux victimes, ou du moins, ne favorise pas l'auteur du délit. Par conséquent, comme nous le verrons plus loin, il n'est pas invraisemblable que la même approche favorable aux victimes soit transposable à l'article 17 de Rome II dans le contexte des atteintes à l'environnement¹⁰³. Examinons à présent le commentaire de l'article 9 de la CRFP.

¹⁰² L'extrait poursuit : « Les règles du code de la route local sont un donné [sic] entrant dans l'appréciation de l'ensemble de la situation ».

¹⁰³ Il semble important de souligner que tenter de trouver un équilibre entre le pollueur et la victime ne semble pas compatible avec l'idée de favoriser la victime.

B. Rapport explicatif de W.L.L Reese sur la Convention de 1973

L'article 9 de la CRFP est libellé comme suit :

L'application des articles 4, 5 et 6 ne fait pas obstacle à ce que soient prises en considération les règles de sécurité en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel le produit a été introduit sur le marché¹⁰⁴.

Le rapport Reese considère l'article 9 de la CRFP, tant à l'occasion de l'« Examen général de la Convention »¹⁰⁵ qu'à l'« Examen de chacun des articles »¹⁰⁶, comme pertinent dans les situations où la loi applicable au cas d'espèce serait différente de la loi en vigueur dans le pays où le produit a été introduit sur le marché. Dans ces cas, le tribunal compétent « peut, sans y être tenu, prendre en considération "les règles de sécurité" » de ce dernier¹⁰⁷. Il est à noter que le rapport indique ensuite qu'il « va de soi que le tribunal peut aussi prendre en considération, [et même prendre en considération exclusivement] les règles de sécurité en vigueur dans l'État dont la loi interne est déclarée applicable par [les règles de conflit de lois de la Convention] ». ¹⁰⁸ Si les règles de sécurité et de comportement de la *lex causae* peuvent être « prises en considération », cet extrait soulève la question de savoir comment distinguer ce que l'on entend par l'« application » de ces règles et leur « prise en considération ». En ce sens, l'exemple pratique formulé dans l'analyse détaillée de l'article 9 situé à la section « Examen de chacun des articles » du rapport Reese est d'autant plus déroutant :

Un cas imaginaire fera mieux comprendre le champ d'application de cet article. Supposons qu'une automobile, fabriquée dans l'État X par un fabricant dont l'établissement principal se trouve dans cet État, a été tout d'abord introduite sur le marché de l'État Y, puis dans l'État Z où elle a été acquise par le dénommé A, dont la résidence habituelle est dans l'État Z. Supposons ensuite que A soit blessé dans un accident survenu dans l'État Z, et que cette blessure aurait été évitée si les freins de l'automobile avaient satisfait aux règles de sécurité applicables à leur puissance ou à leur construction en vigueur dans l'État Z. Mais l'automobile n'était pas équipée avec de tels freins, parce que les règles de sécurité en vigueur dans l'État Y ne l'exigeaient pas. Par contre cette obligation est imposée par les règles en vigueur en Z, qui est l'État dont la loi est applicable selon la Convention. En vertu de l'article 9, le tribunal serait libre d'appliquer soit les règles de sécurité en vigueur en Y, soit celles en vigueur en Z. Autrement dit, le tribunal serait libre de statuer en faveur du fabricant en appliquant les

¹⁰⁴ Pour un commentaire de l'article 9 de la CRFP, conçu comme faisant partie d'un « système de "freins et contrepoids » au facteur de rattachement général de la Convention de 1973, v. M. FALLON, *Les accidents de la consommation et le droit – La responsabilité du fait des produits en question : droit comparé, droit des conflits de lois avec l'aide de la méthode expérimentale*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 248-262.

¹⁰⁵ W. L. M. REESE, « Explanatory report to the Convention on the law applicable to products liability » in Bureau of Hague Conference of Private International Law (éd.), *Convention on the law applicable to products liability – Draft adopted by the Twelfth Session and Explanatory report by W. L. M. Reese – Tirage à part des Actes et documents de la Douzième session (1972)*, Tome III - Responsabilité du fait des produits, The Hague, Imprimerie Nationale, pp. 253 [9] et ss. Document bilingue, disponible en ligne au lien suivant : <http://www.hcch.net/upload/expl22.pdf> (consulté le 2 juillet 2020).

¹⁰⁶ *Ibid*, pp. 256 [12] et ss. Le commentaire de l'article se trouve aux pp. 268 [24] et 269 [25].

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 255 [11]. Le texte anglais du rapport bilingue utilise les termes suivants : « *is authorized but not required* ». Dans l'« Examen de chacun des articles » (p. 268 [24], art.9, 1^{er} paragraphe), l'idée est exprimée comme suit : « [...] *l'article 9 permet au tribunal, mais ne lui en fait pas l'obligation [...]* » et « [...] *this article empowers, but does not require, the court to give consideration [...]* ».

¹⁰⁸ *Ibid*, pp. 255 [11] et 256 [12]. L'ajout dans la première série de crochets est en fait une nuance de la version anglaise qui n'a pas été traduite dans la version française.

règles de sécurité d'Y, ou de faire droit à la demande de A, par application des règles en vigueur en Z¹⁰⁹.

Il en ressort une forte divergence entre, d'une part, les termes de l'exposé des motifs de la proposition Rome II et, d'autre part, les termes du rapport explicatif de la CRFP, en particulier les conclusions qui peuvent être tirées de cet exemple. Le rapport Reese amalgame complètement les notions d'application et de prise en considération des règles et semble ne concevoir les enjeux qu'en termes d'application¹¹⁰. Pour la Commission européenne, l'opération de prise en considération des règles est, ou du moins devrait être, clairement distincte de leur application¹¹¹. La distinction entre ces deux notions paraissant essentielle au raisonnement développé dans l'exposé des motifs de la proposition Rome II, tout recours au rapport Reese pour réfléchir à l'article 17 de Rome II semble donc contre-productif¹¹².

Comme ces divergences terminologiques et conceptuelles excluent la transposition du rapport Reese au domaine des atteintes environnementales, ces considérations clôturent l'analyse des précédents de l'article 17 du règlement Rome II.

Compte tenu des développements précédents, en particulier ceux relatifs aux première et deuxième configurations du modèle hypothétique, il est possible d'affirmer que la mise en œuvre habituelle de l'article 17 du règlement Rome II, à savoir son interprétation littérale et son caractère obligatoire, favorise le pollueur, est incompatible avec les principes du *favor laesi* et du pollueur-payeur, et doit être exclue.

Selon le considérant 34 du règlement Rome II et l'exposé des motifs de la proposition Rome II, l'article 17 aurait pour objet « [...] d'assurer un équilibre raisonnable entre les parties [...] » lors de l'appréciation de la responsabilité. Ces termes soulignent que la Commission aurait cherché à nuancer ou assouplir l'obligation de réparation, par le biais d'une réduction du montant de l'indemnisation par exemple, chaque fois que des règles de sécurité et de comportement seraient en cause dans les conditions prévues par l'article lui-même.

Cette idée qui peut éventuellement être adéquate dans d'autres contextes, l'article 17 est après tout une disposition générale, semble difficile à concilier avec les spécificités qui caractérisent le phénomène de la responsabilité environnementale pour un certain nombre de raisons : i) bien que la faculté de dissuasion du droit de la responsabilité extracontractuelle en ce qui concerne les délits commis par des

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 268 [24].

¹¹⁰ Sans rentrer dans des détails, car la discussion nécessaire déborderait le cadre de ces pages, la distinction entre « application » et « prise en considération » est délicate, et des situations comme celle décrite ici « justifiant » les critiques de M. DORNIS mentionnées supra (note 39 et texte qui l'accompagne).

¹¹¹ S. C. SYMEONIDES (*op. cit.*, p. 212) exprime un certain scepticisme à cet égard. Cependant, v. Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.* p. 25 : dans le cas de l'Art. 17 Rome II, la Commission européenne est allée jusqu'à l'établir explicitement que : « [...] le juge appliquera exclusivement la loi désignée par la règle de conflit [...] ».

¹¹² Il est important de souligner que, mis à part certaines considérations et exemples pratiques, en général, le commentaire de l'article 7 de la CACR dans le rapport de M. ESSEN est globalement en accord avec la présentation de l'article 17 de Rome II qui se trouve dans l'Exposé des motifs de la Proposition de Rome II.

entreprises soit limitée, la Commission européenne a conçu l'article 7 de Rome II dans l'espoir de dissuader les potentiels pollueurs¹¹³. L'introduction de nuances et l'assouplissement de l'obligation d'indemnisation contreviennent à cet objectif. L'efficacité de la dissuasion est proportionnelle à la susceptibilité qu'a l'auteur du délit de payer ; ii) le principe du pollueur-payeur, l'une des raisons d'être explicites de l'article 7 de Rome II, tend à imposer une réparation intégrale¹¹⁴. Si tel est bien le cas, l'assouplissement de l'obligation d'indemnisation serait exclue ; iii) en outre, suivant M. de Sadeleer, le principe du pollueur-payeur consacrerait une conception objective de la responsabilité¹¹⁵. Cette idée, associée au fait que le commentaire de l'exposé des motifs à l'article 7 affirme que celui-ci s'inspire, entre autres, des « récents objectifs de la politique législative en matière de protection de l'environnement qui favorise la responsabilité objective, stricte », exclurait encore davantage l'utilisation de l'article 17 en un sens favorable au pollueur¹¹⁶.

Ainsi, toutes ces idées convergent vers la conclusion que les concessions faites au pollueur pour « assurer un équilibre » sont incompatibles avec le principe du *favor laesi*, et donc avec la protection de l'environnement consacrée à l'article 7.

En outre, si le contenu du rapport Reese ne peut être transposé à l'article 17 de Rome II, il n'en demeure pas moins que l'approche du rapport Essén concernant les règles de sécurité et de comportement semble être favorable aux victimes.

Il est intéressant de noter que MM. Lehmann et Eichel ont formulé une proposition qui va exactement dans le sens opposé de tout ce qui est indiqué dans les paragraphes précédents. Par analogie avec l'article 5 du règlement Rome II, à savoir la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, ils défendent l'opportunité de soumettre l'article 7 à une condition de prévisibilité en ce qui concerne la *lex loci damni*, c'est-à-dire que l'accès à la *lex loci damni* ne serait possible que s'il est prévisible pour le pollueur¹¹⁷. Pour toutes les raisons évoquées précédemment, une telle proposition ne serait pas appropriée.

Dans l'ensemble, il semble évident qu'à la lumière des développements ci-dessus, un recours à l'article 17 en faveur du pollueur irait à l'encontre des principes du

¹¹³ V. Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.*, pp. 19-20 ; L. ENNEKING, *op. cit.*, pp. 289-291.

¹¹⁴ N. de SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution - Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du Droit de l'Environnement*, Bruxelles, Bruylant-AUF, 1999, pp. 65 et 69. Un soutien supplémentaire à cette idée peut être directement tiré du domaine du droit comparé de la responsabilité civile, où le principe de la réparation intégrale joue un rôle important. V. en ce sens, par exemple, J. SPIER (éd.), *The limits of liability: keeping the floodgates shut*, The Hague, Kluwer law international, 1996, p. 1 et ss. ; C. Von Bar, *The common European law of torts (Vol. 2, Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality, and defences)*, Oxford, OUP, 2000, p. 106.

¹¹⁵ Malgré le fait que ce point soit controversé, N. de SADELEER (*op. cit.*, p. 91) considère que plusieurs éléments suggèrent que le principe requiert l'établissement d'un système de responsabilité objective. V. L. KRAMER, « Le principe du pollueur-payeur ("Verursacher") en droit communautaire, interprétation de l'article 130 R du Traité CEE », *Aménagement-Environnement*, vol. 1991-1, 1991, pp. 3-30, à la p. 3. Pour une position nuancée, v. E.T. LARSON, « Why environmental liability regimes in the United States, the European Community and Japan have grown synonymous with the polluter pays principle », *Vanderbilt journal of transnational law*, vol. 38-2, 2005, pp. 541-575, à la p. 541.

¹¹⁶ Malgré la confusion possible que la formulation anglaise peut provoquer, les versions linguistiques française et espagnole confirment que c'est la « politique » qui « favorise » : « [l]e rattachement de principe à la loi du lieu du dommage est conforme aux récents objectifs de la politique législative en matière de protection de l'environnement qui favorise la responsabilité objective, stricte » ; « [l]a fijación de principio a la ley del lugar donde se produce el hecho dañoso se ajusta a los recientes objetivos de la política legislativa en cuanto a protección del medio ambiente que favorece la responsabilidad objetiva, estricta ».

¹¹⁷ M. LEHMANN, F. EICHEL, *op. cit.*, p. 105 et ss.

favor laesi et du pollueur-payeur, et donc à l'encontre de la logique qui sous-tend l'article 7. Par conséquent, afin de préserver l'effet utile de l'article 7, le recours à l'article 17 doit être écarté dans les situations de dommages environnementaux transfrontières¹¹⁸. En d'autres termes, le recours à l'article 17 en faveur du pollueur dans les affaires environnementales doit être exclu, de préférence par le biais d'un amendement législatif. Cependant, jusqu'à ce que l'article 17 soit amendé, les tribunaux devraient recourir à une interprétation cohérente de celui-ci, c'est-à-dire utiliser la formulation « pour autant que de besoin » pour rejeter l'utilisation de l'article 17 en faveur des pollueurs en ce qui concerne les « règles de sécurité et de comportement » *lato sensu*. La sauvegarde de l'utilité de l'intervention du droit international privé de l'UE en matière environnementale l'impose.

¹¹⁸ Similairement, M. A. AMORES CONRADI, E. TORRALBA MENDIOLA (« XI Tesis sobre el estatuto delictual », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 8, 2004, pp. 1-34, aux pp. 25-26), en référence à l'article 7 et au *favor laesi*, accompagné du choix entre la *lex loci damni* et la *lex loci delicti commissi* : « [...] Nótese, por añadir algo, que en este entendimiento la referencia del art. [17] a las reglas de seguridad y conducta del lugar de la acción está más bien fuera de lugar: la licitud del actuar conforme a determinado ordenamiento no tiene por qué significar irresponsabilidad conforme a otro, cuando lo que se está buscando es, precisamente, qué ordenamiento es más eficaz en la prevención de tal actuar. A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que la responsabilidad por daño medioambiental suele estar materialmente configurada como objetiva o por riesgo ».

L'arbitrage commercial comme mode de résolution des litiges en lien avec le changement climatique. Acquis et requis

Mme Lucia BIZIKOVA*
Trainee solicitor DLA Piper

Maître Séréna SALEM**
Avocate au barreau de Paris

Le changement climatique est incontestablement l'un des plus importants défis auxquels nos générations sont confrontées. Une réelle prise de conscience à l'international en témoigne, de même que la multiplication d'initiatives s'y rapportant. Une réponse globale a notamment été prônée en décembre 2015, lorsque les représentants de 196 pays se sont réunis à la COP 21 à Paris¹. Ils sont alors parvenus à un accord historique (l'« **Accord de Paris** ») visant principalement à contenir l'augmentation de la température moyenne de la planète².

L'objectif ambitieux de l'Accord de Paris implique une modification rapide et profonde des systèmes de production et d'utilisation de l'énergie, des sols, des infrastructures et des systèmes industriels³. Atteindre cet objectif ne sera d'ailleurs possible, selon le rapport le plus récent publié par l'Agence internationale de l'énergie, que si les investissements dans les sources d'énergie à faible émission de carbone telles l'éolien, le solaire et le nucléaire doublent d'ici 2030, et que la capacité de production d'énergie renouvelable augmente en moyenne de 300 GW chaque année⁴.

* **Lucia Bizikova** : Diplômée du Master de Droit économique de l'Ecole de Droit de Sciences Po (*cum laude*) – 2016, ayant participé à un séjour d'études à la Harvard Law School – 2014 ; diplômée d'un LL.M. de l'Université de Cambridge en Droit international public – 2017. Lucia est une « PILAGG Fellow » du Private International Law and Global Governance, co-éditrice du livre « Global Private International Law: Adjudication without Frontiers » et une « Trainee Solicitor » chez DLA Piper LLP à Londres afin de devenir solicitor anglaise.

** **Séréna Salem** : Diplômée du Master 1 de droit international à l'université Panthéon Assas – 2009, du Master 2 d'arbitrage du Commerce International (MACI) à l'université de Versailles – 2011 et d'un LL.M en *dispute resolution and legal process* à l'Université de Hastings College of the Law à San Francisco – 2010 (*cum laude*), Séréna Salem est avocate au barreau de Paris, et exerce dans l'équipe d'arbitrage international du bureau de Paris du cabinet DLA Piper France LLP. Elle intervient fréquemment dans des formations et des colloques sur des sujets en lien avec l'arbitrage international et enseigne un module « International Contracts » à HEC Business School.

¹ United Nations Climate Change, *Contributions déterminées au niveau national (NDCs)*, disponible à l'adresse suivante : <https://unfccc.int/fr/processus-et-reunions/l-accord-de-paris/l-accord-de-paris/contributions-determinees-au-niveau-national-ndcs>.

² Voir l'Article 2.1 de l'Accord de Paris : « *Le présent Accord, en contribuant à la mise en œuvre de la Convention, notamment de son objectif, vise à renforcer la riposte mondiale à la menace des changements climatiques, dans le contexte du développement durable et de la lutte contre la pauvreté, notamment en : a) Contenant l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels, étant entendu que cela réduirait sensiblement les risques et les effets des changements climatiques* ». À ce jour, l'Accord de Paris a été signé par 197 pays et ratifié par 189 d'entre eux (United Nations Climate Change, *Accord de Paris – État des ratifications*, disponible à l'adresse suivante : <https://unfccc.int/fr/node/513>).

³ V. Masson-Delmotte (éd), *Special Report: Global Warming of 1.5° C*, IPCC, 2019, page 15.

⁴ IEA, *World Energy Investment 2019*, IEA Paris, 14 mai 2019.

Sur le plan financier, le rapport Stern prévoyait il y a treize ans que la stabilisation des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2050 reviendrait à environ 1% du PIB mondial, à condition qu'une action forte soit aussitôt mise en œuvre⁵. Des estimations plus récentes (qui suivent une période d'inaction relative depuis ce rapport) pointent vers un chiffre beaucoup plus élevé. Selon le Forum mondial de l'énergie, l'effort financier nécessaire pour une transition vers des émissions nettes nulles dans le seul secteur des transports représenterait 0,5% du PIB mondial. Selon le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, l'investissement nécessaire dans le seul système énergétique entre 2016 et 2035 pour limiter le réchauffement climatique à 1,5 °C correspondrait à environ 2,5% du PIB mondial⁶.

La réduction des émissions de gaz à effet de serre et la transition vers une économie verte exigent donc des investissements considérables. Compte tenu de son ampleur, ce n'est pas un défi que les gouvernements étatiques peuvent espérer relever sans le soutien du secteur privé.

La mobilisation du secteur privé en la matière est d'ailleurs importante. Dans les semaines qui ont suivi l'Accord de Paris, des centaines d'entreprises de différentes industries (ciment, transports, énergie, biens de consommation, etc.) se sont engagées à réduire leur empreinte carbone, à adopter des énergies renouvelables et à améliorer la gestion des ressources naturelles. Selon la *Climate Policy Initiative*, le financement climatique mondial a atteint un montant record de 612 milliards USD en 2017 (dont 330 milliards USD émanaient du secteur privé, correspondant à 54% des dépenses mondiales en matière d'atténuation des effets du, et d'adaptation au, changement climatique⁷). En 2018, le financement du secteur privé a légèrement baissé à 323 milliards USD, représentant toutefois 59% des dépenses globales⁸. Les entreprises sont donc la plus grande source d'investissement dans le domaine du climat⁹. Elles sont bien conscientes de leur part de responsabilité. Les chiffres à ce sujet sont éloquentes : 64% des responsables d'entreprises et cadres supérieurs ont reconnu que l'action climatique était une priorité dans leur mission, leur stratégie et leurs valeurs, et 59% des responsables d'entreprises ont déclaré déployer des énergies renouvelables dans leurs opérations¹⁰.

Certains auteurs ont remis en question les véritables motifs de la flambée soudaine des investissements verts et suggéré que nous n'assistions à rien d'autre qu'à l'opportunité du changement climatique. D'autres ont fait valoir que la réalisation

⁵ N. Stern, *The Economics of Climate Change*, Cambridge University Press, 2007, page vii.

⁶ Le Forum Économique Mondial, *A silver bullet won't solve a green problem*, 22 janvier 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.weforum.org/agenda/2020/01/silver-bullet-climate-change/>.

⁷ B. Buchner (éd.), *Global Landscape of Climate Finance 2019*, Climate Policy Initiative, Londres, novembre 2019.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ ONU Global Compact-Accenture, *The Decade to Deliver: A Call to Business Action*, septembre 2019, « The 2019 United Nations Global Compact Accenture Strategy CEO Study on Sustainability ».

d'une économie zéro carbone n'est plus une question de responsabilité, mais une question de rentabilité et de compétitivité dans l'économie du futur¹¹.

Quelles qu'en soit les raisons, une telle implication parmi les acteurs privés est un fait qui donne lieu à de nouvelles relations commerciales et donc, à de nouveaux contrats. La violation inéluctable de certains de ces contrats est susceptible d'entraîner de nouveaux litiges, dont une partie sera intrinsèquement liée aux problématiques de changement climatique sous-jacentes.

Ces contentieux, tant leur typologie que leur mode de résolution, étaient au centre des attentions de la deuxième journée de conférence sur « *Le droit international face au changement climatique* » tenue à l'Université Panthéon-Assas Paris II le 16 septembre 2020.

Si le sujet de l'arbitrage d'investissement est analysé en détail ailleurs dans cette Revue, l'objet des développements ci-après est d'évaluer le potentiel de l'arbitrage commercial en tant que mode de résolution de ces litiges commerciaux en lien avec le changement climatique de la perspective des acteurs privés. Cette évaluation passera par une présentation des acquis de ce mode de règlement des litiges **(I)** mais aussi de ses lacunes et axes d'adaptation **(II)**.

I. Les acquis de l'arbitrage international en tant que mode de résolution des litiges des acteurs privés en lien avec le changement climatique

Comme évoqué en introduction, le rôle du secteur privé dans la question du changement climatique est primordial, tant parce qu'il contribue aux causes du changement climatique (les deux-tiers des émissions mondiales de gaz à effet de serre sont générés par quatre-vingt-dix entités individuelles, dont cinquante, de forte notoriété pour la plupart, viennent du secteur privé¹²) que parce qu'il fait partie de sa solution.

Or ce secteur privé, et en particulier certaines entreprises coutumières des contrats internationaux aux enjeux financiers conséquents, est déjà un fidèle utilisateur de l'arbitrage commercial international, en dépit des critiques qu'il peut parfois, voire souvent, lui adresser.

L'arbitrage commercial international présente de réels bénéfices pour la résolution de ce type de litiges, du fait de certaines de ces caractéristiques intrinsèques **(A)**. Dès lors, il n'est guère étonnant de constater qu'une pratique se profile d'ores et déjà en la matière pour la résolution de litiges liés au changement climatique **(B)**, pratique qui a vocation à se développer à la suite des multiples initiatives des institutions arbitrales dans ce secteur **(C)**.

¹¹ A. Magnusson, *New Arbitration Frontiers: Climate Change*, ICCA Congress Series, Kluwer, 2019 « Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration ».

¹² Climate Accountability Institute, *Carbon Majors*, 8 octobre 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://climateaccountability.org/carbonmajors.html>.

A. Un mode de résolution adapté au type de litiges en cause

Avant d'évoquer les raisons qui font *a priori* de l'arbitrage commercial international un mode de résolution adapté aux litiges liés aux problématiques de changement climatique, il convient de définir les contours desdits litiges.

La notion de « litiges en lien avec le changement climatique » est en effet extrêmement large, voire obscure. Le rapport de la CCI sur la résolution des différends liés au changement climatique par l'arbitrage et les modes alternatifs de règlement des conflits (le « **Rapport de la CCI** »)¹³ fournit des éclaircissements bienvenus : il s'agit de « tout litige résultant ou en lien avec l'effet du changement climatique et de la politique liée au changement climatique, la Convention-Cadre des Nations Unie sur les changements climatiques (« CCNUCC ») et l'Accord de Paris »¹⁴. Trois catégories, correspondant aux contrats dont émanent ces litiges, sont identifiées :

- Les contrats de mise en œuvre de la transition énergétique ou d'autres systèmes d'atténuation ou d'adaptation visant à se conformer aux objectifs de l'Accord de Paris. Il s'agirait par exemple de litiges en lien avec un contrat impliquant des obligations découlant de la CCNUCC, tels que les contrats relatifs à des projets à faibles émissions et résilients au climat, ou des accords de système d'échange de droits d'émission¹⁵ ;
- Les contrats dont l'objet et le sujet ne sont pas spécifiquement liés au changement climatique, mais qui impliquent ou génèrent des problématiques climatiques ou environnementales. Par exemple, cela pourrait être le cas d'un contrat commercial conclu par une compagnie minière, membre du Conseil International du Minier et des Métaux (« **CIMM** ») (une initiative de l'industrie minière qui contraint ses membres au respect de bonnes pratiques environnementales, sociales et de gouvernance, à travers un ensemble d'objectifs¹⁶) avec un fournisseur ou une entreprise d'élimination des déchets miniers, dans l'hypothèse où la compagnie minière ne se conformerait pas aux principes CIMM dans son exécution du contrat commercial.
- Les compromis d'arbitrage, ou d'autres accords conclus pour résoudre des litiges liés au changement climatique ou des sujets environnementaux connexes, impliquant potentiellement des groupes ou populations impactées¹⁷. Ce serait le cas dans un contexte dans lequel une communauté locale serait affectée négativement par des activités minières dans sa région, ou par des actions dans une forêt ou une zone protégée, et qui auraient un impact sur leur moyen de

¹³ Commission on Arbitration and ADR, *ICC Commission Report: Resolving Climate Change Related disputes through Arbitration and ADR*, Chambre de Commerce Internationale, Paris, novembre 2019, page 8.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, pages 8 à 9.

¹⁶ ICMM, *À propos de l'ICMM*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.icmm.com/fr/a-propos-de-l-icmm>; voir également ICMM, *Principes Miniers*, disponibles à l'adresse suivante : <https://www.icmm.com/fr/membres/principes-miniers> et <https://www.icmm.com/website/publications/pdfs/mining-principles/mining-principles.pdf>.

¹⁷ *Ibid.*, pages 10 à 12.

subsistance, leur accès aux ressources naturelles ou qui leur causeraient des dommages directs¹⁸.

À condition qu'une clause d'arbitrage valable soit en place, les litiges correspondant à chacune de ces catégories, décrites de manière plus détaillée dans le Rapport de la CCI¹⁹, peuvent être utilement tranchés par un arbitrage.

En effet, la flexibilité et l'adaptabilité inhérente à l'arbitrage commercial, en tant que procédure contentieuse, lui confèrent un avantage stratégique pour résoudre les différends liés au changement climatique. Comme l'illustre la catégorisation rapportée ci-dessus, ceux-ci peuvent en effet revêtir des formes et impliquer des parties extrêmement variées, rendant ces qualités particulièrement opportunes.

Par ailleurs, le changement climatique est un problème mondial qui n'est pas limité géographiquement. Il implique souvent des litiges transfrontaliers. Or la neutralité perçue de la *juris dictio* est essentielle dans l'hypothèse de litiges internationaux. Cette neutralité géographique peut être assurée en arbitrage international, par exemple, par le choix d'arbitres de nationalité autre que celle des parties ou d'un siège de l'arbitrage en dehors des pays concernés. Cette neutralité permet à son tour une certaine préservation des tribunaux arbitraux contre des pressions extérieures, notamment politiques.

Le choix laissé aux parties dans la constitution du tribunal arbitral et de l'institution d'arbitrage leur permet quant à lui de bénéficier d'une véritable expertise et d'un cadre adapté à la technicité des litiges en cause. Cette technicité sera avant tout celle du tribunal arbitral que les parties pourront constituer de personnalités ayant les compétences et l'expertise requises dans la matière propre à leur litige²⁰. Ensuite, elles pourront choisir de soumettre leur procédure à des institutions arbitrales ayant adapté leurs règles procédurales au type de litige qu'elles peuvent rencontrer.

Le régime d'exécution des sentences arbitrales au niveau mondial, significativement facilité par la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères signée à New York le 10 juin 1958 (la « **Convention de New York** »), mérite également d'être mentionné. Une sentence arbitrale rendue dans l'un des 166 pays signataires de la Convention de New York peut être reconnue et exécutée dans tous les autres États membres. Cette facilité de reconnaissance et d'exécution est à mettre en perspective avec l'exécution des jugements étrangers qui est, en général, moins prévisible (dépendant parfois d'un traité d'exécution bilatéral en place, voire du droit national).

Il convient enfin de mentionner la célérité avec laquelle les tribunaux arbitraux peuvent résoudre les différends. Les tribunaux de nombreux pays sont tristement célèbres pour avoir mis des années avant de rendre un jugement. Des retards supplémentaires sont souvent causés par des recours quasi-systématiques des parties auprès des juridictions d'appel et de cassation. Par exemple, dans l'une des premières

¹⁸ *Ibid*, page 11.

¹⁹ *Ibid*, pages 8 à 12.

²⁰ Voir *Infra* section II.B.1 pour davantage de développements à ce sujet.

affaires relatives au changement climatique portées devant les tribunaux américains, *Massachusetts v. USA*, la Cour Suprême des Etats Unis n'a rendu son jugement définitif que deux décennies après l'introduction de la procédure initiale²¹. L'on sait en revanche que les arbitrages administrés par la Chambre de Commerce Internationale (« CCI ») en 2019 durent en moyenne deux ans et deux mois²², que ceux qui sont administrés par la Cour d'arbitrage international de Londres (« LCIA ») sont d'une durée moyenne de 16 mois²³ et qu'une sentence est rendue dans une majorité des affaires arbitrées sous l'égide du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (« CCS ») en moins de douze mois²⁴. Il est vrai que des mécanismes de recours en annulation existent contre les sentences arbitrales, mais ils sont beaucoup plus limités que les appels et autres recours devant les juridictions étatiques – notamment du fait des moyens restreints qui peuvent classiquement être invoqués en leur soutien et de la propension des parties à exécuter les sentences arbitrales volontairement²⁵. Or l'on sait combien une résolution tardive de certains litiges environnementaux pourrait entraîner des conséquences irrémédiables sur l'environnement. C'est le cas en particulier en l'absence de mesures provisoires ou conservatoires, lorsque l'objet même de la procédure est de faire cesser une potentielle atteinte environnementale.

Ces différentes caractéristiques font de l'arbitrage commercial international un mode de résolution *a priori* très attractif pour les litiges en lien avec le changement climatique. D'ailleurs, cela n'a pas échappé à certains acteurs du commerce international qui ont déjà commencé à y recourir pour résoudre leurs litiges.

B. Un mode de résolution des litiges éprouvé

L'arbitrage commercial a déjà été utilisé avec succès pour résoudre plusieurs différends liés à l'environnement, à la durabilité, à l'énergie et au protocole de Kyoto signé le 11 décembre 1997 (le « **Protocole de Kyoto** »)²⁶.

Typiquement, la Cour permanente d'arbitrage (« CPA ») a déjà administré à elle seule au moins neuf affaires commerciales de ce type. La plupart d'entre elles étant

²¹ R. de Paor, « Climate Change and Arbitration: Annex Time before There Won't Be A Next Time », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8, mars 2017, page 202.

²² CCI, *2019 ICC Dispute Resolution Statistics*, ICC Dispute Resolution Bulletin, 2020, paragraphe 28.

²³ LCIA, *Costs and Duration: 2013-2016*, The London Court of International Arbitration, Londres, 3 octobre 2017, se référant aux données de 2013 à 2016.

²⁴ CSS, *SCC Statistics 2019*, Stockholm, non-daté, disponible à l'adresse suivante : <<https://scsinstitute.com/statistics/>>, voir également les statistiques de la CSS pour 2018, 2017 et 2016 montrant une tendance similaire.

²⁵ L'on ne peut passer sous silence les vives critiques dont l'arbitrage commercial a fait l'objet de la part de certains utilisateurs, déçus des délais plus importants qu'anticipé dans le rendu des sentences, et des coûts parfois significatifs de cette procédure (surtout lorsqu'elle est mise en perspective avec ceux de la justice étatique dans des pays où elle se veut (quasiment) gratuite). Des efforts sont toutefois régulièrement fournis en ce sens par les institutions arbitrales pour répondre aux demandes des utilisateurs (ainsi, pour continuer à assurer la célérité des procédures d'arbitrage commercial, certaines institutions demandent à présent aux arbitres de confirmer qu'ils auront la disponibilité requise pour traiter de l'affaire en temps utile avant de confirmer leur nomination ; de plus, de nombreuses institutions ont développé des procédures accélérées, qui se veulent plus rapides et moins coûteuses, pour les litiges aux enjeux financier moins importants).

²⁶ United Nations Climate Change, *What is the Kyoto Protocol?*, disponible à l'adresse suivante : https://unfccc.int/kyoto_protocol.

confidentielles, les informations disponibles dans le domaine public sont limitées. L'on sait que l'une d'entre elles concerne « un différend de contrat commercial impliquant des sociétés hydroélectriques asiatiques et une société européenne »²⁷. Une autre concerne « la bonne allocation des unités de quantité assignées pour compenser les émissions par des crédits de carbone »²⁸ tandis qu'une troisième est liée au prétendu non-paiement des honoraires de résultat stipulés dans un accord de développement d'un projet de décharge²⁹.

Plusieurs demandeurs ont également porté leurs différends liés au Protocole de Kyoto devant les tribunaux constitués sous l'égide de la CCS. Ainsi, par exemple :

- En 2013, un tribunal arbitral a tranché un litige portant sur la question de la réduction des émissions de gaz à effet de serre et de l'augmentation de l'efficacité énergétique dans un projet réalisé dans le cadre de la mise en œuvre conjointe (telle que définie à l'Article 6 du Protocole de Kyoto)³⁰.
- En 2014, un autre tribunal a tranché une affaire *Core Carbon c. Rosgaz et Centregasservice*, en faveur du requérant, lui accordant la somme de 150 millions USD en dommages-intérêts. Cet arbitrage est également lié au programme de réduction des émissions de carbone du Protocole de Kyoto. Le requérant, le groupe danois Core Carbon, avait conclu un contrat avec ses contreparties russes, Rosgazifikatsiya (Rosgaz) et Centregasservice, pour le financement et la mise en œuvre de projets de réduction des émissions de carbone. Core Carbon a accepté d'identifier et de réparer les fuites dans le réseau de gazoducs vieillissant passant sous de vastes régions de la Russie et de réduire ainsi les émissions de carbone de 8 millions de tonnes par an. La relation entre les parties se serait ensuite détériorée et Rosgaz aurait alors refusé de finaliser certains documents, empêchant ainsi Core Carbon de réclamer des « crédits carbone », générant des pertes commerciales considérables. Le tribunal, rejetant l'argument de Rosgaz selon lequel Core Carbon aurait obtenu les contrats de manière frauduleuse, a rendu une sentence favorable à Core Carbon. En plus des dommages-intérêts, Core Carbon s'est vu indemnisé du montant total de ses frais de justice et des frais d'arbitrage³¹.

²⁷ D. W. Rivkin et C. Amirfar, *Climate Disputes And Sustainable Development in the Energy Sector: Future Directives*, OUP 2015, « International Arbitration in the Energy Sector », paragraphe 18.28.

²⁸ *Naftrac Ltd (Cyprus) c. National Environmental Investment Agency of Ukraine*, CPA arrêt no. 2009-18, Décision finale du 4 décembre 2012 (le Règlement Environnemental de la CPA), voir également le Rapport de la CCI, page 59.

²⁹ *Individual (African) c. Company (European)*, PCA CPA arrêt no. 2015-14, voir également le Rapport de la CCI, page 59.

³⁰ CCS arrêt no. 097/2013 (décision non-publiée), voir également A. Magnusson, *Climate Disputes And Sustainable Development in the Energy Sector: Bridging the Enforceability Gap*, OUP 2015, « International Arbitration in the Energy Sector », paragraphe 17.50.

³¹ *Core Carbon Group of Copenhagen, Denmark c. Rosgazifikatsiya (Rosgaz) and Centregasservice* (un arrêt de la CCS, le numéro d'arbitrage non-disponible), voir également Quinn Emanuel Trial Lawyers, *December 2014: International Arbitration Victory*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.quinnemanuel.com/the-firm/our-notable-victories/victory-december-2014-international-arbitration-victory/>. A noter toutefois que la cour d'appel russe a refusé d'exécuter la sentence au motif que la procédure judiciaire russe avait invalidé le contrat entre les parties et qu'en tant que telle, l'exécution de la sentence arbitrale constituerait une violation de l'ordre public.

Les statistiques publiées par les principales institutions arbitrales confirment la réalité de l'usage de l'arbitrage commercial pour la résolution des différends liés au changement climatique. Les statistiques révèlent d'ailleurs une augmentation régulière de ces cas.

Au niveau de la CCI, non moins de 211 cas sur les 869 enregistrés en 2019 sont liés aux secteurs de la construction et de l'ingénierie, représentant au total 24,3% du volume d'affaires. En outre, 140 d'entre eux (soit 16,1% du volume d'affaires) sont liés au domaine de l'énergie³². Les affaires de ces secteurs étant particulièrement susceptibles d'inclure des éléments liés au changement climatique, l'on perçoit le potentiel considérable de ces litiges. Le Rapport de la CCI, lequel comprend une ventilation bien plus détaillée des différentes catégories de différends qui lui sont soumis, estime que jusqu'à 70,3% de tous les cas qu'elle a enregistré en 2018 pourraient potentiellement impliquer certaines problématiques touchant (de manière plus ou moins directe) au changement climatique.

Ce nombre tend à être légèrement inférieur, mais toujours considérable, si l'on s'en réfère aux statistiques de la LCIA. Les secteurs de l'énergie, du transport, de la construction et des infrastructures, des aliments et boissons, de l'immobilier, et autres secteurs susceptibles d'impliquer des litiges en lien avec le changement climatique, représentent selon cette institution 46% de toutes ses affaires en 2019³³.

En tout état de cause, il est aujourd'hui évident que ces litiges sont (très) nombreux ; les institutions d'arbitrage en ayant conscience, elles multiplient les démarches visant à renforcer l'attractivité de l'arbitrage commercial comme mode de leur résolution.

C. *Un mode de résolution des litiges en devenir*

L'International Bar Association a dès juillet 2014, dans son rapport intitulé « *Atteindre la justice et les droits de l'homme à l'ère des perturbations climatiques* » (le « **Rapport de l'IBA** »), encouragé toutes les institutions arbitrales à prendre les mesures appropriées pour développer leurs propres règles et leur expertise en lien avec la résolution des différends environnementaux³⁴.

Le Rapport de l'IBA a en particulier recommandé la CPA comme forum « privilégié » pour les différends environnementaux.

Des institutions arbitrales ont, depuis, lancé des initiatives visant à promouvoir la justice climatique et tenté de se positionner sur le marché juridique.

1. **La Cour permanente d'arbitrage (CPA)**

La contribution la plus importante de la CPA à la justice climatique est l'établissement du *Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends relatifs aux*

³² ICC *Dispute Resolution Statistics*, paragraphe 26.

³³ Voir LCIA, *2019 Annual Casework Report*, 19 mai 2020, disponible à <https://www.lcia.org/News/annual-casework-report-2019-the-lcia-records-its-highest-numbe.aspx>.

³⁴ IBA Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report, *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*, 2014, page 144.

ressources naturelles et/ou à l'environnement (le « **Règlement Environnemental de la CPA** »). Le Règlement Environnemental de la CPA vise à combler le vide dans le règlement des différends environnementaux. Ce sont les premières et les seules règles environnementales adoptées par une institution arbitrale.

Développé en 2001 et basé sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, l'objectif du Règlement Environnemental de la CPA est de « *refléter les caractéristiques particulières des différends ayant un volet ressources naturelles, conservation ou protection de l'environnement* »³⁵. Il y parvient en offrant une plus grande flexibilité ainsi que des solutions pratiques à de nombreux problèmes rencontrés dans les arbitrages comportant un élément environnemental, y compris les différends relatifs au changement climatique.

Typiquement, le Règlement Environnemental de la CPA autorise les arbitrages multipartites et inclut des dispositions spécifiques à la nomination des arbitres et au partage des coûts dans ce type de procédures³⁶. Cette mesure œuvre pour l'efficacité de la justice, réduisant le risque de procédures parallèles sur la base de mêmes faits, lesquelles aboutiraient potentiellement à des sentences contradictoires. Par ailleurs, le Règlement Environnemental de la CPA accorde aux tribunaux des pouvoirs étendus en matière de mesures provisoires pour protéger l'environnement. En vertu de l'article 26(1), le tribunal peut prendre toutes les mesures qu'il juge nécessaires pour « *préserver les droits de toute partie ou pour empêcher des atteintes graves à l'environnement relevant de l'objet du différend* ».

Un accent particulier est mis sur une résolution rapide des différends, avec des délais raccourcis par rapport aux arbitrages classiques - ce qui, comme évoqué plus haut, revêt une importance particulière dans certains différends en lien avec le changement climatique.

Enfin, la CPA a établi une liste d'arbitres et d'experts scientifiques et techniques, spécialisés dans les problématiques environnementales, que les parties peuvent désigner pour régler leurs différends³⁷. À ce jour :

- Vingt arbitres sont répertoriés sous l'article 8, paragraphe 3, du Règlement Environnemental de la CPA comme ayant une expertise en droit de l'environnement, dont trois sont compétents en matière de changement climatique³⁸.

³⁵ Règlement Environnemental de la CPA, Introduction, Article (i).

³⁶ Voir l'Introduction au Règlement Environnemental de la CPA : « [...] *Mindful of the possibility of multiparty involvement in disputes having a conservation, natural resources, or environmental protection component, these Rules provide specifically for multiparty appointment of arbitrators. Where the dispute is to be referred to an arbitral tribunal of three or more arbitrators, parties should particularly bear in mind that these Rules do not empower the appointing authority to appoint all arbitrators when multiple claimants or respondents fail to make a joint appointment. Such a provision, if desirable to the parties, may be added to the arbitration agreement* ».

³⁷ *Ibid*, Introduction, Article (v).

³⁸ T. Kuokkanen, C. Voigt Et A. Gabriel Maestrado La Viña, voir l'annexe 2, *Specialised Panel of Arbitrators*, disponible à l'adresse suivante : <https://docs.pca-cpa.org/2016/07/0a73eb19-current-list-annex-2-sp-arb-update-20200303.pdf>.

- Quatorze experts sont énumérés sous l'article 27, paragraphe 5, dont deux sont spécialistes du changement climatique³⁹.

Cette liste vise à apporter l'expertise tant recherchée auprès des tribunaux appelés à se prononcer en prenant en compte certains aspects techniques et scientifiques liés aux conflits en lien avec le changement climatique. Toujours dans l'idée de promouvoir cette expertise et une résolution optimale des différends, la CPA encourage les parties à sélectionner au moins un membre du tribunal avec une expertise scientifique ou technique pertinente en droit de l'environnement.

2. La Chambre de Commerce Internationale (CCI)

La CCI a une longue histoire de promotion de la justice en matière de changement climatique. Par exemple, elle a représenté le secteur privé à chaque Conférence des Parties, connues sous le nom de « COP », depuis 1992. Lors de la célèbre COP 21 qui a conduit à la signature de l'Accord de Paris, la CCI a organisé une manifestation parallèle intitulée « *Les Différends en Lien avec le Changement Climatique : un rôle pour l'arbitrage international et l'ADR* » en collaboration avec l'IBA, la CPA et la CCS. Après la Conférence de Paris, la CCI a publié un livre intitulé « *Règlement des différends et changement climatique : l'Accord de Paris et au-delà* », lequel contient une collection d'articles de la COP 21 qui évoquent notamment les différentes manières de prendre en compte les problématiques en lien avec le changement climatique dans les modes de résolutions des litiges internationaux et notamment l'arbitrage international⁴⁰.

En outre, la CCI a contribué à l'organisation d'événements officiels sur des problématiques liées à la résolution des différends lors de la COP 22 qui s'est tenue au Maroc en 2016 et de la COP 23 qui s'est tenue en Allemagne en 2017⁴¹.

La contribution la plus importante de la CCI reste toutefois sa création récente d'un groupe de travail sur « *l'arbitrage des différends liés au changement climatique* ». L'objectif de ce groupe de travail est d'examiner la manière dont l'arbitrage CCI est utilisé pour résoudre les différends liés au changement climatique et les adaptations qui peuvent y être apportées de sorte à assurer un traitement le plus efficace possible des différends climatiques, de même que de déterminer si la CCI devrait offrir des orientations, des procédures ou des clauses types supplémentaires spécifiques au changement climatique. Le Rapport de la CCI susmentionné est le fruit de leur travail⁴².

Aucune prise en compte spécifique des litiges en lien avec le changement climatique n'a toutefois été intégrée dans la version révisée du Règlement de la CCI de 2021⁴³.

³⁹ M. Reichstein et Y. Inbar, voir l'annexe 3, *Specialised Panel of Scientific Experts*, disponible à <https://docs.pca-cpa.org/2020/03/30146882-current-list-annex-3-sp-sciexp-update-201200303.pdf>.

⁴⁰ Le Rapport de la CCI, page 51. Voir également *Dispute Resolution and Climate Change: The Paris Agreement and beyond*, CCI, juin 2017.

⁴¹ Le Rapport de la CCI, pages 50 à 51.

⁴² *Ibid*, 7.

⁴³ T. Naud, S. Salem, C. Aknouche, *The ICC Publishes Revised Rules for 2021*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.dlapiper.com/fr/france/insights/publications/2020/10/article-icc-update/>.

3. L'institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (CCS)

En plus de co-organiser des événements liés à la résolution des différends en collaboration avec la CCI et la CPA à la COP 21, la COP 22 et la COP 23, la CCS s'est engagée dans un certain nombre d'initiatives axées sur la promotion de la justice climatique.

Elle a notamment lancé en 2017 le *Stockholm Treaty Lab*, un concours mondial d'innovation. En faisant appel au *crowdsourcing* d'idées originales qui répondraient à certains des défis juridiques qui se posent dans le contexte du changement climatique, ce concours a pour objectif de proposer un nouveau modèle de traité qui générerait et protégerait les investissements verts⁴⁴. Le concours a attiré une attention considérable, avec la participation de 40 équipes d'avocats, de scientifiques de l'environnement, de conseillers politiques, d'entrepreneurs, de « diplomates du climat » et d'experts en investissement énergétique et en financement durable du monde entier. Parmi les propositions gagnantes, l'on retiendra un modèle de traité bilatéral encourageant les investissements verts et décourageant les investissements non durables en abordant une transition juste vers une économie à faibles émissions de carbone, ainsi qu'un protocole multilatéral qui pourrait être superposé au cadre juridique existant sur les lois d'investissements⁴⁵.

Le projet a été salué pour sa présentation efficace de ce que la réalisation de la justice climatique nécessite une coopération et une mise en œuvre multidisciplinaires⁴⁶.

*

* * *

L'on devine, au travers de la variété des approches adoptées, que les institutions sont désireuses de trouver leur propre voie plutôt que de simplement imiter le modèle de la CPA. Cela est non seulement susceptible d'améliorer l'expérience des institutions d'arbitrage et des acteurs impliqués à différentes étapes du processus d'arbitrage, mais également de conduire à créer un éventail de choix plus large pour les utilisateurs de l'arbitrage commercial, accroissant *in fine* la popularité de l'arbitrage commercial en tant que méthode de résolution des conflits climatiques privés dans les années à venir.

⁴⁴ CCS, *Stockholm Treaty Lab*, non-daté, disponible à l'adresse suivante : [https://sccinstitute.com/about-the-scc/stockholm-treaty-lab/#:~:text=Stockholm%20Treaty%20Lab%20is%20a,Chamber%20of%20Commerce%20\(SCC\).&text=Through%20a%20collaboration%20with%20HeroX,all%20corners%20of%20the%20world.](https://sccinstitute.com/about-the-scc/stockholm-treaty-lab/#:~:text=Stockholm%20Treaty%20Lab%20is%20a,Chamber%20of%20Commerce%20(SCC).&text=Through%20a%20collaboration%20with%20HeroX,all%20corners%20of%20the%20world.)

⁴⁵ CCS, *SCC at the Stockholm Treaty Lab at the Paris Peace Forum*, 16 novembre 2018, disponible à l'adresse suivante : <https://sccinstitute.com/about-the-scc/news/2018/scc-and-the-stockholm-treaty-lab-at-the-paris-peace-forum/>.

⁴⁶ W. Miles et M. Lawry-White, « Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of all Stakeholders: The Role of ICSID », *ICSID Review*, 2019, page 34. Voir également *Stockholm Treaty Lab* (no. 43 au-dessus).

II. Les Requis de l'arbitrage international comme mode de résolution des litiges des acteurs privés en lien avec le changement climatique

Si l'arbitrage commercial présente de multiples atouts pour la résolution des différends liés au changement climatique pour les raisons évoquées ci-dessus, certaines de ses caractéristiques, qui dans un autre contexte peuvent être considérées souhaitables, voire favorables à ses utilisateurs, doivent toutefois être adaptées pour une utilisation optimisée.

Ainsi, la nature des différends en cause est telle qu'il semble opportun d'adapter l'accès aux procédures d'arbitrages, de sorte à l'ouvrir à certaines parties qui n'y sont pas typiquement invitées (**A**) ainsi que l'offre d'arbitrage, afin d'assurer davantage de technicité et de transparence (**B**). Une démarche commune des différentes institutions d'arbitrage sur certains sujets a toute sa place (**C**).

Ces adaptations, et toute autre qui pourra s'avérer opportune au vu des développements de la pratique et des cas d'espèce, peuvent être prises en compte directement par les institutions dans leur offre d'arbitrage (si ce n'est pas déjà le cas). Elles peuvent également faire l'objet de précisions dans les clauses d'arbitrage.

A. Une adaptation de l'accès à l'arbitrage commercial

Le consentement de toutes les parties à soumettre leur différend à l'arbitrage est une condition fondamentale préalable et l'un des principes clés de l'arbitrage commercial en tant que méthode de résolution des différends dérogatoire à la justice étatique. En principe, sans le consentement de toutes les parties en présence, un tribunal arbitral n'aura pas compétence pour trancher le différend.

Cette problématique du consentement préalable complexifie parfois l'usage de l'arbitrage comme mode de résolution des litiges en lien avec le changement climatique.

De nombreux mécanismes peuvent être utilisés pour surmonter ce problème et garantir l'accès des intéressés à l'arbitrage commercial.

1. La promotion du compromis d'arbitrage

Il arrive souvent que des communautés locales et groupes de citoyens soient impactés par un projet ou un investissement spécifique dans leur région. En l'absence de rapport contractuel, ces litiges ne sont pas toujours arbitrables ; mais quand bien même ils le seraient, l'absence de clause d'arbitrage entre les potentiels demandeurs et défendeurs prévient le recours à l'arbitrage.

La mise en place de compromis d'arbitrage, c'est-à-dire à d'accords visant à soumettre le litige *déjà né* à un tribunal arbitral, est une option qui mérite d'être soulignée. Le principal avantage pour les parties qui concluraient des compromis dans le contexte d'un différend existant en lien avec le changement climatique est qu'elles pourront sélectionner en connaissance de cause les divers éléments de procédure qui forment la clause d'arbitrage, la façonnant ainsi « sur mesure » à un litige connu et concret.

Or si les compromis d'arbitrage existent en théorie tout autant que les clauses compromissoires, ils sont traditionnellement bien moins utilisés, tant il est en pratique difficile de trouver un accord avec une partie défenderesse sur la procédure par laquelle elle sera poursuivie.

Il existe toutefois de réels avantages pour un défendeur, dépendamment des circonstances d'espèce, à consentir à l'arbitrage postérieurement à l'émergence du différend. Il s'agit bien sûr de tous les avantages de l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends évoqués plus haut et qui sont attrayants en théorie également aux yeux d'un défendeur – même si l'on ne peut ignorer que dans certains cas, un défendeur pourra considérer qu'il est plus intéressant stratégiquement pour lui de ne pas avoir une procédure rapide, de ne pas avoir des décisionnaires connaisseurs en la matière, etc.

Il existe en tout état de cause d'autres arguments potentiellement persuasifs pour un défendeur dans ce type de scénario, comme celui de joindre en une seule procédure diverses actions à son encontre qui pourraient autrement le pousser à se défendre (et donc à engager des efforts et des frais de procédure) dans diverses juridictions. Cette canalisation des différends en une seule procédure arbitrale permettrait au défendeur non seulement de réduire les coûts et potentiellement de diminuer l'impact négatif sur sa réputation, mais également de garder plus aisément le contrôle sur la procédure.

A ce stade, nous n'avons pas connaissance, au vu de la littérature en la matière, d'arbitrage commercial en lien avec le changement climatique résultant d'un compromis d'arbitrage.

Une promotion de cette option auprès de potentiels utilisateurs, déjà entamée dans le Rapport de la CCI qui présente les procédures résultant de compromis d'arbitrage comme l'une des trois catégories de litiges en la matière (voir ci-dessus), semble donc nécessaire en vue d'étendre l'accès effectif à l'arbitrage comme mode de résolution de certains différends en lien avec le changement climatique.

2. La possibilité pour une partie non-signataire de se prévaloir d'une clause d'arbitrage

Il existe différentes méthodes qui permettent à une partie qui n'a pas signé un contrat contenant une clause compromissoire d'y être liée. Que ce soit sur le principe d'extension de la clause compromissoire aux parties non-signataires ou de transmission de cette clause par des chaînes translatives de propriété, la jurisprudence en la matière, notamment en France, est conséquente.

Certains droits proposent un mécanisme légal ayant pour effet de permettre à des parties non-signataires de se prévaloir/d'être liées par une convention d'arbitrage.

C'est le cas par exemple du droit anglais, à travers la loi de 1999 sur les contrats (droits des tiers) (« **CRTPA 1999** »). L'article 1(1) de la CRTPA 1999 permet à une partie qui n'est pas partie à un contrat de se prévaloir de certaines de ses dispositions, dès lors que le contrat contient une disposition expresse en ce sens. A noter toutefois qu'elle ne pourra le faire sans se conformer aux accords procéduraux des parties au

contrat, en ce compris la clause de résolution des litiges, qui prévoirait par exemple le recours à l'arbitrage⁴⁷.

Cet exemple illustre un cas typique dans lequel l'accès à l'arbitrage est plus ouvert qu'il n'y paraît aux parties non-signataires. Sur cette base, une personne disposant d'un droit d'accès à une énergie renouvelable sur la base d'un contrat conclu entre une entreprise d'énergie et un entrepreneur pourrait potentiellement entamer un arbitrage contre cette entreprise d'énergie, ou cet entrepreneur, s'il s'avérait que son droit d'accès n'était pas effectif.

Il va sans dire que le CRTPA reste un mécanisme « rare », accessible aux parties dont le contrat est régi par le droit anglais. Cela n'exclut toutefois pas l'existence de solutions similaires dans d'autres systèmes juridiques.

Dans l'ensemble, les parties doivent être conscientes de ces manières un peu moins « conventionnelles » d'accéder à l'arbitrage, car elles peuvent présenter des avantages stratégiques considérables et peut-être même la seule manière de porter valablement leur revendication.

3. Donner la parole aux tiers à l'arbitrage en autorisant les soumissions d'*amici curiae*

Le manque d'accès des personnes non-signataires (sous réserve des hypothèses mentionnées ci-avant) aux procédures d'arbitrage commercial peut être particulièrement problématique pour les litiges en lien avec le changement climatique présentant d'importantes implications de politique publique.

Les tribunaux arbitraux doivent alors être en mesure de connaître d'opinions reflétant des intérêts plus larges que ceux des seules parties sur certains sujets en lien avec le litige. Cela peut passer par la sollicitation et l'acceptation de soumissions d'*amici curiae*.

Cette méthode a déjà été utilisée avec succès dans certains arbitrages entre investisseurs et États. Par exemple, dans l'affaire *Achmea c. Slovaquie (I)*, après une discussion avec les parties sur la question, le tribunal a contacté la Commission européenne et le Ministère néerlandais des Affaires économiques et les a invités à présenter des observations sur des questions de compétence et de droit européen⁴⁸. Le tribunal dans *Foresti c. Afrique du Sud* est allé quant à lui assez loin dans les droits octroyés aux « Parties non contestantes », leur donnant accès, pour la préparation de leurs soumissions, à des versions expurgées de certains documents qui lui étaient

⁴⁷ A noter, l'article 8 (2) de la CRTPA 1999 confère à la partie non-signataire du contrat le droit (et non l'obligation) d'arbitrer tout différend qui n'est pas lié aux conditions du contrat. Cela inclurait potentiellement les actions en responsabilité délictuelle, mais cette question n'a pas encore été soumise aux tribunaux anglais. Voir Thomson Reuters Practical Law, *When does an arbitration agreement bind a third party in English law?*, Practical Law Arbitration, 13 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/Id249cb911e9611e38578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/Id249cb911e9611e38578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)).

⁴⁸ *Achmea B.V. (connu auparavant comme « Eureka B.V. ») v The Slovak Republic*, PCA arrêt no. 2008-13, paragraphe 23.

soumis. Le tribunal a également rédigé un ensemble détaillé de règles régissant la participation des néo-démocrates à la procédure arbitrale⁴⁹.

Pour faciliter la participation de ces « amis de la cour » aux procédures d'arbitrage, les institutions pourraient, lorsque ce n'est pas déjà le cas, amender leurs règles institutionnelles de sorte à inclure des dispositions spécifiques en la matière. Cela ne sera pas sans difficultés, car il faudra trouver un mécanisme permettant de le faire tout en préservant les intérêts des parties⁵⁰.

En attendant, les parties peuvent parfaitement envisager d'introduire certaines règles sur la question, expressément ou par incorporation de règles existant par ailleurs en la matière, dans leurs clauses d'arbitrage.

B. Une adaptation de l'offre en matière d'arbitrage commercial

Comme évoqué ci-dessus, de nombreuses institutions ont cherché et cherchent encore à adapter leur offre procédurale de sorte à attirer les différends en lien avec le changement climatique. Pour autant, la problématique de l'expertise du tribunal arbitral mérite une attention particulière, tant elle représente un atout majeur de ce mode de résolution pour les litiges en lien avec le changement climatique. La transparence est un sujet qui mérite également d'être soulevé.

1. Le développement de l'expertise des arbitres en matière de changement climatique

Le manque d'expertise technique et scientifique des cours et tribunaux est souvent cité comme un inconvénient majeur dans les litiges liés au changement climatique, notamment parce qu'il conduit à des résultats incohérents et à une fragmentation du droit. Or, comme évoqué ci-dessus, l'un des avantages majeurs de l'arbitrage est qu'il offre, à travers le choix laissé dans la constitution du tribunal arbitral amené à trancher le litige, la possibilité de voir un différend tranché par des personnes qualifiées et expérimentées dans la matière en cause.

Toutefois, cet avantage doit s'extirper de la théorie et présenter une réelle résonance pratique. Pour cela, les promoteurs de l'arbitrage, notamment les institutions d'arbitrage et les personnes exerçant en qualité d'arbitres, doivent développer – plus encore – l'expertise des décisionnaires.

Présenter une offre conséquente d'arbitres expérimentés en matière de changement climatique permettra non seulement d'augmenter considérablement la qualité des décisions mais aussi de constituer une jurisprudence cohérente contribuant à la prévisibilité, tant prônée, de la justice en la matière. Cela permettrait également de rendre les procédures plus efficaces et moins onéreuses dans certains cas. L'affaire

⁴⁹ *Piero Foresti, Laura de Carli & Others c. La République d'Afrique du Sud*, Affaire CIRDI ARB(AF)/07/01 ; voir en particulier : Letter from the Secretary of the Tribunal of 25 September 2009.

⁵⁰ Ce n'est par exemple pas aisément conciliable avec une procédure dont l'existence même aura été conçue comme confidentielle par les Parties. Mais des adaptations sont possibles et peuvent faire le fruit de discussions et d'aménagements au cas par cas avec les arbitres (par exemple, il pourrait être envisagé, même dans une procédure confidentielle, de permettre au tribunal de contacter une entité légitime à se prononcer en temps qu'*amici curiae* sur des questions posées de manière absolue, sans la renseigner sur l'identité des parties ou le détail de leur litige).

Perenco c. Équateur, quoique rendue dans le cadre d'un arbitrage d'investissement, est assez illustrative en la matière. Estimant que les experts nommés par les parties étaient partiels, et reconnaissant qu'il n'avait pas en son sein l'expertise technique requise pour se prononcer sur le point technique en cause, le tribunal arbitral s'est vu contraint de nommer son propre expert indépendant pour déterminer l'étendue de la contamination environnementale⁵¹. Cela a généré non seulement des frais supplémentaires à la charge des parties mais également des délais significatifs. Cela n'aurait pas été nécessaire si au moins l'un des arbitres avaient eu la capacité technique pour lire et trancher le litige sur la base des rapports soumis par les experts des parties.

Le développement de l'expertise en matière de litiges en lien avec le changement climatique implique l'acquisition de bases techniques sur des problématiques types de ces litiges. Le suivi de cours de base sur la géologie, la physique et l'ingénierie liés au changement climatique disponibles en ligne pourraient être encouragés parmi les praticiens de l'arbitrage et les arbitres qui cherchent à développer leur pratique dans ce domaine.

La liste d'arbitres experts et d'experts scientifiques établie par le Règlement Environnemental de la CPA est un excellent moyen pour permettre aux parties de sélectionner un tribunal disposant de l'expertise appropriée pour les litiges en lien avec le changement climatique. Au vu du caractère fondamental de cet aspect, les institutions d'arbitrage sont encouragées à constituer des listes similaires, qu'elles soient accessibles au public ou à usage interne, afin d'être aptes à proposer des candidats adaptés aux litiges en lien avec le changement climatique placés sous l'égide de leur institution. La technicité de la matière étant réelle, il pourrait être opportun pour les institutions de proposer des listes ou des candidats sur simple demande des parties, quand bien même celles-ci se réserveraient le choix de choisir *in fine* les arbitres.

Toujours dans l'optique de favoriser l'expertise des arbitres, les institutions arbitrales pourraient éventuellement inclure dans leurs règles une obligation de moyen à la charge des parties dans les litiges en lien avec le changement climatique de prise en compte de l'expertise des arbitres dans leur choix. Elles pourraient ainsi exiger, comme le fait le Règlement de la CPA, qu'au moins l'un des arbitres bénéficie d'une expertise en matière de changements climatiques.

Si les institutions préfèrent laisser le choix de l'ajout d'une condition tendant à l'expertise, il serait opportun qu'elles proposent des clauses types, qui pourraient être librement reprises par les parties, limitant ainsi le risque de clauses pathologiques.

C'est d'ailleurs la démarche prônée par le Rapport de la CCI, lequel propose deux exemples de mentions ayant vocation à être rajoutées à la clause type de soumission des litiges à l'arbitrage CCI :

- L'une pertinente si les parties souhaitent inclure une expertise juridique en matière de changement climatique dans les qualifications des membres du tribunal arbitral :

⁵¹ *Perenco c. Équateur*, Affaire CIRDI ARB/08/6, paragraphes 585 à 587.

« Le ou les arbitres doivent bénéficier d'une expertise dans les principes généraux en matière de politique du changement climatique et le droit du changement climatique ».

- L'autre pertinente si les parties souhaitent inclure une expertise scientifique ou technique en matière de changement climatique dans les qualifications de leur tribunal : *« Au moins [l'un] des arbitres doit bénéficier d'expérience et de connaissances en science, technologie et / ou modélisation du changement climatique, selon le cas »*⁵².

L'expertise des arbitres amenés à se prononcer sur des problématiques techniques et complexes est seule de nature à leur donner la légitimité et la confiance nécessaires à la prise de décisions cohérentes et fortes sur les questions de changement climatique. Aussi, les parties ne doivent-elles pas hésiter, lorsqu'elles anticipent ce type de problématiques, à adapter leur clause en conséquence.

2. La promotion de la transparence en matière d'arbitrage commercial relatif aux litiges en lien avec le changement climatique

La confidentialité de l'arbitrage est souvent considérée par ses utilisateurs comme un atout majeur de ce mode de résolution des différends. Que ce soit pour une question d'image ou pour des raisons commerciales, les acteurs privés sont souvent peu enclins, et c'est encore plus le cas lorsqu'ils sont en défense, à voir leurs litiges étalés dans la presse spécialisée ou ailleurs.

Toutefois, ce qui est perçu comme un avantage pour certains présente en réalité des inconvénients pour le « bien commun », dès lors que cette confidentialité a des implications évidentes sur l'absence de publication des décisions. Le fait que les décisions ne soient pas disponibles au public créé typiquement une problématique de cohérence des décisions et de prévisibilité.

Le Rapport de l'IBA considère d'ailleurs que la nature confidentielle de la plupart des procédures arbitrales n'est pas adaptée aux litiges liés au changement climatique. Ce rapport recommande donc que les sentences arbitrales et les décisions concernant les questions de changement climatique soient rendues publiques en temps opportun⁵³. Le Rapport de la CCI adopte une approche similaire, reconnaissant que l'augmentation de la quantité d'informations disponibles pour les parties, la communauté des affaires dans son ensemble et le milieu universitaire est essentielle pour garantir que l'arbitrage reste un outil de confiance⁵⁴.

Notons toutefois, d'abord et avant tout, que la nature confidentielle de la plupart des procédures d'arbitrage n'est pas une question nouvelle. La communauté de l'arbitrage a œuvré activement sur le sujet ces dernières années, essayant de fournir davantage de transparence et d'équilibrer les intérêts des parties avec l'intérêt public. Cela a été le cas en particulier pour l'arbitrage d'investissement, qui a connu des développements importants dans ce domaine. Par exemple, en avril 2006, les règles et règlements de la Convention CIRDI ont été amendés pour étendre les dispositions en

⁵² Le Rapport de la CCI, page 21. Traduction libre.

⁵³ Le Rapport de l'IBA, pages 14 et 145.

⁵⁴ Le Rapport de la CCI, pages 42 à 44.

matière de transparence et prévoir la publication des sentences arbitrales dès que possible. Huit ans plus tard, le 1er avril 2014, les Règles de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités sont entrées en vigueur⁵⁵. Elles favorisent la transparence et l'accessibilité en rendant publiques les informations sur les arbitrages entre investisseurs et États résultant de traités d'investissement. Cela comprend les principales observations des parties, les listes de pièces, les rapports d'experts, les déclarations de témoins et toutes les ordonnances, sentences et décisions des tribunaux.

Étant donné que les différends liés au changement climatique ont un élément d'intérêt public inhérent, l'arbitrage commercial pourrait donc aisément s'appuyer sur l'expérience en matière d'arbitrage d'investissement et introduire de nouveaux mécanismes favorables à la transparence. Par exemple, la présomption de transparence pourrait être la règle par défaut afin que les institutions arbitrales puissent adopter des règles révisées qui prévoiraient une publication automatique de la sentence finale dans tous les différends relatifs aux changements climatiques (ce qui est d'ailleurs déjà le cas pour certaines institutions). Afin d'éviter des controverses sur les différends qui seraient couverts par une telle disposition, il est souhaitable de prévoir une définition claire, et relativement large, des « différends liés au changement climatique ». Il est probable que le fait de déterminer si un différend donné comporte ou non des éléments liés au changement climatique sera la principale difficulté, pouvant potentiellement devenir en soi devenir un point litigieux. Il est donc important que les tribunaux aient le dernier mot sur cette question.

Les intérêts de parties privées doivent également être pris en compte. À ce titre, les intérêts commerciaux et les informations confidentielles de toutes les parties concernées doivent être protégées – à défaut, l'arbitrage pourrait perdre de son attractivité pour ses principaux usagers. Cela pourrait être réalisé en publiant des versions adaptées des sentences, omettant les informations qui permettraient aux parties d'être identifiées ou qui pourraient autrement nuire à leurs intérêts commerciaux (à moins que toutes les parties ne conviennent à l'unanimité de publier la sentence dans son intégralité). Alternativement, seules les parties de la sentence traitant des questions de changement climatique pourraient être publiées.

Une autre approche consisterait à prévoir un certain délai avant de publier la sentence. C'est encore une question d'équilibre, car un délai trop important (au-delà de douze à vingt-quatre mois, selon les espèces) ne serait pas dans l'intérêt public.

Alternativement, une combinaison de ces deux propositions (c'est-à-dire l'omission de certaines parties des sentences et leur publication différée) pourrait également être utilisée comme solution viable pour trouver le bon équilibre.

⁵⁵ Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (date d'entrée en vigueur : 1 avril 2014), disponible à l'adresse suivante : <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/contractualtexts/transparency#:~:text=Le%20R%C3%A8glement%20de%20la%20CNUDCI,des%20informations%20sur%20les%20arbitrages>.

Là encore, les parties pourraient parfaitement prendre des dispositions à cet égard au stade de la rédaction de la clause d'arbitrage.

C. *L'intérêt d'une offre commune sur certains sujets*

Enfin, un consensus international se dégage sur le fait que la justice climatique exigera une coopération internationale entre les États, les organisations internationales et les organes intergouvernementaux, les parties privées et les parties publiques. Dans le même esprit, une coopération active et un débat ouvert gagneraient également à être encouragés au niveau des institutions arbitrales.

L'expérience passée montre que les institutions arbitrales ont su unir leurs forces pour représenter les intérêts de l'arbitrage dans le mouvement pour la justice climatique. Par exemple – et comme mentionné ci-dessus, la CCI, la CPA et la CCS ont co-organisé des événements parallèles à la COP 21, à la COP 22 et à la COP 23. S'il ne fait aucun doute que des initiatives similaires sont plus que bienvenues, les institutions arbitrales pourraient faire davantage pour œuvrer vers une plus grande efficacité et prévisibilité de la justice rendue par les tribunaux arbitraux commerciaux en lien avec le changement climatique.

En s'appuyant sur l'expérience de la CPA, les institutions pourraient par exemple envisager de créer une liste commune d'arbitres et d'experts en changement climatique, avec une mise à jour régulière. Cela permettrait la création d'un plus grand *pool* d'arbitres et d'experts disponibles et donnerait aux parties davantage de choix dans la sélection des arbitres ayant vocation à décider leurs différends.

