

Numéro 6, 2023 / ISSUE 6

DOSSIER THÉMATIQUE

La pauvreté

L'évolution du concept de pauvreté au sein des Nations unies

♦ Lyna MAAZIZ

Les institutions de Bretton Woods et la lutte contre la pauvreté

♦ Lena CHERCHENEFF

Peut-on parler d'une "politique européenne" de lutte contre la pauvreté en droit de l'Union ?

♦ Louis FEILHES

La citoyenneté de l'Union face à la pauvreté

♦ Julie RONDU

Les régions pauvres de l'Union européenne

♦ Ninon FORSTER

Imposition des entreprises multinationales et réduction de la pauvreté dans les pays en développement. État des lieux et perspectives.

♦ Emmanuel DERCOURT

Le surendettement en droit international privé

♦ Véronique LEGRAND

Travail, droit du travail et pauvreté

♦ Pierre-Yves VERKINDT

Réflexions autour de la pauvreté en droit international : entre théories de la justice et théories critiques

♦ Edoardo STOPPIONI

LIBRES PROPOS

Retour inattendu au droit administratif global

♦ Maxence CHAMBON

Forum non conveniens in the European Union: a proposal using Québec as a case-study

♦ Cécilia BARRETTE-LEDUC

Le principe de légalité criminelle dans le droit de l'Union européenne. Un bref aperçu de la jurisprudence.

♦ Joaquim GAYE

LA RECHERCHE À L'ÉCOLE DOCTORALE

La compétence des Tribunaux arbitraux ad hoc de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer. Étude des exceptions d'incompétence dans l'arbitrage Annexe VII

♦ Lyna MAAZIZ

L'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois

♦ Yoann PRE

Revue de droit international d'Assas
Assas International Law Review

Revue éditée par l'École doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé (ED 9) de l'Université Paris-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 Paris-Panthéon-Assas

Cécile Chainais

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Julian Fernandez

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Malik Laazouzi

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Fabrice Picod

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Louis d'Avout

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Olivier de Frouville

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Marie Goré

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Yves Nouvel

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Carlo Santulli

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Comité de rédaction
Board of Editors

Matthieu Bessouet

Éditeur en chef

Carla Albanese

Éditeur

Juliette Bagary-Latchimy

Éditeur

Clémence Billard

Éditeur

Lucas de Oliveira

Éditeur

Juliette Fauvarque

Éditeur

Yann Legrand

Éditeur en chef

Loriane Alem

Éditeur

Anjovi Banerjee

Éditeur

Myriam Dahhan

Éditeur

Morgan de Walsche

Éditeur

Laura Prat

Éditeur

Matthieu Tournigand

Éditeur

Fondateurs
Founders

Éloïse Glucksmann

Luana Piciarca

Auteurs ayant contribué à ce numéro

Contributors to this issue

Cécilia Barrette-Leduc

Avocate

Norton Rose Fulbright

Lena Chercheneff

*Maître de conférences en droit public,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Louis Feilhès

*Maître de conférences en droit public,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Joaquim Gaye

Doctorant,

Université Paris-Panthéon-Assas

Lyna Maaziz

Docteure en droit public,

Université Paris-Panthéon-Assas

Julie Rondu

*Maître de conférences en droit public,
Université de Strasbourg*

Maxence Chambon

Professeur de droit public,

Faculté de Droit Alexis de Tocqueville - Université d'Artois

Emmanuel Dercourt,

Doctorant,

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Ninon Forster

Professeure de droit public,

Université polytechnique Hauts-de-France

Véronique Legrand

Maître de conférences en droit privé,

Université de Caen-Normandie

Yoann Pré

Docteur en droit privé,

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Edoardo Stoppioni

*Professeur de droit public,
Université de Strasbourg*

Pierre-Yves Verkindt

Professeur émérite

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Sommaire

| | |
|---|------------|
| Sommaire | 1 |
| Éditorial..... | 2 |
| Le dossier thématique : La pauvreté | 3 |
| L'évolution du concept de pauvreté au sein des Nations unies | 4 |
| Les institutions de Bretton Woods et la lutte contre la pauvreté..... | 39 |
| Peut-on parler d'une "politique européenne" de lutte contre la pauvreté en droit de l'Union ?..... | 59 |
| La citoyenneté de l'Union face à la pauvreté | 96 |
| Les régions pauvres de l'Union européenne | 127 |
| Imposition des entreprises multinationales et réduction de la pauvreté dans les pays en développement. État des lieux et perspectives | 149 |
| Le surendettement en droit international privé | 166 |
| Travail, droit du travail et pauvreté..... | 179 |
| Réflexions autour de la pauvreté en droit international : entre théories de la justice et théories critiques | 191 |
| Libres propos..... | 208 |
| Retour inattendu au droit administratif global..... | 209 |
| Forum non conveniens in the European Union: a proposal using Québec as a case-study..... | 220 |
| Le principe de légalité criminelle dans le droit de l'Union européenne. Un bref aperçu de la jurisprudence. | 247 |
| La recherche à l'école doctorale | 257 |
| La compétence des Tribunaux arbitraux <i>ad hoc</i> de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer. Étude des exceptions d'incompétence dans l'arbitrage Annexe VII..... | 258 |
| L'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois..... | 262 |

Éditorial

De « réduire l'extrême pauvreté » (Objectifs du millénaire pour le développement, 2000) à « éradiquer la pauvreté » (Objectifs de développement durable, 2015), les années passent et le discours autour de la question de la pauvreté s'affermi. En réponse, nous avons consacré à ce thème le Dossier du sixième numéro de la RDIA, reflet de la pluralité des manifestations de la pauvreté dans les relations internationales. Ainsi, la première partie des articles du Dossier explore la place de la pauvreté dans l'action de deux institutions internationales centrales : l'Organisation des Nations unies (L. Maaziz) et certaines de ses agences spécialisées comme le FMI et la Banque Mondiale (L. Chercheneff) ; et l'Union européenne, au sein de certaines de ses politiques, celles de la citoyenneté (J. Rondu) et de la cohésion régionale (N. Forster), ou à titre général (L. Feilhes). À côté de cette perspective institutionnelle, la seconde partie des articles du Dossier examine la place de la pauvreté dans différentes branches du droit international, le droit fiscal (E. Dercourt), le droit du travail (P.-Y. Verkindt), la philosophie du droit (E. Stoppioni) et le droit international privé (V. Legrand).

Par contraste, la rubrique des Libres propos réunit trois articles aux thèmes variés : le droit administratif global (M. Chambon), le principe de légalité criminelle en droit de l'Union (J. Gaye) et le *forum non conveniens* en matière civile (C. Barrette-Leduc). À ces libres propos se joignent deux résumés de thèses soutenues récemment, la première au sujet de la compétence des Tribunaux arbitraux ad hoc de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (L. Maaziz), la seconde au sujet de l'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois (Y. Pré).

Enfin, côté vie de la revue, nous sommes heureux d'annoncer que les excellentes C. Albanese et L. Alem, avec qui nous avons eu le plaisir de collaborer, prennent la direction éditoriale du prochain numéro. Nous leur souhaitons évidemment le meilleur.

Bonne lecture.

M. Bessouet
Y. Legrand
Rédacteurs en chef retraités

Le dossier thématique : La pauvreté

Special Feature: Poverty

L'évolution du concept de pauvreté au sein des Nations unies

Lyna Maaziz

Docteure en droit public,

enseignant-chercheur contractuelle, membre du Centre Thucydide, Université Paris-Panthéon-Assas, résidente à Galatasaray Üniversitesi (GSÜ)

À l'automne 2023, le Secrétaire général des Nations unies, Antonio Guterres, a déclaré que « plus de la moitié du monde » est « laiss[ée] de côté »¹. À mi-parcours de l'« Agenda 2030 », un sommet sur les Objectifs de développement durable (« ODD ») s'est tenu les 18 et 19 septembre derniers dans le cadre de la 78^e session de l'Assemblée générale des Nations unies, à l'issue duquel un rapport a été rendu. Celui-ci s'ouvre sur une observation marquante : « [L]es progrès de plus de 50% des cibles des [ODD] sont faibles et insuffisants ; pour 30%, ils stagnent ou reculent »². Précisément, « [c]e sont les cibles clés sur la pauvreté, la faim et le climat qui sont touchées »³. Seraient en cause, notamment, la crise sanitaire liée au COVID-19, les défis environnementaux ainsi que le retour de la conflictualité internationale de haute intensité. Au sein des Nations unies, l'efficacité de l'action globale en cours en matière de pauvreté pour atteindre les visées identifiées est interrogée⁴.

Au nombre de dix-sept, au rang desquels figure en premier chef l'objectif d'« éliminer la pauvreté sous toutes ses formes et partout dans le monde »⁵, les ODD ont été conçus en 2015, avec un horizon 2030. Il y a lieu de relever que la pauvreté a alors été découplée de la question de la faim, abordée dans l'ODD 2 « éliminer la faim, assurer la sécurité alimentaire, améliorer la nutrition et promouvoir une agriculture durable »⁶. Il s'agit-là d'une innovation par rapport aux objectifs du millénaire pour le développement (« OMD ») impulsés en 2000 lesquels prévoyaient au premier rang d'« éliminer l'extrême pauvreté et la faim »⁷. Ces initiatives ont été couronnées d'un succès relatif, même si un recul de l'extrême pauvreté ainsi que la sous-nutrition et la malnutrition est constaté⁸. L'insuffisante réalisation des pistes identifiées interroge, car, au-delà du bilan limité, les fragilités de ces programmes soulevées par les observateurs extérieurs reposent sur l'approche retenue de la pauvreté. S'il est vrai que des aspects dépassant le champ de la précarité sont considérés dans les sept autres OMD⁹ ainsi que les quinze autres ODD¹⁰, tels que l'éducation, les inégalités de genre, l'environnement, entre autres, reflétant ainsi le processus de réflexion sur la pauvreté comme un phénomène multidimensionnel,

¹ Avant-propos du Secrétaire général des Nations unies Rapport sur les objectifs de développement durable 2023 : Édition spéciale, « Vers un plan de sauvetage pour l'humanité et la planète », avril 2023.

² *Eod. loc.*

³ *Eod. loc.*

⁴ « Temps de crise, temps de changement : la science pour accélérer les transformations vers le développement durable » Rapport mondial sur les Objectifs de développement durable (ODD), 2023.

⁵ Résolution de l'Assemblée générale « Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 », A/RES/70/1 du 25 septembre 2015. Est « adopt[é] [le] document final du Sommet des Nations unies pour l'après-2015 ».

⁶ *Eod. loc.*

⁷ Résolution de l'Assemblée générale « Déclaration du Millénaire », A/RES/55/2 du 8 septembre 2000.

⁸ « Temps de crise, temps de changement : la science pour accélérer les transformations vers le développement durable » Rapport mondial sur les Objectifs de développement durable (ODD), *op. cit.*

⁹ A/RES/55/2 du 8 septembre 2000, *op. cit.*

¹⁰ A/RES/70/1 du 25 septembre 2015, *op. cit.*

L'exécution de ces programmes a néanmoins mis en évidence un progrès sur l'extrême pauvreté essentiellement, et une modeste avancée sur les questions connexes. En tout état de cause, ces deux programmes onusiens reflètent l'étendue de l'action multilatérale visant à répondre à un enjeu de taille persistant. Ils invitent à porter un regard d'ensemble, sans tomber dans l'écueil de se limiter à une vision strictement économique et monétaire du sujet. Par conséquent, il apparaît pertinent de s'intéresser à l'évolution du concept de pauvreté au sein des Nations unies.

La question de la pauvreté a d'abord été abordée de manière discrète dans l'enceinte onusienne au stade de sa création. Si la Charte ne fait nulle mention dudit terme, ni de celui de « richesse », il convient de porter l'attention en revanche sur le chapitre IX consacré à la coopération économique et sociale internationale, et notamment sur son article 55. Cette disposition érige une mission des Nations unies de « créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes »¹¹. Or, en vue de la réaliser, l'organisation se trouve chargée de « favoriser » le « relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social »¹², ou « la solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes [...] »¹³. Ceci suggère, en filigrane, des questions non dénuées de rapport avec la pauvreté. Par ailleurs, il semble utile de faire référence à l'article 1^{er}, paragraphe 3, concernant les buts des Nations unies au rang desquels figure celui de « [r]éaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire [...] »¹⁴. Ce faisant, les auteurs de la Charte laissent ainsi entrevoir la corrélation entre la paix, le développement¹⁵, et les droits humains, autant de thématiques qui ont une incidence sur les réponses internationales à la pauvreté, ce qui sera démontré dans les développements qui suivront.

Les textes de droit international des droits humains confirment ces timides débuts dans la prise en charge de la pauvreté par les Nations unies. La Déclaration universelle des droits de l'Homme (« DUDH ») dont on célèbre cette année le soixante-quinzième anniversaire¹⁶, et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁷ (« le Pacte ») intègrent la notion de « misère » dans leurs préambules respectifs, ce qui suggère la pauvreté comprise dans son approche unidimensionnelle, sans toutefois s'essayer à la définir. La Déclaration universelle des droits de l'Homme, dans son préambule, annonce « l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la *misère*, proclamé comme la plus

¹¹ *Eod. loc.*

¹² Article 55 (a), Charte des Nations unies.

¹³ « [...], et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation », Article 55 (b), Charte des Nations unies.

¹⁴ « [...], en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion », Article 1 § 3, Charte des Nations unies.

¹⁵ M. BEDJAOUÏ, « L'humanité en quête de paix et de développement », *RCADI*, 2004, vol. 324 et 325, 530 + 542 p.

¹⁶ Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH), 10 décembre 1948.

¹⁷ Préambule, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976.

haute aspiration de l'homme »¹⁸. De manière analogue, dans le Pacte, il est reconnu que « conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la *misère*, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels, aussi bien que de ses droits civils et politiques, sont créées »¹⁹. Aux termes de ce dernier instrument, « [e]n aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance »²⁰. Il consacre par ailleurs le principe de souveraineté des peuples sur leurs richesses et ressources naturelles²¹. Certains droits reconnus dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques²² présagent quant à eux plusieurs aspects de la pauvreté multidimensionnelle, à une époque de domination de l'approche unidimensionnelle.

Un tournant a été marqué dans le cours des mouvements de décolonisation. Des nouveaux États indépendants ont rejoint l'Organisation, dont un grand nombre d'entre eux étaient concernés par ces problématiques, si bien que, « [c]onscients de leur supériorité numérique au sein de l'Assemblée générale des Nations unies, ces pays du tiers monde [...] ont plaid[é] pour de nouvelles normes internationales plus équitables »²³. Des discussions, notamment dans le cadre de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement²⁴ (« CNUCED »), ont été engagées sur une réforme des mécanismes du système international²⁵. Un « droit international du développement » est apparu²⁶. Il a pu être fait grief à celui-ci d'enfermer le traitement de ce sujet aux Suds²⁷, certains auteurs y ont vu un « droit des pauvres », un « droit du ghetto »²⁸, justifiant alors la formation d'un « nouvel ordre économique international » (« NOEI »)²⁹.

¹⁸ Préambule, Déclaration universelle des droits de l'Homme, *op. cit.* (emphase ajoutée).

¹⁹ Préambule, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, *op. cit.* (emphase ajoutée).

²⁰ Article 1^{er}, paragraphe 2, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, *op. cit.*

²¹ Article 1^{er}, paragraphe 2, Article 26, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, *op. cit.*

²² Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976.

²³ G. C. OSSETE OKOYA, *Pauvreté et droit international. Recherche sur la définition du statut juridique de la pauvreté*, Thèse de doctorat, Université Reims Champagne Ardenne, 2009, 424 p., p. 14.

²⁴ Créée le 30 décembre 1964.

²⁵ « Les pays en développement souffrent de leur misère, de leur retard et ont envie d'entrer dans la vie économique moderne, ce qui leur pose une série de problèmes de modernisation, d'investissement, de planification, de réorganisation de leurs structures qui ne sont pas dans notre sujet actuel. Ce qui importe, par contre, pour nous pays industrialisés, c'est de voir ce que nous pouvons faire sur le plan d'une organisation commune et de la naissance d'un droit international du développement. Or la difficulté essentielle, c'est que la structure présente des échanges internationaux, non seulement ne peut pas résoudre les problèmes de ces pays, mais porte la plus grande responsabilité dans le retard de leur développement économique ; c'est toute cette structure qui doit être repensée en commun dans le cadre d'un système international », A. PHILIP, « Les Nations unies et les pays en voie de développement », in *L'adaptation de l'ONU au monde d'aujourd'hui*, Colloque international de Nice, 27-29 mai 1965, Paris, Pedone, 1965, pp. 131-132.

²⁶ M. VIRALLY, « Vers un droit international du développement », *AFDI*, 1965, vol. 11, pp. 3-12, p. 7.

²⁷ M. BENNOUNA, *Droit international du développement. Tiers monde et interpellation du droit international*, Paris, Berger-Levrault, 1983, 335 p.,

²⁸ M. BEDJAOU, *Pour un nouvel économique international*, Paris, UNESCO, 1979, 295 p.

²⁹ V. Résolution de l'Assemblée générale « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international », A/RES/3201(S-VI) du 1^{er} mai 1974 ainsi que Résolution de l'Assemblée générale « Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international », A/RES/3202(S-VI) du 1^{er} mai 1974. v. aussi A. MAHIOU, « Les implications du nouvel ordre économique

En réaction à la mondialisation, ayant certes permis un relatif « recul global de la pauvreté »³⁰, accusée néanmoins à raison d'avoir creusé des écarts qui tentaient d'être résorbés par la refonte du système au moyen des dispositifs correctifs, le dialogue sur le développement a davantage associé les Nord et les Sud à la table des négociations. Ceci a pu favoriser une accélération progressive de la prise en compte de la pauvreté, atteignant un point culminant dans les années 1990. Celle-ci a pu être observée à partir des travaux du Programme des Nations unies pour le Développement (« PNUD »)³¹ et de l'aide au développement mise à disposition par la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, entre autres. Cette intensification dans le traitement de la pauvreté a aussi pu être constatée à travers des actions symboliques, telles que la mise en place en 1992 par l'Assemblée générale³² d'une journée internationale de l'élimination de la pauvreté et de la misère dans tous les pays le 17 octobre³³ de chaque année, ou encore la désignation d'une année internationale pour l'élimination de la pauvreté, celle de 1996³⁴.

En marge des réflexions consacrées au développement économique, un travail de fond a été réalisé sur le long terme afin de faire de la pauvreté un sujet de droits humains. À Vienne, en 1993, « la Conférence mondiale sur les droits de l'homme [a] affirmé que l'extrême pauvreté et l'exclusion sociale constituent une violation de la dignité humaine et qu'il s'impos[ait] de prendre sans attendre des mesures de manière à mieux connaître le phénomène de l'extrême pauvreté et ses causes, notamment celles liées aux problèmes de développement, afin de promouvoir les droits de l'homme des plus démunis, de mettre fin à l'exclusion sociale et de mieux assurer la jouissance des fruits du progrès social »³⁵. À cet égard, il est pertinent d'évoquer la résonance à l'échelle internationale du rapport Wresinski qui avait été présenté au conseil économique et social français en 1987 intitulé « Grande pauvreté et précarité économique et sociale »³⁶.

et le droit international », *RBDI*, 1976, no. 2, pp. 421-450 ; B. STERN, *Un nouvel ordre économique international ? Recueil de textes et documents*, Paris, Economica, 1983, 801 p. ; A. MAHIOU, « Du droit économique au nouvel ordre économique international : quelques réflexions », *Revue internationale de droit économique*, 2013, no. 4, pp. 523-532.

³⁰ « le libéralisme économique s'est imposé comme référence à la fin du XXe siècle. Le processus de production de biens a ainsi été fractionné entre plusieurs États et des "chaînes de valeur mondiales" se sont multipliées à la faveur de la chute des régimes communistes, de l'intégration de la Chine dans l'économie-monde, d'un certain nombre d'évolutions techniques et de la création ou du développement de régimes juridiques spécifiques (OMC, traités d'investissement, zones de libre-échange, etc. ...). L'ensemble a certainement permis un recul global de la pauvreté. », J. FERNANDEZ, *Relations internationales*, Paris, Dalloz, 2023, 4^e éd., 810 p., pp. 683-684.

³¹ « priorité absolue à la réduction de la pauvreté, aux emplois productifs, à l'intégration sociale, et à la régénération de l'environnement », Programme des Nations unies pour le Développement (PNUD), Rapport mondial sur le développement humain, Paris, Economica, 1994, p. 4.

³² Résolution de l'Assemblée générale A/RES/47/196 du 22 décembre 1992.

³³ Date choisie pour correspondre au rassemblement du 17 octobre 1987 en hommage aux personnes victimes de la pauvreté.

³⁴ Résolution de l'Assemblée générale A/RES/48/183 du 21 décembre 1993. Cette initiative a d'ailleurs inspiré l'Union européenne qui, bien plus tard, a désigné l'an 2010 comme année européenne de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale.

³⁵ Il a également été affirmé qu'« [i] est indispensable que les États favorisent la participation des plus démunis à la prise des décisions au sein de la communauté dans laquelle ils vivent, à la promotion, des droits de l'homme et à la lutte contre l'extrême pauvreté. », Conférence mondiale sur les droits de l'homme, *Déclaration et programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/23, 12 juillet 1993, § 25.

³⁶ Rapport « Grande pauvreté et précarité économique et sociale », présenté par M. Wresinski au nom du Conseil économique et social, 28 février 1987, JO de la République française 1987, n°6, 113 p., v. aussi N. BARRITA, « L'émergence de la problématique de l'extrême pauvreté au sein des Nations unies », in

Le père Wresinski a ainsi, au nom du Mouvement international ATD Quart Monde, été à l'origine d'un mémorandum sur l'extrême pauvreté et les droits humains³⁷, soumis Conseil économique et social des Nations unies (« ECOSOC »)³⁸. Les discussions tenues au Sommet mondial pour le développement social de 1995 ont d'ailleurs fait une large place aux idées développées dans le rapport précité³⁹. L'influence du rapport Wresinski a pu également être constatée dans le « Rapport sur la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale dans la Communauté européenne », rédigé en juillet 1993 par le Parlement européen⁴⁰, tout comme dans l'éponyme rapport Despouy⁴¹ le 28 juin 1996 du rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'Homme. Le Conseil des droits de l'Homme s'est alors saisi de la question, en témoignent le projet de principes directeurs de 2006⁴² qui ont abouti aux principes directeurs de 2012 adoptés par une résolution du Conseil⁴³.

Parvenus à ce stade de l'analyse, force est de constater que la pauvreté, notion non-encore définie, a fait l'objet de traitements suivant diverses approches au sein des Nations unies. Cette variété dans la prise en compte de la pauvreté s'explique par la possibilité d'envisager la pauvreté depuis différents angles de prise de vues en lien avec des thèmes qui lui sont connexes, il en va ainsi de la « précarité »⁴⁴, du « développement », ou encore de la « pleine citoyenneté »⁴⁵. Un effort de définition de la pauvreté d'abord, et du concept de pauvreté est requis.