Elles pourraient également proposer ou contribuer à la création d'une base de données partagée réunissant toutes les décisions des affaires arbitrales en lien avec le changement climatique qu'elles ont administrées⁵⁶. Idéalement, cette base de données devrait inclure les affaires qui ont été arbitrées dans le passé et qui n'appartiennent pas au domaine public (sous réserve de l'accord des parties et d'adaptations permettant de garantir leur anonymat).

Si du fait de problématiques commerciales entre elles, une telle offre commune était inenvisageable pour les institutions arbitrales, d'autres acteurs (cabinets d'avocats, universités ou autres acteurs académiques, groupes de recherche, entreprises privées), pourraient mettre en œuvre de telles initiatives.

En définitive, quelles que soient les initiatives que les acteurs de l'arbitrage commercial international décideraient de mettre en œuvre, qu'elles soient originales et inventives ou qu'elles implémentent dans le domaine de l'arbitrage des solutions qui existent déjà par ailleurs, elles nécessiteront la contribution active des institutions arbitrales qui, du fait des données qu'elles sont seules à posséder, demeurent des actrices incontournables pour en assurer le succès.

⁵⁶ De telles bases de données existent déjà pour ce qui concerne les contentieux non arbitraux en matière de changement climatique : la première est le fruit du travail de la LSE et du Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment (disponible à l'adresse suivante https://climate-laws.org/litigation_cases) et l'autre est le Sabin Center for Climate Change Law, fruit du travail de Columbia Law School et du cabinet Arnold & Porter (disponible à l'adresse suivante : <http://climatecasechart.com/us-climate-change-litigation>).

Les différentes caractéristiques de l'arbitrage commercial, les efforts consentis par les institutions arbitrales pour l'adapter aux litiges en lien avec l'environnement et une utilisation pour le moment assez réussie confirment son intérêt en tant que mode de résolution des litiges en lien avec l'environnement et impliquant des acteurs privés.

Si certaines adaptations nécessaires pour optimiser la procédure d'arbitrage sont mises en œuvre, ce mode de résolution des litiges pourrait s'affirmer encore davantage dans le paysage procédural du changement climatique – même s'il ne s'agit pas d'en faire le mode exclusif de résolution de ce type de litige, mais une option de choix dans un arsenal procédural complet. Etant donné que l'arbitrage permet justement une grande flexibilité, et en attendant que la seule référence à un règlement d'arbitrage suffise à incorporer tous les éléments adaptés au règlement d'un litige en lien avec le changement climatique, une attention toute particulière doit donc être apportée à la rédaction des clauses d'arbitrages (aussi bien clauses compromissoires que, le cas échéant, compromis). C'est à ce moment précis que les parties et leurs conseils pourront incorporer les éléments qui rendront un jour, si un litige éclatait, la procédure de son règlement optimal (et donc *in fine* plus efficace, rapide, et moins onéreuse).

Toutefois, l'effort ne doit pas s'arrêter à la procédure applicable pour la résolution de ce type de litige. Il convient que les décisions qui en résulteraient prennent en compte les règles développées en la matière pour application au fond du litige, alors qu'elles ne sont pas nécessairement applicables par défaut. En effet, le principal défaut de nombreux instruments internationaux sur l'environnement – notamment l'Accord de Paris – est qu'ils ne prévoient pas de mécanisme de force exécutoire efficace (sujet qui est d'ailleurs une source de désaccords entre les organisations internationales, parties prenantes et parties contractantes). En conséquence, le droit et les règles plus généralement applicables au fond de ces litiges sont pour le moment extrêmement fragmentées et les instruments environnementaux internationaux ne sont pas suffisamment appliqués. Si les tribunaux arbitraux peuvent contribuer en ce sens en développant leur expertise non seulement technique mais aussi juridique en la matière (de sorte à avoir une bonne compréhension de toutes les normes qui existent et qui pourraient s'appliquer en matière de changement climatique), une discussion sérieuse doit être menée sur la manière d'inciter les parties à intégrer et se référer à ces normes dans leurs contrats.

LA RECHERCHE A L'ECOLE DOCTORALE

ACADEMIC RESEARCH

Thèses présentées dans les laboratoires et centres de recherche

L'autorité des règles de conflit de lois. Réflexion sur l'incidence des considérations substantielles

Djoleen Moya

La coordination du Mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques

Clémentine Legendre

La convergence des pratiques conventionnelles internationales Étude du rôle des traités dans la formation de la coutume.

Alexandre Hermet

L'autorité des règles de conflit de lois

Réflexion sur l'incidence des considérations substantielles*

Mme Djoleen MOYA
Maître de conférences à UCLy

Les règles de conflit de lois n'ont pas toutes la même autorité. Les parties et le juge peuvent, en effet, être autorisés à passer outre à la désignation opérée par la règle de conflit, et retenir l'application d'une autre loi. Les parties sont parfois libres d'écarter par convention la loi objectivement désignée (règles de conflit supplétives), parfois tenues par la désignation opérée, qui s'impose à elles (règles de conflit impératives). De même, le juge est tantôt tenu, tantôt libre de relever d'office l'internationalité du litige, et d'en déduire l'application de la règle de conflit.

Le choix d'envisager ensemble des questions aussi variées, touchant tantôt à l'étendue de la liberté conventionnelle des parties, tantôt à l'étendue de l'office du juge, peut étonner. C'est pourtant celui de la jurisprudence française. L'autorité des règles de conflit y est définie de manière conjointe, à l'égard des parties comme du juge, selon des considérations substantielles. Ainsi, parce qu'une demande en recherche de paternité relève, en droit substantiel, d'une matière d'ordre public et intéresse l'état des personnes, réputé indisponible, la règle de conflit qui lui est applicable sera impérative et mise en œuvre, au besoin d'office, par le juge. Inversement, si la prétention relève d'une matière largement supplétive ou vise des droits subjectifs à la libre disposition des parties, la règle de conflit applicable sera supplétive, et le juge ne sera pas tenu de la relever d'office. Ce sont donc des considérations substantielles qui définissent, en jurisprudence, l'autorité des règles de conflit à l'égard des parties comme du juge.

Cependant, ce régime n'est plus celui du droit international privé européen. D'abord, les règlements européens n'ont défini l'autorité des règles de conflit qu'à l'égard des parties, laissant à chaque Etat membre le soin de déterminer leur autorité à l'égard du juge. Ensuite, la définition européenne de l'impérativité des règles de conflit semble faire abstraction de toute considération substantielle, puisqu'elle retient une supplétivité de principe pour l'ensemble des règles de conflit unifiées à l'échelle européenne, aussi bien dans des matières où les droits subjectifs sont disponibles que dans d'autres où ils sont indisponibles.

La Cour de cassation a-t-elle raison de définir l'autorité des règles de conflit de lois exclusivement à l'aune de considérations substantielles ? Nous ne le pensons pas. Cela revient, en effet, à nier que l'*effet juridique* des règles de conflit est imputé selon des considérations propres à la justice conflictuelle. Pour autant, le droit international privé européen n'a pas non plus raison de définir l'autorité des règles de conflit de lois à

* Thèse rédigée sous la direction de M. le professeur Pierre Mayer (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) et soutenue le 13 décembre 2018 à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

Autres membres du jury de soutenance : Mme le professeur Oliveira Boskovic (Université Paris Descartes – Paris V), M. le professeur Dominique Bureau (Université Panthéon-Assas – Paris II), Mme le professeur Sabine Corneloup (Université Panthéon-Assas – Paris II), M. le professeur Vincent Heuzé (Université Paris I Panthéon-Sorbonne, en détachement à l'Université Saint-Joseph, Beyrouth).

La thèse est parue aux éditions IRJS en septembre 2020 (tome 114), avec une préface de M. le professeur Pierre Mayer.

l'exclusion de toute considération substantielle. Le *présupposé* des règles de conflit vise tout de même des questions de droit substantiel. Les règles de conflit de lois sont donc, aussi, en partie construites en contemplation de certaines considérations substantielles. A cet égard, si ces dernières ne sauraient dicter à elles seules l'autorité des règles de conflit de lois, on ne saurait en faire totalement abstraction.

En d'autres termes, toute définition *exclusivement* substantielle de l'autorité des règles de conflit de lois doit être écartée (I). Mais une redéfinition *partiellement* substantielle de leur autorité apparaît, néanmoins, nécessaire (II).

I. Les définitions exclusivement substantielles de l'autorité des règles de conflit de lois

En droit international privé français, la plupart des règles de conflit de lois ont longtemps été de source purement prétorienne. Il était cohérent, à cet égard, qu'en sus de la solution retenue, la Cour de cassation définisse également le régime des règles de conflit qu'elle avait élaborées. Elle a, ainsi, déterminé dans quelles hypothèses les parties étaient libres d'écarter, par accord contraire de choix de loi, la loi désignée à titre objectif. Les mêmes critères de définition ont également été appliqués aux règles de conflit de source internationale dont l'autorité à l'égard des parties n'avait pas été expressément précisée. Quant à l'autorité des règles de conflit à l'égard du juge, aucune solution propre n'a été envisagée par le législateur. Il revenait donc, là encore, à la jurisprudence de déterminer, par l'interprétation, si et dans quelles hypothèses les tribunaux étaient tenus de mettre en œuvre la règle de conflit, au besoin de leur propre initiative.

Partant du constat que les règles de conflit de lois sont des règles indirectes, qui n'apportent elles-mêmes aucune solution concrète au litige, jurisprudence et doctrine ont alors proposé de définir leur autorité selon celle du droit substantiel. Encore convient-il de s'entendre sur le droit substantiel à prendre en considération : il peut s'agir du droit objectif (A) ou de son produit, le droit subjectif (B). La jurisprudence a retenu l'un puis l'autre, mais aucune de ces propositions n'apparaît satisfaisante.

A. L'autorité définie selon la valeur des règles de droit objectif

Une définition de l'autorité des règles de conflit par référence aux règles de droit objectif nécessite de déterminer quel droit objectif, de la loi du for ou de la loi désignée, doit être pris en considération. C'est d'abord par référence à la valeur des règles substantielles *désignées* que la Cour de cassation choisit d'apprécier l'autorité de la règle de conflit, mettant ainsi en œuvre un raisonnement par *rejaillissement* (1). Rapidement toutefois, des membres éminents de la doctrine internationaliste proposèrent de lui substituer un raisonnement par *projection*, où l'autorité de la règle de conflit serait

appréciée en fonction de l'impérativité des règles substantielles du *for* relevant de la même matière (2). L'un et l'autre méritent, cependant, d'être écartés.

1. La valeur des règles désignées, critère de l'autorité des règles de conflit de lois

L'autorité des règles de conflit de lois peut d'abord être déterminée en s'attachant à la valeur des règles substantielles de la *lex causae*, de la loi désignée par la règle de conflit. L'enjeu est alors de faire *rejaillir* sur la règle de conflit désignante, l'autorité attachée aux règles substantielles désignées.

Ce raisonnement fut le premier retenu par la Cour de cassation lorsqu'elle choisit de définir l'autorité des règles de conflit à l'égard du juge selon l'extranéité de la loi désignée. En cas de désignation d'une loi étrangère, la règle de conflit n'a pas un « caractère d'ordre public » et le juge n'est pas tenu de la mettre en œuvre d'office¹. Par un raisonnement *a contrario*, la règle de conflit désignant la loi du for serait en revanche d'ordre public, de sorte que le juge serait tenu de la mettre en œuvre d'office ; l'affirmation d'un tel devoir serait toutefois purement stérile, la loi du for étant, de toute manière, appliquée au fond à défaut de mise en œuvre de la règle de conflit.

Le critère de l'extranéité de la loi désignée semble avoir fait l'unanimité contre lui en doctrine. Pourtant, la solution *Bisbal* s'inscrit dans la continuité du droit positif de l'époque. En affirmant que « les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère », la Cour de cassation n'énonce aucune solution nouvelle ; elle reformule seulement une solution ancienne, forgée en un temps où l'application d'une loi étrangère ne résultait pas de règles de conflit obligatoires. La loi étrangère était alors assimilée à un simple élément de fait, dont on ne pouvait pas exiger du juge une application d'office. A cet égard, l'arrêt *Bisbal* n'est jamais qu'une reformulation en amont, au niveau de la règle de conflit applicable, des solutions qui avaient déjà cours auparavant en aval, au titre de la qualification factuelle de la loi étrangère.

D'aucuns pourraient toutefois considérer que la solution affirmée est fautive. En se plaçant au niveau de la règle de conflit, une règle de droit pleinement *obligatoire*, la Cour de cassation aurait dû retenir un *devoir* des juges du fond de la mettre en œuvre d'office, sans distinguer selon l'extranéité de la loi désignée. Contrairement aux affirmations de l'arrêt *Bisbal*, il importerait peu, en particulier, que la règle de conflit soit d'ordre public ; dès lors qu'elle est obligatoire, le juge devrait la mettre en œuvre d'office². A la réflexion, cependant, cette opinion ne reflète pas, en l'état, le droit positif de l'époque. Les juges du fond ne sont, alors, tenus de relever d'office une règle de droit que si celle-ci est d'ordre public. La solution de l'arrêt *Bisbal*, niant tout devoir de mettre

¹ Civ. 1^e, 12 mai 1959, *Bisbal*, *Rev. crit.* 1960. 62, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1960. 810, note J.-B. SIALELLI ; *D.* 1960. 610, note PH. MALAURIE ; *JCP* 1960. II. 11733, note H. MOTULSKY ; *Grand arrêt* n°32.

² En ce sens, v. H. MOTULSKY, note sous l'arrêt *Bisbal*, *JCP* 1960. II. 11733 ; *id.*, « L'office du juge et la loi étrangère », in *Mélanges J. Maury*, t. I (1960), p. 337 s. ; *id.*, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz (1965), p. 681 s., n°10 ; A. PONSARD in CH. AUBRY & CH.-F. RAU, *Droit civil français*, tome I, Lib. tech., 7^e éd. (1964), § 31, n°129 ; Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* », *Rev. crit.* 1989. 277, n°10 ; D. BUREAU, « L'application d'office de la loi étrangère, Essai de synthèse », *JDI* 1990. 317, spéc. p. 329 s.

en œuvre d'office une règle de conflit qui n'est pas d'ordre public, apparaît, à cet égard, parfaitement orthodoxe.

A la lumière de cette remise en contexte, il devient possible de retracer le raisonnement tenu par la Cour de cassation dans l'arrêt *Bisbal*. Le juge n'est pas tenu d'appliquer d'office une règle qui n'est pas d'ordre public, et il n'est pas non plus tenu d'appliquer d'office la loi étrangère car il s'agit d'une question de fait. De la confrontation de ces deux affirmations, il résulte que le juge n'est pas tenu d'appliquer d'office la règle de conflit désignant une loi étrangère car *la règle de conflit n'est pas d'ordre public lorsque la « loi » désignée est du fait*. Si une loi étrangère (élément de fait) est désignée, la règle de conflit n'est pas d'ordre public ; mais si la loi française (élément de droit) est désignée, la règle de conflit devient d'ordre public. On perçoit alors le glissement opéré : la valeur du « droit » objectif désigné (élément de fait ou de droit) rejaillit sur la règle de conflit de lois, et c'est par ce rejaillissement que l'autorité de la règle de conflit est déterminée.

Seulement, une telle détermination des devoirs du juge par rejaillissement de la valeur de la loi désignée ne saurait être maintenue. Tout d'abord, le régime procédural de la loi étrangère apparaît, en fin de compte, indifférent de la qualification factuelle ou juridique de la loi étrangère. Il n'y a donc aucune raison d'aligner le régime de la règle de conflit désignant une loi étrangère sur celui de la loi étrangère au motif pris d'une qualification factuelle qui, en réalité, lui est égale. Mais surtout, on ne saurait déterminer l'autorité d'une règle de conflit de lois par rejaillissement de la nature (étrangère ou interne) ou de la valeur (factuelle ou juridique, voire supplétive ou impérative) de la loi désignée sans nier à la fois les caractères abstrait, neutre et bilatéral de la règle de conflit, et les finalités de justice qui lui sont propres.

Cela étant, le raisonnement par rejaillissement ne fit guère l'objet, lui-même, de discussions. Ce n'est pas à dire que la solution *Bisbal* fut approuvée, bien au contraire. Les auteurs internationalistes furent même quasiment unanimes à condamner l'autorité retenue des règles de conflit de lois à l'égard du juge. Bien que la solution retenue par l'arrêt *Bisbal* n'ait été qu'une reformulation d'une solution déjà ancienne, son abandon fut rapidement préconisé. On proposa de substituer au raisonnement par rejaillissement de l'arrêt *Bisbal*, un nouveau raisonnement par projection, où l'autorité des règles de conflit serait définie selon l'impérativité des *règles substantielles du for* relevant de la même matière.

2. La valeur des règles substantielles du for, critère de l'autorité des règles de conflit de lois

L'idée d'un raisonnement par projection est née d'un sentiment : il est choquant que les parties puissent aménager les règles applicables à leur divorce par le jeu de la règle de conflit alors que la chose leur est impossible en droit français du divorce. Si ce sentiment est certainement moins partagé aujourd'hui, au regard de la libéralisation de notre droit du divorce, il conduisit MOTULSKY et BATIFFOL à proposer, du temps de la jurisprudence *Bisbal*, une nouvelle définition de l'autorité des règles de conflit, par projection de l'impérativité des règles substantielles du for relevant de la même matière. Cela étant, les deux juristes n'accordèrent pas le même rôle, en droit international privé, à l'impérativité des règles substantielles du for. Ils refusèrent plus particulièrement de définir, de manière conjointe, l'autorité des règles de conflit de lois à l'égard des parties *et* du juge.

Pour MOTULSKY, l'impérativité des règles substantielles devrait déterminer, par projection, l'autorité de la règle de conflit à l'égard des parties. Si les parties sont généralement libres d'écarter, par accord contraire, l'effet juridique des règles substantielles, elles doivent également être libres d'écarter la désignation de la loi retenue par la règle de conflit, au profit d'une autre loi, choisie. Inversement, si les règles substantielles sont majoritairement impératives, la règle de conflit qui leur est attachée doit, elle aussi, être impérative. A l'égard du juge, en revanche, l'impérativité des règles substantielles devrait être indifférente, car l'impérativité de la règle de conflit de lois est elle-même indifférente. Dès lors que les éléments de fait dans le débat révèlent l'internationalité du litige, le juge devrait être tenu de mettre en œuvre, au besoin d'office, la règle de conflit de lois applicable, au seul titre de son caractère obligatoire.

Pour BATIFFOL, en revanche, l'impérativité des règles substantielles du for est indifférente à la détermination de l'impérativité de la règle de conflit attachée à la même matière. Parce que les règles de conflit sont réputées répartir les compétences normatives entre les Etats, les parties sont insusceptibles, même en matière contractuelle, de déroger à la loi désignée par un accord de choix de loi. Le « choix de loi » des parties ne peut se voir reconnaître, en tant que tel, aucun effet proprement juridique ; tout au plus participe-t-il à la localisation du rapport de droit, à l'instar d'un élément de fait. En revanche, la valeur des règles substantielles du for devrait être, *de lege ferenda*, un critère essentiel pour déterminer dans quelles hypothèses les juges du fond sont tenus de mettre en œuvre d'office la règle de conflit. Si le litige relève d'une matière qui n'est pas d'ordre public en droit interne, alors le juge peut trancher le litige dont il est saisi par application des règles substantielles du for seules invoquées devant lui. Si le litige relève, au contraire, d'une matière d'ordre public en droit interne, alors le juge devrait être tenu de pallier l'inertie des parties et de mettre en œuvre, de sa propre initiative, la règle de conflit de lois applicable.

Bien que le rôle attribué à l'impérativité des règles substantielles du for ait varié d'un auteur à l'autre, ils considèrent tous deux qu'elle devait en jouer un dans la définition de l'autorité des règles de conflit. La justification de cette prise en considération de la valeur des règles substantielles du for est certainement à chercher dans la pensée particulariste de Bartin. L'éminent juriste considérait en effet que les règles de conflit sont, au même titre que les règles substantielles du for, « nées [...] du plus profond des besoins et des idées de ce pays, si bien que les premières ont subi l'influence et l'empreinte des secondes, et qu'il est impossible de les désagréger ». Les règles de conflit sont ainsi liées aux règles substantielles du for « comme l'ombre au corps », car « elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international ». Il apparaît alors logique que la projection des institutions internes sur le plan international emporte également une certaine projection de la valeur des règles substantielles internes relevant de la même matière que la règle de conflit.

Cela étant, aucune des définitions par projection n'apparaît viable. L'une comme l'autre supposent, d'abord, d'être en mesure d'identifier, dans une matière donnée, une valeur dominante, majoritairement impérative ou supplétive, des règles substantielles – ce qui, selon les matières, peut se révéler délicat voire même impossible³. Le critère de

³ Ainsi, la matière contractuelle, traditionnellement championne des règles supplétives de volonté, compte de plus en plus de dispositions impératives interdisant toute convention contraire. Certains contrats

l'impérativité des règles substantielles ne serait, donc, pas toujours opérant. Le postulat de départ des raisonnements par projection apparaît déjà, à cet égard, fragilisé.

A cela s'ajoute le discutable lien de cause à effet posé entre d'une part, l'impérativité des règles substantielles relevant d'une matière, et d'autre part, l'autorité de la règle de conflit de lois attachée à la même matière. La détermination de la seconde par projection de la première n'a de sens que si les mêmes considérations dictent aussi bien l'effet juridique des règles substantielles que celui des règles de conflit de lois. Or, règles substantielles et règles de conflit sont dictées par des considérations d'ordre nettement distinct : les premières obéissent à des considérations de justice substantielle, les secondes, à des considérations de justice conflictuelle. En raison de cette dissociation, il est d'ailleurs parfaitement possible qu'une même question de droit relève de matières différentes en droit substantiel et en droit des conflits de lois⁴. Dès lors, il n'y a aucune raison, d'un point de vue purement logique, de définir l'autorité d'une règle de conflit de lois par projection de l'impérativité des règles substantielles. Pire, déterminer ainsi l'autorité des règles de conflit serait même une négation des finalités de justice propres aux règles de conflit de lois.

Les définitions de l'autorité des règles de conflit de lois selon la valeur du droit objectif, qu'il s'agisse du droit désigné ou du droit substantiel du for, laissent une impression mitigée. Quel qu'ait pu être leur succès respectif en droit positif, il apparaît, à la réflexion, que le raisonnement par rejaillissement comme le raisonnement par projection doivent tous deux être écartés. Le premier nie que les règles de conflit de lois servent la justice, et le second nie qu'elles servent une justice distincte de la justice substantielle. Pour autant, la Cour de cassation n'est pas restée sourde aux critiques opposées à sa jurisprudence. Près de trente ans après l'arrêt *Bisbal*, elle va finalement abandonner toute définition de l'autorité des règles de conflit selon la nature d'un droit *objectif* donné – qu'il s'agisse de la loi désignée ou de la loi du for. Dorénavant, en droit international privé français, l'autorité des règles de conflit de lois sera définie selon la libre disponibilité des droits *subjectifs* litigieux.

B. *L'autorité définie selon la libre disponibilité des droits subjectifs litigieux*

Avec l'avènement du nouveau Code de procédure civile en 1975, la question de l'autorité des règles de conflit de lois connaît un regain d'intérêt. Une disposition en particulier, le nouvel article 12, attire l'attention des internationalistes et leur suggère un nouveau critère de définition, tiré de la nature disponible ou indisponible du ou des droit(s) subjectif(s) litigieux. La proposition reçoit, cette fois-ci, un écho favorable

spéciaux, comme les baux d'habitation, sont même quasi-exclusivement régis par des règles impératives. Inversement, si la matière des relations de travail, par exemple, est globalement composée de règles impératives, on observe une multiplication de règles légales ou réglementaires supplétives, qui peuvent être écartées par accord de branche ou d'entreprise. Sur ce phénomène, v. not. TH. REVET, « L'ordre public dans les relations de travail », in TH. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz (1996), p. 43 s. et les références citées ; S. FROSSARD, « La supplétivité des règles en droit du travail », *Rev. dr. trav.* 2009. 83. Plus globalement, sur l'« amélioration conventionnelle », qui illustre une forme de dérogation aux règles impératives du droit du travail, v. C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ (2004), préf. G. VINEY, n°283 s., et les références citées.

La nouvelle « contractualisation du droit de la famille » est parfois également citée comme exemple. Cependant, ce phénomène ne se traduit pas par une multiplication des règles supplétives au détriment des règles impératives, les règles du droit de la famille échappant en effet à la classification binaire des règles selon leur impérativité ou leur supplétivité. V. à ce sujet nos développements *infra*.

⁴ P. MAYER, V. HEUZE & B. REMY, *Droit international privé*, Montchrestien, 12^e éd. (2019), n°171.

auprès de la Cour de cassation. Depuis lors, l'autorité des règles de conflit de lois est, ainsi, appréciée selon la libre disponibilité des droits subjectifs en cause (1). Toutefois, la manipulation du critère se révèle tellement problématique que son abandon apparaît, en fin de compte, plus indiqué (2).

1. Présentation du critère de la libre disponibilité des droits subjectifs litigieux

Selon la Cour de cassation, les parties qui ont la libre disposition des droits subjectifs litigieux sont également libres d'écarter la loi désignée par la règle de conflit de lois au profit d'une autre loi. La jurisprudence s'autorise ainsi, pour la première fois, à définir elle-même expressément l'autorité des règles de conflit à l'égard des parties. Le même critère sera également utilisé pour définir l'autorité des règles de conflit à l'égard du juge, en lieu et place du raisonnement par rejaillissement mis en œuvre dans la jurisprudence *Bisbal*. Dans l'un et l'autre cas, toutefois, ce n'est qu'après un certain cheminement jurisprudentiel que la libre disponibilité des droits subjectifs litigieux a, en fin de compte, été reçue comme critère de l'autorité des règles de conflit. Il paraît opportun, à cet égard, d'en retracer les grandes étapes.

A l'égard des parties, d'abord. Lorsque les parties ont la libre disposition des droits subjectifs litigieux, la loi leur octroie le pouvoir de limiter, par un accord exprès, les points de droit dans le débat (art. 12, al. 3, C. pr. civ.). Sur la base de ce fondement juridique, la Cour de cassation va considérer que les parties sont libres de conclure un « accord procédural », interdisant au juge de relever d'office la règle de conflit⁵. L'accord des parties a alors une fonction strictement procédurale : il ne manifeste pas la supplétivité de la règle de conflit, mais une déclinaison particulière du principe dispositif. Il ne s'agit pas tant d'autoriser les parties à écarter par accord contraire la loi désignée par la règle de conflit, mais de leur permettre de limiter les points de droit dans le débat, et en particulier, ceux ayant trait à l'internationalité de la situation, privant ainsi le juge de son pouvoir de relever d'office le moyen tiré de l'application de la règle de conflit de lois. A cet égard, l'accord procédural des parties ne s'apparente pas un accord d'*electio juris*, obligeant le juge à appliquer les solutions convenues par les parties, mais plutôt à un accord *limitatio juris*, obligeant le juge à appliquer les règles substantielles du for régissant les situations internes, à raison de l'exclusion de l'internationalité des débats.

Toutefois, l'applicabilité de l'article 12, alinéa 3, C. pr. civ. en matière de conflit de lois apparaît sujette à caution. La disposition permet, en effet, d'interdire au juge d'appliquer une règle de droit lorsque les parties ont la libre disposition du droit subjectif qu'elle porte, et qu'elles n'entendent pas s'en prévaloir. Seulement, les règles de conflit de lois présentent, structurellement, un caractère indirect, elles ne portent elles-mêmes aucun droit subjectif ; elles désignent seulement le droit objectif qui porte éventuellement le droit subjectif. Il apparaît alors pour le moins maladroit de fonder l'exclusion conventionnelle, hors des débats, de la mise en œuvre de la règle de conflit, sur une disposition qui la soumet à une condition qui, en l'occurrence, est inopérante.

Face à ce dilemme, la Cour de cassation va alors choisir de détacher les accords procéduraux de leur fondement juridique initial, tiré du Code de procédure civile, au

⁵ Civ. 1^e, 19 avr. 1988, *Robo*, Bull. civ. I n°104, *Rev. crit.* 1989. 68, note H. BATIFFOL ; D. 1988. Somm. 345, obs. B. AUDIT.

profit d'un fondement purement prétorien. L'évolution est loin d'être anodine, et semble même attester un renouvellement de la *fonction* assignée aux accords procéduraux. Dorénavant, ces derniers ne tendent plus seulement à limiter les points de droit dans le débat mais à déroger à la loi désignée par la règle de conflit. Autrement dit, les accords procéduraux seraient, à présent, une manifestation de la supplétivité des règles de conflit en cas de libre disponibilité des droits litigieux. D'ailleurs, le régime de l'accord procédural est largement calqué sur celui d'un simple accord dérogoratoire à la désignation opérée par la règle de conflit ; est ainsi abandonné tout formalisme particulier, au profit d'un simple consensualisme⁶. Les parties sont, à présent, libres de déroger à la loi objectivement désignée par la règle de conflit lorsqu'elles ont la libre disposition des droits litigieux. Peut-être la dérogation n'est-elle possible qu'en faveur de la loi du for, et seulement pour les besoins de la procédure en cours. Cela étant, il n'en s'agit pas moins d'une dérogation conventionnelle à la solution du conflit de lois retenue par la règle de conflit ; cette dernière est, donc, supplétive. Les parties ne sauraient, en revanche, écarter la désignation opérée lorsque les droits subjectifs litigieux sont indisponibles ; la règle de conflit est, alors, impérative.

La libre disponibilité des droits litigieux apparaît, alors, comme un véritable critère de l'impérativité des règles de conflit de lois. Ce dernier est probablement en sursis, à raison de l'eupéanisation du droit international privé, mais il n'en est pas moins le critère de définition de l'autorité des règles de conflit à l'égard des parties.

A l'égard du juge, ensuite. Selon une position classique du droit de la procédure civile, l'impérativité d'une règle de droit emporte, au-delà de l'interdiction de toute convention contraire des parties, le devoir pour le juge de la relever d'office si des éléments de fait mentionnés au dossier, même non spécialement invoqués par les parties, indiquent son applicabilité. Cependant, cette corrélation, nous l'avons vu, a été fort critiquée en doctrine, spécialement en matière de conflit de lois. Il n'est pas étonnant, à cet égard, que la Cour de cassation ait hésité à aligner l'autorité des règles de conflit à l'égard du juge sur celle retenue à l'égard des parties. Durant près de quinze ans, la jurisprudence relative aux devoirs des juges du fond dans la mise en œuvre d'office des règles de conflit va suivre une évolution « en dents de scie ». Envisagée dans son rapport avec la définition retenue de l'impérativité des règles de conflit, l'évolution de la jurisprudence évoquerait plutôt la manipulation de deux aimants qui tantôt se repousseraient, tantôt s'attireraient.

Dans un premier mouvement de répulsion, la Cour de cassation a d'abord penché pour une définition autonome des devoirs du juge, sans tenir compte de la disponibilité des droits. Le juge est alors tenu à un devoir *général* de mettre en œuvre d'office la règle de conflit de lois, même en cas d'invocation des seules règles du for, quelle que soit l'impérativité de la règle de conflit applicable⁷. Cette solution,

⁶ Civ. 1^{er}, 6 mai 1997, *Hannover International*, Bull. civ. I n°140 ; *Rev. crit.* 1997. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON ; *JDI* 1997. 804, note D. BUREAU ; Civ. 1^{er}, 1^{er} juill. 1997, *Karl Ibold*, n°95-15557, *Rev. crit.* 1998. 60, note P. MAYER ; Civ. 1^{er}, 26 mai 1999, *Delta Draht*, n°96-21333 ; Com., 12 juin 2001, *Soc. Magnificio*, n°98-12218 ; Civ. 1^{er}, 11 mars 2009, Bull. civ. I n°50, *Rev. crit.* 2010. 344, note P. HAMMJE.

⁷ Civ. 1^{er}, 11 oct. 1988, *Reboub*, Bull. civ. I n°278, *JCP* 1989. II. 21327, note P. COURBE ; *Deffrénois* 1989. 310 (1^{er} esp.), obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 1989. I. 388, note E. S. DE LA MARNIERRE ; *Grand arrêt* n°74 ; Civ. 1^{er}, 18 oct. 1988, *Schule*, Bull. civ. I n°293, *JCP* 1989. II. 21259, note J. PREVAULT ; *Grand arrêt* n°75. Sur cette jurisprudence, v. not. D. ALEXANDRE, note sous les arrêts, *JDI* 1989. 349 ; Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* », *Rev. crit.* 1989. 277 ; D. BUREAU, « L'application d'office de la loi étrangère », *JDI*

généralement saluée par la doctrine internationaliste, apparaît toutefois étonnamment sévère à l'égard des juges du fond. En effet, le devoir ainsi mis à la charge du juge ne conduit pas à traiter les règles de conflit de lois à l'instar des autres règles de droit, mais à les soumettre à un régime *plus sévère*. Il n'est guère surprenant, à cet égard, que cette solution exigeante ait seulement été maintenue durant deux brèves années.

Dans un revers de situation engendrant un mouvement inverse d'attraction, la Cour de cassation a ensuite progressivement aligné les deux régimes pour, en fin de compte, définir l'autorité des règles de conflit à l'égard du juge selon le même critère que celui définissant leur autorité à l'égard des parties⁸. Si les parties peuvent librement disposer des droits subjectifs en cause, elles peuvent aussi librement écarter la loi désignée à titre objectif par la règle de conflit au profit d'une autre (supplétivité), et le juge n'est pas tenu de mettre en œuvre d'office la règle de conflit (faculté). Si, au contraire, les droits litigieux sont indisponibles, alors toute dérogation conventionnelle à la loi désignée est interdite (impérativité), et le juge est tenu de substituer d'office à la loi du for invoquée la loi applicable au regard de la règle de conflit (devoir). La solution a, depuis lors, été réaffirmée à près de quarante reprises.

La pérennité du critère pourrait-elle être compromise par l'eupéanisation des règles de conflit de lois ? Nous ne le pensons pas. Contrairement à l'autorité des règles de conflit à l'égard des parties, qui a été expressément définie par le législateur européen et semble condamner à terme le critère prétorien, les différents règlements européens ayant procédé à l'unification des règles de conflit de lois ne précisent pas leur autorité à l'égard du juge. Dans le silence du législateur, il convient, dès lors, de se tourner vers le juge-interprète – à savoir, en l'occurrence, la Cour de justice de l'Union européenne. Or, selon cette dernière, en l'absence de réglementation communautaire particulière, la question de l'office du juge dans l'application des règles européennes relève en principe de l'autonomie procédurale des Etats membres. Tout au plus la Cour exige-t-elle que les règles de droit européen ne soient pas soumises à un régime moins contraignant que celui des règles internes (principe d'équivalence), et que l'absence de devoir du juge ne rende pas en pratique impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité). Or, ni l'un ni l'autre ne posent problème en l'occurrence. Le principe d'équivalence, d'abord, n'est pas mis à mal, puisqu'il s'agit de réserver le même traitement procédural aux règles de conflit de source européenne et aux règles de conflit de source interne et conventionnelle. Quant au principe d'effectivité du droit de l'Union, il n'est pas non plus compromis, puisque l'unification européenne des règles de conflit de lois ne confère aucun droit subjectif à proprement parler. Par conséquent, en l'état actuel du droit européen positif, les juges du fond ne sont pas tenus à un devoir spécifique de mettre en œuvre d'office les règles de conflit de source européenne. Le seul critère pertinent resterait, ainsi, la libre disponibilité des droits subjectifs.

1990. 317 ; A. PONSARD, « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rev. crit.* 1990. 607.

⁸ Civ. 1^e, 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*, Bull. civ. I n°172, *Rev. crit.* 1999. 707 (1^e esp.), note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 2 mars 2000, n°62, p. 39, note M.-L. NIBOYET ; *Grand arrêt* n°77 ; Civ. 1^e, 26 mai 1999, *Belaid*, Bull. civ. I n°174, *Rev. crit.* 1999. 707 (2^e esp.), note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 1999. Pan. 229 ; *D.* 1999. IR. 162 ; *JCP* 1999. II. 10192, note F. MELIN ; *Deffrénois* 1999. 1261, obs. J. MASSIP ; *Dr. fam.* 2000, Chron. 5, note H. FULCHIRON ; *Grand arrêt* n°78.

La libre disponibilité des droits litigieux apparaît ainsi, dans la jurisprudence française, comme la véritable *clef de voûte* en matière d'autorité des règles de conflit de lois, à l'égard des parties comme du juge. Cette utilisation d'un seul et même critère pour définir aussi bien l'impérativité des règles de conflit que les devoirs du juge dans leur mise en œuvre d'office a été largement critiquée. Il nous semble, toutefois, que le problème n'est pas tant *l'unicité du critère* de définition de l'autorité des règles de conflit, que le *critère lui-même*.

2. Appréciation critique du critère de la libre disponibilité du droit subjectif litigieux

Le choix de la disponibilité du droit subjectif litigieux comme critère de définition de l'autorité des règles de conflit soulève de nombreuses difficultés. Les premières, bien connues, tiennent à l'obscur notion de disponibilité. Toutefois, la référence au concept de droit subjectif apparaît plus problématique encore. A bien y regarder, il semble même qu'il y ait là un véritable obstacle à toute définition opérante de l'autorité des règles de conflit.

Définir l'autorité des règles de conflit par référence à la disponibilité d'un droit soulève deux difficultés particulières. La première tient à la notion fort fuyante de disponibilité en droit français. La seconde est propre au droit international privé et tient à l'identification de la loi applicable à la libre disponibilité du droit subjectif.

Les notions de libre disponibilité et d'indisponibilité sont délicates à cerner. Elles seraient « de ces concepts que l'on utilise sans véritablement en connaître la signification exacte »⁹, de ces termes « trop fréquemment utilisé[s] pour [leur] commodité à couvrir des notions et des situations mal définies »¹⁰. Certains se sont d'ailleurs référés à *des* indisponibilités, laissant ainsi entendre qu'il existerait plusieurs notions. Il serait alors nécessaire d'en sélectionner une, mais laquelle ? D'autres, à l'inverse, ont été jusqu'à nier le concept de droits indisponibles, la libre disponibilité étant, selon eux, de l'essence même du droit subjectif. Si cette position ne saurait être retenue, on perçoit néanmoins que l'appréciation de la disponibilité d'un droit subjectif soulève de nombreuses difficultés qui, à n'en pas douter, vont rejaillir sur l'appréciation de l'autorité des règles de conflit de lois. En droit interne, la notion de disponibilité renvoie à un certain régime. Elle caractérise les droits que le titulaire peut *céder, transmettre, aménager et abandonner*. La notion recouvre ainsi celles de commercialité, d'aliénabilité, de cessibilité, de transmissibilité – sans s'y cantonner toutefois, la disponibilité impliquant également la possibilité de renoncer au droit, de l'abandonner. Il reste à présent à déterminer si la disponibilité se *déduit* abstraitement de certains traits du droit objectif, ou si elle *s'induit* du régime du droit subjectif, tel qu'il est défini en droit positif. Par un raisonnement déductif, il est parfois affirmé qu'un droit est indisponible lorsqu'il résulte d'une règle impérative, le droit étant *a contrario* disponible s'il est porté par une règle supplétive. Toutefois, la déduction ne se vérifie pas toujours, notamment lorsque l'indisponibilité du droit est seulement temporaire. Si, par exemple, il n'est guère discutable que les droits subjectifs du salarié résultent largement de règles impératives, il s'agit pourtant de droits disponibles sitôt le contrat de travail rompu. Il en résulte, dès lors, que l'impérativité

⁹ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, LGDJ (2002), n°172 (à propos de l'indisponibilité).

¹⁰ D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, thèse dactyl. Nancy (1969), p. VIII et IX.

d'une règle de droit n'implique pas nécessairement l'indisponibilité du droit subjectif qui en résulte. C'est la raison pour laquelle on préfère souvent raisonner de manière inductive : la Cour de cassation considère que tel droit peut être compromis, il s'agit dès lors d'un droit à la libre disposition des parties. Si cela a le mérite de « [permettre] au juge de dire ce qu'il veut dire »¹¹, le syllogisme judiciaire n'en sort pas indemne puisque ce n'est plus le régime qui est déduit d'une qualification mais la qualification qui est induite d'un régime réputé opportun... On pourrait éventuellement se satisfaire du raisonnement si, du moins, il se vérifiait systématiquement en droit positif. Or, c'est loin d'être le cas. Les hésitations sur la qualification à retenir pour la prestation compensatoire, par exemple, illustrent bien ces difficultés.

A cette difficulté de droit substantiel s'ajoute une difficulté de droit international privé : l'identification de la loi applicable à la disponibilité d'un droit. Le choix d'un critère substantiel invite à se référer à la nature du droit subjectif au regard de la loi qui le crée, à savoir la loi de la cause. Mais une référence à la *lex causae* éventuellement étrangère à un stade si précoce du raisonnement conflictuel n'est guère commode pour les juges du fond. Elle les contraint à mettre en œuvre l'intégralité du raisonnement conflictuel pour déterminer l'impérativité de la règle de conflit et l'éventuel devoir corrélatif de la mettre en œuvre d'office. Aussi a-t-on recherché des justifications théoriques qui pourraient venir au soutien d'une qualification *lege fori* de la disponibilité des droits (caractère procédural de l'accord, finalité du critère tendant à trancher une difficulté d'interprétation, etc.) – mais les arguments peinent à convaincre. En réalité, l'applicabilité de la loi du for pour apprécier la libre disponibilité des droits ne s'expliquerait que par des considérations pratiques de commodité.

En sus des difficultés soulevées par la notion de *disponibilité*, le choix d'un critère tenant aux *droits subjectifs* apparaît particulièrement malvenu. D'abord, les droits subjectifs demeurent un concept controversé dont la définition peine à faire l'unanimité et dont l'existence même a pu être niée. Puis, en admettant même qu'ils existent véritablement, toute définition de l'impérativité de la règle de conflit par référence aux droits subjectifs demeure rationnellement inconcevable. Cet obstacle dirimant tient à l'antériorité du droit objectif par rapport aux droits subjectifs. Parce qu'il n'existe aucun droit subjectif qui ne soit déduit du droit objectif, il est intellectuellement impossible de définir l'autorité de la règle de conflit désignant le droit objectif applicable selon la nature d'un droit subjectif dont il s'agit précisément de vérifier l'existence.

Par ailleurs, il est un autre obstacle à toute définition de l'autorité des règles de conflit par référence à des droits subjectifs : la notion ne permet pas de traduire tous les problèmes de droit privé dont peut être saisi le juge. Pour le comprendre, il est nécessaire d'analyser plus en détail la notion de droit subjectif. Celle-ci a beaucoup divisé la doctrine, et il demeure difficile de retenir une définition qui fasse l'entière unanimité. Ces désaccords semblent résulter de l'utilisation d'une seule et même expression pour traduire deux concepts radicalement différents. Le droit subjectif peut en effet être compris tantôt comme une simple *représentation* du droit objectif du point de vue des individus (conception structuraliste), tantôt comme une *création* du droit objectif parmi d'autres, au bénéfice des individus (conception substantielle). Selon que l'on retient la première ou la seconde conception, le critère tenant aux droits subjectifs

¹¹ J. LEMONTEY, in « Table ronde sur la régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988 », *Trav. com. fr. dr. int. pr.* 1990-1991, p. 32.

est apte ou inapte à traduire l'ensemble des problèmes de droit dont est susceptible d'être saisi un juge. Or, la première acception ne peut être retenue pour apprécier l'autorité des règles de conflit. Il est en effet impossible de déterminer, à partir d'une conception désincarnée, structuraliste du droit subjectif, envisagé comme une simple représentation du droit objectif, si celui-ci, appréhendé dans sa substance, son régime, est à la libre disposition des parties. L'expression de « droit subjectif » renvoie donc nécessairement, dans notre contexte, à un concept substantiel. Le droit subjectif doit être compris, non pas comme une représentation du droit objectif, mais comme une création du droit objectif, un produit juridique. Il reste alors à déterminer le contenu, la substance de ce produit juridique. Ce travail de définition a soulevé de grandes discussions, mais le droit subjectif est aujourd'hui généralement défini comme une *prérogative*, comme un pouvoir.

La notion apparaît alors impropre à traduire l'ensemble des problèmes de droit dont est susceptible d'être saisi un juge. Envisager la régulation des relations sociales comme une simple affaire de répartition de « pouvoirs » entre les personnes apparaît, en effet, bien réducteur. La mission du Droit ne se limite pas à définir et répartir des prérogatives entre les individus. Les relations sociales sont aussi des liens d'ordre plus personnel, participant à la définition de l'identité sociale des individus ; la régulation des relations sociales est alors affaire d'« être » plus que de « pouvoir ». De même, le droit objectif se doit également d'énoncer des règles de conduite afin d'assurer un certain ordre, nécessaire à toute vie sociale ; la régulation des relations sociales est alors affaire non pas de « pouvoir » mais de « devoir ». Ainsi, dès lors que le droit subjectif est envisagé en tant que création du Droit, le critère se révèle inapte à traduire tous les problèmes de droit privé dont peut être saisi le juge. Les prérogatives juridiques ne correspondent qu'à une catégorie de créations du Droit, à côté des qualités et des devoirs. Comment apprécier alors l'impérativité d'une règle de conflit par référence au droit subjectif litigieux lorsqu'aucun droit subjectif n'est mis en cause par l'action en justice ? C'est toute la difficulté soulevée par le choix de ce critère en droit positif en matière d'autorité des règles de conflit (difficulté qui, au demeurant, avait déjà été mise en lumière par le passé dans le cadre du conflit de lois dans le temps).

Toute définition de l'autorité des règles de conflit de lois par référence à des droits subjectifs semble, ainsi, devoir être condamnée. D'abord, on ne voit guère comment l'autorité d'une règle de conflit pourrait être déduite du régime d'un droit subjectif dont l'existence reste encore à déterminer. Puis, la notion de droit subjectif apparaît, de surcroît, impropre à traduire l'ensemble des questions de droit dont le juge pourrait être saisi. Les questions d'état des personnes, par exemple, ne sont relatives à aucune prérogative, et partant, à aucun droit subjectif. En toute rigueur, le critère aujourd'hui retenu par la jurisprudence française est, donc, inopérant pour déterminer l'autorité des règles de conflit en matière de divorce ou de filiation. Il ne saurait, à ce titre, être maintenu.

En fin de compte, aucune des propositions de définition substantielle de l'autorité des règles de conflit n'apparaît satisfaisante. La première, retenue dans la jurisprudence *Bisbal* et préconisant le rejaillissement de la nature des règles désignées sur la règle de conflit, suppose (à tort) que les règles de conflit ne poursuivent aucune justice. La deuxième, proposée par la doctrine et préconisant, sous différentes déclinaisons, une projection de la valeur des règles substantielles du for sur la règle de conflit attachée à la même matière, postule (à tort) que des considérations similaires

dictent les solutions de droit substantiel et celles du conflit de lois. Quant à la troisième, aujourd'hui mise en œuvre par la Cour de cassation et définissant l'autorité des règles de conflit selon la disponibilité du droit subjectif litigieux, elle paraît fort délicate à mettre en œuvre et ne serait opérante qu'au prix d'importantes approximations conceptuelles.

L'abandon de toute prise en compte des considérations substantielles, en droit international privé européen, lors de la définition de l'autorité des règles de conflit, pourrait alors apparaître comme une évolution heureuse. Les parties sont en effet libres, dorénavant, de déroger à la loi objectivement désignée, quelle que soit la matière de droit objectif litigieuse ou la disponibilité des droits subjectifs litigieux. En matière d'obligations contractuelles ou non contractuelles, de régimes matrimoniaux, comme en matière de divorce, d'obligations alimentaires ou de successions, elles sont à présent autorisées à substituer à la loi désignée par la règle de conflit une autre qui leur conviendrait mieux. A la réflexion, cependant, cette définition risque de se révéler tout aussi insatisfaisante que les définitions exclusivement substantielles du droit français.

En réalité, les unes et les autres ne tiennent compte que *d'une portion* de la règle de conflit. En ne prenant en considération que des considérations substantielles, les définitions françaises de l'autorité des règles de conflit font entièrement abstraction des raisons d'imputation des critères de rattachement, des considérations conflictuelles ayant dicté l'*effet juridique* des règles de conflit de lois. Et en faisant abstraction de toute considération substantielle, la définition européenne de l'impérativité des règles de conflit ne tient aucun compte du contenu des catégories de rattachement, du *présupposé* des règles de conflit de lois. Une redéfinition plus heureuse de l'autorité des règles de conflit devrait tenir compte *à la fois* des raisons d'imputation des critères de rattachement *et* du contenu des catégories de rattachement. Par conséquent, les considérations substantielles doivent être prises en compte dans la définition de l'autorité des règles de conflit. Il convient seulement de mieux identifier le rôle du facteur substantiel dans la structure de la règle de conflit, afin de lui restituer la place qui devrait être la sienne.

II. Une redéfinition partiellement substantielle de l'autorité des règles de conflit de lois

Toute définition de l'autorité d'une règle de droit pose la question de la place que la volonté individuelle est susceptible d'avoir dans la réglementation des rapports sociaux. Il s'agit, autrement dit, de déterminer quelles questions de droit peuvent être tranchées par un acte de volonté individuelle. Or, *certaines questions de droit ne sont pas susceptibles, sauf à nier leur essence, d'une réponse volontaire*. Dans la mesure où les catégories de rattachement des règles de conflit de lois visent, précisément, des questions de droit, on ne saurait faire totalement abstraction de ce donné à l'occasion de l'appréciation de l'autorité des règles de conflit de lois. Pourtant, le législateur européen n'a pas tenu compte de cette réalité lorsqu'il a systématiquement opté en faveur d'une supplétivité des règles de conflit de lois, sans distinguer selon les questions de droit et partant, selon les catégories de rattachement au sein desquelles elles sont regroupées. Certes, l'Union européenne n'avait guère les armes requises pour une telle distinction, faute de compétence générale pour élaborer les réponses aux questions soulevées à l'occasion

des relations sociales entre personnes privées. Mais l'on ne peut faire l'économie d'une distinction selon l'essence des questions sans remettre en cause toute cohérence dans la réglementation des relations sociales. Une définition cohérente de l'autorité des règles de conflit suppose, donc, que soient prises en considération, non seulement les raisons d'imputation des critères de rattachement (le *construit*), mais aussi, à titre préalable, les questions de droit regroupées dans les présupposés des règles de conflit, les catégories de rattachement (le *donné*).

Après avoir identifié les questions que la volonté individuelle n'est pas susceptible de réglementer (A) seront étudiées les conséquences qu'il convient d'en tirer dans l'appréciation de l'autorité des règles de conflit attachées à ces questions (B). On ne saurait, en effet, déduire l'autorité des règles de conflit de lois de la seule substance des questions sans rencontrer, à nouveau, les difficultés mises en lumière à propos des définitions substantielles de l'autorité des règles de conflit.

A. Identification des questions de droit insusceptibles de réglementation privée

De nombreuses questions sont insusceptibles d'être tranchées, en Droit, par un acte de volonté. Cette impossibilité n'est pas la traduction d'une recherche par le législateur d'une certaine justice substantielle dans le rapport de droit, mais tient à *leur objet même*. Si l'on analyse l'objet des questions soulevées à l'occasion des rapports sociaux, il semble possible de les regrouper en quatre catégories distinctes : celles relatives à *l'être* (cette personne morale existe-t-elle ? est-ce que X est l'enfant de Y ?), celles relatives à *l'avoir* (à qui ceci appartient-il ? comment s'approprier ou transmettre ceci ?) et celles relatives à *l'agir*, ou plus précisément, aux impératifs juridiques (est-ce que X doit faire ceci ? peut-il faire ceci, ou cela lui est-il interdit ?). Cette dernière catégorie, très vaste, recouvre des réalités fort différentes qui justifient que l'on y distingue les deux types d'impératifs juridiques qui ordonnent les relations sociales, à savoir les *obligations* et les *devoirs*. L'analyse générale de ces quatre catégories permet de mettre en lumière leurs oppositions et révèle, corrélativement, les questions de droit qui peuvent être tranchées par un acte de volonté et celles qui ne le peuvent. Ce domaine est en effet défini à l'aune de la distinction entre l'être et l'avoir d'une part (1), et de la distinction, au sein de l'agir, entre les obligations et les devoirs d'autre part (2).

1. La distinction entre être et avoir et la volonté individuelle

L'opposition de l'être et de l'avoir est de ces distinctions quasi-intuitives qu'il peut sembler inutile d'éclairer davantage. Elle correspond à la distinction métaphysique du sujet et de l'objet, et c'est autour d'elle que s'articule le Code civil lorsqu'il sépare *les personnes* (Livre I^{er}) et *les biens et les différentes manières dont on les acquiert* (Livres II et III). Apparaît ainsi une frontière entre deux concepts distincts. Néanmoins, cette frontière peut sembler de plus en plus floue et poreuse. Aussi est-il opportun d'éclairer un peu plus cette distinction afin de dissiper dès à présent tout malentendu.

L'être et l'avoir renvoient chacun à des concepts nettement distincts ; les questions relatives à l'un ou l'autre se distinguent dès lors, nécessairement, par leur objet différent. Les questions relatives à *l'avoir*, tout d'abord, touchent à ce qui est *susceptible d'appropriation*. Elles intéressent l'ensemble des objets (choses ou droits subjectifs) qui, à raison de leur utilité ou de leur rareté, ont une certaine valeur et sont susceptibles d'être recherchés en vue de les réserver et de se les approprier, en vue de les faire siens. Dès lors que la question est relative à une chose ou un droit subjectif, à un « objet

possible des désirs individuels »¹², elle relève de l'avoir. La réponse apportée par le Droit consistera alors à déterminer dans quelle mesure ces « désirs individuels » peuvent juridiquement se concrétiser. Les questions relatives à *l'être*, quant à elles, portent sur *la personne et ses qualités*, et se subdivisent en trois problématiques différentes : l'existence même de la personne, sa capacité à jouir et à exercer des droits, et son identification, ce qui permet de la distinguer des autres (nom, filiation, mariage, divorce, séparation, partenariat enregistré).

Dans la mesure où sujet et objet sont des concepts qui ne se superposent pas, la classification des questions entre l'être et l'avoir ne devrait guère soulever de difficulté. Pourtant, la frontière entre les deux ne paraît plus aussi nette aujourd'hui. Certains choix terminologiques ont en effet pu instiller le doute dans les esprits, laissant entendre que le sujet pourrait être objet, que *l'être pourrait être avoir*. C'est toute la problématique soulevée par les droits de la personnalité et les droits à un état donné, dont l'objet serait la personne même du sujet et son identification. A la réflexion, cependant, il n'existe pas, au-delà des termes utilisés, de véritable prise de pouvoir de l'avoir sur l'être. La plupart des droits relatifs à l'être ne sont pas même des droits subjectifs, faute de prérogative (ainsi du droit à la vie, à l'honneur ou à l'intimité de sa vie privée), et en toute hypothèse, aucun d'entre eux n'est susceptible d'appropriation de par leur distribution égalitaire (ainsi du droit de se marier ou du droit au respect de la vie privée, entendu comme un droit à l'autodétermination). En réalité, la distinction de l'être et de l'avoir n'est pas relative dans le temps et l'espace, selon les choix du législateur. Elle traduit seulement une différence dans l'objet des questions que le Droit est appelé à trancher. Les questions relatives à l'avoir concernent les objets susceptibles d'appropriation, tandis que celles relatives à l'être intéressent la personne et ses qualités. Les réponses apportées par le Droit aux unes et aux autres vont varier dans le temps et l'espace, selon les choix politiques du législateur, mais les questions elles-mêmes sont neutres.

Cette neutralité ne signifie pas, cependant, que l'objet des questions soit sans incidence sur la valeur des règles qui y répondent. Il apparaît bien au contraire que la distinction de l'être et l'avoir permet d'isoler des questions qui, à raison de leur objet, sont insusceptibles d'être tranchées par un accord de volontés.

En matière d'avoir, la question porte sur l'« objet des désirs » d'une personne. La volonté individuelle apparaît ainsi comme la raison d'être des questions relatives à l'avoir – et partant, des règles qui y répondent. C'est parce qu'une personne *veut* telle chose ou tel droit subjectif qu'elle va chercher à le créer ou à se l'approprier, et c'est parce qu'elle n'en *veut* plus qu'elle va chercher à le détruire ou à le transmettre à une autre personne de son choix. Le rôle du Droit en matière d'avoir revient ainsi, bien souvent, à déterminer quand la volonté individuelle peut suivre son libre cours, et quand elle doit être cantonnée. Mais qu'il s'agisse d'autoriser ou d'interdire son libre jeu, la volonté individuelle reste au cœur des questions relatives à l'existence et à la circulation de l'objet désiré.

En matière d'être, en revanche, il est fait appel au Droit pour définir la personne et ses traits distinctifs. Or, ces questions n'intéressent le Droit que dans la mesure où est en cause non pas l'être individuel, envisagé dans son rapport à lui-même, mais l'être

¹² R. LIBCHABER, v° Biens, *Rép. dr. civ. D.* (2009), n°4.

social, envisagé dans ses relations avec les autres en tant qu'élément du groupe social. Le Droit s'intéresse seulement à la personnalité, la capacité et l'état des personnes afin de *structurer le groupe social*. Or, seuls des référentiels objectifs et communs à l'ensemble des membres du groupe social sont susceptibles de structurer une société et d'y opérer des distinctions. Par conséquent, seuls des référentiels objectifs sont aptes à déterminer si un individu est une personne juridique capable, et comment elle s'identifie au sein du groupe social (état matrimonial, état familial). Il est vrai que plus une société est libérale et individualiste, plus ses institutions civiles seront rattachées au consentement des individus, afin de refléter au mieux leur sentiment d'identité. Pour autant, la raison d'être des institutions reste la même : il s'agit toujours de distinguer les personnes les unes des autres selon différents référentiels, structurant ainsi, corrélativement, la société. Dès lors que sont en cause des référentiels d'identification, il est rationnellement inconcevable qu'une cause juridique purement subjective puisse modifier l'état d'une personne. Cette impossibilité ne résulte pas d'un choix de politique législative, refusant toute définition volontaire de l'identité ; il ne s'agit pas d'un construit mais d'un *donné*, corollaire direct et nécessaire de l'essence structurante de l'état des personnes. Laisser à chacun le soin de déterminer son état de manière purement subjective reviendrait inéluctablement à supprimer tout référentiel d'identification à raison d'un lien de couple ou de filiation – ce qui ne se conçoit guère d'un point de vue socio-historique, et se conçoit moins encore d'un point de vue juridique, ces liens contribuant généralement à définir d'autres traits d'identification (le *nom*, la *nationalité*).

Une nette distinction apparaît alors dans le rôle respectivement accordé à la volonté individuelle en matière d'avoir et d'être. Tandis qu'au sein de l'avoir, l'étendue de la liberté laissée à la volonté individuelle dans l'apparition, l'extinction ou la circulation de chaque objet est une question de *degré*, il y a entre l'avoir et l'être une différence de *nature*, qui rend tantôt concevable tantôt inconcevable une réponse purement subjective à la question de droit posée. L'ordre social ne se charge pas seulement, en matière d'être, de contrôler mais de *se structurer*. Il ne s'agit pas tant pour la société de délimiter les domaines respectifs de la liberté et de l'impérativité : la société est *révélée* par son droit des personnes et de la famille, elle lui est *consubstantielle*. A cet égard, le libéralisme dont témoigne aujourd'hui le droit français en matière personnelle et familiale ne traduit ni un déclin de l'ordre public (de l'impérativité à la supplétivité), ni un déplacement de celui-ci (d'un ordre public de direction à un ordre public de protection), mais plutôt la modification du tissu social français, la nouvelle structure de la société, en somme, *le nouvel « ordre » public* (d'une société familiale et conservatrice, à une société individualiste et libérale). Selon les opinions de chacun, cette évolution sociale sera saluée ou désapprouvée, mais elle ne modifie pas, en toute hypothèse, la raison d'être de la matière. Il s'agit toujours d'identifier les personnes au regard de référentiels objectifs.

Ici réside, ainsi, une première distinction des questions de droit. Selon que la question intéresse l'avoir ou l'être, elle est, par essence, susceptible ou non d'être tranchée par un acte de volonté. La définition de l'autorité des différentes règles de conflit attachées à ces questions ne saurait rester indifférente à un tel donné. Avant toutefois d'envisager les conséquences à en tirer en conflit de lois, il importe d'analyser la troisième catégorie de questions de droit, relatives à *l'Agir*, afin de mettre en lumière une autre opposition, selon que la question est relative à une *obligation* ou un *devoir*.

2. La distinction entre obligation et devoir et la volonté individuelle

Est-ce que X doit faire ceci ? Peut-il le faire, ou cela lui est-il interdit ? Telles sont les questions qui peuvent être regroupées au sein de la troisième et dernière catégorie relative à l'*Agir*. Cette catégorie, très vaste, regroupe en réalité des questions dont l'objet et l'essence sont très différents. Il s'agit de déterminer à la fois les prestations que la personne doit exécuter mais aussi le comportement qu'elle doit adopter, la conduite qu'elle doit suivre. Cette différence renvoie à une distinction classique, quoique peu développée, qui répartit les impératifs juridiques entre les obligations d'une part et les devoirs d'autre part. C'est à l'aune de cette distinction que l'on pourra déterminer les impératifs juridiques que la volonté individuelle est susceptible d'élaborer et d'aménager.

La distinction, au sein des impératifs juridiques, entre obligation et devoir est rarement utilisée. On lui reproche principalement son imprécision, et il est vrai que la distinction n'est pas toujours aisée, l'un étant souvent utilisé pour l'autre et *vice versa*. Pourtant, il existe bien deux types d'impératifs juridiques nettement distincts dès lors qu'ils sont appréhendés sous un angle plus technique. Selon la définition classique, l'obligation est un lien de droit qui astreint à une prestation envers autrui ; le devoir, lui, n'est pas un lien de droit mais une norme de comportement, une règle de conduite. Obligation et devoir se distinguent ainsi par leur objet et par leur nature.

Tout d'abord, l'obligation et le devoir n'ont pas le même *objet*. La première commande l'exécution d'une prestation (payer une somme d'argent, exécuter un ouvrage, délivrer une chose, etc.). A ce titre, elle a un caractère pécuniaire et correspond à une valeur, qui se traduira par l'existence d'une dette inscrite au passif de l'obligé. Le second commande, lui, le respect d'un comportement (être prudent et diligent, loyal et honnête, respecter son conjoint, etc.) qui, en lui-même, n'a pas de valeur pécuniaire ; et sans valeur pécuniaire, le devoir ne peut s'analyser en une dette. A raison de cette différence, les deux impératifs ne sont pas sanctionnés de la même manière. L'obligation est sanctionnée en contraignant l'obligé, de manière plus ou moins directe, à exécuter, en nature ou par équivalent, la prestation à laquelle il est tenu. Le devoir, en revanche, commande le respect d'un comportement qui, par hypothèse, est insusceptible d'exécution. On ne peut contraindre au respect d'une ligne de conduite. Il est seulement possible de réagir à sa violation par une punition, par l'ouverture d'une action en justice en vue de modifier une situation juridique donnée, et/ou par la naissance d'une obligation. Les conséquences juridiques de la violation d'un devoir ou d'une obligation sont donc, nécessairement, différentes. La question de droit dont est saisi le juge sera donc différente selon qu'est en cause un devoir ou une obligation.

Ensuite, obligation et devoir n'ont pas la même *nature*. L'obligation est un lien de droit entre l'obligé (le débiteur) et une autre personne (le créancier), qui l'astreint à exécuter une prestation. A cet égard, la dette du débiteur trouve une contrepartie dans le patrimoine du créancier, en la forme d'un droit subjectif (la créance). Les solutions en matière de devoir sont fort différentes. Parce que le devoir n'est pas une dette, celui qui est tenu au devoir ne peut être débiteur ; et en l'absence de dette, il ne saurait y avoir de créance. En réalité, les devoirs n'ont ni débiteur, ni créancier. Il existe d'une part, ceux qui sont tenus au devoir, et d'autre part, des bénéficiaires du devoir. Mais on ne saurait analyser le devoir comme un lien de droit entre celui qui est tenu au devoir et celui qui en bénéficie. A la différence de l'obligation, le devoir n'a pas de véritable

contrepartie. Les « droits » au respect, à la fidélité ou au secours ne sont pas des prérogatives, mais correspondent seulement à l'intérêt du bénéficiaire au respect du devoir. Dès lors, en l'absence de véritable contrepartie au devoir, on ne saurait y voir un lien de droit entre différentes personnes. Cette différence de nature entre l'obligation et le devoir explique certaines différences de régime dans leurs sanctions respectives (identification de celui ayant qualité et intérêt à faire grief du manquement, autorisation de ne pas respecter l'impératif en cas de violation par l'autre, etc.).

Telle est donc la distinction qui peut être opérée au sein des impératifs juridiques entre les obligations, liens de droit entre deux personnes commandant l'exécution d'une prestation, et les devoirs, normes de comportement. Si cette distinction, au demeurant classique, n'a pas été plus développée jusqu'à présent, c'est probablement parce que son intérêt pratique n'est pas évident. Elle permet certes de comprendre certaines oppositions en droit positif, mais au-delà de ces vertus explicatives, elle a pu paraître superflue. Elle est pourtant cruciale pour notre étude en ce qu'elle permet d'isoler des questions qui, à raison de leur objet, sont insusceptibles de réglementation par un accord de volontés.

La distinction entre obligations et devoirs permet de déterminer quels impératifs sont susceptibles de naître, d'être aménagés, transformés ou éteints par le jeu d'un accord de volontés. D'un point de vue logique, il est en effet inconcevable qu'une convention, autrement dit un lien de droit entre deux personnes, puisse avoir un rôle décisif dans la vie d'un impératif qui, lui, n'est pas un lien de droit entre deux personnes.

L'analyse du droit positif confirme cette intuition : alors que la volonté individuelle joue un rôle central dans la vie de l'obligation, elle n'a qu'un rôle très accessoire, si ce n'est inexistant, dans la vie du devoir. Ceci ne résulte pas d'une politique législative peu libérale, refusant toute initiative privée dans certaines matières. Il s'agit là d'un corollaire direct et nécessaire de l'essence du devoir. Comme le devoir n'est pas un lien de droit entre deux personnes, il ne peut naître ou être éteint à raison d'un lien de droit entre deux personnes tel qu'une convention, un accord de volontés. Seul l'ordre social a l'autorité requise pour édicter et éteindre des normes de comportement applicables à tous ou à des catégories de personnes. Ceci explique qu'à la différence des obligations, où elle est omniprésente, la volonté individuelle soit quasiment absente de la vie des devoirs. L'ordre social est l'unique raison d'être des devoirs et décide seul, à l'exclusion de toute volonté individuelle, de l'éventuelle extinction d'un devoir. Si chacun était libre, en Droit, de définir les règles de conduite auxquelles il est astreint, il n'y aurait aucune règle de conduite. A cet égard, la volonté individuelle ne peut jouer qu'un rôle très accessoire en matière de devoirs. Ceci n'est pas non plus le résultat d'un choix de politique législative peu libérale (construit) mais de l'essence même du devoir (donné), dont la raison d'être réside dans le bon ordre au sein du groupe social.

La distinction entre obligations et devoirs permet, ainsi, d'identifier, au sein des questions de droit relatives à *l'Agir*, celles qui sont susceptibles de réglementation privée et celles qui ne le sont pas. Le rôle de la volonté individuelle en matière d'obligations et de devoirs ne se réduit pas, à cet égard, à une simple différence de *degré*. Il existe entre les deux impératifs juridiques une véritable opposition de *nature*, qui permet d'envisager une réglementation privée en matière d'obligations-liens de droit (à charge pour le Droit de l'autoriser ou non) mais l'exclut en matière de devoirs-règles de conduite. Il y a là, indéniablement, un *donné* que l'on ne saurait ignorer dans l'appréciation de l'autorité des règles de conflit respectivement attachées à ces questions.

L'analyse des différentes catégories de questions de droit a permis de révéler que certaines questions sont insusceptibles, par essence, d'être tranchées par un acte de volonté. Dès lors que la question est relative à la structure du groupe social (*l'être*) ou aux règles de civilité nécessaires au bon ordre dans le groupe social (les *devoirs*), on ne peut rationnellement concevoir une réponse subjective, élaborée par la volonté individuelle. Le domaine possible de la réglementation privée se limite donc, corrélativement, aux questions touchant à l'appropriable (*l'avoir*) et aux prestations à exécuter (les *obligations*). Puisque les questions de droit ont vocation à être tranchées par des règles de droit, cela signifie nécessairement que certaines règles ne sont pas susceptibles d'être écartées par un accord contraire de volonté. Autrement dit, il est des règles de droit qui, par essence, ne peuvent être supplétives. Ce donné ne saurait être ignoré en droit international privé. Il reste à déterminer quelles conséquences en déduire dans la définition de l'autorité des règles de conflit de lois.

B. *Conséquences sur l'autorité des règles de conflit de lois*

Certaines questions de droit ne sont pas susceptibles d'être tranchées par un acte de volonté. Or, ce sont précisément des questions de droit qui sont saisies et qualifiées par le juge afin d'identifier la règle de conflit de lois applicable. Les différentes catégories de rattachement que connaît le droit international privé correspondent, à ce titre, à des ensembles de questions de droit. L'impossibilité de trancher, par une réponse subjective, les questions composant la catégorie de rattachement doit alors se projeter, d'une manière ou d'une autre, sur la règle de conflit dont la catégorie forme le présumé (1). Il devient nécessaire, dès lors, de classer les différentes règles de conflit à l'aune de la double distinction de l'être et de l'avoir, et des devoirs et des obligations (2).

1. **Recherche de la signification, en conflit de lois, de l'impossible réglementation privée de certaines questions de droit**

Parce qu'une catégorie de rattachement n'est jamais qu'un ensemble de questions de droit regroupées à raison de leur communauté d'objet, *l'essence des questions réunies au sein d'une catégorie de rattachement est aussi, corrélativement, l'essence de la catégorie de rattachement*. Par un raisonnement purement logique, il apparaît alors que l'impossible réglementation privée de certaines questions de droit en raison de leur essence doit nécessairement se projeter sur les règles de conflit attachées à ces questions. Il convient toutefois de préciser la teneur de la projection, afin de s'assurer que la redéfinition proposée de l'autorité des règles de conflit ne se heurte pas aux mêmes difficultés que les définitions substantielles déjà envisagées.

On ne saurait définir l'autorité d'une règle de conflit en faisant abstraction des questions de droit auxquelles elle répond indirectement, en désignant le système juridique au sein duquel réside la règle substantielle appelée à trancher la question. Par le jeu de la qualification, la question de droit est *subsumée* dans le présupposé de la règle de conflit, la catégorie de rattachement. A cet égard, la question de droit est *consubstantielle* à la catégorie de rattachement en cause – et partant, à la règle de conflit de lois applicable. Dès lors, si l'essence de la question de droit empêche de concevoir une réponse subjective, l'essence de la catégorie de rattachement dans laquelle la question se classe empêche aussi, nécessairement, de concevoir un « rattachement subjectif ». Il apparaît, en effet, que le donné est le même en matière interne et en matière internationale : une question de droit a la même essence, qu'elle soit posée à l'occasion d'un litige interne ou d'un litige international. Et comme la volonté individuelle poursuit les mêmes fins en matière substantielle et en matière conflictuelle, l'impossible réglementation privée d'une question de droit implique également, nécessairement, l'impossible désignation subjective de la loi applicable à la question.

Il apparaît ainsi que toutes les règles de conflit regroupant des questions relatives à l'être ou à des devoirs sont, par essence, insusceptibles d'être supplétives. Cette impossible supplétivité ne résulte pas d'un choix du législateur, refusant d'octroyer une plus grande liberté aux justiciables en matière internationale. Il s'agit seulement d'une conséquence logique d'un *donné* : le contenu de la catégorie de rattachement, présupposé de la règle de conflit. Dès lors que la catégorie de rattachement regroupe des questions impropres à toute réglementation privée, il est inconcevable, sauf à nier l'essence de ces questions, que les parties puissent écarter la loi désignée au profit d'une autre qu'elles auraient choisie. Si, au contraire, la catégorie de rattachement rassemble des questions susceptibles de réponse subjective, car relatives à l'avoir ou à des obligations, alors on peut également concevoir que la loi désignée à titre objectif soit écartée au profit d'un « rattachement subjectif », d'une loi choisie par les parties.

Cela étant, ce donné ne permet pas à lui seul de déterminer quelles règles de conflit devraient être impératives ou supplétives, ni d'ailleurs celles qui devraient être appliquées d'office par le juge. Il ne s'agit pas, en effet, de projeter la *valeur* de certaines règles substantielles mais *l'essence* des questions de droit regroupées au sein de la catégorie de rattachement, présupposé de la règle de conflit. Il convient donc de préciser en quoi consiste cette projection.

A l'égard des parties, le contenu des différentes catégories de rattachement permet d'identifier les règles de conflit de lois dont l'effet juridique est susceptible d'être écarté au profit d'une autre loi, choisie par les parties. Si la règle de conflit de lois vise des questions intéressant *l'avoir* ou une *obligation*, une réponse subjective est concevable à un niveau substantiel. Une désignation subjective de la loi applicable est donc également concevable, à charge pour le législateur de l'autoriser ou non. Si, en revanche, la règle de conflit de lois vise des questions intéressant *l'être* ou un *devoir*, toute réponse subjective est exclue en raison de l'objet essentiellement social de ces questions, relatives à la structure du groupe social et à son bon ordre. Tout accord dérogoratoire de choix de loi est donc, également, nécessairement exclu. Les considérations substantielles remplissent ainsi un rôle éliminatoire. Elles ne déterminent pas, à elles seules, l'autorité des règles de conflit de lois, mais disqualifient néanmoins toute supplétivité pour certaines règles de conflit de lois, en raison du contenu de leur catégorie de rattachement.

A l'égard du juge, l'impossible réglementation privée de certaines questions de droit apparaît, en revanche, indifférente. Une question a beau intéresser l'être ou un devoir, le juge n'est pas nécessairement tenu, en droit substantiel, d'appliquer d'office une autre règle de droit que celle invoquée par les parties. Tout dépend, en réalité, de l'importance attachée à la règle inappliquée. Ainsi, la modification du cas de divorce (d'un divorce aux torts exclusifs à un divorce aux torts partagés) n'apparaît pas suffisamment importante aux yeux du législateur pour commander un devoir du juge d'y procéder d'office (art. 245, al. 3, C. civ.) ; il importe peu que la question litigieuse intéresse doublement l'ordre social, en visant à la fois l'être (un divorce) et un devoir (la sanction d'une faute). Inversement, le juge peut être tenu d'appliquer d'office une règle substantielle régissant, pourtant, une question susceptible de réglementation privée¹³. Par conséquent, le seul fait que la question litigieuse intéresse l'avoir ou une obligation ne suffit pas, à lui seul, à exclure toute autorité renforcée, à l'égard du juge, des règles y répondant. Il n'y a pas de raison, à cet égard, qu'il en aille autrement à propos des règles de conflit de lois. Au rebours de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'éventuel devoir de juge de mettre en œuvre d'office la règle de conflit applicable devrait, à ce titre, être détaché de toute considération substantielle. L'autorité des règles de conflit de lois à l'égard du juge devrait être définie selon d'autres considérations, en s'attachant à la justice conflictuelle poursuivie par le critère de rattachement imputé et à l'importance que revêt la règle de conflit de lois inappliquée aux yeux de l'ordre juridique du for.

A cet égard, les considérations substantielles n'auraient, dans une redéfinition plus cohérente de l'autorité des règles de conflit, qu'une fonction éliminatoire. Elles détermineraient seulement, à titre préliminaire, dans quelles matières toute supplétivité est exclue. Mais elles seraient insuffisantes à déterminer, à elles seules, ni l'autorité des règles de conflit à l'égard des parties, ni leur autorité à l'égard du juge. Il ne reste plus, à présent, qu'à classer les différentes règles de conflit de lois selon l'objet des questions de droit visées par leur présumé, afin d'identifier, dans une redéfinition cohérente de leur impérativité, celles qui pourraient être supplétives et celles qui ne le pourraient pas.

2. Classification des règles de conflit de lois selon le contenu de leur catégorie de rattachement

L'ensemble des questions de droit se répartit, en droit international privé, dans différentes catégories de rattachement. Plusieurs de ces catégories présentent une certaine homogénéité en regroupant des questions de droit de même essence. Leur classification ne soulève alors guère de difficultés : suivant les cas, elles relèvent tantôt d'une « zone blanche », susceptible de supplétivité, tantôt d'une « zone noire », insusceptible de supplétivité. Seulement, il existe aussi une « zone grise ». Certaines matières regroupent en effet des questions de droit d'essence différente, et paraissent à ce titre plus hétérogènes. Il va donc être nécessaire de distinguer, au sein de chacune d'entre elles, les questions susceptibles d'être tranchées par une loi choisie par les parties, et les autres qui en sont insusceptibles.

¹³ V. par ex., Ch. mixte, 7 juill. 2017, *JCP* 2017. 926, note CH. QUEZEL-AMBRUNAZ ; *RTD Civ.* 2017. 829, note L. USUNIER ; *RTD Civ.* 2017. 872, note P. JOURDAIN ; *RTD Civ.* 2017. 882, note P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2017. 1800, note M. BACACHE ; *Gaz. Pal.* 10 oct. 2017, n°34, p. 30, note N. BLANC ; *Gaz. Pal.* 31 oct. 2017, n°37, p. 65, note N. HOFFSCHIR ; *CCC* 2017/11, p. 24, note L. LEVENEUR.

La zone blanche, tout d'abord, regroupe les différentes règles de conflit relatives à *l'avoir*, qui sont susceptibles, à ce titre, d'être supplétives. Il en va ainsi en matière de biens considérés *ut singuli*, mais aussi lorsque les biens sont envisagés *ut universi*, comme en matière de régime matrimonial et de succession. Cette possible supplétivité ne signifie pas, cependant, qu'il faille nécessairement autoriser des accords dérogoratoires de choix de loi dans ces matières. La supplétivité ne doit être retenue que si et dans la mesure où la désignation subjective de la loi applicable participe à l'accomplissement de la justice conflictuelle, telle qu'elle a été définie par le législateur en matière de biens, de régime matrimonial et de succession. Ce n'est, donc, qu'une fois déterminés les intérêts protégés par leur critère de rattachement respectif, retenu à titre objectif, qu'il sera possible de trancher en faveur de la supplétivité ou de l'impérativité de chacune de ces règles de conflit.

La zone noire regroupe, quant à elle, les règles de conflit relatives à *l'être et ses devoirs*. Celles-ci ne sauraient être supplétives, sauf à nier l'essence des questions de droit qui y sont rattachées. Il en va ainsi de l'ensemble des règles de conflit relatives à l'état et la capacité des personnes, et de celles relatives aux devoirs d'état (responsabilité parentale et effets personnels du mariage). Cette impossibilité n'est pas la conséquence d'un choix politique peu libéral, qui refuserait une plus grande autonomie de la volonté en matière internationale, mais de l'essence des questions regroupées dans ces catégories de rattachement. Malheureusement, le législateur n'a pas toujours respecté ce donné et a pu énoncer la supplétivité de certaines de ces règles de conflit. Une telle solution, pourtant, est rationnellement inconcevable et compromet la cohérence du système juridique.

D'autres catégories de rattachement paraissent, toutefois, plus délicates à classer, en raison de leur hétérogénéité. Plusieurs regroupent à la fois des questions relatives à *l'avoir* ou à des *obligations*, et des questions relatives à des *devoirs*. C'est le cas, plus particulièrement, des règles de conflit ayant pour objet les obligations et transmissions nées tantôt de la *violation* d'un devoir, tantôt du *respect* de devoirs. Selon que la question de droit concerne l'obligation ou le devoir, elle est susceptible (ou non) d'une réponse subjective – et partant, d'être tranchée par application d'une loi choisie par les parties. Comme l'essence d'une question de droit ne saurait être niée, il va être nécessaire de séparer, au sein de ces catégories de rattachement, les questions les unes des autres, afin d'isoler, au sein du « gris », le « noir » du « blanc ».

La violation d'un devoir, tout d'abord, peut être sanctionnée de diverses manières ; l'une d'entre elles consiste à donner naissance à une obligation afin de compenser le tort causé par la méconnaissance du devoir. Les questions relatives à ces obligations-sanctions sont principalement regroupées, en droit international privé, dans deux catégories de rattachement : l'une relative aux *obligations alimentaires découlant de relations de famille*, l'autre, aux *obligations non contractuelles*. D'un point de vue technique, il s'agit indéniablement d'obligations. On pourrait donc *a priori* admettre que la règle de conflit qui leur est attachée puisse être supplétive. Seulement, déterminer l'existence d'une obligation-sanction revient à déterminer l'existence et le régime du devoir ainsi sanctionné, à propos desquels toute supplétivité est par essence exclue. Il apparaît donc nécessaire de distinguer, au sein de ces catégories de rattachement, les questions touchant à l'existence de l'obligation-sanction, par essence insusceptibles de supplétivité, et celles touchant au régime de l'obligation-sanction, susceptibles quant à elles de supplétivité.

Des principales catégories de rattachement que le droit international privé français connaît, seules les *obligations contractuelles* et les *dispositions à cause de mort* n'ont pas encore été envisagées. Or, ces matières visent toutes les deux des obligations ou des transmissions qui résultent, plus ou moins directement, d'une manifestation de volonté, d'un acte juridique. Il paraît alors aller de soi que ces réglementations privées relèvent de règles de conflit elles-mêmes susceptibles de supplétivité. Ce serait oublier, cependant, que la juridicité d'une obligation contractuelle ou d'une transmission testamentaire ne résulte pas de la volonté individuelle mais de ce que l'acte juridique a été *légalement formé*. Or, déterminer si un acte juridique est légalement formé consiste principalement à vérifier que la ligne de conduite du « bon contractant » ou du « bon disposant », telle qu'elle a été définie par le groupe social, a bien été observée. Il s'agit, autrement dit, de *s'assurer du respect de différents devoirs*. Il en résulte que la formation des actes juridiques ne saurait, sauf à nier tout devoir, s'opérer au regard d'une loi choisie par les parties. Les catégories de rattachement relatives aux obligations contractuelles et aux dispositions à cause de mort apparaissent ainsi, elles aussi, hétérogènes, en ce qu'elles regroupent des questions de droit d'essence différente. Il devient donc nécessaire de séparer, au sein de ces matières, les questions touchant à la formation des actes juridiques, insusceptibles de supplétivité, et celles touchant à leurs effets, susceptibles de supplétivité. Si une telle distinction peut sembler archaïque en son principe¹⁴ et audacieuse par ses effets¹⁵, elle est cependant indispensable à toute réglementation cohérente des actes juridiques internationaux.

Indéniablement, ces divisions des catégories de rattachement ne sont guère heureuses. Qui dit distinction, dit cas frontière ; des difficultés de « sous-qualification » ne devraient pas manquer d'apparaître au sein des différentes matières hétérogènes. Qui dit distinction, dit également possible applicabilité de lois différentes à une même situation, et donc, difficultés d'adaptation. Pour autant, la séparation des questions de droit semble inévitable dès lors que l'on veut accorder une place, dans ces matières, au principe d'autonomie de la volonté. On ne peut redéfinir de manière cohérente l'impérativité des règles de conflit, en tenant compte de la substance des catégories de rattachement en cause, sans tirer de conséquence de l'éventuelle hétérogénéité des questions visées. La séparation des questions au sein des matières hétérogènes apparaît, à cet égard, comme un mal nécessaire.

L'incidence à accorder aux considérations substantielles, dans le cadre d'une redéfinition plus cohérente de l'autorité des règles de conflit de lois, apparaît en fin de compte bien faible. On ne saurait déduire l'autorité des règles de conflit de lois de l'autorité d'un droit substantiel donné – qu'il s'agisse du droit objectif désigné, du droit

¹⁴ Plus connue sous le nom de *große Spaltung* – la « grande coupure », la « coupure générale des contrats » – , la distinction de la formation et des effets du contrat fut retenue en droit international privé suisse entre 1906 et 1952. Selon ce système, la loi éventuellement choisie par les parties n'avait vocation à s'appliquer qu'aux questions relatives aux effets du contrat.

¹⁵ Elle conduit, en effet, à soustraire du domaine du principe d'autonomie plusieurs questions qui s'inscrivent pourtant indéniablement dans la matière contractuelle. Et l'inapplicabilité de la loi choisie ne résulte pas de la « volonté d'application » immédiate des règles de formation des contrats, qualifiées de lois de police, mais de l'essence même des questions de droit en matière de formation des contrats.

objectif du *for*, ou des droits subjectifs litigieux. Les règles de conflit sont dictées par des considérations qui leur sont propres, relevant de la justice conflictuelle. A ce titre, la matière dans laquelle s'inscrit le litige (divorce, succession, obligations contractuelles, etc.) ne permet pas, à elle seule, de déterminer si les parties sont libres d'écarter la loi désignée par la règle de conflit, ou si les juges du fond sont tenus d'appliquer d'office la loi désignée.

Cela étant, les considérations substantielles remplissent néanmoins un rôle crucial. Selon l'objet des questions de droit regroupées dans la catégorie de rattachement, les parties seront susceptibles ou non d'être autorisées à déroger, par accord contraire, à la loi désignée par le critère de rattachement retenu. Si la règle de conflit de lois vise des questions intéressant *l'avoir* (telles que l'existence ou la circulation de prérogatives sur une chose), ou une *obligation* (la teneur ou le régime d'une prestation convenue par contrat, par exemple), une réponse subjective est concevable à un niveau substantiel. Une désignation subjective de la loi applicable est donc également concevable, à charge pour le législateur de l'autoriser ou non. Si, en revanche, la règle de conflit de lois vise des questions intéressant *l'être* (la capacité, la validité ou la dissolution d'un mariage, par exemple), ou un *devoir* (l'existence d'une obligation d'indemnisation sanctionnant la violation d'une règle de conduite, ou la bonne formation d'un acte juridique conditionnée à son respect), toute réponse subjective est exclue en raison de l'objet essentiellement social de ces questions, relatives à la structure du groupe social et à son bon ordre. Tout accord dérogatoire de choix de loi est donc, également, nécessairement exclu.

Les considérations substantielles remplissent ainsi un rôle purement *éliminatoire*. Elles ne déterminent pas, à elles seules, l'autorité des règles de conflit de lois, mais elles excluent néanmoins toute supplétivité pour certaines règles de conflit de lois, en raison du contenu de leur catégorie de rattachement. A vrai dire, dans la mesure où l'impossible supplétivité résulte de l'objet des questions de droit, il va même être nécessaire de scinder certaines catégories de rattachement, regroupant des questions de droit d'objet différent. En matière d'obligations non contractuelles, par exemple, le présupposé de la règle de conflit vise à la fois des questions d'existence de l'obligation, relatives à la sanction de l'inobservation d'un devoir préexistant, et des questions de régime, intéressant la prestation d'indemnisation à proprement parler. Partant, un accord dérogatoire de choix de loi ne serait concevable, en la matière, que pour les secondes. Et il ne sera autorisé, en toute hypothèse, que si les considérations fonctionnelles ayant dicté l'imputation du critère de rattachement le permettent. Les considérations substantielles ne joueraient alors qu'un rôle d'*élimination partielle* ; elles disqualifieraient la supplétivité pour certaines des questions visées seulement, et non pour l'ensemble de la catégorie de rattachement.

Sans doute, les conclusions de la présente thèse sont quelque peu audacieuses. Au rebours des solutions de la jurisprudence, il conviendrait d'abandonner toute définition de l'autorité des règles de conflit de lois selon la libre disponibilité des droits subjectifs. Au rebours des solutions expressément retenues par le législateur européen, il serait nécessaire d'abandonner toute supplétivité des règles de conflit de lois dès lors que la question litigieuse intéresse l'être ou un devoir. Indéniablement, ces conclusions sont pour le moins drastiques. Elles s'imposent, cependant, si l'on s'accorde sur la nécessité de définir l'autorité des règles de conflit de lois de manière cohérente, en tenant compte aussi bien des considérations conflictuelles ayant dicté l'imputation des

critères de rattachement que des considérations substantielles visées par les catégories de rattachement.

C'est alors le souci de cohérence qui pourrait prêter le flanc à la critique. N'y a-t-il pas là un certain dogmatisme ? L'affirmation d'une *impossible* supplétivité de certaines règles de conflit qui, pourtant, *sont* supplétives en droit positif a, il est vrai, de quoi laisser le lecteur perplexe... Si la supplétivité a été retenue par le législateur, cela semble bien indiquer qu'elle est *possible* ! A vrai dire, nous n'avons pas en vue une impossibilité *concrète* ; rien n'est impossible au législateur. En réalité, l'impossibilité ici en cause est purement *abstraite*. D'un point de vue strictement logique, laisser les parties déroger, par un accord de choix de loi, à la loi objectivement désignée en matière de divorce ou d'existence d'une obligation non contractuelle apparaît comme une contradiction dans les termes. Pour le reste, le législateur demeure parfaitement libre d'énoncer des solutions incohérentes, injustes ou contradictoires. Seulement, il nous semble aussi relever de la mission du juriste de mettre en lumière ces éventuelles défaillances, et de proposer des solutions alternatives à même d'y remédier. Certes, le Droit peut être incohérent. Mais l'incohérence engendre l'injustice, et un Droit qui porte en lui les germes de l'injustice n'a guère de chance de survivre à l'épreuve du temps.

La coordination du Mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques¹

Mme Clémentine LEGENDRE

Maître de conférences, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

L'une des fonctions essentielles du Droit est d'assurer la mise en ordre, la coordination des comportements humains. Cette mise en ordre des actions des individus réalisée par chaque État risquerait toutefois d'être mise à mal si les différents États ne se coordonnaient pas entre eux. Si chacun règlementait les conduites sociales sans tenir compte de l'existence d'autres États assumant cette même tâche, il en résulterait des difficultés particulièrement graves pour les individus impliqués dans une relation internationale. Un même individu risquerait, par exemple, d'être considéré comme mari et père dans un État et non dans un autre. Pour éviter ces conséquences fâcheuses, le droit international privé s'est donné pour objectif de coordonner les ordres juridiques étatiques impliqués par une relation privée internationale.

Le point de départ de cette recherche repose sur l'identification d'une autre menace à la coordination réalisée par chaque ordre juridique étatique. Elle émane cette fois d'un système extra-étatique : le Mouvement sportif international. Ce système règlementant le fonctionnement du sport mondial, il est à craindre qu'il n'entre en conflit avec les ordres juridiques intervenant également en cette matière : les ordres juridiques étatiques et supra-étatiques. La nécessité d'une coordination de ces ordres juridiques et du Mouvement sportif international n'apparaît toutefois clairement qu'une fois ce dernier système mieux cerné.

L'expression Mouvement sportif international désigne l'ensemble formé par les institutions en charge de l'organisation du sport à l'échelle mondiale et leurs membres. Il inclut ainsi les organisations sportives internationales – à savoir les fédérations sportives internationales et le Comité international olympique – et leurs membres c'est-à-dire les organisations sportives nationales mais aussi les membres de ces dernières, les clubs, les sportifs, les agents, etc. Ce système est très institutionnalisé et hiérarchisé, chaque échelon s'engageant à se conformer aux exigences formulées par les échelons supérieurs. Le Mouvement sportif international prétend exercer différentes prérogatives. Il entend, tout d'abord, règlementer la matière sportive. Il veille ensuite à la résolution des litiges susceptibles de survenir entre ses membres. Les organisations sportives internationales disposent d'un organe disciplinaire et, afin que les litiges ne soient ensuite portés devant les juridictions étatiques, elles ont veillé à la création d'une « Cour suprême du sport mondial », le Tribunal arbitral du sport (TAS), ayant son siège en Suisse. Le Mouvement sportif international veille enfin à l'exécution de ces décisions généralement sans intervention des États.

¹ Thèse rédigée sous la direction de M. le Professeur Sylvain BOLLEE (Université Paris 1) et soutenue le 24 juin 2019 à l'Université Paris I devant un jury composé des Professeurs S. BESSON (Université de Neuchâtel) ; B. HAFTEL (Université Paris XIII) ; F. LATTY (Université Paris-Ouest Nanterre, Paris X) et E. LOQUIN (Professeur émérite à l'Université de Bourgogne).

Le Mouvement sportif international est un système foncièrement original. En parvenant à régler effectivement la matière sportive et à résoudre les litiges survenant en son sein, il contredit le monopole étatique sur ces activités. Il dénote également par rapport aux systèmes extra-étatiques transnationaux les plus souvent étudiés, au premier rang desquels figure la *lex mercatoria*. Il est plus autoritaire que consensuel. L'application des normes sportives internationales et le recours aux juridictions sportives reposent, en effet, davantage sur une obligation imposée par les organisations sportives internationales que sur un véritable choix. Les sportifs n'ont, en réalité, d'autre alternative que de se soumettre aux normes et juridictions du système sportif s'ils entendent exercer leur discipline professionnellement, chaque organisation sportive internationale détenant le monopole de l'organisation des compétitions internationales de sa discipline.

Le constat de l'importante institutionnalisation et de l'effectivité du Mouvement sportif international pourrait naturellement conduire à s'interroger sur sa qualification d'ordre juridique et celle-ci pourrait, à n'en pas douter, se recommander de forts arguments. Ce n'est toutefois pas cette approche qui a été privilégiée. Le choix a, au contraire, été fait de s'intéresser à la question des relations entre les ordres juridiques étatiques, supra-étatiques et le Mouvement sportif international sans se prononcer sur la qualification d'ordre juridique de ce dernier. Plusieurs raisons ont guidé ce choix. Il apparaît, tout d'abord, que la qualification d'ordre juridique emporte assez peu de conséquences sur la coordination des entités auxquelles elle est susceptible de s'appliquer. Un système peut, par exemple, accorder une relevance à un autre sans pour autant lui reconnaître la qualité d'ordre juridique. Lorsqu'un État prend en considération une norme sportive afin de déterminer l'existence d'une faute civile, lorsqu'il annule un contrat pour sa contrariété aux bonnes mœurs ou encore accepte de reconnaître une sentence émanant du TAS, il ne reconnaît pas nécessairement la juridicité de la norme sportive ou des bonnes mœurs, il ne les considère pas nécessairement comme le produit d'un ordre juridique, il accepte toutefois de leur reconnaître une certaine efficacité. La qualification d'ordre juridique emporte ainsi des conséquences toutes relatives sur l'organisation des relations entre différents systèmes.

La question de la qualification d'ordre juridique du système sportif a également été exclue du fait de l'absence de neutralité axiologique de la notion d'ordre juridique. Cette notion véhicule une aura de légitimité. Le concept risque alors d'apparaître comme l'objet de revendications politiques, le bénéfice de la qualification d'ordre juridique apparaissant comme un moyen de défendre l'indépendance des systèmes extra-étatiques à l'égard des États et son refus comme une manière de préserver le monopole étatique, de s'inscrire en faux contre une appropriation du Droit par les pouvoirs privés. L'utilisation du concept d'ordre juridique semble, par conséquent, susceptible de brouiller la vision du Mouvement sportif international en l'entourant d'une légitimité postulée. Pour ces différentes raisons, le concept d'ordre juridique n'est pas apparu comme un outil nécessaire à l'étude de la coordination de différents systèmes. Plutôt que de s'intéresser, en amont, à la qualification d'ordre juridique, le parti pris a été d'étudier le cadre théorique mobilisé, par les ordres juridiques étatiques et supra-étatiques, pour appréhender le Mouvement sportif international afin d'en mesurer la pertinence. Le cadre théorique ainsi précisé, il reste à démontrer la nécessité d'une coordination des systèmes étatiques, supra-étatiques et sportifs.

Le Mouvement sportif international régit effectivement la matière sportive. Il n'est toutefois pas le seul. Si les ordres juridiques étatiques et supra-étatiques se sont longtemps désintéressés de la réglementation du sport, le constat est aujourd'hui fort différent. La pluralité de systèmes susceptibles d'intervenir en cette matière fait naturellement craindre leurs collisions. Si chacun d'entre eux régleme le secteur sportif dans l'indifférence des autres, il y a fort à parier que, comme dans les relations entre les ordres juridiques étatiques, la mise en ordre réalisée par l'un soit menacée par celle de l'autre et qu'à l'échelle internationale le désordre règne. Il suffit, pour s'en convaincre, de songer à la situation du sportif autorisé à concourir par les juridictions étatiques mais interdit d'accès aux compétitions par une organisation sportive. Ces conflits produisent, à l'évidence, des conséquences problématiques pour les destinataires communs de ces systèmes. Ils risquent, en effet, de se trouver dans une situation problématique, confrontés à des injonctions contradictoires. À l'image du droit international privé qui veille à la coordination des ordres juridiques étatiques afin de réduire les effets néfastes de cette diversité d'ordres juridiques pour les personnes privées, la coordination du Mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques devrait s'imposer afin d'éviter que les destinataires de ces systèmes ne soient pris entre deux feux.

Une fois établie la nécessité d'une coordination des systèmes étatiques, supra-étatiques et sportifs, c'est sur la question cruciale des voies de la coordination de ces systèmes que la thèse s'est portée. Comment les ordres juridiques étatiques et supra-étatiques se coordonnent-ils avec le Mouvement sportif international ? Par le biais de quels mécanismes, par la mobilisation de quels appareils conceptuels organisent-ils leurs relations avec ce système ? Quelles sont les limites de cette coordination et les voies de son amélioration ? L'étude de ces diverses interrogations a conduit à un double constat. La coordination avec le Mouvement sportif international, lorsqu'elle est réalisée par l'ordre juridique étatique, souffre de nombreux maux. Les systèmes supra-étatiques paraissent, au contraire, mieux armés pour répondre aux défis de la coordination avec ce système. C'est donc naturellement vers ces systèmes que des perspectives de solution ont été recherchées.

Le remède ne pouvant être trouvé qu'une fois le mal identifié, la thèse a, en premier lieu, été consacrée à l'identification des faiblesses de la coordination réalisée par l'ordre juridique étatique (I) avant de s'atteler, en second lieu, à la recherche de solutions au sein des ordres juridiques supra-étatiques (II).

I. Les limites de la coordination réalisée par l'ordre juridique étatique

La coordination avec le Mouvement sportif international réalisée par l'ordre juridique étatique varie considérablement selon que le litige a vocation à être porté devant ses juridictions ou devant un tribunal arbitral. En l'absence de toute convention d'arbitrage, l'ordre juridique étatique affirme la soumission du Mouvement sportif international à son droit. Il refuse de reconnaître l'existence d'un pouvoir sportif autonome. Il ne s'oppose toutefois pas à ce que ce système bénéficie d'une certaine efficacité en son sein. Aussi classique soit-elle, cette conception de la coordination trouve ses limites lorsque l'on s'intéresse à la manière dont s'organisent réellement les relations entre les systèmes étatiques et sportifs. Loin de partager les vues de l'ordre juridique étatique, le Mouvement sportif international revendique son autonomie et parvient, dans une mesure non négligeable, à l'imposer. Fondée sur une conception

théorique peu révélatrice de la réalité du pouvoir sportif, la coordination par soumission du système sportif à l'ordre juridique étatique est donc également peu effective (A).

Le constat est résolument différent en cas de recours à l'arbitrage. Loin de la négation de l'autonomie du Mouvement sportif international, l'ordre juridique étatique la favorise au contraire. Il accepte de reconnaître au Mouvement sportif international des effets comparables à ceux dévolus aux ordres juridiques étatiques étrangers. Les conditions subordonnant l'efficacité accordée au système sportif sont également particulièrement libérales. L'application du régime de l'arbitrage permet dès lors de garantir une certaine harmonie des relations entre les systèmes étatiques et sportifs. La coordination réalisée par ce biais n'est cependant pas sans faille. Elle repose, tout d'abord, sur un modèle contractuel en profond décalage avec la réalité des rapports entretenus entre les membres du Mouvement sportif international. Au-delà même de cette limite conceptuelle, l'application du régime de l'arbitrage international en matière sportive conduit également à conférer au Mouvement sportif international une autonomie quasiment absolue ce qui ne peut qu'être dénoncé, particulièrement en présence d'un arbitrage imposé aux sportifs. Bien que plus adaptée que la coordination hiérarchique mise en œuvre devant les juridictions étatiques, la coordination par l'arbitrage est donc également imparfaite (B).

A. L'ineffectivité de la soumission par l'ordre juridique étatique

Dans une perspective classique, bien souvent adoptée par les ordres juridiques étatiques, il n'existe qu'un seul ordre juridique, celui de l'État. Le Mouvement sportif international étant un système extra-étatique, il ne peut qu'être soumis à l'autorité de l'État. L'ordre juridique étatique revendique ainsi la soumission du système sportif à ses exigences (1). Les limites de cette conception apparaissent cependant clairement si l'on s'intéresse au fonctionnement réel des relations entre les systèmes étatiques et sportifs (2).

1. L'affirmation de la soumission du Mouvement sportif international

La manière dont bien des ordres juridiques étatiques envisagent leur coordination avec les systèmes extra-étatiques est grandement inspirée de positivisme kelsénien. Il n'existe, dans cette perspective, qu'un seul ordre juridique sur un territoire donné, celui de l'État. Le système sportif, comme les autres systèmes extra-étatiques, n'est donc pas envisagé comme un ordre juridique concurrent, il est, au contraire, placé dans une situation de dépendance à l'égard de l'ordre juridique étatique. L'ordre juridique étatique ne lui refuse pas, pour autant, toute efficacité.

Les normes sportives étatiques peuvent, en effet, produire des effets au sein de l'ordre juridique étatique. Elles seront, tout d'abord, appliquées comme des normes juridiques obligatoires si elles s'intègrent aux catégories du droit étatique. Elles sont, le plus souvent, appliquées sur un fondement contractuel. L'existence d'une relation contractuelle valable entre les organisations sportives internationales et les sportifs est pourtant loin d'être évidente. Les sportifs n'ont d'autre choix, s'ils entendent pratiquer leur activité professionnellement, que d'accepter les réglementations des organisations sportives internationales, ces organisations sportives disposant du monopole de l'organisation de leur discipline à l'échelle internationale. Ils disposent ainsi du choix de se soumettre à ces réglementations ou de ne pas prendre part aux compétitions sportives internationales. Ce choix n'en est donc pas véritablement un. L'habit

contractuel apparaît, dans ces conditions, comme un costume mal taillé, pour appréhender des relations fondamentalement imposées comme les relations sportives.

Le contrat ne constitue cependant pas la seule porte d'entrée de la norme sportive internationale dans l'ordre juridique étatique. Elle peut également être appliquée lorsqu'elle est reprise par une fédération nationale délégataire de service public. Elle sera alors considérée comme un acte administratif unilatéral, comme une norme unilatérale imposée à ses membres. Le pouvoir exercé par les organisations sportives est alors reconnu. L'ordre juridique étatique ne reconnaît toutefois pas l'autonomie de ce pouvoir, il ne peut s'exercer que parce que l'État lui a délégué. La norme sportive n'est donc pas reconnue en tant que telle, elle est transformée en norme étatique.

Après le contrat et l'acte administratif unilatéral, la norme sportive internationale pourra, enfin, être appliquée au sein de l'ordre juridique étatique lorsqu'elle peut être qualifiée de coutume. L'intégration de la norme sportive au droit étatique par la coutume est cependant devenue rare. Les normes sportives internationales, largement codifiées, n'ont plus grand-chose à voir avec le phénomène coutumier.

À défaut d'intégrer l'une des catégories du droit étatique, la norme sportive pourra encore produire une efficacité en étant cette fois considérée comme un fait. Elle est alors consultée par les juridictions étatiques afin d'apporter un renseignement utile à la résolution du litige. Elle peut, par exemple, être utilisée par les juridictions étatiques dans la caractérisation de la faute civile. Dans ces hypothèses, la norme sportive ne produit alors pas ses effets propres, elle produit d'autres effets que le for lui attribue. En reléguant la norme sportive au statut de fait, l'ordre juridique étatique révèle, une nouvelle fois, sa volonté de soumettre le Mouvement sportif international, de nier son pouvoir et son autonomie sans pour autant renoncer à lui reconnaître une certaine efficacité.

Cette conception de la coordination ne convainc pas pleinement, le Mouvement sportif international ne paraissant pas, de fait, soumis à l'ordre juridique étatique mais, au contraire, largement autonome.

2. Les limites de la soumission du Mouvement sportif international

La conception que l'ordre juridique étatique se fait de sa coordination avec le système sportif recèle différentes failles. L'ordre juridique étatique refuse, tout d'abord, d'envisager le système sportif comme un système concurrent, il le place sous sa coupe. Le Mouvement sportif n'accepte toutefois pas cette soumission et revendique, au contraire, son indépendance à l'égard de l'ordre juridique étatique. Cette prétention pourrait prêter à sourire s'il ne parvenait pas, dans nombre d'hypothèses, à assurer son autonomie à l'égard des ordres juridiques étatiques notamment grâce au pouvoir qu'il détient sur ses membres.

Dans différentes affaires, les juridictions étatiques ont, par exemple, suspendu ou annulé une sanction infligée par une organisation sportive, bien souvent une interdiction de participer à une compétition. Ces affaires ne se sont toutefois pas arrêtées là. Pour s'assurer de la primauté de la décision sportive sur la décision étatique, les organisations sportives ont menacé de sanctions les sportifs qui accepteraient de concourir contre le sportif sanctionné. Alors même qu'il était autorisé à concourir par les juridictions étatiques, le sportif n'a pu participer à ces compétitions en l'absence de compétiteurs. La contrainte susceptible d'être mise en œuvre à l'encontre des membres

du Mouvement sportif constitue ainsi un moyen redoutable de garantir l'effectivité de la norme sportive sur la norme étatique contraire.

Le Mouvement sportif international ne paraît donc ni dépendant ni subordonné à l'ordre juridique étatique du moins pas de manière systématique. Bien plus, c'est même l'ordre juridique étatique qui se soumet au système sportif lorsqu'il se trouve en position de faiblesse à son égard, notamment à l'occasion de la sélection du pays hôte d'une compétition internationale. Dans ces hypothèses, le Mouvement sportif international parvient bien souvent à obtenir de l'État qu'il modifie ses normes pour les conformer à ses exigences. L'État consent alors à des exemptions d'impôts, au recours à l'arbitrage dans des matières dans lesquelles il est généralement interdit voire à une certaine collaboration avec les organisations sportives internationales dans l'émission de la monnaie.

Le renversement de perspective avec la manière dont l'ordre juridique étatique envisage sa coordination avec le système sportif est total. Loin de la subordination du système sportif au système étatique revendiquée par ce dernier, le Mouvement sportif international parvient très largement à garantir son autonomie à l'égard des ordres juridiques étatiques voire sa primauté. Cette autonomie n'est bien sûr pas absolue, l'ordre juridique étatique parvenant, dans une certaine mesure, à le soumettre à son droit, elle reste néanmoins considérable.

Peu révélatrice du fonctionnement réel du Mouvement sportif international, la soumission du système sportif revendiquée par l'ordre juridique étatique est donc également fréquemment ineffective. Le constat de l'autonomie du système sportif met surtout en lumière les conséquences néfastes qui résultent, pour les individus, des revendications concurrentes de primauté des systèmes étatiques et sportifs. Les destinataires de ces systèmes peuvent, en effet, se trouver face aux injonctions contradictoires de ces systèmes, situation qui n'est pas sans évoquer le déni de justice.

La coordination par soumission du Mouvement sportif international est donc profondément insatisfaisante. Le modèle théorique mobilisé par l'État semble peu adapté à l'appréhension des relations entre les systèmes étatiques et sportifs. En postulant l'existence d'un ordre juridique unique, l'État, et la dépendance de tout autre système à son égard, il n'offre pas un cadre d'analyse éclairant des relations avec le système sportif, ce dernier disposant de fait d'une autonomie considérable. La coordination par soumission du système sportif souffre également une effectivité relative, le Mouvement sportif international parvenant, dans une mesure non négligeable, à garantir son autonomie à l'égard de l'État. Cette coordination soulève enfin des difficultés importantes pour les individus qui risquent de se trouver sous les feux croisés des systèmes étatiques et sportifs. L'ordre juridique étatique ne se coordonne toutefois pas systématiquement avec le Mouvement sportif international en revendiquant sa soumission. Il semble, au contraire, reconnaître son autonomie par l'intermédiaire du régime de l'arbitrage.

B. Les excès de l'autonomie conférée par l'arbitrage

Par l'intermédiaire du régime de l'arbitrage international, l'ordre juridique étatique reconnaît au Mouvement sportif international une autonomie considérable (1). Il accorde des effets déterminants aux normes sportives internationales, effets bien souvent comparables à ceux dévolus aux normes étatiques étrangères. Pour que ces

effets soient accordés au système sportif, l'arbitrage réalisé sous l'égide du TAS doit néanmoins répondre aux conditions auxquelles l'ordre juridique subordonne cette efficacité. Ces conditions sont toutefois appréciées avec un libéralisme tel que l'autonomie ainsi conférée semble quasiment illimitée (2).

1. La reconnaissance de l'autonomie du Mouvement sportif international

Par l'intermédiaire du régime de l'arbitrage international, les ordres juridiques étatiques se coordonnent de diverses manières avec le Mouvement sportif international. Certains d'entre eux se coordonnent, tout d'abord, avec l'arbitre du TAS en privant momentanément leurs juridictions de compétence pour se prononcer sur le litige et en reconnaissant une priorité à l'arbitre pour statuer sur ce point. Par ce biais, l'ordre juridique étatique se coordonne de manière particulièrement forte avec l'arbitre du TAS. Il ordonne, en effet, le recul de ses juridictions au profit de ce dernier. Cette coordination favorise dès lors l'harmonie des relations entre les systèmes étatiques et sportifs en évitant que des décisions contradictoires ne soient rendues.

Le régime de l'arbitrage international assure ensuite une coordination avec la sentence. Comme le jugement étranger, la sentence arbitrale pourra se voir attribuer, dans l'ordre juridique du for, autorité de chose jugée et force exécutoire à des conditions généralement très libérales. La coordination ainsi réalisée avec une norme externe, la sentence arbitrale, est, une fois encore, particulièrement importante, s'agissant pour l'ordre juridique étatique d'adopter en son sein la décision prise par d'autres juridictions que les siennes, d'aligner son point de vue sur celui que la sentence consacre voire de mettre au service de cette décision ses organes de contrainte. La reconnaissance et l'exécution, par l'ordre juridique étatique, de la sentence rendue sous l'égide du TAS assure, elle aussi, une certaine harmonie des solutions entre les systèmes étatiques et sportifs. Si la sentence répond aux exigences posées à cette fin par l'ordre juridique, le point de vue exprimé par la sentence représentera tant celui des systèmes étatiques que sportifs.

De manière plus indirecte, les ordres juridiques étatiques se coordonnent également avec les normes sportives internationales en reconnaissant à l'arbitre la possibilité de trancher le litige par application de normes extra-étatiques. En autorisant l'application par l'arbitre des normes sportives internationales, l'ordre juridique étatique se coordonne avec ces dernières. Il admet la possibilité d'une exclusion, d'un recul de ses normes au profit de normes privées. Dans ces hypothèses, l'ordre juridique étatique leur reconnaît un statut identique à celui d'une loi étrangère. La solution s'oppose donc radicalement à celle s'imposant devant les juridictions étatiques. Soumise au respect de l'ensemble des dispositions impératives de la loi applicable devant le juge étatique, la norme sportive internationale se voit, au contraire, reconnaître un statut équivalent à celui d'une loi étatique en matière d'arbitrage. Forts de la liberté ainsi accordée par les ordres juridiques étatiques, les arbitres du TAS en font très largement usage et appliquent presque systématiquement les normes sportives internationales.

L'importance des effets que l'ordre juridique étatique se déclare prêt à accorder, par l'intermédiaire du régime de l'arbitrage international, au Mouvement sportif international n'est pas sans conséquence sur la conception théorique qu'il se fait de ce système. Loin de l'affirmation de la dépendance de ce dernier à son égard, il semble, au contraire, admettre une certaine équivalence, une concurrence entre les systèmes étatiques et sportifs. En reconnaissant la juridicité, l'obligatorité des règles édictées par

un système privé et des sentences émanant de juridictions privées, l'État paraît admettre un certain pluralisme. Or, la perspective pluraliste offre une description plus satisfaisante des relations entre les systèmes étatiques et sportifs. Elle permet de reconnaître l'existence d'un système sportif, dans une certaine mesure autonome de celui de l'État, et d'envisager la manière dont chacun d'eux organise ses relations avec l'autre.

L'application du régime de l'arbitrage international en matière sportive aboutit également à une redéfinition de la position de l'arbitre à l'égard des ordres juridiques étatiques et des parties. S'il est classiquement considéré que l'arbitre dispose d'une autonomie limitée non seulement à l'égard des parties – à qui il doit son investiture – mais également des ordres juridiques étatiques – qui peuvent menacer la validité ou l'exécution de sa sentence – l'autonomie du l'arbitre du TAS est, au contraire, essentiellement restreinte par le système sportif et l'ordre juridique du siège. Les parties jouant un rôle moindre dans la nomination des arbitres, les organisations sportives internationales contribuant en amont à la sélection des arbitres figurant sur la liste d'arbitres, l'arbitre voit, en effet, son autonomie accrue à l'égard des parties mais limitée par son appartenance au système sportif. Les demandes d'exequatur étant, de plus, rares, il est également plus autonome à l'égard des autres ordres juridiques étatiques que celui du siège.

Par l'intermédiaire du régime de l'arbitrage international, l'ordre juridique étatique est donc prêt à accorder une autonomie déterminante au Mouvement sportif international. Pour en bénéficier, il faut cependant qu'il réponde aux conditions subordonnant le bénéfice de cette autonomie.

2. L'encadrement insuffisant de l'autonomie du Mouvement sportif international

Les effets que les ordres étatiques se déclarent prêts à accorder au Mouvement sportif international, par l'intermédiaire du droit de l'arbitrage international, ne sont pas inconditionnés. Les conditions subordonnant la mise en œuvre de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, l'application des normes sportives internationales ou la reconnaissance de la sentence se recoupent globalement. Or, par application de ces conditions, l'efficacité de la convention d'arbitrage au profit du TAS et de la sentence arbitrale rendue sous son égide ne relèvent pas de l'évidence.

L'efficacité de la convention d'arbitrage et de la sentence pourraient, tout d'abord, être menacées par les spécificités de l'organisation du TAS. L'arbitrage sportif est, en effet, organisé de manière singulière. Le TAS est intimement lié aux organisations sportives qui contribuent à son financement et à la nomination des arbitres le composant. Son indépendance à l'égard des organisations sportives peut, dans ces conditions, être discutée. Le recours au TAS est, par ailleurs, systématiquement imposé à l'ensemble des participants à l'activité sportive internationale. La validité du consentement du sportif – qui n'a pas réellement le choix de recourir à cet arbitrage – semble également douteuse. Ces différents obstacles ont été surmontés par de nombreuses juridictions étatiques qui, malgré la parfaite conscience de ces limites, ont choisi de les dépasser par faveur à la résolution des litiges sportifs internationaux sous l'égide du TAS.

L'efficacité de la convention d'arbitrage et de la sentence arbitrale rendue sous l'égide du TAS pourraient également être menacée par les conditions posées par les ordres juridiques étatiques cette fois concernant le fond, la substance du litige. Les ordres juridiques étatiques excluent, tout d'abord, que certains litiges, du fait de leur nature, puissent faire l'objet d'un arbitrage. Or, l'arbitrabilité des litiges sportifs pourrait être menacée. La proximité des matières disciplinaire et pénale ou encore les liens étroits de nombreux litiges avec l'exercice d'une activité professionnelle constituent autant d'obstacles potentiels à l'arbitrabilité des litiges sportifs. Ces obstacles sont, une nouvelle fois, largement surmontés. L'arbitrabilité est, au moins en droit suisse de l'arbitrage international, définie de manière particulièrement large et les contraintes, éventuellement plus importantes, posées par les autres ordres juridiques que celui du siège sont peu effectives en matière sportive. Les demandes d'exequatur étant particulièrement rares en ce domaine, les tribunaux arbitraux ne sont pas réellement contraints de prendre en compte ces droits, leur violation ne menaçant pas l'efficacité de leur sentence. Le même constat s'impose concernant le contrôle de l'ordre public international si étroit que les contraintes imposées par son biais sont extrêmement faibles.

L'application du régime de l'arbitrage international à la matière sportive aboutit ainsi, pour les ordres juridiques étatiques, à reconnaître au Mouvement sportif une autonomie quasiment illimitée. Ils attribuent, en effet, une efficacité considérable à ce système sans véritable limite, contrepoids. L'autonomie conférée au Mouvement sportif international semble, par conséquent, excessive.

La coordination réalisée par l'intermédiaire du régime de l'arbitrage international laisse donc une impression mitigée. Inspirée d'une conception pluraliste plus adaptée à l'appréhension des systèmes étatiques et sportifs et garante d'une certaine harmonie des solutions entre ces systèmes, cette coordination n'emporte cependant pas pleinement la conviction. Le fondement du recours à l'arbitrage est, d'une part, réputé contractuel ce qui n'est pas réellement convaincant, les relations entre les organisations sportives internationales et leurs membres apparaissant davantage comme des relations de pouvoirs. Appliqué en matière sportive, le libéralisme du droit de l'arbitrage conduit, d'autre part, à reconnaître au Mouvement sportif international une autonomie presque absolue. Or, l'absence de véritables garde-fous encadrant l'action de tribunaux arbitraux imposés aux membres du Mouvement sportif international paraît difficilement justifiable.

Qu'elle soit réalisée par les juridictions étatiques ou par l'intermédiaire du régime de l'arbitrage international, divers tourments affectent donc la coordination réalisée isolément par chaque ordre juridique étatique. Reste alors à voir si la coordination mise en œuvre par les ordres juridiques supra-étatiques pourrait fournir un certain nombre de remèdes aux maux dont souffre la coordination réalisée unilatéralement par l'ordre juridique étatique.

II. Les voies de l'amélioration inspirées des ordres juridiques supra-étatiques

La coordination mise en œuvre par les ordres juridiques supra-étatiques est généralement plus satisfaisante que celle réalisée par un ordre juridique isolé. La manière dont les ordres juridiques régionaux – principalement l'Union européenne et le Conseil de l'Europe – se coordonnent avec le Mouvement sportif international en est une

première illustration. Ces ordres juridiques revendiquent la soumission du Mouvement sportif international à leurs exigences. Cette soumission est toutefois fondée sur un cadre conceptuel plus adapté que celui mobilisé par les ordres juridiques étatiques. Loin de la négation du pouvoir sportif, les ordres juridiques régionaux le reconnaissent explicitement. La reconnaissance du pouvoir du Mouvement sportif international n'aboutit cependant pas à reconnaître sa souveraineté sur la matière sportive mais, au contraire, à davantage l'encadrer. Cette conception de la coordination séduit. Elle pourrait dès lors convaincre les ordres juridiques étatiques de réformer leur coordination avec le système sportif sur le modèle des ordres juridiques régionaux.

L'internationalisation de la coordination apparaît également comme une alternative satisfaisante. En certains domaines, les États et le Mouvement sportif international coopèrent afin de réduire les hypothèses de conflit entre eux. Ils ont, par exemple, créé, en matière de dopage, une organisation les représentant paritamment chargée de l'harmonisation de leurs normes. Ce type d'initiative séduit à bien des égards. Cette coopération garantit notamment l'harmonie internationale des solutions, les États et le Mouvement sportif international s'étant accordés. La coopération n'est cependant aujourd'hui que ponctuelle. Ses avantages indéniables pourraient alors conduire à envisager de l'étendre afin de proposer une coordination ou une coopération plus large de la communauté des États et du Mouvement sportif international.

Deux modèles de coordination se dessinent donc à l'échelle internationale. Le premier, est fondé sur la reconnaissance de la légitimité du pouvoir sportif (A), le second sur l'accord des systèmes étatiques et sportifs (B). Chacun d'entre eux paraît en mesure d'améliorer les faiblesses de la coordination réalisée par l'ordre juridique étatique.

A. La coordination fondée sur la reconnaissance du pouvoir du Mouvement sportif international

La coordination réalisée par les ordres juridiques régionaux convainc à différents égards. Elle est, tout d'abord, fondée sur un cadre théorique plus adapté que celui mobilisé par les ordres juridiques étatiques. Contrairement aux États qui envisagent les relations entre les membres du système sportif comme des relations contractuelles, les ordres juridiques régionaux reconnaissent explicitement le pouvoir exercé par le Mouvement sportif international. Cette coordination est, de plus, effective, l'internationalité de ces systèmes les plaçant, bien souvent, en position de force à l'égard du Mouvement sportif international. L'opportunité de la coordination déployée par l'Union européenne et le Conseil de l'Europe pourrait dès lors convaincre les États de réformer leur coordination sur ce modèle. Avant de se pencher sur l'éventuelle consécration, par l'ordre juridique étatique, d'une coordination fondée sur la reconnaissance du pouvoir exercé par le système sportif (2), il faut, au préalable, s'attacher à présenter la coordination régionale et ses atouts (1).

1. Le modèle : la coordination indirecte par les ordres juridiques régionaux

Les ordres juridiques régionaux, principalement l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme se coordonnent avec le Mouvement sportif international en le soumettant à leurs droits.

La Cour de justice – par l'intermédiaire du renvoi préjudiciel – et la Commission – par son contrôle du respect du droit de la concurrence – ont affirmé la soumission du Mouvement sportif international à un nombre considérable de normes de l'Union européenne. La Cour de justice l'a, tout d'abord, assujéti aux libertés de circulation qui

ne disposent, en principe, que d'un effet vertical et ne font donc peser d'obligations que sur les États membres. La Cour de justice a néanmoins dépassé ce raisonnement pour soumettre certains pouvoirs privés, détenteurs d'un pouvoir de réglementation comparable à celui des États, à leur respect. Contrairement aux ordres juridiques étatiques, prompts à nier l'existence de pouvoirs privés, la Cour de justice reconnaît explicitement leur existence. Le cadre théorique ainsi déployé, plus révélateur du fonctionnement réel du Mouvement sportif international, emporte la conviction. Le Mouvement sportif international est également soumis, cette fois tout à fait classiquement, à l'ensemble des normes de l'Union européenne dotées d'un effet dit horizontal et, en particulier, au droit de la concurrence. Cette coordination, théoriquement satisfaisante, est également effective. Les ordres juridiques étatiques s'assurent de la soumission du Mouvement sportif international au droit de l'Union européenne et le système sportif se conforme globalement à ce droit.

L'Union européenne n'est pas le seul ordre juridique régional à revendiquer la soumission du Mouvement sportif international à ses exigences. C'est également le cas de la Cour européenne des droits de l'homme selon une logique bien souvent comparable à celles du droit de l'Union européenne. La CESDH n'avait initialement vocation qu'à s'appliquer verticalement c'est-à-dire aux rapports entre la puissance publique et les personnes privées. Face aux développements de pouvoirs privés également en mesure de menacer certains droits fondamentaux, la Cour européenne a très largement étendu l'application de cette Convention aux rapports entre personnes privées. Les États doivent, par conséquent, s'assurer du respect de la Convention dans les relations privées en général et, en particulier, en matière sportive. Les États parties doivent donc s'assurer de la compatibilité des réglementations sportives internationales et des sentences arbitrales du TAS aux droits garantis par la Convention avant de leur reconnaître une efficacité quelconque. Le Mouvement sportif international est ainsi indirectement soumis au respect de la CESDH. Cette soumission risque de produire des conséquences importantes pour le Mouvement sportif international, les risques de frictions entre les normes sportives internationales et les droits fondamentaux étant nombreux.

Pour que de telles conséquences se produisent, encore faut-il toutefois que le Mouvement sportif international se soumette effectivement à la Convention. Or, la soumission du Mouvement sportif international à la CESDH est, à ce jour, relative. Le Tribunal fédéral suisse réserve, en effet, une place mineure à la Convention en matière d'arbitrage en refusant de contrôler la conformité de la sentence à la CESDH sauf lorsque les droits consacrés par la Convention sont d'ordre public international. Les tribunaux arbitraux du TAS sont également, bien souvent, réticents à faire application de la Convention. Le récent arrêt *Mutu et Pechstein* rendu par la Cour pourrait toutefois contraindre les États contractants et, en conséquence, les tribunaux arbitraux du TAS à faire plus de cas de la Convention. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que l'arbitrage du TAS était un arbitrage forcé qui devait, en conséquence, être soumis au respect de l'ensemble des exigences du droit à un procès équitable, les parties n'y ayant pas volontairement renoncé. La Cour ayant, on ne peut plus clairement, affirmé la soumission de l'arbitrage sportif à la Convention, les États contractants et le TAS devraient désormais prendre acte de cette soumission.

La coordination mise en place par les ordres juridiques régionaux séduit donc. Contrairement aux ordres juridiques étatiques, l'Union européenne et la Cour

européenne des droits de l'homme ne nient pas le pouvoir exercé par le Mouvement sportif international mais le reconnaissent au contraire. Conceptuellement, cette coordination est donc plus convaincante que celle mise en œuvre par les ordres juridiques étatiques. La soumission du Mouvement sportif international aux ordres juridiques régionaux permet également de limiter le libéralisme excessif du régime de l'arbitrage international en contraignant les États parties à poser davantage de limites à son efficacité. Cette soumission est, en définitive, plus effective que celle mise en œuvre par l'ordre juridique étatique. Au regard de ces différents atouts, les ordres juridiques étatiques pourraient réformer leur coordination avec le Mouvement sportif international sur ce modèle.

2. La transposition du modèle par l'ordre juridique étatique

La coordination mise en œuvre par les ordres juridiques régionaux pourrait constituer un modèle d'inspiration pour les États pour réformer la manière dont ils se coordonnent avec le Mouvement sportif international. Ils pourraient, en effet, renoncer à accoler un schéma contractuel inadapté pour reconnaître le pouvoir exercé par le Mouvement sportif international. Dans un cadre conceptuel profondément marqué d'exclusivisme étatique, proposer de reconnaître la légitimité du Mouvement sportif international à imposer le recours au TAS et la soumission aux normes sportives pourrait apparaître comme un projet bien révolutionnaire. Le bouleversement doit être d'emblée relativisé, cette reconnaissance paraissant déjà implicitement réalisée. Les ordres juridiques étatiques reconnaissent déjà, à demi-mot, la légitimité du Mouvement sportif international à imposer le recours à ses juridictions et l'application de ses normes. Ils persistent toutefois à fonder l'efficacité de ce système sur un prisme contractuel qui semble, bien souvent, inadapté à l'appréhension des relations entre les organisations sportives internationales et leurs membres. Ce schéma pourrait être abandonné et la légitimité du Mouvement sportif international ouvertement reconnue. Les ordres juridiques étatiques reconnaîtraient ainsi que les litiges sportifs internationaux peuvent être résolus par le TAS et que les réglementations sportives internationales peuvent être appliquées sans qu'un consentement des sportifs ne soit nécessaire. Ils admettraient que le Mouvement sportif international peut, à l'image d'un ordre juridique étatique, imposer le recours à ses juridictions et l'application de ses normes.

Le premier mérite d'une telle proposition tient à son pragmatisme. En reconnaissant le pouvoir exercé par le Mouvement sportif international sur ses membres, l'ordre juridique étatique appréhenderait de manière plus réaliste les relations à l'œuvre entre les sportifs et les organisations sportives internationales. Il s'inscrirait dans la lignée de la Cour de justice qui a admis l'existence du pouvoir de réglementation du Mouvement sportif international et de la CEDH qui a, elle, reconnu que le recours au TAS était imposé par les organisations sportives internationales à leurs membres.

La reconnaissance du pouvoir sportif garantirait surtout une meilleure acceptabilité, par les sportifs, de ce pouvoir. Leur soumission leur semblerait sans doute plus aisément admissible si l'ordre juridique étatique en reconnaissait la légitimité. Ils n'auraient plus le sentiment d'être abandonnés à l'arbitraire du pouvoir sportif. Le sportif voyant son recours devant les juridictions étatiques rejeté parce qu'il a consenti à recourir à l'arbitrage – alors même que chacun s'accorde à reconnaître que ce consentement est largement fictif – aura sans doute une moins haute opinion de la

justice que celui qui se voit opposer la même fin de non-recevoir parce que le recours à l'arbitrage sportif est appréhendé comme le meilleur moyen de résoudre ces litiges.

Cette reconnaissance du pouvoir sportif ne se bornerait pas à un changement de perspective théorique. Elle devrait également produire des conséquences sur le régime de la coordination avec le Mouvement sportif international. Reconnaître l'absence de consentement des parties à l'arbitrage du TAS devrait, tout d'abord, aboutir à exclure l'application du régime de l'arbitrage international. Cette conséquence n'est cependant pas inéluctable. Il pourrait être envisagé de raisonner comme en matière d'arbitrage forcé. Les procédures menées sous l'égide du TAS seraient ainsi formellement exclues de la notion d'arbitrage à défaut de consentement des parties, elles seraient néanmoins soumises, au moins partiellement, au régime de l'arbitrage par la volonté du législateur. L'application, en matière sportive, du régime de l'arbitrage international paraissant globalement adapté, le législateur pourrait choisir de forcer son application.

La reconnaissance d'un tel arbitrage forcé devrait conduire l'ordre juridique étatique à adapter son droit commun de l'arbitrage international à la spécificité de cet arbitrage. La condition de consentement des parties disparaîtrait, à l'évidence, de ce régime. Le contrôle de la sentence devrait également être renforcé notamment en intensifiant le contrôle de l'ordre public international et du respect des droits fondamentaux.

Cet aménagement du régime de l'arbitrage international devrait également contraindre le TAS à un certain nombre de réformes. Les États ne devraient, en effet, reconnaître l'obligation pour le sportif de recourir au TAS qu'à la condition que ce dernier lui offre des garanties procédurales équivalentes à celles dont ils bénéficieraient devant une juridiction étatique. Or, si certaines de ces garanties sont déjà assurées en matière d'arbitrage sportif, d'autres ne le sont qu'imparfaitement. Une réforme du TAS s'imposerait afin de satisfaire cet objectif. Il s'agirait notamment de développer l'obligation de motivation de la sentence arbitrale, garantir la publicité des procédures ou encore renforcer l'indépendance du TAS à l'égard des organisations sportives.

La reconnaissance du pouvoir sportif devrait donc conduire les ordres juridiques étatiques à suivre une même logique que celle déployée par la Cour de justice et la CEDH à savoir de reconnaître le pouvoir exercé pour mieux l'encadrer, pour protéger ceux qui y sont assujettis. La réforme du régime applicable à l'arbitrage du TAS, en conséquence d'une reconnaissance par les États de la légitimité du pouvoir exercé par le Mouvement sportif international, nous semble donc opportune. Elle n'est toutefois pas la seule méthode de coordination satisfaisante susceptible d'être envisagée. La coordination, non plus unilatérale, mais instaurée par la communauté des États voire la coopération de ces derniers avec le système sportif apparaît également comme une perspective souhaitable.

B. *La coordination fondée sur l'accord du Mouvement sportif international et de la communauté des États*

Les ordres juridiques étatiques décident parfois ensemble de leurs modalités de coordination avec le Mouvement sportif international voire coopèrent avec ce système. La coordination et la coopération de la communauté des États et du Mouvement sportif international sont aujourd'hui ponctuelles, limitées à certains enjeux de la gestion du sport international, principalement le dopage et la manipulation des compétitions (1). Les différentes initiatives menées en ces domaines sont à saluer. Elles permettent d'assurer une harmonie des solutions entre les systèmes étatiques et sportifs. L'uniformité de la réglementation de la matière n'est plus assurée par le seul système sportif mais également par les ordres juridiques étatiques. Les différents bienfaits de cette coordination ponctuelle conduisent naturellement à envisager son extension (2).

1. **La coordination ponctuelle**

En certains domaines – principalement la lutte contre le dopage et la manipulation des compétitions sportives – les ordres juridiques étatiques et le Mouvement sportif international poursuivaient une finalité commune qu'ils ne parvenaient à atteindre seul, ils ont alors choisi de coopérer. Une telle alliance soulevait d'épineuses difficultés de mise en œuvre. Il s'agissait de trouver un moyen permettant à une pluralité d'États et à un système extra-étatique de s'engager réciproquement. Or, ni le droit interne ni le droit international n'organisent la possibilité d'un tel accord, ce qui surprend assez peu au vu de l'exceptionnalité de la situation. Il est tout à fait inhabituel qu'une pluralité d'États entendent s'engager au côté d'un système extra-étatique alors considéré comme un collaborateur. Des formes originales de coopération se sont ainsi développées principalement par l'intermédiaire du droit souple.

En matière de lutte contre le dopage, la coopération a, tout d'abord, consisté en la création d'une fondation de droit privé, l'Agence mondiale antidopage (AMA), en charge de la coordination de la lutte contre le dopage à l'échelle mondiale, institution représentative tant des ordres juridiques étatiques que du Mouvement sportif international. L'AMA apparaît comme une institution originale : dotée de compétences étendues, comparable à certains égards à une administration, elle est toutefois dépourvue d'un quelconque pouvoir de contrainte. La particularité de l'AMA ne se limite cependant pas à ses fonctions, elle tient également à sa composition, l'AMA étant composée paritairement de représentants de systèmes étatiques et sportifs.

La coopération des ordres juridiques étatiques et du Mouvement sportif international ne s'est pas limitée à la création d'une agence mixte, elle a également consisté en l'élaboration d'un Code mondial antidopage supposé harmoniser les normes étatiques et sportives en ce domaine. Ce code est un instrument de droit souple, il n'est pas contraignant. Cette souplesse permet à un système privé, le Mouvement sportif international, de participer à l'élaboration de normes internationales sans pour autant heurter la souveraineté des États, la norme élaborée étant dénuée de force obligatoire. L'absence de force contraignante des normes élaborées par l'AMA a cependant été rapidement palliée par les ordres juridiques étatiques. De nombreux ordres juridiques étatiques ont, en effet, conclu une convention internationale, par laquelle ils se sont engagés à respecter les principes fondamentaux édictés par le Code mondial antidopage.

La coopération ponctuelle des États et du Mouvement sportif international doit être saluée. Elle permet de dépasser les traditionnelles revendications concurrentes de primauté en matière sportive. Ce dépassement du conflit de souverainetés tient, en premier lieu, à la méthode employée : la négociation des normes censées régir la matière sportive. La négociation de la norme avec ses destinataires en renforce l'acceptabilité, la légitimité et donc l'efficacité. Négocier les règles destinées à régir la matière sportive avec le Mouvement sportif international accroît dès lors considérablement les chances qu'il s'y soumette. Or, ce point revêt une importance particulière en matière sportive au vu de la réticence généralement affichée par le Mouvement sportif international à l'égard des normes étatiques ou supra-étatiques. Au-delà, c'est l'harmonisation des normes étatiques et sportives par le Code mondial antidopage qui garantit l'harmonie de leurs relations. Cette coopération séduit d'autant plus qu'elle implique, au moins en matière de dopage, un nombre considérable d'États et l'ensemble du Mouvement sportif international, elle permet donc d'ambitionner une harmonie réellement internationale des solutions. Contrairement à la coordination unilatérale, la coopération permet de proposer une solution globale, véritablement internationale à une difficulté qui l'est tout autant. L'opportunité de la coopération de la communauté des États et du Mouvement sportif international pourrait dès lors convaincre ces différents systèmes de l'étendre.

2. Les perspectives d'extension

L'extension de la coordination de la communauté des États et du Mouvement sportif pourrait prendre des formes variées. Les États paraissant, au moins implicitement, convaincus de la légitimité du Mouvement sportif international à régler la matière sportive et à résoudre les litiges survenant en son sein, ils pourraient, tout d'abord, envisager de se coordonner avec lui en lui déléguant ces prérogatives. Ils pourraient habiliter le Mouvement sportif international à exercer certaines prérogatives, par exemple, la réglementation de l'activité sportive ou la résolution des litiges sportifs. L'organisation du sport n'étant pas sans lien avec la notion de service public, cette délégation pourrait prendre la forme d'une délégation de service public international. À l'image de l'État français qui a délégué le service public du sport aux organisations sportives nationales, la communauté des États pourrait déléguer au Mouvement sportif international le pouvoir de régir la matière sportive en son nom.

Il ne s'agirait bien sûr pas de reconnaître au Mouvement sportif international un blanc-seing pour gérer la totalité de l'activité sportive à l'échelle internationale. La délégation serait encadrée. Les ordres juridiques étatiques pourraient, par exemple, conditionner cette délégation à certaines exigences liées, par exemple, à la méthode d'élaboration des normes, à leur accessibilité mais également à des exigences substantielles. Le respect des droits fondamentaux ou encore de certains principes de bonne gouvernance seraient ainsi imposés aux organisations sportives internationales et au TAS.

La proposition présente différents mérites. La figure de la délégation convainc, tout d'abord, d'un point de vue théorique dans la mesure où elle permet d'appréhender le Mouvement sportif international pour ce qu'il est réellement : un pouvoir, comparable à celui des États, s'imposant à ses membres. Il s'agirait donc, comme dans la réforme envisagée du régime de l'arbitrage international, de reconnaître le pouvoir sportif plutôt que de le cacher derrière un masque contractuel factice. La solution garantirait également une certaine harmonie dans les relations entre les États et le

Mouvement sportif international. Les États ayant transféré au Mouvement sportif international leurs pouvoirs de règlementer l'activité sportive internationale et de résoudre les litiges sportifs internationaux, aucun conflit ne devrait survenir entre normes étatiques et sportives en cette matière.

La solution n'irait pas, pour autant, sans soulever certaines difficultés. La principale concerne la faisabilité de la proposition. Il est, en effet, complexe de réunir un consensus des États particulièrement lorsqu'il s'agit de renoncer à certaines prérogatives au profit d'un système extra-étatique. Il n'est pas également évident que les organisations sportives internationales acceptent cette nouvelle organisation de leurs relations avec les ordres juridiques étatiques. La délégation de service public n'est cependant pas la seule méthode permettant de parfaire la coordination des ordres juridiques étatiques et du Mouvement sportif international.

Au lieu de transférer au Mouvement sportif international ces prérogatives, les États pourraient les exercer avec lui notamment par la mise en place d'institutions communes. Les États et le Mouvement sportif international pourraient choisir de régir ensemble l'activité sportive internationale. Cette coopération pourrait être envisagée de diverses manières. La plus ambitieuse consisterait en une coopération étendue à la totalité de l'activité sportive internationale. Les systèmes étatiques et sportifs s'associeraient tant pour la réglementation de la matière sportive que pour la résolution des litiges sportifs internationaux. Ces prérogatives pourraient être confiées à différentes institutions les représentant paritairement. Une organisation intergouvernementale en charge de l'harmonisation des normes en matière sportive et une juridiction internationale spécialisée en matière sportive pourraient ainsi être créés.

La mise en place d'une coopération des États et du Mouvement sportif international par la création d'institutions communes en charge de la réglementation de la totalité de l'activité sportive internationale et la résolution de l'ensemble des litiges sportifs internationaux apparaît, *a priori*, comme une perspective séduisante. Elle permettrait de garantir l'harmonie des relations entre les systèmes étatiques et sportifs, ces systèmes assurant ensemble la réglementation de l'activité sportive internationale et la résolution des litiges sportifs internationaux. La perspective d'une reprise de contrôle, par les États, de ces différents pouvoirs, rassurante de prime abord, est-elle toutefois réellement nécessaire ? Ces prérogatives sont aujourd'hui largement assumées par le système sportif et ce, avec l'aval des États. Ces derniers pourraient continuer à laisser ces organisations se charger de ces différentes prérogatives et limiter leurs interventions aux hypothèses de lacune ou de défaillance du Mouvement sportif international. C'est donc vers une coopération moins ambitieuse, non plus globale mais limitée à certains domaines spécifiques, que les systèmes étatiques et sportifs devraient se tourner.

La coopération pourrait, en effet, être plus modeste. Seuls certains pouvoirs pourraient être exercés de concert par les États et le Mouvement sportif international et dans certains domaines de l'activité sportive uniquement. Dans cette perspective, la coopération ponctuelle des systèmes étatiques et sportifs convainc davantage. Elle pourrait être intensifiée en certains domaines comme la lutte contre la manipulation des compétitions sportives et initiée dans d'autres comme la bonne gouvernance des organisations sportives internationales. États et Mouvement sportif créeraient ainsi des institutions les représentant paritairement, sur le modèle de l'AMA, afin qu'elles harmonisent les normes en ces matières dans lesquelles l'intervention séparée des systèmes étatiques et sportifs est inefficace.