La pauvreté est couramment comprise comme la situation de privation⁴⁶, celle qui constitue un obstacle à la satisfaction des besoins⁴⁷ essentiels, aussi bien de nature vitale (nutrition, santé, logement), qu'élémentaire (scolarité, emploi, loisirs). Dès lors,

E. DECAUX, A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS (dir.), *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 31-44, p. 31.

³⁷ « Extreme poverty : a human rights challenge of our time. Memorandum. », Genève, 8 janvier 1987.

³⁸ E/CN.4/1987/NGO/2.

³⁹ Mouvement ATD Quart Monde, représenté par A. de VOS VAN STEENWIJK, « Pour combattre la pauvreté et l'exclusion, repenser l'activité humaine », Contribution au Sommet mondial pour le développement social, 1995, 28 p.

⁴⁰ Parlement européen, « Rapport sur la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale dans la Communauté européenne », PE 204.646/def/A, 2 juillet 1993.

⁴¹ « Rapport final sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme », Doc. E/CN.4/Sub./1996/13, 28 juin 1996.

⁴² Commission des droits de l'Homme, sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme, projet de principes directeurs : « L'extrême pauvreté et les droits de l'Homme : les droits des pauvres, Résolution 2006/9 du 24 août 2006 ; v. E. DECAUX, « Les droits des pauvres : une pierre blanche sur un long chemin », *Revue droits fondamentaux* 2005, 2006, n°5 [revue en ligne].

⁴³ Conseil des droits de l'Homme, « Les principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'Homme », Résolution 21/11 du 27 septembre 2012.

⁴⁴ « la précarité se laisse alors percevoir – en première approche du moins – sous trois aspects distincts : en tant qu'élément participant de la définition de la pauvreté », F. AUMOND, « La précarité saisie par le droit international. Le mot et la chose », in C. LAGEOT, N. MARTIN-PAPINEAU (dir.), *Approches franco-britanniques de la précarité. Approches franco-britanniques de la précarité. Principe(s), droit(s), pratique(s)*, Poitiers, Presses universitaires de Poitiers, 2016, 240 p., pp. 53-73, p. 54.

⁴⁵ E. DECAUX, *op. cit.*

⁴⁶ « Dans le langage courant, le mot “pauvre” a de nombreuses significations, qui parfois n'ont pas grand-chose à voir avec la privation. Par contre, la “pauvreté”, lorsqu'elle est évoquée en tant que problème social, a un sens bien délimité et est indéniablement associée à une privation due à des difficultés économiques. », Haut-commissariat des Nations unies aux droits de l'Homme (HCHD), *Les droits de l'Homme et la lutte contre la pauvreté. Cadre conceptuel*, 2004, 38 p., p. 5.

⁴⁷ « La pauvreté peut être comprise comme l'absence ou l'insuffisance de moyens permettant de satisfaire les besoins d'un agent. », D. ZWARTHOED, *Comprendre la pauvreté. John Rawls, Amartya Sen*, Paris, PUF, 2009, 154 p., p. 5.

L'approche unidimensionnelle de la pauvreté consiste à appréhender ce phénomène des seuls points de vue économique et monétaire⁴⁸. La pauvreté sera ainsi mesurée sur la base des revenus ou du pouvoir d'achat, à partir d'indices chiffrés. Toutefois, le regard sur la pauvreté a changé dès lors qu'il a intégré un critère de « justice »⁴⁹ – notamment de justice sociale –, ainsi que le raisonnement fondé sur les « capacités »⁵⁰. À cet égard, le rapport Wresinski contenait une « définition de la grande pauvreté et des populations concernées », qui avait pour point de départ la précarité. Celle-ci était comprise comme « l'absence d'une ou plusieurs des sécurités, notamment celle de l'emploi, permettant aux personnes et familles d'assumer leurs obligations professionnelles, familiales et sociales, et de *jouir de leurs droits fondamentaux* »⁵¹. Le rapporteur a alors constaté que la précarité « conduit à la *grande pauvreté*, quand elle affecte plusieurs domaines de l'existence, qu'elle devient persistante, qu'elle compromet les chances de réassumer ses responsabilités et de reconquérir ses droits par soi-même, dans un avenir prévisible »⁵². Ce faisant, le document a participé à ancrer l'approche multidimensionnelle de la pauvreté. Que l'on se place dans celle-ci, ou dans l'approche unidimensionnelle, l'attitude de l'observateur réalise dans les deux cas une lecture de la pauvreté même, il s'agit d'un effort de définition en ce que celui-ci consiste à identifier ce dont il s'agit. Cet exercice est à différencier de celui de l'évaluation du concept de pauvreté.

En effet, définir la pauvreté même diffère de l'étude du concept de pauvreté⁵³. Les dictionnaires Robert et Larousse donnent une signification similaire au mot « concept ». Selon le premier, il s'agit d'une « [i]dée générale ; représentation abstraite d'un objet ou d'un ensemble d'objets ayant des caractères communs »⁵⁴, tandis qu'aux termes du second, il désigne une « [i]dée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet de pensée concret ou abstrait, et qui lui permet de rattacher à ce même objet les diverses perceptions qu'il en a, et d'en organiser les connaissances »⁵⁵. La définition invite à considérer le contenu même de la notion considérée. Étant entendu que le mot sert une fonction de langage, qu'il est un habillage linguistique permettant de désigner le contenu auquel il est fait référence⁵⁶, la définition de ce mot conduit à dévoiler ledit contenu. Le concept, quant à lui, porte inmanquablement à se concentrer sur des facteurs, des propriétés, des variables, qui sont en réalité extérieurs à la notion définie, et qui jouent un rôle essentiel en ce qu'ils permettent de la visualiser. Porter son attention sur un

⁴⁸ V. G.-F. DUMONT, « La pauvreté dans le monde : réponses inopérantes et solutions efficaces », *Les analyses de population & avenir*, 2019, n°16, pp. 1-20, p. 14.

⁴⁹ De « justice sociale », de « libertés », ou encore d'« équité », v. J. RAWLS, *A theory of Justice*, Harvard, HUP, 1971, 624 p.

⁵⁰ A. SEN, *Development as Freedom*, New York, Alfred Knopf, 1999, 366 p. Ainsi, « [d]ans le cadre de l'approche en termes de capacités, plutôt que les réalisations effectives (fonctionnements réalisés), c'est la liberté réelle des agents à mener un mode de vie souhaité qui est prise en considération. », C. GONDARD-DELCROIX, « Les représentations de la pauvreté : quels échos aux indicateurs internationaux ? Une étude qualitative sur les Hautes Terres de Madagascar », *Mondes en développement*, 2007, vol. 35, n°137, pp. 51-66, p. 51.

⁵¹ Rapport Wresinski, *op. cit.*, p. 6. (emphase ajoutée).

⁵² *Eod. loc.* (emphase ajoutée).

⁵³ J.-M. DENQUIN, « Concept de définition et définition du concept », in *Les concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, Paris, Classiques Garnier, 2021, 457 p., pp. 219-258.

⁵⁴ « Concept », Dictionnaire Le Robert.

⁵⁵ « Concept », Dictionnaire Larousse.

⁵⁶ « La nature et les enjeux de la 'définition' sont en effet susceptibles de varier selon le contenu que l'on donne à celle-ci. C'est particulièrement vrai dans les domaines où l'entité à définir n'est pas une réalité extralinguistique (objet tridimensionnel, corps chimique, espèce naturelle), mais une abstraction construite dans, par et pour le langage », J.-M. DENQUIN, *op. cit.*, p.219.

concept exige ainsi de se dédier à l'étude de l'ensemble des caractéristiques et des propriétés de l'objet au cœur des préoccupations, lesquelles déterminent véritablement la manière de se le représenter.

Pour ces raisons, proposer une réflexion sur le *concept* de pauvreté est une autre démarche que celle qui consiste à saisir l'essence de la pauvreté. Il s'agit-là d'un exercice qui se révèle subjectif, permettant de répondre à la question : « comment est conçue la pauvreté » ? Dans le cas de tendances subjectives majoritaires et concordantes, il y aura lieu d'en déduire l'existence d'un concept de pauvreté, qui n'en deviendra pas objectif pour autant, mais qui fera tout de même consensus. Ces débats théoriques intérieurs peuvent sembler superficiels, si bien que d'éventuelles interrogations pesant sur l'utilité de ces développements sont légitimes. Néanmoins, pour pouvoir lutter contre la pauvreté, comme les Nations unies ainsi que d'autres enceintes entendent le faire, encore faut-il avoir une idée de ce qu'est la pauvreté (*définition*)⁵⁷, ainsi que de comment elle est comprise et envisagée (*concept*).

S'il existait un concept de pauvreté, celui-ci aurait résulté d'un effort de représentation abstraite par l'opération d'identification de ses caractéristiques propres. Il semblerait alors que la pauvreté devienne un concept dès lors que des propriétés lui sont attribuées, qu'elles soient connues et qu'elles en permettent le traitement ou l'exploitation de données, par exemple par des modes de calculs. Toutefois, à la lecture de l'intitulé du sujet « l'évolution du concept de pauvreté au sein des Nations unies », il ne semble pas que l'existence d'un concept de pauvreté soit discutée. La formulation suggère que la question centrale soit celle de « l'évolution du concept de pauvreté », qui oriente à en rechercher d'hypothétiques transformations, à en établir de supposées mutations. Il a peut-être également été enrichi du fait du progrès scientifique et des avancées de la recherche, dans la lignée des études sur les outils de mesure de la pauvreté⁵⁸.

Du fait des marques de la délimitation du sujet « au sein des Nations unies », il s'avère peu surprenant que les sources identifiées pour mener à bien l'analyse coïncident avec certaines des sources du droit international public. En revanche, il y a lieu d'être surpris par le cœur de la question traitée car la pauvreté n'est pas une notion de droit international public. Le *Dictionnaire de la terminologie du droit international*⁵⁹ ne contient pas de définition des termes « pauvreté », « misère », « richesse », et pas même du mot « développement ». Le *Dictionnaire de droit international public*⁶⁰ ne procède pas non plus à la définition du mot « pauvreté », tandis que le mot « développement » fait l'objet d'un renvoi à la définition du *Dictionnaire économique et financier*⁶¹. Il n'existe d'ailleurs pas de droit international de la pauvreté, de même, l'absence d'un régime juridique de la pauvreté dans cette discipline est notable. En revanche, comme évoqué précédemment,

⁵⁷ On fait ici le choix d'inclure l'approche unidimensionnelle ou multidimensionnelle de la pauvreté dans le champ de sa *définition* et non du *concept*. On parlera ainsi de « la pauvreté unidimensionnelle » pour renvoyer à la pauvreté économique et l'extrême pauvreté, celle qui se manifeste par de faibles revenus et qui est à l'origine de la famine par exemple ; de la pauvreté « multidimensionnelle » dont l'étendue est plus large tel que reflétée par les ODD par exemple.

⁵⁸ V. *infra* I. B.

⁵⁹ J. BASDEVANT (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, 756 p.

⁶⁰ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.

⁶¹ *Ibid.*, p. 524., qui opère un renvoi à Y. BERNARD, J.-C. COLLI, *Dictionnaire économique et financier*, 4^e éd., Paris, Seuil, 1975. Aux termes de celui-ci, le « développement » désigne le « [p]rocessus de transformation des structures d'une société lié à la croissance ».

un droit international du développement ainsi qu'un « droit au développement »⁶² ont été consacrés. En outre, le droit international compte parmi ses branches spécialisées un droit international des droits humains qui n'est pas sans lien avec la pauvreté, ce qui a pu conduire le Secrétaire général des Nations unies à déclarer que « [l]a démarginalisation des pauvres *par le droit* est à la fois une stratégie et un objectif de développement »⁶³. Il y a lieu de rester mesuré toutefois, car comme l'a exprimé Florian Aumond à propos de la précarité, le fait que la notion soit abordée « dans le discours politico-juridique international [...] [reste] cependant insuffisant[] pour en inférer l'existence de “normes internationales pour la précarité” »⁶⁴, observation qui peut être transposée à la pauvreté. Il demeure néanmoins que le droit international public général ainsi que le droit international des droits humains n'ignorent pas la pauvreté. Certains auteurs font grief au droit positif⁶⁵ d'être un droit « utile » à ceux qui en sont à l'origine, à ceux qui en forment les règles, ce qui aurait pour effet de participer ou de stabiliser la pauvreté, justifiant ainsi qu'ils en appellent à de profondes réformes. Les détracteurs du droit positif nient toutefois certaines de ses vertus, au titre duquel des mécanismes correctifs peuvent être envisagés en vue de rectifier les travers du système décrié⁶⁶. Parallèlement, il existe sans doute un droit moral, qui sert l'idée de justice, selon lequel on ne peut tolérer que perdurent de tels écarts à l'origine de profondes inégalités humaines, elles alimentent une détresse réelle de nature à susciter l'indignation⁶⁷. Si l'on attribue au droit, au titre de ses nombreuses vocations, celle d'encadrer des phénomènes pour apporter des réponses voire des solutions juridiques, ceci se fait au moyen de divers exercices de qualification et de catégorisation. Ils rendent alors nécessaire l'élaboration de critères et de grilles de lectures du phénomène de la pauvreté. Or, ceux-ci dépendent, de toute évidence, de la manière dont est représentée la pauvreté, conduisant naturellement à se concentrer sur le *concept* de pauvreté tel que défini préalablement. Dès lors, il apparaît particulièrement pertinent de s'essayer à rendre compte d'une hypothétique évolution de ce concept dans l'enceinte multilatérale.

De fait, une actualisation du concept de pauvreté aux Nations unies est indéniable, celle-ci étant liée aux enjeux globaux nouveaux ayant affecté la société internationale (I). En effet, constamment exposées à des événements de résonance mondiale aux lourdes conséquences, les communautés humaines ont été contraintes de s'adapter, ce qui se constate également en matière de pauvreté. Dès lors, il s'avère incontournable

⁶² A. MAHIOU, « Le droit au développement », *Die Friedens-Warte*, 1997, vol. 72, n°2, pp. 139-159.

⁶³ Rapport du Secrétaire général, A/64/133, 13 juillet 2009, § 68. (emphase ajoutée).

⁶⁴ F. AUMOND, « La précarité saisie par le droit international. Le mot et la chose », *op. cit.*, p. 54.

⁶⁵ M. BENNOUNA, *op. cit.* pp. 24-26.

⁶⁶ « la norme internationale servait, avant tout, “à conforter le droit du plus fort”, c'est-à-dire du monde occidental. La décolonisation a bouleversé cet état de fait. Il n'était pas possible que les changements majeurs qu'elle a opérés fussent sans effet sur le contenu du Droit international. Il s'en est suivi une très grande production de documents qui, après avoir plongé le juriste dans la perplexité ou le désarroi, l'ont conduit à s'interroger. », E. JOUVE, *Le droit des peuples*, Paris, PUF, coll. *Que sais-je*, 1986, 128 p., p. 3.

⁶⁷ « À travers les références ambiguës au droit au développement, se projette l'exigence que les êtres humains qui peuplent les régions les plus pauvres du globe bénéficient enfin d'une répartition des ressources et des techniques moins inégalitaires. Le mal qui afflige notre monde trouve sa source première dans cette inégalité-là, la plus odieuse de toutes parce qu'elle transforme les États détenteurs de richesses en nations toujours plus riches, et voue les autres à la misère, à l'injustice sociale, et à la dictature. Ainsi, la lutte pour le respect des droits de l'homme est indissociable de la lutte pour un nouvel ordre international fondé sur le droit des nations à un juste développement économique et à une répartition moins inégalitaire de la richesse du monde. Il ne saurait y avoir de reconnaissance des droits de l'homme au seul profit d'une patrie de l'humanité, sans trahir le message de la Déclaration universelle. », R. BADINTER, « L'horizon moral de notre temps », Cahier spécial : 1948-1998 Les droits de l'Homme, une déclaration universelle à défendre, *Le Monde*, 5 décembre 1998.

d'apprécier le poids de ces différents éléments sur la manière dont est figurée la pauvreté à l'échelle internationale, ce qui requiert néanmoins au préalable d'identifier qui sont les « pauvres » que l'on se représente lorsqu'on prend en considération la pauvreté en tant que concept. Il sera démontré que ce point n'est pas toujours clair « au sein des Nations unies », en ce que sont ciblés à la fois des « nations pauvres », des « États en développement », dans le même temps qu'est reconnu un « droit des *peuples* au développement », pour qu'enfin l'on s'intéresse à la « pauvreté *humaine* », celle qui touche les *individus*. Tout ceci semble confirmer une évolution du concept de pauvreté aux Nations unies, d'autant plus que les indices permettant de mesurer la pauvreté, par l'élargissement des indicateurs faisant office de variable de calculs, mettent à leur tour en évidence une conception rénovée et enrichie de la pauvreté par les institutions spécialisées de l'Organisation. Néanmoins, ce constat risque d'être rapidement nuancé par l'évidente permanence de ce concept en raison de l'absence de transformation profonde de la perception du phénomène (II). Dans la pensée collective, il demeure très clair aujourd'hui, et en dépit de la réduction de l'extrême pauvreté, que non seulement, il existe toujours des « pauvres » et des « non pauvres », mais en outre que les motifs à l'origine de cette dichotomie sont identiques à ceux d'antan. La relation continue de reposer dans les esprits sur un rapport d'inégalité, qui se manifeste par une dépendance des uns à l'égard des autres. Les ingrédients qui nourrissent ce lien sont donc visualisés comme étant les mêmes, en outre, la catégorie même de « pauvres » ne semble pas avoir fondamentalement mué, si bien que la thèse d'une évolution du concept de pauvreté au sein des Nations unies peut être validement interrogée.

I. L'actualisation du concept de pauvreté aux Nations unies liée aux enjeux globaux nouveaux

La vision retenue des sujets de la pauvreté a démontré une certaine évolution du concept à travers l'alternance du prisme statocentré à celui de l'individu (A). En outre, il sera démontré qu'il semble exister des concepts de pauvreté au pluriel, témoignant d'une diversification de la représentation du phénomène (B).

A. Une vision changée des sujets de la pauvreté : l'alternance du prisme statocentré à celui de l'individu

Au sein des Nations unies, lorsque organes et agences s'intéressent à la pauvreté, ceux-ci conçoivent nécessairement des entités ou individus concernés par la pauvreté, dénommés les pauvres. Or, en raison des différentes phases dans la prise en compte de la pauvreté, et de l'association de celle-ci aux phénomènes qui lui sont connexes, il semble possible de relever un changement de regard sur ces pauvres. Si ce sont les États qui sont visés dans les premiers temps de la discussion, assez rapidement, l'intérêt de l'organisation internationale s'est porté vers les peuples, et par suite a conduit à retenir les individus.

Au temps où la pauvreté était appréhendée sous l'angle du droit international du développement, il ressort clairement de la manière dont les Nations unies ont entendu y répondre qu'elle était fondée sur un prisme statocentré. Pour autant, les textes internationaux, de droit souple ou de droit dur, n'admettaient pas l'appellation « pays pauvre », ni celle d'« État pauvre » d'ailleurs. À ces dernières était préféré l'emploi du qualificatif « en développement ». Par exemple, l'Assemblée générale⁶⁸ a ainsi reconnu

⁶⁸ Sur le rôle de l'Assemblée générale des Nations unies en matière de développement des États, v. M. LELOUP, A. FAUVE, « Chapitre 7. Les temps du développement à l'Assemblée », G. DEVIN, F.

« qu'il import[ait] d'encourager les *pays* insuffisamment développés à mettre à profit et à exploiter comme il convient leurs richesses et leurs ressources naturelles », et, notant « que le développement économique des *pays* insuffisamment développés est l'une des conditions essentielles du renforcement de la paix universelle ». Elle a, à cette occasion, consacré un « droit des *peuples* d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles [lequel] est inhérent à leur souveraineté et conforme aux buts et principes de la Charte des Nations unies »⁶⁹. Un lien se dessine entre le faible développement économique d'un grand nombre d'États et le niveau de pauvreté de ces États.

Il est intéressant de voir que dans les réflexions relatives au développement, la donnée « peuple » a progressivement été intégrée pour surmonter les clivages et les obstacles. En effet, aux Nations unies, une dénomination a été privilégiée, celle de « peuple », néanmoins ce à quoi elle renvoie n'était pas toujours clair. Un auteur a exprimé l'idée de la « définition introuvable du peuple »⁷⁰. Ceci s'avérait d'une grande utilité, car la notion désignait habilement à la fois les États, et les composantes du peuple à savoir les individus, à une époque où les processus de libération nationale étaient encore en cours. Le Pr. Jean Salmon a ainsi pu observer que « le statut de peuple, pour les peuples colonisés, apparaît comme une étape transitoire. Le peuple n'attend qu'une chose c'est de devenir un État, honneur suprême, concrétisé par l'admission aux Nations unies. À partir de ce moment-là, le peuple se dissout au profit de l'État, comme se dissolvent les peuples distincts qui peuvent exister dans le nouvel État ainsi créé »⁷¹. Dans ce cas précis, le mot « peuple » renvoie à l'État. L'Assemblée générale dans sa résolution 1710 a ainsi rendu compte de « l'engagement solennel contenu dans la Charte [...] de favoriser le progrès social, d'instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande et de recourir aux institutions internationales pour encourager le développement économique et social de tous les *peuples* »⁷², avant d'établir que « le développement économique et social des *pays* économiquement peu développés est non seulement d'une importance capitale pour ces *pays*, mais aussi essentiel pour la paix et la sécurité internationales et pour un accroissement plus rapide et mutuellement profitable de la prospérité mondiale »⁷³. Le principe de souveraineté des peuples sur les ressources naturelles, reconnu par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution a traduit précisément cette idée : « [l]e droit de souveraineté permanente des *peuples* et des *nations* sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'État intéressé »⁷⁴. À titre subsidiaire, et bien qu'ayant peu de lien avec le concept de pauvreté, il peut être remarqué que la reconnaissance de la souveraineté des pays en développement sur les

PETITEVILLE, S. TORDJMAN, *L'Assemblée générale des Nations unies. Là où le monde se parle depuis 75 ans*, Paris, Presses de Sciences Po, 2020, 302 p., pp. 161-180.

⁶⁹ Résolution de l'Assemblée générale « Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles », A/RES/626 (VII) du 21 décembre 1952 (emphase ajoutée).

⁷⁰ J.-P. COLIN, « Rapport introductif », in *Réalités du droit international contemporain. Force obligatoire et sujets de droit*, Reims, Centre d'études des relations internationales, 1977, 278 p., p. 126.

⁷¹ J. SALMON, « Droit des peuples et droits des États », in *Réalités du droit international contemporain. Force obligatoire et sujets de droit*, Reims, Centre d'études des relations internationales, 1977, 278 p., p. 122.

⁷² Résolution de l'Assemblée générale « Décennie des Nations unies pour le développement : programme de coopération économique internationale », A/RES/1710 (XVI) du 19 décembre 1962 (emphase ajoutée).

⁷³ *Eod. loc.* (emphase ajoutée).