Des solutions existent donc pour organiser la cohabitation des systèmes étatiques, supra-étatiques et du Mouvement sportif international. Elles supposent toutefois de creuser une entaille dans le modèle westphalien, d'admettre que les ordres juridiques étatiques et supra-étatiques ne sont pas les seuls à réglementer les conduites sociales, à exercer un pouvoir sur les individus. Il ne s'agit pas pour autant de prôner l'avènement d'un monde sans État. L'État reste indéniablement un acteur central des relations privées internationales. Il n'est toutefois plus le seul. Certains systèmes extra-étatiques comme le Mouvement sportif international régisse effectivement certaines matières. L'ordre juridique étatique doit alors accepter cette pluralité pour apprendre à composer avec elle.

La convergence des pratiques conventionnelles internationales Étude du rôle des traités dans la formation de la coutume*

Alexandre Hermet

Maître de Conférence à l'Université de Strasbourg

Docteur de l'Institut des hautes études internationales, Université Paris II – Panthéon-Assas

L'étude a pour objet les situations dans lesquelles une règle coutumière est identifiée sur le fondement de plusieurs dispositions identiques ou similaires issues de différentes conventions internationales. Cette question, que l'on peut appeler convergence conventionnelle, se présente régulièrement dans la pratique internationale (voir par ex. l'arrêt du 24 mai 2007 de la Cour internationale de Justice, *Abmadou Sadio Diallo*, *Rec. CIJ*, 2007, p. 615 : la Cour affirme que la multiplication de traités bilatéraux d'investissements n'a pas conduit à une modification du droit coutumier en la matière). Cette recherche a en outre été conduite en parallèle des travaux de la Commission du droit international des Nations Unies sur l'identification du droit international coutumier (2012-2018). Le projet de conclusions adopté par la Commission en 2018 envisage très brièvement la question de la convergence conventionnelle, au second alinéa de la conclusion n° 11, selon lequel « [l]e fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier ». C'est au regard de cette actualité que la thèse a été entreprise, afin d'éclairer un objet fréquemment invoqué mais n'ayant cependant jamais fait l'objet d'une systématisation.

Une première confrontation avec la pratique internationale a conduit au constat selon lequel l'effet combiné de plusieurs dispositions conventionnelles sur la coutume se manifeste dans des cas de figure forts différents. Cet aspect s'est révélé fondamental dans la recherche, car il a eu des implications importantes sur le résultat final. Deux types de situations se distinguent de prime abord. Il s'agit tout d'abord de celles qui mettent en jeu une multitude de clauses conventionnelles rédigées en termes identiques, issues pour la plupart de traités bilatéraux. Intuitivement, on peut ainsi penser aux conventions bilatérales sur l'extradition, mais aussi, au regard de la pratique la plus récente, aux traités bilatéraux de protection des investissements. C'est d'ailleurs à leur propos que s'est prononcée la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Diallo* et que de nombreux tribunaux arbitraux ont pris position. À l'opposé de ce premier aspect de la question, la pratique internationale mobilise régulièrement quelques conventions multilatérales, en nombre très réduit cette fois, dont le champ d'application a une vocation générale. Cela se constate davantage en matière de droit international humanitaire, de droit international pénal ou encore de droit international des droits fondamentaux. L'objectif de l'étude était donc d'expliquer ces variations, afin de comprendre plus généralement comment la convergence de dispositions conventionnelles peut contribuer à l'établissement de règles coutumières.

* Le texte qui suit synthétise la thèse soutenue le 27 mars 2019 à l'Université Paris II – Panthéon-Assas, publiée courant 2021 aux éditions Pedone, et propose quelques pistes de réflexion dans son prolongement.

Après avoir présenté et analysé l'objet de l'étude en introduction, deux options méthodologiques sont exposées. En premier lieu, seules dispositions conventionnelles en vigueur ont été prise en considération. Deux raisons principales expliquent ce choix. Premièrement, cette limitation est pragmatique : face à une pratique internationale foisonnante, il convenait de ne pas s'aventurer dans une étude dont l'ambition aurait été excessivement étendue. Mais surtout, une telle limitation permettait de faire ressortir un des enjeux fondamentaux du sujet : déterminer le rôle propre des engagements formellement conventionnels dans la détermination de règles de nature coutumière. Les autres éléments que l'on pourrait regrouper sous l'expression « pratique conventionnelle », que ce soit les négociations ou actes unilatéraux précédant la formation des engagements ou les pratiques ultérieures résultant de l'application ou de l'exécution de ces engagements, ne présentent pas le même intérêt. La seconde option méthodologique concerne la place à accorder aux diverses manifestations de la coutume internationale. L'interrogation, purement méthodologique à l'origine, a rapidement eu d'importantes répercussions sur le fond de la thèse. En effet, la question n'est pas seulement celle de savoir comment prendre en compte les manifestations des règles coutumières, mais plus spécifiquement de s'interroger sur leur intérêt dans la connaissance que l'on peut avoir du droit coutumier. Afin d'affermir la cohérence de l'approche, il était nécessaire d'identifier précisément un matériau accessible à l'observation. Cette étape, qui répond à la principale difficulté soulevée par le sujet – quels éléments prendre en compte ? – a été fondamentale pour l'élaboration du résultat final. Seule une méthode résolument empirique, c'est-à-dire s'appuyant exclusivement sur des faits observables, était pertinente. Or, en matière de droit coutumier, ces faits, qui constituent les manifestations de la coutume, ne sont pas aisément identifiables. Intuitivement, on s'oriente vers la recherche des deux éléments de la coutume, la pratique et l'*opinio juris*. Mais ceux-ci, comme tout autre concept légal, ne deviennent des faits empiriques qu'une fois qu'ils sont qualifiés de pratique ou d'*opinio juris*. Les identifier avant cette qualification serait se fonder sur des suppositions. Les seules manifestations observables de la coutume disponibles étaient donc les formulations de cette dernière, qu'elles se réfèrent ou non à la théorie des deux éléments.

Cela conduit à considérer que la coutume se forme lorsqu'elle est formulée et appliquée à une situation concrète. Cette position est apparue, au fil de la recherche, comme la plus cohérente et permettant une meilleure compréhension du droit coutumier en droit international. C'est donc ces formulations, lorsqu'elles sont justifiées par la convergence de dispositions conventionnelles, qui formaient le matériau sur lequel est fondée l'étude. Cette dernière devait donc porter sur les formulations de la coutume par les autorités habilitées à dire le droit. Il s'agit en premier lieu des États, qui ont parfois l'occasion d'énoncer une règle coutumière fondée sur des dispositions conventionnelles. Ce cas de figure se trouve souvent au stade du contentieux, car la convergence conventionnelle est régulièrement plaidée par les États. La recherche s'appuie aussi, et surtout, sur la pratique des autorités juridictionnelles, qui motivent davantage leur recours à la coutume. C'est pour cette raison que les décisions de justice ou arbitrales ont une place importante dans les sources de l'étude. Enfin, ces dernières incluent, de manière plus secondaire cependant, les travaux de la Commission du droit international, les réflexions des sociétés savantes ainsi que les travaux doctrinaux.

Sur la base de ces choix méthodologiques a été construite une grille de lecture susceptible de mettre en lumière les aspects les plus saillants de l'effet des dispositions

conventionnelles convergentes dans la détermination du droit coutumier. La distinction entre, d'une part, le contenu des règles coutumières et, d'autre part, leur qualité juridique a semblé la plus pertinente. Influencée par la philosophie du langage contemporaine, elle permet, en matière juridique, d'étudier séparément deux types de raisonnements dont les approches habituelles de la coutume rendent peu compte : d'un côté la détermination de ce que fait ou vise à faire la règle ou la décision juridique considérée, comme par exemple imposer une obligation ou opérer une qualification, et de l'autre, l'affirmation de l'appartenance de cette règle ou de cette décision au monde du droit. C'est au travers de cette distinction que se manifeste tout l'intérêt de la convergence de dispositions conventionnelles : *elle apparaît comme un moyen de justifier le contenu de la règle coutumière en l'inférant d'énoncés conventionnels convergents tout en appuyant sa valeur juridique sur l'idée d'acceptation générale résultant de l'accumulation d'engagements conventionnels, lui donnant ainsi un fondement en apparence formel*. Cette hypothèse constitue donc le cœur de la thèse soutenue. Pour cela, l'étude est construite en identifiant les constantes dans les justifications des règles coutumières fondées sur la convergence de dispositions conventionnelles à propos du contenu des règles coutumières d'une part et de leur valeur juridique d'autre part.

Première partie

La convergence d'énoncés conventionnels et l'identification du contenu de la règle coutumière

La première partie de la thèse concerne la détermination du *contenu de la coutume*. Expliquant le constat initial d'un traitement différencié des dispositions conventionnelles (*cf. supra*), elle met en lumière deux modalités selon lesquelles la convergence conventionnelle influence l'identification de cette substance.

1. Le *premier titre* part en effet de ce constat simple : les dispositions conventionnelles sont diversement prises en compte pour établir le contenu des règles coutumières. En effet, certains énoncés sont facilement et fréquemment invoqués pour l'identification du contenu de la coutume alors que l'influence des autres semble bien plus réduite. La distinction entre ces deux types d'énoncés apparaît de prime abord dépendre de leur généralité. Mais cette notion est à la fois trop vague et ambiguë pour être retenue. C'est pourquoi l'étude devait être approfondie.

a. Le premier chapitre, purement empirique, est consacré à l'étude des manifestations pratiques de cette antinomie. Cela permet une meilleure compréhension de la distinction : l'effet des énoncés les plus généraux sur le contenu de la coutume est très clairement accepté, alors que les autres énoncés ont une influence bien moins évidente au premier abord. Il ne s'agit pas de dire que les premiers influencent systématiquement le contenu de la coutume et les seconds jamais, mais plutôt de constater que la pratique internationale ne rejette quasiment jamais la possibilité pour les premiers d'avoir cette influence – même si dans les situations en cause elle est parfois refusée pour d'autres motifs – alors que les seconds paraissent avoir un bien plus faible effet sur le contenu de la coutume. Cela se comprend aisément : certaines dispositions ont une vocation générale dans le sens où leurs objets ne sont pas limités à une opération d'échange de volonté mais portent au contraire des engagements partagés par tous les signataires. La pratique internationale considère que ces conventions sont, d'une manière qui pourrait presque être qualifiée d'inhérente, générales. À l'opposé,

certaines dispositions conventionnelles ne sont pas susceptibles de plusieurs mises en œuvre car elles déterminent précisément la ou les situations dans lesquelles elles produisent ponctuellement leurs effets. Cependant, l'étude de la pratique internationale montre que l'effet de ces dernières dispositions sur le contenu du droit coutumier est accepté car elles sont souvent impliquées dans la détermination de règles dont la nature coutumière est recherchée ; ce n'est que parce qu'elles semblent difficilement fonder la valeur coutumière de la règle qu'elles laissent penser que cet effet est nul. L'enseignement fondamental de ce premier tour d'horizon de la pratique est donc que tous ces énoncés agissent sur cette substance, mais de manière affirmée pour les plus généraux et plus modeste pour les autres.

b. Il s'agissait donc, dans le chapitre suivant, d'expliquer ce constat et de préciser en quoi consiste cette généralité pour en déterminer l'incidence sur l'identification des règles coutumières. La première étape a consisté à évaluer les classifications traditionnelles des traités, souvent fondés sur leur généralité, à l'aune de ces différences de traitement des dispositions conventionnelles. La recherche se révèle au premier abord plutôt décevante : aucun critère clair de discrimination adapté à l'identification de la coutume n'émerge dans les catégorisations habituelles des traités internationaux. Celles-ci se fondent sur les conventions dans leur ensemble, alors qu'en matière de détermination du droit coutumier la pratique internationale ne prend en compte que les dispositions elles-mêmes, sans se soucier de l'intégralité du traité. La grande distinction entre traités-lois et traités-contrats, notamment, dont l'intérêt est aujourd'hui à juste titre discuté, n'apporte aucune explication acceptable.

C'est donc vers une distinction fondée sur les énoncés eux-mêmes et non sur les traités dans leur ensemble qu'il faut donc se diriger. Sur cette base, l'enquête est conclusive : davantage que de leur généralité, c'est alors de leur abstraction, terme plus précis et plus juste, qu'il convient de parler. En effet, le traitement différencié des énoncés conventionnels dans la détermination de la coutume est fondé sur leur degré variable d'abstraction, c'est naturellement sur cette base qu'il faut établir la distinction. À vrai dire, il s'agit même du point de départ essentiel, et trop souvent laissé de côté, de l'étude des effets des traités sur le droit coutumier. Il s'agit en particulier de considérer qu'au sein des dispositions conventionnelles peuvent être distingués les énoncés particuliers et les règles. Cette distinction n'est pas nouvelle en doctrine et s'apparente à quelques autres classifications particulièrement fertiles.

Dès lors, l'explication du constat effectué précédemment n'exige que de distinguer les énoncés véhiculant des règles des énoncés particuliers. Les premières sont nécessairement abstraits, c'est-à-dire qu'ils peuvent s'appliquer dans un nombre indéterminé de situations. Les seconds ont un effet singularisé à une ou plusieurs situations strictement déterminées, et sont édictés dans le but de s'appliquer à ces situations, ou peuvent encore produire par eux-mêmes des effets de droit, sans nécessiter d'application, comme la détermination conventionnelle d'une frontière. C'est ainsi que s'explique le constat dressé au chapitre précédent : la contribution des énoncés particuliers à la détermination de la coutume est indirecte et moins apparente en pratique. Tel serait le cas, par exemple, des accords forfaitaires octroyant une indemnisation à la suite de l'expropriation de biens étrangers. En revanche, si les énoncés considérés sont formés de règles, par nature abstraites et hypothétiques, alors leur rôle dans l'établissement du droit coutumier sera direct et davantage manifeste. Il

en irait ainsi des accords qui posent l'obligation d'indemniser l'expropriation de biens étrangers. Cette distinction entre les décisions particulières et les règles est fondamentale pour la suite de l'étude.

2. Le *deuxième titre* de la première partie porte sur la détermination de la cohérence de ces énoncés. Si la pratique exige une nécessaire convergence entre les dispositions mobilisées, le raisonnement mis en œuvre est alors plutôt souple : il n'est pas nécessaire que les énoncés soient identiques pour identifier le sens de l'obligation coutumière, parfois même une simple concordance de leurs objets est suffisante. Le principal enseignement de l'étude en la matière est ainsi la relativité de l'appréciation de la similitude. C'est en effet en assemblant, de manière parfois artificielle, diverses dispositions qu'est identifié le contenu de la coutume.

a. Le raisonnement consiste alors en deux mouvements combinés : la sélection des énoncés et leur agrégation en un ensemble cohérent. Constituer un corpus conventionnel sur la base duquel une règle coutumière pourra être inférée implique en premier lieu une sélection des énoncés en cause selon leur similitude. Dans ce raisonnement l'autorité qui affirme la coutume conserve une certaine liberté, en établissant notamment le degré de ressemblance exigé en fonction de la règle qu'elle veut attester ou rejeter. Cette sélection s'opère en fonction de la comparabilité des circonstances dans lesquelles les énoncés ont vocation à s'appliquer. Par exemple, dans les importantes affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord*, la Cour internationale de Justice, appelée à déterminer la règle coutumière de délimitation des plateaux continentaux d'États aux côtes adjacentes a rejeté la pertinence des traités bilatéraux de délimitation des plateaux continentaux d'États se faisant face (*Rec. CIJ*, 1969, p. 45). La solution opposée, consistant à considérer que les délimitations de plateaux continentaux au large de côtes adjacentes ou se faisant face forme un tout et obéissent par conséquent à une seule et même règle, n'aurait pas été contestable.

Reste à savoir les modalités selon lesquelles la convergence des énoncés est construite. En matière de règles, la pratique apprécie davantage l'homogénéité des énoncés en cause, bien que cette appréciation soit souvent réductible à la recherche d'une fin commune. En ce qui concerne les décisions particulières, la cohérence est établie par la sélection d'un groupe homogène d'énoncés au sein d'un ensemble plus vaste. Ces observations appellent deux enseignements. En premier lieu, le raisonnement, qui réunit la sélection, l'assemblage et la comparaison des dispositions conventionnelles en cause est souvent à peine évoqué et même parfois passé sous silence. Il permet cependant de constater que la sélection et la construction d'un ensemble cohérent importent davantage en ce qui concerne les énoncés particuliers que les règles. Inversement, l'appréciation de la cohérence interne des dispositions se manifeste plus à l'égard des secondes que des premiers, au sujet desquels le raisonnement est souvent implicite. En second lieu, lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu de la règle coutumière sur la base de différents énoncés conventionnels, la pratique se révèle peu exigeante sur la similitude de ces derniers.

b. Le deuxième temps de ce Titre 2 consiste à comparer ces raisonnements avec ceux mis en œuvre lors de l'interprétation d'une convention internationale sur la base de la convergence conventionnelle. Cette situation n'est pas rare, il est même fréquent que le sens d'un énoncé conventionnel international soit éclairé par celui de dispositions

similaires issues d'autres traités. C'est là la seconde manifestation de la « convergence conventionnelle », qui, bien qu'à première vue éloignée de l'étude de la formation du droit coutumier, peut l'enrichir, sur deux aspects notamment. En premier lieu, l'appréciation de la similitude des dispositions conventionnelles pour l'interprétation est comparable à celle mise en œuvre dans le cadre de la détermination du droit coutumier. Son étude forme donc une approche complémentaire à celle d'un phénomène quasiment identique. En effet, la seule différence tient à la valeur juridique préexistante de la règle conventionnelle ; or il n'est pour l'instant question que du contenu de la règle, le problème de sa valeur juridique étant traité dans la seconde partie de l'étude. En second lieu, et surtout, la distinction entre interprétation et établissement du droit coutumier est parfois ténue : en identifiant le contenu de la disposition interprétée dans d'autres énoncés similaires l'interprète poursuit un raisonnement fort proche de celui mis en œuvre pour identifier le contenu d'une règle coutumière dans des énoncés conventionnels similaires les uns des autres. En somme, en matière d'interprétation d'une clause conventionnelle, la mobilisation d'énoncés issus d'autres traités internationaux est la manifestation d'un raisonnement en tous points comparable à celui mis en œuvre pour la détermination du droit coutumier sur la base de la convergence conventionnelle. C'est cette très forte affinité qui impose qu'il soit considéré, car il s'agit d'une autre manifestation de la convergence de dispositions conventionnelles.

De plus, comme dans le cas de la détermination du droit coutumier, l'appréciation de la similitude des énoncés conventionnels dans le cadre de l'interprétation est particulièrement souple. Dans les deux situations, il s'agit en effet de regrouper certains énoncés en raison d'un objet commun, sans, pour l'instant, se préoccuper de la valeur juridique de celui-ci. C'est pourquoi rien n'exige, dans ce cadre-là comme dans celui de la détermination du droit coutumier, un examen rigoureux de la cohérence de ces dispositions conventionnelles. L'étude d'un nombre important d'affaires contentieuses internationales permet ainsi de constater que seule une cohérence générale du sens des règles importe, les variations de formulation des énoncés n'ayant que peu d'influence. Cette comparaison entre la détermination du droit coutumier et l'interprétation des règles conventionnelles, lorsque l'une et l'autre sont fondées sur la convergence de dispositions conventionnelles, montre ainsi la grande souplesse de l'appréciation de la cohérence, c'est-à-dire de la convergence même de ces dispositions. C'est donc que l'élément essentiel est ailleurs et peut être recherché dans le raisonnement qui conduit à identifier une règle générale sur la base d'une pluralité d'énoncés conventionnels.

3. Le *dernier titre* de la première partie est consacré à la généralisation des énoncés conventionnels, c'est-à-dire le raisonnement par lequel ces dispositions diverses sont considérées comme attestant une règle coutumière. Selon qu'il s'agisse de décisions particulières, mises en œuvre une seule fois – comme les tracés de frontières ou les accords d'indemnisation considérés plus haut –, ou de règles abstraites, leur prise en compte dans l'identification de la substance du droit coutumier est en effet variable.

a. Dans le cadre des décisions particulières, en premier lieu, il s'agit d'une généralisation nécessaire afin de parvenir à une règle coutumière générale. Cette dernière est alors considérée comme une exigence supérieure dont les dispositions conventionnelles ne seraient que les applications. Autrement dit, ces énoncés sont considérés comme des applications hypothétiques de la règle coutumière ; celle-ci est

ainsi présentée comme une exigence générale qui aurait motivé les dispositions considérées. Un exemple permet de le montrer : la Cour permanente de Justice internationale a considéré, dans l'affaire de la *Commission internationale de l'Oder*, que les traités relatifs aux fleuves internationaux ont « appliqué et développé » une règle coutumière de droit international fluvial (*Série A*, n° 23, p. 27). Le raisonnement par lequel la substance de la règle poursuivie accède à la généralité est donc opposé à celui qui permet l'application du droit. En effet, l'application d'une règle est généralement définie comme le raisonnement par lequel les effets concrets de cette dernière, concernant une situation spécifique, sont établis ; c'est le raisonnement inverse qui est mis en œuvre dans le cadre de la détermination du contenu du droit coutumier : constater en premier lieu l'exigence qui semble « appliquée » aux faits concrets pour en induire une règle générale. Ce constat confirme un enseignement fondamental sur la coutume en général : cette dernière ne peut être constituée que de règles, qui se caractérisent par leur abstraction, et non de décisions d'espèce. S'il existe de tels actes particuliers non écrits, comme l'acceptation tacite d'une frontière, leur qualification de coutume est délicate et la notion d'« accord tacite » y est souvent préférée (*cf. infra*). La coutume se caractérise en effet par sa généralité, entendue ici comme abstraction, de sorte qu'elle n'est pas compatible avec la perspective d'être singularisée au regard d'une situation déterminée. Cela explique pourquoi les énoncés particuliers ne peuvent former directement le contenu de la coutume, la généralisation exige une étape supplémentaire consistant à présenter ces dispositions comme des applications de la règle alléguée, donc à n'en retenir que le caractère abstrait, dénué des singularités propres à chacune d'entre elles.

b. À l'inverse de ses énoncés conventionnels qui ne peuvent constituer le contenu de la coutume sans ce processus de généralisation, le contenu des règles conventionnelles peut directement servir de modèle à la règle coutumière. Elles sont en effet considérées comme des modèles offrant un contenu préexistant à la règle coutumière, moyennant parfois quelques extensions de leur portée personnelle ou matérielle, mais jamais de transmutation d'éléments particuliers disparates en une proposition générale et abstraite. Ce constat s'explique par l'abstraction inhérente à ces énoncés. Celle-ci se reflète notamment dans l'exigence du « caractère fondamentalement normatif » que doit revêtir une disposition conventionnelle possède pour pouvoir fonder une règle coutumière (condition posée par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Rec. CIJ*, 1969, pp. 41-42). Or en étudiant cette condition, dont la formulation est un peu ambiguë, au regard notamment de la pratique ultérieure, il a semblé qu'elle relève à n'en pas douter de la seule abstraction de la règle conventionnelle. Autrement dit, la jurisprudence accepte qu'une disposition conventionnelle puisse directement constituer le contenu de la coutume à la seule condition qu'elle soit suffisamment abstraite. Cela permet de comprendre pourquoi, à la différence des énoncés particuliers, les règles conventionnelles forment directement le contenu de la pratique et ne nécessitent pas d'être davantage généralisées. La nécessité de ne tenir compte que des dispositions véhiculant des règles de droit se comprend aisément : la règle coutumière identifiée est identique en son contenu à ces énoncés. En d'autres termes, la substance de la première est directement importée des seconds, de sorte que ceux-ci apparaissent comme de simples modèles de la coutume.

À cet égard, la règle coutumière est souvent considérée comme préexistante aux énoncés conventionnels : elle est présumée dans le raisonnement, c'est-à-dire que les traités sont tenus pour de simples preuves de la substance de la règle coutumière, sans qu'ils aient contribué à la créer. Fréquemment, l'énoncé conventionnel est considéré comme déclaratoire d'un droit international coutumier qui existe en parallèle, sans que cette existence – c'est-à-dire la valeur coutumière de la règle – soit proprement prouvée. Ce raisonnement permet d'éviter, ou de faciliter, la preuve de cette valeur juridique. Au demeurant, que le traité reprenne une règle coutumière existante ou en crée une nouvelle, le bénéfice d'un tel raisonnement est le même : seul le contenu des règles coutumières doit être identifié, sans besoin d'en justifier la valeur juridique. Les énoncés conventionnels sont alors souvent qualifiés d'« expressions », ou de « reflet », du droit international coutumier. Ce dernier terme est d'ailleurs celui choisi par la Commission du droit international dans son projet de conclusions. Ce vocabulaire est révélateur d'un raisonnement ne cherchant pas à justifier la qualité coutumière de la règle mais à l'asserter à la manière d'une présomption, afin d'appliquer le contenu de la règle conventionnelle en tant que règle coutumière. C'est la grande force de l'idée que les traités peuvent être « déclaratoires » du droit international coutumier : éviter de se poser l'épineuse question de la valeur juridique de la règle en question, tout en identifiant la substance de cette règle et l'appliquer en l'espèce. Le raisonnement ne consiste alors qu'à établir le contenu de la règle, sans se poser la question de sa valeur coutumière, tenue pour acquise. C'est parce qu'il y a identité de contenu entre les énoncés conventionnels et la règle coutumière recherchée que la valeur juridique de cette dernière peut être présumée, permettant ainsi d'appliquer le contenu des premiers au titre de la seconde. Ce raisonnement, s'il est courant, est cependant plus fréquemment mobilisé lorsque sont en cause des règles coutumières dont l'existence est bien établie que s'agissant de nouvelles coutumes. En ce qui concerne les premières, l'existence de la coutume est présumée, seule la règle qui en constitue la substance est établie sur la base des énoncés conventionnels. Un tel raisonnement a de quoi surprendre : quel intérêt à invoquer des dispositions conventionnelles si la règle en question n'est pas contestée ? À en préciser et affermir le contenu certainement, mais aussi à éviter d'avoir à prouver la valeur juridique de la règle. La convergence conventionnelle apparaît ici comme un simple substitut à la valeur juridique. Cette conclusion est par conséquent parfaitement transposable aux situations où une seule convention est en cause, comme le montrent de très nombreux exemples issus de la jurisprudence internationale. En cas de règle coutumière nouvelle, la présupposition de sa valeur juridique est naturellement plus délicate. Dans ce cas, la multiplicité de conventions relatives au même objet a un rôle essentiel dans l'affirmation de leur statut coutumier, qui est lui-même présumé. La convergence conventionnelle est à nouveau utile dans cette hypothèse, car elle permet d'asseoir la valeur juridique de la règle, et non de véritablement déterminer son contenu, opération pour laquelle une seule convention serait largement suffisante, mais c'est alors déjà aborder la deuxième partie de la thèse.

* * *

La première partie de la thèse explique ainsi les variations dans la prise en compte des énoncés conventionnels dans le processus coutumier. L'apport fondamental de l'étude a été de distinguer deux types de dispositions conventionnelles, les énoncés particuliers et les règles, qui sont mobilisés de manière fort différente pour

identifier le contenu de la coutume. L'énoncé portant une règle donnera plus facilement lieu à la formation d'une coutume dans la mesure où l'abstraction de la règle coutumière est plus facilement déterminée : elle consiste simplement en l'abstraction initiale de la règle conventionnelle. En revanche, dans le cadre d'une convergence d'énoncés particuliers, un processus supplémentaire de généralisation est nécessaire pour qu'ils puissent avoir un effet sur le contenu de la coutume. Voilà donc l'explication de la distinction constatée au début de la thèse : les règles peuvent être directement mobilisées dans la détermination du droit international coutumier, alors que les énoncés particuliers nécessitent une étape supplémentaire de généralisation de leur contenu.

Cette distinction entre règle et décision n'est pas nouvelle dans la doctrine juridique. Pour autant, aucune étude n'avait, semble-t-il, mis l'accent sur leur particularité en matière de détermination du droit coutumier. Il est aussi possible, même si la thèse n'étudie pas cette hypothèse qui dépasse son objet, d'élargir cette distinction au-delà des dispositions conventionnelles. Ainsi, selon qu'un acte est particulier à une situation, comme un acte unilatéral d'un État ou d'une organisation internationale n'ayant vocation à ne produire qu'un effet ponctuel, ou au contraire porte une règle, comme une loi interne dont les effets sont déterminés dans l'abstrait, leur utilité pour informer le contenu de la coutume sera différent. Ce constat est suffisamment remarquable pour être soulevé. Il l'est d'autant plus que son implication principale paraît contre-intuitive : les règles abstraites sont davantage susceptibles d'être mobilisées pour établir le contenu de la coutume que les énoncés particuliers aux effets ponctuels qui paraissent la concrétiser. Or la théorie classique de la coutume tend à présenter cette dernière comme le fruit d'une multitude d'actes matériels particuliers dont l'agrégation crée la régularité coutumière (par ex., selon Gény, il s'agit de « pratiques de la vie courante, ayant acquis, par leur répétition non contredite, une continuité et une constance qui en attestent la fermeté » (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^{de} éd., tome 1^{er}, 1919, p. 357)). L'observation de la pratique démontre qu'au-delà de cette approche théorique, le pragmatisme des autorités appelées à identifier une règle coutumière préfèrent mobiliser des sources qui donnent une règle qui peut être directement accueillie par le droit coutumier plutôt qu'entreprendre le dépouillement minutieux et quasiment impossible à achever d'une masse d'actes ponctuels.

Cela montre à nouveau qu'il ne s'agit que de justifications : relevant du registre de la persuasion, ces raisonnements ne sont inductifs qu'en apparence car le contenu de la règle est prédéterminé. Les différentes étapes de sélection et de généralisation de la pratique donnent à l'autorité qui identifie la coutume une marge de manœuvre lui permettant de mobiliser ou non des énoncés conventionnels. Lorsque ces derniers sont invoqués, en revanche, la justification de la coutume suit les raisonnements que l'on a constatés : soit ils sont présentés comme des applications de la règle alléguée soit cette dernière ne fait qu'en reproduire le contenu. Dans un cas comme dans l'autre, ce n'est encore que de règles auxquelles manque la qualité propre qui en ferait du droit coutumier. C'est donc sur cette qualité que porte la seconde partie de la thèse.

Seconde partie

La convergence d'engagements conventionnels et la détermination de la valeur juridique de la règle coutumière

La seconde partie est consacrée au deuxième élément permettant d'identifier une règle coutumière : sa « juridicité », ou, plutôt, *sa valeur juridique*. Cette étape est fondamentale, car elle permet de distinguer les règles coutumières de celles qui ressortissent à la simple courtoisie internationale. Ces développements mettent ainsi en lumière que le raisonnement mobilisé s'apparente à une démarche déductive davantage fondée sur l'acceptation présumée de la règle davantage que sur une véritable induction. C'est ici qu'intervient la théorie des deux éléments – pratique cohérente et *opinio juris* –, qui sont appréhendés comme de véritables critères de la règle coutumière. Il s'agit donc d'une inférence au terme de laquelle sont qualifiées de règles coutumières toutes celles issues de l'acceptation par les États d'une pratique déterminée. En ce sens, ce n'est pas tant l'acceptation, dans son aspect de fait brut, de la règle qui lui permet de devenir coutumière, mais l'idée selon laquelle cette acceptation est considérée comme le critère de la valeur juridique, ou, pour être plus précis, comme une règle de qualification permettant de distinguer parmi les prétendantes à la qualité coutumière les règles qui revêtent cette valeur et celles qui en sont dénuées.

L'étude consiste alors à déterminer le rôle que jouent les dispositions conventionnelles dans l'établissement de la pratique coutumière et de l'*opinio juris*. Le premier constat révèle que ces dispositions ne sont plus seulement considérées comme des énoncés, c'est-à-dire pour leur contenu, mais aussi comme des ensembles d'engagements juridiques. En effet, la question est de savoir comment un engagement particulier, celui d'être lié par un traité, peut être utilisé pour affirmer un effet juridique excédant cette volonté initiale. Malgré une apparente contradiction, les dispositions conventionnelles sont souvent invoquées en ce sens. La pratique recherche alors comment ces engagements, par leur quantité, peuvent manifester l'idée d'acceptation de la règle coutumière.

1. Le *premier titre* met ainsi en lumière la manière dont est établie la *généralité personnelle des dispositions* en cause, en raison de leur nombre élevé, du nombre de leurs parties ou de ces deux paramètres réunis. Autrement dit, c'est la multiplicité des engagements juridiques à l'égard des dispositions conventionnelles en cause qui est ici recherchée. Cette multiplicité se caractérise par le nombre élevé d'États liés par les énoncés ; elle est ainsi fonction tant du nombre d'acceptations de chaque disposition que du nombre de conventions contenant celle-ci. Ce qui importe est donc le nombre d'États auxquels ces différents énoncés sont opposables. La jurisprudence n'exige cependant pas un nombre minimal d'États concernés pour considérer la pratique comme suffisamment étendue ; le nombre d'engagements aux énoncés conventionnels en cause doit seulement être jugé suffisamment élevé pour refléter de manière convaincante l'acceptation générale de la règle coutumière.

La détermination de cette quantité n'est pas particulièrement difficile. Le premier facteur pris en compte est naturellement celui du nombre de parties à chacune des conventions considérées. Ainsi, la condition de la multiplicité des engagements conventionnels est différemment appréciée selon que sont en cause des conventions multilatérales ou des traités bilatéraux. C'est donc à ces deux types de traités que sont

consacrés les deux chapitres de ce titre. En ce qui concerne les premiers, les traités bilatéraux, ils doivent nécessairement être en nombre suffisant pour être pris en compte, alors que les conventions multilatérales bénéficient, au moins en puissance, d'une large participation, notamment si elles ont été rédigées dans l'objectif de réunir l'ensemble des États, ce qui facilite naturellement leur utilisation dans la détermination d'une règle coutumière. La généralisation de ces conventions ne sera donc pas difficile à établir, en prenant en considération tant le nombre de conventions que celui des parties à chacune d'entre elles.

Les deux chapitres détaillent cette appréciation, pour en tirer deux conclusions. La première est que le nombre précis d'engagements importent peu, au contraire, c'est l'idée de multitude, de masse, qui est souvent évoqué. Deuxièmement, cette distinction des traités bilatéraux et multilatéraux conduit à un constat différent du rôle des engagements contrares. Dans le cadre des traités bilatéraux, l'existence d'engagements contrares est souvent vue comme un moyen d'anéantir l'idée d'une règle coutumière. Comme la Cour internationale de Justice l'a affirmé dans l'affaire des *Pêcheries*, si une règle a été adoptée par certains États dans leurs traités, « d'autres États, en revanche, ont adopté [une position différente] » ; par conséquent, la règle en question « n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international » (*Rec. CIJ*, 1951, p. 131). Cette situation tient à la particularité des traités bilatéraux, conclus dans le cadre de relations individualisées entre deux États et dont la signification coutumière ne peut être affirmée sans le soutien d'une multitude d'engagements. Il en va assez différemment en ce qui concerne les engagements multilatéraux. La large participation aux dispositions similaires de ces derniers est en effet plus facilement établie, comme le prouve la pratique qui les mobilise régulièrement dans le but de prouver la valeur juridique d'une règle coutumière. Dès lors, l'existence de pratiques contrares n'est pas considérée comme neutralisant la valeur coutumière. Par exemple, la Cour internationale de Justice a considéré dans l'affaire des *Activités militaires au Nicaragua* que la valeur coutumière du principe de non-intervention était révélée par diverses conventions multilatérales malgré le fait que « les exemples d'atteintes au principe ne sont pas rares » (*Rec. CIJ*, 1986, pp. 106-108).

2. Le *deuxième titre* de cette seconde partie est consacré à la *détermination de la valeur juridique* proprement dite sur le fondement de la convergence conventionnelle. Le principe de l'effet relatif des traités rend délicate l'identification de l'acceptation d'une règle coutumière sur le fondement d'engagements conventionnels, c'est pourquoi la pratique recourt souvent à des éléments attestant cette acceptation hors de ces engagements.

a. Le premier chapitre de ce titre est entièrement consacré à l'identification de l'*opinio juris* au sein des dispositions conventionnelles. La question est de savoir comment des textes, dont la principale caractéristique est d'avoir un effet limité à leurs parties, peuvent prouver une règle coutumière qui s'imposera à des États hors de ce cercle des parties. Dans ce cadre-là, la distinction entre énoncés particuliers et règles retrouve sa pertinence, tout comme celle, développée au titre précédent, entre traité bilatéral et traité multilatéral. Il faut par conséquent distinguer trois situations.

En premier lieu, les énoncés particuliers : dans la mesure où ils apparaissent comme des applications de la règle alléguée (*cf. supra*), il importe que cette application

ait été motivée par le sentiment d'obéir à une règle juridique. Dans ce cadre, l'*opinio juris* réside entièrement dans cette motivation, par laquelle l'usage suivi paraît issu d'une règle coutumière qu'il ne fait que mettre en application. Or cette motivation et quasiment impossible à mettre au jour dans le cadre d'engagements conventionnels.

La deuxième situation concerne des engagements conventionnels bilatéraux qui sont le support de règles et non d'énoncés particuliers présentés comme de simples applications de la règle coutumière projetée. Ici, le contenu de cette dernière n'est pas une « exigence » dont les dispositions conventionnelles apparaîtraient comme des applications, mais le contenu même de ces dispositions générales. La seule différence avec des engagements issus de conventions plus générales, et multilatérales en particulier, vient donc de ce caractère bilatéral, et non de leur contenu qui, dans un cas comme dans l'autre, est constitué de règles. En soi, le fait qu'elles soient issues de conventions bilatérales ne semble pas être un obstacle, car leur très grand nombre – dans le cas des traités bilatéraux de protection des investissements par exemple – les fait apparaître comme une pratique suffisamment partagée. Il faut donc dépasser la valeur conventionnelle, nécessairement limitée par le principe de l'effet relatif des engagements conventionnels, pour pouvoir procéder à cette induction. La pratique montre qu'en ce qui concerne les clauses générales des traités bilatéraux, cela n'est pas impossible, mais très difficile, ce qui conduit à réduire la règle contenue dans ces engagements à une simple *lex specialis*.

La dernière situation concerne les conventions multilatérales, et plus spécifiquement les règles comprises dans celles-là. Il est généralement admis que ces règles générales, si elles sont largement acceptées par les États, peuvent fonder l'identification de l'*opinio juris*, mais aussi cette valeur juridique particulière en droit international, le *jus cogens*, qui est, et c'est suffisamment remarquable pour être relevé, presque toujours établi sur la base de la convergence de conventions multilatérales. Il en résulte que dans cette dernière situation l'*opinio juris* n'est pas la motivation des engagements conventionnels, contrairement aux situations précédentes, mais un élément autonome et indépendant de la pratique coutumière.

Ces développements permettent de montrer que coexistent, dans la pratique internationale, deux acceptions du concept d'*opinio juris*. Selon la première, il s'agit de la motivation des États lorsqu'ils réalisent les agissements formant l'élément matériel : si cet accomplissement a été motivé par la conscience de respecter une règle de droit, alors cette dernière peut être considérée comme dotée d'une valeur coutumière. Selon la seconde, l'élément subjectif se manifeste indépendamment de ces agissements ; il s'agit de l'ensemble des instruments, déclarations, prises de position permettant d'identifier la conception que se font les États de l'état du droit coutumier. Ce constat a conduit aux constructions doctrinales qui ont fleuri en doctrine depuis les années 1970, de la coutume dite « sauvage » créée par une *opinio juris* initiale appelant une pratique postérieure (pensée de René-Jean Dupuy notamment), à la « nouvelle coutume » identifiée dans la doctrine anglo-saxonne après l'affaire *Activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Oscar Schachter en particulier). Mais on aurait tort d'y voir une opposition ou une altération de la coutume classique. C'est plutôt le résultat d'un double mouvement, à la fois politique et juridique : politique parce que prendre en considération l'intention de l'ensemble des États plutôt que les motivations des seuls auteurs de la pratique convient davantage au monde pluriel né de la décolonisation ;

juridique parce que la motivation d'engagements conventionnels semble impossible à attester. Il est en effet plus convaincant – et donc plus confortable pour justifier la coutume – de se fonder sur l'intention expressément manifestée par les États plutôt que sur des motivations qui ne peuvent tout au plus qu'être conjecturées.

b. Le chapitre suivant montre que, lorsque les engagements conventionnels ne suffisent pas à prouver l'*opinio juris*, des éléments extérieurs sont souvent mobilisés. Cette situation est très fréquente ; elle est même régulièrement présentée comme élément déterminant de l'existence ou non d'une règle coutumière. Ce dont il s'agit en réalité est de montrer que la pratique et l'*opinio juris*, par leur existence en dehors de l'engagement en cause, étayent la valeur juridique du contenu de cette dernière. Cet accroissement de la pratique est très souvent présenté comme progressif, les éléments d'attestation de la coutume s'insérant peu à peu dans un processus donnant naissance à la règle coutumière. Il s'agit donc d'un même raisonnement qui joue sur deux axes, souvent mêlés, afin de conforter la valeur juridique de la règle. Le premier est d'ordre temporel et conduit à présenter l'acceptation de la règle comme un processus s'inscrivant dans un cadre temporel au sein duquel, progressivement, la règle s'affirme – la pratique utilise à cet égard la métaphore de la « cristallisation » de la coutume. Le second est d'ordre plus spatial et mène au renforcement des éléments attestant la règle, en recherchant la position d'un ensemble d'États plus large que celui des seules parties aux dispositions conventionnelles considérées. Elle permet de dépasser le célèbre paradoxe identifié par R. R. Baxter dans son cours à l'Académie de La Haye en 1969, selon lequel s'il faut nécessairement étudier la pratique extérieure aux conventions multilatérales, alors il devient presque impossible de prouver la valeur coutumière d'une convention très largement ratifiée. Ce paradoxe est cependant issu d'une conception particulièrement formelle et exigeante de la coutume et de la notion d'acceptation générale ; il peut être dépassé en considérant que tant la pratique des États parties à la convention que celle des États tiers doivent être prises en considération. Il ne s'agit au fond que de confirmer l'étendue de la pratique conventionnelle, afin de pouvoir conforter l'idée de l'acceptation de la règle coutumière. C'est par la multiplication des éléments attestant l'*opinio juris* en dehors des engagements en cause que cette confirmation est apportée, qu'il s'agisse, selon la distinction établie au chapitre précédent, d'identifier la motivation de la pratique ou une *opinio juris* autonome de cette dernière. Cet accroissement du corpus sur lequel est fondée la coutume peut bien évidemment comprendre de nouveaux traités ; ce raisonnement constitue ainsi une nouvelle manifestation de la convergence conventionnelle.

3. Le *dernier titre* est enfin consacré à l'*étude des finalités* de ces raisonnements. Il s'agit principalement d'une volonté d'étendre l'effet des dispositions conventionnelles à des situations qu'elles n'avaient pas vocation à régir. La valeur coutumière a en effet une opposabilité plus étendue que la valeur conventionnelle, limitée au cadre des parties aux traités.

a. En premier lieu, l'étude montre clairement que l'application de la règle coutumière ne dépend pas de son acceptation par ses destinataires. En matière de détermination de la coutume sur la base de dispositions conventionnelles, l'opposabilité de la règle coutumière semble en effet indépendante de la position individuelle des États ; l'intérêt de la forme coutumière est même de se passer de la prise en compte d'une telle acceptation spéciale. Cette conclusion se présente de manière différente

selon qu'on est en présence de coutumes générales et régionales, qui répondent à un même degré de généralité, y compris pour les secondes au sein de l'espace régional considéré, ou de coutumes bilatérales qui se présentent au droit international sous une forme originale.

Cela est assez évident en ce qui concerne les règles coutumières à vocation mondiale ou régionale, en ce qu'elles ne sont pas déterminées par l'engagement individuel des États aux dispositions conventionnelles sur la base desquelles elles sont inférées. Le rôle de la volonté individuelle de chaque État dans l'opposabilité de ces règles est un sujet discuté en doctrine, opposant ceux pour qui la coutume une fois formée est applicable à tous les États, qu'ils aient contribué ou non à sa formation, à ceux pour qui les États doivent « reconnaître » ou « accepter » une règle coutumière pour qu'elle leur soit opposable. La pratique majoritaire en matière de détermination de la coutume par convergence de dispositions conventionnelles semble plutôt proche de la première hypothèse. Le principe est alors celui de leur opposabilité générale, même lorsque certains États n'ont jamais exprimé l'intention de s'engager conventionnellement, ce qui conduit d'ailleurs à nuancer la pertinence du concept de l'objection persistante, qui en théorie permet à tout État de ne pas être lié par une règle qu'il a contestée dès sa formation, en matière de convergence conventionnelle.

En ce qui concerne les coutumes bilatérales, il n'est pas possible de parler d'opposabilité générale : une telle coutume est toujours énoncée pour être opposée à deux États identifiés, rendant inutile la question de son opposabilité abstraite. Il était en revanche utile de comparer l'opposabilité de la valeur coutumière avec celle de la valeur conventionnelle. Dans le premier cas, la règle concernée produit ses effets de manière plus intense que dans le second. La convergence conventionnelle en apporte une preuve évidente et permet d'interroger les relations entre coutume bilatérale et accord tacite. Il est en effet particulièrement fréquent que deux États concluent, entre eux seuls, plusieurs conventions internationales, contenant parfois des énoncés similaires. Une telle pratique peut naturellement susciter l'assertion d'une règle coutumière. Il s'agit alors de savoir si cette dernière est opposable, en tant que coutume bilatérale, aux États qui en sont à l'origine. Si la coutume bilatérale est une hypothèse que l'on ne peut rejeter en matière de convergence conventionnelle (l'exemple le plus connu en ce sens est certainement celui de la coutume qui a été reconnu par la Cour internationale de Justice entre l'Inde et le Portugal dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*, *Rec. CIJ*, 1960, pp. 39 ss.), elle ne se distingue pas vraiment d'une logique conventionnelle ; c'est là toute son ambivalence. L'invocation de règles coutumières bilatérales est rare, alors même qu'il existe de nombreuses situations juridiques établies sans texte entre deux États. Les notions d'acquiescement, ou d'accord tacite, permettent en effet d'atteindre les mêmes résultats, mais sans se référer à la valeur spécifique de la coutume. Malgré cela, il est possible d'avancer une explication à l'utilisation de la coutume bilatérale : celle-ci répond à une nécessité d'imposer une règle – abstraite donc – aux États en cause et à leurs sujets internes ; la valeur coutumière apparaît en cela la plus adaptée. Le rôle de la coutume est alors d'affermir l'opposabilité de règles bilatérales, même si elles revêtent un aspect de prime abord étranger au droit coutumier. Par exemple, dans l'affaire précitée du *Droit de passage*, il s'agissait d'éviter que la succession d'un nouvel État indépendant, l'Inde, sur le territoire d'une ancienne colonie britannique quelques années avant l'arrêt, n'eût conduit à remettre en cause un traité tacite, relevant d'une

logique plus conventionnelle. La notion de coutume bilatérale, dont la vigueur n'est pas affectée par une succession d'États, paru donc préférable.

b. Enfin, l'étude permet de constater clairement que la détermination de la coutume sur le fondement de la convergence conventionnelle a pour but d'appliquer une règle, dont le contenu est déterminé par des énoncés conventionnels, à une situation à laquelle ces derniers ne sont en eux-mêmes pas applicables. En effet, les cas dans lesquelles la valeur coutumière d'une règle conventionnelle est appliquée à une situation antérieure à la rédaction de cette règle sont fréquents. L'identification de la coutume sur la base de la convergence de dispositions conventionnelles permet donc, concrètement, d'étendre le champ d'application d'une règle présente dans des traités internationaux ou inférée d'un principe commun sur lequel ils sont fondés. C'est précisément le fait d'attribuer une valeur coutumière à cette règle qui lui permet d'être appliquée à des États qui ne se l'étaient pas rendue opposable conventionnellement.

C'est en ce sens que la convergence conventionnelle apparaît comme un procédé permettant de justifier formellement une extension du champ d'application des énoncés conventionnels, en mettant un voile coutumier formel sur une application du droit par analogie. L'utilisation de ces dispositions dans l'identification du droit coutumier permet ainsi d'appuyer la valeur juridique coutumière sur un raisonnement d'apparence formelle ; c'est donc mettre en œuvre ou proclamer l'existence d'une règle en l'adossant sur des motifs formels. La convergence conventionnelle apparaît ainsi comme un élément permettant d'asseoir la valeur juridique du contenu de la règle coutumière, dans le but de l'appliquer à une situation concrète. C'est la réunion entre ce contenu et cette valeur juridique qui permet, sous des atours formels, d'étendre le champ d'application de la règle contenue dans les dispositions conventionnelles en cause. Il en va un peu différemment lorsque l'assertion d'une règle coutumière sur la base de la convergence de dispositions conventionnelles ne poursuit pas l'application du droit. Dans ce cas, il est surprenant que le raisonnement fondé sur la convergence conventionnelle conduise souvent à l'affirmation d'une règle qui n'est pas directement utile dans le contexte dans lequel elle est formulée. Cela montre qu'il s'agit d'un raisonnement bien souvent utilisé par l'activisme judiciaire, pour affirmer une règle nouvelle trouvée çà et là dans divers instruments, conventionnels ou non, alors même que sa valeur juridique n'est pas la plus assurée.

* * *

Au terme de ce court résumé de l'étude, qu'il soit permis d'insister sur deux de ses enseignements, parmi les plus fondamentaux.

Le premier est la distinction entre contenu d'une règle et la valeur juridique qui y est attachée. Elle n'est pas nouvelle mais les potentialités d'une telle approche ne semblent pas totalement défrichées ; de ce point de vue, la thèse a pour objet d'éclairer tout autant que d'approfondir cette réflexion. La distinction est en effet particulièrement utile pour comprendre le droit contemporain, dans lequel une règle substantielle peut être dotée d'une valeur juridique variable. Il en est ainsi en droit interne français au sein duquel la substance de la règle peut être réglementaire, législative ou constitutionnelle, et avoir cependant un même contenu. La technique permettant au juge d'élever une règle de la valeur législative à la valeur constitutionnelle, par la

reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, montre l'acuité de la distinction. Mais cette dernière a aussi d'importantes implications théoriques, notamment au regard de la philosophie du langage contemporaine qui met l'accent sur la distinction entre le contenu et la force d'un énoncé, rejoignant ainsi l'opposition entre contenu et valeur juridique d'une règle. Le croisement entre ces deux disciplines, trop délaissé actuellement malgré des travaux novateurs dans les années 1980 et 1990, est pourtant particulièrement fécond et encourage à des recherches futures.

Le second enseignement fondamental de la thèse tient en la distinction entre les décisions particulières et les règles. Là encore, si cette distinction existait déjà, elle n'a jamais été mobilisée pour expliquer la détermination de la coutume et en particulier du contenu de cette dernière. Or l'étude montre que le rôle des décisions particulières et des règles était fondamentalement différent dans l'identification du droit coutumier. Ce dernier apparaît ainsi moins comme l'agrégat de comportements ponctuels et particuliers que comme la reproduction de règles déjà présentes au sein d'autres supports juridiques. Il ne s'agit donc plus de concevoir la coutume comme un droit né de la masse des faits sociaux. De même que l'histoire du droit contemporaine a établi que les coutumes anciennes étaient davantage portées par des formulations générales de certains doctes ou praticiens, les notaires par exemple, que par une pratique effective difficile à identifier, cet enseignement doit être partagé en droit international au sein duquel l'illusion d'une coutume issue de la pratique effective n'a que trop duré. La coutume est avant tout ce qu'en font par des autorités habilitées à la dire – les États, les organisations internationales, les juges internationaux, etc. – et le fait que leurs formulations se fondent, ou non, sur la pratique des États n'est qu'un élément parmi d'autre de persuasion de l'existence de la règle et non un élément constitutif de cette dernière.

LIBRES PROPOS

ARTICLES

La qualification des relations de travail des plateformes numériques confrontée aux apports du droit commercial

Sabrine Magoga-Sabatier

Blockchain, Disintermediation and the future of the legal professions

Paola Hendebert

Claire Leveneur

Reconciling the “Gauvain report” with continued multi-jurisdictional cooperation in the global fight against corruption

Robert Luskin

Bridget Vuona

La qualification des relations de travail des plateformes numériques

Une analyse de droit comparé des requalifications opérées dans l'affaire uber.com en droit du travail, droit commercial et assurance sociales¹

Mme Sabine Magoga-Sabatier²,

Assistante doctorante pour la chaire de droit constitutionnel suisse et comparé à l'Université de Neuchâtel et conseillère juridique à la direction du service de l'emploi de la République et canton de Neuchâtel

Propos introductifs

Aperçu des activités des plateformes numériques en Suisse. Les plateformes peuvent être classifiées en trois catégories, qui obéissent chacune à un modèle économique propre³. À une extrémité, il existe l'économie de partage qui ne concerne que des relations entre particuliers, favorisant le partage et la collaboration par le biais d'applications. À l'autre extrémité se trouve le travail en ligne sur les plateformes de micro-tâches, comme *Amazon Mechanical Turk* (www.mturk.com), *Clickworker.com* ou *Foulefactory.com* en France, qui appartiennent à la *gig economy* « économie des petits boulots ». Ces plateformes pratiquent la division du travail en de minuscules tâches externalisées par un appel lancé à une foule « *crowdworking* », ou transfèrent le processus de travail aux utilisateurs de la plateforme « *crowdsourcing* »⁴. Entre ces deux extrêmes, les services à la demande des plateformes « collaboratives » développent une économie lucrative de services en ligne, comme *Uber* ou *Airbnb*. *Uber* comprend également une part de *crowdworking*, car son modèle économique est aussi basé sur l'externalisation au

¹ Cet article est une synthèse des recherches menées par l'auteure depuis 2018, ayant donné lieu à des publications, malheureusement différées en raison de la pandémie mondiale actuelle pour certaines d'entre elles. Les lecteurs intéressés pourront s'y référer pour plus de détails. Le regard commercial introduit dans la réflexion, résulte de la pratique en entreprise de l'auteure, en tant que directrice juridique, et du constat qui en a découlé de l'externalisation du travail par les entreprises, à l'échelle internationale, au moyen de l'outil contractuel. L'auteure rédige une thèse de doctorat depuis 2019 sur l'évolution du droit social et sa possible conciliation avec la liberté économique, partant de l'idée que la requalification des nouvelles formes d'activité en contrat de travail est en bonne voie d'être acquise auprès des juridictions de nombreux pays, mais ne suffira pas à endiguer les pratiques des plateformes, constamment évolutives. L'auteure a également participé en janvier 2020 aux travaux européens du projet NUTRA, financé par la Région Nouvelle-Aquitaine et dirigé par Isabelle Daugareilh, directrice de recherche au CNRS — HDR. Ce projet sur cinq ans a pour objectif d'étudier l'évolution simultanée des formes de travail, de l'organisation des entreprises et de la régulation des marchés dans les secteurs « disruptés » par l'économie collaborative. Les travaux des chercheurs associés font l'objet de plusieurs publications internationales.

² Sabine Magoga-Sabatier, MLaw en droit social et en droit public de l'Université de Neuchâtel, Diplôme d'études approfondies en droit des affaires de l'Université de Montpellier (France), Assistante doctorante pour la chaire de droit constitutionnel suisse et comparé à l'Université de Neuchâtel et conseillère juridique à la direction du service de l'emploi de la République et canton de Neuchâtel. Auteure de *L'ubérisation du travail, nouvelle forme d'entrepreneuriat ou précarisation : Quelle reconnaissance pour les nouveaux indépendants ?*, Magister, Éditions Weblaw, 2019, ISBN 978-3-906940-94-6, *Entre influence décisive et intégration dans l'organisation : Une nouvelle génération de subordination pour le travailleur de plateforme ?* Article soumis et sélectionné par le Congrès de Lisbonne de la Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, à paraître ; *La couverture sociale des travailleurs des plateformes en Suisse, la voie du milieu ?*, co-écrit avec Anne-Sylvie Dupont, *International Social Security Review*, publication Printemps-Eté 2021 ; *Status of Platform Workers in the Swiss Legal System*, co-écrit avec Jean-Philippe Dunand et Pascal Mahon, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, volume 41, n° 2 à paraître.

³ Selon la classification établie par le Conseil fédéral suisse dans son rapport, *Principales conditions-cadres pour l'économie numérique*, 11 janvier 2017, p. 95-97.

⁴ Berg Janine *et al.*, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail. Pour un travail décent dans le monde en ligne*, OIT, 20 septembre 2018, p. 3 ss.

grand nombre de la prestation. La plateforme permet de baisser les tarifs, de diminuer le temps d'attente pour le service, et donc d'augmenter la clientèle potentielle d'*Uber*. Sur le marché suisse, *Uber* n'a quasiment plus de concurrents. L'entreprise française Kapten a cessé ses activités en Suisse en septembre 2019, laissant à Genève 350 personnes sans activité, indemnités, ni plan social⁵. Les seuls autres acteurs du marché romand sont *Driven.ch*, ou enfin la jeune *Lymo.com*, qui s'est lancée en avril 2019 sous la forme d'une application de réservation de transport de personnes, qui revendique être un comparateur de courses et ne prélève aucune commission sur les courses effectuées⁶. D'autres secteurs sont également occupés par les plateformes numériques, comme la livraison de repas à domicile (*UberEats.com*, *Smood.ch*), les services d'agents de ménage à domicile (*Batmaid.ch*), les coiffeurs à domicile (*cut-n-brush.com*) ou encore les services à la personne (*NeedHelp.com*).

Les enjeux de la régulation. Dès 1998, puis en 2006 dans sa recommandation n° 198, l'OIT a reconnu les enjeux et les difficultés de la qualification de la relation de travail de ces nouvelles relations⁷. En droit économique, l'enjeu de la régulation des nouvelles formes d'activité consiste à encourager l'économie collaborative créée par les sociétés de l'information, sans que cela ne se fasse au détriment d'une concurrence équitable avec les secteurs économiques traditionnels. En droit social, il s'agit d'identifier la nature de la relation de travail afin d'éviter que la plateforme ne gagne des parts de marché au prix de la protection sociale de son co-contractant. Dans tous les cas, l'enjeu sociétal est d'assurer un développement durable à travers l'économie collaborative et d'accompagner la création de relations de travail indépendantes sans précipiter ces personnes dans la précarité. Sur le plan mondial, il s'agit d'imposer une responsabilité sociale aux entreprises malgré des carences juridiques quant à l'encadrement de ces activités et de leurs spécificités. De ce fait, en l'absence de législation, la jurisprudence a, à ce jour, opté pour une requalification des rapports contractuels en une relation de travail dite salariée. Néanmoins l'incertitude reste très grande pour les travailleurs des autres plateformes numériques. Et même pour *Uber* le cas est loin d'être clos, car la plateforme, bien déterminée à passer entre les mailles du filet judiciaire, a déjà modifié ses conditions contractuelles et ses pratiques en vue de voir retenir d'autres qualifications juridiques de la relation de travail que celle de salariat.

Méthode de recherche. L'article prend pour sujet d'étude le cas de la plateforme *Uber.com*, qui permet idéalement de comparer les raisonnements des juridictions des différents pays, appliqués à un même état de fait. Par ailleurs, le nombre de contentieux à l'actif de la plateforme suffit en lui-même à mettre en lumière les lacunes des différents ordres juridiques, continentaux comme ceux inspirés par la *common law*, alors que les autorités sont dépassées par l'intelligence artificielle et le management par l'algorithme⁸. L'optique est donc prospective, *de lege feranda*. Elle vise d'une part à utiliser le droit suisse

⁵ www.lematin.ch/suisse/kapten-concurrent-uber-quitte-suisse/story/25949138.

⁶ www.agefi.com/home/entreprises/detail/edition/online/article/la-jeune-entreprise-annonce-son-arrivee-sur-le-marche-pour-le-mois-d'avril-la-grande-originalite-de-lymo-est-surtout-son-fonctionnement-ce-sont-les-chauffeurs-qui-fixent-eux-memes-leur-tarif-485888.html.

⁷ cf. **Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du Travail lors de sa 86^e Session, Genève, 18 juin 1998 et Recommandation n° 198 sur la relation de travail, 15 juin 2006, ch. 4, 5, 9, 17 et 22.**

⁸ Factbox, *Uber's legal challenges around the world*, 25 novembre 2019, www.reuters.com, Factbox, *California Is Just One Legal Challenge for Uber Around the World*, 20 août 2020, By Reuters Wire Service Content, www.usnews.com et Oxford Pro Bono Publico, *The Employment Status of Uber Drivers*, octobre 2017 analysant les droits des chauffeurs en matière d'emploi dans quinze juridictions différentes.

du travail, un droit particulièrement souple et libéral, privilégiant la liberté contractuelle, dans lequel la jurisprudence joue un rôle cardinal et fait fréquemment œuvre de créativité; et le droit anglais, dont l'originalité pertinente tient ici dans le régime intermédiaire des « *workers* » en ce qu'il prend en compte la dépendance économique des travailleurs à l'employeur. D'autre part, ce qui est plus atypique, l'article utilise l'apport des décisions rendues en matière commerciale, en droit suisse ainsi qu'en droit de l'Union européenne pour tenter de faire évoluer les critères développés par la jurisprudence à l'égard des plateformes numériques. Il s'agira pour la jurisprudence qui analysera les rapports de travail des plateformes numériques de demain de conserver l'esprit protecteur de la partie faible, pierre angulaire du droit du travail, tout en l'ouvrant sur les nouvelles pratiques commerciales pour mieux le faire évoluer.

Plan proposé. Dans une première partie, nous effectuerons un bilan des décisions de requalification des plateformes numériques afin de synthétiser les critères de qualification mis en œuvre par la jurisprudence et ainsi dresser un tableau du rapport de subordination actuellement admis dans les relations de travail des plateformes numériques (I). Cette étude se déroulera dans un premier temps selon une comparaison des systèmes binaires de qualification, suisse et français (A). Puis dans un second temps, sera analysée la mesure dans laquelle la notion de dépendance économique est associée à celle de subordination (B). Enfin, une deuxième partie sera consacrée à la redéfinition de la notion de subordination qui permette de mettre en œuvre une protection *sui generis*, par analogie à celle du droit du travail (II). En partant de l'observation que les plateformes adapteront leurs pratiques pour continuer à éluder les contraintes juridiques naissant des rapports de subordination⁹, nous proposerons une analyse plus pragmatique des schémas d'affaires des plateformes numériques, inspirée, dans un premier temps du droit commercial suisse (A), dans un second temps du droit européen (B).

I. La subordination à l'ère de l'intelligence artificielle : bilan de la requalification des contrats des plateformes numériques

Une première sous-partie propose une approche comparative de la notion de contrat de travail et de la jurisprudence concernant l'analyse du lien de subordination dans le cadre de l'activité de plateformes numériques, en se focalisant sur les décisions récentes françaises et suisses en droit du travail et en droit des assurances sociales (A). Une deuxième sous-partie dressera un bilan de l'influence grandissante de la notion de dépendance économique et de ses limites, en étudiant comment le droit anglais a créé un statut consacré aux travailleurs indépendants économiquement (B).

⁹ Rien de neuf chez Uber : les chauffeurs et chauffeuses restent des employé-e-s, 9 juillet 2020, www.unia.ch et Hirsiger René, Der sozialversicherungsrechtliche Status des Uber-Fahrers. Auswirkungen der neuen Funktionen der Uber-App auf den sozialversicherungsrechtlichen Status [Le statut de sécurité sociale du chauffeur Uber. Effets des nouvelles fonctions de l'application Uber sur le statut au regard du droit de la sécurité sociale], www.jusletter.weblaw.ch, 7 décembre 2020.

A. Critères de qualification mis en œuvre : comparaison du droit suisse et du droit français

1. La notion de subordination appliquée aux plateformes numériques en droit suisse

i. Propos introductifs au droit suisse

Un droit du travail particulièrement libéral. Il n'existe pas de code du travail en Suisse. Les règles régissant le travail sont disparates et dispersées dans de nombreux textes. Le droit privé du travail est dès lors principalement réglementé dans le code des obligations¹⁰. Les dispositions topiques sont des *lex specialis* qui dérogent au droit général en vue de protéger la partie faible. Elles sont généralement de nature semi-impérative ou impérative, parfois purement dispositives. Le droit public du travail comprend des règles impératives ayant pour but de protéger la santé et la sécurité des travailleurs en instituant des conditions minimales pour les sociétés qui lui sont assujetties¹¹. Il s'agit en conséquence d'un système très libéral où la liberté contractuelle et le droit de résiliation du contrat de travail prédominent. En comparaison au droit français par exemple, il existe très peu de possibilités d'obtenir l'annulation d'un licenciement, et le droit à une réintégration en cas de licenciement abusif n'est quasiment jamais prévu par la loi. Les cas ouvrant droit à des indemnités de licenciement sont rarissimes. Sur le plan fédéral, la législation ne prévoit ni salaire minimum ni durée légale du travail¹². Dans un tel contexte, le droit collectif du travail joue un rôle important, car il permet à environ un tiers des salariés de bénéficier de conditions de travail plus favorables, les indépendants n'y ayant cependant pas accès¹³. La jurisprudence, qui a pour charge de qualifier les relations de travail, complète souvent de manière décisive le droit positif. Résultent ainsi de la jurisprudence : le contrat de travail de durée minimale ou de durée maximale, ou le contrat de travail sur appel¹⁴.

Un droit des assurances sociales pragmatique. Les assurances sociales jouent également un rôle important dans la qualification des relations contractuelles. Les autorités se saisissent d'office, en principe au moment de l'annonce de l'activité, ou peuvent être saisies par la partie qui voudrait obtenir une affiliation à une assurance obligatoire pour les salariés ou le remboursement des cotisations sociales versées en tant qu'indépendant. Leur objectif est avant tout de veiller au financement des différents

¹⁰ Code [suisse] des obligations, art. 319-362, Recueil systématique (RS 220).

¹¹ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) (RS 822.11) et ses cinq ordonnances d'exécution Berenstein Alexandre *et al.*, *Labour law in Switzerland*, Stämpfli/Kluwer Law international, 2018, § 66-76.

¹² Seuls quatre cantons ont instauré un salaire minimum : Neuchâtel, Jura Tessin et Genève, et l'art. 9 LTr prévoit une durée maximale du travail de 45 à 50 heures pour les travailleurs des entreprises assujetties.

¹³ Par exemple la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés s'applique aux sociétés de livraison de repas et est valable dans toute la Suisse.

¹⁴ Arrêts du tribunal fédéral (ATF) 125 III 65, 14 décembre 1998 et ATF 124 III 249, 6 mai 1998 (traduite au Journal des Tribunaux, vol. 1, p. 275) « contrat de travail dont le temps de travail n'est ni déterminé, ni déterminable, mais qui prévoit la mise à contribution du travailleur en fonction de la quantité de travail disponible » (consid. 2). Dans cette forme de travail, l'employeur fait appel aux services du travailleur lorsqu'il en a besoin, le travailleur s'engageant de son côté à se tenir durablement à disposition de l'employeur. Il ne peut, de ce fait, refuser son appel (Secrétariat à l'économie (SECO), Bulletin LACI IC n° 95 ss).

régimes, et d'assurer une protection sociale suffisante et durable pour toute la population. De plus, en vertu du principe constitutionnel de l'égalité de traitement, les autorités doivent veiller à appliquer des critères d'assujettissement identiques pour tous. Selon l'article 12 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) : « Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié ». L'article 10 LPGA prévoit quant à lui qu'« est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales ». L'analyse est essentiellement économique. Au moment de fixer le montant des cotisations, les autorités se concentrent donc sur le revenu de la personne et déterminent si le gain provient d'une activité lucrative dépendante ou indépendante, car le droit suisse ne donne pas une définition précise de l'entrepreneur indépendant¹⁵. Les assurances sociales appliquent donc des critères de qualification propres, qui ne recourent pas nécessairement ceux des juges du travail. Comme en droit privé du travail, les circonstances permettent d'évaluer la situation du travailleur, mais il n'existe pas d'idée de protection d'une partie en raison de sa faiblesse économique ou parce qu'elle n'a pas été en mesure de négocier librement le contrat. Une requalification relevant du droit privé n'entraîne donc pas automatiquement une requalification en droit public et inversement¹⁶. Ce sont deux questions indépendantes dont les réponses convergent et que nous proposons d'étudier ci-après afin de mettre en lumière, par petites touches, à la manière des impressionnistes, une nouvelle définition des relations de travail.

ii. Notion de subordination en droit du travail et en droit des assurances sociales

En droit du travail : prédominance du lien de subordination. La notion d'activité indépendante se définit en droit suisse de manière négative, par opposition à la notion d'activité salariée telle qu'elle ressort de la définition du contrat individuel de travail donnée par le code des obligations (CO). Selon l'article 319 alinéa 1 CO, le contrat de travail est celui par lequel « le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire, fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche) ». Il n'est soumis à aucune forme spéciale (art. 320 al. 1 CO)¹⁷. La doctrine a dégagé de cet article quatre critères qui, lorsqu'ils sont réunis, permettent d'identifier la relation de travail salarié¹⁸. Il s'agit premièrement de la prestation de nature personnelle que le travailleur s'engage

¹⁵ Harder Wolfgang, *Freie Mitarbeiter, Freelancer, Scheinselbständige: Arbeitnehmer, Selbständige oder beides?*, Mitteilungen des Instituts für schweizerisches Arbeitsrecht [Indépendants : salariés, indépendants ou les deux, Communications de l'Institut suisse de droit du travail], Berne, 2003, p. 6. Dunand Jean-Philippe, in : Dupont/Moser-Szeless (édit.) *Loi sur la partie générale des assurances. Commentaire romand*, Helbing Lichtenhahn, 2018, ad art. 12, § 7-29.

¹⁶ Billarant Julien, *Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail*, Collection CERT, Schulthess Éditions Romandes, 2020, §176-179, p. 70-71.

¹⁷ Cf. notamment Aubert Gabriel, Commentaire des art. 319-362 CO, in : Thevenoz/Werro (édit.), *Code des obligations : Commentaire*, I, 2e éd., Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 1679, § 1, Wyler Rémy/Heinzer Boris, *Droit du travail*, Stämpfli, 2014, p. 20-22, ou Wyler Rémy, Commentaire de l'art. 320 CO, in : Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Stämpfli, 2013, p. 25, § 5.

¹⁸ Notamment Aubert, op.cit. note 17, § 1-21, Carruzzo Philippe, *Le contrat individuel de travail. Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Schulthess Verlag, 2009, p. 1 ss., Dunand, op. cit. note 15 p. 3 ss. et Subilia Olivier/Duc Jean-Louis, *Droit du travail : éléments de droit suisse*, éd. Bis & Ter SNC, 2010, p. 78 ss.

à fournir, le contrat est donc en principe *intuitu personae*¹⁹. Deuxièmement, la durée : *a contrario* le contrat ne s'éteint pas par la réalisation de la prestation. Le troisième élément est l'élément organisationnel, le lien de subordination, par lequel le travailleur se place sous la dépendance de l'employeur. Il comprend d'une part une modalité temporelle, le respect de l'horaire et du temps de travail ; d'autre part une composante spatiale, le lieu convenu pour l'exécution de la prestation ; et enfin une caractéristique hiérarchique, l'acceptation de suivre les instructions et directives et de se soumettre au contrôle de l'employeur. Le quatrième élément est l'élément matériel : le salaire²⁰. C'est l'existence ou non du lien de subordination, le troisième élément, qui permet, au moyen d'indices et selon les circonstances, d'identifier le contrat individuel de travail, car les trois autres critères se trouvent également présents dans d'autres contrats de service, notamment le mandat ou le contrat d'entreprise²¹. Ainsi la matière, à l'image du droit français, repose entre les mains des juges qui, par leur jurisprudence, donnent forme au concept juridique indéterminé de subordination²².

Appréciation des faits et exercice de qualification par le juge. Ainsi commence le long travail de qualification qu'il revient au juge d'opérer. En effet, les parties ne sont pas libres de la qualification juridique du contrat, car le contrat de travail est de droit impératif²³. « La qualification juridique est une question de droit. Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle, sans être lié par la qualification, même concordante, donnée par les parties »²⁴. Pour ce faire, il s'efforce de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). S'il y parvient, il s'agit d'une constatation de fait qui lie en principe le Tribunal fédéral, autorité judiciaire suprême de la Confédération suisse, conformément à l'art. 105 LTF²⁵. En cas de divergence réelle entre les parties, le juge interprète le contrat selon le principe de « la confiance », qui permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime, « en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre »²⁶. Sur la base de l'ensemble de ces éléments, le juge détermine la nature juridique de la convention en se référant aux éléments constitutifs des types de contrats et aux critères de distinction posés par la jurisprudence et la doctrine²⁷. Bien entendu,

¹⁹ La jurisprudence reconnaît toutefois parfois la validité d'un contrat dit « en cascade » permettant l'engagement d'un auxiliaire par le salarié. ATF 112 II 41, 4 février 1986, consid. 1.b cf. également WYLER Rémy/HEINZER Boris, *Droit du travail*, Stämpfli, 2014, p. 24.

²⁰ Le contrat de travail ne peut jamais être à titre gratuit, Carruzzo, p. 5. Sur la nécessité du salaire voir aussi Aubert, p. 1675, § 14-17 ou Dunand, *op. cit.* note 17, p. 7 § 23-27.

²¹ Tercier Pierre/Bieri Laurent/ Carron Blaise, *Les contrats spéciaux* 5^e éd., Schulthess, Genève, 2016, p. 476 ss.

²² TF 4A_200/2015, 3 septembre 2015, consid. 4.2.1., TF 4A_592/2016, 16 mars 2017, consid. 2. TF 4P.337/2005, 21 mars 2006, consid. 3.3.2.

²³ La doctrine est claire sur ce point, cf. Aubert, p. 1676, § 23, Duc/Subilia, p.78, Dunand, p. 3 § 6, *op. cit.* note 17, bien que formellement l'art. 319 ne figure pas dans la liste des art. 361 et 362 CO définissant la nature des obligations légales.

²⁴ TF 4A_10/2017, 19 juillet 2017, consid. 3.1, ATF 131 III 217 consid. 3, ATF 84 II 493, 7 octobre 1958, consid. 2.

²⁵ Loi sur le Tribunal fédéral, RS 173.110, ATF 135 III 410, 7 avril 2009.

²⁶ Cf. art. 18 CO, mis en œuvre notamment dans les arrêts ATF 121 III 495, 20 décembre 1995, consid. 5 en matière d'arbitrage, ATF 130 III 417, 27 avril 2004, consid. 2.2 concernant une élection de droit.

²⁷ TF 4A_200/2015 consid. 4.1.4. Voir également sur ce point Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal, *Le droit des obligations*, Schulthess, 2012, p. 211 ss.

la qualification opérée n'est valable qu'en fonction d'un contrat et d'un commanditaire donné. Ainsi il est illusoire de prétendre régler ici le sort de tous les travailleurs et de toutes les plateformes, ou même celui d'*Uber*, dont les conditions contractuelles évoluent constamment²⁸. En cas de doute, le contrat de travail étant de droit impératif, c'est cette qualification qu'il convient de donner en priorité au contrat qui lie l'indépendant au donneur d'ordre ; une différence notable avec le droit français dont les articles L.8221-6 du code du travail et L.311-11 du code de la sécurité sociale établissent une présomption d'absence de contrat de travail en cas d'immatriculation de l'activité. En droit suisse à l'inverse, si cette présomption ne dispense pas le travailleur du fardeau de la preuve, elle constitue néanmoins un signal relativement clair pour les juges du fond.

Conséquences d'une requalification. Le travailleur dont le contrat est requalifié en contrat de travail peut en principe bénéficier des normes protectrices du droit du travail de nature impérative et semi-impérative. Dans le cas d'une d'activité « pseudo-indépendante » ou d'indépendance fictive, il s'agit d'un contrat de travail dissimulé ce qui ne départ en rien du droit français. Le droit du travail sera alors appliqué en intégralité. Dans ce cas, il faut rappeler qu'en droit suisse la résiliation, même abusive, du contrat de service requalifié en contrat de travail n'emportera pas la réintégration du travailleur dans son emploi. En revanche, solution plus originale, les juges peuvent également faire une application par analogie des dispositions destinées à protéger le travailleur en l'absence de contrat de travail, c'est-à-dire si l'on n'est pas en présence de la totalité des quatre caractéristiques. Ainsi le Tribunal fédéral reconnaît l'application du droit du travail par analogie en présence d'un contrat de franchise²⁹.

En droit des assurances sociales : appréciation des réalités économiques prédominantes. L'appréciation de la relation de travail de la plateforme *Uber* a également été analysée par les juridictions compétentes en matière d'assurances sociales. La question est de savoir si, dans un cas d'espèce, une activité lucrative indépendante ou dépendante se présente. La réponse se résume ainsi : « est en principe considéré comme exerçant une activité indépendante, celui qui supporte un risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur et ne dépend pas de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail »³⁰. Le Tribunal fédéral complète ainsi cette définition : « la diversité des états de fait que révèle la vie économique contraint à apprécier, au plan des règles applicables aux cotisations, la position d'une personne exerçant une activité lucrative en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas individuel. Étant donné que souvent, des caractéristiques des deux genres de revenus se manifestent, la décision doit fréquemment s'orienter sur la question de savoir laquelle de ces caractéristiques prédomine dans le cas concret »³¹. L'autorité admet ainsi la possible mixité de la relation contractuelle, reconnaissant le caractère *sui generis* de la subordination pour chaque relation de travail, tout en appliquant une qualification binaire dépendante/indépendante dans sa décision. Les rapports de droit privé peuvent offrir certains indices pour la qualification, sans être

²⁸ Cf. Hirsiger *op. cit.* note 9.

²⁹ ATF 118 II 157, 26 mars 1992, consid. 4. Cf. notre partie II.

³⁰ Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG (DIN) ch. 1005-1065.

³¹ ATF 123 V 161, 30 septembre 1997, consid. 1.

toutefois déterminants³². Si *Uber* est l'employeur, les travailleurs doivent obligatoirement être assurés contre les accidents (art. 1a al. 1 LAA) et l'employeur doit payer les primes (art. 91 LAA). Cette couverture ne peut être remplacée ni par un accord individuel ni par une assurance accidents privée.

iii. *Application de la notion de subordination aux relations de travail des plateformes*

Jurisprudence de la cour d'appel du canton de Vaud en droit du travail : résumé

des faits. La Cour d'appel du canton de Vaud s'est prononcée sur la nature de la relation contractuelle liant *Uber* à ses chauffeurs, le 23 avril 2020³³. *Uber* avait résilié le contrat d'un de ses chauffeurs à la suite de mauvaises notes attribuées par les clients concernant ses capacités de conduite. Après avoir envoyé des messages au conducteur sur son smartphone l'informant de la baisse de son évaluation, *Uber* avait appliqué le délai de préavis contractuel de sept jours, puis désactivé l'application du conducteur. Le conducteur a contesté la validité de la résiliation, du préavis appliqué et de la notification elle-même au motif qu'il s'agissait en fait d'un contrat de travail. La Cour a considéré, après avoir requalifié le contrat de service en contrat de travail, que la résiliation était abusive, car contraire aux dispositions du code des obligations. Selon elle, malgré le fait que les plaintes étaient sérieuses, car elles concernaient la sécurité des clients, les conditions d'une résiliation pour justes motifs n'étaient pas réunies, car les avertissements envoyés par *Uber* n'avaient pas été immédiatement suivis de la résiliation. Ainsi, *Uber* n'avait pas prouvé que le licenciement était la conséquence d'une perte irréversible de confiance avec l'employé. En l'absence d'un motif valable de résiliation immédiate, *Uber* aurait dû respecter le délai de préavis légal. *Uber B.V.* n'ayant pas fait appel, cette décision est désormais définitive. C'est hélas, pour de nombreux chauffeurs une occasion manquée d'obtenir une jurisprudence fédérale. La décision n'en reste pas moins très intéressante, car elle fait progresser l'analyse de la casuistique, déterminante pour l'employé sur qui repose la charge de la preuve du lien de subordination. Relevons également que la décision publie le contrat de service de conducteur dans son intégralité.

Eléments casuistiques retenus par la cour d'appel du canton de Vaud : la subordination en droit du travail.

Pour retenir l'existence d'un contrat de travail, les juges ont considéré que des instructions très précises sont imposées dès lors que le chauffeur accepte une demande de transport. Ces instructions portent non seulement sur l'équipement nécessaire à l'exécution de la tâche (véhicule, téléphone). Ils ont aussi considéré que la plateforme possède seule les informations nécessaires à l'exécution de la tâche : données concernant les clients et les chauffeurs (identité, localisation, données financières) ainsi que la destination. Ces données ne sont pour certaines jamais transmises au chauffeur, et pour d'autres (le lieu de destination et de prise en charge) uniquement après qu'il ait accepté la réalisation de la tâche permettant d'estimer la rémunération. L'exécution proprement dite de la prestation était également soumise à instructions quant au temps d'attente du client, l'interdiction de prendre des clients supplémentaires ou d'effectuer des arrêts, ainsi d'ailleurs que le trajet en lui-même. Il a

³² TF 8C_97/2013, 18 juin 2013 consid. 2.2 et TF 8C_218/2019, 15 octobre 2019 consid. 2.2 et 4.2.1.

³³ TC VD, Cour d'appel civile, HC/2020/535 n°380, 11 septembre 2020 (Rasier Operation B.V. c. A). Wylér Rémy/Zandirad David, *Plateformes numériques et contrat de travail*, Jusletter, 26 octobre 2020, § 64.

également été pris en considération que des directives générales sur la qualité du service étaient transmises au chauffeur. La mise en œuvre de ces directives, par exemple concernant le prix, la destination ou le trajet renforce *de facto* leur caractère obligatoire. Le système d'évaluation des courses par les clients et les sanctions que la plateforme peut en tirer (avertissement, déconnexion et résiliation du contrat), sont manifestes du rapport de force résultant du lien de subordination. Les juges ont donc considéré que la liberté d'organisation des chauffeurs d'Uber était presque inexistante. Financièrement encore, la plateforme s'occupe de la facturation de la course au client, du recouvrement du prix (par l'organisme bancaire) et du paiement du chauffeur. Instructions, sanctions, surveillance et paiement, bien que présentés sous une forme dématérialisée, sont autant de prérogatives types de l'employeur. La Cour en déduit que la formulation du contrat sous la forme d'une relation d'indépendance entre le chauffeur et la plate-forme ne correspond pas à la volonté réelle des parties.

Jurisprudence de la Cour des assurances sociales du canton de Zurich : résumé

des faits. En 2016, un chauffeur Uber a contacté la SUVA³⁴ pour faire évaluer sa situation sociale. La SUVA a alors jugé les activités de chauffeur pour la société Uber comme de nature dépendante. En application de l'article 321a CO et de l'article 7 al. 1 LAA³⁵, l'employeur est toute personne qui offre un produit ou un service et qui dans ce cadre est intéressé économiquement à la prestation du travailleur salarié. Il doit pour se faire créer les conditions pour que l'employé puisse effectuer ce travail, par la mise en place de l'infrastructure centrale nécessaire, et en mesurer la qualité. C'est ainsi qu'il donne les instructions, paie le salaire et garde la maîtrise de la qualité de la prestation de transport. Dans le cas d'Uber, l'employé ne peut effectuer le travail sans l'aide de l'application fournie par Uber B.V., qui fournit donc l'infrastructure nécessaire au travail. De même, la conception de l'offre en tant que produit ainsi que la publicité relèvent de la responsabilité du siège social propriétaire exclusif de la marque de sorte que le conducteur n'a pas à se soucier de l'acquisition de clients. Uber B.V. perçoit le prix de la course et reverse à l'employé sa rémunération après déduction des frais occasionnés, il a donc un intérêt économique à la performance du chauffeur. Uber B.V. détermine la manière dont les conducteurs exercent leurs activités et a le droit, dans certains cas, de résilier sans préavis, de désactiver ou de restreindre l'accès et l'utilisation de l'application, ce qui correspond aux prérogatives de l'employeur en application de l'article 337 alinéa 1 CO. Uber Switzerland GmbH et Uber B.V. ont fait appel de cette décision devant le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich qui dans une décision du 10 juillet 2018 a renvoyé l'affaire à la SUVA pour obtenir des éclaircissements sur les faits³⁶. Une nouvelle décision a été rendue le 22 novembre 2019³⁷. La Cour des assurances sociales du canton de Zurich le 16 juillet 2020³⁸ rejette le recours d'Uber GmbH du 10 janvier 2020, valide la décision de la SUVA en ce que Uber GmbH n'était pas assujetti à cotisation. La cause reste ouverte à l'encontre d'Uber B.V. (Pays-Bas) en tant qu'employeur officiel et véritable partenaire contractuel. Selon la SUVA, Uber B.V. détermine en effet le prix, perçoit le prix du billet et le restitue aux conducteurs après déduction de sa commission. La SUVA mentionne une relation claire

³⁴ « *Schweizerische Unfallversicherung* » ou Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents CNA en français.

³⁵ Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), RS 832.20.

³⁶ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, n° UV.2017.00030, 10 juillet 2018.

³⁷ Décision non publiée à laquelle l'auteure a eu accès personnellement.

³⁸ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, n° UV.2020.00134, 16 juillet 2020 et n° UV.2020.00006, en attente de jugement.

de « *dépendance organisationnelle au travail* » entre les conducteurs et *Uber*. Par conséquent, si la Cour confirme la qualité de travailleurs, *Uber* sera également tenu de verser la cotisation à l'AVS/AI et au deuxième pilier de prévoyance professionnelle pour ses collaborateurs dont les revenus annuels générés avec *Uber* dépassent 21 330 CHF par an. La Cour examinera dans un deuxième temps si les cotisations peuvent être facturées à *Uber GmbH* en tant qu'établissement stable d'*Uber B.V.* en Suisse. Le raisonnement de la Cour se fait ainsi en deux temps : il s'agit d'examiner la dépendance à l'employeur quant à l'organisation du travail, puis la présence d'un risque économique d'entrepreneur en appliquant treize critères que nous détaillerons ci-après. La mise en perspective de l'activité du travailleur par rapport à son donneur d'ordre est donc à la fois plus large, plus pragmatique et plus souple qu'en droit du travail, car elle tient compte du contexte économique et organisationnel de la réalisation de la prestation. L'élément de subordination également présent n'étant qu'un critère parmi treize autres, dont la prépondérance est fixée au cas par cas, en fonction de la pertinence.

Eléments casuistiques retenus par la Cour des assurances sociales du canton de Zurich : la dépendance à l'égard de l'organisation du travail en droit des assurances sociales. L'autorité d'assurance sociale examine si les éléments de dépendance prédominent au regard de cinq sous critères que nous caractériserons dans le cas d'*Uber* : droit de donner des instructions (1) (point très controversé en l'espèce), rapport de subordination et intégration dans une organisation de travail (2), obligation personnelle d'accomplir les tâches (3), clause de non-concurrence (4), obligation de présence (5). On le voit, le rapport de subordination est inclus dans une analyse beaucoup plus large de la dépendance à l'organisation de l'employeur. 1. Le droit de l'employeur de donner des instructions : selon la Cour, même si les chauffeurs sont libres d'occuper un autre emploi ou s'il existe une grande liberté en matière d'horaires et de durée du travail, le refus des commandes est associé à des désavantages qui impliquent la nécessité de suivre les instructions. 2. La relation de subordination et l'intégration dans l'organisation de travail sont le deuxième critère de qualification. La subordination découle des directives, des lignes directrices et de leur mise en œuvre, notamment de la fixation, de la modification des tarifs et de la possibilité pour *Uber* de résilier avec effet immédiat le contrat. 3. L'obligation d'accomplir des tâches personnellement. Le chauffeur est restreint dans la transmission spontanée de commandes à d'autres personnes et il est dans l'impossibilité de transférer le contrat à un tiers sans l'accord écrit d'*Uber*. 4. L'obligation de non-concurrence résulte de l'interdiction de développer un service concurrent ou un produit similaire. Enfin, 5. Le critère de la présence obligatoire, qui est ici neutre, car il découle de la nature du service.

Eléments casuistiques : le risque économique de la qualité d'entrepreneur en droit des assurances sociales. Ce risque est celui que court la personne qui doit assumer, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, les pertes de la substance économique de l'entreprise. Ce risque s'évalue selon huit sous-critères, aucun n'étant à lui seul décisif : investissements significatifs (1), emploi de personnel (2), risque de recouvrement ou d'encaissement (3), locaux commerciaux propres (4), paiement de frais généraux (5), risque de perte ou absorption des pertes (6), exercice de l'activité en son nom et à son propre compte (7), acquisition de la clientèle ou prospection (8), que nous étudierons tour à tour dans le cas concret d'*Uber*. 1. Un des critères permettant de vérifier la présence de risque entrepreneurial est celui des

investissements réalisés par l'indépendant. En l'espèce, ce critère doit être relativisé, car l'usage privé de la voiture ou du téléphone est généralement une raison suffisante pour leur acquisition et donc ne peut être d'une importance décisive pour la qualification en faveur de celle d'employé³⁹. 2. et 4. L'absence de personnel et de locaux commerciaux aiguillent en faveur d'une activité salariée. 3. et 6. La responsabilité des pertes et du risque de recouvrement : selon la Cour, le conducteur ne peut influencer les décisions stratégiques ou le contenu des mesures marketing, en conséquence de quoi le risque de perte ne lui appartient pas. Le fait qu'aucun revenu ne soit garanti n'est pas pertinent, car cela s'apparente au travail sur appel qui est une forme reconnue de contrat de travail⁴⁰. Les paiements se font essentiellement par carte de crédit, et c'est donc l'institution émettrice de la carte de crédit qui doit collecter l'argent. 5. Les chauffeurs peuvent en théorie engager du personnel, mais même lorsqu'ils le font, cela n'impacte pas leur capacité de gain qui est limitée par l'usage du véhicule. 7. et 8. À propos du fait d'agir en son propre nom et pour son propre compte, l'autorité relève que l'acquisition de clients dépend de la réputation de la marque *Uber* de sorte que le chauffeur n'a pas à effectuer d'acquisition de client ; il est contacté par les utilisateurs via l'application et ceux-ci reconnaissent clairement l'organisation *Uber* en tant que prestataire de service, ce qui montre que le conducteur n'agit pas en son nom propre, mais au nom d'*Uber*. Mais alors que la SUVA conclut généralement que, parmi les critères en faveur d'une activité salariée, le risque entrepreneurial possède toutefois une place prédominante ; la pertinence du risque entrepreneurial en lui-même a pu être relativisée dans le cadre de relations de travail de ce type. En effet, en matière de services et dans les situations dans lesquelles l'activité en question n'exige pas, par nature, des investissements importants ou de faire appel à du personnel, ce qui est le cas dans le modèle économique d'*Uber*, il est souvent relégué au second plan par rapport à la dépendance économique et organisationnelle⁴¹.

Décisions de la Cour de justice de Genève en droit administratif. Afin d'être exhaustifs sur la jurisprudence en Suisse, nous mentionnons brièvement ici les décisions de la Cour de justice de Genève. Relayant les décisions de l'assurance-accidents et celle du Tribunal des Prud'hommes vaudois, le service de la police du commerce et de la lutte contre le travail au noir (PCTN) genevois a notifié une décision d'interdiction d'exercer contre Uber Switzerland GmbH⁴². Cette décision est intervenue après que des lacunes dans le paiement des cotisations aient été constatées, notamment pour les personnes auxquelles les caisses de compensation refusent une affiliation en qualité de travailleur indépendant et qu'*Uber* ne considère pas comme salariées⁴³. Après enquête, l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail a estimé qu'*Uber* n'était pas un diffuseur de courses, mais une entreprise de transport, soumise au code des

³⁹ TF 8C_571/2017, 9 novembre 2017 à propos de l'indépendance de chauffeurs de taxi. *Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich*, n° UV.2015.00106, 11 novembre 2015 et *Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich* UV.2008.00159, 30 décembre 2009.

⁴⁰ ATF 125 III 65, 14 décembre 2018 et ATF 124 III 249, 6 mai 1998.

⁴¹ TF, 9C_213/2016, 17 octobre 2016, consid. 3.4 à propos de courtiers travaillant au sein d'une agence franchisée. Et TF, 9C_364/2013, 23 septembre 2013, consid. 2.2 concernant l'affiliation d'une codeuse interprète intervenant auprès de bénéficiaires sourds ou malentendants.

⁴² <https://www.rts.ch/info/regions/geneve/10831677-geneve-interdit-a-uber-de-continuer-a-exercer-dans-les-conditions-actuelles.html>.

⁴³ Rapport de la Commission transport du 16 juillet 2019 sur les dossiers M 2480-A et M 2571, établi à la suite de la motion 2480 (<http://ge.ch/grandconseil/data/texte/M02571.pdf>).

obligations et à la loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeurs⁴⁴. Selon l'autorité, les chauffeurs sont des employés non déclarés de la société Uber B.V. domiciliée aux Pays Bas et soumise à l'accord sur la libre circulation des personnes. Selon la décision confirmée en appel par la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève⁴⁵, les contrats liant les chauffeurs à la plateforme sont bien des contrats de travail, excluant de ce fait la qualification de travailleurs indépendants. Passant en revue les éléments constitutifs en application de l'article 319 CO et de l'article 10 LPGA la Cour en déduit qu'Uber BV doit respecter les conventions collectives et la protection sociale des travailleurs. Le canton avait déjà obtenu une victoire similaire à propos d'*Uber Eats*⁴⁶. Depuis le mois de mai 2020, les livreurs de la plateforme sont traités comme des employés qu'*Uber Eats* met à disposition des restaurateurs et non plus comme des indépendants⁴⁷. Un partenariat avec la société de location de services Chaskis SA titulaire de l'autorisation d'exercer été signé à cet effet.

Synthèse. Bien que visant des objectifs de justice distincts et mettant en œuvre des critères différents, les juridictions suisses semblent arriver à un consensus : les circonstances particulières d'exécution du contrat par la plateforme *Uber* font apparaître un lien de subordination, respectivement un rapport de dépendance, typiques d'un contrat de travail salarié. L'apport du droit des assurances sociales est toutefois intéressant à plus d'un titre. Tout d'abord, la notion de subordination n'apparaît pas en tant que telle dans la qualification, elle n'est que la résultante d'un des treize critères appliqués. D'autre part, ces treize indices aboutissent à un résultat similaire à celui de l'identification du lien de subordination en droit du travail et lui font en quelque sorte écho. Ensuite, le droit des assurances sociales permet d'introduire dans le raisonnement non seulement l'idée de dépendance, mais aussi l'idée de risque entrepreneurial de manière concrète et détaillée. Autre apport intéressant : si une personne exerce plusieurs activités, chaque revenu est analysé indépendamment, pour voir s'il provient d'une activité indépendante ou d'un emploi salarié. Le caractère prédominant d'une activité n'influe pas sur la qualification de l'autre. Un travailleur peut en effet être à la fois indépendant et salarié, qu'il travaille pour différentes voire pour une même entreprise. Il pourra par exemple avoir une activité et une clientèle propre sans utilisation de la plateforme et se trouver parallèlement salarié de la plateforme *Uber*. Le chiffre d'affaires réalisé en tant qu'indépendant sera affecté à ses propres cotisations sociales, celui en tant que salarié à l'employeur qui doit les cotisations patronales et salariales. Enfin, la procédure étant publique, la maxime inquisitoire s'applique, ce qui signifie que le fardeau de la preuve ne repose pas sur le chauffeur et que la décision s'applique à l'ensemble des chauffeurs⁴⁸. Cela aboutit à une réelle protection de la partie faible. A ce titre, nous saluons les démarches entreprises par les autorités genevoises dans leur traque du travail au noir, qu'il s'agisse de l'application *Uber* ou *Uber Eats*, qui ne

⁴⁴ Art. 28 de la loi genevoise du 13 octobre 2016 sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeurs (LTVTC), RS-GE H 1 31.

⁴⁵ Cour de justice, chambre administrative, n°ATA/1151 2020, 17 novembre 2020, Ramseyer David, *Grande victoire du Canton contre Uber. La justice genevoise a donné raison à l'État, qui estimait illégal le statut des chauffeurs VTC de la société californienne. Celle-ci pourrait faire recours*, www.24heures.ch, 1er décembre 2020.

⁴⁶ Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève, ATA/535/2020, 29 mai 2020.

⁴⁷ Pour plus de détails sur l'analyse du lien de subordination par l'autorité étatique cf. Magoga-Sabatier Sabine/Dupont Anne-Sylvie, *La couverture sociale des travailleurs des plateformes en Suisse : La voie du milieu ?*, International Social Security Review, 2021-1, à paraître.

⁴⁸ Cf. Art. 12 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), RS 172.021.

manqueront pas de s'imposer aux autorités des autres cantons lorsque le jugement sera devenu définitif.

2. La notion de subordination appliquée aux plateformes numériques en droit français

Notion de contrat de travail. Le Code du travail français ne comprend pas de définition du contrat de travail⁴⁹. La notion même de contrat de travail repose donc sur la jurisprudence qui le définit comme la convention par laquelle une personne s'engage à travailler pour le compte d'une autre et sous sa subordination, moyennant une rémunération. En France comme en Suisse, la qualification de contrat de travail est indisponible et d'ordre public. L'appréciation des faits par les juges du fond pour caractériser l'existence d'un contrat de travail selon la méthode du faisceau d'indices est souveraine. La Cour de cassation n'exerce son contrôle que sur les conséquences légales qui leur sont attachées, les juges du fond n'étant tenus ni de s'expliquer sur chacune des pièces produites ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation. Il appartient, en conséquence, au juge d'examiner les conditions de fait et de qualifier la convention conclue entre les parties, sans s'arrêter à la dénomination qu'elles avaient retenue entre elles⁵⁰. Il convient de préciser à ce stade que l'article L.8221-6 du Code du travail français prévoit une présomption d'absence de contrat de travail lorsque l'activité exercée a donné lieu à immatriculation au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des URSSAF, ce qui est nécessaire selon la législation en vigueur pour devenir chauffeur VTC⁵¹. Les autorités entendaient ainsi faciliter les relations d'affaires entre indépendants en sécurisant leur qualification. En cas de doute, contrairement à la Suisse, c'est le statut officiel d'indépendant, et non le contrat de travail qui sera retenu. A moins toutefois que la relation ne soit soumise à un « lien de subordination juridique permanente » (L.8221-6, al. 2). Le fardeau de la preuve de la réalité de la relation salariée repose donc sur les chauffeurs. Ils doivent ainsi établir qu'ils fournissent, directement ou par une personne interposée, des prestations à un donneur d'ordre, dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanent à l'égard de celui-ci⁵². Pourtant la personne en situation de fragilité économique qui se déclare comme autoentrepreneur afin de remplir les conditions contractuelles exigées par la plateforme ne prend pas librement l'initiative d'entreprendre une activité indépendante. La Cour de cassation admet d'ailleurs que l'existence d'une société-écran, par le biais de laquelle une personne exerce son activité, en tant qu'autoentrepreneur, ou dans le cadre d'une société commerciale est inopérante par rapport au lien de subordination dès lors que cette personne ne jouit d'aucune autonomie, que son travail est supervisé pour le compte du donneur d'ordre, qu'elle doit se conformer à des instructions permanentes et précises de cette société concernant la fixation des prix, la gestion des stocks, la répartition des invendus et plus globalement la stratégie commerciale et que la rémunération s'apparente à un salaire mensuel⁵³. Ainsi l'URSSAF, lorsqu'elle a examiné

⁴⁹ Cf. Art. L.1221-1 et art. L.1221-2 du Code du travail français.

⁵⁰ Cour de cassation, chambre sociale (Cass. Soc.), n° 88-40.121, 17 avril 1991, Bull. V n° 200.

⁵¹ Gueu Aurélia, *Comment devenir chauffeur VTC ?*, 8 mars 2019, www.legalstart.fr.

⁵² Muller Franc, *De nouveaux droits pour les travailleurs des plateformes en ligne*, 30 avril 2016, www.francmuller-avocat.com.

⁵³ Cass. Soc., n° 01-41.896, 27 mai 2003.

la situation des chauffeurs Uber a constaté que « la structure commerciale ne sert que de structure de facturation en tant que personne morale. Sous couvert d'un montage juridique de façade constitué par une société fictive, les dirigeants de cette société se trouvent bien dans un état de subordination juridique au même titre que les chauffeurs personnes physiques [...] caractérisant l'existence d'un contrat de travail »⁵⁴. C'est cette analyse que la Cour d'appel de Paris (10 janvier 2019 n° 18/08357 Liaisons soc. 16 janvier 2019, n° 17734) met en évidence lorsqu'elle analyse la réalité économique du rapport de travail.

Prédominance du lien de subordination. Selon la jurisprudence française, trois éléments indissociables caractérisent l'existence d'un contrat de travail : l'exercice d'une activité professionnelle, la rémunération et le lien de subordination. Le lien de subordination est l'élément déterminant du contrat de travail, puisqu'il s'agit là du seul critère permettant de le différencier d'autres contrats comportant l'exécution d'une prestation rémunérée⁵⁵. « La qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie » et ne « saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur »⁵⁶. Le lien de subordination est caractérisé par « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur, qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ». Ainsi, peut constituer un indice de subordination le travail au sein d'un service organisé lorsque l'employeur en détermine unilatéralement les conditions d'exécution⁵⁷.

Jurisprudence de la Cour de cassation. Le 4 mars 2020, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence du 28 novembre 2018 sur la relation de travail entre la plateforme *Take Eat Easy* et les coursiers à vélo⁵⁸. Pour mémoire, en 2018 elle avait cassé la décision de la Cour d'appel, considérant que « viole l'article L.8221-6 II du code du travail, la Cour d'appel qui retient qu'un coursier ne justifie pas d'un contrat de travail le liant à une société utilisant une plateforme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plateforme et des livreurs à vélo exerçant sous le statut de travailleur indépendant des livraisons de repas, alors qu'il résulte de ses constatations que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci, et que la société disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier ». L'utilisation qui était faite en pratique de la géolocalisation amenait à une véritable surveillance des livreurs, par un « manager » attribué. Dans l'affaire de 2020, *Uber* a fait l'objet d'une première condamnation par la Cour d'appel de Paris le 10 janvier 2019⁵⁹, pour licenciement abusif, après avoir désactivé l'un de ses chauffeurs, sans que les raisons lui en soient notifiées. Le chauffeur avait saisi le Conseil de prud'hommes, invoquant un licenciement sans cause réelle et sérieuse et demandait des

⁵⁴ TASS Paris, n° 16-03915, 14 décembre 2016, concluant à l'irrégularité de la procédure de contrôle pour non-respect du principe du contradictoire lors des opérations de contrôle.

⁵⁵ Cass. Soc., n° 94-13.187, 13 novembre 1996, Bull. V n° 386, Cass. Soc., n° 14-21992, 2 décembre 2015 et Cass. Soc., n° 13-27535, 6 mai 2015.

⁵⁶ Cass. Civ. 6 juillet 1931, arrêt Bardou.

⁵⁷ Cass. Soc., 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-13.187, Bull. V n° 386, Cass. Soc., n° 14-21992, 2 décembre 2015 et Cass. Soc., n° 13-27535, 6 mai 2015.

⁵⁸ Cass. Soc., n° 19-13.316, 4 mars 2020.

⁵⁹ CA Paris, pôle 6 — ch. 2, n° 18/08357, 10 janvier 2019.

rappels de salaire et des indemnités de licenciement, en application de la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport. Selon lui, chaque service de transport effectué le plaçait dans un lien de subordination et les 2 038 courses réalisées étaient autant de contrats de travail à durée déterminée, qui devaient être requalifiés en un contrat de travail à durée indéterminée. Le Conseil de prud'hommes s'est déclaré incompétent, qualifiant le contrat de partenariat de contrat commercial et renvoyant l'affaire au tribunal de commerce. Le chauffeur a donc interjeté appel devant la Cour d'appel de Paris et entrepris de renverser la présomption d'absence de contrat de travail.

Éléments casuistiques de qualification du contrat de travail. Selon le chauffeur, six éléments parviennent à établir la présence d'un contrat de travail : absence de liberté économique, absence de liberté d'organisation du temps de travail, absence de possibilité de refuser le travail, exercice d'une autorité, d'un contrôle du travail et application de sanctions par Uber. La Cour confirme cette analyse et relève qu'une véritable entreprise individuelle indépendante suppose le libre choix de créer ou de reprendre son activité, la maîtrise de l'organisation de ses tâches et de sa recherche de clientèle ainsi que de fournisseurs. *Uber* — et non pas l'utilisateur — est bien le donneur d'ordre. Les conditions contractuelles d'*Uber* interdisent au chauffeur de se constituer une clientèle propre. Les tarifs comme l'itinéraire sont fixés par *Uber*, ce qui constitue notamment des directives. Le service de transport s'exécute donc sous l'autorité d'*Uber*, qui exerce un contrôle de l'activité par le biais de la géolocalisation et du système de notation. Enfin, *Uber* a mis en place et applique un système de sanction en cas de taux élevé de refus ou d'annulation d'un service accepté — sanctions qui peuvent être financières, *Uber* se réservant de répercuter le tarif au chauffeur —, ou même aller jusqu'à sa désactivation. Ces éléments constituent un faisceau d'indices convergents suffisant, selon la Cour, pour constituer un lien de subordination et renverser la présomption simple de non-salariat. Sur pourvoi d'*Uber*, la Cour de cassation confirme l'analyse de la Cour d'appel qui s'intéresse en premier lieu aux conditions d'existence d'une (véritable) entreprise individuelle : « Une condition essentielle de l'entreprise individuelle indépendante est le libre choix que son auteur fait de la créer ou de la reprendre, outre la maîtrise de l'organisation de ses tâches, sa recherche de clientèle et de fournisseurs ». Dans un second temps, la Cour analyse les différents indices révélateurs d'un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction et conclut « qu'un faisceau suffisant d'indices se trouve réuni » et que « le contrat de partenariat signé par (le chauffeur) s'analyse en un contrat de travail ». L'argument de la liberté de connexion, donc de choix des horaires de travail, avancé par *Uber* est, un indice de non-subordination, mais n'est en rien exclusif d'un lien de subordination⁶⁰. Au contraire, comme le soutient le chauffeur, l'existence d'une certaine indépendance dans la réalisation de son activité ne doit pas être confondue avec la réelle autonomie dont dispose le travailleur indépendant. C'est donc à bon droit que la cour a considéré que le statut de travailleur indépendant était fictif.

Synthèse : l'insécurité juridique générée. Les systèmes suisses et français sont très similaires dans la définition du contrat de travail comme dans la méthode de qualification et la définition du lien de subordination. Il n'est donc pas inenvisageable que l'un et l'autre puissent mutuellement s'enrichir de leurs méthodologies respectives

⁶⁰ Cass. Soc., n°17-20.079, 28 novembre 2018.

concernant des affaires identiques. Tous deux imposent une requalification du contrat qui d'une part laisse la charge de la mise en œuvre du droit à la partie faible au rapport contractuel et qui d'autre part ne résout pas la difficulté de la preuve. Tous deux présentent également la faiblesse que les décisions ne sont pas opposables aux tiers et ne sont valables que pour un état de fait donné. Ainsi, l'action collective n'existant pas en matière prud'homale pour les questions de requalification⁶¹, une fois qu'un travailleur a obtenu la requalification de son contrat par une décision ayant force de chose jugée, la plateforme peut facilement modifier sa pratique et renouveler ses contrats afin d'échapper à nouveau à la requalification. Ainsi Uber en Suisse a introduit de nouvelles fonctions à sa plateforme permettant à l'utilisateur de sélectionner un chauffeur favori, au chauffeur de choisir un coefficient multiplicateur pour le tarif proposé, et une plus grande transparence sur la destination avant l'acceptation de la course. En France, malgré la jurisprudence de la Cour de cassation, une décision du 4 octobre 2020 concernant la plateforme de livraison à vélo *Tok Tok Tok* refusant la qualification de contrat de travail a été rendue⁶². Les mêmes pratiques et clauses que chez *Uber* ou *Take Eat Easy* étaient présentes *a priori*. La plateforme fournissait le téléphone et le matériel nécessaire à la prestation du service. Le coursier était libre de ses horaires de connexion à l'application, mais recevait des incitations à travailler à certains moments de la journée. Il s'engageait à ne pas faire de concurrence à la plateforme. Il était susceptible de subir des sanctions telles que la résiliation du contrat ou le blocage de l'application. Il était géolocalisé. Selon la Cour, pourtant, la preuve d'un lien de subordination juridique, par la mise en œuvre des directives ou des sanctions, n'est pas rapportée. De même, le contrôle par le biais de la géolocalisation n'emporte pas seule la conviction des juges et la réalité du pouvoir de notation de la société n'est pas démontrée concrètement. La facturation des prestations par la plateforme et le fait que le coursier n'ait aucune clientèle personnelle n'établit pas non plus la réalité du lien de subordination. La question peut donc se poser de la prévisibilité des solutions. L'insécurité juridique qui en résulte est d'autant plus grande que l'appréciation des faits, qui repose sur les éléments de preuves apportés par les parties, n'est revue par les juges du droit que dans la limite de l'arbitraire.

B. *Amorce d'évolution de la notion de subordination*

Propos introductifs. En l'absence de définition légale du lien de subordination, le législateur accepte l'indétermination de la matière tombant dans le champ d'application de la loi, sa multiplicité et son caractère disparate. Il en résulte une délégation de la puissance publique au pouvoir judiciaire, à qui une grande latitude de jugement est octroyée dans l'appréciation des faits et de leurs conséquences juridiques. Comme tout concept juridique indéterminé, le lien de subordination est ainsi apte à évoluer, mais cette évolution est porteuse d'insécurité juridique. Toutefois, la définition du lien de

⁶¹ L'action exercée par des organisations syndicales existe en droit du travail, en France comme en Suisse, mais uniquement pour des cas bien spécifiques, cf. pour la Suisse p. e. : art. 15, al. 2 de la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993, art. 7 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, ou pour la France la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, dite « Justice XXI » a toutefois ouvert une action de groupe en matière de discrimination. L'action doit alors être exercée soit par une association syndicale, soit par une association agréée depuis plus de 5 années, v. arts. L. 1134-6 à L. 1134-10 du Code français du travail.

⁶² CA Paris, pôle 6 — ch. 7, n° 18/05471, 8 octobre 2020.

subordination évolue peu. La jurisprudence préfère tordre le concept pour le faire rentrer dans le cadre de ses décisions quand cela s'avère nécessaire. Ainsi Julien Icard utilise l'image des forceps pour décrire la manière qu'a la Cour de cassation de mettre en œuvre les critères traditionnels de la subordination dans les relations contractuelles des plateformes, « comme s'il s'agissait de démontrer leur caractère intemporel »⁶³. Face à cette problématique, l'approche est double, certains proposent d'élargir la notion de subordination afin d'inclure une proportion de dépendance économique dans la définition (1), d'autres de créer un nouveau cercle de protection pour les personnes qui par leur dépendance n'entrent ni totalement dans la catégorie des travailleurs indépendants, ni totalement dans celle des travailleurs salariés (2).

1. La prise en compte de la dépendance économique dans les systèmes binaires

La subordination, élément caractéristique du contrat de travail. Le lien que les juges cherchent à identifier en droit du travail est la subordination, car c'est l'élément caractéristique du contrat de travail, absent des autres formes de contrats de prestation de service⁶⁴. Selon le Tribunal fédéral : « Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination, qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel, et dans une certaine mesure économique »⁶⁵. « En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, révèlent l'existence d'un contrat de travail plutôt que d'un mandat »⁶⁶. Ainsi le mandataire doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et sous sa seule responsabilité tandis que le travailleur se trouve au service de l'employeur⁶⁷. Selon la doctrine suisse, la subordination est le fait pour le travailleur de se mettre sous la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel, et dans une certaine mesure économique⁶⁸. Selon la jurisprudence française, le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur, qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné⁶⁹.

Une catégorisation difficile du travail indépendant. À l'opposé, le travail indépendant consiste traditionnellement en la gestion d'une entreprise à son propre compte et à ses risques. Autrement dit, la personne indépendante est celle qui est, en principe, propriétaire de ses instruments de travail et de sa clientèle, et qui met sa force de travail à son propre service ou au service de sa propre entreprise, en supporte les risques tout en recueillant les profits⁷⁰. En pratique, la distinction s'avère

⁶³ Icard Julien, *La requalification en salarié d'un travailleur dit indépendant exerçant par le biais d'une plateforme numérique*, Bulletin Joly Travail, n°01, janvier 2019, p. 15.

⁶⁴ Bieri/Carron/Tercier, *op. cit.* note 21, p. 476 ss.

⁶⁵ 4A_200/2015, 3 septembre 2015, 3 septembre 2015, consid. 4.2.1.

⁶⁶ TF 4A_592/2016, 16 mars 2017, consid. 2.

⁶⁷ TF 4P.337/2005, 21 mars 2006, consid. 3.3.2.

⁶⁸ Cf. notamment Aubert, *op. cit.* note 17, ch. 1-21, et Dunand, *op. cit.* note 17, p. 3 ss.

⁶⁹ Cass. Soc., n° 14-21992, 2 décembre 2015 et Cass. Soc., n° 13-27535, 6 mai 2015.

⁷⁰ Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG (DIN), § 1005 « Sont en premier lieu

particulièrement délicate lorsque la prestation caractéristique est par nature exécutée de manière autonome. C'est le cas notamment des professions libérales qui ont vu se développer un exercice sous forme de salariat, mais aussi des travailleurs des plateformes⁷¹. Dans de telles situations, la personne indépendante, par sa collaboration libre, met à disposition d'un autre entrepreneur son activité personnelle, pendant un temps plus ou moins long, de manière exclusive ou presque, en agissant seule et sans l'aide d'un tiers, tout en demeurant autonome dans l'organisation de son travail, tant d'un point de vue temporel que matériel. Ces collaborateurs libres (« *Freie Mitarbeiter* ») ne répondent clairement ni à la définition de travailleur salarié, ni à celle d'indépendant. Les caractéristiques de ces deux types d'activité lucrative se retrouvent dans la relation juridique les liant à l'employeur, respectivement mandant, donneur d'ordre ou maître d'ouvrage⁷².

Propositions de la doctrine pour la prise en compte de la dépendance économique. Ces définitions sont difficilement transposables aux relations de travail des plateformes dans lesquelles le travailleur choisit le moment et la durée de son travail, et dont le comportement est manipulé par le jeu d'un algorithme qui oscille entre encouragement et sanction tout en distillant les informations utiles à sa décision d'accepter une course ou non⁷³. Face à ces difficultés, la pertinence de définition de la notion de subordination a été remise en question car inadaptée aux transformations des relations de travail résultant des pratiques des plateformes numériques⁷⁴. Ainsi dépendance et subordination sont historiquement liées : « dès 1932, la dépendance économique retrouva un rôle dans la qualification de contrat de travail. Celui-ci s'est perpétué jusqu'à aujourd'hui. Il est ainsi fréquent que la Cour de cassation note que le travailleur n'avait pas de clientèle propre⁷⁵, qu'il travaillait exclusivement pour le donneur d'ouvrage⁷⁶, que le montant du prix ou du salaire était fixé unilatéralement par la partie forte⁷⁷, ce qui est autant de manières de caractériser ou de prouver une dépendance économique »⁷⁸. Dès les années 2000, des propositions ont été faites pour faire évoluer la notion. Selon Alain Supiot, l'évolution, tant du travail salarié que du travail indépendant, montre que l'utilisation, comme ligne de démarcation, du critère de la subordination dans son sens juridique, est non seulement artificielle, mais aussi

considérés comme travailleurs indépendants les (co) — propriétaires d'une entreprise, d'une exploitation ou d'un commerce » et §1014 « Toute raison individuelle inscrite au registre du commerce est présumée être une entreprise à but lucratif dont le titulaire exerce une activité indépendante ». Fragnière Jean-Pierre, *Dictionnaire suisse de politique sociale*, Réalités sociales, 2^e éd., 2002, p. 173 et Lyon-Caen Gérard, *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, p. 5 cité par Witzig Aurélien, *Droit du travail*, Schulthess, 2018, p. 16.

⁷¹ TF 4P.83/2003, 9 mars 2003, consid. 3.2.

⁷² Harder, *op. cit.* note 15, p. 71, 78-79 et 84.

⁷³ Perrig Luca, *Manufacturing consent in the gig economy*, in Moore/Woodcock, *Augmented Exploitation: Artificial Intelligence, Automation, and Work*, London: Pluto Press (publication à venir). Witzig Aurélien, *Droit du travail*, Schulthess, 2018, p. 83-84, et Witzig Aurélien, *Ressorts méconnus du droit du travail, Regards croisés sur le droit du travail: Liber amicorum pour Gabriel Aubert*, 2015, p. 356-357 qui emploie l'expression « non-contractualisation » pour évoquer les formes d'auto-emploi, qui sous couvert de supprimer le lien de subordination, cherchent à contourner la réglementation du travail.

⁷⁴ Cf. pour la Suisse, Magoga-Sabatier, *L'ubérisation du travail, nouvelle forme d'entrepreneuriat ou précarisation: Quelle reconnaissance pour les nouveaux indépendants?*, Magister, Éditions Weblaw, 2019, ISBN 978-3-906940-94-6, p. 66-67, Billarant, *op. cit.* note 16. Pour la France : Abdelnour Sarah/Méda Dominique, *Les nouveaux travailleurs des applis*, PUF coll. La vie des idées, septembre 2019, van den Bergh Kieran, *Plateformes numériques de mise au travail: mettre en perspective le particularisme français*, Revue de droit du travail 2019 p. 101.

⁷⁵ Cass. Soc., n° 97-17.766, 13 janvier 2000, Cass. Soc., n° 08-21817, 20 mai 2010, Cass. Soc., n° 07-45.298, 12 juillet 2010.

⁷⁶ Cass. Soc., n° 04-47.379, 15 mars 2006.

⁷⁷ Cass. Soc., n° 00-44.646, 10 décembre 2002, Cass. Soc., n° 01-43018, 2 juillet 2003, Cass. Civ. 2^e, n° 04-18104, 13 décembre 2005.

⁷⁸ Dockès Emmanuel, *Notion de contrat de travail*, Droit social, 2011, n° 5, 2011, p. 546.

désormais obsolète, voire contreproductive, car elle ne permet pas de prendre en compte les multiples facettes des aspects économiques des nouvelles formes de travail. Alain Supiot met en évidence l'émergence d'une forme « d'allégeance dans l'indépendance » et d'une « autonomie dans la subordination » et suggère qu'il serait plus juste d'utiliser une terminologie commune, celle de travailleur, en référence à « toute personne vivant de son travail »⁷⁹. Selon Paul-Henri Antonmattei et Jean-Christophe Sciberras, la problématique pour des travailleurs des plateformes numériques n'est pas tant de remettre en question l'absence de lien de subordination juridique, c'est-à-dire le fait qu'au sens strict ces personnes sont bien organisées de manière indépendante, que de reconnaître les conséquences juridiques de leur dépendance économique⁸⁰. La prise en compte de la dépendance économique est d'ailleurs très tentante, car elle conduit à la protection de la partie faible, qui est l'un des objectifs poursuivis par le droit du travail. L'avocat général près la Cour de cassation, citant Alain Supiot, conclut ainsi : « la subordination ne saurait constituer un horizon insurpassable et il est vrai que certaines personnes, souvent très diplômées, ne souhaitent pas devenir salariées. Ce qui distingue à mes yeux leur situation de celle des chauffeurs *Uber*, tient à ce que la relation entre ces indépendants et ceux qui font appel à leurs services est beaucoup plus égalitaire. Pour s'en assurer, ce sont souvent les critères de l'indépendance économique qui seront essentiels. C'est en l'espèce tout l'intérêt de la décision des juges d'appel que de l'avoir souligné »⁸¹. La liberté si relative du chauffeur de choisir ses horaires de travail ne saurait donc exclure la caractérisation d'un lien de subordination permanente.

Analyse. Une telle approche **pose** la question du pouvoir d'entreprendre et de l'autonomie du travailleur. Confondre subordination et dépendance économique aurait néanmoins pour conséquence d'intégrer dans le champ d'application du droit du travail tous les rapports dits de « sous-traitance intégrée », c'est-à-dire les relations de travail dans lesquelles le sous-traitant est formellement son propre employeur, mais ses conditions de travail sont en fait similaires à celles d'un employé, du fait de la situation de dépendance économique et de la subordination dans laquelle il se trouve vis-à-vis du cocontractant. Le sous-traitant assume indéniablement le risque économique, car dès lors qu'il n'a généralement qu'un seul contractant, ou un contractant principal qui génère la majorité de son revenu ; celui-ci dépend de l'activité économique et conjoncturelle du cocontractant, mais il n'a pas la possibilité d'étendre véritablement son activité entrepreneuriale⁸². Pour éviter un élargissement excessif de l'application du droit du travail, la dépendance économique doit toutefois être appliquée uniquement en présence d'autres critères de subordination et non pour la remplacer. Autrement dit, les indices de dépendance économique participent à la preuve de la subordination mais ne suffisent pas à identifier le contrat de travail⁸³. Ainsi la seule dépendance économique [résultant du coût de la redevance, qui implique une quantité de travail importante pour procurer au chauffeur une certaine rémunération] ne suffit pas à caractériser le lien de subordination qui ne résulte pas des faits de la cause⁸⁴. Et la Cour doit pouvoir inclure

⁷⁹ Supiot Alain, *Les nouveaux visages de la subordination*, Droit social, n° 2, 2000, p. 131-145.

⁸⁰ Antonmattei/Sciberras, *op. cit.* note 89, p. 9.

⁸¹ Avis oral et écrit du premier avocat général (Courcol-Bouchard Catherine) relatif à l'arrêt Cass. Soc. n°374 (n°19-13.316), 4 mars 2020.

⁸² Muehlberger Ulrike/Pasqua Silvia, *Workers on the Border between Employment and Self-employment*, *Review of Social Economy*, 2009, 67 (2), 22 juin 2009, p. 201-228.

⁸³ Dockès, *op. cit.* note 78.

⁸⁴ Cass. Soc., n° 98-40.572, 19 décembre 2000.

les critères de l'indépendance économique pour distinguer les véritables indépendants des indépendants fictifs, car la différence « tient à ce que la relation entre ces indépendants et ceux qui font appel à leurs services est beaucoup plus égalitaire [que celle des chauffeurs Uber] »⁸⁵. En Suisse, la jurisprudence du Tribunal fédéral considère que « ce dernier critère [la dépendance économique] doit être relativisé dès lors qu'une dépendance économique peut exister dans d'autres contrats que le contrat de travail d'une part, et qu'elle n'existe pas nécessairement dans tous les contrats de travail d'autre part »⁸⁶.

Notion de subordination temporellement limitée. La Cour vaudoise aborde un élément plus atypique de la subordination qu'est la subordination temporellement limitée. L'idée étant que la subordination n'existe que pendant le temps de connexion. Ce concept est toutefois en partie contredit par les pratiques incitatives actives de la plateforme en dehors des temps de connexion, amenant le chauffeur à se connecter et la résiliation automatique du contrat en l'absence de connexion pendant une période de 90 jours. La force du lien de subordination a été appréciée dans la décision précitée en fonction du temps réel de connexion du chauffeur. Dans le cas d'espèce, le chauffeur avait utilisé le service de l'application pendant plus de 50 heures par semaine en moyenne, durée pendant laquelle, activement enregistré, il était donc engagé contractuellement à ne pas réaliser de service de transport concurrent. Ce fait en lui-même atteste de la dépendance économique. Dès lors, bien qu'étant en théorie libre de se connecter ou non, cette liberté ne peut être invoquée qu'abusivement. Or pendant toute cette durée, il ne peut refuser des courses de manière libre et éclairée, et doit se tenir géographiquement à proximité, si ce n'est à l'intérieur, de son véhicule. En se connectant pendant toute cette durée, le chauffeur a manifesté sa volonté d'être lié par le rapport de subordination qui en résultait. Ainsi prend forme le concept de subordination temporellement limitée avancé par la doctrine⁸⁷. Tout l'intérêt de ce concept est, lorsqu'il est utilisé en lien avec la dépendance économique, d'englober dans le lien de subordination les activités principales et d'exclure les activités accessoires. Ainsi, la subordination temporellement limitée, liée à la dépendance économique, rejoint le critère français du lien de subordination permanente permettant de renverser la preuve de non-salarié.

Synthèse : il est important de prendre en compte la dépendance économique notamment lorsque les autres éléments de la subordination ne sont qu'indirectement prouvés. Cela permet de rendre la notion de subordination plus objective, donc moins sujette à l'aléa de la preuve et de la soumettre au contrôle des juges du droit. Cumulée à la notion temporelle, cela pourrait également faciliter la preuve d'une subordination en présence d'une activité principale et l'exclure en présence d'une activité accessoire. Nous retenons également la proposition du droit des assurances sociales suisses d'objectiver l'analyse en multipliant les critères permettant d'identifier la part de dépendance pertinente relevant de la subordination.

⁸⁵ Courcol-Bouchard Catherine, Avis oral du premier avocat général relatif à l'arrêt Cass. Soc., n° 374 (n°19-13.316), 4 mars 2020.

⁸⁶ TF 4A_592/2016, 16 mars 2017, consid. 2.

⁸⁷ Kahil-Wolff Hummer Bettina, Les relations sociales internationales dans l'économie collaborative : renouveler les règles légales en Europe, in : Kahil-Wolff Hummer/Juge (édit.), *Le droit social numérique*, Stämpfli, 2018, p. 125-168 et p. 33, Valterio Michel, *Droit de l'assurance-vieillesse*, Schulthess, 2011, p. 75.

2. La reconnaissance de la dépendance des travailleurs autonomes par la création d'un statut spécifique : les systèmes ternaires

Remarques liminaires. Plusieurs pays, dont l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie et l'Angleterre se sont dotées, selon des critères plus ou moins variés, d'un troisième statut, dédié aux travailleurs indépendants économiquement dépendants, afin de permettre plus de finesse dans la mise en œuvre du droit du travail⁸⁸. **Le point commun de ces systèmes que nous nommerons « ternaires » est la reconnaissance d'une certaine dépendance dans l'indépendance et la responsabilité sociale qui en découle. Cela évite de se heurter à la subordination au sens étroit des systèmes binaires.** Ainsi la frontière floue des systèmes binaires se trouve remplacée par une zone spécifique. Néanmoins, un système ternaire est plus exigeant dans l'analyse de la situation par le juge, car celui-ci doit exclure l'application non pas d'un, mais de deux statuts. En ce sens, ce sont deux frontières qu'il s'agit de délimiter selon les circonstances du cas d'espèce⁸⁹. **Cette étude se concentrera sur le système anglais, dont le point commun avec les systèmes français et suisse est de s'attacher aux circonstances concrètes plutôt qu'aux termes du contrat.**

Classification ternaire des relations de travail selon le système anglais⁹⁰. En Angleterre, les juridictions ont tranché la qualification du contrat de la plateforme *Uber* et jugé que les chauffeurs sont des travailleurs « *workers* » de la filiale britannique, *Uber London Limited* (« ULL »), titulaire du permis d'exploitation de véhicules de location privée pour Londres et non ceux de la société hollandaise signataire des contrats *Uber BV*. L'affaire est actuellement pendante devant la Cour suprême, il s'agira dès lors d'une décision portant sur un point de droit d'importance publique, d'un précédent remis en question ou d'une question d'interprétation⁹¹. Pour bien comprendre le système anglais, il faut brièvement étudier les critères de distinction entre le statut d'employé, celui de travailleur et celui d'indépendant, avant de pouvoir analyser les arguments retenus et leurs conséquences⁹². Le statut de salarié relève en droit anglais de deux catégories : les employés (« *employees* ») d'une part et les travailleurs (« *workers* ») d'autre part. L'article 230 chiffre 2 de l'*Employment Rights Act*⁹³ qualifie d'employé l'individu (« *individual* ») qui travaille au titre d'un contrat de service. La notion d'employé n'étant pas définie, la *common law* ayant développé des critères pour distinguer le contrat de service, réservé au statut d'employé, du contrat d'entreprise, typique d'une relation d'indépendant. Ainsi le contrat de service doit porter sur une prestation de services personnels et l'autre partie ne doit pas être un client. À cette définition vient s'ajouter celle du travailleur, au chiffre 3 de l'article 230 : le travailleur est un individu qui a conclu et travaille au titre d'un contrat de travail ou d'un autre contrat, tacite ou exprès, oral ou écrit. La principale caractéristique du travailleur est la réciprocité des obligations, à savoir celle de fournir un travail pour ce qui est de l'employeur, et celle de mettre son

⁸⁸ Magoga-Sabatier, *L'ubérisation du travail*, *op. cit.* note 74, p. 59-66.

⁸⁹ Barthelemy Jacques, *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle*, Les cahiers du DRH, juin 2008, p. 35-36, cité par Antonmattei/Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité*, 2008, www.travail-emploi.gouv.fr, p. 6.

⁹⁰ Magoga-Sabatier, *L'ubérisation du travail*, *op. cit.* note 74, p. 43-46.

⁹¹ Cf. Court of Appeal, n° [2018] EWCA Civ 2748 *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, 19 décembre 2018, EAT n° UKEAT/0056/17/DA, 10 novembre 2017, Supreme Court n° UKSC 2019/0029.

⁹² Turner Chris, *Unlocking employment law*, Londres, Routledge p. 80 ss. (traduction libre).

⁹³ www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/230.

temps à disposition de l'employeur pour ce qui est du travailleur⁹⁴. Bien que la délimitation précise soit parfois difficile, on peut dire que les deux catégories relèvent du statut de salarié, mais que la notion de travailleur est plus large que celle d'employé, car elle n'est pas limitée à la prestation personnelle de services. Une personne qui n'est pas soumise au statut d'employé pourra donc être qualifiée de travailleur. C'est ce deuxième statut qui a été revendiqué par les chauffeurs *Uber*⁹⁵. Pour appliquer les définitions légales aux cas concrets, la jurisprudence utilise des méthodes permettant de « tester » le statut. Ces méthodes ont évolué dans le temps et varient selon l'autorité, ou la juridiction qui effectuent le test, ou en fonction de l'intérêt en cause. Il n'y a donc pas de méthode qui s'applique en toutes circonstances ou qui prévale sur une autre. Chaque cas est traité selon ses propres caractéristiques. La doctrine distingue quatre catégories des tests : (i) le contrôle dans la façon dont le travail doit être effectué, le résultat et dans la méthode pour y arriver⁹⁶, (ii) le test du degré d'intégration ou d'organisation⁹⁷, (iii) celui de la réalité économique ou du test multiple⁹⁸, et (iv) celui de réciprocité des obligations⁹⁹.

Apports du statut de *Worker*. La protection sociale des travailleurs est similaire à celle des employés, quoique nettement plus limitée. Il s'agit uniquement de reconnaître la situation de dépendance économique de fait dans laquelle les travailleurs autonomes se trouvent et de conférer aux employeurs la responsabilité qui en résulte. Les droits qui en découlent, mis en place en 1998, sont le droit à un salaire minimum par l'application de l'article 54 ch. 3 du *National Minimum Wage Act 1998*¹⁰⁰, la protection contre des horaires excessifs, c'est-à-dire le droit à ne pas travailler plus de 48 heures par semaine, un minimum de congés payés et une protection contre les retenues illégales sur salaire en application de l'article 36 ch. 1 de la *Working Time Regulations 1998*¹⁰¹. Les travailleurs bénéficient aussi de garanties en matière de santé, et de sécurité au travail.

Critère de la réalité économique mis en œuvre par la jurisprudence. En première instance, les juges de l'*Employment Appeal Tribunal* (« EAT ») ont considéré que réduire *Uber* à une mosaïque de 30 000 petites entreprises liées par une plateforme était « à la

⁹⁴ *Court of Appeal (Civil Division) Pimlico Plumbers Ltd & Anor vs. Smith*, 10 février 2017, cité dans le jugement d'*Uber*. Ce jugement qualifie les plombiers de « *workers* ». Il fait la distinction entre « *employee* » et « *worker* », selon le critère de la réalisation personnelle des services (ch.84). Le jugement distingue également entre la qualité d'« *independent* » et de « *worker* » (ch.114).

⁹⁵ EAT, n°UKEAT/0056/17/DA, *Uber B.V. & Ors Aslam & Ors*, 10 novembre 2017, *op. cit.* note 91, ch. 3.

⁹⁶ Le critère est de savoir si l'employeur avait ou non le pouvoir de contrôler la manière d'exécuter l'acte. Il ne suffit pas que la tâche à accomplir soit sous son contrôle, il faut aussi que l'employeur contrôle la méthode pour l'accomplir (traduction libre). Ce test trouve sa limite lorsque l'employé dispose d'une plus grande spécialisation que son employeur cf. *United Kingdom House of Lords Decisions, 1947 AC 1, Mersey Docks and Harbour Board vs. Coggins and Griffith (Liverpool) Ltd* 27 juillet 1946, ch. 7.

⁹⁷ Ce test est aussi un test de contrôle : l'employeur dit à l'employé ce qu'il doit faire et de quelle manière ; l'employé fait partie de l'organisation du travail plus que comme simple accessoire. Ce test entre en conflit avec la sous-traitance. cf. *Court of Appeal, [1952] 1 LTR 101, Stevenson, Jordan Harrison Ltd vs. MacDonald & Evans*.

⁹⁸ Ce test est le plus fréquemment utilisé. Trois conditions doivent être réunies pour reconnaître le statut d'employé : l'employé doit être d'accord de fournir son travail contre un salaire, il doit accepter un certain contrôle de l'employeur dans son travail, les autres aspects du contrat ne viennent pas contredire la nature de la relation. Des critères ont été précisés par la jurisprudence pour vérifier ces conditions. Cf. *High Court of Justice, [1968] 2 QB 497, Ready Mixed Concrete Southeast Ltd vs. Minister of Pensions and National Insurance*, 8 décembre 1967.

⁹⁹ Ce test résulte de la mise en œuvre du précédent, il vérifie si la réalité économique désigne une relation employeur/employé. cf. *Court of Appeal, [1984] QB 90, O'Kelly vs. Trusthouse Forte plc*.

¹⁰⁰ www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/39/section/54.

¹⁰¹ www.legislation.gov.uk/uksi/1998/1833/regulation/36/made.

limite du ridicule », car elles n’avaient aucun pouvoir de négociation et ne pouvaient faire croître leur clientèle. Selon eux, dans le contrat de fourniture de service entre le chauffeur et le passager, le chauffeur entre en relation contractuelle avec une personne qu’il ne connaît pas, pour entreprendre un trajet qui lui est recommandé par un tiers, vers une destination qui ne lui est communiquée qu’au début de l’exécution du trajet, alors qu’il ne peut plus se départir du contrat sans sanction, pour un prix déterminé par et payé à un tiers. Les juges ont ainsi rejeté la qualification choisie par les parties de contrat de services (*Services Agreement*), qualifiée de pure fiction et d’absurdité, sans aucune relation avec la réalité des accords et des relations entre les parties¹⁰². Selon les arguments développés par *Uber* et repris devant la Cour d’appel, seule l’échelle à laquelle l’activité est pratiquée serait novatrice et refléterait l’évolution technologique. En ce sens, *Uber* soutient que les juges auraient dû tenir compte de l’existence du contrat entre Uber B.V. et les chauffeurs dans leur qualification juridique, en s’appuyant sur la jurisprudence selon laquelle une inégalité de pouvoir de négociation entre les parties ne suffit pas pour que le contrat écrit puisse être ignoré¹⁰³. Les juges se seraient reposés à tort sur des indices du contrat de travail ; indices non pertinents, car ils ne sont que la conséquence de la réglementation de la profession. Se référant aux jurisprudences sur l’interprétation correcte de la définition de travailleur, notamment *Autoclenz Limited v Belcher*¹⁰⁴, la Cour d’appel confirme le jugement de l’EAT et conclut que c’est à bon droit que les juges, appliquant le test de la réalité économique, ont rejeté la lettre de la documentation contractuelle fournie, pour affirmer qu’il existe bien un contrat, non écrit, par lequel les chauffeurs sont intégrés dans le modèle d’affaires d’*Uber* et plus précisément d’ULL¹⁰⁵. Selon la Cour, il n’est pas réaliste de considérer *Uber* comme travaillant « pour » les conducteurs, la seule interprétation qui fait sens est la relation inverse : *Uber* gère une entreprise de transport ; les chauffeurs fournissent la main-d’œuvre qualifiée grâce à laquelle *Uber* fournit ses services et réalise ses bénéfices¹⁰⁶. En conséquence, le statut de travailleur, la législation sur le temps de travail et le salaire minimum doivent s’appliquer. Le temps de travail s’étend sur la période pendant laquelle le chauffeur se trouve sur le territoire qui lui est assigné, avec son application activée, car même si les chauffeurs ne sont pas obligés d’accepter la totalité ou même 80 % des courses, le niveau élevé d’acceptation requis et la pénalité d’être déconnecté si trois demandes consécutives ne sont pas acceptées dans le délai de dix secondes, justifient que les chauffeurs en attente de réservation soient à disposition. Le temps d’attente entre les courses est donc aussi du temps de travail. *Uber* doit apporter la preuve contraire, par exemple si le chauffeur avait une application concurrente activée¹⁰⁷.

Critère du contrôle substantiel et de l’intégration dans l’organisation. La Cour suprême a déjà tranché une question similaire en juin 2018 dans l’affaire *Pimlico Plumbers*¹⁰⁸. Selon cette jurisprudence, les entreprises souhaitent présenter leurs agents

¹⁰² EAT, n°UKEAT/0056/17/DA, *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, *op. cit.* note 91, ch.69, 70 et 87-89.

¹⁰³ *Ibid.*, ch.82-84.

¹⁰⁴ Cf. Judgement of the Supreme Court of the United Kingdom, [2011] UKSC 41, *Autoclenz Limited vs. Belcher and others*, Trinity Term, 27 juillet 2011, cité dans Court of Appeal, n° [2018] EWCA Civ 2748 *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, *op. cit.* note 91, ch. 43.

¹⁰⁵ *Court of Appeal*, n° [2018] EWCA Civ 2748 *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, *op. cit.* note 91, ch. 71-82, 87, 90-91.

¹⁰⁶ *Ibid.*, ch. 95.

¹⁰⁷ *Ibid.*, ch. 104.

¹⁰⁸ Judgement of the Supreme Court of the United Kingdom, [2018] UKSC 29, *Pimlico Plumbers Ltd & Anor vs. Smith*, 13 juin 2018, ch.47 et 48.

au public comme faisant partie d'elles-mêmes, et pour cela exercent sur eux un contrôle substantiel, tout en organisant leur indépendance dans des contrats savamment orchestrés¹⁰⁹. Lorsque le contrôle aboutit à ce que le caractère *intuitu personae* de la personne qui effectue le travail soit plus importante que le travail en lui-même et lorsqu'il s'exerce d'une manière si étroite que l'entreprise ne doit pas être considérée comme un client, mais bien comme un employeur, alors le travailleur doit être qualifié de *Worker*. Si elle suit sa jurisprudence *Pimlico Plumbers* de 2018, la Cour suprême anglaise confirmera l'impact du contrôle de fait exercé par *Uber*, par une complète intégration des chauffeurs dans son organisation, sur la dépendance économique dans laquelle se trouvent les chauffeurs malgré leur autonomie contractuelle et temporelle. Elle pourra également confirmer la notion temporelle de subordination en matière de durée du travail, qui inclut dans la définition du temps de travail la totalité du temps de connexion du chauffeur et fait supporter la charge de la preuve d'une connexion concurrente à une autre plateforme entre deux prestations de service à la plateforme numérique pour renverser cette présomption.

Application au droit français et au droit suisse. Le législateur français a ébauché un régime spécifique des travailleurs des plateformes numériques avec la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 introduisant, dans la septième partie du Code du travail, livre troisième, un titre IV concernant les « Travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique ». Ne sont concernés par ce régime que les « travailleurs indépendants » (article L.7341-1 du Code du travail) et uniquement « lorsque la plateforme détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix » (article L.7341-2 du Code du travail). Ainsi, à l'image de la solution anglaise, une protection est accordée aux situations de dépendance dans l'indépendance, en l'absence de subordination permanente ou lorsque la preuve échoue. Néanmoins, contrairement à la solution anglaise, il s'agit d'un statut d'indépendant « amélioré » et non pas d'un statut de travailleur « allégé ». La Suisse réfléchit également à la création d'un tel statut. L'association Avenir Suisse¹¹⁰ a fait des propositions dans ce sens et certains conseillers nationaux ont déposé des postulats afin que la question de la création d'un statut hybride soit étudiée par le Conseil fédéral¹¹¹.