⁷⁴ Résolution de l'Assemblée générale « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », A/RES/1803(XVII) du 14 décembre 1962.

ressources naturelles n'a hélas pas permis de régler efficacement le retard de développement, et le problème de pauvreté, en raison notamment de pillages ou d'exploitation illégale. Ceci qui est d'autant plus dommageable compte tenu des difficultés à sanctionner de tels comportements⁷⁵. À cette occasion, il faut souligner que l'évolution du droit à l'autodétermination ayant conduit à la reconnaissance du droit des peuples à disposer de leurs ressources s'est fait avec l'accord des nations occidentales, sous conditions⁷⁶, ce qui peut en partie expliquer pourquoi « l'exploitation, voire la surexploitation des ressources naturelles des pays issus de la décolonisation – et plus largement des pays en développement – par des entreprises étrangères n'a pas cessé »⁷⁷. En réalité, celle-ci « s'est même accentuée, comme le révèlent le phénomène d'accaparement des terres arables dans des pays où sévit la malnutrition, la surexploitation des ressources aquifères dans des pays touchés par la sécheresse, ou encore le détournement des rentes minières, gazières, ou pétrolières dans des pays où une grande partie de la population vit en dessous du seuil de *pauvreté* »⁷⁸. À ce stade, il y a lieu de rappeler l'injonction faite par Henri Bartoli :

« [C]omment ne pas appeler les États à ne pas remplir leurs obligations en la matière, et ne pas inviter les entreprises, les sociétés transnationales, les institutions onusiennes, à adopter des stratégies contribuant à l'appropriation par les peuples des droits de l'homme ? »⁷⁹.

À ce propos, lorsque la pauvreté a été considérée sous l'angle des droits humains, un changement de cible a semblé s'opérer dans la représentation de ceux concernés par la pauvreté si bien que le raisonnement s'est situé à l'échelle des individus. Il y a lieu de relever la résolution de l'Assemblée générale, selon laquelle le droit d'autodétermination est une condition préalable de la jouissance des droits fondamentaux de l'homme⁸⁰. Le droit à l'autodétermination, à destination des *peuples*, un préalable aux droits humains, est évocateur dans l'utilisation faite du mot « peuple ». Les instruments onusiens de protection, quant à eux, qu'il s'agisse de la DUDH ou des deux Pactes, laissent entrevoir que les individus ont été ciblés comme destinataires⁸¹. Cela est peu surprenant, car

⁷⁵ G. LE FLOCH, « L'ONU : quel pouvoir de contrainte et de sanction contre l'exploitation illégale des ressources naturelles ? », M. AILINCAI, S. LAVOREL (dir.), *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2013, 252 p., pp. 193-209.

⁷⁶ Le droit de mener des activités économiques et de poursuivre des opérations d'investissement fait l'objet d'un encadrement, de même, les éventuelles mesures d'expropriation et de nationalisation qui surviendraient en application du principe ainsi reconnu donnent droit à des indemnités convenues, v. notamment G. FISCHER, « La souveraineté sur les ressources naturelles », *AFDI*, 1962, vol. 8, pp. 516-528, pp. 521-522.

⁷⁷ L'auteur poursuit en relevant à juste titre que « [d]ans tous ces exemples, l'exploitation des richesses et des ressources naturelles ne bénéficie pas aux populations locales ; elle se fait même souvent au détriment de leur environnement, de leur *développement*, voire de leur survie. », S. LAVOREL, « Exploitation des ressources naturelles et droit des peuples à l'autodétermination économique », M. AILINCAI, S. LAVOREL (dir.), *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2013, 252 p., pp. 35-69, pp. 36-37.

⁷⁸ *Eod. loc.*

⁷⁹ H. BARTOLI, *Repenser le développement. En finir avec la pauvreté*, Paris, UNESCO – Economica, 1999, 295 p., p. 5.

⁸⁰ Résolution de l'Assemblée générale « Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », A/RES/637(VII) du 16 décembre 1952.

⁸¹ « La troisième génération des droits de l'homme est destinée à réaliser la conciliation des droits civils et politiques (libertés dites formelles) et des droits économiques et sociaux (libertés dites réelles) qui ont fait l'objet des deux pactes internationaux adoptés par les Nations unies en décembre 1966. En effet, pour la jouissance des premiers, il faut garantir à la personne concernée un 'niveau de vie minimum' dans le cadre des seconds. La mesure du droit au développement se fera nécessairement au niveau individuel en appréciant, en particulier, la satisfaction des besoins fondamentaux, mais son exercice sera collectif au niveau des peuples organisés en États. », M. BENNOUNA, *op. cit.*, p. 21.

« [L]es luttes de libération ne vaudraient pas la peine d'être menées si, en fin de compte, elles ne visaient pas à délivrer l'homme de ses besoins les plus immédiats et à faire de lui un être plus digne, plus libre, plus responsable et, en fin de compte, plus heureux »⁸², en référence à l'image de « l'homme nouveau » décolonisé. Selon le Pr. Mohamed Bennouna :

« [L]'évolution du droit international conduit de plus en plus à lever le voile des formes étatiques pour saisir les *peuples* et les *personnes humaines* destinataires directs de droits et d'obligations internationaux. Cette évolution s'est réalisée sous l'effet de la reconnaissance internationale du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et, en tant que corollaire, de leur souveraineté sur les richesses naturelles et activités économiques inscrits à l'article 1 des pactes internationaux sur les droits de l'homme. Toute collectivité a donc le droit de disposer des moyens d'assurer à ses membres la satisfaction des besoins fondamentaux en choisissant elle-même les modalités appropriées »⁸³ (emphases ajoutées).

Cette translation dans la représentation des sujets concernés par le phénomène de pauvreté a été constatée aussi dans les discussions au sein de l'ECOSOC. Elle peut être retracée à partir d'une étude des résolutions rendues par la Commission des droits de l'Homme⁸⁴. À ce titre, dans la résolution 4 (XXXIII) du 21 février 1977⁸⁵, celle-ci, ayant reconnu l'existence d'un droit au développement, elle a demandé au Secrétaire général des Nations unies de préparer une étude sur les dimensions internationales d'un tel droit. Des précisions en ce sens ont été apportées par le Secrétaire général dans son rapport relatif aux « dimensions internationales du droit au développement comme un droit de l'homme »⁸⁶. Il est intéressant de noter que dans ce document ont été désignés sujets et bénéficiaires du droit au développement : les États, les peuples, ainsi que les individus. Selon le Secrétaire général, « [i]t is clear that there is a universal right for all States to pursue their own development in an international environment which is conducive to that process »⁸⁷, et dans le même temps, « [i]ust as peoples are entitled to self-determination so too are they among the subject and beneficiary of the right to development »⁸⁸. Enfin, de son avis, « the individual is a subject of the right to development in so far as the entire process of development must be aimed at the spiritual, moral, and material advancement of the whole human being, both as a member of society and from the point of view of individual fulfillment »⁸⁹.

Il faut souligner l'emploi du terme « peuples » détenant un droit à l'autodétermination, qui a ici fait l'objet d'un effort de définition puisque le rapport propose des critères comme suit :

« In determining what constitutes a "people" in the context of self-determination the following criteria have been proposed :

⁸² E. JOUVE, *op. cit.*, p. 118.

⁸³ M. BENNOUNA, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁴ Commission des droits de l'Homme, Résolution 2 (XXXI) du 10 février 1975.

⁸⁵ Commission des droits de l'Homme, Résolution 4 (XXXIII) du 21 février 1977.

⁸⁶ « In broad terms then, it might be said that the specifically "international" dimensions of the right to development are of major and increasing significance », Rapport du Secrétaire général « The international dimensions of the right to development as a human right in relation with other human rights based on international cooperation, including the right to peace, taking into account the requirements of the new international economic order and the fundamental needs », E/CN.4/1334 du 11 décembre 1978, § 33.

⁸⁷ *Ibid.*, § 87.

⁸⁸ *Ibid.*, § 89.

⁸⁹ *Ibid.*, § 92.

- (i) The term “people” denotes a social entity possessing a clear identity and its own characteristics ;
- (ii) It implies a relationship with a territory, even if the people in question have been wrongfully expelled for it and artificially replaced by another population ;
- (iii) A people should not be confused with ethnic, religious or linguistic minorities [...] »⁹⁰.

Cela a eu pour effet de clarifier la signification de la notion. Celle-ci serait, aux termes de ce document, à différencier aussi bien du terme d'État que de celui d'individu. En définitive, les travaux et les discussions ultérieures qui en ont résulté ont finalement abouti à une « Déclaration sur le droit au développement »⁹¹ adoptée en 1986 par l'Assemblée générale des Nations unies, laquelle a porté un intérêt aussi bien aux États, aux peuples, qu'aux individus.

Le choix de terminologie employée s'avère ainsi être un bon indicateur afin d'être renseigné sur les sujets de la pauvreté appréhendés. Parfois, les individus sont les seuls sujets identifiés comme cela est le cas dans la formulation des articles 25⁹² et 26⁹³ de la DUDH. En dehors de l'enceinte onusienne, la Charte sociale européenne⁹⁴ du Conseil de l'Europe peut être citée en exemple. Ce texte établit des droits sociaux, et notamment un droit à la protection contre la pauvreté, ainsi qu'un droit au logement. Or, les destinataires de tels droits clairement identifiés sont les « personnes »⁹⁵, et non pas les « peuples ». Ceci résulte de l'approche de la pauvreté qui a été retenue par les négociateurs du texte, à savoir ici non pas la pauvreté unidimensionnelle, mais multidimensionnelle. En témoigne l'article 30 intitulé « droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale » qui dispose qu'

« [e]n vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, les Parties s'engagent : (a) à prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille »⁹⁶.

Surement, certains organes des Nations unies avaient un intérêt à entretenir cette confusion, leur laissant ainsi une marge de manœuvre dans le traitement de la pauvreté. Ceux-ci, conscients sans doute de cette incertitude, ont adapté le vocabulaire, il en

⁹⁰ *Ibid.*, § 88.

⁹¹ A/RES/41/128 du 4 décembre 1986, v. aussi C.-A. COLLIARD, « L'adoption par l'Assemblée générale de la déclaration sur le droit au développement », *AFDI*, 1987, vol. 33, pp. 614-628 ; A. KERDOUN, « Le droit au développement en tant que droit de l'Homme », *RQDI*, 2004, pp. 73-96.

⁹² « Toute *personne* a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, le logement, les soins médicaux, ainsi que pour les services sociaux nécessaires : elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse, ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté », Article 25 § 1, Déclaration universelle des droits de l'Homme, *op. cit.*

⁹³ « Toute *personne* a droit à l'éducation. », Article 26 § 1, *ibid.*

⁹⁴ Charte sociale européenne, signée le 18 octobre 1961, entrée en vigueur le 26 février 1965, révisée le 3 mai 1996, la version révisée est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999.

⁹⁵ « Les Parties reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et principes suivants : [...] ».

(30) Toute personne a droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale », *ibid.*, Partie I.

⁹⁶ *Ibid.*, Article 30.

résulte une forme d'évolution. Les dénominations choisies pour la Journée internationale des Nations unies pour l'élimination de la pauvreté en sont aussi une bonne illustration. Ainsi, le thème « [c]onstruire ensemble : mettre fin à la pauvreté persistante, respecter tous les *peuples* et notre planète » a été arrêté à l'occasion de la journée de la misère de l'année 2021. En 2017, il s'était agi de « [r]épondre à l'appel du 17 octobre pour mettre fin à la pauvreté : un chemin vers des *sociétés* pacifiques et inclusives ». L'emploi de la dénomination « personnes » indique clairement le prisme de l'individu et le recul du prisme statocentré. Tel a été le cas dans la formulation des objectifs de 2014 « [n]e laisser *personne* de côté. Réfléchir, décider et agir ensemble » ; de 2013 « [e]nsemble vers un monde sans discrimination, en s'appuyant sur l'expérience et la connaissance des *personnes* dans la grande pauvreté » ou encore de 2008 « [d]roits de l'Homme et dignité des *personnes* vivant dans la pauvreté ». Enfin, un qui se démarque particulièrement est celui de 2011 : « [d]e la pauvreté à la viabilité : les *populations* au centre d'un *développement* inclusif », avec la mention « tout en protégeant l'environnement ».

En tout état de cause, il semble qu'il faille accepter que les différents problèmes existent et qu'ils se superposent. Cela se constate clairement au regard aussi bien des OMD que des ODD. C'est ainsi qu'au rang des OMD figurent des mesures sectorielles qui sont à destination non seulement des individus dans les deux premiers objectifs⁹⁷, mais en outre à des catégories spécifiques au sein de ce groupe, comme cela transparait dans les objectifs 3 et 4, « promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes » et « réduire la mortalité des enfants » respectivement. À ces priorités identifiées s'ajoute celle consistant à « mettre en place un partenariat mondial pour le développement », ce qui semble suggérer cette fois-ci implicitement des destinataires étatiques.

Il ressort des observations précédentes qu'au sein des Nations unies, la perception des sujets de la pauvreté a pu évoluer. Le prisme statocentré que les réflexions autour de la notion de droit au développement a d'abord induit, a admis progressivement la prise en compte des peuples, un terme à usages multiples. Le droit au développement a ensuite fait place à l'individu, celui-ci ayant été envisagé comme destinataire de droits en lien avec la pauvreté unidimensionnelle comme multidimensionnelle dans le cadre du droit international des droits humains également. Ce changement de regard sur les sujets d'un droit au développement pour lutter contre la misère a pu démontrer une actualisation du concept de pauvreté, lorsque celle-ci est associée aux autres domaines qui lui sont connexes tels que le développement ou les droits fondamentaux. Il convient à présent de s'interroger sur l'existence d'un concept unique de pauvreté, dès lors que celui-ci semble donner lieu à des représentations plurielles dudit phénomène.

⁹⁷ « Éliminer l'extrême pauvreté et la faim » (objectif 1), objectif 2 « assurer l'éducation primaire pour tous », OMD. La catégorie « individus » apparaît d'ailleurs dans les cibles, notamment celles du premier OMD : « réduire de moitié, entre 1990 et 2015, la part des individus vivant avec moins d'un dollars par jour » ; « fournir un emploi décent et productif à tous, femmes et jeunes inclus » et « réduire de moitié entre 1990 et 2015 la part des individus souffrant de la faim ».

B. Une diversification de la représentation du phénomène : des concepts de pauvreté « au pluriel »

Il n'y a pas une seule pauvreté, mais plutôt des pauvretés. Ceci est vrai en ce qui concerne la pauvreté *définition*⁹⁸, laquelle admet plusieurs contenus possibles de la pauvreté. En témoigne la diversité d'approche entre la pauvreté unidimensionnelle et la pauvreté multidimensionnelle. Est-ce que, de la même manière, il ne serait pas pertinent de parvenir au constat de l'existence de plusieurs concepts de pauvreté ? Cette étude, qui a fait place jusqu'à présent au concept de pauvreté au singulier, entreprend d'envisager les concepts de pauvreté « au pluriel ».

En introduction a été exprimée l'idée selon laquelle il peut y avoir plusieurs représentations différentes de la pauvreté, et donc plusieurs visions de la pauvreté. En outre, ont été évoquées les visions majoritaires et concordantes de la pauvreté, lesquelles conduisent à la formation d'un concept. Par conséquent, il faudrait rechercher l'éventuelle coexistence de plusieurs concepts de pauvreté, avec par exemple un concept majoritaire, et des concepts d'opposition qui sont assez fédérateurs en ce qu'ils regroupent un nombre suffisant d'acteurs de sorte qu'ils méritent aussi qu'on en tienne compte. Les documents de travail, programmes de lutte contre la pauvreté, et autres textes internationaux « au sein des Nations unies » témoignent-ils de ceci ? Comment expliquer ces différences de regard, de prisme ? Et surtout, comment se manifestent-elles ?

Il est sans doute intéressant de comparer comment est conçue la pauvreté par deux organismes chargés de la promotion du développement économique et de la réduction de la pauvreté : le PNUD, et la Banque mondiale⁹⁹.

Lors de la période allant de la fin des années 1990 au début des années 2000, la Banque mondiale a distingué l'extrême pauvreté de la pauvreté générale, différence qui repose essentiellement sur une approche monétaire¹⁰⁰, alors que les rapports du PNUD ont démontré que plusieurs pauvretés pouvaient être envisagées : l'« extrême pauvreté »¹⁰¹, la « pauvreté générale »¹⁰², et la « pauvreté humaine »¹⁰³. Concernant la mesure de la pauvreté monétaire, le PNUD a alerté sur les difficultés liées à la prise en compte d'un seuil de pauvreté identique, qui ne reflète pas les spécificités de chaque pays. Le seuil national repose sur des variables aléatoires d'une nation à l'autre,

⁹⁸ « Le progrès et la pauvreté sont multidimensionnels par la diversité de leurs facettes, la variété de leurs relations avec les composantes du milieu où ils se manifestent et se propagent, la pluralité du sens est qu'il est possible de leur attribuer selon les individus et les groupes, les lieux et les temps, la grande variété des politiques nécessaires à leur maîtrise. Sans doute convient-il, sans renoncer à dégager des caractéristiques communes, de parler de l'un et de l'autre au pluriel si l'on veut pouvoir les envisager à l'échelle du monde et de l'histoire », H. BARTOLI, « Progrès et pauvreté : les concepts et leur dialectique selon les civilisations et les cultures », in *Pauvreté, progrès et développement*, Paris, L'Harmattan, coll. UNESCO, 1990, 332 p., pp. 19-60, pp. 29-30.

⁹⁹ Fait partie des institutions spécialisées des Nations unies.

¹⁰⁰ « La pauvreté monétaire relève plutôt de la démarche de la Banque mondiale, alors que la pauvreté humaine semble être un concept spécifiquement onusien », E. BENICOURT, « La pauvreté selon le PNUD et la Banque mondiale », *Études rurales*, 2001, pp. 35-54, p. 36.

¹⁰¹ « une personne vit dans la pauvreté extrême si elle ne dispose pas des revenus nécessaires pour satisfaire ses besoins alimentaires essentiels – habituellement définis sur la base de besoins caloriques minimaux », PNUD, Rapport *Vaincre la pauvreté humaine*, 2000.

¹⁰² « Une personne vit dans la pauvreté générale si elle ne dispose pas des revenus suffisants pour satisfaire ses besoins essentiels non alimentaires – tels l'habillement, l'énergie et le logement – et alimentaires », *eod. loc.*

¹⁰³ La pauvreté humaine est « l'absence des capacités humaines de base : analphabétisme, malnutrition, longévité réduite, mauvaise santé maternelle, maladie pouvant être évitée », *eod. loc.*

dépendant notamment des facteurs politiques. Dans son *Rapport mondial sur le développement humain* de 1997, le bureau de recherche du PNUD observait ainsi que « [d]ans le cadre de ses comparaisons internationales, la Banque mondiale se fonde sur un seuil de pauvreté fixé à 1 dollar (en parités de pouvoir d'achat, ou PPA de 1985) par jour et par personne [...] seuil de pauvreté [...] calculé en fonction de la consommation », cependant, il a « recommandé d'utiliser un seuil de pauvreté correspondant à 2 dollars (en PPA) par jour pour l'Amérique latine et les Caraïbes et de 4 dollars (en PPA de 1990) pour les pays d'Europe de l'Est et de la CEI »¹⁰⁴.

Ne s'intéressant pas uniquement à la pauvreté monétaire, le Bureau en charge du Rapport sur le développement humain du PNUD, qui a longuement étudié la notion de développement humain pour aboutir à celle de pauvreté humaine, s'est ainsi demandé s'il était « possible de circonscrire le concept de pauvreté humaine et d'en rendre compte ? »¹⁰⁵. En guise de réponse, le rapport de 1997 a présenté un « indicateur composite de la pauvreté humaine (« IPH ») » qui s'ajoutait à celui préalablement mis en œuvre d'Indice de développement humain (« IDH »). L'IPH était destiné à « appréhender la dégradation de la qualité de la vie sous ses différents aspects, afin de fournir un instrument homogène d'évaluation de la pauvreté dans une communauté »¹⁰⁶. Celui-ci reposait alors sur l'utilisation de trois variables, « le pourcentage d'individus risquant de décéder avant l'âge de quarante ans »¹⁰⁷, « le pourcentage d'adultes analphabètes »,¹⁰⁸ et « les services procurés par l'économie dans son ensemble, cette troisième variable étant représentée par trois critères : le pourcentage d'individus n'ayant pas accès aux services de santé et à l'eau potable et le pourcentage d'enfants de moins de cinq ans victimes de malnutrition »¹⁰⁹. Les membres du bureau de recherche du PNUD, eux-mêmes conscients de la portée limitée d'un tel outil, ont reconnu que « [p]as plus que n'importe quel autre concept, la pauvreté humaine ne se laisse appréhender complètement par un instrument de mesure spécifique, et l'IPH n'a pas non plus cette prétention »¹¹⁰. Le PNUD a attiré l'attention sur le fait qu'« [e]n tant que concept, la pauvreté humaine recouvre de nombreux aspects que l'on ne sait pas mesurer – ou que l'on a pas pour habitude de mesurer »¹¹¹. Pour ces raisons « des dimensions, pourtant essentielles, de la pauvreté humaine ont été exclues de l'IPH [telles] l'absence de liberté politique, [...] la privation de pouvoir décisionnaire, [...] l'insécurité personnelle, [...] l'impossibilité de prendre part à la vie de la communauté et [l]es menaces pesant sur la viabilité à long terme et sur l'équité

¹⁰⁴ « Pour les comparaisons entre pays industrialisés, le présent rapport a adopté le seuil de pauvreté valable pour les États-Unis, et correspondant à 14,40 dollars (en parité de pouvoir d'achat, ou PPA de 1985) par jour et par personne »,

¹⁰⁴ « Peut-on mettre au point un système global de mesure à des fins tant d'information que d'action politique ? Peut-on définir un indicateur de la pauvreté permettant des comparaisons internationales ? », PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain*, 1997.

¹⁰⁵ « Peut-on mettre au point un système global de mesure à des fins tant d'information que d'action politique ? Peut-on définir un indicateur de la pauvreté permettant des comparaisons internationales ? », PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain*, 1997.

¹⁰⁶ *Eod. loc.*

¹⁰⁷ *Eod. loc.*

¹⁰⁸ *Eod. loc.*

¹⁰⁹ *Eod. loc.*

¹¹⁰ *Eod. loc.*

¹¹¹ *Eod. loc.*

intergénérationnelle »¹¹². L'IPH, « [e]n attirant l'attention sur les questions sociales du développement [...] se présente comme un indicateur plus complet que le taux d'incidence basé sur un seuil de pauvreté monétaire [...] cependant l'IPH présente des faiblesses – d'ailleurs admises par le PNUD – qui interrogent sur l'alternative qu'il représente par rapport aux indicateurs de la Banque mondiale »¹¹³. La critique tient surtout aux variables choisies, à savoir des « variables indirectes, peu à même d'appréhender des aspects qualitatifs du bien-être procuré » ainsi que le choix d'exclure le revenu dans le calcul dudit indice¹¹⁴.