Conclusion intermédiaire. La création d'un statut spécifique permet incontestablement de couvrir la notion de dépendance économique du travailleur sans l'assimiler au contrat de travail, ce qui est impossible dans les systèmes binaires. Il n'est pas certain cependant qu'un statut supplémentaire augmente la protection des personnes ainsi qu'un objectif de prévisibilité des solutions et de sécurité juridique, car la qualification repose tout autant sur l'appréciation des circonstances et des éléments de preuve. Ainsi, en mai 2018, des coursiers à vélo anglais ont réussi à obtenir devant

¹⁰⁹ *Ibid.*, ch. 16, 47-48.

¹¹⁰ Fondée en 1999 par quatorze des plus grandes multinationales helvétiques, Avenir Suisse, fondation à but non lucratif au capital de 50 millions de francs suisses, est un *think tank* qui développe des idées pour le futur du pays.

¹¹¹ Cf. par exemple Grünenfelder Peter, Plus de digitalisation, moins de lutte des classes, 14 mai 2018, et Doffey Axel, La sécurité sociale 4.0, 29 mars 2018, www.avenir-suisse.ch. Postulat 17.4087 « société numérique. Etudier la création d'un nouveau statut de travailleur » déposé auprès du Conseil national le 13 décembre 2017 par le Groupe Libéral Radical, adopté par le parlement le 19 septembre 2018 et un rapport sur des mesures de flexibilisation des assurances sociales de l'OFAS en collaboration avec le secrétariat à l'économie, l'office de la justice et l'administration fédérale des contributions est attendu depuis fin 2019.

l'EAT le statut de *Worker*¹¹². En revanche, en novembre 2018, les coursiers *Deliveroo* se sont vu refuser ce statut en l'absence de sanctions exercées sur les livreurs, qui n'avaient pas l'obligation d'exécuter personnellement la tâche et pouvaient donc se substituer une autre personne en cas d'empêchement¹¹³. Le *Central Arbitration Committee* a pourtant aussi appliqué la jurisprudence *Autoclenz Limited v Belcher* permettant de s'éloigner des termes du contrat au profit de la réalité des relations entre les parties. Finalement, le plus grand risque d'un tel statut est qu'il aboutisse dans les faits à baisser la protection sociale des travailleurs s'il est utilisé intensément par les entreprises comme moyen d'externalisation du travail. Les propositions que nous ferons dans la partie suivante viseront donc à objectiver la qualification à retenir afin de réduire l'insécurité juridique résultant des incertitudes quant à la détermination de la correcte catégorie tout en réduisant l'effet de sous-enchère sociale d'une nouvelle catégorie.

II. Propositions d'élargissement du faisceau d'indices convergents vers la subordination

Comme nous venons de le voir, si la jurisprudence veut englober les travailleurs de plateformes lorsqu'ils sont des indépendants fictifs, elle doit pouvoir prendre en compte l'existence d'une dépendance économique du co-contractant. Toutefois, ce critère n'est pas à lui seul révélateur d'une relation salariée. Notre propos ici sera de montrer de nouveaux révélateurs typiques des plateformes numériques afin de donner aux juges prud'homaux saisis de la qualification de possibles indices révélateurs du lien de subordination. L'analyse est un peu atypique dans la mesure où les jurisprudences commerciales sont rarement analysées par les juristes en droit du travail. Nous poursuivons l'idée que, sous couvert des nouvelles formes d'auto-emploi, donc échappant à la notion de subordination, les plateformes numériques externalisent aujourd'hui leur main d'œuvre, comme les entreprises ont désintégré leur organisation verticale en externalisant leur distribution dans les années soixante-dix. Le rapport de travail est en quelque sorte « non contractualisé »¹¹⁴ au profit d'une relation encadrée par des impératifs marketing. Si cette relation se double d'une dépendance économique du co-contractant, elle doit entraîner une responsabilité sociale du donneur d'ordre, faute de quoi la concurrence entre le secteur numérique et la même activité exercée de manière traditionnelle serait faussée au prix de la protection sociale du co-contractant. La subordination est bien présente, mais sous des formes inédites, que sont l'influence décisive dans la prestation du service (A) ou l'intégration dans le modèle commercial (B).

¹¹² EAT, [2018] UKEAT 0289/17/LA, *Addison Lee Ltd vs. Gascoigne*, 11 Mai 2018 et EAT, [2018] UKEAT 0037/18/BA, *Addison Lee Ltd vs. Lange & Ors*, 14 novembre 2018.

¹¹³ *Central Arbitration Committee Independent workers' Union of Great Britain v. Rooffoods Ltd*, 14 novembre 2017.

¹¹⁴ Witzig, *op. cit.* note 73, p. 356-357.

A. La question de l'influence décisive de la plateforme numérique sur le service

Propos liminaires¹¹⁵. La jurisprudence européenne concernant *Uber* n'est pas nouvelle¹¹⁶. Notre exercice consiste dans cette partie à la mettre en perspective avec la jurisprudence plus récente *Airbnb*¹¹⁷, afin d'adopter un regard différent sur la façon d'appréhender les relations de travail des plateformes numériques. En effet, dans les deux affaires, les réponses aux questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ont nécessité une analyse de la nature de l'activité des plateformes afin de déterminer si elles pouvaient bénéficier de la libéralisation des services de l'information que souhaite favoriser l'Union européenne¹¹⁸. Et dans les deux affaires, la Cour a abouti à une conclusion différente au terme de son analyse, aboutissant à tracer une sorte de ligne de démarcation entre le statut d'indépendant et celui de travailleur dans le cadre d'un contrat de travail que nous identifierons. Afin de ne pas alourdir le raisonnement d'informations juridiques inutiles, nous renvoyons aux décisions, par ailleurs largement commentées par la doctrine, concernant le contexte légal.

1. Problématique juridique

Problématique de l'affaire *Uber*. Faisant appel à la technique juridique chère au droit européen des définitions autonomes, quatre conditions doivent être réunies pour qu'un service puisse être qualifié de service de la société de l'information au sens de la directive 2000/31¹¹⁹ (dite « directive sur le commerce électronique ») : le service doit être presté contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire¹²⁰. Afin de pouvoir répondre à la question préjudicielle posée dans l'affaire *Uber*, la problématique préalable consistait à déterminer si une telle qualification de service de la société de l'informatique pouvait être caractérisée. *Uber* est un service de transport urbains non collectifs, accessible par sa plateforme informatique. Le service d'Uber répond donc *a priori* à ces quatre conditions, toutefois il n'est pas entièrement fourni par l'utilisation du dispositif électronique. Il s'agit en ce sens d'un service mixte. La Cour a donc dû se prononcer sur la nature des services fournis par *Uber* afin de

¹¹⁵ Les propos de cette partie sont tirés d'un article à paraître, soumis et accepté au Congrès de Lisbonne de la Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, Magoga-Sabatier Sabine, *Entre influence décisive et intégration dans l'organisation : Une nouvelle génération de subordination pour le travailleur de plateforme ?*

¹¹⁶ CJUE, affaire C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL (arrêt *Uber*), 20 décembre 2017.

¹¹⁷ Cf. arrêt *Uber* précité et CJUE, affaire C— 390/18 Airbnb Ireland UC contre Hôtelière Turenne SAS et Association pour un hébergement et un tourisme professionnel (AHTOP) et Valhotel (arrêt *Airbnb*), 19 décembre 2019. Les décisions CJUE affaire C-320/16, Uber France SAS (arrêt *Uber France SAS*) du 10 avril 2018, et CJUE, affaire C-390/18 YA ne sont pas analysés, car la CJUE renvoie à sa conclusion rendue dans l'affaire C-434/15.

¹¹⁸ Les innovations des opérateurs économiques désireux d'accroître leur compétitivité doivent être favorisées car, en permettant de répondre à toute demande par une offre appropriée, elles jouent un rôle important dans le développement d'un marché sans frontières (cf. arrêt *Airbnb*, conclusions de l'avocat général, ch. 61-62).

¹¹⁹ Directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

¹²⁰ Cf. Art. 2 let. a) directive 2000/31 qui renvoie à l'art. 1 point 2 de la directive 98/34 tel que modifié par l'art. 1 point 2, a), 2. de la directive 98/48/CE définissant la notion de « service » comme : « tout service de la société de l'information, c'est-à-dire tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ». . Arrêt *Uber*, conclusions de l'avocat général, ch. 26.

déterminer si le principe de libre prestation des services applicable aux services de la société de l'information l'emportait ou si l'État membre pouvait imposer des exigences concernant l'exercice de l'activité, et en sanctionner le non-respect sans se conformer à la procédure d'information prévue par l'article 8 de la directive 98/34/CE¹²¹. L'innovation de la plateforme *Uber* repose certes sur des innovations technologiques, géolocalisation et utilisation du smartphone, mais elle ne se limite pas à cela ; elle touche l'organisation du transport lui-même à la différence d'une simple centrale de réservation de taxi. En cela, la prestation de transport est la principale prestation et lui confère son sens économique. La phase de mise en relation n'a qu'un caractère préparatoire accessoire, l'activité doit donc être qualifiée de prestation de transport¹²². Deux critères ont été prépondérants dans l'analyse pour arriver à cette conclusion : premièrement, le service d'intermédiation a créé une offre de services dont le contenu est matériel : le transport urbain, accessible par des outils informatiques. Deuxièmement *Uber* influence de manière décisive les conditions de la prestation de service des chauffeurs dans une mesure telle que le service d'intermédiation qui lui sont indissociablement liés et qu'on peut considérer que cette prestation est effectuée par *Uber*. Ainsi le caractère principal de l'activité de transport est transféré sur *Uber*¹²³.

Problématique d'*Airbnb*. Dans l'affaire *Airbnb* la question se posait de savoir si les services proposés par *Airbnb* caractérisaient une activité d'agent immobilier ou si la plateforme se limitait à une simple mise en relation, auquel cas son activité devait être qualifiée de service de la société de l'information au sens des directives 2000/31 précitée et 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information. En ce sens, la problématique était identique à celle de l'affaire *Uber* : il s'agissait également d'un service mixte. Cependant, à la différence d'*Uber*, le marché de l'hébergement de courte durée existait avant la création de la plateforme. Différents moteurs de recherche, agences et sites Internet répertoriaient les biens en location et les annonces. En ce sens, *Airbnb* n'a pas créé une offre nouvelle. Le service du référencement est donc dissociable du service de location. En ce sens, le premier des deux critères n'est pas rempli. La cour a donc dû déterminer si les deux critères présents dans la jurisprudence *Uber* pour faire basculer la nature de l'activité d'intermédiaire vers celle du service principal, devaient s'entendre comme étant cumulatifs. Selon la Cour, le critère de la création d'une offre de services dont le contenu est matériel n'est pas décisif, faute de quoi les opérateurs économiques traditionnels seraient exclus du champ d'application de la libre prestation des services même s'ils procèdent à des innovations technologiques. Ce critère pourrait conduire une société de l'information à bénéficier d'un avantage concurrentiel par rapport aux acteurs traditionnels, qui eux ne bénéficient pas de la libéralisation et des principes européens tels que la libre circulation, uniquement parce que les services ne seraient pas fournis par voie électronique¹²⁴. La Cour précise donc que la nouveauté de l'offre ne doit être qu'un indice. C'est le deuxième critère, celui de l'influence décisive sur les conditions de la prestation de service, par le contrôle du prestataire et des conditions de la prestation, qui décide de la qualification finale des services mixtes¹²⁵. La question

¹²¹ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, 22 juin 1998.

¹²² Arrêt *Uber*, ch. 63-64.

¹²³ Arrêt *Uber*, ch. 40.

¹²⁴ Arrêt *Airbnb*, conclusion de l'avocat général, M. Maciej Szpunar, ch. 65.

¹²⁵ Arrêt *Airbnb*, conclusion de l'avocat général ch. 64-68.

était donc de savoir si l'innovation technologique de la plateforme influence la prestation d'hébergement au point d'être absorbée par celle-ci¹²⁶.

2. Analyse de la nature de l'activité des plateformes par la CJUE

Uber: Influence décisive sur le service et dépendance économique. Selon l'avocat général près la Cour de justice de l'Union européenne : « Uber exerce un contrôle sur tous les aspects pertinents d'un service de transport urbain : sur le prix [...] sur les conditions minimales de sécurité [...] sur l'accessibilité de l'offre de transport par l'incitation des chauffeurs à exercer aux moments et aux endroits de grande demande, sur le comportement des chauffeurs au moyen du système d'évaluation et, enfin, sur la possibilité d'éviction de la plateforme. [...] *Uber* contrôle donc les facteurs économiquement pertinents du service de transport offert dans le cadre de sa plateforme »¹²⁷. L'avis de l'avocat général ne vise évidemment qu'à éclairer la Cour sur certains enjeux liés aux solutions juridiques qu'elle retiendra, et la Cour n'est nullement tenu de le suivre ni même de lui répondre. Il se trouve qu'en l'occurrence la Cour de Justice a confirmé la pertinence du raisonnement de l'avocat général sur ce point. Selon la Cour, en plus de fournir un service d'intermédiation, on peut affirmer qu'*Uber* crée une offre de services de transports urbains, rendue accessible par des moyens informatiques, dont elle organise le fonctionnement en faveur des personnes souhaitant effectuer les déplacements. Il s'agit là de services matériels. De plus, *Uber* influence de manière décisive les conditions de la prestation des chauffeurs, jusqu'à les supplanter, en contrôlant le prix de la course, la qualité des véhicules et des chauffeurs, ou en collectant le montant facturé. Selon ces deux critères, l'intervention de la plateforme est donc décisive au point que la prestation de service de la société de l'information n'est plus dissociable des services matériels¹²⁸. Or l'influence décisive de l'activité de la plateforme *Uber* est telle que, selon l'avocat général, d'un point de vue économique, les chauffeurs ne sont pas en mesure de poursuivre une activité indépendante, ce qui exclut qu'*Uber* puisse être considérée comme un simple intermédiaire. La dépendance des chauffeurs est même, selon lui, plus importante que celle des taxis à l'égard des centrales : « le caractère innovant de la plateforme *Uber* repose en grande partie sur l'utilisation des nouvelles technologies, telles que la géolocalisation et les smartphones, pour organiser le transport urbain. Mais cette innovation ne se limite pas à cela, elle touche également l'organisation du transport lui-même, sans laquelle *Uber* serait une simple application de réservation de taxis »¹²⁹.

Airbnb: Absence d'influence décisive sur le contenu du service et de dépendance économique et organisationnelle. Comme pour *Uber*, prestataire de service et client concluent tous deux des contrats avec la plateforme pour son utilisation. Un second contrat est ensuite passé pour le paiement en ligne. Dans le schéma d'*Airbnb* le loueur fait lui-même la démarche de mettre en ligne l'annonce, *Airbnb* fournit à l'internaute une liste des biens correspondants aux critères de recherche, puis celui-ci fait une requête individuelle auprès du loueur, et enfin un contrat est conclu entre le loueur et l'internaute-locataire. Selon la CJUE, la réalisation

¹²⁶ Arrêt *Airbnb* ch. 44-50.

¹²⁷ Arrêt *Uber*, conclusions de l'avocat général, M. Maciej Szpunar, 11 mai 2017, ch. 51

¹²⁸ Arrêt *Uber*, ch. 38.

¹²⁹ Arrêt *Uber*, conclusions de l'avocat général, ch. 64.

de la prestation d'hébergement se fait, non de manière immédiate, mais sur la base d'une liste structurée correspondant aux critères définis par le locataire. C'est la création de cette liste, en lien avec la localisation et la comparaison des offres, qui constitue la caractéristique essentielle de la plateforme *Airbnb*. Ce service n'est aucunement indispensable à la réalisation des prestations d'hébergement, du fait des autres canaux de mise en relation disponibles. L'activité de la plateforme est donc un service innovant fondé sur les particularités d'une activité commerciale de la société de l'information. Par ailleurs, la Cour constate que la fixation du prix relève de la seule responsabilité du loueur. La plateforme n'a qu'un rôle de proposition d'une estimation basée sur les moyennes des prix pratiqués répertoriés dans sa base de données¹³⁰. Elle influence certainement le prix, mais la logique de l'offre et de la demande est prépondérante, car les loueurs, contrairement aux chauffeurs *Uber*, ne sont pas « découragés » par le logiciel de fixer leur prix. Concernant la collecte du montant de la course par la plateforme, qui fut jugée chez *Uber* comme un élément indiquant qu'il ne s'agissait pas d'un service de la société de l'information, une évolution a été amorcée. Dans l'analyse de l'activité de *Airbnb*, l'avocat général considère qu'il s'agit d'une caractéristique de la grande majorité des sociétés de l'information. Ce critère n'est donc pas pertinent en lui-même. Enfin, la notation des loueurs et des locataires, voire la suspension temporaire de l'annonce, ne sont pas déterminantes chez *Airbnb*, contrairement à *Uber*, car elle se fonde par rapport à des critères que les loueurs choisissent eux-mêmes. Concernant les conditions de location et d'annulation, *Airbnb* ne fait que prédéfinir des options qu'il revient au loueur de sélectionner ou non de manière délibérée¹³¹. Le système de notation des loueurs et des locataires, le service de photographie ou le canevas permettant au loueur de définir son offre sont caractéristiques de la « logique collaborative » inhérente aux plateformes d'intermédiation. La perception du montant des loyers et leur redistribution, après prélèvement de la commission liée à l'utilisation du service, doivent être considérées comme un instrument de sécurisation des transactions. Elles ne sauraient modifier la qualification juridique du service. Il en va de même de l'assurance responsabilité civile optionnelle et de la garantie des dommages aux loueurs par *Airbnb*¹³². Ces services proposés par *Airbnb* sont facultatifs et ont un caractère accessoire par rapport à l'activité principale d'intermédiaire. Leur contenu matériel ne dénature pas l'activité principale, car celle-ci présente un intérêt économique autonome. Le critère prépondérant dans la jurisprudence *Uber* à savoir l'influence décisive exercée par la plateforme sur les conditions de la prestation matérielle n'est pas présent chez *Airbnb*. Ni dans la fixation du prix ni dans la sélection des loueurs ou des logements. Les loueurs qui utilisent la plateforme conservent leur indépendance économique, car ils peuvent bénéficier des activités d'intermédiation traditionnelles ou de plateformes de référencement. Les services mis en place pour définir l'offre n'exercent pas un contrôle de l'activité analogue à une gestion des ressources humaines par les nouvelles technologies, tout rapport de subordination est donc exclu. Partant de là, la Cour constate qu'il s'agit bien de services de la société de l'information.

Notion d'influence décisive et subordination. Bien qu'il refuse de se prononcer sur le statut des chauffeurs, sous-traitants ou salariés, ce point n'étant pas en cause, l'avocat général précise que le contrôle indirect exercé par *Uber*, basé sur des incitations

¹³⁰ Arrêt *Airbnb*, ch. 53-57.

¹³¹ Arrêt *Airbnb*, conclusion de l'avocat général ch. 69-79.

¹³² Arrêt *Airbnb* ch. 58-63.

financières et une évaluation décentralisée par les passagers, permet un management tout aussi efficace sinon plus, que celui basé sur des ordres formels donnés par un employeur à ses employés et le contrôle de leur exécution. Il s'agit d'un rapport de subordination, même s'il n'obéit pas au sens hiérarchique classique¹³³. Un lien peut donc être établi entre l'influence décisive d'*Uber* sur le service et un possible rapport de subordination. Il résulte de l'application des nouvelles technologies comme outil de gestion des ressources humaines. Ce sujet fait d'ailleurs l'objet d'études détaillées du point de vue anthropologique¹³⁴.

Notion d'influence décisive et intermédiation. La différence essentielle qui amène la Cour à une conclusion opposée dans les deux affaires tient selon nous à la force ou à la faiblesse du rapport d'intermédiation. Le point commun de toutes les plateformes numériques est d'impliquer trois parties : le consommateur, utilisateur des services ; le fournisseur, prestataire de service ; et la plateforme, intermédiaire de mise en relation, qui peut obtenir une commission sur la transaction. Or, par nature, l'intervention d'un tiers distend le lien entre le prestataire de service et ses destinataires. Pourtant parallèlement, plus il est présent et plus il fragilise la position indépendante attribuée au prestataire¹³⁵. La question est donc de savoir si, lorsqu'elle met en œuvre son service numérique, la plateforme reste un intermédiaire à la transaction, une simple **technologie à la disposition du prestataire et du client**, ou si par sa puissance, elle joue un rôle de premier plan, développant sa propre clientèle et utilisant son parc de prestataires pour assoir ses parts de marché, car elle devient débitrice de la prestation et donc employeur du contractant. En conséquence, lorsque la plateforme est au premier plan, à tel point que la nature de son activité en devient mixte, voire qu'elle peut être qualifiée elle-même de prestataire, la relation d'indépendance créée avec le prestataire s'effrite, pour laisser apparaître les différents critères qui fondent une relation de travail subordonnée. Au contraire, plus le lien entre client et prestataire est étroit, plus le statut d'indépendant s'impose. Le raisonnement est ici très proche de celui appliqué par la Cour suprême anglaise dans l'affaire *Pimlico Plumbers Ltd*¹³⁶.

Synthèse. S'extrayant des analyses nationales pour adopter son propre cadre normatif à travers l'interprétation des textes européens, l'apport de la CJUE est de procéder à une appréciation plus globale du service fourni et des rôles économiques de chacun. En évaluant l'intégration du prestataire dans un service global, en étudiant l'influence décisive dans l'organisation du service elle teste le poids de la relation d'intermédiation dans la relation avec le client et permet d'attribuer la clientèle à celui qui détient la part prépondérante. Une telle approche en droit du travail permettrait, en imposant une responsabilité sociale à l'entreprise qui contrôle la prestation de bout en bout, de limiter l'intérêt pour la plateforme de multiplier les contractants dans le seul but d'augmenter l'offre pour faire pression sur le tarif au détriment de la concurrence avec les secteurs traditionnels. Ainsi, si l'on suit ce raisonnement, les indices relevés par les juridictions vaudoises (fixation du prix, choix du chauffeur favori, informations sur la destination) qu'*Uber* a modifiés dans ses contrats après sa condamnation afin d'échapper au statut

¹³³ Arrêt *Uber*, conclusions de l'avocat général ch. 51, 52 et 54, auxquelles il renvoie également dans ses conclusions dans l'affaire C-320/16.

¹³⁴ Cf. Perrig, *op.cit.* note 73.

¹³⁵ Riemer-Kafka Gabriela, «*Plattformarbeit oder andere Formen der Zusammenarbeit: Sind die Abgrenzungskriterien für selbständige oder für unselbständige Erwerbstätigkeit noch tauglich ?*», Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (SZS), 2018, p. 587-590.

¹³⁶ Cf. *op. cit* note 108.

d'employeur, passent au second plan. Ces altérations contractuelles restent superficielles et ne modifient pas le schéma d'affaire de la plateforme.

A. La question de l'intégration du travailleur dans l'activité de l'entreprise de franchise

Légalité de l'organisation d'entreprise en réseau. L'externalisation du travail a été précédée, dès les années 70 en France et aux États-Unis, par l'externalisation de la distribution au moyen des réseaux de distribution, dont la franchise est l'archétype¹³⁷. Quelles que soient leur nature et leurs spécificités, les contrats de distribution en réseau sont caractérisés par la mise à disposition de moyens marketing, d'un savoir-faire, souvent accompagnés d'une exclusivité territoriale et d'une puissance d'achat par le franchiseur, pour apporter une clientèle à un franchisé indépendant qui la développera localement. Le franchisé, qui bénéficie d'un soutien technique et commercial, s'engage, en contrepartie, à se soumettre à des normes, à des techniques commerciales, voire une politique tarifaire dictée par le franchiseur qui en assure le contrôle¹³⁸. Ce système, dans le rapport d'indépendance contrôlée qu'il institue, a été validé par les législateurs des différents pays européens. Il fait souvent l'objet d'une réglementation propre, qui vise tout autant à protéger la partie faible, qu'à assurer une bonne régulation de la concurrence¹³⁹. Pourtant en Suisse, la validation du contrat de franchise ne résulte pas d'une loi, mais de la jurisprudence. La notion de subordination a été utilisée de manière plutôt atypique en droit commercial suisse, dans le cadre de la requalification du contrat de franchise. Le droit du travail y est alors appliqué au franchisé par analogie¹⁴⁰.

1. Analyse de la jurisprudence sur la franchise de subordination

Qualification du contrat de franchise par la jurisprudence suisse. En Suisse, le Tribunal fédéral a validé la distribution en franchise selon un raisonnement tout à fait intéressant. Les critères mis en œuvre sont liés à l'influence décisive de la plateforme dans la prestation de service. La jurisprudence distingue donc deux types de franchise : la franchise de partenariat qu'il convient de valider comme contrat *sui generis* et la franchise de subordination, dans laquelle il convient d'apporter une certaine protection au travailleur. Comme tout modèle binaire, une qualification doit être effectuée selon la mise en œuvre de critères prédéfinis et objectifs.

Franchise de partenariat. Le Tribunal examine l'ampleur de l'indépendance du franchisé selon trois critères. 1. L'indépendance juridique dans la conclusion des contrats : le franchisé doit pouvoir gérer son entreprise de manière juridiquement indépendante. Il facture en son nom propre et pour son propre compte, certes sous l'enseigne d'un tiers. 2. Une indépendance accrue pour les gains : le franchisé doit certes payer une redevance, en fonction du chiffre d'affaires, mais les bénéfices doivent lui rester entièrement acquis. 3. Une indépendance certaine dans la gestion de l'entreprise : si le franchisé reçoit des instructions sur la manière d'apparaître, sur le contenu et la

¹³⁷ Verge Pierre, *Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique*, Les Cahiers de droit, vol. 52, n° 2, 2011, p. 141-143.

¹³⁸ *Histoire et évolution de la franchise*, www.franchise-fff.com.

¹³⁹ Cf. notamment Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission concernant l'application de l'art. 10 § 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, ou à l'art. L.330-3 du code de commerce français (loi Doubin) régissant le devoir d'information précontractuelle.

¹⁴⁰ Magoga-Sabatier, *L'ubérisation du travail*, op. cit. note 74, p. 54-56.

qualité des produits ou services à offrir, il ne doit en recevoir aucune sur la manière de gérer son entreprise. Il doit rester libre de gérer son affaire, dans ses propres locaux, d'organiser son travail, et de choisir ses employés¹⁴¹.

Franchise de subordination. La franchise de subordination est caractérisée par une reprise fidèle du système de stratégie de marketing, de distribution et de mise en place des produits, ainsi qu'une faible interaction entre les franchisés d'un même franchiseur. Le Tribunal fédéral considère que si le contrat de franchise a une emprise telle que le franchisé est dépourvu d'autonomie, il en résulte une subordination. En conséquence, il applique par analogie les règles impératives du droit du travail. C'est l'intensité de la subordination, révélatrice d'un besoin de protection comparable à celui existant en droit du travail, qui peut justifier un même régime¹⁴². Il n'y a pas de présomption en faveur de la franchise de subordination, ainsi le franchisé qui entend se prévaloir d'un régime de protection doit prouver un rapport de subordination suffisant. Toutefois, si le franchisé est une petite entreprise face à un franchiseur puissant, un rapport de subordination devrait être plus facilement admis¹⁴³.

2. Prospective d'application du droit du travail par analogie aux relations de plateformes

Mise en œuvre des critères dans le cas de la plateforme *Uber*. Si l'on tente un rapprochement avec le modèle *Uber*, lorsqu'elle met en œuvre son savoir-faire, la plateforme crée une dépendance, bien plus forte que dans la franchise de subordination. Non seulement elle impose par ses contrôles une reprise fidèle de la stratégie marketing et du concept, mais encore elle ne permet pas à la personne de se forger sa clientèle, de construire son indépendance par son travail. De plus, l'application impose la localisation GPS du chauffeur au moment de la demande de course comme principal critère d'attribution de la clientèle. Cela anonymise le chauffeur et empêche la création d'une clientèle propre. Enfin, seul dans sa voiture, avec un unique client, le chauffeur n'a qu'une marge de manœuvre très limitée quant à la croissance de son affaire. L'algorithme, par le calcul des tarifs et des trajets, est au contraire l'élément majeur de la régulation du chiffre d'affaires et du management des chauffeurs. Ainsi *Uber* serait sans nul doute qualifiée de franchise de subordination. *A contrario*, si l'on essaie d'appliquer ces critères à une plateforme numérique comme *Airbnb*, le savoir-faire développé par *Airbnb* apporte un avantage économique aux loueurs qui s'affilient. Il est d'ailleurs facturé par *Airbnb* qui prend une commission sur les transactions. Néanmoins, l'indépendance du loueur reste visible, car il peut mettre son bien à disposition d'une autre agence, ou avoir son propre site Internet. Il s'agirait donc d'une franchise de partenariat.

Synthèse. Ainsi, un rapport de subordination peut naître de l'imposition d'une stratégie marketing si elle aboutit à nier la possibilité pour le franchisé de créer sa propre activité économique, voire sa propre clientèle, c'est-à-dire en combinaison avec un critère de

¹⁴¹ Pichonnaz Pascal, *Le contrat de franchise : état de son évolution*, La pratique contractuelle 3, Schulthess éd. Romandes, 2012, p. 54-57.

¹⁴² Meier Anne/Pärli Kurt/Seiler Zoé, *Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie*, 2018, ch. 126.

https://www.isdc.ch/media/1600/23-dialogue_social_digitalisation_final_fr.pdf.

¹⁴³ TF, 4A_148/2011, 8 septembre 2011, consid. 4.1.

dépendance économique. L'indépendance économique du prestataire est présente chez *Airbnb* car le loueur a la possibilité d'offrir à la location un même bien pour une même période par différents intermédiaires, et de choisir son locataire. Elle est quasiment impossible avec *Uber*, car le travailleur est sanctionné s'il refuse des courses alors qu'il est connecté à la plateforme. Ainsi la doctrine évoque l'idée d'une subordination limitée dans le temps pour les chauffeurs Uber¹⁴⁴.

Pour résumer nos constatations tirées des jurisprudences européennes et suisses, lorsque la plateforme collaborative exerce une influence décisive ou un contrôle important sur le prestataire du service en l'intégrant dans son organisation de travail, elle doit être considérée comme fournissant elle-même le service sous-jacent, en plus du logiciel d'intermédiation. Certaines conditions factuelles et juridiques traduisent la maîtrise qu'elle exerce sur le processus. À l'inverse, la plateforme peut n'être qu'une aide au prestataire, en fournissant des facilités de paiement, une couverture d'assurance, ou des services après-vente. Ces éléments, ainsi que les mécanismes d'évaluation par l'utilisateur ne sont pas, en soi, une preuve de l'existence d'un contrôle, mais leur cumul peut avoir une influence¹⁴⁵. Lorsque la plateforme effectue elle-même le service, l'indépendant sera considéré comme travailleur s'il accomplit, pendant un certain temps, des prestations en contrepartie desquelles il perçoit une rémunération, en faveur et sous la direction de la plateforme. Cela, même si l'exercice effectif de l'activité ou sa surveillance ne sont pas continus.

Une des raisons d'une telle confusion des genres et des rôles de chacun vient du fait que les nécessités économiques imposent aux acteurs du marché un renforcement de leur image de marque. L'objectif et la force des plateformes numériques est de disposer d'une clientèle propre qui permet au travailleur de développer sa propre activité. En conséquence, le rapport à la clientèle, un des éléments essentiels de la définition de l'activité indépendante est fortement impacté par l'influence des plateformes¹⁴⁶. De plus, pour optimiser son potentiel, la plateforme s'appuie sur des efforts marketing qui nécessitent une intégration, la plus complète possible, du prestataire, dans un concept unique proposé au client. *Uber* par exemple, développe d'importants efforts pour uniformiser l'accueil, le service, la voiture. C'est même son trait distinctif, son leitmotiv, ce que recherche spécifiquement le client : un accueil uniformisé, qui amène la plateforme à exercer une influence décisive sur la prestation du service matériel. C'est à cette même logique que participent les réseaux de franchise, dont l'intégration au concept marketing tend à compenser l'externalisation de l'organisation de l'entreprise.

Existence d'une corrélation entre intégration et subordination. Il y a donc bien selon nous une corrélation directe entre l'influence exercée sur le service par la plateforme, l'intégration du travailleur dans l'organisation de travail et la qualification de la relation de travail. L'intensité de l'intégration dans l'organisation commerciale

¹⁴⁴ Kahil-Wolf Hummer, *op. cit.* note 87, p. 33.

¹⁴⁵ Voir en ce sens la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et Social européen et au Comité des régions, *Un agenda européen pour l'économie collaborative*, 2 juin 2016.

¹⁴⁶ D'un point de vue sociologique, un groupe professionnel peut être considéré comme indépendant, lorsque ses membres sont majoritairement non-salariés, et que l'autonomie est considérée par la profession comme un élément essentiel. La relation avec une clientèle, la reconnaissance d'une expertise personnelle, la maîtrise du temps de travail, la nécessité d'une certaine capacité à contrôler son activité, afin de participer à une dynamique de concurrence sont des points communs des professions indépendantes. Cf. Dubar Claude *et. al.*, *Sociologie des professions*, Armand Colin, 2015, p. 199.

complète l'approche contractuelle et contextuelle de la dépendance économique en tant qu'indice d'un lien de subordination dans les réseaux de distribution et les plateformes numériques. Ces critères participent d'une subordination d'un genre nouveau développée par la doctrine et reconnue par la jurisprudence anglaise¹⁴⁷ que devrait énoncer la Cour suprême prochainement.

La subordination présente un potentiel d'évolution énorme, car elle sort de toutes les définitions légales. Cette évolution est toutefois entravée par l'approche binaire des systèmes juridiques dont les autorités, en France comme en Suisse, favorisent l'entrepreneuriat afin de lutter contre un engorgement du système économique et social résultant d'une protection sociale des travailleurs salariés très large. Face à cela, la jurisprudence n'a que très peu de marge de manœuvre et se trouve vite dépassée par la multitude et la diversité des relations de travail. Le critère actuel de démarcation entre le salariat et le travail indépendant repose en effet sur un choix effectué dans les années 70, selon un critère, la subordination, hérité du modèle fordien de croissance dont les faiblesses apparaissent devant la prolifération des formes de travail ayant pour effet une dé-standardisation de la relation d'emploi¹⁴⁸. Ainsi les juges prud'homaux français et suisses peinent à élargir ce concept pour prendre en compte les nouvelles formes de travail, sans toutefois inclure dans le champ de protection des formes de sous-traitance intégrées qui n'y auraient pas leur place. On note qu'ils tentent un assouplissement de la définition grâce à la notion de dépendance économique, ou celle de subordination temporellement limitée, en appui de leur raisonnement. En parallèle, les juridictions des assurances sociales suisses centrent leur analyse sur la dépendance économique en tentant de l'objectiver au moyen de treize sous-critères qui permettent au juge de se forger une intime conviction selon la nature prépondérante de l'activité. Dans cette méthode, à la fois objective et pragmatique, la subordination ne représente qu'un seul des treize critères, elle fait partie d'un tout beaucoup plus large. Bien que les méthodes soient différentes, les conclusions des juges pour un même état de fait convergent vers la même conclusion.

L'analyse des décisions en matière commerciale que nous avons effectuées en deuxième partie permet d'adopter une optique plus globale. Selon cette étude, il y aurait subordination en présence d'une intégration du contractant se concrétisant par une influence décisive de la plateforme sur son organisation cumulée à un état de dépendance économique. Une telle approche *sui generis*, compatible avec un développement harmonieux des activités économiques européennes, paraît particulièrement intéressante non seulement pour élargir la notion de subordination des systèmes binaires, mais aussi concernant les systèmes ayant opté pour la création d'un statut de travailleur indépendant dépendant économiquement. Dans ce choix, le lien de subordination disparaît au profit de l'analyse de la relation économique. Le risque de créer une catégorie « fourre-tout » qui risquerait d'empiéter sur le contrat de travail du fait du caractère attrayant de la protection sociale moindre qui lui est attachée disparaît car les dispositions protectrices du droit du travail peuvent être appliquées par analogie,

¹⁴⁷ Judgement of the United Kingdom Supreme Court, [2018] UKSC 29, *Pimlico Plumbers Ltd & Anor vs. Smith*, *op. cit.* note 108.

¹⁴⁸ AZAÏS *et al.*, *Zone grise d'emploi, pouvoir de l'employeur et espace public : une illustration à partir du cas Uber*, *Relations industrielles*, 2017, vol.72(3), p. 433-456.

à l'image de la jurisprudence suisse sur la franchise de subordination, sans entraîner nécessairement une requalification du contrat en contrat de travail.

Nous sommes bien conscients que la faiblesse actuelle de tous ces systèmes réside dans le fait que la justiciabilité du droit repose sur la partie faible économiquement. Aussi il ne serait pas illogique que les autorités soient, comme en Suisse, les plus à même de préciser ce nouveau visage de la subordination numérique que nous proposons.

Reconciling the “Gauvain report” with continued multi-jurisdictional cooperation in the global fight against corruption

M. Robert Luskin,
Partner at Paul Hastings LLP and Associate Professor at the Georgetown Law Center

Et

Mme Bridget Vuona,
Associate at Paul Hastings and J.D from Georgetown University Law Center

Introduction

United States laws reaching non-US nationals have long been the subject of debate and criticism in the international community. And as the United States forges ahead in its prosecution of foreign nationals and corporations under these laws, grievances lodged against the US-practice have taken on an increased sense of urgency. In a recent report submitted to the French National Assembly,¹ prepared by Raphaël Gauvain² and others³ at the behest of the French Prime Minister (hereinafter “the Report”), the authors call for the enactment of highly-protectionist legislation to stave off the judicial and prosecutorial serial predator that is the United States. The Report does not merely suggest that the US has embarked on a course of economic warfare through judicial prosecution of foreign actors; rather, this accusation lies at the heart of the Report. The opening lines read:

*The United States of America has dragged the world into the era of judicial protectionism. While the rule of law has always been used as an instrument of regulation, it has now become a weapon of destruction in the United States’ economic war against the rest of the world, including its traditional allies in Europe.*⁴

The Report adds an academic gloss to the mainstream media conclusion that the US has declared economic war on its Western European allies. While the Report is compelling on its face, it nevertheless proceeds from at least three false assumptions: first, that the US is an outlier with respect to its assertion of territorial, or extra-territorial, jurisdiction; second, that US prosecutions of foreign nationals and corporations are motivated by purely political and economic factors, rather than the merits; and, third, that the US is unwilling to cooperate with foreign authorities in multi-jurisdictional resolutions. To be clear, although these assumptions are flawed with

¹ RAPHAËL GAUVAIN ET. AL., *Restoring the sovereignty of France and Europe and protecting our companies from extraterritorial laws and measures*, ASSMÉBLÉE NATIONALE (2019), French version available at <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000532.pdf> [hereinafter Gauvain Report].

² Raphaël Gauvain is a French politician representing La République En Marche! He was elected to the French National Assembly on June 18, 2017, representing the department of Saône-et-Loire.

³ Claire D’Urso - Justice Inspector, Alain Damais – Finance Inspector, and Samira Jemai – Aide to La République En Marche! Group.

⁴ Gauvain Report, *supra* note 1, at 3.

respect to prosecutions under the Foreign Corrupt Practices Act (“FCPA”)⁵ and other US laws targeting economic and financial offenses, sanctions enforcement is inherently political, and these US laws are indeed negotiated outside any international and shared legal framework.

Fueled by the above allegations, the Report calls for an outcome that is as faulty as its assumptions: a sovereignty-based, nationalistic approach to investigation and prosecution of its nationals. Such an approach recalls the days before the OECD convention, conflicts with general principles of international law, and puts at risk much of the progress that has been made over the past two decades in the global fight against corruption. In a world in which corporations are not simply citizens of a single sovereign; where corruption, by its nature, is multi-jurisdictional, and – given the challenges of access to evidence, individuals, etc. – effective enforcement requires cooperation and trust, the recommendations of the Gauvain report would represent a giant step backwards.

I. The report is premised on three faulty assumptions

As mentioned, the Report advocates for a number of highly-protectionist legislative proposals aimed at strengthening France’s ability to defend itself against the “abusive maneuvers” of the United States. Although the need to strengthen France’s defensive arsenal is treated as an absolute, examination of the authors’ fears regarding the US practice reveal a number of fundamentally flawed assumptions underlying the Report’s proposals. First, the Report incorrectly assumes that the US is an outlier with respect to its prosecution of non-US nationals and residents committing certain economic and financial offenses (or some element thereof) in US territory. Although the Report takes issues with all “US laws with extraterritorial scope,” the authors consider the FCPA a primary cause for concern: they assert that the Act is “created and implemented outside any shared legal framework that is negotiated and accepted by the community of states,”⁶ and calls for “an extremely weak [territorial] connection under public international law.”⁷ Second, relying almost exclusively on a list of FCPA actions against European companies, the Report summarily accuses US prosecutors of harboring economic and political ill will towards foreign actors subject US enforcement actions.⁸ Finally, and relatedly, the Report characterizes the US as unwilling to cooperate with foreign laws and authorities in investigating foreign actors or resolving multijurisdictional bribery actions. As we will discuss in the following sections, all three of these assumptions are seriously flawed, and for the most part, simply incorrect.

A. *The Report incorrectly characterizes territorial jurisdiction under the FCPA as inconsistent with international law*

The Report begins with a number of damning accusations aimed at undermining the jurisdictional legitimacy of the FCPA and other US laws targeting economic and financial offenses. In particular, the Report takes issue with FCPA

⁵ 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.

⁶ Gauvain Report, *supra* note 1, at 12.

⁷ *Id.* at 13.

⁸ *Id.* at 15, 18–20.

jurisdiction over foreign actors not meeting the Act’s definition of “issuer”⁹ or “domestic concern,”¹⁰ and not otherwise subject to FCPA jurisdiction as officers, employees or agents of an issuer or domestic concern.¹¹ Foreign nationals and corporations meeting this definition are commonly referred to as “78dd-3” actors – referring to the section of the Act that grants jurisdiction over them – and they are only subject to the FCPA when they (or their agents) engage in conduct while physically present within the territory of the United States.¹² The Report asserts that such “extraterritorial” jurisdiction is illegitimate because it is both “created and implemented outside any shared legal framework that is negotiated and accepted by the community of states,”¹³ and calls for “an extremely weak [territorial] connection under public international law.”¹⁴ These grievances, while understandable, are rooted in a misunderstanding of the jurisdictional requisites of both the FCPA and the OECD anti-bribery convention,¹⁵ along with foundational principles of jurisdiction long considered legitimate in public international law.

1. The Report Misunderstands the FCPA’s Territorial Basis of Jurisdiction

International law contemplates five possible justifications for exercising criminal jurisdiction over a particular person or entity.¹⁶ Among these international principles of jurisdiction are justifications rooted in concepts of territory and nationality.¹⁷ As compared to nationality jurisdiction, which ties jurisdiction to an individual’s nationality, territorial jurisdiction, often referred to as “territoriality,” generally requires a connection between the offense and the asserting sovereign’s territory.¹⁸ The Report views FCPA jurisdiction over foreign entities and nationals based on principles of territoriality as allowing for the prosecution of foreign defendants with a “tenuous, if not even non-existent connection to the territory between the facts dealt with and the jurisdiction exercised.”¹⁹ According to the Report, US prosecutors are able to assert FCPA jurisdiction over certain foreign entities and nationals with a “non-existent” connection to US territory because the basis for jurisdiction over these actors is either undefined or vaguely defined in the relevant law. US authorities are therefore free to “interpret [jurisdiction] at will, without limitation, characterizing it in various and varied ways, and adapting it to the circumstances of the

⁹ 15 U.S.C. § 78dd-1(a).

¹⁰ 15 U.S.C. § 78dd-2(a).

¹¹ *Id.* §§ 78dd-1-(a); 78dd-2(a).

¹² *Id.* § 78dd-3(a).

¹³ Gauvain Report, *supra* note 1, at 13.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions to Enter into Force on 15 February 1999, OECD, Nov. 21, 1997 [hereinafter OECD Convention].

¹⁶ The seminal study Harvard Research in International Law, *Jurisdiction with Respect to Crime*, 29 Am. J. Int’l L. 435, 445 (Supp. 1935) [hereinafter Harvard Research], identified these theories of jurisdiction. These theories include: (1) the territorial principle (2) the nationality principle, (3) the protective principle, (4) the universality principle, and (5) the passive personality principle. See Robert Staal, *International Conflict of Laws – The Protective Principle in Extraterritorial Criminal Jurisdiction*, 15 U. Miami L. Rev. 428 (1961).

¹⁷ RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 402 [hereinafter FOREIGN RELATIONS LAW RESTATEMENT]; see also HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, *Jurisdiction with Respect to Crime*, 29 AM. J. INT’L L. 439 (Supp. 1935) (setting forth these principles in a source on which the mid-twentieth-century Restatement writers relied).

¹⁸ Foreign Relations Law Restatement, *supra* note 3, at § 402.

¹⁹ Gauvain Report, *supra* note 1, at 12.

case.”²⁰ Together, this “vaguely defined jurisdictional criteria”²¹ coupled with unbridled prosecutorial freedom to define jurisdiction on a case-by-case basis leads to a situation where “no commercial or financial transaction in the world is completely immune from the jurisdiction of the US prosecution authorities.”²²

Indeed, FCPA jurisdiction is expansive, but not to the extent that the Report suggests. Such confusion is entirely understandable given the complexity through which the Act lays out the various bases of jurisdiction, coupled with a lack of developed case-law interpreting these provisions. It is worth examining territorial jurisdiction over foreign actors under the FCPA in order to determine the Act’s precise scope. Section 78dd-3(a) of the FCPA states: “It shall be unlawful for any person other than an issuer that is subject to section 78dd-1 of this title or a domestic concern...or for any officer, director, employee, or agent of such person or any stockholder thereof acting on behalf of such person, *while in the territory of the United States*, corruptly make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce or to do any other act in furtherance of [the substantive offense].”²³ Thus, “78dd-3” actors are subject to jurisdiction under the FCPA if they either: (a) make use of the mails or any means of instrumentality of interstate commerce *while in the territory of the United States* or (b) do any act in furtherance of the substantive offense *while in the territory of the United States*.²⁴

This provision seems clear enough on its face. However, as the Report reflects, there has been no shortage of confusion over the FCPA’s requirement of physical presence in US territory. This confusion is evident in the Report’s erroneous assertion that “it is sufficient to have made a telephone call or sent an e-mail to or through the territory of the United States (for example, an e-mail that has transited on a server located on US territory) to be considered as being present on US territory.”²⁵ The Report further suggests that it is sufficient for 78dd-3 entities to merely transact in US dollars or make use of the US financial system in order for territorial jurisdiction to attach.²⁶ Put differently, the Report concludes that a foreign individual or entity that is neither an issuer, domestic concern, or agent thereof, may nevertheless be subject to FCPA jurisdiction if, while acting entirely outside the US, the foreign party simply mails a letter to someone in the US, transacts in US dollars, or otherwise makes use of US mails or wires. It is no surprise, then, that the authors of the Report believe “no transaction is completely immune” from FCPA jurisdiction.

This interpretation of 78dd-3 jurisdiction is simply incorrect. In particular, the Report appears to erroneously view the “make use of mails or any means or instrumentality of interstate commerce” clause of Section 78dd-3 as a standalone means of satisfying jurisdiction as an alternative to the clause requiring physical presence in the US. Rather, physical presence is an *additional* condition of 78dd-3 jurisdiction: the statute requires that use of an instrumentality of interstate commerce or the taking “any act in furtherance of the substantive offense” occur while the person is physically

²⁰ *Id.* at 14.

²¹ *Id.*

²² *Id.* at 15.

²³ 15 U.S.C. § 78dd-3(a).

²⁴ *Id.*

²⁵ Gauvain Report, *supra* note 1, at 16.

²⁶ *Id.* at 15.

present in US territory.²⁷ To be clear, the Report’s interpretation that use of an instrumentality of interstate commerce may trigger FCPA over certain foreign actors is correct, but only with respect to foreign actors meeting the Act’s definition of issuers and/or domestic concerns, as well as their agents.²⁸ For this group of covered parties, it is indeed sufficient to make use of the US mails or wires while physically acting entirely outside the US, including through sending an email to someone in the US, making use of the US financial system, or transacting in US dollars.²⁹ This much is laid out in the relevant sections of the Act – 18 U.S.C. 78dd-1 and 78dd-2 – which make it unlawful for any issuer or domestic concern, “or for any officer, director, employee, or agent of such [issuer or domestic concern] or any stockholder thereof acting on behalf of such [issuer or domestic concern], to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of [the substantive offense].”³⁰ While section 78dd-3 of the FCPA makes use of the same language regarding “use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce” as included in the Act’s other sections, reading this language in isolation – without consideration of the accompanying physical presence requirement – leads to the misinterpretation regarding FCPA’s application to foreign parties as that embraced by the authors of the Report.

Despite the Report’s assertion that the issue of FCPA jurisdiction is “never in fact decided by the Federal [US] Courts,”³¹ US district court judges have issued rulings criticizing the very sort of weak connection to US territory understood by the Report as sufficient to support an assertion of jurisdiction over 78dd-3 entities. In *United States v. Patel*,³² for example, US District Court Judge Richard Leon dismissed an FCPA charge against a British national under 78dd-3 for simply mailing a package containing an allegedly corrupt purchase agreement from the UK to the US.³³ Since then, the US Department of Justice (“DOJ”) has refrained from charging foreign parties under Section 78dd-3 on this sort of factual basis.³⁴ Nor has any 78dd-3 entity or individual ever been subject to FCPA charges for merely transacting in US dollars or using the US financial system while acting entirely outside the US, as the Report suggests. Federal

²⁷ 15 U.S.C. § 78dd-3(a).

²⁸ 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a); 78dd-2(a).

²⁹ See A RESOURCE GUIDE TO THE U.S. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT, BY THE CRIMINAL DIVISION OF THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE ENFORCEMENT DIVISION OF THE U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION 12 (Jan 16, 2015) [hereinafter FCPA RESOURCE GUIDE], <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Discussing the jurisdictional conduct that triggers the FCPA’s anti-bribery provisions for issuers and domestic concerns only, the Guide states: “Thus, placing a telephone call or sending an e-mail, text message, or fax from, to, or through the United States involves interstate commerce—as does sending a wire transfer from or to a U.S. bank or otherwise using the U.S. banking system, or traveling across state borders or internationally to or from the United States.”

³⁰ *Id.*

³¹ Gauvain Report, *supra* note 1, at 15.

³² No. 1:09-cr-00335 (D.D.C. June 6, 2011).

³³ *Id.*; See also Mike Koehler, *Significant dd-3 Development in Africa Sting Case*, FCPA Professor (June 9, 2011), <http://fcpaproffessor.com/significant-dd-3-development-in-africa-sting-case> (discussing that although the court did not issue a written ruling, the text of the hearing transcript in which the jurisdictional issues were addressed reflected the court’s skepticism with the government’s theory).

³⁴ See, e.g. Deferred Prosecution Agreement, *United States v. Telia Company AB*, No. 17-cr-581 (Sep. 21, 2017 S.D.N.Y.) (basing 78dd-3 jurisdiction on the fact that “at least one TELIA executive sent emails in furtherance of the corrupt scheme ‘while in the territory of the United States’ as that term is used in the FCPA.”); Sealed Complaint, *United States v. Chi Ping Patrick Ho, et. Al.* No. 17-cr-779 (Nov. 16, 2017 S.D.N.Y.) (charging 78dd-3 violation based on meetings at the United Nations in New York with foreign officials); Criminal Information, *United States v. Airbus SE*, 1:20-cr-00021 (Jan. 28, 2020 D.D.C.) (charging 78dd-3 based on employee emails sent while in the US and hospitality events occurring in various US states).

appellate courts have also stepped in to prevent US prosecutors from relying on conspiracy or accomplice theories of liability to satisfy the physical presence requirement of territorial FCPA jurisdiction. In *United States v. Hoskins*,³⁵ the Second Circuit Court of Appeals prevented the government from proceeding on charges against a UK national having never set foot in the US during the relevant period on the basis that the individual conspired with a domestic concern and other foreign nationals that *had* taken acts in furtherance of the corrupt conduct while in US territory. Although the court allowed the prosecution to continue so long as the government could prove that the UK national acted as an agent of a domestic concern, the court clarified that it is not permissible for the government to use conspiracy or aiding and abetting liability to satisfy the physical presence requirement of 78dd-3 jurisdiction or reach parties that do not otherwise fit into one of the FCPA’s enumerated categories (e.g. a mere co-conspirator of a domestic concern).³⁶

Interestingly, it is France’s neighbor, the United Kingdom, whose bribery laws allow for jurisdiction over foreign corporations based on the sort of “tenuous if not even non-existent” territorial connection that the Report attributes to the FCPA. Under the UK Bribery Act,³⁷ whereas a “close connection” to UK territory is required to trigger jurisdiction over British nationals, permanent residents, and organizations incorporated in the UK (or Scottish partnerships),³⁸ the Act goes substantially further than the FCPA with respect to foreign companies.³⁹ Under Section 7 of the Act, which punishes companies for failing to prevent bribery, “it does not matter whether the acts or omissions which form part of [] offense take part in the UK or elsewhere... provided the organization carries on a business or part of a business in the UK...”⁴⁰ The Bribery Act does not define what it means to “carry on a business” in the UK, and the 2010 Guidance to the Bribery Act published by the UK Ministry of Justice states only that merely listing securities on the London Stock Exchange or having a UK subsidiary are insufficient to alone satisfy the “carrying on a business” requirement.⁴¹ Beyond these

³⁵ 902 F.3d 69, 71 (2d Cir. 2018).

³⁶ *Id.* at 72.

³⁷ Bribery Act, 2010, c. 23 (U.K.).

³⁸ UK MINISTRY OF JUSTICE, THE BRIBERY ACT 2010 GUIDANCE ¶ 15 (2010), <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

³⁹ See, e.g. Jon Jordan, *Recent Developments in the Foreign Corrupt Practices Act and the New UK Bribery Act: A Global Trend Towards Greater Accountability in the Prevention of Foreign Bribery*, 7 N.Y.U. J.L. & BUS. 845, 866 (2011) (referring to the U.K. Bribery Act as “groundbreaking in the international antibribery arena” for expanding corporate liability); Sharifa G. Hunter, *A Comparative Analysis of the Foreign Corrupt Practices Act and the U.K. Bribery Act, and the Practical Implications of both on International Business*, 18 ILSA J. INT’L & COMP. L. 89, 109 (2011) (noting that “considerable fuss has been made about the Bribery Act ... primarily because compliance with the FCPA will not necessarily equal Bribery Act compliance ... [and because] the Bribery Act has been characterized as the strictest anti-bribery legislation to date”).

⁴⁰ *Id.* at ¶ 16.

⁴¹ *Id.* at ¶ 36. In the recent UK resolution with Airbus SE, however, the Judgement approving the DPA notes only that Airbus SE, the parent company and the only company subject to prosecution under the UK Bribery Act, had “continuously carried on part of its business in the UK” based on the fact that it had two subsidiaries in the UK: Airbus Operations Limited (through Airbus SAS, a French company) and Airbus Military UK Limited (through Airbus Defence and Space, a Spanish company). See Approved Judgment for Airbus SE ¶¶ 19-22, available at <https://www.sfo.gov.uk/download/airbus-se-deferred-prosecution-agreement-statement-of-facts/>. From there, the Judgment notes that because the UK subsidiaries “are subject to the strategic and operational management of Airbus SE,” Airbus SE is a “relevant commercial organization” for the purposes of section 7 of the UK bribery Act. Notably, however, there is no mention made either to the percentage of the parent company’s turnover in the UK, or to the potential improper behavior of the UK subsidiaries triggering jurisdiction. *Id.*

limited definitional parameters, bribery jurisdiction over foreign corporations in the UK is apparently determined on a case-by-case basis by taking a “common sense approach.”⁴² This, not the FCPA, sounds like the form of ‘long-arm’ jurisdiction that the Report condemns.

i. The FCPA’s Territorial Basis of Jurisdiction Was Created to Conform the Act to the OECD Convention on Combatting Bribery

Territorial jurisdiction under Section 78-dd3 of the FCPA is not even a home-grown US concept. At the time of its original enactment in 1977, the FCPA allowed for prosecution of foreign corporations only if they met the Act’s current definition of “issuers.”⁴³ In fact, Congress initially refrained from including in the definition of “domestic concern” foreign subsidiaries of US companies precisely out of concern that doing so might conflict with international principles of law and comity.⁴⁴ Enforcement authorities exercised similar restraint with respect to foreign companies violating the FCPA: the first proceedings against a foreign company meeting the Act’s definition of “issuer” did not occur until 1996,⁴⁵ nineteen years after the FCPA’s enactment.

The FCPA’s jurisdictional scope did not change significantly until 1998 when the Amendments to the FCPA adapted the Act to conform with the OECD Convention on Combatting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (hereinafter “OECD Convention on Bribery” or “OECD Convention”),⁴⁶ which had been enacted a year earlier in 1997. Article 4 of the OECD Convention deals with jurisdiction. It reads:

- 1) Each party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the bribery of a foreign public official *when the offense is committed in whole or in part in its territory*. [emphasis added]
- 2) Each Party which has jurisdiction to prosecute its nationals for offenses committed abroad shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction to do so in respect of the bribery of a foreign public official, according to the same principles.
- 3) Each Party *shall review whether its current basis for jurisdiction is effective* in the fight against the bribery of foreign public officials and, *if it is not, shall take remedial steps*. [emphasis added]⁴⁷

⁴² *Id.* at ¶ 34-36.

⁴³ 15 U.S.C. § 78dd-1.

⁴⁴ As the House-Senate Conference Committee explained: “The House receded to the Senate in the definition of “domestic concern” with an amendment to make clear that any company having a principal place of business in the United States would be subject to the bill. In receding to the Senate, *the conferees recognized the inherent jurisdictional, enforcement, and diplomatic difficulties raised by the inclusion of foreign subsidiaries of U.S. companies in the direct prohibitions of the bill*. However, the conferees intend to make clear that any issuer or domestic concern which engages in bribery of foreign officials indirectly through any other person or entity would itself be liable under the bill. The conferees recognized that such jurisdictional, enforcement, and diplomatic difficulties may not be present in the case of individuals who are U.S. citizens, nationals, or residents....” Joint Explanatory Statement of the Committee of Conference, Foreign Corrupt Practices Conference Report, H.R. Rep. No. 95-831, at 13-14 (1977).

⁴⁵ See SEC v. Montedison, S.p.A., No. 1:96CV02631 (D.D.C. filed Nov. 21, 1996).

⁴⁶ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions to Enter into Force on 15 February 1999, OECD, Nov. 21, 1997 [hereinafter OECD Convention].

⁴⁷ OECD Convention, *supra* note 19, at art. 4.

Article 4 reflects the OECD’s decision to establish territoriality as one of two primary principles of anti-bribery jurisdiction,⁴⁸ which signatory countries are required to embrace in conforming their anti-bribery laws to the terms of the Convention.⁴⁹ Moreover, the official comments to the Convention clarify that “the territorial basis for jurisdiction should be interpreted broadly so that an extensive physical connection to the bribery act is not required.”⁵⁰

In accordance with Article 4 of the OECD Convention, the 1998 Amendments to the FCPA extended the Act to include the following basis of jurisdiction: (1) acts of US people and entities, or their agents, committed outside the United States (nationality principle) and (2) acts of foreign persons and entities, committed in furtherance of the violation, and within the territory of the United States (territoriality principle).⁵¹ As previously discussed, the territorial basis of jurisdiction added by the 1998 Amendments requires that foreign nationals and entities not otherwise covered under the Act make use of the means or instrumentalities of interstate commerce or take some other act in furtherance of the substantive offense *while physically present in the territory of the United States*.⁵² This basis of jurisdiction falls squarely within the OECD’s mandate that signatory states extend jurisdiction to offenses “committed in whole or in part in [their] territory.”⁵³

Contrary to the Report’s contention that territorial jurisdiction under the FCPA was “created and implemented outside any shared legal framework that is negotiated and accepted by the community of states,”⁵⁴ precisely the opposite is true: The OECD Convention expressly required member states to embrace a concept of territorial jurisdiction that doesn’t require extensive physical connection to the asserting-sovereign’s territory.

ii. FCPA Territorial Jurisdiction is Consistent with General Principles of International Law

Beyond the grievances lodged against territorial jurisdiction under the FCPA, the Report also takes issue with all “extraterritorial” laws on a more fundamental level. In fact, the very first section of the Report contends “extraterritoriality is by definition an infringement of the sovereignty of states.”⁵⁵ In fleshing this out, the Report acknowledges that states are “free to establish extraterritorial jurisdiction unless an international legal standard explicitly prohibits it,”⁵⁶ and then lays out the principles of international law that limit a sovereign’s ability to exercise its jurisdiction: namely, the necessity of the substantive offense having either a territorial, personal, or material

⁴⁸ Mark Pieth, Article 4: Jurisdiction, in *THE OECD CONVENTION ON BRIBERY: A COMMENTARY* 328 (Pieth et al. eds., 2013) [hereinafter *PIETH JURISDICTION COMMENTARY*]. See also Rachel Brewster, *Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy*, 103 Va. L. Rev. 1611, 1640 (2017) (stating that Article 4 of the OECD Convention “unambiguously endorses a very broad jurisdictional approach.”).

⁴⁹ OECD Convention, *supra* note 19, at art. 4.

⁵⁰ Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, OECD, cmnt. 25 (2011), http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf.

⁵¹ 15 U.S.C. §§ 78dd-1, 78dd-3.

⁵² *Id.* § 78dd-3(a).

⁵³ OECD Convention, *supra* note 19, at art. 4.

⁵⁴ Gauvain Report, *supra* note 1, at 13.

⁵⁵ *Id.* at 11.

⁵⁶ *Id.* at 12.

connection to the sovereign.⁵⁷ Interestingly, at no point does the Report attempt to define the contours of what constitutes an adequate territorial connection under public international law before going on to assert that US laws with “extraterritorial” scope are illegitimate because they apply to “non-residents and non-nationals for actions with... an extremely weak [territorial] connection under public international law.”⁵⁸

As the Report acknowledges, jurisdiction grounded in an actor’s connection to the asserting-sovereign’s territory is a principle that exists well beyond the FCPA and even the OECD Convention. Taking a step back, principles of jurisdiction in the international sphere serve as basic ‘traffic rules’ of the international legal order when states seek to adopt or enforce laws that impinge on another state’s sovereignty. As opposed to pre-modern notions of sovereignty, which were often conceived in tribal or communal senses,⁵⁹ by the 17th century, territorial boundaries emerged as among the prevailing means for delimiting competences between sovereign states.⁶⁰ Under the resulting “territorial principle,” jurisdiction hinged on whether the locus of the crime occurred within the asserting state’s geographical boundaries.⁶¹

International courts grappled with the nuances of defining jurisdiction based on territory, and as early as 1927, the Permanent Court of International Justice in the landmark *Lotus* case⁶² took a liberal view of the required connection to an asserting sovereign’s territory required under the territoriality principle:

No argument has come to the knowledge of the Court from which it could be deduced that States recognize themselves to be under an obligation towards each other only to have regard to the place where the author of the offence happens to be at the time of the offence. On the contrary, it is certain that the courts of many countries, even of countries which have given their criminal legislation a strictly territorial character, interpret criminal law in the sense that offences, the authors of which at the moment of commission are in the territory of another State, *are nevertheless to be regarded as having been committed in the national territory, if one of the constituent elements of the offence, and more especially its effects, have taken place there.*⁶³

The *Lotus* case arose out of a collision on the high seas between the French mail steamer "Lotus" and the Turkish collier "Boz-Kourt," in which the latter sank and several Turkish citizens lost their lives.⁶⁴ The arrest and conviction of the French first officer in Turkey raised the question of the jurisdiction of the Turkish authorities, which was strongly contested by France.⁶⁵ Having held that Turkey had jurisdiction over the French officer on the grounds quoted above, the *Lotus* case defined territoriality as

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.* at 13.

⁵⁹ See S Kassan, *Extraterritorial Jurisdiction in the Ancient World*, 29 Am J Int'l L 237, 240 (1935).

⁶⁰ See RT Ford, *Law's territory (A history of jurisdiction)*, 97 Mich L Rev 843 (1999).

⁶¹ Staal, *supra* note 15, at 428.

⁶² PCIJ, SS Lotus, PCIJ Reports, Series A, No. 10 (1927).

⁶³ *Id.* at 23.

⁶⁴ See Arthur Lenhoff, *International Law and Rules on International Jurisdiction*, 50 Cornell L. R. 5, 10 (1964).

⁶⁵ *Id.*

jurisdiction based on the location that the crime (or element thereof) is completed or has its effects.⁶⁶

Although the *Lotus* case can be read as supporting the concept of territorial jurisdiction “by effect” given that the Court took into consideration the fact that the offense “produced its effects on the Turkish vessel,” it is important to note that the Court treated the Turkish ship as a part of the territory of Turkey, and consequently, both the commission of the crime and its effects were found to have occurred on Turkish territory.⁶⁷ It is therefore unclear whether the *Lotus* court would have found the mere production of effects in the sovereign’s territory a sufficient basis of jurisdiction.

Today, there is more support in public international law for territorial jurisdiction “by an act” rather than “by effect.” This is true with respect to both the OECD Convention on Bribery and a prevailing perspective on jurisdiction that is concerned primarily with the reasonableness of the assertion, rather than its consistency with traditional principles. With respect to the OECD Convention, Mark Pieth’s unofficial commentary to the Convention (hereinafter “Pieth’s Commentary”) notes that the Convention embraces territorial jurisdiction based on commission of some act constituting an element of the crime in the asserting-sovereign’s territory.⁶⁸ In particular, Pieth’s Commentary states: “as far as acts or omissions are concerned, the interpretation of the Convention is clear: even the slightest of connections is sufficient. This includes [completion of any] objective elements of the crime (promise, offer, giving) and any necessary intermediate actions. It includes, in particular, the use of the telephone, fax or e-mail by the offeror.”⁶⁹ Conversely, the OECD Convention appears to disfavor territorial jurisdiction based solely on effects felt within the relevant territory. Pieth notes that “While the effects doctrine might be perceived as part of the wider act to receive the bribe and to deposit it in a bank account in a bank domiciled in the territory or to allow the funds to transit through the local banking system, it seems less certain whether the Convention applies to the mere depositing of funds generated through bribery (net profits of the briber).”⁷⁰

Territorial jurisdiction based on conduct versus mere effects is also well-supported under a prevailing approach to jurisdiction concerned primarily with whether jurisdiction is *reasonable* under the circumstances rather than merely allowable under one of the traditional bases of jurisdiction.⁷¹ One article, for example, explains that

⁶⁶ *Id.* This has also been referred to as the principle of “ubiquity,” such that the territorial basis is established if the act was committed on or if its effects occurred on the relevant territory. PIETH COMMENTARY, *supra* note 7.

⁶⁷ Lenhoff, *supra* note 61, at 11.

⁶⁸ Mark Pieth, Article 4: Jurisdiction, in THE OECD CONVENTION ON BRIBERY: A COMMENTARY 328 (Pieth et al. eds., 2013) [hereinafter PIETH JURISDICTION COMMENTARY].

⁶⁹ *Id.* at 333.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States § 402 (1987) [hereinafter Restatement] (“Territoriality and nationality remain the principle bases of jurisdiction to prescribe, but in determining their meaning rigid concepts have been replaced by broader criteria embracing principles of reasonableness and fairness to accommodate overlapping or conflicting interests of states, and affected private interests. Courts and other decision makers, learning from the approach to comparable problems in private international law, are increasingly inclined to consider various interests, examine contacts and links, give effect to justified expectations, search for the “center of gravity” of a given situation, and develop priorities.”).

notwithstanding formal criteria allowing for the exercise of jurisdiction based on principles of territoriality, international law favors principles of reasonableness in which the interests of involved states and parties are weighed in the search for a jurisdictional “center of gravity.”⁷² From there, the article asserts that although “actions taken outside the United States that directly and substantially affect U.S. interests would give rise to U.S. jurisdiction under the effects doctrine...where U.S. interests are not implicated, the assertion of subject matter jurisdiction would be unreasonable [under international law]...”⁷³ Conversely, “when actions taken *within the United States territory directly* [...] *further a violation of the FCPA*, the United States may assert jurisdiction consistent with the conduct doctrine,” and such assertion of jurisdiction “is of sufficient materiality reasonably to assert ‘extra-territorial’ subject matter jurisdiction.”⁷⁴

As is the case with the Gauvain Report, often muddled with the concept of territoriality, and particularly territorial jurisdiction “by effect,” is the “protective principle,” which is among the five justifications for criminal jurisdiction historically advanced in international law.⁷⁵ Under the protective principle, extraterritorial acts, whether by nationals or by foreigners, which threaten the security or integrity of the forum state, are regarded as justifying the extension of criminal jurisdiction to them even if the acts are not crimes under the law of the country in which the crime was committed, solely because the sovereign feels threatened by those actions.⁷⁶ Notably, the protective principle developed in the aftermath of the French Revolution under the impact of nationalistic political philosophy.⁷⁷ It was first articulated in 1808 in the French Code of Criminal Procedure, which allowed for jurisdiction over the non-nationals for the extraterritorial commission of “crime[s] against the security of the State, of counterfeiting the seal of the State, national currency, national documents, or bank notes authorized by law.”⁷⁸ Because the protective principle goes one-step farther than territoriality “by effect,” which itself has shallow roots in international law, there is even less support for protective extra-territorial jurisdiction in the international arena.⁷⁹ Moreover, protective extra-territoriality is frequently subject to conditions of dual criminality, whereas territoriality is not.⁸⁰

FCPA jurisdiction over foreign nationals and corporations (78dd-3 basis of jurisdiction) constitutes territorial jurisdiction “by act” rather than “by effect,” and is not rooted in protective principles of jurisdiction, as the Report suggests. Rather than allow for jurisdiction based on the threat to US interests or production of effects in US territory, such as through the mere depositing of funds generated through bribery,

⁷² H. Lowell Brown, *Extraterritorial Jurisdiction Under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does The Government's Jurisdiction Exceed Its Grasp?* 26 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 239, 322 (2001).

⁷³ Lowell Brown, *supra* note 14, at 335.

⁷⁴ *Id.* at 328.

⁷⁵ Harvard Research, *supra* note 16.

⁷⁶ Foreign Relations Restatement, *supra* note 17, at § 412.

⁷⁷ Arthur Lenhoff, *International Law and Rules on International Jurisdiction*, 50 Cornell L. R. 5, 12 (1964).