Il apparaît donc clairement qu'au sein des institutions spécialisées des Nations unies chargées du développement, et ici plus précisément entre la Banque mondiale et le PNUD, des représentations différentes sont retenues de la pauvreté¹¹⁵, fondées sur la définition adoptée de la pauvreté. Le contenu même du phénomène appréhendé (pauvreté *définition*), emporte des conséquences sur la visualisation de ce phénomène (pauvreté *concept*). En outre, ce dernier dépend également des critères et des outils disponibles. Des difficultés à « saisir » certaines des propriétés auront des conséquences sur le concept, alors qu'une évolution, notamment par les progrès techniques permettant une meilleure évaluation des données, permettra éventuellement une transformation du concept ou, *a minima*, une adaptation de ce concept. L'actualité internationale liée aux récents défis : mondialisation, pandémie, crise environnementale, conflit armé, etc., a pu démontrer une mutation du concept de pauvreté au sein des Nations unies.

Cela a d'abord été démontré à travers l'indice global de pauvreté multidimensionnelle (IPM), chargé de mesurer la « pauvreté multidimensionnelle aigüe dans plus de 100 pays en développement », lancé en 2010 par l'Université d'Oxford et le Bureau du Rapport sur le développement humain du PNUD en vue de compléter l'indice de pauvreté internationale de 1,90 dollars par jour. En vertu de cet indice, « les personnes sont considérées comme souffrant de pauvreté multidimensionnelle si elles subissent des privations dans un tiers ou plus des 10 indicateurs ». Les dix indicateurs sont répartis au sein de trois dimensions de la pauvreté à savoir la santé (qui donne lieu à deux indicateurs : nutrition et mortalité infantile), l'éducation (là encore on retrouve deux indicateurs : durée de scolarisation et fréquentation scolaire) et le niveau de vie (ici six indicateurs : combustible de cuisson ; assainissement ; eau potable ; électricité ; logement ; biens). Il est à noter que « [t]ous les indicateurs d'une même dimension ont

¹¹² *Eod. loc.*

¹¹³ B. DESTREMAU, P. SALAMA, *Mesures et démesure de la pauvreté*, Paris, PUF, 2002, 168 p., pp. 92-93.

¹¹⁴ *Eod. loc.*

¹¹⁵ « En conclusion, on peut dire que le PNUD et la Banque mondiale ont de la pauvreté des approches sensiblement différentes. Cette différence se traduit dans les définitions données et dans les indicateurs employés pour l'évaluer. À travers le concept de "pauvreté humaine", le PNUD opte pour une définition englobante de cette réalité sociale, et l'indicateur composite retenu pour la mesurer vise à inclure des domaines considérés comme essentiels (santé et éducation). La Banque mondiale, quant à elle, tout en reconnaissant la complexité de la pauvreté, adopte une démarche "monétaire". Elle cherche à voir comment divers éléments se combinent pour exacerber la condition des *income-poor* ». L'auteur poursuit ainsi : « Cependant, ces différentes méthodes d'appréhension de la pauvreté ne se retrouvent pas dans une grille de lecture différenciée. Entre ces deux institutions, il n'existe pas de divergences profondes quant aux causes de la pauvreté qu'elles avancent, ou aux recommandations qu'elles font en matière de lutte contre la pauvreté. Pour l'une et l'autre, la bonne gouvernance (un système politique démocratique et décentralisé) et les opportunités (la croissance et l'accès aux marchés) sont les principaux remèdes à la pauvreté. Néanmoins, les mesures préconisées ne sont pas toujours claires ni justifiées de façon convaincante », E. BENICOURT, *op. cit.*, p. 18.

une pondération égale », ainsi, l' « IPM est le produit de l'incidence de la pauvreté multidimensionnelle (proportion de personnes en situation de pauvreté multidimensionnelle) et de l'intensité de la pauvreté multidimensionnelle (part moyenne de privations pondérées, ou score moyen de privations des personnes pauvres) et il est donc sensible à toute variation de ces deux composantes. En juillet 2023, l'IPM a fait l'objet d'une mise à jour par le PNUD, qui a permis à celui-ci de mettre en avant une réduction de la pauvreté multidimensionnelle de moitié en quinze ans, « démontrant que l'Objectif de développement durable (ODD) de réduire de moitié la pauvreté selon les définitions nationales en 15 ans est atteignable »¹¹⁶.

Il faut toutefois reconnaître que la Banque mondiale a, à son tour, élaboré ses propres instruments de mesure en vue de prendre en compte la pauvreté autre que monétaire. Dans son rapport annuel de 2018, suivant les recommandations de la commission Atkinson, le groupe de la Banque mondiale a ainsi introduit deux nouveaux instruments, l'un permettant de mesurer la pauvreté sociétale, et l'autre la pauvreté multidimensionnelle. Le premier, celui relatif à la pauvreté sociétale, a tiré les leçons de l'insuffisance des seuils de pauvreté identiques, et s'est proposé ainsi de mieux refléter les spécificités nationales en tenant compte du processus de croissance en cours¹¹⁷. Il est particulièrement bienvenu de souligner que, selon la Banque mondiale, le seuil de pauvreté sociétale « *combines elements of absolute poverty with elements of relative poverty* »¹¹⁸. Néanmoins, cette approche demeurerait calquée sur une vision de la pauvreté en termes de consommation des ménages, bien que le rapport insérait un critère de vie digne ou de vie décente¹¹⁹. Le calcul de la pauvreté multidimensionnelle proposé par le Groupe de la Banque mondiale reposait sur six indicateurs : consommation ou revenu ; niveau d'instruction ; taux de scolarisation ; eau potable ; sanitaires ; électricité, représentée au sein de trois dimensions dites du « bien-être » : conditions monétaires de vie, éducation, et infrastructures de base. Pris en compte conjointement, ils permettent de parvenir à l'indice de pauvreté multidimensionnelle. La Banque mondiale ne s'est pas contentée de l'élaboration d'un tel outil, elle l'a effectivement utilisé dans ses études ce qui lui a permis de parvenir à des constats édifiants¹²⁰ concernant la pauvreté non-monétaire, qu'elle relie néanmoins à la pauvreté unidimensionnelle¹²¹.

¹¹⁶ <https://www.undp.org/fr/communiqués/25-pays-ont-reduit-la-pauvrete-multidimensionnelle-de-moitie-en-15-ans-mais-11-milliard-de-personnes-restent-encore-en-situation-de>.

¹¹⁷ « *the World Bank introduced the societal poverty measure, which is also a way to measure poverty as countries grow. Unlike the US\$3.20-a-day and US\$5.50-a-day poverty lines, which remain fixed over time, the societal poverty line (SPL) varies across countries and within countries over time.* », World Bank, *Poverty and Shared Prosperity 2020 : Reversals of Fortune*, p. 29.

¹¹⁸ *Eod. loc.*

¹¹⁹ « *the SPL rises with higher levels of the median [...] that is, it is relative to median consumption across countries (Jolliffe and Prydz 2017) to capture the increasing basic needs that a person faces to conduct a dignified life as the country becomes richer.* », *Ibid.*

¹²⁰ « *The multidimensional poverty measure (MPM) shows that the high levels of extreme poverty in the Sub-Saharan Africa are compounded by deprivation in nonmonetary dimensions such as access to schooling and basic infrastructure. For example, in Sub-Saharan Africa, almost 20 percent of the population lives in households where at least one school-age child is not in school. Compared with other regions, Sub-Saharan Africa also shows greater overlaps across the different dimensions of poverty : about 40 percent of the region's multidimensionally poor are deprived in all three dimensions (income, education, and access to infrastructure), compared with 11 percent in Latin America and the Caribbean and 22 percent in the Middle East and North Africa* », *Ibid.*, p. 30.

¹²¹ « *The MPM builds on monetary extreme poverty, which is the focal point of the World Bank's monitoring of global poverty and is included as one of the MPM dimensions, along with access to education and basic infrastructure. The MPM is at least as high or as higher than the monetary poverty headcount in a country, to reflect the additional role of nonmonetary dimensions in increasing multidimensional poverty* », *Ibid.*, p. 43.

Plus récemment, la Banque mondiale a estimé à 691 millions le nombre de personnes vivant en dessous de 2,15 dollars par jour, seuil de l'extrême pauvreté en 2023¹²², soit 8,6% de la population mondiale. Il s'agit d'un chiffre, illustrant la pauvreté monétaire, qui avoisine celui enregistré en 2019, soit en période pré COVID-19. Les experts en données de la Banque mondiale, notant que « *[t]he economic setbacks of the COVID-19 pandemic resulted in the largest increase in global extreme poverty in decades* »¹²³, et constatant que « *[g]lobal poverty has now receded to levels closer to prior the pandemic* »¹²⁴, ils regrettent que le monde « *has lost three years in the fight against poverty* »¹²⁵. Toutefois, la pandémie a également eu des répercussions sur la pauvreté multidimensionnelle. Le PNUD s'est ainsi intéressé à la question de la scolarisation des enfants. Il a été constaté que « *[l]a perturbation de l'éducation formelle a été plus forte dans les pays où l'IPM est élevé* », raison pour laquelle la crainte d'une déscolarisation définitive a été exprimée¹²⁶. Le bureau de recherche sur le développement du PNUD, en s'intéressant au « rapport brutal entre la pauvreté multidimensionnelle et les privations et les vulnérabilités qui émergent dans le contexte de la pandémie de COVID-19 »¹²⁷, démontre une fois de plus la différence de représentation retenue de la pauvreté multidimensionnelle comparativement à celle considérée par le groupe de la Banque mondiale.

À ce stade de l'analyse, il semble pertinent d'insister sur les incidences des critères retenus dans l'évaluation de la pauvreté au moyen de seuils et d'indices. Ils pèsent en effet sur l'identification de concepts de pauvreté au pluriel. De fait, il ressort de ce qui précède que les indicateurs retenus par le PNUD ou la Banque mondiale, font office de critères. Ceux-ci sont appréciés de manière chiffrée, et permettent de réaliser un calcul, qui prend la forme de données. Celles-ci, résultat du calcul, renseignent sur la localisation de la pauvreté ainsi que sur son degré, son intensité. En effet, « *[l]a mesure de la pauvreté se voit ainsi attribuer une finalité noble s'il en est : témoigner de la démesure de la misère comme violation des droits de l'homme, et contribuer à la satisfaction de ces droits* »¹²⁸. Par conséquent, il est ici question de la réalisation même du phénomène de pauvreté, soit la pauvreté *définition*. Dans quelle visée ? Celle de servir la lutte contre la pauvreté. En mesurant l'étendue, des dispositifs d'accompagnement pour limiter ses effets négatifs peuvent être élaborés.

¹²² Un graphique qui présente ces données met également en avant les chiffres des émissions de gaz à effet de serre, il est accompagné de la description suivante : « *As global temperatures continue to rise, leading to worse living conditions for millions of people worldwide, the poorest are the most vulnerable and will be the most severely impacted* », <https://www.worldbank.org/en/home>.

¹²³ <https://blogs.worldbank.org/opendata/poverty-back-pre-covid-levels-globally-not-low-income-countries>.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ « L'expérience des crises sanitaires précédentes laisse malheureusement penser que bon nombre de ces enfants – en particulier ceux qui vivent dans les pays les plus pauvres – ne retourneront jamais à l'école. L'éducation fait partie intégrante du développement humain et contribue de façon déterminante à briser le cycle intergénérationnel de la pauvreté. Il est donc essentiel de permettre au plus grand nombre d'enfants de poursuivre leur éducation pour ne pas aggraver les inégalités et les désavantages et risquer de laisser pour compte les plus jeunes et les plus pauvres. », PNUD, *Rapport sur le développement*, 2021.

¹²⁷ *Eod. loc.*

¹²⁸ « La mesure de la pauvreté se voit ainsi attribuer une finalité noble s'il en est : témoigner de la démesure de la misère comme violation des droits de l'homme, et contribuer à la satisfaction de ces droits. Paradoxalement, c'est dans cette perspective ambitieuse qu'elle se révèle le plus incapable de rendre compte des dimensions les moins quantifiables de la misère et des souffrances qu'elle produit inévitablement, sauf à multiplier et à croiser les critères de façon à se rapprocher de leur multidimensionnalité », B. DESTREMAU, P. SALAMA, *op. cit.*, p. 149.

Or, les développements ont mis en exergue une évolution des critères retenus pour pouvoir effectuer un tel calcul. Les indicateurs attestent d'un choix opéré en faveur de ceux désignés, qui s'est fait au détriment d'autres variables laissées de côté. Il apparaît que cette désignation repose d'abord, il est vrai, sur des motifs techniques, certains phénomènes étant de toute évidence plus aisés à chiffrer que d'autres, tel est le cas du revenu par ménage ou du taux de pouvoir d'achat¹²⁹ plus facile à cerner que « la pleine citoyenneté » d'un individu. Néanmoins, il ne faudrait pas nier non plus l'aspect subjectif de la sélection des indicateurs, ici révélateur de la visualisation des propriétés de la pauvreté par les institutions qui conçoivent les outils de mesure et autres indices de la pauvreté. Par conséquent, le fait de cibler, par exemple, le niveau d'instruction, le taux de scolarité, le plein emploi, etc., démontre une représentation des caractéristiques de la pauvreté laquelle témoigne de la pauvreté *concept*.

À cet égard, un point est apparu comme particulièrement singulier, à savoir la perception de la pauvreté multidimensionnelle. Deux approches distinctes de la pauvreté multidimensionnelle sont retenues, l'une par la Banque mondiale et l'autre par le bureau de recherche du PNUD. Ces institutions spécialisées s'entendent sur quelques aspects : l'extrême pauvreté se mesure sur la base d'une approche monétaire, la pauvreté ne se limite pas à l'extrême pauvreté et il existe des dimensions non-monétaires de la pauvreté. De ce point de vue, il semble possible d'affirmer qu'elles se rejoignent sur la pauvreté *définition*¹³⁰.

En revanche, la manière dont le PNUD mesure l'IPH ou l'IPM témoigne d'une distance prise avec l'appréciation des revenus ou du pouvoir d'achat, alors qu'à l'inverse, la Banque mondiale fonde son calcul sur des indicateurs non-monétaires eux-mêmes appréciés sur la base du seuil monétaire de la pauvreté. En retenant des caractéristiques différentes, les deux institutions chargées de permettre le développement mettent en lumière la coexistence de deux concepts distincts d'une même pauvreté, ici la pauvreté multidimensionnelle.

Certes, la représentation de la pauvreté, ou en réalité, les représentations au pluriel de la pauvreté, témoignent d'une actualisation de la vision des organes et institutions des Nations unies sur ledit phénomène. Néanmoins, l'intérêt grandissant pour d'autres questions, manifesté notamment par le nombre étendu et le caractère novateur de certains des objectifs de développement durable, lesquels mettent en évidence des fragilités et vulnérabilités à surmonter, n'est pas constitutif d'un réel changement du regard sur la pauvreté. Ceci échoue à rendre compte d'une évolution substantielle du concept de pauvreté.

¹²⁹ À cet argument s'ajoute une autre justification d'un ordre plus idéologique. Dans les sociétés occidentales au sein desquelles le mécanisme économique est celui de marché, suivant une logique libérale et capitaliste, il semble que de tels critères soient en adéquation avec la vision dominante de ce qu'est le « bien-être ».

¹³⁰ « Mesurer la pauvreté, c'est déjà avoir des hypothèses sur la *définition* de cet état qualifié de pauvre, sur les critères pertinents pour la repérer, sur ses manifestations patentes et même, souvent, sur les causes et les effets de cette pauvreté dans divers registres. Autrement dit, sur la nature du problème qu'elle pose (et à qui) et sur les mesures souhaitables pour réduire ce problème (et pas forcément réduire la pauvreté). », (emphase ajoutée), B. DESTREMAU, P. SALAMA, *op. cit.* p. 146.

II. La permanence du concept de pauvreté aux Nations unies : l'absence de transformation de la perception du phénomène

La démarche qui consiste à rechercher s'il y a eu une évolution du concept de pauvreté au sein des Nations unies et à en établir les manifestations se heurte à une réalité, celle de l'échec d'une mutation profonde du concept. Celle-ci s'identifie aisément, compte tenu de la persistante dichotomie entre « pauvreté » et « non-pauvreté » (A), ainsi que du caractère demeuré identique de la catégorie de « pauvres » (B).

A. La persistante dichotomie entre « pauvreté » et « non-pauvreté »

Indépendamment de la vision de la pauvreté qui peut être retenue, ou du regard sur les sujets touchés par ce phénomène, il demeure clair dans l'esprit des institutions qu'il existe toujours des pauvres et des non-pauvres. Quelles que soient les déclinaisons de la pauvreté *définition* ou de la pauvreté *concept*, une distinction perdure entre la pauvreté et la non-pauvreté. De manière plus frappante, il ne s'agit pas là de seulement cerner ce clivage, mais aussi et surtout d'être imprégné du type de relation qui est à l'origine de la dichotomie, et qui la nourrit en réalité. Florian Aumond a ainsi observé à propos du « terme *precarious*, dont dérive 'précaire', [qu'il] renvoie, en particulier, à ce qui est obtenu par la prière. Il caractérise en conséquence une relation asymétrique dans laquelle celui qui donne se place en position de supériorité par rapport à celui qui, littéralement, adopte une posture de quémandeur »¹³¹. De ce point de vue, la relation entre le « pauvre » et le « non-pauvre » est symbolisée par un lien de dépendance¹³². Ceci repose sur une donnée concrète et objective qui ne dépend là de la seule représentation que se font des organes des Nations unies ou ses États membres, et qui n'est étrangement pas suffisamment prise en compte par les indices de pauvreté, il s'agit de la propriété, ce qui ressort clairement de la citation suivante tirée d'un ouvrage préparé au sein de l'Université des Nations unies :

*« Poverty exists only in relation to property. Where the institution of property does not exist, there may be scarcity, but there is no poverty. Accordingly, there are no poor people without rich people. The poor have been excluded from the resources that the rich exploit and enjoy – property is the institution that ensures that this will remain so. To make the strongest case right away : if you want to understand poverty, study the rich »*¹³³.

De manière intéressante, l'importance de la propriété et son rôle dans le lien de dépendance des pauvres vis-à-vis des non-pauvres se constate aussi bien au rang international dans les relations entre États, qu'à l'échelle des individus.

En matière de développement économique, le droit international du développement a pu apparaître à certains comme revêtant « les formes d'une dépendance durable des pays sous-développés »¹³⁴, l'ancien doyen de la faculté d'Alger le Pr. Madjid Benchikh a même employé la formule de « nouvel ordre dans la dépendance »¹³⁵.

¹³¹ F. AUMOND, « La précarité saisie par le droit international. Le mot et la chose », *op. cit.*, p. 57.

¹³² « D'où la grande insécurité de la situation de ce dernier dans la mesure où, soumis au bon vouloir de son 'bienfaiteur', il n'a finalement pas de prise sur sa situation », *eod. loc.*

¹³³ A. de SWAAN, « Poverty : a sociological view », in I. GRUNBERG, S. KHAN (ed.), *Globalization : The United Nations Development Dialogue. Finance, Trade, Poverty, Peace-building*, Hong Kong, United Nations University Press, 2000, 233 p., pp. 131-134, pp. 131-132.

¹³⁴ M. BENCHIKH, *Droit international du sous-développement, nouvel ordre dans la dépendance*, Paris, Berger Levrault, 1983, 331 p.

¹³⁵ *Ibid.*

Par ailleurs, à l'échelle des individus, dans un rapport du Secrétaire général des Nations unies intitulé « Démarginalisation des pauvres par le droit et élimination de la pauvreté » établi en application de la résolution de l'Assemblée générale 63/142¹³⁶, celui-ci eu l'occasion de déclarer qu'

« [e]n ce qui concerne le droit à la propriété, l'action de démarginalisation devra viser en priorité à mettre en place un régime foncier sans exclusive et favorable aux pauvres, qui leur assure un accès équitable et durable à la terre et à d'autres ressources naturelles, compte tenu des impératifs que constituent la sécurité alimentaire et la pérennité des moyens de subsistance. Il sera essentiel de garantir aux pauvres la sécurité et la stabilité de leurs droits fonciers, afin qu'ils ne vivent pas constamment dans la crainte d'être déplacés ou expulsés. L'accès à la terre, la propriété foncière et la bonne gestion foncière, en milieu rural comme en milieu urbain, sont des moyens de réduire les risques de précarité des droits fonciers et de faciliter l'élimination de la pauvreté »¹³⁷.

En s'intéressant à la propriété foncière sous l'angle de l'alimentation ou de la nutrition, l'Assemblée générale entretient ici une vision de la pauvreté qui n'est pas sans rappeler le premier objectif des OMD lequel liait l'extrême pauvreté et la famine. La notion de propriété invite également à considérer les enjeux au-delà de la pauvreté unidimensionnelle à travers le droit au logement, ce qui est induit par la résolution : « essentiel de garantir aux pauvres la sécurité et la stabilité [...] dans la crainte d'être déplacés ou expulsés »¹³⁸. Si la plupart de ces observations étaient essentiellement à destination des pays en développement, l'appel à garantir le droit au logement des personnes concernées par la pauvreté, mis en balance avec la propriété foncière, ne devrait pas épargner les pays développés. Ceux-ci sont aussi concernés par ces défis, en témoigne la constatation du comité des droits économiques et sociaux d'octobre 2021 adoptée en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, concernant la communication n°61/2018¹³⁹. Au cœur de la demande, figurait le droit au logement au sein d'un pays développé, ici la Belgique, en raison de résiliations de contrats de bail et d'expulsions forcées, l'auteur de la communication invoquait une « violation du droit à un logement convenable » garanti par l'article 11 du Pacte.

L'auteur de la communication avait fait valoir devant le Comité des droits économiques et sociaux qu'il « consid[érait] la législation interne en matière de bail d'habitation comme étant contraire au droit à un logement convenable en raison de la possibilité pour le bailleur de rompre le contrat sans motif, moyennant un préavis et une indemnité [ajoutant] que cette législation [était] utilisée par les propriétaires pour relouer leur bien à un loyer beaucoup plus élevé, entraînant une hausse sans précédent des prix des loyers et une crise du logement à Bruxelles »¹⁴⁰. Pour appuyer cette remarque, l'auteur de la constatation s'est fondé sur le *Rapport bruxellois sur l'état de la pauvreté* rendu en 2018 par

¹³⁶ « Souligne qu'il importe de mettre en commun les meilleures pratiques nationales en matière de démarginalisation des pauvres par le droit ; [p]rie le Secrétaire général de lui rendre compte à sa soixante-quatrième session de la démarginalisation des pauvres par le droit, au titre d'une question "Élimination de la pauvreté et autres questions liées au développement", compte tenu de l'expérience acquise par les différents pays dans ce domaine. », Résolution de l'Assemblée générale « Démarginalisation des pauvres par le droit et élimination de la pauvreté », A/RES/63/142 du 11 décembre 2008.

¹³⁷ Rapport du Secrétaire général « Démarginalisation des pauvres par le droit et élimination de la pauvreté », A/64/133 du 13 juillet 2009, §72.

¹³⁸ *Eod. loc.*

¹³⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Lorne Joseph Walters c. Belgique*, E/C.12/70/D/61/2018, du 12 octobre 2021, distribuée le 22 octobre 2021.

¹⁴⁰ *Ibid.*, § 5.3.

l'Observatoire de la Santé et du Social de Bruxelles¹⁴¹. Un tiers intervenant dans cette affaire, ici l'*Equality Law Clinic* de l'Université Libre de Bruxelles (ELC)¹⁴², a « soulign[é] que, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle Belge, l'accès à un logement décent constitue, en Belgique, un "objectif constitutionnel à atteindre progressivement", et non un droit »¹⁴³. A été rappelé le « contexte socio-économique d[e] la région de Bruxelles où le loyer a subi une augmentation de prix très importante qui a réduit la part du parc locatif accessible aux six premiers déciles de revenus, qui auraient accès à moins d'un tiers du marché locatif »¹⁴⁴, tout en soulignant que « la liste de ménages en attente pour un logement social aurait également augmenté ainsi que le risque de pauvreté et d'exclusion sociale »¹⁴⁵. Ce faisant, le tiers intervenant a opéré une corrélation entre le droit au logement et la pauvreté. C'est pourquoi, de son avis, « la loi applicable dans le cas d'espèce permet[tant] la résiliation sans motif d'un bail [...] constitue un déséquilibre entre la protection de la libre disposition pour le bailleur de son bien et celle du droit au logement du preneur, au détriment de ce dernier »¹⁴⁶, la distinction entre le « non-pauvre » propriétaire, et celui qui lui est dépendant, semble ainsi très nette. Le Comité des droits économiques et sociaux a mis en avant « que, d'après l'article 5, paragraphe 2, du Pacte, il ne peut être admise aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout pays en vertu de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré » incluant ainsi « le droit à la propriété privée »¹⁴⁷. De l'avis du Comité « [t]outefois, les États enfreindraient l'obligation qui leur incombe de protéger les droits consacrés par le Pacte si ils n'empêchaient pas les entreprises d'adopter des comportements violant ces droits ou qui auraient manifestement pour effet d'entraîner une telle violation, ou s'ils ne luttaient pas contre ces comportements »¹⁴⁸. C'est sur la base de cet impératif que le Comité consacre « [e]n conséquence, [que] l'objectif des politiques en lien avec le logement doit être de garantir l'accès à un logement convenable »¹⁴⁹. Il s'agit là d'une solution protectrice des droits des « pauvres » en ce qu'il est explicitement énoncé par le Comité que « [c]es politiques doivent apporter une protection suffisante aux locataires pour garantir les éléments essentiels du droit à un logement suffisant, tels que la sécurité légale de l'occupation, la capacité de paiement ou l'habitabilité »¹⁵⁰. C'est ce qui a conduit le Comité à « rappel[er] que les États sont tenus de prendre des mesures spéciales, dans toute la mesure des ressources disponibles, pour assurer la pleine jouissance des personnes âgées de la totalité des droits contenus dans le Pacte »¹⁵¹.

¹⁴¹ V. note de bas de page 10.

¹⁴² Conformément à la procédure prévue à l'article 8 du Protocole facultatif et du Guide concernant l'intervention de tiers.

¹⁴³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Lorne Joseph Walters c. Belgique*, op. cit. § 6.2.

¹⁴⁴ *Eod. loc.*

¹⁴⁵ *Eod. loc.*

¹⁴⁶ *Ibid.*, §6.3.

¹⁴⁷ Dont on nous précise qu'il est « reconnu par la législation de l'État partie et par l'article 1^{er} du Premier Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme ratifiée par l'État partie », *Ibid.*, § 11.5.

¹⁴⁸ *Eod. loc.*

¹⁴⁹ *Eod. loc.*

¹⁵⁰ *Ibid.*, § 11.5.

¹⁵¹ *Ibid.*, § 11.6.

Ce lien qui prend la forme d'une fracture entre le pauvre dépendant et le « non-pauvre » propriétaire fait intervenir également une autre donnée, celle de l'aide ou de l'assistance. Pour les plus démunis « dans une situation de dépendance, survivre grâce à l'aide apportée, sous quelque forme que ce soit (matérielle, immatérielle, travail procuré), revient à afficher l'extrémité de sa situation »¹⁵². Constitue un véritable obstacle au développement humain ainsi qu'à la pleine citoyenneté le fait d'être placé dans cette « situation de dépendance [dans laquelle] on peut supposer qu'il n'est plus possible d'assurer soi-même ses "obligations sociales" »¹⁵³. Dès lors que « celui qui apporte son aide n'est jamais tout à fait pauvre »¹⁵⁴, la démarcation est scellée par « la notion de dépendance pure, c'est-à-dire le fait de ne pas pouvoir rendre l'aide reçue [qui] semble caractériser la pauvreté de façon ultime »¹⁵⁵. Or, un tel constat facile à dresser en ce qui concerne les personnes qui composent les sociétés humaines se vérifie également lorsqu'on retient un prisme étatique.

En effet, dans les relations interétatiques, les aides internationales au développement peuvent être rapprochées de l'aide sociale versée aux individus dans certains régimes nationaux. À propos de cette dernière, il est intéressant de relever que selon la Pre. Diane Roman, l'aide sociale est définie comme l'« ensemble de prestations en nature ou monétaires constituant une obligation mise à la charge des collectivités publiques par la loi et qui sont destinées à faire face à un état de besoin pour des bénéficiaires dans l'impossibilité d'y pouvoir »¹⁵⁶. Suivant cette logique, dans le paysage interétatique ont ainsi été consacrés « [u]n droit à l'assistance au travers des partenariats de commerce et d'investissement [incarnant] une nouvelle voie de la coopération au développement »¹⁵⁷ ainsi qu'« un droit à l'assistance technique pour orienter le libre-échange dans l'intérêt du développement des peuples »¹⁵⁸. Kiara Neri a pu souligner que la démarche consistant à « évaluer si le droit international économique [plus précisément, le traitement spécial et différencié] peut être un outil de "décolonisation" du droit international revient à se demander s'il peut être un moyen de mettre fin à l'organisation de la *dépendance* des Pays du sud »¹⁵⁹. Elle a constaté néanmoins un « échec de la "décolonisation" en pratique » dès lors que « les Pays en développement et les PMA semblent être maintenus dans une situation de dépendance tant économique [...] que politique [...] »¹⁶⁰.

¹⁵² C. GONDARD-DELCROIX, « Les représentations de la pauvreté : quels échos aux indicateurs internationaux ? Une étude qualitative sur les Hautes Terres de Madagascar », *Mondes en développement*, 2007, vol. 35-1, n°137, pp. 51-66, pp. 61-62.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 62.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 61.

¹⁵⁵ *Eod. loc.*

¹⁵⁶ D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, LGDJ, 2002, 494 p., p. 63 ; v. aussi M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2000, 520 p., p. 63.

¹⁵⁷ E. SERRURIER, *La résurgence du droit au développement : recherche sur l'humanisation du droit international*, Thèse de doctorat, Université Clermont Auvergne, 2018, 1148 p., p. 994.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 995 et suiv.

¹⁵⁹ K. NERI, « Le droit international économique comme moyen de "décoloniser" le droit international ? L'exemple des préférences commerciales », in A. GESLIN, E. TOURME-JOUANNET (dir.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, Aix en Provence, Dice Éditions, 199 p., pp. 119-131, p. 121.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 126.

Si l'aide au développement¹⁶¹ a de fait facilité dans une certaine mesure un relatif effet « rattrapage » des pays en développement, des spécialistes du droit au développement en ont assez tôt dénoncé les effets pervers, y voyant une tentation à se reposer sur ces aides au détriment de l'élaboration de stratégies et outils propres permettant le développement. À ce titre, l'Institut de recherche et de formation en vue du développement harmonisé (IFRED), à l'occasion du lancement de la revue *Développement et civilisations* en 1960, a élevé au rang de priorité de leurs recherches le thème de l'« éthique du développement ». Ceux-ci, martelant que « la dignité des peuples assistés doit toujours être respectée »¹⁶², faisaient grief au « don et [au] prêt qui créent la paresse [d'être] aussi immoraux que l'intervention d'assistance technique effectuée avec morgue »¹⁶³. Dans la continuité de ces remarques, dans un document de travail *The Rise and Fall of Development Aid*¹⁶⁴ du bureau de recherche du PNUD en date de 1997, des « leçons » ont été tirées des différents âges du développement consacrés au sein des Nations unies, lesquelles induisent un constat pessimiste sur les vertus de l'aide au développement. De fait, l'auteur est parvenu à une première constatation selon laquelle « [T]here is no conclusive evidence that official capital or food aid have contributed to gap-filling on a sustainable basis ». En second lieu, il a été souligné que « [T]he system of global economic governance has failed to mitigate the adverse conditions of the global economy for many developing countries ». Troisièmement, le rapport a opéré un rappel à la pauvreté multidimensionnelle, dont certaines thématiques n'ont pas été valorisées par l'aide internationale « [T]here are many essential institutional and contextual conditions necessary for development to proceed on a sustainable basis, which have little to do with economics and have been left largely untouched by aid ». Enfin, ces dispositifs ont été critiqués en ce que « *Development aid has perpetuated a two-tier (or four-tier) global hierarchy which inhibits the widening of international cooperation* ». À l'heure du bilan, l'idée du maintien dans une dépendance par le biais de l'aide internationale a été exprimée explicitement dans les phrases suivantes tirées de ce document de travail :

« *This association of [no aid without development, and no development without aid] has encouraged paternalism in aid relationships and inculcated a culture of dependence in some program (recipient countries) [...] resulting in a feeling of helplessness and indignation when aid seems not be sufficient* »¹⁶⁵.

Ou encore :

« *The world has been poorly served by paternalism and dependence. In addition to eliminating terms like developed/developing, donor/recipient and Third World from the lexicon, we should also seek to use the word "aid" more sparingly* ».

¹⁶¹ V. Résolution de l'Assemblée générale A/RES/1522(XV) du 15 décembre 1960 et Résolution de l'Assemblée générale « Réaffirmation de la résolution 1522 (XV) de l'Assemblée générale relative à l'accélération du courant des capitaux et de l'assistance technique aux pays en voie de développement », A/RES/1711(XVI) du 19 décembre 1961. Dans cette dernière, l'AGNU a notamment

¹⁶² IFRED, « Éditorial », *Développement et civilisations*, n°1, 1960.

¹⁶³ *Eod. loc.*

¹⁶⁴ S. BROWNE, *The Rise and Fall of Development Aid*, World Institute for Development Economics Research (WIDER), The United Nations University, 1997, 45 p.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 27.

Pour ces raisons, on comprend naturellement ce qui a conduit l'auteur à encourager des rapports plus équilibrés, suivant une logique de coopération et de partenariat¹⁶⁶, plutôt que reposant sur paternalisme décrié à juste titre, malgré les « périodes d'espoir » des années 1970 et 1980¹⁶⁷. L'efficacité des prêts du FMI, lesquels ont donné lieu à des exigences de conditionnalité et de politiques d'ajustement structurel, ne peut toutefois pas être entièrement questionnée. En revanche, l'endettement de certains pays en développement, lesquels ont connu une crise de la dette publique, a nécessairement fait peser des conséquences directes sur la pauvreté des individus parmi la population¹⁶⁸. Le Pr. Madjid Benchikh a pu identifier un autre type de dépendance économique qui asservit les pays en développement et qui ne réside pas dans l'aide au développement. Il observe en effet que :

« [d]'une manière générale, la dépendance se manifeste au niveau des choix industriels ou autres, la conception des produits, le transfert de technologie, la fermeture ou l'ouverture des marchés sur la base des choix réalisés par les États développés et les entreprises transnationales pour orienter ou contraindre les États et les entreprises des pays en développement. Cette dépendance se manifeste aussi dans le fait que l'essentiel du commerce des pays en développement est réalisé avec les pays développés. Le commerce mondial est dominé par les pays développés qui l'orientent selon les besoins qui s'expriment sur leurs territoires sur la base de stratégies qu'ils définissent »¹⁶⁹.

Quoi qu'il en soit, la mise en place des ODD en 2015 n'a pas conduit à mettre un terme à l'aide internationale, car « [o]utre l'engagement d'atteindre les ODD sur leur propre sol, et celui de participer à la fourniture des biens publics mondiaux, les pays dits "développés" ont pris l'engagement par solidarité internationale d'aider les pays pauvres à atteindre les ODD, selon des modalités partenariales »¹⁷⁰.

En réaction, il a pu être préconisé de « "compter sur ses propres forces" »¹⁷¹, par le développement d'une stratégie nationale de lutte contre le sous-développement. À cet égard, les États ayant accédé à l'indépendance ont aussi une charge, celle d'impulser un mouvement de l'intérieur afin de définir leurs modalités propres de développement. La Pre Emmanuelle Jouannet reconnaît l'existence d'une « responsabilité des États postcoloniaux dans le mal développement de leur population »¹⁷². Force est de constater

¹⁶⁶ « One of the major conclusions of this paper is that an increasingly globalized world is a world in which prosperity will flow from more equitable relationships and more mutuality of assistance ; a world of stronger development cooperation through partnerships », *Ibid.*, p. 28.

¹⁶⁷ « En Afrique, depuis l'indépendance, les peuples sont confrontés au sous-développement et à la pauvreté, et il a été très difficile aux États de trouver un moyen efficace de promouvoir le développement et la richesse en faveur de leurs citoyens. Il y eut des périodes d'espoir, comme dans les années 1970 et 1980, qui ont connu un contexte économique international favorable à la croissance. Mais ces décennies ont été suivies par une récession économique, qui s'est traduite par un effondrement des prix du pétrole et des produits agricoles. C'était dans l'objectif d' "aider" à la restructuration des économies africaines que des programmes d'ajustement structurel ont été imposés par les organisations financières de Bretton-Woods », E.-M. MBONDA, « La pauvreté comme violation des droits humains : vers un droit à la non-pauvreté », *Revue internationale des sciences sociales*, 2004, n°180, pp. 309-321, pp. 315-316.

¹⁶⁸ « It is obvious to many observers that the debt burden will continue to contribute to the demise of many poor people in developing countries who have never seen the benefits of the original loans », S. BROWNE, *op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁶⁹ M. BENCHIKH, « Souveraineté des "États postcoloniaux" et droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *RQDI*, 2012, pp. 73-99, p. 94.

¹⁷⁰ H. DE MILLY, « Aide internationale et ODD, une aide efficace ? », *Afrique contemporaine*, 2016, n°258, pp. 148-151, p. 148.

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 96-97.

¹⁷² E. JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, 306 p., pp. 62-64.

à l'heure actuelle qu'un nombre trop important d'États issus des processus de décolonisation ont échoué à protéger efficacement leur population de la pauvreté¹⁷³. En ce sens, il semble se dessiner un devoir d'*autonomisation*.

Les développements qui précèdent ont mis en avant que la perception de la dichotomie entre le pauvre et le non-pauvre est très claire, qu'elle perdure, et surtout qu'elle repose sur des facteurs persistants à savoir un rapport inégal fondé sur un lien de dépendance. Il est certain que la notion de propriété joue un rôle crucial dans la subordination des uns aux autres, qu'il s'agisse des États ou des individus. L'ensemble de ces remarques a permis de relativiser l'idée d'une évolution du concept de pauvreté au sein des Nations unies. L'immutabilité ainsi établie de la représentation de la distinction entre le pauvre et le non-pauvre conduit-elle également à constater une absence de changement de ceux qui souffrent de la pauvreté ? Pour le dire plus clairement, la question qu'il convient de se poser est la suivante : les pauvres d'hier sont-ils les pauvres d'aujourd'hui dans la représentation que l'on s'en fait ?

B. Une catégorie de « pauvres » identique

Que l'on s'intéresse au concept de pauvreté du point de vue interétatique, ou à l'échelle individuelle, la vision retenue de « qui sont les pauvres » est fermement ancrée dans les esprits sans toutefois suffisamment se fonder sur des bases d'appréciations objectives, faisant la part belle aux préjugés et aux stéréotypes. Ainsi, sur le plan international, et même aux Nations unies, les pauvres restent les États des Suds, la plupart issus de la décolonisation, l'ancien « Tiers monde »¹⁷⁴. Les termes employés pour les désigner ont certainement évolué¹⁷⁵, sans que la composition en semble sensiblement changée pour autant. De la même manière, les études de terrain démontrent une pauvreté endémique de laquelle les mêmes pans de population, pris au piège, ne parviennent pas à sortir. Qu'il s'agisse de pauvreté unidimensionnelle ou multidimensionnelle, une forme de reproduction se constate, le schéma de la vulnérabilité et de la précarité prend la forme d'un cercle continu de la non-dignité – le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté parle de « cercle vicieux de la pauvreté »¹⁷⁶ –, tant et si bien que l'on se demande à quel point le prétendu recul de la pauvreté¹⁷⁷ a-t-il rebattu les cartes de la répartition entre pauvres et non-pauvres ? Il semble se dégager trois tendances :

¹⁷³ « Dans de nombreux pays en développement, les règles, pratiques et institutions informelles sont le lot quotidien des pauvres qui, souvent, doivent veiller à l'état du bidonville dans lequel ils vivent ou verser des pots-de-vin pour bénéficier de services publics en principe gratuits. Dans un système qui leur est défavorable, les pauvres survivent en faisant preuve d'ingéniosité, en créant des structures informelles qui peuvent s'avérer plus efficaces que les solutions officielles. Néanmoins, bien souvent, les lois et les pratiques coutumières consacrent aussi la discrimination à l'égard des femmes et des jeunes, qui doivent faire face à des motifs d'exclusion multiples et croisés », Rapport du Secrétaire général du 13 juillet 2009, *op. cit.*, § 2.

¹⁷⁴ Une expression créée en 1952 par Alfred Sauvy dont on peut questionner le caractère actuel compte tenu d'une certaine transformation et des dynamiques récentes au sein de ce groupe.

¹⁷⁵ « Non-alignés », « Groupe des 77 », « le Sud », « les Suds », « le grand Sud », « le Sud global » v. L. RAVANO, « La notion de *Global South* et l'histoire de la pensée politique », *Crisol*, 2021, n°16, 20 p. ; v. également « Le “Sud global”, cet ensemble hétérogène de pays non alignés », *Le Monde*, 26 octobre 2022.

¹⁷⁶ Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'Homme et l'extrême pauvreté « La persistance de la pauvreté : un cercle vicieux que peut briser une réelle égalité », A/76/177 du 19 juillet 2021.

¹⁷⁷ Prétendu recul de la pauvreté car comme le souligne S. Maljean-Dubois : « [L]es changements » des « 50 dernières années de l'écosystème par l'homme [...] pour répondre à des besoins croissants rapidement en nourriture, eau, bois et ressources énergétiques (pétrole) [desquels] a résulté une perte substantielle et largement irréversible de biodiversité [...] ont certes entraîné des gains substantiels pour le bien-être et le développement économique, mais ces bénéfices sont atteints à des coûts croissants en termes écologiques

- des « moins pauvres » dont le statut a évolué mais de manière insuffisante de sorte qu'ils ne sont pas non plus devenus des « non pauvres »
- les « mêmes » pauvres
- l'apparition de « nouveaux pauvres », qui s'ajoutent à la catégorie existante sans toutefois entraîner une transformation de ladite catégorie personnelle.

1. Des « moins pauvres » qui ont échoué à devenir des « nouveaux riches »

Des moins-pauvres se profilent qui demeurent pauvres tout de même, il s'agit des pays émergents¹⁷⁸. D'ailleurs, il n'est pas évident de savoir s'il convient de parler plutôt de « marchés émergents », de « pays émergents » ou d' « économies émergentes ». Quoi qu'il en soit, ce terme s'est vu reprocher de présenter une « vision linéaire, commune à tous les pays, supposés [être] pass[é] du stade sous-développé au stade de l'émergence, avant le stade de la maturité ou de l'abondance »¹⁷⁹. D'où il résulte un problème, « celui qui consiste à assimiler des pays fort différents [...] alors que les périodes diffèrent, que les contextes et les spécificités sont pluriels, sans compter l'hétérogénéité qui caractérise la plupart de ces pays, à l'intérieur desquels cohabitent richesses et fortes pauvretés »¹⁸⁰. En dépit de leur niveau de compétitivité économique fortement dynamique sur le marché global, et de leur important volume dans les échanges commerciaux mondiaux, ceux-ci s'avèrent toujours plus pauvres que les non-pauvres, les économies occidentales libérales. Du reste, celles-ci regardent d'un œil méfiant¹⁸¹ la propulsion à un meilleur statut des émergents, notamment des BRICS¹⁸², groupe initialement composé du Brésil, de la Russie, de l'Inde, de la Chine et de l'Afrique du Sud. Au 1^{er} janvier 2024, cinq nouveaux États ont rejoint le club¹⁸³, à savoir l'Arabie Saoudite, l'Égypte, les Émirats arabes unis, l'Éthiopie et l'Iran, demeure à l'écart l'Argentine donc, ayant finalement renoncé à rejoindre l'organisation. Aux côtés des BRICS¹⁸⁴ (Brésil, Russie, Inde, Chine + Afrique du Sud) cohabitent d'autres cercles d'émergents désignés par des acronymes

et sociaux (exacerbation de la pauvreté de certaines populations) », S. MAIJEAN-DUBOIS, « L'émergence du développement durable comme paradigme et sa traduction juridique sur la scène internationale », in B. VILLALBA (dir.), *Appropriations du développement durable. Émergences, diffusions, traductions*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2009, 388 p., pp. 67-105, p. 105.

¹⁷⁸ « rien n'est moins simple que de cerner le concept d'émergence [...] l'émergence est floue, complexe et protéiforme : les diverses catégorisations et acronymes qui entourent la notion en attestent. [...] Précisons encore que l'analyse des trajectoires suivies par les pays est utile pour juger de l'impact de l'émergence, car il existe divers modèles d'intégration à l'économie mondiale de même qu'il existe divers modèles de croissance. », J.-C. VEREZ, « Pauvreté et développement humain dans les pays émergents », *Politique étrangère*, 2021, n°1, pp. 23-37, p. 23.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 25.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 25.

¹⁸¹ Le « modèle » du libéralisme économique serait questionné pour les « 'inégalités géopolitiques' qu'il a pu engendrer, avec un effet 'rattrapage' des puissances émergentes dénoncé par les puissances établies », J. FERNANDEZ, *Relations internationales*, *op. cit.*, p. 685.

¹⁸² Par exemple, les BRICS, « [c]e groupe de cinq pays fai[san]t partie des "économies émergentes" : appellation qui désigne, non sans ambiguïté, les pays encore loin du niveau des pays "riches" ou "industrialisés", mais qui présentent des revenus intermédiaires et une forte croissance depuis les vingt dernières années. », L. PORRAS, « Croissance, inégalités et pauvreté au sein des pays émergents : le cas des BRICS », *Revue de la régulation*, 2015, n°18, [*revue en ligne en libre accès*].