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ See, e.g. Paul Schiff Berman, *The Globalization of Jurisdiction*, 151 U. Pa. L. Rev. 311, 358–60 (2002). See also *Id.* at 325 (referring to the protective principle as “the ugly stepchild of objective territoriality”). According to some, objective territoriality (effects based) is “very close” to this concept of the protective principle because it is an extension of the subjective territoriality principle to encompass mere effects of offences. See Foreign Relations Restatement, *supra* note 17, at § 412, n. 1 (“Although this principle of prescriptive jurisdiction may be viewed as a specific application of the objective territoriality principle or the effects doctrine... it differs from those principles in that no constituent element of the offense and no actual or intended effect in the territory of the regulating state need be shown.”).

⁸⁰ PIETH JURISDICTION COMMENTARY, *supra* note 8, at 325.

“78dd-3” entities are only subject to territorial jurisdiction under the FCPA when they (or their agents) take some act in furtherance of the substantive offense – thus committing an element of the offense – while physically present within the territory of the United States.⁸¹ Given the support for territorial jurisdiction based on conduct in international law, including the OECD Convention on Bribery, the Gauvain Report’s challenge to 78dd-3 jurisdiction as illegitimate is simply misplaced.

B. The Report’s Assertions that US Prosecutors Act With Malicious Intent in Selectively Prosecuting Foreign Corporations Are Mere Conjectures

Although the Report focuses many of its contentions on the FCPA’s territorial basis of jurisdiction and its alleged inconsistency with principles of international law, issues of jurisdictional legitimacy are peripheral to the Report’s core concern that the FCPA is nothing more than an “economic weapon” in the “commercial warfare” that the US is waging against its European competitors.⁸² The authors of the Report are entirely convinced that US prosecutors rely on broad jurisdiction to primarily and unilaterally advance US economic and commercial interests through selective enforcement of the FCPA against foreign entities and individuals.

The Report aims to evoke a considerable degree of anxiety with respect to the presumed malicious intent of US prosecutors, and yet the authors rely primarily on weak circumstantial evidence of impartiality or improper bias to support this sweeping claim. For instance, the Report cites the comparatively greater number of European companies than US companies subject to FCPA enforcement between the years of 2008 and 2018 as proof that “US authorities use their powers to target non-US and quite often European companies as a priority.”⁸³ Along the same vein, the Report points to the lack of FCPA actions against Chinese and Russian corporations as further circumstantial evidence that the FCPA is used as a weapon of economic warfare,⁸⁴ indulging in the odd assumption that China and Russia pose less of a threat to US economic interests than their European counterparts.

Beyond this list of FCPA prosecutions, the Report makes a number of assumptions regarding US prosecutors operating in a negotiated justice system that, if true, would arguably constitute direct evidence of partiality, but which are nevertheless unsupported by any credible evidence. First, it insists that a “quasi-institutional collusion” among private practice lawyers and the US government “reinforces the doubts and even fears of the use of US judicial proceedings for economic or commercial purposes.”⁸⁵ According to the Report, this “quasi-institutional collusion” is both obvious and certain given the high turnover among private and public practice lawyers in the US legal system.⁸⁶ The considerable pressure exerted on criminal defendants to cooperate with US authorities in a system that encourages negotiated resolution of charges is also cited as evidence of prosecutorial bias against foreign defendants, despite the fact that US companies facing criminal prosecution in the US

⁸¹ 15 U.S.C. § 78dd-3(a).

⁸² Gauvain Report, *supra* note 1, at 18.

⁸³ *Id.* at 19.

⁸⁴ *Id.* at 20.

⁸⁵ *Id.* at 15.

⁸⁶ *Id.*

are equally subject to the broad discretion afforded to the Executive branch under the U.S. Constitution.

i. Unpacking FCPA Settlements Involving European Corporations as Circumstantial Evidence of Malicious Intent

The primary basis cited by the authors of invidious purpose is a list of FCPA settlements dominated by foreign, and primarily European, corporations.⁸⁷ From this fact, the authors draw what they regard as the inevitable and damning inference that US prosecutions must be motivated by a purpose to advance the interests of US corporations at the expense of their foreign rivals. This argument is worth unpacking, since there is less here than meets the eye.

The example of Technip S.A.,⁸⁸ included on the Report’s list of FCPA resolutions involving foreign corporations, is instructive. First, although Technip was prosecuted for its role in a scheme to bribe senior government officials and successive presidents in Bonny Island, Nigeria, the bribery scheme and subsequent resolution actually involved four companies, one of which, Kellogg Brown & Root Inc. (“KBR”), was a domestic US corporation led by Richard Cheney, George W. Bush’s Vice President.⁸⁹ A Netherlands company, Snapromgetti,⁹⁰ and a Japanese company, Japanese Gasoline Company (“JGC”),⁹¹ were also involved in the scheme.⁹² Although the factual summaries from the dispositions in the case made clear that all four companies were equal and fully-participating co-venturers and all directly involved in decisions regarding bribes, only one company – the American, KBR – was required to plead guilty to a felony offense.⁹³ The others, including Technip, were given DPA’s. And, of the four companies, the penalty assessed on KBR for its conduct, \$560M, was almost twice the penalty imposed on Technip and Snapromgetti, and four times the penalty imposed on JGC. Several individuals – but *no* French nationals – were prosecuted in the case; and the President of KBR, an American, received the most substantial penalty.⁹⁴

⁸⁷ *Id.* at 19.

⁸⁸ See Deferred Prosecution Agreement, United States v. Technip S.A., No. 10-CR-439 (S.D. Tex. Jun. 28, 2010), <http://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/3000/002479.pdf>.

⁸⁹ *Id.* at pg. 26.

⁹⁰ See Press Release, Snamprogetti Netherlands B.V. Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agrees to Pay \$240 Million Criminal Penalty (July 7, 2010), <http://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/3000/001742.pdf>.

⁹¹ See Press Release, JGC Corporation Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agrees to Pay a \$218.8 Million Criminal Penalty (April 6, 2011), <http://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/2000/001369.pdf>.

⁹² *Id.*

⁹³ See also Plea Agreement, United States v. Kellogg Brown & Root LLC, No. 09-CR-071 (S.D. Tex. Feb. 6, 2009), <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/02-11-09kbr-plea-agree.pdf>.

⁹⁴ See Press Release, Former Officer and Director of Global Engineering and Construction Company Pleads Guilty to Foreign Bribery and Kickback Charges (Sep. 3, 2008), <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/September/08-crm-772.html>.

Second, there is simply no US competitor in the sector in which Technip operates. And, in fact, the government later prosecuted Technip’s principal worldwide competitor, SBM Offshore N.V.,⁹⁵ for similar conduct in Brazil and West Africa. In that case, US prosecutors initially declined to prosecute SBM, deferring to the authorities in SBM’s home country, The Netherlands, and only moved forward three years later, when evidence from the Lava Jato case, by Brazilian prosecutors, revealed that SBM had managed its corrupt payments in Brazil directly through its wholly owned US subsidiary,⁹⁶ a jurisdictional basis that is hardly remote.

Third, in January 2017, Technip merged with FMC Technologies, a US-corporation, to form a new corporation headquartered in Houston, Paris, and London, and whose senior executives were predominantly American.⁹⁷ Nevertheless, again as a result of evidence uncovered by the Brazilians (and also as a result of evidence uncovered in the SBM investigation), Technip was prosecuted a second time and reached a resolution in June 2019.⁹⁸

Thus, although the Technip case is among the cases on which the Report relies for the apparently self-evident proposition that US prosecutors target foreign corporations for improper purposes, it is simply impossible to reach that conclusion based on the facts. To the contrary, there is no US-based competitor; the American company involved in Technip’s first case was treated objectively and substantially more harshly than Technip; and Technip was punished a second time *after* it went through a merger that resulted in its becoming a US-led corporation.

The recent FCPA resolution with Airbus SE,⁹⁹ a leading aircraft manufacturing company headquartered in France, would have also made it onto the Report’s list had the case been resolved at the time of its publication. The Airbus resolution is the second-largest anti-bribery prosecution in history after the record-breaking resolution reached with New York-based Goldman Sachs earlier this year,¹⁰⁰ with Airbus’ criminal FCPA fines exceeding \$2 billion (before crediting).¹⁰¹ But certain aspects of the Airbus agreement appear uncharacteristically lenient compared to prior resolutions with companies engaging in similar levels of misconduct. Most notably, neither Airbus SE nor any of its subsidiary companies were required to plead guilty to the underlying conduct¹⁰² – a situation that is relatively rare for companies carrying out multiple, distinct bribery schemes across several countries with C-level executive and compliance function involvement in facilitating and concealing the misconduct.¹⁰³ Equally

⁹⁵ See Deferred Prosecution Agreement, United States v. SBM Offshore N.V., No.17-CR-868 (S.D. Tex. Nov. 21, 2017), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1014801/download>.

⁹⁶ See Press Release, SBM Offshore N.V. And United States-Based Subsidiary Resolve Foreign Corrupt Practices Act Case Involving Bribes in Five Countries (Nov. 29, 2017), <https://www.justice.gov/opa/pr/sbm-offshore-nv-and-united-states-based-subsidiary-resolve-foreign-corrupt-practices-act-case>.

⁹⁷ See Deferred Prosecution Agreement, United States v. Technip FMC, No. 19-CR-278 (E.D.N.Y. Jun. 25, 2019), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1177316/download>.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ See Deferred Prosecution Agreement, United States v. Airbus S.E., (D.D.C. No. 1:20-CR-00021, Jan 31, 2020), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1241466/download> [hereinafter Airbus DPA].

¹⁰⁰ See, e.g. Deferred Prosecution Agreement, United States v. Goldman Sachs Group, Inc., No. 20-437 (MKB) (E.D.N.Y. Oct. 22, 2020), <http://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/5000/004160.pdf>.

¹⁰¹ *Id.* at ¶ 8.

¹⁰² Guilty pleas carry a considerably harsher stigma than DPAs in the US and beyond, and accordingly, guilty pleas represent a graver threat to a company’s financial health following public disclosure.

¹⁰³ See, e.g. Guilty Plea, United States v. WMT Brasilia S.a.r.l., No. 1:19-CR-192 (E. D. Va. June 20, 2019), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1175801/download> [hereinafter Walmart Guilty Plea];

significant is the self-report obligation in lieu of an independent compliance monitor,¹⁰⁴ which is also atypical for companies having engaged in comparable conduct.¹⁰⁵ Finally, the Airbus DPA also contains a significant and highly unusual provision for any company, regardless of the underlying conduct – coverage for all historical misconduct, including conduct outside the Statement of Facts.¹⁰⁶ This means that, so long as Airbus complies with the terms of the DPA, any other FCPA violations – discovered or undiscovered – committed before the resolution date and not included in the DPA are entirely immune from future prosecution.

It is, of course, both impossible to know and easy to speculate about whether other considerations, apart from those specifically identified in the “relevant considerations” section of the DPA, influenced DOJ’s resolution. However, it is noteworthy that the DPA specifically identifies the stronger jurisdiction and interest of France and the UK’s in prosecuting the conduct.¹⁰⁷ Particularly when one takes account of the fact that Airbus’ principal worldwide competitor is the US-based Boeing, it is challenging, to say the least, to square DOJ’s role in the Airbus resolution with the Report’s narrative that DOJ systematically exploits weak jurisdictional claims to prosecute European companies in order to favor US-based competitors.

The Report also cites the relatively low number of FCPA actions against Chinese and Russian companies as circumstantial evidence of impartiality on the part of US prosecutors. Here, the Report contends that a “total absence” of FCPA actions against Russian and Chinese companies “raise[s] questions about the targets chosen by the US authorities and the motivations underlying these choices.”¹⁰⁸ But just a few months prior to Report’s publication, Russia’s biggest mobile telephone company, Mobile Telesystems (“MTS”), paid \$850 million in penalties to the US to resolve charges arising out of a scheme to pay bribes in Uzbekistan,¹⁰⁹ ranking one of the top five biggest FCPA resolutions of all time. Under the DPA with DOJ, an MTS subsidiary also pled guilty in federal court and is subject to an independent monitor for a term of three years.¹¹⁰ To be sure, the US has not brought a major FCPA prosecution against a Chinese company. But, in light of the fact that the current US administration has repeatedly identified China and Chinese-led companies as the principal economic and geo-political adversaries of the United States, it becomes increasingly difficult to argue that the *failure* of the DOJ to charge Chinese companies under the FCPA supports the claim that the US uses criminal prosecutions to seek economic advantage. Indeed, were that the case, one would expect to see the opposite.

Guilty Plea, *United States v. Teva Pharmaceutical Industries Ltd.*, No. 1:16-CR-20967 (S.D. Fla. Dec. 22, 2016), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/920241/download>.

¹⁰⁴ Airbus DPA, *supra* note 105, at ¶ 11.

¹⁰⁵ See, e.g. Walmart Guilty Plea, *supra* note 109; Deferred Prosecution Agreement, *United States v. Embraer S.A.*, No. 16-CR-60294 (S.D. Fla. Oct. 24, 2016), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/904581/download>.

¹⁰⁶ Airbus DPA, *supra* note 015, at ¶ 8.

¹⁰⁷ *Id.* at ¶ 4.

¹⁰⁸ Gauvain Report, *supra* note 1, at 20.

¹⁰⁹ See Press Release, Mobile Telesystems Pjsc and Its Uzbek Subsidiary Enter into Resolutions of \$850 Million with the Department of Justice for Paying Bribes in Uzbekistan (March 7, 2019), <https://www.justice.gov/opa/pr/mobile-telesystems-pjsc-and-its-uzbek-subsidiary-enter-resolutions-850-million-department>.

¹¹⁰ *Id.*

ii. The Report Cites No Direct Evidence That US Prosecutors Act With Improper Intent in Prosecuting Foreign Defendants

Equally conspicuous is the absence of any direct evidence of improper bias against foreign defendants. As the Report correctly notes, in the United States, there is relatively free movement of lawyers from the government, after having served as prosecutors, to the private sector, where they often represent companies accused of wrongdoing by their former colleagues.¹¹¹ The Report appears to view this system as circumstantial yet conclusive proof of a “quasi-institutional collusion” among private and public lawyers in the US. But as private defense lawyers, these former prosecutors would have a powerful incentive – and, indeed, on behalf of their clients, an affirmative ethical duty – to reveal any evidence that the DOJ selects its targets for improper purposes. And, given the turnover of lawyers between prosecution and defense, these former prosecutors would enter defense practice armed with ample evidence of improper prosecutorial motives, if such existed. Yet there is, in fact, a complete dearth of such evidence; not once, has a target of prosecution credibly raised such a claim of collusion, even though, as the Report notes, there are literally dozens, and perhaps scores of former prosecutors, all once participants in the scheme accepted as true by the Report, now in private practice representing companies, many of them foreign, who are the targets of DOJ investigations. With apologies to Sherlock Holmes, it is the dog that didn’t bark.

The Report also cites the very nature of the US criminal justice system and its emphasis on resolution of criminal charges through negotiated agreements in lieu of trial as evidence that foreign defendants are arbitrarily targeted and subjected to prosecution. Indeed, the “informal nature” of DOJ investigations and negotiations perpetuates what the Report describes as a “brutal and unbalanced relation of power between the US authorities and the company,” and individual and corporate defendants alike are hard-pressed to settle charges through negotiated agreements rather than proceed to trial and risk facing harsher penalties than those guaranteed through cooperation. While this dynamic is arguably unfavorable for criminal defendants, the existence of this system itself does not necessitate a conclusion that DOJ investigations are baseless or arbitrary, as the Report concludes.

The only instance of such “arbitrary” prosecution against foreign defendants cited by the Report draws from the reported experiences of a French national and former Alstom senior executive, Frédéric Pierucci, who was arrested and held in a high-security prison for over a year before pleading guilty to participation in a scheme to bribe high-ranking officials in Indonesia in order to secure the Tarahan project contract.¹¹² Responding to Pierucci’s particular allegations are outside the scope of this article. But extrapolating from Pierucci’s account, much of which is contradicted by the public record, underscores the dangers of relying upon anecdotal and self-serving accounts of personal experiences to draw lessons about an entire judicial system.¹¹³

¹¹¹ That practice differs from France; but whether it is a good one, as some argue, or inherently corrupt, as others maintain, is beyond the scope of this article.

¹¹² *Id.* See also *Former Charges Unsealed Against Current and Former Executives of French Power Company*, DEP’T OF JUSTICE (April 16, 2013), <https://www.justice.gov/opa/pr/foreign-bribery-charges-unsealed-against-current-and-former-executives-french-power-company>

¹¹³ One of the authors, Robert Luskin, was lead counsel for Alstom in connection with the DOJ inquiry.

C. *The Report Fails to Consider The United States' Willingness to Cooperate With Foreign Authorities in Multijurisdictional Resolutions*

According to the Report, in addition to illegitimate and ad-hoc assertions of jurisdiction allowing for economically-motivated targeting of European companies to the exclusion of all others, US prosecutors also refuse to play nice with foreign authorities when investigating and resolving FCPA charges against foreign companies. The Report makes two related arguments concerning US interactions with foreign authorities. First, the Report takes issue with US “circumvention of mutual assistance mechanisms” in prosecuting foreign corporations.¹¹⁴ The Report claims that the “search for documents, information, and other evidence located on our territory and subject to our jurisdiction, outside any mutual assistance agreement or mechanism” constitutes a “serious infringement of [France’s] sovereignty.”¹¹⁵ The second argument is articulated less explicitly, but it centers around the notion that the US is uncooperative in situations where there is shared jurisdiction over conduct constituting an offense under multiple bribery laws, whether it be in refusing to cede jurisdiction to countries with stronger jurisdictional ties or demanding the largest share of settlement amounts in multijurisdictional resolutions.

With respect to both points, the Report simply overlooks a record of growing US commitment towards cooperating with foreign laws and authorities in investigating and negotiating multi-jurisdictional resolutions with foreign companies. Indeed, the United States was at one time the lone enforcer of foreign bribery, relying on the FCPA’s broad jurisdictional scope to penalize corporations across the world for paying bribes to obtain business advantages. But, just as other countries have continued to strengthen and enforce their foreign bribery laws, the US has started to cede some of its enforcement power to authorities in those countries. While the US continues to remain a dominant player in international corruption enforcement, the rise of enforcement activity in other jurisdictions has coincided with an increased willingness among US authorities to ensure that penalties in parallel resolutions are assessed in proportion to the strength of each sovereign’s jurisdictional nexus and relative effort spent investigating the misconduct. At times, the US has also refrained from further investigating conduct within its jurisdiction when other countries have stronger assertions of jurisdiction.¹¹⁶

The global resolution reached with Airbus presents a prime, and timely, example of the United States’ willingness to cooperate with foreign authorities in instances of jurisdictional overlap.¹¹⁷ In fact, the Airbus resolution is the first of its kind with respect to the level of cooperation among the three sovereign authorities involved:

¹¹⁴ Gauvain Report, *supra* note 1, at 33.

¹¹⁵ Gauvain Report, *supra* note 1, at 12.

¹¹⁶ In 2018, for example, DOJ issued a declination letter to Guralp Systems Limited, an engineering company based in the UK, “notwithstanding evidence of violations of the FCPA.” The letter cited an ongoing parallel investigation by the UK SFO for violations of law relating to the same conduct, along with the company’s voluntary disclosure and remediation efforts. See, e.g. Richard Cassin, DOJ Declination for UK Engineering Firm (Aug. 22, 2018), <https://fcablog.com/2018/08/22/doj-declination-for-uk-engineering-firm/>. The SEC also closed its investigation into ING Group NV, a Dutch bank, one day after the bank reached a settlement with the Dutch authorities for similar offenses. See Harry Cassin, ING Wins SEC Declination After \$900 Million Dutch Penalty (Sep. 5, 2018), <https://fcablog.com/2018/09/05/ing-wins-sec-declination-after-900-million-dutch-penalty/>.

¹¹⁷ See Airbus Press Release, *supra* note 109.

US, France, and the United Kingdom. First, all three authorities cooperated to varying degree in carrying out their respective investigations. Whereas the UK and France created a joint task force to investigate the misconduct and readily share information, France and US were also in frequent communication throughout their respective investigations given routine US compliance with the significant procedural hurdles created by the French Blocking Statute.¹¹⁸ Second, the authorities coordinated the timing of their respective resolutions: all three agreements were approved and disclosed to the public on the same day. Finally, certain terms of the agreements themselves, such as crediting of foreign penalties covering the same conduct, also reflect a favorable attitude towards cooperation. When companies are subject to isolated and successive prosecutions in multiple jurisdictions, they tend to receive higher aggregate penalties given that each country aims to fully vindicate their interests and, in doing so, often fails to take into consideration any penalties that may later be imposed by other jurisdictions for the same conduct. In Airbus’ case, however, the company avoided double prosecution for the same conduct because both France and the US credited against their penalties the corresponding amounts due the other.¹¹⁹ DOJ previously formalized this practice of crediting foreign fines covering the same misconduct with the announcement of its “Piling On Policy” in 2018,¹²⁰ and with Airbus, the amount ultimately due the US for the FCPA conduct represented a significant reduction from the initial \$2 billion starting point upon DOJ crediting \$1.7 billion of the related French fine.¹²¹ In addition to reducing the global penalty amount, this coordinated crediting resulted in the US receiving the smallest portion – approximately 8% – of the aggregate corruption fine.¹²² Although DOJ’s motivations for cooperating are not readily ascertainable, it is worth noting that the US DPA makes explicit mention of the relative jurisdictional ties and investigative efforts among the three authorities in determining the appropriate punishment.¹²³

While the Airbus case arguably represents the height of DOJ’s cooperation with foreign authorities in multijurisdictional resolutions, there are ample cases over the course of the past decade demonstrating the growing US commitment to this practice. Table 1 in the Appendix highlights a number of recent and significant multijurisdictional bribery resolutions where US enforcement agencies, either the Department of Justice (“DOJ”) or the Securities and Exchange Commission (“SEC”), significantly reduced the amount of FCPA penalties ultimately payable to the US upon crediting amounts due foreign authorities under related resolutions covering the same or substantially similar misconduct. In all cases involving foreign defendants, DOJ reduced its criminal fines by *at least* 50% upon crediting 100% of all foreign fines related to the same conduct. And, more often than not, this crediting resulted in the US receiving less than half of the total aggregate bribery penalties paid across all

¹¹⁸ French Law No. 68-678 of July 26, 1968, *amended by* Law No. 80-538 of July 16, 1980 [hereinafter “French Blocking Statute”]. Contrary to the Report’s contention that “French companies cannot validly raise the impossibility of communicating information requested by a foreign authority on the grounds that they are prevented from doing so by the 1968 law,” the role that the French Blocking Statute played throughout DOJ’s investigation of Airbus and subsequent resolution cannot be overstated.

¹¹⁹ Note that the UK resolution covered different conduct than that included in the French and US settlements.

¹²⁰ *Deputy Attorney General Rod Rosenstein Delivers Remarks to the New York City Bar White Collar Crime Institute*, DEP’T OF JUSTICE (May 9, 2018), www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rod-rosenstein-deliversremarks-new-york-city-bar-white-collar.

¹²¹ *Id.* at ¶ 9.

¹²² See Airbus DPA, *supra* note 107, at ¶ 4.

¹²³ *Id.* at ¶ 6.

jurisdictions involved. This evidence, along with other cases examined in this article, both fails to support the Report's charge that US prosecutors act with an invidious motive in dealing with foreign corporations and authorities and affirmatively demonstrates the strong US interest in fostering cooperation in multijurisdictional anti-bribery enforcement.

II. **The Gauvain Report calls for an outcome that is as faulty as its premise : an approach to anti-corruption enforcement based on impermissible consideration of national sovereignty**

All of the above allegations regarding the malicious prosecution of foreign nationals and corporations under US laws pave the way for the Report's recommendation: A sovereignty-based, nationalistic approach to investigation and prosecution of its nationals is needed to protect France from the prosecutorial predations of the United States. In particular, the Report argues that "the legitimate objective of the principle [of cooperation] has led to a slight loss of sight of the need to ensure that cooperation does not undermine State sovereignty and, in doing so, the protection of citizens and business."¹²⁴ Accordingly, the remainder of the Report includes a number of legislative proposals aimed at further protecting the "essential economic interests of [European] States" through the creation of additional procedural hurdles for foreign authorities to overcome in order to obtain information from European companies and nationals, as well as increased penalties for European entities that circumvent such hurdles to pro-actively cooperate with foreign authorities.

For the most part, the Report attempts to conceal prioritization of its economic interests by couching them in the anodyne language of sovereignty. But at times it slips and makes particular reference to economic interests as among the primary sovereign interests in desperate need of protection. For example, in discussing weaknesses in the current mutual assistance procedures and suggested measures for strengthening France's Blocking Statute, the Report argues for "exten[sion] to the European level the measures to protect essential economic interests, as set out in the 19[80] French blocking law."¹²⁵ The Report also refrains from attempting to define the concept of "essential economic interests," thereby avoiding addressing the elephant in the room: does the mere payment of financial penalties to foreign authorities encompass the entire scope of this concept? Put simply, the Report's proposals aimed at preventing foreign prosecution of European nationals in the name of "sovereignty, security, public policy, or the essential interests of the State" boil down to mere economic protectionism, and if enacted, these legislative measures will pave the way for the very environment of bribery enforcement that the OECD Convention on Bribery sought to prevent.

A. The OECD Convention on Bribery Deems Certain National Interests Impermissible Considerations in Enforcement of Anti-Bribery Laws

The OECD Convention lays out certain national interests that signatory states must refrain from considering in fulfilling their obligations under the Convention. Article 5 of the Convention deals with enforcement and has the distinct goal of establishing

¹²⁴ See Gauvain Report, *supra* note 1, at 39.

¹²⁵ *Id.* at 82. See also French Blocking Statute, *supra* note 123.

threshold principles for signatory states to observe in enforcing their own bribery laws and in advancing the international fight against bribery.¹²⁶ It states:

Investigation and prosecution of the bribery of a foreign public official shall be subject to the applicable rules and principles of each Party. They shall not be influenced by considerations of national economic interest, the potential effect upon relations with another State or the identity of the natural or legal persons involved.¹²⁷

Although the Convention does not supplant national principles of criminal investigation and prosecution with a separate, uniform set of guidelines, it very clearly and definitively prohibits authorities from making discretionary enforcement decisions based on considerations of national economic interest or political relations. Implicit in this mandate is an obligation to refrain from blocking the valid enforcement actions of other countries based on such impermissible considerations.

Beyond the text of the Convention, country reports conducted by the Working Group on Bribery (“WGB”) regarding the implementation of Article 5 are highly instructive.¹²⁸ The Convention does not define the term “national economic interest,” but the WGB reports stress that there are no “permissible degrees” of national economic interest which would justify influencing a prosecutorial decision.¹²⁹ Moreover, Pieth’s commentary to the Convention asserts that the term “clearly also encompasses the economic activities of private undertakings and corporations incorporated under that state Party’s laws and operating from its territory.”¹³⁰ Thus, as one scholar put it, “the OECD agreement was an unmistakable statement that foreign bribery was illegitimate and could not be justified by a nation’s commercial interests, such as maintaining jobs or promoting exports, or foreign policy.”¹³¹ Moreover, the WGB reports make explicit Article 5’s inherent mandate to refrain from blocking prosecutions for political reasons – an obligation that is commonplace in international law (see, e.g. the Council of Europe’s Recommendation of 2000).¹³²

Because the Convention includes a national security exception to enforcement, some have questioned whether there is also an implied exception for significant national economic or political interests. Customary international law allows for such an exception in limited circumstances, but the International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts states that “necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act: (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a *grave and imminent threat* and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or

¹²⁶ Peter J. Cullen, Article 5: Enforcement, in *THE OECD CONVENTION ON BRIBERY: A COMMENTARY* 357 (Pieth et al. eds., 2007) [hereinafter *PIETH ENFORCEMENT COMMENTARY*].

¹²⁷ OECD Convention, *supra* note 1, at art. 5.

¹²⁸ Country Reports on the Implementation of the OECD Anti-Bribery Convention, OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsonteimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm>.

¹²⁹ *PIETH ENFORCEMENT COMMENTARY*, *supra* note 126, at 397-98 (citing the WGB Reports).

¹³⁰ *Id.* at 380.

¹³¹ Rachel Brewster, *Enforcing the Fcpa: International Resonance and Domestic Strategy*, 103 Va. L. Rev. 1611, 1640 (2017) (citing Peter J. Cullen, Article 5: Enforcement, in *The OECD Convention on Bribery: A Commentary* 289,289-93 (Pieth et al. eds., 2007)).

¹³² Rec. 13f COE 2000a urges states to prohibit the giving of instructions not to prosecute in a particular case for political reasons. See also UN 1990 and IAP 1999.

States toward which the obligation exists, or of the international community as a whole.”¹³³ Given the high threshold for meeting this exception, it is unlikely that purely economic or political concerns can justify a State’s assertion of necessity in refraining from prosecuting bribery conduct committed within its jurisdiction, or in blocking foreign prosecution of its nationals.

Pieth’s commentary to the OECD Convention notes the difficulty in reconciling reassurances made by Parties subject to WGB monitoring “that investigations and prosecutions have never been, and never will be, influenced by considerations of national political or economic interests” with “the existence of discretionary systems which precisely call upon the prosecution to take account of the public interest in their decisions about investigation and prosecution.”¹³⁴ Those “public interest” considerations are of course problematic only in countries that consider robust bribery enforcement adverse to the public interest. Here, the WGB expressed concerns over the strongly hierarchical functioning of France’s Public Prosecutor’s office, the centralization of anti-corruption prosecutors in Paris – in close proximity to the Ministry of Justice – and exclusion of bribery offenses from France’s victim complaint procedures.¹³⁵ According to the WGB, these factors have historically allowed political interests to impermissibly influence France’s investigation and prosecution of bribery.¹³⁶

B. *The Convention Calls for International Cooperation in Enforcing Anti-Bribery Laws*

Although Article 5 inherently encourages coordination among signatories to the Convention by promoting convergence of principles underlying discretionary enforcement decision-making, and thus discouraging signatories from blocking foreign prosecutions out of concern for their economic or political interests, Article 9 of the OECD Convention deals with cooperation amongst signatories in enforcing the convention in more explicit terms. It states:

(1) Each Party shall, to the fullest extent possible under its laws and relevant treaties and arrangements, provide prompt and effective legal assistance to another Party for the purpose of criminal investigations and proceedings brought by a Party concerning offences within the scope of this Convention and for non-criminal proceedings within the scope of this Convention brought by a Party against a legal person....

(2) Where a Party makes mutual legal assistance conditional upon the existence of dual criminality, dual criminality shall be deemed to exist if the offence for which the assistance is sought is within the scope of this Convention.

(3) A party shall not decline to render mutual legal assistance for criminal matters within the scope of this Convention on the ground of bank secrecy.

¹³³ ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, art. 25 (2001), http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

¹³⁴ PIETH ENFORCEMENT COMMENTARY, *supra* note 126.

¹³⁵ FR-Ph2, 30.

¹³⁶ PIETH ENFORCEMENT COMMENTARY, *supra* note 126, at 374-375.

Regarding the law enforcement co-operation called for by Article 9(1), the Convention’s 2009 Recommendation adds that such international co-operation ought to be achieved “through such means as sharing of information spontaneously or upon request, provision of evidence, extradition, and the identification, freezing, seizure, confiscation and recovery of the proceeds of bribery of foreign public officials.”¹³⁷ Thus, the inclusion of Article 9 in the OECD Convention was widely viewed as assuring potential signatories to the Convention that members would act collectively in enforcing the Convention, such as through information sharing both formally and informally.¹³⁸ Article 9 was considered particularly important to major exporting states concerned that if they did not act in unison then they might suffer economic losses.¹³⁹ This concern was evident in the OECD Convention’s notable provision that the treaty would not enter into force until “five of the ten countries which have the ten largest export shares ... and which represent by themselves at least sixty per cent of the combined total exports of those ten countries, have deposited their instruments of acceptance, approval, or ratification.”¹⁴⁰ The treaty provided major exporters with reassurance that they would not undercut each other’s anti-bribery efforts in an attempt to win greater foreign market share.¹⁴¹

Beyond the text of the Convention, it is a fundamental principle of international law that treaties and other formal agreements are binding on signatory parties, which triggers an obligation to perform in good faith.¹⁴² Where agreements to co-operate in criminal matters are involved, this principle of *pacta sunt servanda* allows a party requesting information for investigatory purposes to operate under a presumption of validity and authenticity with regard to the underlying factual assertions conveyed to the requested state.¹⁴³ This principle also prohibits rejection of mutual legal assistance requests based on fears that the requesting party might violate the “specialty principle”¹⁴⁴ by prosecuting foreign nationals or entities on grounds other than that represented. Thus, both the OECD Convention and general principles of international law require signatory states to cooperate in furthering the common goal of bribery enforcement rather than undermine each other’s actions when a state’s own citizen or corporation is involved in the misconduct.

C. The Report calls for an approach to anti-bribery enforcement that is in contravention with the principles set forth in the OECD Convention

As discussed, the Report’s main goal is to advance the implementation of protectionist legislation aimed at obstructing foreign jurisdictions from subjecting

¹³⁷ OECD 2009 Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, section XIII(i), <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdantibriberyrecommendation2009.htm>.

¹³⁸ Brewster, *supra* note 28, at 1663–1665.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ OECD Convention, *supra* note 1, at art. 15.

¹⁴¹ Brewster, *supra* note 28, at 1663.

¹⁴² See, e.g. Art. 26 Vienna Convention 1969, entered into force on 27 January 1980.

¹⁴³ Maurice Harari & Delphine Jobin, Article 9-11: International Cooperation, in THE OECD CONVENTION ON BRIBERY: A COMMENTARY 501 (Pieth et al. eds., 2007) [hereinafter PIETH INTERNATIONAL CO-OPERATION COMMENTARY].

¹⁴⁴ The “specialty principle,” which is codified in numerous bilateral extradition treaties, provides that after receiving a fugitive through extradition, a state may only prosecute the individual for the offenses agreed to by the sending state as the basis for extradition. See Note, *Challenging Extradition: The Doctrine of Specialty in Customary International Law*, 364 COLUMBIA J. TRANSNATIONAL L. 365 (2015).

French companies and individuals to anti-bribery enforcement. The Report claims that such measures are necessary to defend against “abusive maneuvers by foreign authorities,” including misuse of the FCPA as a weapon in the economic warfare that the US is waging against France and the rest of Europe. The erroneous nature of the assumptions driving this paranoia are discussed extensively *supra*, but even assuming malicious US intent, France is no more justified in preventing the foreign prosecution of French companies engaged in extensive corruption in order to further France’s own economic interests. Such behavior, even if retaliatory, is expressly prohibited by Articles 5 and 9 of the OECD Convention on Bribery, as well as general principles of international law governing states that have committed to the enforcement of such shared obligations.

The Report’s authors may very well be aware that the national economic interests they espouse are impermissible considerations under the Convention given occasional attempts to disguise these incentives under the veil of otherwise valid interests implicated by multijurisdictional anti-bribery enforcement. In advocating for increased protection of France’s “essential economic interests” through various legislative proposals, the authors haphazardly tack on undeveloped arguments regarding other, non-economic interests allegedly threatened by the US practice, namely issues of dual criminality, protection of individual data privacy, and concern that the US will use discovery requests for purposes other than anti-bribery enforcement.

While such considerations fall outside the scope of Article 5’s prohibition, these justifications for refusing to cooperate with US enforcement authorities are nevertheless problematic because they are inauthentic and/or illegitimate given governing law. For example, fear that the US will use mutual legal assistance requests and other discovery mechanisms for purposes other than those represented in the request is not a legitimate reason to deny assistance given the above-discussed obligation to presume the good faith of the requesting party, not to mention the complete lack of data suggesting that US prosecutors have used information obtained through formal or informal sharing mechanisms to prosecute companies for crimes unrelated to the conduct or offenses outlined in the requests. And personal data privacy is now adequately addressed by consistent enforcement of GDPR violations. As for concerns over lack of dual criminality, where FCPA jurisdiction is based on principles of territoriality, there is no requirement of dual criminality, as discussed *supra*.¹⁴⁵ Nor does the US-French mutual legal assistance treaty include a dual criminality requirement; rather, it allows for collection of evidence to support a prosecution for offenses not considered criminal in the requested state.¹⁴⁶ And even if there were dual criminality prerequisites for MLAT requests, French and US bribery laws are substantially similar with respect to the conduct criminalized.¹⁴⁷ Thus, the non-

¹⁴⁵ OECD Convention, *supra* note 1, at art. 9(2) (stating that in the absence of similar norms, it is sufficient that “the description of the offence is within the scope of the Convention.”)

¹⁴⁶ Mutual Legal Assistance Treaty in Criminal Matters, signed Dec. 10, 1998, entered into force Dec. 1 2001, and codified at 2172 UNTS 69.

¹⁴⁷ See generally Stephane Bonifassi, France, in BRIBERY & CORRUPTION 2017, 70-78 (GLI 4th ed. 2017). Bribery of foreign public officials and officials of international public organizations is regulated under the French Criminal Code, Articles 435-1 (passive bribery) and 435-3 (active bribery). Article 435-6-2 of the French Criminal Code, French bribery deals with jurisdiction and applies France’s bribery laws when committed abroad by a French person, person ordinarily residing in France or by a person (legal person or individual) carrying out part of its business on French territory. Additionally, France also defines the substantive offense as “proffering, without any right, at any moment, directly or indirectly, offers, promises, gifts, presents or any other advantage, to a person who is a [foreign] public official or international public

economic interests allegedly implicated by formal US discovery requests fail to provide an alternative justification for the protectionist measures advanced in the Report.

The global fight against corruption is making marked and unprecedented progress, particularly over the course of the past two decades. This progress is rooted in increased implementation and enforcement of anti-corruption laws, France’s Sapin II law included, as well as a growing trend towards cooperation in policing bribery misconduct around the world. While the recent Airbus resolution is by no means the first instance of cooperation among the US and foreign authorities, this great achievement in anti-corruption enforcement sets a new standard for future multijurisdictional resolutions, which, in an increasingly global world, are here to stay.

Standing in stark contrast to this progress is the Report’s protectionist attitude towards multijurisdictional bribery enforcement. If enacted, the Report’s proposals will undoubtedly represent a huge step backwards with respect to the cooperative and coordinated global enforcement framework that the OECD Convention on Bribery and many of its signatory states, including France, have sought to achieve, and where much progress has been made.

organization, to perform or not perform any act within his or her occupation or position, or office, or facilitated by his or her occupation, position, or office.” Considering the FCPA only prohibits misuse of official position for the purpose of gaining a business advantage, Frances definition of the substantive offense encompasses a broader range of conduct than the US offense.

**TABLE 1 –
US CREDITING OF FOREIGN PENALTIES IN MULTI-JURISDICTIONAL RESOLUTIONS**

Company	Global Bribery Resolution Amount After Offsets and Credits ¹⁻⁴⁸	Authorities Involved	Respective % of Global Bribery Amount Paid After Offsets and Credits		Offsets and Credits Against Amount Due US
The Goldman Sachs Group, Inc.	\$ 3,171,088,000	U.S. (DOJ)	39%		DOJ reduced its penalty by 46% (\$1,052,000,000) based on crediting 33% of the total amount paid to all other authorities <i>for related misconduct</i> . In particular, DOJ credited 33% of the fine paid to the Hong Kong Securities and Futures Commission.
		U.S. (SEC)	32%		
		U.S. (FRS)	5%		
		U.S. (DFS)	5%		
		UK (FCA & PRA)	4%		
		Singapore (AGC)	4%		
		Hong Kong (SFC)	11%		
Airbus SE	\$3,698,409,565	U.S. (DOJ)	8%		DOJ reduced its penalty by 86% percent (\$1,797,690,897.00) based on crediting 100% of the amount paid to France as a criminal penalty for the same underlying misconduct. The conduct covered in Airbus' simultaneous resolution with UK authorities did not overlap with the US resolution.
		France	62%		
		UK	29%		
Technip FMC	\$296,184,000	U.S.	28%		DOJ reduced its penalty by 72% (\$214,331,033.17) based on crediting 100% of the amount anticipated to be paid to Brazilian authorities.
		Brazil	72%		
Petrobras	\$1,786,674,000	U.S. (DOJ)	5%		DOJ reduced its penalty by 90% based on crediting 100% of the amount paid as a civil penalty to
		U.S. (SEC)	57%		

		Brazil	38 %		SEC (\$85,320,000) and 100% of the amount paid to Brazil (\$682,560,000) under related agreements.
Societe Generale S.A.	\$585,552,888	U.S. (DOJ)	50 %		DOJ reduced its penalty by 50% by crediting 100% of the amount paid to France as a criminal penalty (\$292,776,444).
		France	50 %		
Keppel Offshore Ltd.	\$422,216,980	U.S. (DOJ)	25 %		DOJ reduced its penalty by 75% by crediting 100% of the criminal penalties paid to Brazil (\$211,108,490) and Singapore (\$105,554,245).
		Brazil	50 %		
		Singapore	25 %		
SBM Offshore N.V.	\$965,773,949	U.S. (DOJ)	36 %		DOJ reduced its penalty by approximately 64% by crediting 100% of the criminal and civil penalties paid to the Netherlands (\$240,000,000) and Brazil (\$189,000,000).
		Brazil	28 %		
		Netherlands	36 %		

US CREDITING OF FOREIGN PENALTIES IN MULTIJURISDICTIONAL RESOLUTIONS

Company	Total Global Resolution Amount	Authorities Involved	Respective % of Total Global Amount After Offsets and Credits	Offsets and Credits Against Amount Due US	
Telia Company AB	\$965,773,949	U.S. (DOJ)	28%		DOJ reduced its penalty by approximately 50% by crediting 100% of the criminal penalty paid to the Netherlands (\$274,000,000). SEC also agreed to credit later disgorgement payments to Swedish authorities (not reflected).
		U.S. (SEC)	43%		
		Netherlands	28%		
		U.S. (DOJ)	10%		

Braskem S.A.	\$957,625,336.81	U.S. (SEC)	7%		DOJ reduced its penalty by approximately 85% by crediting 100% of the criminal penalties paid to Brazil (\$442,837,735.77) and Switzerland (\$94,893,800.52). SEC credited 100% of the additional disgorgement penalties (\$260 million) due Brazil.
		Brazil	73%		
		Switzerland	10%		
Odebrechet S.A.	\$2,600,000,000	U.S. (DOJ)	4%		DOJ reduced its penalty by approximately 97% by crediting 100% of the penalties paid to Switzerland (\$116,000,000) and Brazil
		Switzerland	4%		
		Brazil	92%		
Vimblecom LTD	\$795,326,398	U.S. (DOJ)	29%		DOJ reduced its penalty by 50% by crediting 100% of the criminal penalty paid to the Netherlands (\$230,163,199). SEC also credited 100% of the additional disgorgement payment to the Netherlands (\$167,500,000).
		U.S. (SEC)	21%		
		Netherlands	50%		

Zone de graphique

Blockchain, Disintermediation and the future of the legal professions

Mme Paola Heudebert¹

*Chercheuse indépendante en droit et éthique des technologies
Cofondatrice de "Blockchain for Human Rights".*

et

Mme Claire Leveneur²

Doctorante, Université Paris II Panthéon-Assas

Will the 2020s herald the death warrant of the legal professions? If we listen to blockchain technology's most devout advocates, the answer is a resounding yes. Blockchain is often proclaimed as the ultimate tool for allowing unrestrained exchanges between contracting parties with no preexisting relationships, and thus suppressing the need for intermediaries. In other words, blockchain could be a "trust machine,"³ which could open up the possibility of conducting transactions in full confidence, without the risk of non-performance or misguidance. However, it is utopian idealism to assume that blockchain technology could enable pure and total disintermediation. All trusted third parties cannot disappear in one fell swoop - especially legal professions. This Article problematizes blockchain's apparent objective of disintermediation and argues that, in reality, blockchain leads to a form of reintermediation. Of course, the role of the legal professions, vis-à-vis blockchain technology's advances, is inextricably linked to the impact of law and regulation in blockchain. While advocates have detailed the diminishing role of law and regulation in the application of blockchain technology, we adopt a comparison of the French and the American jurisdiction's to blockchain technology, to demonstrate that, in fact, the law cannot be extricated from blockchain's advance. This Article explores a new angle on blockchain's place in the legal professions and offers new perspectives for lawyers to anticipate a future defined by "known unknowns," and the "unknown unknowns" of blockchain technology⁴

¹Fulbright Laureate; LL.M. UC Berkeley, JD. University Panthéon-Assas Paris II.

² PhD thesis subject: "Blockchain & Civil law"; J.D. University Panthéon-Assas Paris II.

The authors would like to warmly thank Hugo Cugnet and Sam Mottahedan for their helpful feedback on earlier drafts and their thorough proofreading.

³"The trust machine. The technology behind bitcoin could change the economy works", *The Economist*, 2015, <https://www.economist.com/leaders/2015/10/31/the-trust-machine>.

⁴ *Ibid.*

For lawyers, blockchain is a relatively new technology that raises many issues about the future of legal professions.⁵ These concerns often stem from a lack of technological understanding. Broadly speaking, blockchain technology is a decentralized database, structured as a chain of blocks of information, where each block is linked to the others by a means of cryptographic function, intended to make the storage of data immutable.⁶ More generally, the term refers by proxy to the entire distributed network and its operating protocol.⁷ The first blockchain was launched in January 2009, after the 2008 publication of a white paper signed by Satoshi Nakamoto.⁸ Nakamoto designed this first blockchain as the medium for the launch of a virtual currency.⁹ “Bitcoin” was born, and with it, the first blockchain. Bitcoin became the first virtual currency (hereinafter, cryptocurrency) not relying on any underlying physical assets. It is autonomous, decentralized, and managed by members of the Bitcoin community. Its functions are determined by mathematical algorithms that have stipulated the modalities of an asset’s creation and transfer, and the rules of consensus that underlie all of these transactions.¹⁰

Blockchain technology is considered to have three essential characteristics. First, it is a transparent technology, meaning each user can consult all of the transactions entered on the blockchain since its creation, therein forming a ledger. Second, this technology is secure. It relies on a cryptographic technique of asymmetric keys, only allowing the use of pseudonyms (a public key) for transactions that are then signed electronically (a private key).¹¹ It also carries out a verification process before a transaction is immutably recorded on to the blockchain. Lastly, blockchain is a decentralized technology that works without any control mechanism. It is a peer-to-peer system, in which each user has a copy of this decentralized ledger on his or her own computer.¹² Each new block of transaction is validated by network users and

⁵ For the purpose of this Article, we refer to the plural form of “legal professions” to stress the diversity of roles that exist within the legal profession (lawyer, notary, clerk, *inter alia*) in addition to the diversity of skills required of all these respective professions.

⁶ O. HARI and U. PASQUIER, “Blockchain and Distributed Ledger Technology (DLT): Academic Overview of the Technical and Legal Framework and Challenges for Lawyers”, *Int’l Business L. J.*, 2018, p. 423-424 ; J. GRIMMELMANN, “All Smart Contract Are Ambiguous”, *J. of L. & Innovation* 1, 2019, p. 6 ; *see generally* A. WRIGHT & P. DE FILIPPI, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia”, 2015, p. 2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664; K. WERBACH & N. CORNELL, “Contracts Ex Machina”, *Duke L.J.*, 2017, p. 313 et s. et not. p. 326-27, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2936294.

⁷ « Les Impacts des Réseaux distribués et de la Technologie Blockchain dans les Activités de Marché », *Paris Europlace*, 2017, https://www.paris-europlace.com/sites/default/files/public/paris_europlace_-_livre_blanc_blockchain_-_26_octobre_2017.pdf [hereinafter THE PARIS EUROPLACE REPORT].

⁸ S. NAKAMOTO, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, *Nakamoto Institute*, 2008, <https://nakamotoinstitute.org/bitcoin/>.

⁹ Possibly an alias for several individuals. The identity of the person or persons hiding behind Satoshi Nakamoto remains unknown to this day.

¹⁰ NAKAMOTO, *supra* note 8; *See generally* WERBACH & CORNELL, *supra* note 6.

¹¹ Transactions recorded on a public blockchain are pseudonymous in that they are linked to the public addresses of the initiator and the recipient. In other words, it is not possible to directly identify the parties to the transaction, but certain elements allow a connection to be made. Blockchain technology is therefore not anonymous but pseudonymous. *See generally* W. DIFFIE & M. HELLMAN, “New directions in cryptography”, *IEEE Transactions on Information Theory*, 1976, p. 644-654 ; R.L. RIVEST, A. SHAMIR & L. ADLEMAN, “A Method for Obtaining Digital Signatures and Public-Key Cryptosystems”, *Association for Computing Machinery*, 1978, p. 120-26 ; THE PARIS EUROPLACE REPORT, *supra* note 7, p. 17-18; A. BAYLE et al., “Smart contracts: étude de cas et réflexion juridique”, *Ecan*, p. 36, <https://ecan.fr/Smart-Contracts-Etudes.pdf>.

¹² WERBACH & CORNELL, *supra* note 6, p. 325.

available to everyone on that network.¹³ Thus, trust is built on technology. Thanks to the ledger's transparency and the immutability of the transactions, users reasonably have faith in the reliability and validity of the information contained therein.

Blockchain technology's use cases are numerous and already widely used for fundraising, purchasing, and exchanging cryptocurrencies. However, additional applications already exist or have been envisioned to further broaden the scope of use for cryptocurrencies. These applications can be grouped into three separate categories: digital asset transfers, registries, and smart contracts. The first prong is the most obvious. Blockchain makes it possible to transfer securities, stocks, bonds, votes, cryptocurrency—any asset that can be digitally represented—almost instantaneously.¹⁴ The technology allows users to verify that the initiator of the transaction, is really the holder of the asset being transferred. This ensures that the initiator has not already transferred the asset to someone else, avoiding double spending.¹⁵

Blockchain is also well-known for its registry functions. As previously explained, blockchain is a distributed, encrypted, and secured searchable ledger. Accordingly, blockchains are used for limitless possibilities of registries: land titles, transcripts and certifications, taxes, medical records, civil records, patents and other intellectual property titles, supply chains, and possibly campaign finance.¹⁶

Finally, blockchain technology can also be applied to implement smart contracts. Smart contracts are not legal contracts *per se*.¹⁷ A smart contract is an autonomous computer program or protocol that automatically executes a contract's terms according to an "if . . . then . . ." protocol: *if* these conditions are fulfilled, *then* that outcome will automatically occur.¹⁸ Smart contracts are self-governing and self-performing, rendering trust in another contracting party unnecessary.¹⁹ They can be applied to perform automatic payments in copyright royalties, govern car rentals, or ensure

¹³ *Ibid.* p. 326-327.

¹⁴ See, e.g., GRIMMELMANN, *supra* note 6, p. 7; see generally A. WRIGHT & P. DE FILIPPI, *supra* note 6, p. 2.

¹⁵ Double spending is a potential flaw in a digital cash scheme, in which the same single digital token can be spent more than once. Contrary to physical currency, a digital currency consists of a digital file that can be duplicated or falsified. *Ibid.* However, assets lose their value if they are duplicated. By contrast, such flaws do not exist within the exchange of information, which does not lose its inherent (informative) value while it is transferred and replicated *via* the Internet. See CL. JEANNEAU, « L'âge du web décentralisé », *Digital New Deal Found*, 2018, p. 12-13 ("The Internet has made it possible to decentralize information. With the Internet, any individual has been able to seize an unprecedented power: to publish and exchange the information he or she wants, instantaneously, to the whole world, without having to ask permission. The blockchain makes it possible to decentralize value. With the blockchain, each individual seizes a new power: to create and exchange value [...] without requiring the permission of any third party.") (Fr.); see also S. Nakamoto is considered to have solved the double spending problem with the Bitcoin blockchain; see also NAKAMOTO, *supra* note 8.

¹⁶ See A. WRIGHT & P. DE FILIPPI, *supra* note 6, p. 8; WERBACH & CORNELL, *supra* note 6, p. 326 ; see also European Parliament resolution of 3 October 2018 on distributed ledger technologies and blockchains: building trust with disintermediation, *European Parliament*, 2018, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0373_EN.html.

¹⁷ See AURÉLIE BAYLE et al., *supra* note 11, p. 6-7; GRIMMELMANN, *supra* note 6, p. 2.

¹⁸ WERBACH & CORNELL, *supra* note 6, p. 334; M. RASKIN, "The Law and Legality of Smart Contracts", *Geo. L. Tech.* 2017, p. 304 et s. et not. p. 312 : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2959166.

¹⁹ WERBACH & CORNELL, *supra* note 6, p. 329; GRIMMELMANN, *supra* note 6, p. 7; RASKIN, *supra* note 18, p. 316.

automatic penalties for non-payment in leases.²⁰ They can also trigger the order of new products at the precise time that inventory is sold. For example, insurance companies could automatically indemnify policyholders through index-based insurance.²¹ One could therefore imagine smart contract terms where, for example, after thirty consecutive days of drought, an insured individual could be automatically compensated, without filing a claim or going through an expert. The possibilities brought forth by smart contracts seem limitless.

However, these aforementioned applications raise many legal issues. Questions range from the identification of anonymous participants in blockchains,²² to the choice of applicable law. Discourse around blockchain technology has largely focused on the need for regulation and policymaking in this new autonomous, and almost independent space, formed outside any centralized authority.²³ Beyond this, however, questions arise as to whether the legal professions are at risk of being overtaken and suppressed by blockchains.²⁴ What place should be given to the law and the legal professions *vis-à-vis* blockchain? Could this vector of disintermediation and this new tool for trust and certification change the practice of law and transform the legal professions?

A prerequisite for this Article is to distinguish between the utopian idealism of this technology and its actual application and effects. Hence, Part I analyzes how “disintermediation” is often presented as blockchain technology’s key feature, apparently providing a credible alternative to the nation state’s core function and eliminating the need for trusted third parties.²⁵ We argue that although blockchain amounts to a form of deinstitutionalization, there is not a total disintermediation. On the contrary, we claim that blockchain operates a reintermediation, as there will always be a link to the physical world and thus, the need for a middleman. Part II problematizes framing blockchain as a completely autonomous ecosystem, where computer code would replace the law and, more broadly, be beyond the scope of the law. A comparison between French and American legal systems allows us to conclude that blockchain cannot exist outside the law. Part III studies the role of the legal professions, which are, by essence, trusted third parties. The legal market cannot remain indifferent to blockchain technology, as it will be affected by its actual and potential applications. We address the shift in the legal professions and the legal market that could be initiated with the omnipresence of blockchain. Part IV concludes on what tomorrow’s lawyers might elect to become within the blockchain era.

²⁰ At a fairly early stage, Nick Szabo envisaged the use of smart contracts to control vehicle finance leases. The idea is that the protocol gives control of the car to its owner. The car could then be rendered unusable if someone other than the owner tries to start the car. The smart contract could also be programmed to prevent the car from starting and give control of the car back to the creditor. For example if the debtor of the lease is no longer able to pay the monthly payments due. See N. SZABO, “Formalizing and Securing Relationships on Public Networks”, *First Monday*, 1997, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/download/548/469>.

²¹ A. COHN, T. WEST, & C. PARKER, “Smart After All: Blockchain, Smart Contracts, Parametric Insurance, and Smart Energy Grids”, *Geo. L. Tech.*, 2017, p. 273 et s. et not. p. 293.

²² See W. DIFFIE & M. HELLMAN *supra* note 11.

²³ See RASKIN, *supra* note 17, p. 308; WERBACH & CORNELL, *supra* note 6, p. 329, 332; GRIMMELMANN, *supra* note 6, p. 7.

²⁴ See P. GUEYDIER et al., « Blockchain, au défi de la confiance », *Optic* 20, 2018, <http://www.optictechnology.org/images/files/Research/OPTIC2017-Blockchain-au-dfi-de-la-confiance.pdf> (Fr.), [hereinafter THE OPTIC REPORT]. See also M. BYRNE, “Do Lawyers Have a Future?”, *The Lawyer*, 2016, <https://www.thelawyer.com/issues/online-september-2016/do-lawyers-have-a-future-2>.

²⁵ THE OPTIC REPORT, *supra* note 24, p. 20; WERBACH & CORNELL, *supra* note 6, p. 325.

I. Blockchain and Disintermediation: From Utopia to Reality

Blockchain technology is intended to substitute the need for a trusted third party.²⁶ Because of the transparency and reliability provided by blockchain, as well as its tamper-proof mechanism, people who do not trust each other are able to conduct transactions without the risk of being misled. Trust resides in the technology. However, it is necessary to first determine the scope of blockchain's apparent disintermediating applications: if blockchain's devout advocates claim disintermediation as blockchain's total and ultimate purpose, we note that the use of blockchain protocols also have the hidden effect of creating a form of "reintermediation."

A. Disintermediation: Blockchain's Apparent Objective

Disintermediation is a fairly novel term, originating in the 1960s to explain various changes in the financial services industry.²⁷ It can be defined as the economic phenomenon heralded by the emergence of the Internet and online platforms, resulting in the reduction, or even elimination of intermediaries in a supply chain.²⁸ Now, in the digital world and particularly in the blockchain ecosystem, we believe that the term "disintermediation" refers both to the substitution of traditional institutional intermediaries for platforms, as well as the elimination of any intermediary.

1. From Bitcoin's Genesis to the Rejection of Intermediaries

Bitcoin's ideological roots can be traced back to the libertarian "cyberpunk" communities of the 1990s.²⁹ The cyberpunks brought together mathematicians, cryptographers, computer scientists, and hackers, to advocate for the protection of privacy through the use of cryptography.³⁰ Their goal was to dispel with the growing risks of intrusion by the state or by private companies into the lives of individuals.³¹ These groups suggested using cryptographic methods to guarantee privacy by encrypting correspondences. They imagined the possibility of self-managed and self-organized social relations,³² outside the confines of state surveillance, and without the

²⁶ In the common sense, a trusted, third-party acts as an impartial and disinterested intermediary to an agreement or transaction, such as a bank, notary, or lawyer.

²⁷ R. GELLMAN, "Disintermediation and the Internet", *Gov't Info. Q.*, 1996, p. 1-2.

²⁸ Étude annuelle du Conseil d'État, "Puissance publique et plateformes numérique : accompagner l'« ubérisation »", 2017, p. 26 .

²⁹ See T. MAY, "The Crypto Anarchist Manifesto", 1992, <https://activism.net/cyberpunk/crypto-anarchy.html> (unpublished manuscript) (May, one of the main contributors to the cyberpunk movement, published the first text related to cyberpunks in 1992, entitled *The Crypto Anarchist Manifesto*).

³⁰ N. POPPER, "Decoding the Enigma of Satoshi Nakamoto and the Birth of Bitcoin", *N.Y. Times*, 2015, <https://www.nytimes.com/2015/05/17/business/decoding-the-enigma-of-satoshi-nakamoto-and-the-birth-of-bitcoin.html>; see also T. MAY, "Crypto Anarchy and Virtual Communities", *Satoshi Nakamoto Institute*, 1994, <https://nakamotoinstitute.org/virtual-communities/>.

³¹ See Popper, *supra* note 30; see also Y. DE MOMBYNES, "Anarchie, cyberpunk et liberté: les racines philosophiques du bitcoin", *Contrepoints*, 2018, <https://www.contrepoints.org/2018/03/17/311911-anarchie-cyberpunk-et-liberte-les-racines-philosophiques-du-bitcoin>.

³² See J. PERRY BARLOW, "A Declaration of the Independence of Cyberspace", *Electronic Frontier Found.*, 1996, <https://www.eff.org/cyberspace-independence> ("Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we

involvement of third parties, especially central authorities, as a progression toward collective trust.³³

The libertarian and anarchist influences are palpable in many of blockchain's applications. In this context, blockchain technology comes as a “*cure for the irremediable tendency of states and banks to corrupt and opens a possible path [...for] individuals to manage themselves*.” (emphasis added).³⁴ Blockchain purports to ensure two heretofore conflicting promises: on one hand to prevent fraud, and on the other hand, to free users from the need to use the services of any state or banking authorities.³⁵ For example, the promoters and users of blockchain protocols intended to transfer assets without a bank, certify documents without a notary public, contract without recourse to a lawyer, resolve disputes without a judge, and bet without a sports game organizer: disintermediation is the overall goal sought by blockchain.

When the first blockchain transaction was recorded on Bitcoin on January 3, 2009, the virtual currency was framed as a libertarian response to the mistrust of banks and the government instigated by the 2007 financial crisis.³⁶ As acknowledged in the Optic Report,³⁷ Bitcoin essentially casts itself ideologically as the technical achievement of the neoliberal project to end the nation-state's monopoly over society. Its decentralized and self-managed nature was fueled by the libertarian dream to abolish political and governmental control of trade—an alleged cause of social injustice—in addition to resolving the consequences resulting from anti-democratic agreements between capital and power.³⁸ The introduction of Bitcoin enabled its users to trade in full confidence, without the need to rely on a regulatory authority.

2. The Myth of Disintermediation

By definition, the Bitcoin protocol presented the idea that there exists no need for any trusted third party, any regulatory authority, or any centralized institution: “*A purely peer-to-peer version of electronic cash would allow online payments to be sent directly from one party to another without going through a financial institution*” (emphasis added).³⁹ The primary idea was to eliminate any need for intermediation. By using the Bitcoin blockchain, asset transfers are carried out in an irremediable, transparent, and secure manner between parties who do not know one another, through the use of asymmetric cryptography.⁴⁰ Thanks to the developed encryption solutions, the trust established between two

gather. We are forming our own Social Contract. This governance will arise according to the conditions of our world, not yours. Our world is different.”).

³³ THE OPTIC REPORT, *supra* note 24.

³⁴ *Ibid.* p. 16.

³⁵ *Ibid.* p. 16.

³⁶ *Ibid.* p. 9, 35; As one can read on the bitcoin blockchain explorer on *Block #0*, Blockchain.com, <https://www.blockchain.com/btc/block/0> (last visited Oct. 6, 2020).

³⁷ THE OPTIC REPORT, *supra* note 24, p. 9.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ NAKAMOTO, *supra* note 8, p. 1.

⁴⁰ See M. PILKINGTON, “Blockchain Technology: Principles and Applications”, in *Research Handbook on Digital Transformations* (F. XAVIER OLLEROS & MAJLINDA ZHEGU, eds), 2016, p. 6 ; WERBACH & CORNELL, *supra* note 6, p. 326-328, 330.

participants is based solely on mathematics, which makes it possible to eliminate the need for any trusted third party, state or private.⁴¹

At the time of the Bitcoin blockchain inception, the core argument for the adoption of blockchain was to achieve a true, total disintermediation: no more banking and financial institutions, no more state involvement, and no more central authority of any kind for certifying transactions. A myth was built around the idea of disintermediation, nurturing the belief that blockchain could free transactions and individuals themselves, from the yoke of centralized authorities.⁴²

In practice, the first “miners”⁴³ were allocated a considerable number of bitcoins for each block of recorded transactions they validated.⁴⁴ They collected large amounts of cryptocurrency, allowing them to subsequently transfer these assets to other users.⁴⁵ However, another mechanism available to obtain bitcoins is through the conversion of a *fiat* currency. Any user of a blockchain can convert a so-called “fiat”⁴⁶ currency, *i.e.*, euros, dollars, yen, etc., into so-called “crypto” currency, *i.e.*, bitcoins, ethers, litecoins, etc.⁴⁷ To convert these “fiat” currencies into “crypto assets,” it is necessary to use an intermediary who will keep the “fiat” sums in a dedicated account and allow users to gain access to the cryptocurrency exchange service.⁴⁸ The same applies for all services based on blockchain protocols that have gradually been developed; for the sake of the average user, it is necessary to settle application layers and to present intuitive user

41 And this is exactly what the cypherpunks have always been aiming for. See MAY, *supra* note 29 (“Computer technology is on the verge of providing the ability for individuals and groups to communicate and interact with each other in a totally anonymous manner. Two persons may exchange messages, conduct business, and negotiate electronic contracts without ever knowing the True Name, or legal identity, of the other . . . Just as the technology of printing altered and reduced the power of medieval guilds and the social power structure, so too will cryptologic methods fundamentally alter the nature of corporations and of government interference in economic transactions. Combined with emerging information markets, crypto anarchy will create a liquid market for any and all material which can be put into words and pictures.”).

42 THE OPTIC REPORT, *supra* note 24, p. 16.

43 Miners are blockchain users who validate transactions through the mining process. A miner can use an individual workstation or, on a larger scale, a mining company with hundreds of calculation units to mine in so called “mining farms.” Miners are often organized in pools of miners. The use of the term “miner” is not trivial. Just as gold miners labored to extract gold nuggets, miners in the Bitcoin blockchain are working to obtain bitcoins. In the case of the Bitcoin blockchain, the expected reward for mining the first blocks was 25 bitcoins. This amount is periodically halved to reach the total amount of bitcoins provided for in the protocol, namely 21 million in 2140. In addition to this reward in new bitcoins, transaction fees are paid by users. These fees are proportional to the number of transactions to be validated simultaneously on the network. See BAYLE ET AL. *supra* note 11 p. 37 ; See also WERBACH & CORNELL, *supra* note 6 p. 328-329; M. PILKINGTON, “Blockchain Technology: Principles and Applications”, *Research Handbook on Digital Transformations* (F. X. OLLEROS, AND M. ZHEGU eds.), Edward Elgar, 2016, <https://ssrn.com/abstract=2662660>.

44 Mining is a method of validating a set of transactions, grouped into blocks. The miner checks the transactions and then adds some information (including the digital fingerprint of the previous block and the time stamp). Then, in a network such as the Bitcoin blockchain, the miner must add a number such that the fingerprint of the complete block meets certain characteristics. This mathematical operation is remunerated for miners who obtain, in exchange for the validation of a block, a reward in bitcoin (or other cryptocurrencies on other blockchains). See *ibid.*

45 *Ibid.*

46 Fiat currency is defined as currency that is declared by a country’s government to be legal tender. On blockchains, the adjective “fiat” is generally used to designate what comes from the physical world as opposed to what is “crypto.” See THE PARIS EUROPLACE REPORT *supra* note 7, p. 101.

47 See generally All Cryptocurrencies, *CoinMarket*, <https://coinmarketcap.com/all/views/all/> (last visited Oct. 15, 2020).

48 Online platforms for cryptocurrency exchange such as “Coinbase” or “Gemini” provide identity verification features or secured wallet services. Where blockchain technology eliminates some intermediaries, there is ineluctably a need for new ones.

interfaces. As a result, a lot of IT development work is required between the protocol layers and the application layers.⁴⁹ As this is necessarily carried out by third parties, it then becomes clear that disintermediation cannot be total.

It appears that if the utopia of a decentralized network, totally free from any intermediary, can be achieved, it is premised on the condition that it rely solely and exclusively on blockchain technology. However, any interaction with the real, physical world tears down the myth of disintermediation.

3. The “Deinstitutionalization:” The Real Disintermediation

In accordance with its anarcho-libertarian roots, blockchain ultimately promotes deinstitutionalization more so than disintermediation. “*The blockchain stands as a response to the trust crisis that both public and private institutions are experiencing today*” (emphasis added).⁵⁰ When speaking of blockchain’s disintermediating effects, what is being implicated, are all of our central institutions— not only in the private sector, such as banks, but also in the public sector, including notaries, civil registry officers, and administrative agencies. Indeed, as Messrs. Garapon and Lassègue, respectively a judge and a CNRS researcher studying computer science as a stage in the history of writing, acknowledge,⁵¹ the blockchain revolution competes directly with public institutions. It obviously challenges the sovereign capacity of states to issue traditional currency. It also confronts the state’s privileged position in providing citizens’ identity (civil status), certifying ownership (land register) and guaranteeing diplomas.⁵²

The libertarian and anarchist logic of the 1990s cypherpunks was based on a massive rejection of the state and of large institutional surveillance.⁵³ However, as we have highlighted, pure and total disintermediation is not possible, if only for the operability and accessibility of blockchain protocols. Of course, Satoshi’s work allowed for a breakthrough in the libertarian cause.⁵⁴ There now exists a way of creating and exchanging virtual currencies and operating transactions on a blockchain, without relying on either a banking or financial institution, and without needing the involvement of the state or any other central authority.⁵⁵ In this view, blockchain has somehow put the libertarian utopia into practice and the disintermediation sought for by the cypherpunks takes the form of deinstitutionalization. In other words, we believe that blockchain technology mainly allows for the suppression of institutions, rather than the elimination of all trusted third parties.

However, we argue that not only does blockchain merely accomplish a form of deinstitutionalization and not real disintermediation, but it also has the hidden effect of creating a form of reintermediation. Because of the actual effects of blockchain in the

⁴⁹ See Application Layer, OSI Model, <https://osi-model.com/application-layer/> (last visited Feb. 9, 2020); see also *infra* 2) *A two-tiered reintermediation*.

⁵⁰ A. GARAPON & J. LASSEGUE, *Justice Digitale : Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, 2018, p. 153.

⁵¹ *Ibid.* p. 152-53.

⁵² *Ibid.* p. 152-153.

⁵³ MOMBYNES, *supra* note 31.

⁵⁴ THE OPTIC REPORT, *supra* note 24, p. 16.

⁵⁵ *Ibid.*

real and physical world, links need to be drawn from the virtual to the physical worlds. For this reason, intermediaries are indispensable.

B. Reintermediation: The Hidden Effect of Blockchain's Use Cases

Reintermediation does exist. Blockchain challenges traditional trusted institutional third parties by substituting them with new private bodies. In the past few years, there has been a proliferation of new and private trusted third parties, *i.e.*, startups, that have built their business models on the provision of third-party certification services.⁵⁶ This means that the “trusted third party,” is now included and located within the same market as the parties which certify transactions.⁵⁷ How can we explain such a reintermediation, which sees hundreds of startups and platforms blossoming every day? The computer code barrier is undoubtedly to blame and leads to a two-tiered reintermediation.

1. The Impossible Direct Access to Blockchain Protocols: The Computer Code Barrier

Blockchain protocols are primarily peer-to-peer computer networks, coded by computer programmers. Programming is a sequence of instructions to be processed based on a chosen data set. By definition, it “consists [of] organizing data in programs to process them,”⁵⁸ sending instructions “in order to classify, count, decipher the data from which the repetitive structure can be isolated” (emphasis added).⁵⁹

Like all computer codes, blockchain is a form of “digitization” and “consists (. . .) [of] coding events taking place in the physical world in the form of numbers,”⁶⁰ which has the effect of making “completely homogeneous very different phenomena” (emphasis added).⁶¹ Computer codes, or computer programs, are generally not intelligible to humans, for the simple reason that the instructions in the program have the same form as the data they must process: they are both sequences of numbers. Digital writing is therefore indecipherable by humans, unlike computers. This intrinsic unintelligibility makes it essential to use programs that organize these sequences of numbers and translate them into a more accessible human language.⁶² It is clear that computer code, and generally the need for programming instructions is necessary to communicate with computers and networks. However, computer code prevents users from having direct access to the deployed protocols.