¹⁸³ B. NDZENDZE, S. ZONDI, « L'élargissement des BRICS pourrait redéfinir la politique mondiale, mais le choix des nouveaux membres n'est pas simple », *The Conversation*, consulté le 23 août 2023.

¹⁸⁴ J. O'NEIL, Goldman Sachs, 2001.

variés tels que : MINT¹⁸⁵ (Mexique, Indonésie, Nigéria, Turquie), CIVETS¹⁸⁶ (Colombie, Indonésie, Vietnam, Égypte, Turquie, Afrique du Sud), ou encore EAGLEs¹⁸⁷, *i.e. Emerging and growth-leading economies*, « qui rassemble des économies supposées diriger la croissance à venir »¹⁸⁸. À cet égard, on juge intéressante la déclaration de Pascal Lamy selon laquelle :

« [I]es économies avancées font valoir que les économies émergentes ont maintenant ‘émergé’ et devraient donc accepter un régime commercial semblable au leur. Les pays émergents font valoir qu’ils se heurtent encore à des défis redoutables en matière de développement qui exigent des flexibilités [...]. [...] [II] se trouve une question géopolitique simple : les pays émergents sont-ils des ‘pays riches ayant beaucoup de pauvres’ ou des ‘pays pauvres ayant beaucoup de riches’ ? »¹⁸⁹.

Il reste que, « le droit international a permis des avancées et remporté des succès dans les structures économiques des États et a même défini un droit international pour le développement. Il n’a pourtant pas résolu la question du retard économique entre le nord et le sud »¹⁹⁰. En ce sens, l’objectif 10 des ODD intitulé « réduire les inégalités entre les pays et en leur sein » semble particulièrement pertinent. La formulation retenue appelle quelques observations. Le groupe de mots « entre les pays » suggère de toute évidence une réduction des écarts entre les pays « riches » et les pays « pauvres », ici les pays en développement, mais aussi les pays émergents. En outre, du groupe de mots « en leur sein » se dessine l’identification d’un autre problème qui coïncide avec les présentes préoccupations : celui de la juste répartition des richesses permettant un niveau de vie harmonieux et équilibré au sein des pays, qui se manifeste notamment par l’apparition d’une classe moyenne. Or,

« [I]es progrès économiques et humains ne concernent pas toute la population des pays émergents. Et celles et ceux qui en sont les bénéficiaires le sont à des degrés divers. En d’autres termes, si les pauvres sont moins pauvres, si une classe moyenne est née ou s’est fortement développée dans les pays émergents, coexistent toujours des riches et des pauvres, ainsi que des très riches et des très pauvres, de sorte que les inégalités (notamment de revenus) se sont accentuées »¹⁹¹.

Grâce à leur croissance rapide¹⁹², les pays des BRICS ont pu bénéficier d’une augmentation du PIB, justifiant leur qualité de « moins pauvres ». Néanmoins au sein des sociétés perdurent des strates imperméables fortement hiérarchisées, remettant en cause l’idée d’un recul de la pauvreté humaine au sein de ces économies florissantes. De

¹⁸⁵ J. O’NEIL, Goldman Sachs, 2011.

¹⁸⁶ R. WARD, directeur général de l’*Economist Intelligence Unit* (EIU), 2009.

¹⁸⁷ Banque espagnole Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) Research, 2010.

¹⁸⁸ J.-C. VEREZ, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸⁹ P. LAMY, « Réintroduire la géopolitique dans les négociations commerciales », discours du directeur général de l’OMC prononcé le 29 janvier 2013 dans le cadre du Forum de discussion UUSO-Oberoi, à Delhi, http://www.wto.org/french/news_f/spl_f/spl264_f.htm, consulté le 31 janvier 2013.

¹⁹⁰ G. C. OSSETE OKOYA, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 36.

¹⁹² « La mondialisation est source de controverses, mais ses détracteurs ne peuvent occulter qu’elle a contribué à diminuer l’extrême pauvreté monétaire, et a amélioré certains indicateurs de développement, notamment dans les pays émergents (ou considérés comme tels). Si la pandémie du COVID-19 a freiné cette évolution (sans que cela soit spécifique à ces pays), la croissance économique des trente dernières années a permis à des millions d’êtres humains d’améliorer leur niveau de vie et leurs conditions de vie. Simultanément pourtant, les inégalités de revenus ont augmenté, de sorte que les externalités de l’émergence économique apparaissent à la fois positives et négatives », J.-C. VEREZ, *op. cit.*, p. 23.

plus, de nouvelles formes de pauvretés sont apparues telles que la pauvreté rurale, par opposition au développement économique certain des grandes villes ayant favorisé un surclassement social dans les milieux urbains. Pour ces raisons, il y a lieu de rejoindre la remarque selon laquelle « un pays émergent serait donc, *in fine*, une économie en phase de sortie du sous-développement, une économie à revenu intermédiaire et à fort potentiel de croissance, qui s'ouvre sur l'économie mondiale et connaît des transformations institutionnelles et structurelles d'importance »¹⁹³, qui n'a toutefois pas encore atteint le stade du pays développé. Cela étant, les pays développés font eux-mêmes face à une pauvreté grandissante et accueillent également en leur sein des difficultés soulevées par les inégalités sociales, ce point ne saurait donc à lui seul constituer le critère de différenciation entre pays émergent et pays ayant atteint le stade de maturité du développement. Par conséquent, la réalisation de l'ODD 10 n'est que peu satisfaisante jusqu'à présent – à l'instar de la majorité des autres objectifs –, rendant indispensable une poursuite des efforts en ce sens.

2. Les « mêmes » pauvres

Les organes et institutions des Nations unies sont unanimes sur la vulnérabilité qui touche les mêmes groupes de personnes au sein des pays, quels qu'ils soient. La discrimination qui frappe les femmes, les enfants, les personnes en situation de handicap¹⁹⁴, les personnes âgées est ainsi largement mise en lumière¹⁹⁵. Dans son rapport de 2009 déjà, le Secrétaire général s'alarmait que fait qu'« [a]lors que le principe de l'égalité est aujourd'hui universellement reconnu et soutenu, les femmes et les filles ne peuvent toujours pas exercer pleinement leurs droits fondamentaux »¹⁹⁶. Les domaines dans lesquels les femmes resteraient particulièrement peu favorisées seraient « l'accès à la terre, à la propriété, au marché du travail et à la succession, pour des raisons souvent liées aux systèmes de propriété, coutumiers ou réglementaires, qui les privent de leurs droits »¹⁹⁷. Pourtant, un instrument onusien de référence en matière de protection contre la non-discrimination est la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (la « CEDAW »)¹⁹⁸, dont les dispositions, qui ne portent pas sur la pauvreté, préviennent tout de même un certain nombre d'atteintes aux droits qui coïncident avec certains démembrements de la pauvreté multidimensionnelle. Peuvent être cités en exemple l'article 7 concernant l'exercice de fonctions de représentations et de mandats politiques¹⁹⁹, l'article 10 encadrant le droit à l'instruction²⁰⁰, ou encore l'article 11 relatif au droit à l'emploi²⁰¹, entre autres. La

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ F. AUMOND (dir.), *Handicap, pauvreté et droit(s). Confusion, conjonction, convergence*, Clermont-Ferrand, UCA, 2020, 223 p.

¹⁹⁵ D'après le Secrétaire général : « le nombre de personnes fuyant les conflits n'a jamais été aussi élevé et de plus en plus de personnes vivent dans des quartiers de taudis. Ce sont les femmes et les filles, ainsi que les populations vulnérables et marginalisées, notamment les personnes en situation de handicap, les migrants, les réfugiés et les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, ainsi que les peuples autochtones, qui en ressentent le plus les effets. », Rapport du Secrétaire général « Point sur les objectifs de développement durable : vers un plan de sauvetage pour l'humanité et la planète » du 27 avril 2023, *op. cit.*

¹⁹⁶ Rapport du Secrétaire général du 13 juillet 2009, *op. cit.*, § 15.

¹⁹⁷ *Eod. loc.*

¹⁹⁸ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), signée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

¹⁹⁹ Article 7, *Ibid.*

²⁰⁰ Article 10, *Ibid.*

²⁰¹ Article 11, *Ibid.*

perception de la particulière vulnérabilité à laquelle les femmes sont exposées est claire notamment en raison de la précarité en matière de droits sexuels²⁰² ainsi que du fait de leur rôle de second plan dans les familles par rapport au conjoint²⁰³. De la même manière, les enfants sont particulièrement exposés à la sous-nutrition ou à la malnutrition, ils demeurent des cibles récurrentes des problèmes liés²⁰⁴.

3. Des « nouveaux pauvres »

Paradoxalement, on a pu constater l'apparition de nouveaux pauvres qui viennent enrichir la catégorie déjà existante, mais sans en entraîner une transformation. Comme cela a été évoqué précédemment, l'accentuation de la pauvreté s'explique en partie par les conséquences de la mondialisation et la diffusion de l'économie de marché à l'échelle mondiale. Le Pr. Julian Fernandez remarque ainsi que « [l]a mondialisation permise par ce libéralisme économique est aujourd'hui remise en cause » en ce que « [l]e modèle est attaqué sur deux fronts principaux : [...] [en second lieu] celui des 'inégalités sociales' qu'il a aggravées, avec la crainte d'un déclassement pour un certain nombre de populations victimes du jeu de la concurrence débridée dans des secteurs jusqu'ici protégés »²⁰⁵. Outre le phénomène de la mondialisation, un autre type d'événements a été de nature à renforcer la précarisation des personnes, il s'agit du retour de la conflictualité de haute intensité. En effet, les populations des pays en guerre, qu'il s'agisse de conflit international ou non-international, se trouvent en situation critique, justifiant qu'un objectif 16 des ODD se charge de « promouvoir l'avènement de sociétés pacifiques et inclusives aux fins du développement durable, assurer l'accès de tous à la justice et mettre en place, à tous les niveaux, des institutions efficaces, responsables et ouvertes à tous ». Dans son rapport rendu en 2023, le Secrétaire général a ainsi souligné

²⁰² « Le taux mondial de mortalité maternelle n'a que légèrement diminué : 223 décès maternels pour 100 000 naissances vivantes en 2020, contre 227 en 2015, ce qui reste plus de trois fois supérieur à la cible fixée à 70 pour 100 000 naissances vivantes à l'horizon 2030. Cela signifie que près de 800 femmes meurent encore chaque jour de causes évitables liées à la grossesse et à l'accouchement. Près de 95% de ces décès surviennent dans des pays à faible revenu ou à revenu intermédiaire inférieur. », Cible 3.1, Rapport du Secrétaire général « Point sur les objectifs de développement durable : vers un plan de sauvetage pour l'humanité et la planète » du 27 avril 2023, *op. cit.* ; v. aussi « La proportion de femmes en âge de procréer (de 15 à 49 ans) dont les besoins en matière de planification familiale sont satisfaits par des méthodes contraceptives modernes a légèrement augmenté, passant de 76,5% en 2015 à 77,6% en 2023 et devrait atteindre 78,2% à l'horizon 2030. Malgré les progrès considérables accomplis, cela n'est pas encore suffisant pour atteindre la cible consistant à assurer l'accès de toutes et de tous à des services de soins de santé sexuelle et procréative d'ici à 2030. L'Afrique subsaharienne a connu la plus forte progression : cette proportion est passée de 51,6% à 57,4% au cours de la période considérée et devrait atteindre 62,1% à l'horizon 2030 », Cible 3.3, *Ibid.*

²⁰³ « D'après les données disponibles pour la période 2009-2020 provenant de 46 pays, dans la population agricole, nombre de femmes et d'hommes n'avaient pas de droits de propriété ni de droits d'occupation garantis sur les terres agricoles. Dans un tiers des pays, moins de 50% des femmes et des hommes possédaient des droits de propriété ou des droits garantis sur les terres agricoles. La proportion des hommes ayant des droits de propriété était au moins deux fois supérieure à celle des femmes dans près de la moitié des pays. Sur les 68 pays qui avaient fourni des informations sur les droits des femmes à la propriété foncière et/ou au contrôle des terres dans un cadre juridique, en 2022, environ 31% protégeaient bien les droits fonciers des femmes [...] tandis que 47% les protégeaient mal » Cible 5.1, *Ibid.*

²⁰⁴ « D'après les estimations, en 2022, 22,3% des enfants de moins de 5 ans (148 millions) souffraient d'un retard de croissance, contre 24,6% en 2015. Toujours en 2022, 37,0 millions d'enfants de moins de 5 ans (soit 5,6%) souffraient de surpoids et 45 millions (soit 6,8%) d'émaciation. À l'échelle mondiale, la prévalence d'enfants en surpoids a stagné et, si la tendance actuelle se maintient, la cible ne sera pas atteinte à l'horizon 2030, puisque 17,5 millions d'enfants seront toujours concernés par une forme ou une autre de malnutrition. La prévalence de l'anémie chez les femmes en âge de procréer reste alarmante, stagnant autour de 30% depuis 2000. Les enfants vivant dans des pays à faible revenu ou à revenu intermédiaire inférieur sont les plus touchés par les retards de croissance, l'émaciation, l'insuffisance pondérale à la naissance et l'anémie », Cible 2.2, *Ibid.*

²⁰⁵ J. FERNANDEZ, *Relations internationales*, *op. cit.*, p. 685.

que « [l]es conflits violents, nouveaux ou pas, qui sévissent dans le monde entier sont autant d'obstacles sur la voie menant à la paix et à la réalisation de l'objectif 16 »²⁰⁶. Il a partagé des chiffres alarmants : « [u]n quart de l'humanité vit dans des zones touchées par des conflits et, à la mi-2022, plus de 100 millions de personnes dans le monde avaient été déplacées de force, soit plus du double qu'il y a 10 ans ». Dès lors, les réfugiés et migrants qui fuient les guerres se trouvent malgré eux pris dans le cercle de la pauvreté, indépendamment de leur situation antérieure, femmes et hommes se trouveraient ainsi égaux face à l'horreur de la conflictualité. Le Pr. Julian Fernandez note toutefois que « [l]es conflits internes ont ainsi des effets indirects sur les civils qui peuvent être plus importants que ceux engendrés par les conflits "classiques" »²⁰⁷. Les points qu'il soulève évoquent aussi bien la pauvreté monétaire que celle de type multidimensionnel puisqu'« [i]l suffit de penser aux famines ou aux épidémies. La malnutrition liée, entre autres, aux coupures des routes d'approvisionnement, à la pollution des ressources et à l'inflation, se propage facilement dans ces "nouvelles" guerres. Dix des treize crises alimentaires majeures de 2017 furent ainsi causées par des conflits »²⁰⁸. Si la pauvreté sévit dans les pays où sont menées les hostilités, force est de constater que les migrants et réfugiés qui font le choix de quitter leurs terres se retrouvent exposés de nouveau à la misère. En faisant le choix de la voie irrégulière²⁰⁹, l'exilé de guerre s'appauvrit et risque sa vie durant le trajet. Et parfois, à l'arrivée, contre ses attentes, il peut se trouver confronté à la pauvreté : « [l]'effectivité des droits reconnus aux protégés est toutefois limitée en pratique et montre que la délivrance d'un titre de séjour ne signifie nullement la fin des difficultés »²¹⁰. En effet, « [u]ne large part des protégés restent à la rue, dans des conditions insalubres, sans perspective d'intégration »²¹¹ rendant indispensable « [u]ne protection réelle et non seulement formelle [laquelle] consisterait à leur offrir une vie digne, où ils mangent à leur faim, où ils ont la possibilité de travailler, d'être abrités »²¹². Certes, les réfugiés ont la possibilité de bénéficier dans certains régimes nationaux de prestations sociales, ils peuvent en outre compter sur la mobilisation du secteur associatif, consolidant cependant les précédentes remarques concernant le lien de dépendance qui résulte des aides et de l'assistance fournies aux personnes précaires. Face aux menaces de catastrophes naturelles liées aux bouleversements climatiques, ces remarques concernant l'extrême vulnérabilité des personnes déplacées sont, de manière tragique, susceptibles d'être formulées également concernant les futurs réfugiés climatiques²¹³. Il y a lieu d'évoquer

²⁰⁶ Rapport du Secrétaire général, *op. cit.*

²⁰⁷ J. FERNANDEZ, *Exilés de guerre. La France au défi de l'asile*, Paris, Armand Colin, coll. Engagements, 2019, 192 p., p. 36.

²⁰⁸ *Eod. loc.*

²⁰⁹ Les « voies irrégulières [...] sont coûteuses, dangereuses, et [] conduisent [migrants et réfugiés] à se retrouver en situation de grande vulnérabilité, dans des camps ou des squats [tandis que] [] réseaux de passeurs prolifèrent », *Ibid.*, p. 49.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 144.

²¹¹ *Eod. loc.*

²¹² *Eod. loc.*

²¹³ L. LEGOUX, « Les migrants climatiques et l'accueil des réfugiés en France et en Europe », 2010, n°204, pp. 55-67 ; L. BENJAMIN, M. DOELLE, S. L. SECK, « Changements climatiques : les plus pauvres seront les plus affectés », *The Conversation*, 6 septembre 2019 ; R. RADILOFE, « Le droit international de l'environnement à l'épreuve des migrations climatiques des populations insulaires », Communication présentée lors de la demi-journée d'étude *Le droit international face aux enjeux environnementaux des territoires insulaires* du 14 novembre 2019, Réseau des jeunes chercheurs de la SFDI, 2021, 18 p.

L'étude « Pauvreté, environnement et petits États insulaires en développement »²¹⁴ dans laquelle Florian Aumond met en évidence de manière méthodique les enjeux majeurs de ce sujet. De ceci résulte la nécessité de tenir sérieusement compte des prescriptions assorties à l'objectif 13 des ODD : « prendre d'urgence des mesures pour lutter contre les changements climatiques et leurs répercussions »²¹⁵. À cet égard, dans un rapport intitulé « Changements climatiques et pauvreté » de 2019, le Rapporteur spécial sur les droits de l'Homme et l'extrême pauvreté a insisté sur « la menace de perdre son logement [,] bien réelle »²¹⁶ pour « les plus pauvres »²¹⁷. Une estimation frappante y est livrée puisque, « [d]ici à 2050, les changements climatiques pourraient provoquer le déplacement de 140 millions de personnes en Afrique subsaharienne, en Asie du Sud et en Amérique latine, pour ne citer que ces régions »²¹⁸. Si l'on a fait remarquer *supra* que toutes et tous se trouvent égaux face à la guerre, dès lors que les combats ne discriminent pas en ce que les frappes sont réalisées indistinctement, sans considération du niveau social des victimes, tel ne semble toutefois pas être le cas des cibles des catastrophes naturelles. En effet, le Rapport spécial sur les droits de l'Homme a mis en relief la dramatique surexposition des pauvres à ces phénomènes : « [d]epuis 2000, les habitants des pays pauvres ont péri de catastrophes sept fois plus que ceux des pays riches [,] [e]n outre, les autorités ont souvent protégé en priorité les zones les plus aisées, fragilisant encore les pauvres »²¹⁹.

Il ressort clairement de ces éléments que les visions de ceux qui subissent la pauvreté, que celle-ci soit envisagée du point de vue du niveau de développement, ou des particuliers au sein des sociétés, ont failli à évoluer en dépit des dynamiques nouvelles de la précarisation en lien avec les récentes crises que traverse l'humanité. Comme cela a déjà été évoqué, bien que suivant des schémas différents, les défis que rencontrent les États ou les individus ne semblent pas appeler un traitement cloisonné. Comme l'énonce le Pr Emmanuel Decaux : « il faut tenir les deux bouts de la chaîne, en soulignant l'importance du droit au développement, avec sa dimension collective, notamment pour les États du tiers-monde, mais aussi la dimension individuelle des droits de l'homme à l'échelle humaine »²²⁰.

En guise de conclusion, il semble utile de se référer à la résolution de l'Assemblée générale du 29 septembre 2023²²¹. Celle-ci a permis d'adopter la déclaration de politique à laquelle est parvenue le forum politique de haut niveau pour le développement durable, organisé précisément sous les auspices de l'Assemblée générale, dans le cadre du Sommet sur les objectifs de développement durable au siège des Nations unies les 18 et 19 septembre. Constatant les difficultés rencontrées malgré un « bilan des progrès déjà accomplis », les auteurs ont saisi l'occasion de « réaffirm[er] [l']engagement de

²¹⁴ F. AUMOND, « Pauvreté, environnement et petits États insulaires en développement », *Revue Quart Monde*, 2017, n°241, pp. 49-54.

²¹⁵ V. le rapport *Groundswell*, Groupe de la Banque mondiale, 2019.

²¹⁶ Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté « Changements climatiques et pauvreté », A/HCR/41/39 du 17 juillet 2019, § 10.

²¹⁷ *Eod. loc.*

²¹⁸ *Eod. loc.*

²¹⁹ *Eod. loc.*

²²⁰ E. DECAUX, *op. cit.*

²²¹ Résolution de l'Assemblée générale « Déclaration politique issue du forum politique de haut niveau pour le développement durable organisé sous les auspices de l'Assemblée générale », A/RES/78/1 du 23 septembre 2023.

mettre en œuvre comme il se doit le Programme 2030 et les objectifs de développement durable et à respecter tous les principes qui y sont consacrés »²²² et de « soulign[er] que l'élimination de la pauvreté sous toutes ses formes et dans toutes ses dimensions, notamment l'extrême pauvreté, constitue le plus grand défi auquel l'humanité doit faire face et une condition indispensable au développement durable »²²³. Or, il incombe de relever la référence faite en fin de texte de la résolution au Sommet de l'avenir, qui « constituera notamment une occasion importante d'accélérer la mise en œuvre du Programme 2030 et des objectifs de développement durable »²²⁴. Celui-ci, prévu les 22 et 23 septembre 2024²²⁵, s'est fixé l'ambitieuse mission de redonner un nouveau souffle au multilatéralisme de coopération. Il s'agit d'un objectif qui peut sembler hors de portée compte tenu du contexte actuel et de l'état des relations internationales, mais il convient tout de même de saluer l'intention d'y parvenir. Finalement, si la coopération à l'échelle multilatérale n'est pas sans incidence sur le phénomène de pauvreté, qu'il soit appréhendé à l'échelle interétatique ou à celle des individus, la portée des actions entreprises reste très limitée pour ce qui est de changer la représentation de la pauvreté. Il ne fait pas de doute que les pouvoirs publics, à l'échelle multilatérale, régionale, et nationale, entendent répondre à la pauvreté, sous ses diverses dimensions. Toutefois, des stéréotypes sur la vision de la pauvreté et ses propriétés perdurent, ils ne permettent pas de conclure à une véritable évolution, à une profonde transformation du concept au sein des Nations unies. Les déclarations politiques, les instruments juridiques, les indices de mesure de la pauvreté, échouent en fin de compte à favoriser cette métamorphose du concept, à cet égard, ils jouent un rôle secondaire. D'ailleurs, le fait de traduire en termes juridiques des phénomènes sociaux, ou d'en rendre compte par des formules mathématiques, ne semble pas véritablement propice à rendre palpable le phénomène étudié. Dans quelle mesure ces opérations de spécialistes n'iraient-elles pas jusqu'à l'invisibiliser ? À le rendre particulièrement inaccessible ? Alors pourtant que la pauvreté est à portée de main et qu'elle nous entoure. Une évolution du concept de pauvreté aux Nations unies pourrait être permise par le fait de donner la parole aux « pauvres », de faire place à leur voix dans l'enceinte onusienne. Progressivement, les pays en développement ont réellement été associés aux travaux les concernant. En revanche, du point de vue de la participation de la société civile aux débats, de trop nombreux intermédiaires persistent. Si la pauvreté *concept* est celle qui dépend de la visualisation des caractéristiques et des propriétés afin de parvenir à une idée abstraite du phénomène, une telle visualisation doit s'opérer sur la base des données réelles, et non des stéréotypes. En effet, « [o]n ne saurait procéder à l'étude d'un problème quelconque qu'en utilisant dès le départ des concepts qui correspondent à ses données réelles »²²⁶. Immanquablement, les limites du travail du juriste sont mises en évidence, dont la formation ne permet pas toujours de *saisir* pleinement les enjeux de société qui l'entourent, qu'il est pourtant conduit à analyser. De la même manière, le statisticien qui reste cantonné à ce qui est « chiffrable », se verra entravé dans sa quête de réalité sociale tangible, rendant toujours critiquables les calculs qu'il propose, à défaut de mieux. Dès lors, on ne saurait jamais trop insister sur la nécessité de conduire des travaux

²²² *Ibid.*, § 2.

²²³ *Ibid.*, § 3.

²²⁴ *Ibid.*, § 42.

²²⁵ Résolution de l'Assemblée générale « Modalités du Sommet de l'avenir », A/RES/76/307 du 8 septembre 2022.

²²⁶ G. MYRDAL, *Le défi du monde pauvre*, Paris, Gallimard, 1971, 466 p., p. 28

transdisciplinaires. En définitive, une étude sur l'évolution du concept de pauvreté aux Nations unies, pour être plus satisfaisante, aurait sans nul doute nécessité un regard du sociologue, une empreinte du philosophe, et de solides enquêtes de terrain à l'appui. Sans être parvenus à apporter une réponse solide, ces développements ont tout de même entrepris de soulever quelques pistes de réflexion, et de partager des vues sur un sujet de grande importance qui appelait un traitement.

Les institutions de Bretton Woods et la lutte contre la pauvreté

Lena Chercheneff

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Dans son dernier Rapport sur l'état d'avancement des Objectifs du Développement Durable (ODD), le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (ONU) a considéré que la réalisation des ODD, d'ici 2030, était une « promesse en péril »¹ au vu du bilan des progrès réalisés, à mi-parcours. D'après ce rapport, près d'un septième de la population vivra encore dans l'extrême pauvreté en 2030, avec moins de 2,15 dollars par jour, et seulement un tiers environ des pays auront réussi à diminuer de moitié leurs niveaux de pauvreté². Face à ce constat alarmant, ce dernier a appelé à un plan de relance massif des ODD, par le biais d'un financement annuel d'au moins 500 milliards de dollars par an, et d'une réforme en profondeur de l'architecture financière internationale, à laquelle prennent part le groupe de la Banque mondiale et le Fonds monétaire international (FMI)³.

Bien que la lutte contre la pauvreté ne figure pas explicitement dans les statuts des institutions de Bretton Woods, celles-ci se sont engagées à soutenir la mise en œuvre de l'Agenda 2030 et son premier ODD, qui est d'« éliminer la pauvreté sous toutes ses formes et partout dans le monde »⁴. Adopté en 2015, cet agenda universel, applicable à l'ensemble des États, recouvre les objectifs de développement définis dans les agendas antérieurs de l'ONU⁵. L'élimination de la pauvreté mondiale figurait déjà en tête des Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD) et recouvrait trois cibles : la réduction de moitié, entre 1990 et 2015, de l'extrême pauvreté et de la proportion de la population souffrant de la faim, ainsi que la promotion du plein-emploi. Dans le cadre de l'agenda 2030, de nouvelles cibles ont été fixées, notamment pour inclure aux côtés de la problématique de l'extrême pauvreté, celles de la pauvreté et de la vulnérabilité⁶. Cet agenda a été complété par le Programme d'action d'Addis-Abeba, qui met l'accent sur les besoins spécifiques de financement de certains pays en développement, tels que les pays les moins avancés, les pays sans littoral et insulaires, les pays en situation de conflit, mais aussi sur ceux des pays à revenu intermédiaire, pour lutter contre « la pauvreté sous toutes ses formes »⁷. Dans cette perspective, les banques internationales de développement ainsi que le FMI sont invités à jouer un rôle important dans le

¹ ONU, *Rapport sur les objectifs de développement durable 2023 : Édition spéciale*, p. 4.

² *Ibid.*, p. 12.

³ *Ibid.*, p. 6.

⁴ A/RES/70/1, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, 25 septembre 2015.

⁵ La fusion de l'Agenda du développement, adopté en 2000, et ses huit OMD, ainsi que les différents Agendas des Sommets de la Terre, initiés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de Stockholm en 1972, est intervenue au cours du cinquième Sommet de la Terre en 2012. Ce sommet a ouvert le champ des négociations relatives à l'élaboration des ODD.

⁶ Voir les cibles 1.1, 1.2 et 1.5 de l'ODD1.

⁷ A/RES/69/313, *Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement (Programme d'action d'Addis-Abeba)*, 27 juillet 2015, § 8.

financement du développement⁸, en particulier pour les pays les moins avancés, en raison de leurs difficultés structurelles.

L'objectif de lutte contre la pauvreté a été intégré dans les missions respectives du groupe de la Banque mondiale et du FMI, en écho au cadre programmatique de l'ONU en matière de développement, mais aussi en réponse aux critiques dont ces institutions faisaient l'objet dans le cadre du consensus de Washington. La Banque mondiale a fait de cet objectif, une priorité stratégique. En effet, celle-ci a inscrit, au cours de la dernière décennie, la lutte contre l'extrême pauvreté et la promotion de la prospérité partagée, au cœur de son mandat⁹. Conçu comme une synthèse des OMD, puis des ODD, cet objectif avait pu être énoncé, dès la fin des années 1970, par l'un de ses anciens Présidents, Robert McNamara¹⁰, et intégré au sein de son modèle opérationnel, à compter de la fin des années 1990. Le Cadre intégré du développement, proposé par le Président de la Banque mondiale en 1999, trouvait sa source dans les travaux de l'économiste en chef, Joseph Stiglitz¹¹. Partant du constat que la croissance économique mondiale s'était opérée au détriment du développement social, il proposait de réconcilier les aspects économiques et financiers, avec les aspects sociaux, humains et culturels du développement. Dans cette perspective, la stratégie de croissance économique des pays en développement devait être couplée à une stratégie de réduction de la pauvreté à l'échelle nationale. Ce document stratégique a été érigé en un nouveau paradigme opérationnel par les gouverneurs de la Banque mondiale et du FMI. Ces derniers ont considéré que ses principes devaient servir de fondement à l'adoption de stratégies de réduction de la pauvreté au sein des pays en développement, qui sollicitaient leur assistance financière. Les deux institutions ont ainsi été amenées, dans le cadre de leur mandat respectif, à collaborer plus étroitement dès la fin des années 1990, pour lutter contre l'extrême pauvreté, bien que le FMI n'ait pas été originellement conçu comme une institution d'aide au développement¹².

La proposition de ce cadre avait été justifiée, à l'époque, par la lenteur des progrès réalisés en matière de lutte contre la pauvreté. Une justification analogue a été avancée dans le contexte actuel de réforme de l'architecture financière internationale, initiée sous l'égide du G-20 et du Sommet de Paris pour un nouveau pacte financier mondial. Selon le dernier rapport de la Banque mondiale, la réalisation des objectifs d'élimination de l'extrême pauvreté et de promotion de la prospérité partagée, d'ici 2030, demeure de plus en plus hors d'atteinte. Après des progrès notables au cours des trois dernières décennies, la réduction de la pauvreté dans le monde stagne, et un renversement de tendance a même été observé, durant la pandémie, pour les personnes en situation

⁸ *Ibid.*, § 70 et § 107.

⁹ Selon la Banque mondiale, sa mission s'articule autour de ce double objectif, qui est de mettre fin à l'extrême pauvreté et d'augmenter les revenus de 40% les plus pauvres, d'ici 2030. Cette organisation internationale publique, chaque année, un rapport sur la pauvreté et la prospérité partagée et a mis en place des indicateurs spécifiques pour mesurer l'extrême pauvreté et la prospérité partagée dans le monde. Le seuil international pour mesurer l'extrême pauvreté a été fixé, en 2022, à moins de 2,15 dollars par jour, contre 1,90 auparavant. La Banque mondiale prend également en considération d'autres seuils internationaux pour mesurer la pauvreté : celui fixé à 3,65 dollars par jour, pour les pays à revenu intermédiaire de la tranche inférieure, et celui de 6,85 dollars par jour, pour les pays à revenu intermédiaire de la tranche supérieure (Banque mondiale, « 2023 en neuf graphiques : les inégalités se creusent dans le monde », disponible sur <banque.mondiale.org>).

¹⁰ Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde*, 1978, p. i.

¹¹ J.D. WOLFENSOHN, *The Comprehensive Development Framework*, Banque mondiale, 9 février 2000.

¹² La démarcation des rôles et responsabilités du FMI et de la Banque mondiale repose sur le Concordat de 1989 et le Plan d'action conjoint de 2007.

d'extrême pauvreté¹³. D'ici 2030, il est également attendu que près de deux tiers de la population vivant dans l'extrême pauvreté soient situés dans les pays en situation de fragilité, de conflit ou de violence¹⁴. Le changement climatique aura, en outre, un impact disproportionné sur les pays les plus pauvres et les populations les plus vulnérables, si bien que le Fonds et la Banque mondiale se sont également engagés à promouvoir les biens publics mondiaux, en particulier la transition climatique, aux côtés de la réduction de la pauvreté, dans le cadre de leur soutien à la poursuite des ODD. La Banque mondiale a d'ailleurs acté l'élargissement de ses missions en précisant les termes de sa stratégie qui serait de « créer un monde sans pauvreté sur une planète vivable »¹⁵. Cette nouvelle vision, qui repose sur le postulat d'un renforcement mutuel des objectifs, a été approuvée par le Comité du développement, et s'inscrit dans la continuité de l'appel, formulé en 2022 par le Fonds et la Banque mondiale, en faveur d'une transformation des banques multilatérales de développement¹⁶.

L'objet de la contribution sera de présenter la façon dont les institutions de Bretton Woods œuvrent à la réduction de la pauvreté mondiale, à l'aune de la réalisation de l'Agenda 2030 pour le développement durable et de la réforme des institutions financières internationales en vue de son financement¹⁷. Il conviendra, à ce titre, de revenir sur les instruments opérationnels mis en place par ces deux institutions jumelles, dans le cadre de leur mandat respectif et de leurs missions traditionnelles (I), avant d'exposer les enjeux auxquels ces dernières sont confrontées face à l'ampleur actuelle du défi de réduction de la pauvreté (II).

I. L'adaptation des instruments opérationnels face au défi de réduction de la pauvreté mondiale

Dans le cadre de leurs activités traditionnelles, les institutions de Bretton Woods ont mis en place des initiatives pour lutter, en priorité, contre l'extrême pauvreté. Cette adaptation des outils est particulièrement notable pour le FMI, qui n'est pas, au regard de son mandat original, une institution d'aide au développement. De manière générale, cette orientation s'est traduite par le renforcement de l'assistance financière concessionnelle (A), mais aussi par le développement d'une assistance technique « sur mesure » (B), en faveur des pays en développement les plus pauvres.

A. Le renforcement de l'assistance financière concessionnelle

La Banque mondiale, puis le FMI, ont apporté un soutien financier aux pays à faible revenu, en prévoyant un traitement préférentiel, sous la forme de dons et de prêts concessionnels (1), ainsi que de mesures d'allègement de leur dette publique extérieure, en cas de situation de surendettement (2). Si, ce soutien fait partie intégrante de

¹³ Environ 700 millions d'individus vivent dans l'extrême pauvreté et près de la moitié de la population mondiale vit avec moins de 6,85 dollars par jour (Banque mondiale, *Rapport annuel 2023*, p. 9).

¹⁴ Banque mondiale, *Stratégie du Groupe de la Banque mondiale pour les situations de fragilité, conflits et violence 2020-2025*, résumé analytique, février 2020, p. 5.

¹⁵ Banque mondiale, « Une vision audacieuse pour la nouvelle mission de la Banque mondiale », *Actualités*, 13 octobre 2023.

¹⁶ Cet appel est soutenu par les États signataires de la *Déclaration pour une vision commune des banques multilatérales*, adoptée à l'issue du Sommet de Paris pour un nouveau pacte financier mondial, en juin 2023.

¹⁷ L'objet de la contribution se limitera à la présentation des instruments mis en place par ces deux institutions pour lutter contre la pauvreté, dans le cadre de leur soutien à l'agenda onusien. La question de leur efficacité ne sera pas ici abordée, tout comme celle de l'impact économique des politiques de conditionnalité sur la réduction de la pauvreté, bien que ces questions soient discutées en pratique.

l'assistance financière de la Banque mondiale, il témoigne d'une évolution notable de celle du Fonds et, plus largement, de son mandat.

1. Les dons et prêts concessionnels en faveur des pays les plus pauvres

Au sein du Groupe de la Banque mondiale, l'Association internationale de développement (AID) constitue la principale source de financement concessionnel¹⁸. Créée en 1960, cette institution a pour objectif d'accorder aux « régions les moins avancées » des dons et des prêts concessionnels, à long terme, pour financer des projets visant à favoriser la croissance économique et à lutter contre l'extrême pauvreté¹⁹. Le soutien financier de l'AID s'adresse aux pays à faible revenu, qui ne sont pas en capacité d'emprunter pour financer leurs efforts de développement²⁰. Son action se veut ainsi complémentaire de celle de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), qui se focalise sur le développement économique des pays à revenu intermédiaire, solvables. L'éligibilité des pays aux ressources de l'AID est principalement définie selon un critère de pauvreté relative, à savoir un revenu national brut par habitant inférieur à un seuil fixé et actualisé chaque année par les services de la Banque mondiale, ainsi que d'un critère de capacité d'emprunt²¹. Les modalités de financement des pays AID sont également fonction du revenu national brut par habitant du pays éligible, de son niveau de surendettement et de sa solvabilité pour emprunter auprès de la BIRD²². L'allocation des financements est alignée sur le cadre de partenariat-pays, et est déterminée en fonction des besoins de financement du pays, mais aussi de leur performance à mettre en œuvre des politiques de croissance économique et de réduction de la pauvreté. Ce critère de performance est examiné par les services de la Banque mondiale et définie par une notation²³. Au-delà de ce système d'allocations par pays, l'AID dispose de quatre guichets concessionnels, ainsi que d'une enveloppe consacrée aux pays en situation de fragilité, de conflit et de violence. Ces mécanismes visent à apporter un soutien supplémentaire aux pays à faible revenu, de même que les mécanismes de financement d'urgence de l'AID, tels que le Mécanisme de réponse aux crises, le Mécanisme de riposte immédiate²⁴, ou encore, la Facilité de crise, récemment créée²⁵. Ces derniers permettent aux pays AID de bénéficier rapidement de ressources additionnelles pour riposter plus efficacement à la survenance de chocs exogènes. Lors de l'AID-20, face aux besoins aigus de financement, ont été également introduites, à titre temporaire, de nouvelles conditions de prêts concessionnels afin de permettre aux pays AID, présentant un risque de surendettement grave, de bénéficier de davantage de dons à la place de prêts concessionnels. La

¹⁸ Pour exemple, l'aide concessionnelle représente 91 % de l'enveloppe de financement globale d'AID-20.

¹⁹ Article 1er des Statuts de l'AID.

²⁰ <ida.banquemondiale.org> (rubrique « financement »).

²¹ L'AID peut soutenir des pays qui satisfont seulement l'un des critères : par exemple, les économies insulaires ayant un RNB par habitant supérieur au seuil fixé pour l'année en cours (1315 dollars pour l'exercice 2024), mais qui ne sont pas éligibles aux financements de la BIRD en raison de leur insolvabilité, ainsi que les pays qui ont un RNB par habitant inférieur au seuil fixé, mais qui sont éligibles aux financements de la BIRD en raison de leur solvabilité (dans ce dernier cas de figure, il s'agit de pays « mixtes »). Pour une liste complète des pays AID, <ida.banquemondiale.org> (rubrique « pays emprunteurs de l'IDA »).

²² *Ibid.* (rubrique « conditions de prêt IDA »).

²³ *Ibid.* (rubrique « Évaluation de la performance des pays IDA »).

²⁴ *Ibid.* (rubrique « Mécanismes de financement d'urgence »).

²⁵ Banque mondiale, « World Bank Approves Crisis Facility for Extra Support to Poorest Countries », communiqué de presse, 18 mai 2023.

possibilité pour l'AID d'accorder des financements en monnaie nationale a été en outre actée lors de ce cycle triennal de reconstitution des ressources²⁶.

De manière générale, l'AID a considérablement rénové et enrichi sa boîte à outils au travers de la création de nouveaux mécanismes, à la suite de l'adoption de l'Agenda 2030. Les dernières reconstitutions de ressources, à compter de l'AID-18, ont été à l'origine d'un renforcement des engagements à destination des pays éligibles, notamment en situation de fragilité, de conflit et de violence²⁷. En effet, cette catégorie de pays, qui inclut au demeurant des pays non-AID, a fait l'objet d'une attention croissante au sein de la Banque mondiale en raison de leur plus grande exposition au risque d'extrême pauvreté²⁸. Les autres institutions du groupe ont également accru leurs engagements à l'égard de cette catégorie de pays par le biais de leurs propres dispositifs de soutien. Cet accent de la Banque mondiale sur les pays à faible revenu et/ou les pays en situation de fragilité, de violence et de conflit se conçoit au regard de son objectif d'éradication de l'extrême pauvreté qui demeure prioritaire même si une inflexion notable de stratégie est prévue par sa « Feuille de route pour l'évolution »²⁹. En effet, au regard des nouveaux défis que pose le développement durable, en particulier l'accélération du changement climatique, des réflexions sont menées pour développer le champ de l'assistance financière concessionnelle aux pays à revenu intermédiaire. Dans le cadre de ce document rendu public en janvier 2023, la Banque mondiale questionnait, notamment, l'opportunité d'élargir la définition de la pauvreté afin de porter une plus grande attention à ce phénomène dans les pays à revenu intermédiaire³⁰. Ce document soulignait, en outre, le besoin de rééquilibrer la stratégie de l'organisation en matière d'assistance financière. Il relevait que « while the WBG will continue working with all developing countries, especially LICs, small states, and fragile states, the evolution of the WBG Mission will require increasing financial and analytical support to MICs for both poverty reduction and addressing global challenges »³¹. À ce titre, la Banque mondiale préconisait de développer une assistance financière concessionnelle au bénéfice des pays à revenu intermédiaire afin de les soutenir dans la mise en œuvre de projets ou de programmes de transition écologique³². Une suggestion, dans ce contexte, était aussi d'envisager de nouveaux critères d'accès aux financements concessionnels du groupe de la Banque mondiale en revenant sur l'importance conférée au revenu national brut par habitant, et en prenant davantage en considération la question de la vulnérabilité des pays face aux crises³³. Cette proposition fait écho à celle des chefs d'État et de gouvernements lors du Sommet pour un pacte financier mondial qui préconisait d' « examiner l'éligibilité aux financements concessionnels des pays les plus vulnérables au moyen d'une approche multidimensionnelle de la vulnérabilité, qui inclue les dimensions économique, environnementale et sociale », en s'inspirant des

²⁶ Banque mondiale, *Rapport des Administrateurs de l'Association internationale de développement au Conseil des Gouverneurs, Augmentation des ressources de l'IDA : Vingtième reconstitution - Reconstruire en mieux après la crise : pour un avenir vert, résilient et inclusif*, 17 février 2022, pp. xviii-xvi.

²⁷ *Ibid.* (rubrique « Reconstitution des ressources IDA »).

²⁸ Banque mondiale, *Mid-Term Review of the World Bank Group Strategy for Fragility, Conflict, and Violence 2020–25*, octobre 2023, 82 p.

²⁹ Banque mondiale, *Evolving the World Bank Group's Mission, Operations, and Resources: A Roadmap*, 18 décembre 2022, 17 p.

³⁰ *Ibid.*, § 14.

³¹ *Ibid.*, § 17.

³² *Ibid.*, § 28.

³³ *Ibid.*, § 27.

travaux de l'ONU sur ce sujet³⁴. Si un tel élargissement du champ de l'aide concessionnelle est souhaitable, il soulève cependant l'enjeu de son financement par la Banque mondiale dans la mesure où ce dernier ne doit pas, en principe, se faire au détriment de l'aide concessionnelle à destination des pays les plus pauvres, surtout dans un contexte de recrudescence de l'extrême pauvreté.

Au sein du Fonds, la principale source de financement concessionnel provient du Fonds fiduciaire pour la réduction de la pauvreté et pour la croissance (FRPC)³⁵. Ce traitement préférentiel n'est pas dans l'ADN de l'assistance financière de l'organisation, dont le but est de « donner confiance aux États membres en mettant les ressources générales du Fonds temporairement à leur disposition moyennant des garanties adéquates, leur fournissant ainsi la possibilité de corriger les déséquilibres de leurs balances des paiements »³⁶. Tous les membres, indépendamment de leur niveau de développement, peuvent ainsi solliciter l'accès temporaire aux ressources générales du Fonds, selon les mécanismes ordinaires des tirages ou des accords de confirmation. Il s'agit d'une aide temporaire et conditionnelle qui n'a pas vocation à financer des projets de développement, mais à surmonter des difficultés de balance des paiements. À compter des années 1960, sous la pression des pays en développement, des instruments *ad hoc* de financement, dénommés « facilités », ont été créés en complément des instruments ordinaires afin d'aider les pays à surmonter leurs difficultés de balance des paiements en cas de chocs exogènes³⁷. Cette pratique du Fonds a été légalisée en 1978, à l'occasion de la seconde révision de ses statuts³⁸. Ce dernier s'est alors largement saisi de ce pouvoir pour développer un arsenal de facilités visant à prévenir et gérer les crises, qui ont, de fait, principalement bénéficié aux pays membres en développement. Le Fonds a également usé de ce pouvoir pour venir en aide spécifiquement aux pays les plus pauvres. Créé en 1999, le FRPC est un mécanisme de prêt concessionnel à destination, uniquement, des pays à faible revenu acceptant de mettre en œuvre un programme d'ajustement structurel. Afin de ne pas remettre en cause le principe d'uniformité de traitement des membres du Fonds, ce fonds fiduciaire n'est pas financé par les ressources générales de l'organisation, mais par des contributions volontaires des États membres. Ce mécanisme s'est substitué à la Facilité d'ajustement structurel renforcée (FASR), mise sur pied en 1987. Il s'en distingue, cependant, en plaçant explicitement la réduction de la pauvreté au cœur de l'assistance financière concessionnelle. L'accès à cette aide est en effet conditionné par l'adoption d'un document de stratégie pour la réduction de la pauvreté (DSRP ou CSLP)³⁹. Ce document, qui expose la stratégie nationale de lutte contre la pauvreté, sert de cadre au programme d'ajustement structurel, et présente la particularité d'être élaboré avec le concours de l'État, sous la supervision et l'approbation du Fonds et de la Banque mondiale⁴⁰. Cette approbation conjointe du DSRP permet ainsi au Fonds de tirer bénéfice de l'expertise de la Banque mondiale dans le domaine du développement et d'éviter le problème de conditionnalité

³⁴ *Déclaration pour une vision commune des banques multilatérales de développement*, 23 juin 2023, § 4 c).