Ultimately, computer language is a barrier to the immediate execution of transactions via blockchain technology between people who wish to interact within the virtual world. In fact, users experience a two-tiered dependency: both with regard to coders and to platforms which offer user interfaces.

⁵⁶ GARAPON & LASSÈGUE, *supra* note 50, p. 152-53.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.* p. 33.

⁵⁹ *Ibid.* p. 33.

⁶⁰ *Ibid.* p. 32.

⁶¹ *Ibid.* p. 32.

⁶² Intermediate coding languages then make it possible to link the level of processing operated by the computer and that of the programming languages themselves. See GARAPON & LASSÈGUE, *supra* note 50, p. 35.

2. A Two-Tiered Reintermediation

Computer programmers, capable of dialoguing with computers and building the networks' protocol layers appear as indispensable intermediaries for the implementation of the slightest interaction between network users. This digital revolution amounts in the programmer delegating the execution of instructions to the computer.⁶³ For the lay user, it is a question of delegating this activity to computer scientists, thereby losing control of the process. Messrs. Garapon and Lassègue believe that “*this is undoubtedly the reason why this loss of control was so mythically interpreted as a takeover by computers. In reality, it is a takeover... by computer programmers*”(emphasis added).⁶⁴

Once the protocol layers have been implemented, the network is functional, but its interface remains rudimentary and is only intelligible to insiders. Further developments are then needed. On the one hand, additional protocol layers are introduced to add functionalities to the network and then application layers are subsequently incorporated.⁶⁵ These application layers provide an interface between the software (*i.e.*, a set of programs) and the network.⁶⁶ This means that the application layer,⁶⁷ is a gateway to the network for applications, and by extension to the user. In between, application programming interfaces (“APIs”) are often developed for the benefit of other programmers and are interfaces that provide services, simplifying the implementation and maintenance of other software,⁶⁸ so that the programmer developing an application layer does not have to deal with the operational details of the lower protocol layers.

Platforms can then very easily be launched on networks, offering clear and accessible functionalities to the general public. With respect to blockchains, not only are we witnessing a proliferation of platforms dedicated to trading “fiat” currencies against crypto assets, and secondary markets for exchanging crypto assets among themselves, but we are also seeing many blockchain based services.⁶⁹ The lay user is not aware of the layers of computer programs that have been developed. Her customer experience will be further improved as the interface that offers her the service becomes more intuitive and easier to access.

Computer programmers, and more broadly the start-ups they work with, are the new intermediaries between users and the actual network. If traditional institutional third parties are gradually being replaced through blockchain, it is nonetheless

⁶³ GARAPON & LASSÈGUE, *supra* note 50, p. 37.

⁶⁴ *Ibid.* p. 37.

⁶⁵ M.A. DYE et al, *Network Fundamentals CCNA Exploration Companion Guide*, 1st ed, 2008, p. 63.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ See *Application Layer*, *supra* note 49.

⁶⁸ For more information, see “Application Programming Interface”, *Wikipedia*, https://en.wikipedia.org/wiki/Application_programming_interface (last visited Feb. 8, 2020).

⁶⁹ To cite only a few promising applications, “Provenance” enables brands to present information about their products' supply chain history, in an effort to provide more transparency to final users. “Slock.it” value proposition is to connect devices to the blockchain, enabling the economy of things. The startup is currently involved in multiple projects ranging from renewable energy management to innovative governance schemes. Finally, “Enigma” offers cloud platform services allowing users to store and share sensitive data without revealing them.

impossible to eliminate the need for intermediaries. In light of the disappearance of traditional trusted third parties as well as the rejection of any central authority, the question of the role that should be given to the legal professions, and more broadly to the law, becomes all the more pertinent.

II. Can Blockchain Technology Exist Outside the Law?

L. Lessig, Professor of Business Law at Harvard Law School's Berkman Center, published an article entitled "*Code is Law - On Liberty in Cyberspace*" in January 2000.⁷⁰ "*Code is Law*"⁷¹ is very often quoted to affirm that computer code must prevail and is immutable. This interpretation is a departure from the original thought of L. Lessig. In practice, the law necessarily has a role to play and cannot be excluded.

A. *Code is Law: The Utopia of the Computer Code Supremacy Resulting in the Abolition of the Law*

1. L. Lessig's Thought

According to L. Lessig, there is a potential regulatory institution that represents a threat to freedoms in every historical era.⁷² The paradox in the present era, of cyberspace, is that we perceive neither the existence of regulation, nor the threat to freedoms that this regulation represents in this new space.⁷³ This is simply explained, according to L. Lessig, by the fact that we are used to equating our freedoms with freedom from government.⁷⁴ In cyberspace, in the absence of a state institution, who could threaten individual freedom? In reality, the regulator in cyberspace is computer code. L. Lessig makes it clear that code (or architecture) defines the conditions under which the life of cyberspace is experienced. As acknowledged by L. Lessig, code "*determines how easy it is to protect privacy, or how easy it is to censor speech. It determines whether access to information is general or whether information is zoned,*"⁷⁵ and so on. Once one understands the nature of the code, it is possible to realize "*the code of cyberspace regulates*" (emphasis added).⁷⁶

Yet, as L. Lessig pointed out in 2000, this regulation is changing—the code of cyberspace is changing. Cyberspace will evolve from a place that protects "*anonymity, free speech, and individual control, to a place that makes anonymity harder, speech less free*"⁷⁷ and reduces the autonomy of individuals to experts only. However, the code is not fixed. Since it is the code that determines what can be controlled or not, it would then be possible to build other data structures to make Internet use controllable. This control

⁷⁰ L. LESSIG, "Code is Law – On Liberty in Cyberspace", *Harvard Magazine*, 2000, <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html>.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ L. LESSIG, *supra* note 69.

⁷⁷ *Ibid.*

could be exercised either by identifying the user, in particular to guarantee the veracity of the information concerning him or her, or by characterizing the content (pornography, violent, racist, political speech, etc.).

Overall, in his article “*Code is Law*,” L. Lessig warns Internet users by explaining that coders, who determine the code, respond to the incentives they receive.⁷⁸ If neither the market nor the law provides them with proper incentives to protect privacy, they simply will not do so. This is the case in all areas where the code operates and where coders have to make choices.⁷⁹ Then, “*should we have a role in choosing this code, if this code will choose our values?*”⁸⁰ L. Lessig wonders whether we should interfere in designing the code, since the code determines our values.⁸¹ The question is acutely relevant in the current trend of non-intervention and general *laissez-faire* policy for the development of the Internet. The question is not who will decide how cyberspace is regulated, regulation is widely attributed to the coders. The only undecided issue is whether “*we collectively will have a role in their choice*” or whether the coders will “*select our values for us.*”⁸²

2. The Diversion from “Code is Law”

L. Lessig’s thesis was subsequently distorted in a somewhat extreme fashion.⁸³ Some programmers and other computer scientists who design and handle computer code firmly believe that code is law and is binding on all of us. They maintain that computer code should replace the law entirely and, more broadly, go beyond the law.⁸⁴ This motto derived from L. Lessig’s writings was echoed in the development of blockchain protocols and libertarian thinking. The idea is that “*a blockchain-based system’s software enforces its own rules in a manner analogous to the legal system*” (emphasis added).⁸⁵ Thus, in terms of regulation, the blockchain is often seen as a technology, capable of escaping the rules of law and the domination of governments. In other words, some programmers believe that what is computer coded represents the law between users.⁸⁶ It would then be impossible to modify the implemented code, even in case of error. The libertarian approach, found at the origins of blockchain technology, believes that there is no need to have a specific governance since the only governance exists in

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ S. HASSAN & P. DE FILIPPI, “The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code”, *Field Actions Science Reports* [ONLINE], 2017, p. 88.

⁸⁴ *Ibid.* p. 89.

⁸⁵ K. WERBACH, “Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law”, *Berkeley Tech. L.J.*, 2018, p. 489 et s., et not. p. 494 ; *see also ibid.* p. 524 (commenting on the cyber-libertarian flame: “*The blockchain is not just immutable; it is ‘censorship resistant.’* No higher authority can command a blockchain to do something any more than it can order around the Internet. There is no there to regulate. Regulation and the blockchain are antithetical.”).

⁸⁶ *See* WERBACH & CORNELL, *supra* note 6, p. 313-314; *see also* A. WRIGHT & P. DE FILIPPI, *supra* note 6, p. 40 (on the Lex Informatica “by enabling or restricting the type of actions that can be performed on a digital platform, Lex Informatica establishes a particular system of (technical) norms which are a direct expression not of the legislator’s will, but rather that of the person in charge of developing of such platform.”); *see generally infra* note 106.

computer language.⁸⁷ In this view, as soon as computer language is written and validated by a consensus process, it acquires the “force of law.”⁸⁸ Consequently, as soon as it would be written and validated by a consensus process, computer code would become law and would become binding on all users. It would be immutable, accessible to all, and uncorruptible. Hence, and according to some programmers, the computer code used to build blockchain protocols would be sufficient to regulate and most importantly would be more suitable to regulate than the law is.⁸⁹ In this way, the code, in its absolute or unalterable version, can be assimilated to a tyrannical structure since any change is impossible.⁹⁰

The DAO case is often used to illustrate the belief in code supremacy, the apparent “tyranny” that can ensue. Indeed, and in contrast to what is frequently asserted, The DAO example shows the limits of this distorted interpretation. In May 2016, a decentralized autonomous organization called “The DAO,” was launched on the Ethereum blockchain, to raise funds for investors associated with the Ethereum blockchain.⁹¹ \$160 million dollars was raised in a short period of time. Then, due to a flaw in the computer code of The DAO, a hacker was able to capture 3.6 million ethers - the cryptocurrency of the Ethereum blockchain - the equivalent of \$50 million dollars at the time.⁹² The hacker had exploited an error in the computer code to divert this colossal sum of money.

A debate divided members of The DAO community, and more broadly the Ethereum community, as to how to react to this attack.⁹³ The dilemma, which turned into an ideological conflict, was whether to intervene in the computer code and modify it, to possibly restore justice by returning the stolen sums, or to respect the principle of immutability of the code and its legal force.⁹⁴ Only 10% of the community members maintained a purist and absolutist position defending immutability at all cost. This schism led to a split in the network. Today there are two Ethereum blockchains, the original one, which includes those who stole the 3.6 million ethers and are now known as “Ethereum classic” and the new one, in which the theft was wiped out, that is known as “Ethereum.”⁹⁵

Ultimately, consensus is at the heart of the diverted interpretation of *Code is Law*.⁹⁶ Since the consensus process validates the code, *i.e.*, the blockchain protocol, the code is considered to be legally binding. Everyone has approved it and agreed to abide by it. Since it is binding on all participants, it is consequently not possible to change this code: it is immutable.⁹⁷ However, the example of The DAO and the requirement for

⁸⁷ C. BONDARD et al., « Blockchain: Quelques utilisations actuelles de cet outil en droit des affaires », *JCP E*, 2017, 1471, http://bondard.fr/wp-content/uploads/2017/10/article_blockchain.pdf.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ THE OPTIC REPORT, *supra* note 24, p. 9.

⁹¹A. HERTIG, “Ethereum’s Two Ethers Explained”, *Coindesk*, 2016, <https://www.coindesk.com/ethereum-classic-explained-blockchain> (Offering more information on the Ethereum split).

⁹²D. SIEGEL, “Understanding The DAO Attack”, *Coindesk*, 2016 <https://www.coindesk.com/understanding-dao-hack-journalists>; See also V. BUTERIN, “DAOs, DACs, DAs and More”, *Ethereum Blog*, 2014, <https://blog.ethereum.org/2014/05/06/daos-dacs-das-and-more-an-incomplete-terminology-guide/>.

⁹³ THE OPTIC REPORT, *supra* note 24, p. 18; WERBACH & CORNELL, *supra* note 6, p. 351

⁹⁴ THE OPTIC REPORT, *supra* note 24, p. 19

⁹⁵ A. HERTIG, *supra* note 91.

⁹⁶ L. LESSIG, *supra* note 70.

⁹⁷ *Ibid.*

consensus, showcases that there is nothing preventing the change of blockchain's operating code. In fact, as soon as a majority of participants accept the changes, the code can be then be modified.⁹⁸ The concept of immutability is only then apparent, revolving around the issue of consensus.

It is clear that L. Lessig's comments were intended to alert and draw everyone's attention to the fact that we are subject to the code by our inaction. In fact, code is "law" because it regulates cyberspace in the absence of any other regulation.⁹⁹ This does not mean that the Internet, and, *a fortiori* blockchain technology, could not or should not be, regulated. It is indeed impossible in practice to exclude the law.

B. *The Practical Impossible Exclusion of the Law*

1. The Necessary Recourse to Courts and Submission to the Rules of Law

The vision of a world without laws that responds exclusively to the rules developed in open source, through the collaboration of more or less anonymous programmers, is a direct response to the libertarian vision previously outlined. It encompasses that no one needs states or institutions to regulate activities. In this system, the collaboration of each party is sufficient to set up a decentralized and distributed system that operates with full reliability thanks to the implementation of blockchain technology.¹⁰⁰ However, this notion, peculiar to the "crypto world," is utopian.

Such an ideal is only worthwhile for those who are intimately convinced of it. Whenever a dispute arises, whether in the real world or in the virtual world, the natural response is to resort to the law, namely, to rules external to the parties. Those rules are most often determined by the dedicated and oldest third-party centralizing authority: the state. As such, the practice of law succeeds, as does technology, in the case of blockchains, to prove a party's right. The example of The DAO discussed above, proves that in the absence of governance and designated authority, it is difficult to settle a dispute by reaching a solution that would be upheld by all network users. Although forms of decentralized courts have been set up on some blockchains,¹⁰¹ each of the contracting parties must agree to abide by them. In the event of disagreement or

⁹⁸ THE OPTIC REPORT, *supra* note 24, p. 19; See D. YERMACK, "Corporate Governance and Blockchain", *Oxford Rev. of Fin.*, 2017, p. 7 et s. et not. p. 10.

⁹⁹ L. LESSIG, *supra* note 70.

¹⁰⁰ THE OPTIC REPORT, *supra* note 24, p. 16.

¹⁰¹ See for instance "Kleros," a dispute resolution protocol which offers to arbitrate disputes on Ethereum based smart contracts. It relies on game theoretic incentives to have jurors rule cases correctly. Similarly, on the EOS Blockchain, an arbitration court ("ECAAF") had been set up to settle disputes arising from the use of this blockchain. A disagreement led to the suspension of this arbitral body, but previous rulings as well as the Constitution and Rules of Dispute Resolution that governed those disputes are still available. Some scholars also propose to set up dispute resolution mechanisms on the blockchain itself, implemented into smart contracts. Such crypto dispute resolution could raise efficiency and represent a significant gain in time; See C. CALCATERRA & W.A. KAAL, "Crypto Transaction Dispute Resolution", *The Business Lawyer*, 2018, p. 109-152,

https://www.americanbar.org/digital-asset-abstract.html/content/dam/aba/publications/business_lawyer/2018/73_1/article-crypto-transaction-201801.pdf, see also F. KREIS & M. KAULARTZ, "Smart Contracts & Dispute Resolution: a Chance to Raise Efficiency?", *ASA Bulletin*, 2019, p. 336-357.

rejection of the decision in a specific case, how can the dissatisfied user be prevented from going to a physical court, which are subject to “real” law and not to the computer code? In a law-abiding state, it is not possible to deny recourse to traditional rules of law.¹⁰² As a matter of principle, everyone may invoke the rights granted to them by law and its constitutional rights to a fair trial and due process of the law. If a single blockchain user intends to challenge a blockchain transaction, they would thus be perfectly entitled to invoke the applicable rules of the law in order to seek specific performance or damages, if the legal conditions for their actions are met.

Thus, the computer code, which structures the blockchain, cannot replace the law, and nothing in the operation of blockchain protocols can prevent submission to the law. According to the non-lawyer advocates of the blockchain, algorithms are self-sufficient and constitute their own law.¹⁰³ However, without being pan-legal, a computer process that claims to be a financial, economic, or an administrative tool cannot exist outside the law.¹⁰⁴ The computer code cannot defy and supplant the substantive law which defines offences, lawfulness of transactions, contractual validity conditions, and so on.¹⁰⁵ Of course, it must certainly be recognized that code allows for the implementation of networks operating between users who accept its rules, but once again, there is no blockchain outside of the law.¹⁰⁶

2. The Intrusion of the Law: First Attempts at Regulation

Many countries have begun to take an interest in the possibility of regulating activities implemented on blockchains,¹⁰⁷ and in particular in the status of

¹⁰² See generally WERBACH, *supra* note 85, p. 496-497. (“The reason the blockchain needs law is that both the blockchain and the law are, at their core, mechanisms of trust.”); see also Blockchain Workshops, *Thinking Through Law and Code, Again - Lawrence Lessig - COALA's Blockchain Workshops - Sydney 2015*, YouTube (Jan. 6, 2016), <https://www.youtube.com/watch?v=pcYJT1bhYF0> (in essence, L. Lessig believes that not only blockchain cannot evade the law but also needs the law).

¹⁰³ M. MEKKI, “Droits et algorithms”, *Gaz. Pal.*, 2016.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ However, some scholars think that traditional rules of law should not apply, but rather a new set of rules called the “Lex Cryptographia”, as a reference to the Lex Mercatoria used in international commercial law should. They believe that blockchain will lead to the creation of this new set of rules, which will be automatically enforced through smart contracts and decentralized autonomous organizations. See Aaron Wright & Primavera de Filippi, *supra* note 6, at 48-51. Specifically, they argue that blockchains allow individuals to build their own systems of rules, which are executed by the protocol of a chosen blockchain. These systems create an order outside the traditional rules of law thus enforcing a form of private regulation. Wright and de Filippi affirm: “Lex Informatica is viewed as a natural extension of Lex Mercatoria, a complementary toolkit for the regulation of online transactions through the establishment of technical norms, in addition to contractual rules. Just like Lex Mercatoria, Lex Informatica ultimately relies on self-regulation: it is a system of customary rules (or standards) and technical norms elaborated by online users for internal use by community members.” They rely on a foundational 1997 article by a Fordham law professor, Joel Reidenberg, J. REIDENBERG, “Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology”, *Tex. L. Rev.*, 1997, p. 553.

¹⁰⁷ For more information on attempt at regulation worldwide, a comprehensive report from the Global Legal Research Center of the Law Library of Congress surveys the legal and policy landscape surrounding cryptocurrencies around the world. See Law Library of Congress, *Regulation of Cryptocurrency Around the World* (Jun. 2018), <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/world-survey.php> (unpublished manuscript).

“cryptocurrencies”¹⁰⁸ and the legal regime of Initial Coin Offerings (“ICOs”).¹⁰⁹ In fact, many initiatives relying on blockchain technology have already been subject to cease-and-desist orders or sanctions for non-compliance with the rule of law.¹¹⁰ ICO related litigations are already thriving. Once more, The DAO case created a precedent. On July 25, 2017, the Securities and Exchange Commission Division of Enforcement (“SEC”) issued a report of investigation¹¹¹ concluding that blockchain tokens¹¹² sold by The DAO were securities. The report emphasizes the applicability of US federal securities law to blockchain technology. Many cases followed confirming that the full weight of both the Securities Act of 1933 and the Securities Exchange Act of 1934 apply to issuance and trading of tokens. In one of its most recent cases, the SEC ordered the blockchain company Block.one to pay a \$24 million penalty for an unregistered ICO.¹¹³

In France, the French legislator has already enshrined blockchain’s existence by introducing the definition of this technology into French law, by way of two ordinances dated April 28, 2016 and December 8, 2017.¹¹⁴ The first ordinance makes it possible to issue and sell a specific type of financial security in a “*shared electronic recording device for transaction authentication*,” in other words, a blockchain.¹¹⁵ The second ordinance takes up the same idea by applying it more broadly to all unlisted financial securities.¹¹⁶ By doing so, France became the first country to recognize blockchain technology in the field of both listed and unlisted financial securities, allowing their registration directly

108 Interestingly, the French Central Bank (« Banque de France ») considers that the term “cryptocurrency” is not appropriate and prefers the terms “crypto asset” or “digital asset”. This terminology choice emphasizes the dichotomy that exists with fiat currencies (being backed up by central banks). See Banque de France, « L’émergence du bitcoin et autres crypto-actifs : enjeux, risques et perspectives », Focus 16, 2018, https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/focus-16_2018_03_05_fr.pdf.

109 ICOs are “cryptocurrency” fundraisers carried out using the blockchain. The bearers of an innovative project, most often based on a blockchain-based solution, launch a call to raise funds - not in euros or dollars, but in cryptocurrencies such as bitcoin or ether, for example. These projects are based entirely on trust and investors will obtain an economic interest in the future company or in the future project to be developed in exchange for the funds invested. There has therefore been a significant proportion of scams, but also problems of governance, with internal disagreements blocking any development of the project – without paying back the invested funds. See e.g., *In re Tezos Sec. Litig.*, 2019 WL 2183448 (N.D. Cal. Apr. 8, 2019). The company raised \$232 million in July 2017 before a class-action complaint was filed on the basis that Tezos allegedly violated U.S. securities laws and performed investor fraud.

110 See e.g. Order Instituting Cease-And-Desist Proceedings, Exchange Act Release No. 3-18304, SEC (Dec. 11, 2017); see also *United States v. Zaslavskiy*, No. 17-CR-647, 2018 WL 4346339, at *1 (E.D.N.Y. Sept. 11, 2018).

111 Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO, SEC Rel. No. 81207, SEC (July 25, 2017), <https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf>.

112 A token is a digital representation of value that can be digitally traded and functions as a medium of exchange, unit of account, or store of value. Virtual tokens or coins may represent other rights or interest as well. Investor Bulletin: Initial Coin Offering, “What is a virtual currency or virtual token or coin,” U.S. Sec. and Exch. Comm’n Office Inv’r Educ. and Advocacy (July 25, 2017), https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-and-bulletins/ib_coinofferings.

113 Cease and Desist Order, Exchange Act Release No. 10714, SEC (Sept. 30, 2019).

114 See Code Monétaire et Financier, art. L. 211-3, L. 223-12 (Dec. 27, 2018). <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00003785246> (Décret 2018-1226 du 24 décembre 2018 relatif à l’utilisation d’un dispositif d’enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l’émission et la cession de minibons) (Decree 2018-1226 of December 24, 2018 relating to the use of shared electronic recording device for the representation and transmission of financial securities and for the issue and sale of cash vouchers). An implementing decree was later adopted on December 24, 2018 describing the conditions under which such unlisted securities might be registered and transferred using blockchain.

115 *Ibid.*

116 *Ibid.*

into the blockchain.¹¹⁷ With regard to ICOs, France has adopted a very proactive strategy to send a welcoming and securing message to the blockchain ecosystem, therein boosting innovation.¹¹⁸

Further, the PACTE Act, adopted on May 22, 2019, introduces a flexible and incentive-driven framework for ICOs.¹¹⁹ It creates an optional approval system that can be issued by the French equivalent of the SEC (« Autorité des marchés financiers » or « AMF ») to compliant players.¹²⁰ On December 18, 2019, the AMF announced that it had granted its first optional approval to an ICO for the French startup “French-ICO.”¹²¹ The PACTE Act also introduces minimum legislative constraints for setting up an ICO, such as the creation of a legal entity or the establishment of an escrow system. It thus allows investors to distinguish between legitimate and illegitimate actors. The PACTE Act undeniably places France as one of the first states to truly regulate ICOs.¹²² It also introduces new definitions, finally allowing lawyers to have a clear understanding of what is meant by “ICOs”¹²³ and “tokens.”¹²⁴

In the United States, while cryptocurrencies and ICOs have not been regulated nationally, the federal government’s attempts at regulating blockchain can be found at the agency and administrative levels. As previously highlighted,¹²⁵ the SEC has set important precedents with regard to the issuance and resale of crypto assets, and the applicability of securities law therein. Other agencies, such as the Financial Crimes Enforcement Network (“FinCEN”), the Federal Trade Commission (“FTC”), the Commodities and Futures Trading Commission (“CFTC”), and the Internal Revenue Service (“IRS”) are also prominently involved in regulating blockchain.¹²⁶ Overall, these

¹¹⁷ *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020 France*, *Glob. Legal Insights*, <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/france> (last visited Sept. 4, 2020).

¹¹⁸ See *Blockchain: Disruption et Opportunité*, Assemblée Nationale, https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/Colloque_BlockchainV2.pdf (*Colloquium Blockchain: Disruption and Opportunities* held at the French Parliament on March 24, 2016. Many interventions insisted on the groundbreaking nature of blockchain technology and on the need to create a friendly legislative framework in France to prevent the flight of entrepreneurs abroad).

¹¹⁹ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ In a December 19, 2019 press release, the AMF especially explained that the approval is granted until June 1, 2020. The AMF however recalled that it does not in any way constitute an assessment as to whether or not it is appropriate to participate in the said ICO. The institution emphasized that it only means that in the context of this ICO, the issuer has provided the minimum guarantees required by law and that the white paper is complete and understandable to investors. *The AMF grants its first optional approval to an initial coin offering (ICO)*, AMF (Dec. 19, 2019), <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news-releases/amf-news-releases/amf-grants-its-first-optional-approval-inital-coin-offering-ico>.

¹²² N. PONGRATZ, “France to be Among First to Regulate ICOs”, *be in crypto*, 2018, <https://beincrypto.com/france-to-be-among-first-to-regulate-icos/>; see also Cours Crypto Monnaie, “La France première nation au monde à réglementer les ICO ?”, 2018, <https://www.courscryptomonnaie.fr/actualite/france-premiere-nation-au-monde-a-reglementer-ico-amf/>.

¹²³ An ICO “consists of an offer to the public, in any form whatsoever, to subscribe to tokens. An ICO does not include the offer of tokens for subscription by only a limited number of persons . . . acting on their own account.” Code Monétaire et Financier, art. L. 552-3.

¹²⁴ A token is defined as “any intangible asset representing, in digital form, one or more interests that can be issued, registered, retained or transferred by means of a shared electronic recording device that makes it possible to identify, directly or indirectly, the owner of that asset.” Code Monétaire et Financier, art. L. 552-2 (Fr.) (translated from French).

¹²⁵ See Report of Investigation Pursuant to Section 21(a), *supra* note 110 and accompanying text.

¹²⁶ S. DOLAN, “How the laws & regulations affecting blockchain technology and cryptocurrencies, like Bitcoin, can impact its adoption”, *Business Insider*, 2020, <https://www.businessinsider.com/blockchain-cryptocurrency-regulations-us-global>; see also D. YAFIMAVA, “Blockchain And The Law: Regulations

agencies have recognized the great potential of blockchain technology¹²⁷ and have pointed out the risk of over-regulating, at the expense of hindering the technology's growth. Multiple states have also adopted laws impacting the status of cryptocurrencies, the legal regime of ICOs or, more generally, of blockchain technology.¹²⁸ While it is unnecessary for the main purpose of this Article to detail all of the states' initiatives surrounding blockchain, we hope to demonstrate that blockchain technology has been the focus of much regulatory attention, and therefore exists within the jurisdiction of sovereign states,¹²⁹ and by extension, the law.

Some scholars consider that blockchain technology's impact will actually “*depend on its developers' ability to connect Satoshi Nakamoto's cryptoeconomic trust model with the formal structures and institutions of legal enforcement*” (emphasis added).¹³⁰ In this way, it is also the legal professions' complementary role to make sure that legal considerations are incorporated into the software from the very beginning.¹³¹ In the blockchain era, we argue that the future of the legal professions depends on nurturing the skills to incorporate legal considerations into blockchain's software and, going further, to use blockchain to advance the legal professions

III. The Future of the Legal Professions in the Blockchain Era

Since the law definitely plays a role to in the blockchain ecosystem, what will become of the legal professions? At the most basic level, the legal professions will retain their traditional functions of providing legal advice and representation. In this respect, it is interesting to note that many international law firms have created practices dedicated to blockchain technology, either as a separate department or as a subgroup of their technology, financial, or corporate divisions.¹³² These law firms promise to deal

Around the World”, Openledger, 2019, <https://openledger.info/insights/blockchain-law-regulations/> (NB openledger is a well-known actor in the blockchain space).

127 See for example, William Hinman, SEC Director, Division of Corporate Finance, has stated that Blockchain technology has “the potential to share information, transfer value, and record transactions in a decentralized digital environment . . . There is real value in creating applications that can be accessed and executed electronically with a public, immutable record and without the need for a trusted third party to verify transactions. Some people believe that this technology will transform e-commerce as we know it. There is excitement and a great deal of speculative interest around this new technology.” W. HINMAN, “Remarks at the Yahoo Finance All Markets Summit: Crypto”, U.S. Securities and Exchange Commission, 2018 (transcript available at <https://www.sec.gov/news/speech/speech-hinman-061418>).

128 See 12 V.S.A. § 1913 (2016); see also *infra* ii. Blockchain-based evidence for IP litigation for an overview of the State of Vermont Rules of Evidence admitting the evidentiary value of blockchain-based records; see also A. WRIGHT & P. DE FILIPPI, *supra* note 6, p. 36-37; see also *infra* b) *Blockchain's registry function and digital notary services* for the Delaware's blockchain amendments to the Delaware General Corporation Law.

129 For more information about states' legislation, the National Conference of State Legislatures (“NCSL”) has come up with a useful summary of the said legislations. H. MORTON, “Blockchain State Legislation”, *Nat'l Conf. of St. Legis.*, 2019 (“NCSL”), <https://www.ncsl.org/research/financial-services-and-commerce/the-fundamentals-of-risk-management-and-insurance-viewed-through-the-lens-of-emerging-technology-webinar.aspx> (last visited Sept. 3, 2020) (providing information on states' legislation on blockchain technology).

130 See WERBACH *supra* note 85, p. 497.

131 See M. FINCK, “Blockchains and Data Protection in the European Union”, *Max Planck Inst. for Innovation and Competition*, 2017, p. 31, <https://ssrn.com/abstract=3080322>, (Research Paper No. 18-01) (applying this reasoning with regard to the European data protection framework for the creation of blockchains respecting the principle of data protection by design).

132 See generally “Blockchain, An Introduction to one of the most significant technological developments in recent years”, Fieldfisher, https://res.cloudinary.com/fieldfisher/image/upload/v1574346769/PDF-Files/PDFs%20from%20old%20website/blockchain-fieldfisher-insights-paper_hm4qox.pdf (last visited

with the challenging legal and regulatory issues that accompany this technology's explosive growth.¹³³

One could also envision a more radical shift in the legal market, that goes beyond traditional provisions of legal expertise. On a smaller scale, it will first be a matter of improving existing legal professions by using blockchain technology. Going further, the innovation provided by blockchain will certainly take precedence over the simple optimization of performance and will result in the elimination of some of the existing legal professions, or the emergence of new ones. In these new paradigms, the legal professions may have a role to play for blockchain to truly become a widely embraced “*trust machine*.”¹³⁴

A. The Performance Objective: Optimizing The Existing Legal Professions

1. The “Augmented Lawyer”?

Legal professions are beginning to grasp the importance of blockchain technology. Its increasingly widespread use appears to be inevitable. A comparison can be drawn with the field of artificial intelligence, where the “augmented intelligence”¹³⁵ approach proposes to combine the best of the human intellect and the best of machine learning.¹³⁶ This more generally appeals to transhumanist philosophy. Transhumanism is a class of philosophies that “*differs from humanism in recognizing and anticipating the radical alterations in the nature and possibilities of our lives resulting from various sciences and technologies*” (emphasis added).¹³⁷ It is thus also possible, to consider a collaborative approach between the legal market and blockchain technology. While some predict the disappearance of the legal professions, we rather envision blockchain as a time-saving tool, strengthening the lawyer’s range of expertise.¹³⁸

Nov. 7, 2020); “Blockchain and DLT”, Hogan Lovells, <https://www.hoganlovells.com/en/service/blockchain> (last visited Nov. 7, 2020); “Blockchain and Distributed Ledger technology”, Dentons, <https://www.dentons.com/en/issues-and-opportunities/blockchain-and-distributed-ledger-technology> (last visited Nov. 7, 2020); “Digital Currency + Blockchain Technology”, Goodwin, <https://www.goodwinlaw.com/services/practices/digital-currency-and-blockchain-technology> (last visited Nov. 7, 2020); “Energy and Blockchain”, Linklaters, <https://www.linklaters.com/en/sectors/energy-and-utilities/energy-tech/blockchain> (last visited Nov. 7, 2020); and “The future of business enabled by blockchain”, EY, <https://blockchain.ey.com/> (last visited Nov. 7, 2020) (to cite only a few initiatives).

¹³³ See generally, *supra* note 132; “Global Blockchain Survey | Findings and insights”, Deloitte, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/financial-services/us-fsi-2018-global-blockchain-survey-report.pdf>

¹³⁴ See “The trust machine”, *supra* note 3.

¹³⁵ IBM is particularly developing this approach by claiming to enhance individuals not replace them. See e.g., “Augmented intelligence in banking”, IBM Institute for Business, <https://www.ibm.com/thought-leadership/institute-business-value/report/client-centered-banking> (augmented intelligence at work in financial services) (last visited Feb. 8, 2020); Watson Health, IBM, <https://www.ibm.com/watson/health/> (last visited Feb. 8, 2020), (applications for healthcare professionals, where artificial intelligence is used to assist them assessing the best diagnosis).

¹³⁶ See generally, *supra* note 135.

¹³⁷ M. MORE, “Transhumanism: a futurist philosophy”, 1996, (unpublished manuscript), <https://web.archive.org/web/20051029125153/http://www.maxmore.com/transhum.htm>

¹³⁸ A. WRIGHT & P. DE FILIPPI, *supra* note 6, p. 24.

At a time when legal techs¹³⁹ are challenging the traditional legal professions, we must think of blockchain technology as an asset for optimizing performance and legal services and not as a competitor.¹⁴⁰ By combining the very best of the lawyers' skills, in particular their *in concreto* analytical expertise, with the best of technology—from tamper-proof certification, time stamping of documents, to the use of smart contract—it would then be possible to offer significantly improved services to the parties involved. Practical blockchain-based use cases are already emerging in response to clearly identified problems.

2. Practical Examples: Intellectual Property, Notary Services and Corporate Governance

a. Intellectual Property (“IP”)

i. Blockchain-Based Evidence for IP Cases Management

Blockchain technology could be used to optimize IP management. Further, the technology may offer new services enabling anyone to register the proof of existence of their creation in the network (text, sketch, drawing, photo of a sculpture, etc.),¹⁴¹ any time and as many times as desired. In other words, blockchain technology makes it possible to protect each step of the creation journey on a daily basis, and the work's digital fingerprint recording is time-stamped.¹⁴² Consequently, the creation process can now be recorded as it progresses.

This service allows for responses to challenges of collaborative work, which is becoming more and more widespread (for example in art or fashion schools).¹⁴³ It is indeed often necessary to keep track of everyone's contributions to the creative process. The time-stamping feature creates a paradigm shift and a chronological change as related to proof of creation. It is now possible to prove intellectual property rights at

¹³⁹ Legal technology, also known as “Legal Tech,” refers to the use of technology and software to provide legal services. In this respect, the American Bar Association's Legal Technology Resource Center has recently released a comprehensive publication exploring how attorneys are using technology in their practices. See “ABA Releases 2019 TECHREPORT and Legal Technology Survey Report on Legal Tech Trends”, *Am. B. Ass'n*, 2019, <https://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2019/10/aba-releases-2019-techreport-and-legal-technology-survey-report/>.

¹⁴⁰ Similarly, the use of artificial intelligence to predict the outcome of cases promises to disrupt the way lawyers handle litigation – not the entire legal industry.

¹⁴¹ In fact, many initiatives are blossoming in this field. To cite only a few: “Cognate” is a blockchain-powered trademark right protection platform that organizes and manages all trademarks and proof of use evidence. In France, the startup “Blockchain Your IP” offers to revolutionize the proof of existence of IP assets. More recently, “SIAE”, the Italian company for collective copyright management announced in December 2019 its partnership with “Algorand” for the development of a new open ecosystem for copyright management based on Algorand's blockchain platform.

¹⁴² Actually, the idea to time-stamp documents to authenticate ownership of IP rights was introduced earlier than blockchain technology. See S. HABER & W. SCOTT STORNETTA, “How to Time-Stamp a Digital Document”, *J. of Cryptology* 1991, p. 99. However, the blockchain-based process is much simpler, allowing timestamping to be carried out in a decentralized and immutable fashion.

¹⁴³ See M. MALAURIE-VIGNAL, “Enjeux et défis de la blockchain en propriété intellectuelle”, *D. IP/IT*, 2018, p. 531 ; see also J. BAILEY, “Art World, Meet Blockchain”, *Artnome*, 2018. <https://www.artnome.com/news/2018/7/21/art-world-meet-blockchain> (The service, Blockchain your IP, is already in use at www.blockchainyourip.com).

their inception, and not right before litigation, as has previously been the case. In a nutshell, evidence of creation can now supplement tangible evidence of completed work. This new tool allows IP lawyers to provide precise and indisputable proof of existence upon time stamping. Their work is thus not only simplified, the evidence being easily reportable, but also improved.¹⁴⁴ Indeed, until now, no one bothered to record proof of the existence of a creation via a step-by-step basis. The burden was too heavy for practical implementation. Now thanks to blockchain technology, each step can be recorded with great ease and at a very low cost. These registrations are made as a security measure, to prevent any risk of subsequent dispute. A new service is thus offered to the parties, all the while consolidating the pre-litigation phase.¹⁴⁵

ii. Blockchain-based evidence for IP litigation

The presiding question, once the litigation phase has begun, is how can the judge be convinced of the concordance between the content of the information recorded in the blockchain with the corresponding files? In civil law jurisdiction, this could be done by seeking the services of a « *huissier de justice* »,¹⁴⁶ whose main mission is to enforce executory titles, such as court decisions or notarial deeds, using civil enforcement procedures. The « *huissier de justice* »'s affidavit is an authentic instrument, which has the force of an authenticated deed.¹⁴⁷ It could be used to demonstrate to the judge that the digital files presented to him correspond to their digital fingerprints recorded in the relevant block registered in the concerned blockchain.¹⁴⁸ Therefore, the intervention of the « *huissier de justice* » will allow the judge to admit such evidence, as the civil law judge cannot carry out this consistency check himself. Indeed, it is the burden of the parties to ascertain the facts and bring all material evidence to the judge, who can only rule on the basis of the facts brought before him.¹⁴⁹

In common law systems, such verification would traditionally be conducted by expert witnesses having the scientific or technical knowledge to assist the trier of fact.¹⁵⁰ However, the question of the admissibility of blockchain based IP evidence may arise. Some authors have already suggested that such evidence would be qualified as

¹⁴⁴ See generally *supra* note 143.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ The *huissier de justice*, who has no equivalent in the common law system, is a public and ministerial officer, appointed by the Minister of Justice. He is the only legal professional competent to serve and enforce court decisions. The *huissier de justice* is also called upon to draw up a large number of official reports and affidavit at the request of private individuals or on the commission of the judge.

¹⁴⁷ See C. Civ., art. 1369-1371 (on the authenticated deed); see also (June 24, 2019), <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2158> (*Huissier de justice*, Service Public.FR, Direction de l'information légale et administrative) (Official website of the French Administration - Legal and Administrative Information Department).

¹⁴⁸ See generally *supra* note 143.

¹⁴⁹ In French law, see Code De Procédure Civile [C.P.C.], arts. 4-8, regarding the respective roles of the parties and the judge. Article 4(1) provides that “the subject-matter of the dispute shall be determined by the respective claims of the parties” [translated from French]. Articles 6 to 8 of the French Civil Procedure Code state that the parties shall prove all alleged facts and that the judge may invite the parties to provide explanations of fact which he considers necessary to resolve the dispute. He may in no case base his decision on facts which the parties have not themselves determined or proven.

¹⁵⁰ See Fed. R. Evid.702; Fed. R. Evid. 104 (a) (principle of admissibility of the said evidence).

(potentially inadmissible) hearsay.¹⁵¹ For this very reason, Vermont passed an Act¹⁵² providing that a blockchain record is admissible over hearsay objections as a record of regularly conducted business activity.¹⁵³ Overall, the Act recognizes the validity of blockchain records, as well as their admissibility in courts as self-authenticating,¹⁵⁴ as long as such records are accompanied by a written declaration of a qualified person made under oath.¹⁵⁵ Thus, instead of producing an expert witness to verify blockchain-based evidence, the party offering the evidence is able to produce a simple certification from a person with knowledge that the evidence is indeed authentic.¹⁵⁶

This echoes to Rule 902 of the Federal Rule of Evidence (“FRE”), which was recently amended to permit self-authentication of certain digital evidence¹⁵⁷ and potential blockchain-based evidence.¹⁵⁸ Even more interestingly, the FRE 902’s advisory committee notes specifically contemplate that “*nothing in the amendment is intended to limit a party from establishing authenticity of electronic evidence on any ground provided in these Rules, including through judicial notice where appropriate*” (emphasis added).¹⁵⁹ One could consequently envision admissibility of blockchain based evidence as being judicially noticed under FRE 201(b)(2).¹⁶⁰

The question of a machine statement authentication was actually debated in *United States v. Lizarraga-Tirado*¹⁶¹ in the context of digital tacks labeled with GPS coordinates. The Court emphasized that “*a proponent must show that a machine is reliable and correctly calibrated, and that the data put into the machine [...] is accurate*” (emphasis added).¹⁶² The court then added that such burden could be met “*with a testimony from a [...] programmer or a witness who frequently works with and relies on the program*”¹⁶³ or “*through judicial notice of the program’s reliability*” (emphasis added).¹⁶⁴ Similarly to the GPS coordinates in *Lizarraga-*

151 J. CHING, “Is Blockchain Evidence Inadmissible Hearsay?”, *law.com*, 2016, <https://www.law.com/sites/jamesching/2016/01/07/is-blockchain-evidence-inadmissible-hearsay/?slreturn=20180407185952>.

152 See 12 V.S.A. § 1913 (2016).

153 *Ibid.* §1913(b)(2).

154 *Ibid.* 1913(b)(1). The act especially provides that “digital record electronically registered in a blockchain shall be self-authenticating pursuant to Vermont Rule of Evidence 902, if it is accompanied by a written declaration of a qualified person, made under oath, stating the qualification of the person to make the certification”.

155 *Ibid.* §1913(b)(1).

156 12 V.S.A. § 1913(b)(1) (2016).

157 See Fed. R. Evid. 902(13) (admitting as self-authenticating “Certified Records Generated by an Electronic Process or System.”); Fed. R. Evid. 902(14) (admitting “Certified Data Copied from an Electronic Device, Storage Medium, or File.”).

158 See Fed. R. Evid. 902(14) advisory committee note (“Today data copied from electronic devices, storage media, and electronic files are ordinarily authenticated by ‘hash value.’ A hash value is a number that is often represented by a sequence of characters that is produced by an algorithm based upon the digital contents of a drive, medium, or file. If the hash values for the original and copy are different, then the copy is not identical to the original. If the hash values for the original and copy are the same, it is highly improbable that the original and copy are not identical. Thus, identical hash values for the original and copy attest to the fact that they are exact duplicates. This amendment allows self-authentication by a certification of a qualified person that she checked the hash value of the proffered item and that it was identical to the original. The rule is flexible enough to allow certifications through processes other than comparison of hash value, including by other reliable means of identification provided by future technology.” This seems to particularly echo to blockchain technology.”).

159 Fed. R. Evid. 902(13) advisory committee note on 2017 amendment (2017).

160 Fed. R. Evid. 201(b)(2) (2011).

161 *United States v. Lizarraga-Tirado*, 789 F.3d 1107, 1108 (9th Cir. 2015).

162 *Ibid.* 1110.

163 *Ibid.* 1110.

164 *Ibid.* 1110.

Tirado, it would make sense for a court to judicially notice a blockchain's digital fingerprint to prove the existence of an IP right. The admissibility of such evidence is better understood for blockchain technology, than for GPS coordinates in *Lizarraga-Tirado*. In contrast to the technology involved in the *Lizarraga-Tirado* case, most blockchains have neither single point of control, nor are based on country need.¹⁶⁵ Blockchain technology is therefore much less vulnerable to possible internal manipulation or a geo-political bias. It is reliable and accurate by design. This technology's inherent characteristics speaks to the core substance of FRE 202. Upon blockchain mass adoption,¹⁶⁶ it would make sense to imagine a United States Patent and Trademark Office's blockchain, whose entries will automatically be judicially noticed in the course of IP litigations.

Ultimately, and once these issues of admissibility of blockchain based evidence will have been fully addressed, the use of blockchain technology by lawyers will enable a better protection of the litigant in intellectual property cases through improved evidence law resulting in a better judicial system.

b. Blockchain's registry function and digital notary services

Blockchain technology could also be used for digital notary services. In France, the notary public profession is highly regulated and is one of the basic units of primary justice. *Notaires* are public officers appointed by the Minister of Justice to receive deeds and contracts to which the parties must or wish to give the authenticity attached to official records, and to record the date and keep the deposit of such documents.¹⁶⁷ Family law matters are the traditional field of their activity: marriage contracts, inter vivos gifts between spouses, wills, etc. French notaries are also very active in the real estate area, where they traditionally intervene in negotiating the sale of real property or signing the contract and the deed.

Could the existence of French notaries be challenged by blockchain technology? Contrary to the United States, their role is not limited to processing information and recording deeds, but extends to certifying and validating the content of all documents on which they have affixed their seal.¹⁶⁸ In other words, French notaries have the unique

¹⁶⁵ By contrast, some experts and geographers affirm that Google Maps sometime draw border differently from one country to another. *E.g.*, Crimea (object of a dispute between Ukraine and Russia), appears as Russian territory on Google Maps Russia. *See* M. SPARKES, "Revealed: How Google Moves International Borders", *The Telegraph* (U.K.), 2014, <https://www.telegraph.co.uk/technology/google/10922595/Revealed-how-Google-moves-international-borders.html>. *See also* F. SCHNEIDER, "Google Maps : des frontières à géométrie variable", *La Croix*, 2020, <https://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Sciences-et-ethique/Google-Maps-frontieres-geometrie-variable-2020-01-21-1201073047>. Such an asymmetry would not be possible with a cross-border blockchain.

¹⁶⁶ For mass-adoption, State endorsement seems to be necessary. *See e.g.*, Estonia. The Baltic country is already a leader in digital governance and is working with a number of companies to transfer medical record, governmental records, notary services, banking infrastructure and even e-voting system to blockchain. The argument about state endorsement is our analysis. For Estonia adoption of blockchain see the PWC report, "Estonia – the digital republic secured by blockchain", PWC, <https://www.pwc.com/gx/en/services/legal/tech/assets/estonia-the-digital-republic-secured-by-blockchain.pdf>

¹⁶⁷ *See* Ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat.

¹⁶⁸ *See* V. STREIFF, "Blockchain et propriété immobilière: une technologie qui prétend casser les codes", *Droit & Patrimoine*, 2016, n°262 ; *see also* V. BAUFUME & C. CARMINATI, "La blockchain, un outil technologique... et juridique", *JCP N.*, 2020, n°30, 1162 ; *see also* BAYLE et al. *supra* note 11, p. 25-27.

function of verifying and ascertaining the statements contained in the deeds they establish or validate, as well as the full identity of the concerned parties. They are guarantors of the veracity of the deed. Because of such essential functions, in French law, notaries could not be supplanted by blockchains.¹⁶⁹

Blockchain technology could, however, help the notary by enabling him to process information more quickly and automate certain tasks, thus freeing up his time in order to provide better advice to his client. There are already proposals for the implementation of a consortium blockchain¹⁷⁰ in this sector.¹⁷¹ The notary's role will be to verify and attest to the veracity of the information, guaranteeing the integrity of the documents before they are even registered. The use of a blockchain will then make it possible to provide time stamping and appropriate guarantees thanks to the afferent digital fingerprint.¹⁷² These new features would allow French notaries to refocus their time on their advisory activities by relieving them of their certification duties, as opposed to authentication.¹⁷³ Similarly, the use of smart contracts would make it possible to automate certain phases of notarial contracts and certain notarial tasks.

In the United States, the roles of a notary are less extensive. Notaries public generally verify the ID of the document signer to prevent fraud and check for volition and awareness. They most commonly serve as a witness to the signing of documents before they record these acts in a ledger, serving as proof that documents were signed, witnessed and notarized between parties. Once more, the characteristics of blockchain promise to be a great asset to improve U.S. notary capabilities.¹⁷⁴ If blockchain's identity verification is still in its infancy, it is possible to imagine the creation of a blockchain-based ledger, which allows for the timestamp of documents while simultaneously recording them. This immutable database would greatly simplify the bookkeeping procedure. One could easily envision a national decentralized notarization system accessible and searchable by all parties.¹⁷⁵

c. Blockchain for Corporate Governance

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ In a consortium blockchain, several independent or even competing players control the network and determine the rules of governance and access rights to the network. Only certain participants validate transactions.

¹⁷¹ Since 2018, la Chambre des Notaires de Paris [the Paris Chamber of Notaries] has been developing a consortium blockchain with the aim of strengthening confidence in the exchanged documents and facilitating the verification of documents and identity control when signing a deed. A website (blockchain-notariale.fr) will soon be launched for public testing. This private blockchain will be operated by 12 miners equipped with a dedicated mining server. In 2020, the Paris Chamber of Notaries also plans to integrate the directory of unlisted public companies into its private or licensed blockchain, based on the Hyperledger Fabric. See S. ADLER, et al., *TechNot2019 Conference*, YouTube (Oct. 17, 2019), <https://www.youtube.com/watch?v=zZ11Q95JH1g>.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Interestingly, French notaries have expressed their views on such a distinction. They stated that blockchain is a certification technology, not an authentication technology. This is how the French Notary profession stands out and rises above this technology, as blockchain can only keep digital fingerprints of documents, and not (yet) effectively check the identity, capacity and powers of the parties when time-stamping documents. See G. MARRAUD DES GROTTES, « La blockchain : un secteur encore en phase d'exploration, mais très prometteur », *RLDI* n°138, 2017, p. 39 (Fr.).

¹⁷⁴ In fact, initiatives are already arising in this field. See for example: the startups "Blocknotary" or "STAMPD."

¹⁷⁵ *Ibid.*

Finally, another interesting blockchain technology use, resides in its potential to facilitate corporate lawyers' work as a new way for voting, trading corporate shares, and transferring ownership. Delaware has already embraced this potential to optimize corporate governance. This change stems from the inability of the current system to accurately track in real time trading activity and shareholder voting, deficiencies, specifically acknowledged by Vice Chancellor Laster.¹⁷⁶ Not only did he suggest using blockchain technology to address these problems, but he also suggested relying on smart contracts for dividend payments and proxy statements,¹⁷⁷ which would reduce overall transaction costs.¹⁷⁸ Blockchain technology indeed appears to be the ultimate tool in defining voting permissions, all the while organizing innovative and instantaneous voting channels. Blockchain can encode consensus rules, making collective decision-making more efficient and transparent.¹⁷⁹ The Delaware General Corporation Law was thus amended¹⁸⁰ to allow Delaware's corporations to use "*distributed electronic networks or databases*" to set up and maintain corporate records¹⁸¹ and to allow the stock ledger to be administered using "*any information storage device, method, or one or more electronic networks or data bases*" (emphasis added).¹⁸² The delivery of shareholder notice by the distributed ledger platforms notice was also authorized.¹⁸³

Blockchain's potential to solve corporate governance issues was not only embraced by states, but also by private actors. Blockchain initiatives are progressively arising based on the model of decentralized autonomous organizations ("DAO"). In essence, a DAO enables the creation of decentralized decision-making structure, where shareholders are allowed to directly vote and contribute to projects based on their voting rights. Siemens AG was one of the first company to implement an internal DAO, named the "Decentralized Digital Organization" ("DDO") in partnership with Slock.it.¹⁸⁴ The Siemens internal social network invited all employees to choose their favorite general purpose for the DDO. The employees voted for a project dedicated to helping socially disadvantaged children. Employees could then donate euros in exchange for company-owned tokens, before changing their coins into shares. Proposals for projects fitting the social purpose of the DDO could subsequently be

176 J. TRAVIS LASTER, Vice Chancellor, Delaware Court of Chancery, "The Block Chain Plunger: Using Technology to Clean Up Proxy Plumbing and Take Back the Vote", Council of Institutional Investors, 2016, http://www.shareholderforum.com/access/Library/20160929_Laster-CII-speech.pdf.

177 *Ibid.* p. 20.

178 See D. YERMACK, *supra* note 98, p. 9.

179 See A. WRIGHT & P. DE FILIPPI, *supra* note 6, p. 36-37.

180 See for an in deep analysis of the said amendments: M.J.O. TOOLE & M. K. REILLY, "The First Block in the Chain: Proposed Amendments to the DGCL Pave the Way for Distributed Ledgers and Beyond", *Harv. L. Sch. Forum On Corp. Gov.*, 2017, <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/03/16/the-first-block-in-the-chain-proposed-amendments-to-the-dgcl-pave-the-way-for-distributed-ledgers-and-beyond/>; see also W. SONG, "Bullish On Blockchain: Examining Delaware's Approach to Distributed Ledger Technology in Corporate Governance Law and Beyond", *Harv. Bus. L. Rev.*, 2018, <https://www.hblr.org/wp-content/uploads/sites/18/2018/01/Bullish-on-Blockchain-Examining-Delaware%E2%80%99s-Approach-to-Distributed-Ledger-Technology-in-Corporate-Governance-Law-and-Beyond.pdf>.

181 Del. Code. Tit. 8, §224 (Supp. 2017).

182 *Ibid.*

183 See *id.* §232(d)(1) to clarify the definition of electronic transmission. It now includes "any form of communication including the use of, or participation in one or more distributed electronic networks or databases."

184 S. KUX, H. BURKHARDT, & S. TUAL, "Siemens AG Hutten-DDO: The first Fortune 500 company using the DAO Framework", *Slock.it Blog*, <https://blog.slock.it/siemens-ddo-the-first-fortune-500-company-using-the-dao-framework-2fd970b0b138> (last visited Feb. 9, 2020).

submitted by each shareholder using the DDO framework. In turn, all shareholders could vote for or against these proposals, with a voting weight proportional to the number of shares in their possession.¹⁸⁵

Similar to Siemens, innovative organizations are gradually adopting more decentralized models for corporate governance. The general idea behind these blockchain-based corporate governance schemes, is that complexity is manageable when small teams are entitled to make autonomous on-site decisions, thus improving both the pace and the efficiency of corporate decision making.¹⁸⁶ Similarly, these models trigger greater stakeholders involvement, making them feel more invested in the daily life and governance of the company.

All in all, blockchain technology presents the potential to optimize corporate governance while improving corporate schemes transparency for relevant stakeholders. It allows corporate lawyers to focus on what matters and not on administrative deadlocks tied to the constraints of an outdated system.

B. *Going further? Innovation in the legal professions*

1. *Toward an evolution of the legal professions and of the practice of law*

The downside is that digitization and use of blockchain protocols, could effectively suppress certain legal professions. It is easy to imagine the disappearance of court clerks issuing documents without any *in concreto* control. Generally speaking, any activity in the law market consisting of managing registers¹⁸⁷ or certifying that a document is in conformity with an original (or issuing a copy of an original thereof) could usefully be replaced by blockchain based services. We could thus envision the disappearance of notaries public in common law jurisdiction, once blockchain based identity verification protocols are accepted as reliable by the public.

The upside is that blockchain could lead to the creation of new businesses or the in-depth transformation of existing professions by refocusing on their added value. For example, the insurance industry could considerably reduce processing costs by automating the indemnification process when certain filing conditions are met.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ See H. JACOBS, “The future of corporate governance”, OER Commons Institute for the Study of Knowledge Management in Education, 2019, <https://www.oercommons.org/authoring/51844-essay-the-future-of-corporate-governance/view>.

¹⁸⁷ As previously emphasized, in France a decree was adopted on December 24, 2018, describing the conditions under which unlisted financial securities might be registered and transferred using blockchain. See Code Monétaire et Financier, *supra* note 114, at art. L. 211-3, L. 223-12. When created, the dedicated blockchain will then be a decentralized and distributed registry listing all transactions relating to the registered securities, eliminating the need for a securities account keeper. The risk of human error, such as forgetting to transcribe an operation would thus be completely eliminated.

¹⁸⁸ See, in particular the index based or parametric insurance sector. Based on weather data, these insurance solutions help to secure farmers' incomes. As soon as a meteorological anomaly is observed (based on a rainfall index or other selected criteria), compensation is triggered. The entire process could be planned on a blockchain basis using smart contracts, allowing automatic and immediate compensation of policyholders according to the terms of the smart contract deployed. “Fizzy” was the first French parametric insurance company based on the Blockchain. It was developed by Axa and it made it possible to automatically compensate an insured party in the event of a delayed flight. The project was terminated in 2019. The “B3i” initiative is currently working with industry partners to use and embed blockchain technology into various applications for the insurance market. A. COHN, T. WEST, & C. PARKER, “Smart after all:

Similarly, experts are working on solutions that would allow time-stamping the proof of existence of objects, at the time of their purchase, or of furniture in one's dwelling. This would allow simplified and almost immediate compensation in the event of theft or damage.¹⁸⁹ As previously outlined, and peculiar to the judicial realm, civil law « *huissiers de justice* »¹⁹⁰ could have a new role aimed at certifying that the evidence put forward is indeed on the blockchain. Even more innovative, it would be conceivable to program smart contracts to ensure the automatic enforcement of court decisions, provided that the enforcement could be done in a dematerialized way.¹⁹¹

2. *Smart contracts for smart lawyers*

Smart contracts could present another opportunity for the legal professions. The term is, however, a double misnomer,¹⁹² as it is neither a *smart* program nor a *contract*.¹⁹³ By its design, a smart contract allows the autonomous performance of obligations. In other words, it is just a smart way of managing a contract in the computational understanding of the term. However, and from a lawyer's perspective, smart contracts can be used as the digital emanation of "regular" legal contracts. They are easily perceived as a means for automated performance on a blockchain of a pre-existing contract. In order to achieve such a result, it must be ensured that the legal terms of the contract are faithfully transcribed with the same meaning in the computer code.¹⁹⁴

Problematically, smart contracts are computer programs that are intelligible neither to lawyers, nor to laypersons, as they are written in "computer language" and

Blockchain, Smart Contracts, Parametric Insurance, and Smart Energy Grids", *Georgetown L. Tech Rev.*, 2017, p. 273-293 ; see also "AXA Goes Blockchain with Fizzy", AXA, 2017, <https://www.axa.com/en/magazine/axa-goes-blockchain-with-fizzy>; this article explaining when the experiment ended: M. WOOD, "AXA Withdraws Blockchain Flight Delay Compensation Experiment", *Ledger Insights*, 2019, <https://www.ledgerinsights.com/axa-blockchain-flight-delay-compensation/>.

¹⁸⁹ See for example "Monuma", a startup that offers to appraise, protect, value and preserve goods.

Blockchain technology is used to have irrefutable time stamped proof of the existence of objects as well as their geolocation at a given time. Similarly, in the art industry, multiple companies are working on creating a digital database allowing to prove chain of custody and ownership of a piece of art. See for example "ArtChain Global."

¹⁹⁰ See *Huissier de justice*, *supra* note 147 and accompanying text for a description of the « *huissier de justice* » profession in civil law countries and more particularly in France.

¹⁹¹ For example, by escrowing *via* a smart contract the sums requested in the dispute. This promises to raise a plethora of difficulties, to cite only the case of an adverse ruling of appeal, although the first ruling will have been automatically enforced using a smart contract.

¹⁹² And some prefer to call smart contracts "transactional scripts". See SH. COHNEY & D. A. HOFFMAN, "Transactional Scripts in Contract Stacks", *U. of Penn., Inst. for L. & Econ.*, 2020, (Research Paper No. 20-08, 2020), <https://ssrn.com/abstract=3523515>. To be more precise: "A transactional script is a persistent piece of software residing on a public blockchain. When executed as a part of an exchange, the code effectuates a consensus change to the state of a ledger." Thus, "transactional scripts sit at the core of the rapidly expanding group of things called 'smart contracts,' but do not encompass the whole field"; see also *ibid.* p. 5.

¹⁹³ However, it is smarter than paper-based contracts. See Nick Szabo defines smart Contracts as "a set of promises, including protocols within which the parties perform on the other promises. The protocols are usually implemented with the programs on a computer network, or in other forms of digital electronics, thus these contracts are 'smarter' than their paper-based ancestors. No use of artificial intelligence is implied. "Smart Contracts Glossary", *Alamut*, http://www.alamut.com/subj/economics/nick_szabo/smartC_gloss.html (last visited Feb. 8, 2020).

¹⁹⁴ J. G. ALLEN, "Wrapped and Stacked: "Smart Contracts" and the Interaction of Natural and Formal Languages", *European Review of Contract L.*, 2018, p. 307-343 ; S. FARRELL, H. MACHIN & R. HINCHLIFFE, "Lost and found in smart contract translation - considerations in transitioning to automation in legal architecture", *J. of Int'l Banking L. & Reg.*, 2018, p. 24-31.

not in a natural language, such as English.¹⁹⁵ Thus, translation is essential to the use of smart contracts. But lawyers and computer coders do not always understand the other's jargon, which can lead to errors in the translation process and when encoding actions that the contracting parties had not agreed upon. It is certain that if lawyers want to maintain a crucial role in drafting contracts while keeping up with innovation, they will have to familiarize themselves with coding and blockchain mechanics. The translation issue is definitely one that needs to be addressed.

Another issue arises when considering the question of the link between the virtual, decentralized world and the real physical world. The performance terms in smart contracts, can refer either to terms of date or other entries in the blockchain. The contract is then programmed to check that these entries exist - or that the performance deadline has passed. They can also refer to external information. However, the smart contract is not itself able to search for the necessary information outside the blockchain where it is implemented. To that extent, one could say that smart contracts are blind; they can only receive information, not ask for it. It is necessary then to rely on a trusted third party to transmit the extrinsic information triggering the smart contract. These special entities are called "oracles."¹⁹⁶ They can be "*real-time data feeds that deliver things like weather data, currency exchange rates, airline flight information, and sports statistics to smart contracts*" (emphasis added).¹⁹⁷ This third-party oracle is in charge of reliably entering the information into the blockchain so that the contract could be executed correctly. The primary challenge relating to smart contracts is in succeeding to ensure the reliable transmission of extrinsic information. Otherwise its successful implementation would be compromised.

Could legal professions renew themselves as oracles? Private companies are already blossoming in the field, providing trusted digital third-party services with technical oracles transmitting information sourced outside the blockchain.¹⁹⁸ That being said, the legal professions have always been the classic trusted third-party, qualified to certify the veracity of information. They could very well position themselves as oracles to enable certain smart contracts' pre-defined conditions to be met.

In civil law countries, it is possible to think of notaries,¹⁹⁹ who would provide the necessary data for smart contracts performance, while guaranteeing their reliability. In

¹⁹⁵ See Intermediate coding languages then make it possible to link the level of processing operated by the computer and that of the programming languages themselves. See GARAPON & LASSÈGUE, *supra* note 50, p. 35; see *infra* 1) *The impossible direct access to blockchain protocols: the computer code barrier*.

¹⁹⁶V. BUTERIN, "Ethereum and Oracles", *Ethereum Blog*, 2014, <https://blog.ethereum.org/2014/07/22/ethereum-and-oracles/>; see also S. THOMAS & E. SCHWARTZ, "Codius Whitepaper", *Github*, 2018, <https://github.com/codius/codius-wiki/blob/master/White-Paper.md> (introducing the concept of "smart oracle" as "trusted or semi-trusted entities that can both provide information about the outside world and execute the code to which the contracting parties agreed.").

¹⁹⁷ M. ORCUTT, "Blockchain smart contracts are finally good for something in the real world", *MIT Tech. Review*, 2018, <https://www.technologyreview.com/s/612443/blockchain-smart-contracts-can-finally-have-a-real-world-impact/> (Oracles can also be individuals designated to transmit the necessary information from the physical world to the smart contract).

¹⁹⁸ See for example "Decentralized Information Asset" or "DIA" an open-source, data and oracle platform especially validating and delivering trusted financial data; see also "Chainlink" which connects smart contracts to off-chain real world events information.

¹⁹⁹ See Ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat [Ordonnance n° 45-2590 of November 2, 1945 relating to the status of the profession of notary public]; see *infra* a) *Blockchain's*

the case of testamentary dispositions in the form of a smart contract, a notary digital affidavit could for instance certify the death of an individual, thus triggering the distribution of crypto assets. In the real estate industry, the notary could certify the completion of the renovation work as a condition precedent to the sale. One could also envision the certification of a marriage to allow the entry into force of the spouses' marital agreement in the form of a smart contract. Similarly, « *huissiers de justice* »²⁰⁰ could just as well play the role of a trusted digital third party, given their historical role of certifying facts that have occurred in real life. They could act as guardians of the digital viability of the data entry. This can be done both when designing the smart contract and during its subsequent execution. « *Huissiers* », as delegates of the state authority, enable the guarantees provided on the technical level to be legally anchored.

Projects are being developed to implement smart contract standards,²⁰¹ which will allow lawyers to indicate the parameters that meet the specifications of the contracts that they want to code. While such a solution would make it possible to code common and fairly standard contracts, it would not allow for refined customization, as is often necessary. It might then be necessary to go further and develop real computer coding skills and knowledge of blockchain protocols among lawyers. Technical and legal mastery of the blockchain ecosystem seems critical in order to allow the legal profession to rapidly evolve and tackle their clients need, or even anticipate them. If the lawyers of tomorrow are coding lawyers, there is no doubt that the legal professions will be able to count among blockchain technology's their next building block.

IV. Conclusion: Legal Engineering and Tomorrow's Lawyers

As observed by R. Gellman, “*in contemplating the social, political and economic effects of networks, it is important to understand what is being changed and how existing institutions are likely to be affected*” (emphasis added).²⁰² Blockchain technology will undoubtedly lead to profound social change that will not leave the legal professions unscathed.

We have shown that although blockchain amounts to a form of deinstitutionalization, there is not a total disintermediation. After the rise of intermediate platforms between the protocol and the user,²⁰³ trusted third parties are reappearing as oracles for smart contracts. In other words, blockchain does not lead to the disappearance of trusted third parties, but to a redeployment of their role, as well

registry function and digital notary services, for a description of the notary's profession in civil law countries and more particularly in France.

200 See *Huissier de justice*, *supra* note 147 (The *huissier de justice*, who has no equivalent in the common law system, is a public and ministerial officer, appointed by the Minister of Justice. He is the only legal professional competent to serve and enforce court decisions. The *huissier de justice* is also called upon to draw up a large number of official reports and affidavit at the request of private individuals or on the commission of the judge); see *infra* ii. Block-chain-based evidence for IP litigation, for a description of the *huissier de justice* profession in civil law countries and more particularly in France.

201 See, e.g., the Common Accord aims to convert traditional contracts into computer code and, in the long term, to automate the drafting of legal documents by using a model of codified texts; see also Openlaw and Monax, both projects working on developing digital contracts including code that are automatically generated and can be automatically performed; see also the initiative led by Linklaters UK in partnership with Accord Project to connect key players in the world of smart contract technology, blockchain and legal tech companies so that ideas and formats can be shared across the industry.

202 GELLMAN, *supra* note 27, p. 7-8.

203 See *supra* note 69 and accompanying text.

as to the genesis of new intermediaries replacing traditional institutions. The need to use oracles appears to be a real obstacle to total disintermediation, but all the while, there remains a unique opportunity for lawyers to take their professions to new paradigms.

Blockchain needs the law and the legal professions need blockchain. As we have outlined, this technology has already been the focus of much regulatory attention. While blockchain technology will have the effect of eliminating certain legal professions, it would most definitely lead to a profound transformation of existing ones. Blockchain offers a whole new avenue to IP litigation, handling and storing of evidence or corporate governance and so many other possibilities in terms of legal engineering. At the dawn of this new era, tomorrow's lawyers will be those who have learned how to code and how to understand the technicalities of blockchain protocols.

The 2019 Gartner Hype Cycle²⁰⁴ for Blockchain Technologies²⁰⁵ shows that blockchain is still five to ten years away from reaching its plateau of productivity. For blockchain to become mainstream, users should not have to struggle between choosing “*the right platform, the right smart contract language, the right system interfaces, or the right consensus algorithms*” (emphasis added).²⁰⁶ In the meantime, it is up to the legal professions to embrace change and innovation, to envision tomorrow's practice. Going further, the legal professions could very well become a driving force in blockchain technology's mass adoption. If the legal professions, our traditional trusted third-parties, endorse this technology, it would demonstrate to the world that blockchain offers a real avenue for progress.

²⁰⁴ The Gartner hype cycle for technology adoption is a graphical and conceptual presentation of the maturity of emerging technologies through five phases. It was developed by the technology research and advisory company Gartner. Overall, it describes that a technology generally faces a period of hype accompanied by a peak of inflated expectations, followed by a period of disillusion, before the technology finally reaches its transformational impact.

²⁰⁵ “Hype Cycle for Blockchain Technologies”, *Gartner Research*, 2019, <https://www.gartner.com/en/documents/3947355/hype-cycle-for-blockchain-technologies-2019>.

²⁰⁶ A. LITAN, “Top Trends in Blockchain Technology; inching towards Web 3.0”, *Gartner Blog Network*, 2019, <https://blogs.gartner.com/avivah-litan/2019/09/19/top-trends-blockchain-technology-inching-towards-web-3-0/>.



ED9

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT INTERNATIONAL,
DROIT EUROPÉEN, RELATIONS INTERNATIONALES
ET DROIT COMPARÉ

LABORATOIRES ET ÉQUIPES D'ACCUEIL

EA 164	Centre de droit européen (CDE)
EA 2294	Centre de recherche de l'Institut des Hautes Études Internationales (IHEI)
EA 3046	Institut de droit comparé de Paris (IDC)
EA 3049	Centre Thucydide - Analyse et recherche en relations internationales
EA 3385	Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CRDH)
EA 4401	Centre de recherche de droit international privé et du commerce international (CRDI)



12 place du Panthéon 75005 Paris
www.u-paris2.fr