³⁵ FMI, *Les prêts du FMI*, fiche technique, disponible sur <imf.org>.

³⁶ Article I v) des statuts du FMI.

³⁷ H. CASSAN et al., *Droit international du développement*, *op. cit.*, p. 374.

³⁸ Ces facilités sont financées soit par des contributions volontaires des États membres (Article V section 2 b) des statuts du FMI), soit par le Fonds au travers de son compte des ressources générales (Article V section 3 a) des statuts du FMI).

³⁹ FMI, *Prêts du FMI aux pays pauvres - Qu'est-ce qui distingue la FRPC de la FASR ?*, fiche technique, disponible sur <imf.org>.

⁴⁰ FMI, *Cadre stratégique de lutte contre la pauvreté – questions d'ordre opérationnel*, fiche technique, décembre 1999).

croisée. Depuis sa révision en 2009, ce fonds fiduciaire prévoit trois facilités de prêts, parmi lesquelles figure la Facilité élargie de crédit (FEC), qui est le principal instrument de financement à destination des pays pauvres. Celle-ci est complétée par la Facilité de crédit de confirmation (FCC) et la Facilité de crédit rapide (FCR). Ces trois facilités, qui ont des échéances de remboursement et des périodes de grâce différentes, sont des prêts sans intérêt à la différence des autres mécanismes de prêts financés par le compte des ressources générales, qui sont non-concessionnels⁴¹. La FEC présente également la particularité d'offrir un soutien financier à moyen terme. Elle vise à remédier à des déséquilibres structurels, et non plus conjoncturels, de balance des paiements, expliquant que la durée du prêt puisse s'étendre à cinq ans, contre seulement trois ans pour les accords de confirmation. Dans le cadre de la FEC et de la FCC, les pays bénéficiaires sont également dans l'obligation de mettre en œuvre une stratégie nationale de réduction de la pauvreté, au travers de l'élaboration d'un DSRP.

Tout comme l'assistance financière confessionnelle de l'AID, celle du FRPC a été renforcée. En 2009, puis en 2021, ses conditions ont été considérablement assouplies dans le contexte de la demande urgente de financements, notamment par le biais d'un allègement des limites d'accès aux ressources⁴². Contrairement à l'AID, il n'existe pas cependant d'enveloppe spécifique pour les pays en situation de fragilité, de conflit et de violence, alors même que ces derniers représentent un cinquième des États membres du Fonds. En pratique, la majorité des financements à destination de ces pays provient de la FEC⁴³. La raison tient aux ressources concessionnelles très limitées dont dispose l'organisation, et une orientation privilégiée consisterait à adapter davantage les facilités existantes du FRPC à leurs besoins spécifiques⁴⁴. Par ailleurs, la promotion des biens publics mondiaux a également conduit le Fonds à instituer une nouvelle facilité, la Facilité pour la résilience et la durabilité (FRD), visant cette fois-ci à offrir aux pays à revenu faible et intermédiaire un financement « abordable et de long terme » pour prévenir les risques de déséquilibres de balance des paiements induits, notamment, par le changement climatique et les pandémies⁴⁵. Cette facilité, opérationnelle depuis mai 2022, a été présentée par la Directrice générale du Fonds comme « le troisième pilier des mécanismes de prêt du FMI, en plus du compte des ressources générales et du Fonds RPC »⁴⁶. Les trois quarts des pays membres de l'organisation sont éligibles à ses financements. La conditionnalité des prêts est alignée sur celle des tirages ordinaires et leur durée couvre celle du programme économique, dont la qualité donne accès aux tranches supérieures de crédit⁴⁷. Cependant, les modalités de prêt varient selon le niveau de revenu des pays éligibles. En effet, ces derniers sont classés en trois groupes distincts, et les conditions les plus concessionnelles bénéficient au groupe A, qui regroupe les pays admissibles au FRPC mais non éligibles à un financement mixte. La création de ce

⁴¹ Pour plus d'informations relatives à chacune de ces facilités, voir FMI, *Le soutien du FMI aux pays à faible revenu*, fiche technique, disponible sur <imf.org>.

⁴² B. CABRILLAC, L. JACOLIN, « L'évolution des facilités du FMI pour les pays pauvres », *Policy Brief*, janvier 2022 (mise à jour en mai 2022), 10 p., disponible sur <ferdi.fr>.

⁴³ FMI, *IMF Strategy for Fragile and Conflict-Affected States*, *IMF Policy Paper*, mars 2022, p. 14.

⁴⁴ FMI, *The IMF and Fragile States: IEO Evaluation Report 2018*, 2018, pp. 43-44.

⁴⁵ FMI, *La Facilité pour la résilience et la durabilité*, fiche technique, disponible sur <imf.org>.

⁴⁶ FMI, communiqué de presse n°22/115, 13 avril 2022.

⁴⁷ Le pays doit mener « un programme au titre des dispositifs suivants : accord de confirmation, mécanisme élargi de crédit (MEDC), ligne de précaution et de liquidité (LPL), ligne de crédit modulable (LCM), facilité de crédit de confirmation (FCC), facilité élargie de crédit (FEC), instrument de coordination de la politique économique (IPC) ou instrument de soutien à la politique économique (ISPE) » (FMI, *La Facilité pour la résilience et la durabilité*, *op. cit.*).

nouveau fonds fiduciaire illustre, au même titre que le FRPC, l'évolution des modalités d'assistance financière du FMI et traduit un alignement de ses orientations stratégiques sur celles de la Banque mondiale dans le cadre de son soutien à la réalisation de l'Agenda 2030⁴⁸.

Au-delà de leurs mécanismes respectifs, ces deux institutions ont pu également mettre en place des initiatives conjointes pour renforcer ce soutien concessionnel aux pays les plus pauvres, en cas de situation de surendettement.

2. L'aide spécifique en faveur des pays pauvres très endettés

Outre les dons de l'AID, les pays les plus pauvres très endettés peuvent bénéficier, de la part de l'AID et du Fonds, d'un allègement de leur dette publique extérieure afin de ramener leur endettement à niveau soutenable et accroître leur capacité d'emprunt pour financer leurs efforts de réduction de la pauvreté. Sous l'impulsion du G-7, les deux institutions ont mis sur pied deux initiatives conjointes, l'initiative renforcée en faveur des pays pauvres très endettés (PPTE) en 1999, complétée par l'initiative d'allègement de la dette multilatérale (IADM) en 2005⁴⁹. Adoptée initialement en 1996, l'initiative PPTE bénéficie aux pays éligibles aux financements concessionnels de l'AID et du FRPC, qui ont entrepris un programme de réformes soutenu par le FMI et la Banque mondiale. Elle permet à ces pays de bénéficier d'un allègement de leur dette publique extérieure de la part de leurs créanciers officiels. Cette initiative volontaire a été révisée en 1999 pour élargir le champ des pays éligibles, notamment par un abaissement des ratios cibles d'endettement, et pour placer au centre de ce dispositif concessionnel la lutte contre la pauvreté, au travers de l'obligation d'élaborer un DSRP. Dans le cadre de cette initiative renforcée, les créanciers officiels du Club de Paris ont convenu d'appliquer les termes de Cologne, sur la base du diagnostic de viabilité de la dette établi conjointement par le FMI et la Banque mondiale. Ces termes offrent aux pays éligibles le traitement le plus concessionnel qui soit en matière d'allègement de la dette, par comparaison aux autres traitements prévus par ce cadre informel de concertation. En effet, les pays éligibles peuvent obtenir une réduction de leurs crédits non-APD à hauteur de 90 % ou plus si cela est nécessaire pour parvenir à une dette soutenable⁵⁰. Afin de répartir de manière équitable le fardeau de la dette entre l'ensemble des créanciers, une clause de comparabilité de traitement est nécessairement prévue dans les procès-verbaux agréés par le Club de Paris. Cette clause est d'une importance cruciale, car elle permet d'appliquer aux créanciers officiels et privés, qui n'ont pas participé au processus d'allègement de la dette, un régime comparable aux termes de restructuration convenus par le Club de Paris. Toutefois, cette clause n'est pas applicable aux créanciers multilatéraux, qui disposent d'un statut de créancier privilégié leur permettant de définir de façon discrétionnaire leurs efforts d'allègement. À ce titre, l'IADM constitue une initiative notable en ce qu'elle vient renforcer l'efficacité de cette initiative, en formalisant l'engagement de trois créanciers multilatéraux – le Fonds, la Banque mondiale et le Fonds africain de développement – de procéder à l'annulation totale de leurs crédits admissibles, une fois que les pays éligibles à l'initiative PPTE

⁴⁸ FMI, *Rapport annuel 2023*, p. 29.

⁴⁹ Le FMI finance les allègements de dette multilatérale, au travers de deux fonds fiduciaires, le Fonds fiduciaire d'assistance et de riposte aux catastrophes (Fonds ARC) et le Fonds RPC-PPTE. (FRPC/PPTE).

⁵⁰ <clubdeparis.org> (rubrique « Les termes de Cologne »).

renforcée seront parvenus au point d'achèvement⁵¹. En parallèle, les deux institutions ont adopté des politiques spécifiques pour prévenir les biais de tels dispositifs concessionnels, et s'assurer que l'augmentation consécutive de la capacité d'emprunt des pays pauvres ne conduise à une nouvelle situation de surendettement⁵².

Dans le contexte de la pandémie, les institutions jumelles ont de nouveau appelé les créanciers officiels à agir, urgemment, en faveur d'un allègement de la dette publique extérieure des pays AID, dont le montant avait déjà atteint un niveau sans précédent avant la crise sanitaire⁵³. Elles ont, ainsi, soutenu la mise en œuvre de l'initiative de suspension du service de la dette (ISSD) instituée par le G-20 dans le but de faire face à des crises de liquidités. Cette initiative volontaire prévoyait un moratoire temporaire en faveur des pays les plus pauvres sur le remboursement des échéances de leur dette extérieure⁵⁴. Cette initiative a pu néanmoins être critiquée en raison de son champ d'application restreint. En effet, seuls les pays AID et les pays les moins avancés, au sens de la classification retenue par l'ONU, pouvaient bénéficier de cette initiative, à la condition que ces derniers soient à jour sur le service de leur dette publique multilatérale due au FMI et à la Banque mondiale⁵⁵. Par ailleurs, alors que le FMI et la Banque mondiale ont appelé les créanciers officiels et privés à suspendre les paiements au titre du service de la dette pour les pays les plus pauvres, seul le Fonds a procédé, au cours de cette période, à un allègement du service de la dette, sous la forme de dons⁵⁶. La Banque mondiale n'a pas souhaité suspendre ou alléger les paiements des pays AID. Ce positionnement, bien que discuté, a été justifié par le fait qu'une telle action aurait pour conséquence de réduire considérablement le volume de nouveaux financements fournis à faible coût et à long terme par l'AID aux pays pauvres, et que le soutien financier de cette institution serait bien supérieur à celui que ces pays consacrent au remboursement de leur dette multilatérale. Les actionnaires sont ainsi de l'avis que la meilleure solution serait de continuer à offrir des financements concessionnels, sous la forme de dons ou bien de prêts, pour financer des projets et des programmes, et de les assortir d'une assistance technique en matière de gestion de la dette souveraine⁵⁷. Le G-20 a été, en outre, à l'initiative de la création d'un cadre commun pour le traitement ordonné de la dette (CCTD) dont l'objet est de « faciliter le traitement rapide et ordonné de la dette

⁵¹ Le point d'achèvement constitue la deuxième et dernière étape du processus (la première étant le point de décision qui correspond à l'admissibilité du pays à l'Initiative PPTE) et permet l'allègement intégral de la dette. Ce dernier est réputé atteint lorsque le pays concerné a satisfait à ses engagements de réformes définis lors du point de décision et mis en œuvre depuis au moins un an son document de stratégie de réduction de la pauvreté. Actuellement, sur les 39 pays éligibles à cette initiative, 38 y sont parvenus au point d'achèvement, le dernier en date étant le Soudan en 2021.

⁵² Le FMI a adopté une politique de plafonds d'endettement et l'AID, une politique de financement durable du développement, qui remplace celle antérieure, relative aux emprunts non concessionnels.

⁵³ FMI-Banque mondiale, *Déclaration commune appelant à agir pour alléger le poids de la dette des pays IDA*, 25 mars 2020.

⁵⁴ Initialement opérationnel du 1er mai 2020 au 31 décembre 2020, ce moratoire a été reconduit deux fois, au vu de l'ampleur de la crise, et est arrivé à échéance le 31 décembre 2021. Ce dispositif aurait permis de suspendre le service de la dette de 48 pays à faible revenu, à hauteur de 12,9 milliards de dollars (FMI, *Rapport annuel 2022*, pp. 18-19).

⁵⁵ Sont ainsi concernés soixante-treize États parmi lesquels figurent les trente-neuf pays éligibles à l'initiative PPTE. Quatre États ont été exclus du bénéfice de l'ISSD en raison de leurs arriérés de paiement auprès de ces deux institutions (Érythrée, Soudan, Syrie, Zimbabwe).

⁵⁶ Vingt-neuf pays éligibles à cette initiative ont bénéficié d'un allègement du service de leur dette d'un montant total de près de 520 millions de DTS. Ces dons ont été financés par le FARC (FMI, *Rapport annuel 2021*, p. 29).

⁵⁷ Banque mondiale, *Suspension du service de la dette et COVID-19*, fiche d'information, disponible sur [worldbank.org](https://www.worldbank.org).

pour les pays éligibles à l'Initiative de suspension du service de la dette, avec une large participation des créanciers, y compris le secteur privé »⁵⁸. À la différence de l'ISSD, cette initiative internationale vise à prévenir et gérer les crises de solvabilité de ces pays, en instituant un cadre facultatif, mais pérenne, de concertation pour la restructuration de leur dette publique extérieure. Ce dernier a cependant connu un succès très limité, très peu de pays éligibles ont sollicité cette initiative⁵⁹, et l'ensemble des mesures d'allègement adoptées durant la pandémie n'a pas réduit le risque élevé de surendettement des pays à faible revenu⁶⁰. Le cadre commun laisse par ailleurs la question des modalités d'allègement de la dette extérieure multilatérale en suspens⁶¹. Cette interrogation a pu néanmoins être levée dans le cadre de la plateforme de dialogue mise en place par le FMI, la Banque mondiale et le G-20 en février 2023, pour renforcer les initiatives de restructuration existantes et favoriser les réflexions sur la problématique de la dette souveraine⁶². En effet, les principales parties prenantes à cette table ronde sont parvenues à une compréhension commune du rôle des banques internationales de développement dans le processus de restructuration. Le soutien financier, par l'apport de flux positifs nets, a été privilégié par rapport à des mesures d'allègement du service de la dette extérieure multilatérale⁶³.

B. Le développement d'une assistance technique spécifique

Au-delà de leur soutien financier, le FMI et la Banque mondiale mettent également leur expertise technique au service des pays les plus pauvres, au travers d'activités de formation, d'analyse et de suivi de leurs politiques macroéconomiques. Si ce soutien technique est accessible à l'ensemble de leurs membres, il se concentre sur ces pays, du fait de leurs ressources limitées, et se traduit en pratique par une spécialisation des outils (1) et une priorisation des thèmes abordés, faisant écho aux ODD (2).

1. La spécialisation des outils

Les institutions de Bretton Woods ont pu mettre en place des outils de diagnostic et de suivi, à destination des pays les plus pauvres, afin d'identifier leurs vulnérabilités spécifiques. Ces outils s'adressent à la fois aux autorités nationales, mais aussi aux institutions elles-mêmes, dans la mesure où, bien souvent, ils servent de support aux activités de prêt ou bien de surveillance s'agissant du FMI. Les deux institutions ont pu activement coopérer pour mettre en place des outils communs de diagnostic dans les domaines où leurs activités de financement étaient susceptibles de se chevaucher ou bien étaient menées conjointement. Le premier exemple, déjà évoqué, est l'élaboration du document stratégique de réduction de la pauvreté pour les pays éligibles aux

⁵⁸ G-20 Finance, *Common Framework for Debt Treatments beyond the DSSI*, annexe I du communiqué du Sommet de Riyad, 13 novembre 2021.

⁵⁹ À l'heure actuelle, seuls la Zambie, le Tchad, l'Éthiopie et le Ghana ont demandé à participer au CCTD.

⁶⁰ À l'heure actuelle, environ 60 % des pays à faible revenu sont toujours exposés à un risque élevé de surendettement ou sont déjà dans cette situation (Banque mondiale, communiqué de presse n°2024/039/DC, 13 décembre 2023).

⁶¹ Il est précisé que « les banques multilatérales de développement développeront des options sur la meilleure façon de contribuer à répondre aux besoins de financement à long terme des pays en développement, notamment en s'appuyant sur les expériences passées pour faire face aux vulnérabilités de la dette telles que l'ajustement domestique, les flux financiers nets positifs et l'allègement de la dette, tout en protégeant leur notation actuelle et leur faible coût de financement » et qu' « il n'existe actuellement aucun consensus sur la manière dont ces options précédentes pourraient s'appliquer aux circonstances actuelles. » (G-20 Finance, *Common Framework for Debt Treatments beyond the DSSI*, *op. cit.*).

⁶² FMI, *Global Sovereign Debt Roundtable*, Q&A, 12 décembre 2023, disponible sur <[imf.org](https://www.imf.org)>.

⁶³ GSDR, *Cochairs Progress Report*, 12 octobre 2023.

financements de l'AID et du FRPC. L'intérêt d'un outil commun est d'éviter le risque d'une conditionnalité discordante entre les deux organisations. Le second exemple est l'adoption du cadre de viabilité de la dette pour les pays à faible revenu. Adopté en 2005 et révisé en 2018, ce cadre a pour objectif d'adapter le cadre originel et son instrument clef, l'analyse de viabilité de la dette, à la situation particulière des pays à faible revenu. L'analyse de viabilité de la dette, établie par les services du Fonds et de la Banque mondiale, propose un état prospectif de l'endettement des pays et une évaluation du risque de surendettement extérieur et public. Cet outil de diagnostic vise à « guider les pays et les bailleurs de fonds dans la mobilisation des financements nécessaires au développement des pays à faible revenu tout en réduisant les risques d'une accumulation excessive de dette à l'avenir »⁶⁴. Ainsi, en pratique, les pays à faible revenu sont contraints de prendre en considération ces diagnostics dans la mesure où ils déterminent l'accès ainsi que la proportion des financements de la part des deux institutions. Le FMI et la Banque mondiale ont pu aussi mettre sur pied des initiatives conjointes de suivi, comme les Rapports sur l'observation des normes et des codes (RONC) et le Programme d'évaluation du secteur financier (PESF), mais celles-ci s'adressent à l'ensemble de leurs membres et non spécifiquement aux pays les plus pauvres.

Hormis ces exemples, les institutions ont développé leurs propres outils à destination de ces pays. Par exemple, en 2005, le Fonds a développé un instrument de soutien à la politique économique (ISPE) à destination des pays éligibles au FRPC, qui souhaiteraient bénéficier de conseils et d'un suivi pour élaborer des réformes structurelles en vue de favoriser la croissance et réduire la pauvreté, sans pour autant avoir besoin ou demandé une assistance financière du Fonds⁶⁵. Cet outil de suivi permet aux pays volontaires de bénéficier d'un examen régulier des politiques économique et financière. Il s'agit d'une déclinaison de l'instrument de coordination de la politique économique (ICPE) destiné à tous les pays membres⁶⁶. Cet outil de suivi, comme l'ICPE, vise à élaborer un programme de réformes et à signaler l'intention du pays de le mettre en œuvre, afin de catalyser des sources de financement extérieures au Fonds. Ce suivi peut durer jusqu'à cinq ans et être renouvelé sans limitation. De son côté, la Banque mondiale établit des diagnostics systématiques par pays, en concertation avec les autorités nationales⁶⁷. Ces diagnostics ont pour objectif d'identifier les obstacles auxquels est confronté un pays membre, mais aussi les leviers dont il dispose pour atteindre les objectifs de réduction de la pauvreté et de prospérité partagée. Ils constituent le socle analytique pour les opérations et activités de la Banque mondiale au sein du pays et servent de support à l'élaboration des cadres de partenariat-pays, qui fournissent, plus largement, des données utiles à l'établissement des cadres de financement nationaux intégrés⁶⁸. Les évaluations de la performance des pays AID,

⁶⁴ FMI, *Le cadre de viabilité de la dette établi conjointement par la Banque mondiale et le FMI pour les pays à faible revenu*, fiche d'information, disponible sur <imf.org>.

⁶⁵ FMI, *L'instrument de soutien à la politique économique*, fiche d'information, disponible sur <imf.org>.

⁶⁶ FMI, *L'instrument de coordination de la politique économique*, fiche d'information, disponible sur <imf.org>.

⁶⁷ Il est précisé que « the SCD identifies a set of priorities through which a country may most effectively and sustainably achieve the poverty reduction and shared prosperity goals and serves as the reference point for consultations when developing the CPF » (Banque mondiale, *Directive on Country Engagement*, 1er juillet 2014, §§ 4-5).

⁶⁸ L'INFF est un outil de planification, mis en place par les Nations Unies, à la suite de la troisième conférence sur le financement du développement. Il vise à formuler, à une échelle nationale, la stratégie de financement du développement durable pour parvenir à la réalisation des ODD.

établies par les services de la Banque mondiale, peuvent également fournir des informations pertinentes pour les autorités nationales bien qu'elles ne soient pas élaborées de manière participative. La Banque mondiale a également mis en place un outil de diagnostic spécifique pour identifier les facteurs de fragilité et de conflit au sein d'un pays. Depuis l'AID-19, l'évaluation des risques et de la résilience doit désormais être prise en compte dans les évaluations de la performance des pays et dans les cadres de partenariat-pays. Le FMI dispose également de son propre outil de diagnostic pour cette catégorie spécifique de pays, rendant ainsi la coordination institutionnelle nécessaire lorsque ces deux organisations offrent leur soutien technique dans des domaines d'intérêt commun.

2. La priorisation des thèmes

Dans le cadre de leur soutien aux ODD, le FMI et la Banque mondiale ont identifié des thématiques communes, jugées prioritaires pour le développement des capacités de leurs membres. Depuis 2015, l'une d'entre elles fait l'objet d'une attention particulière dans le contexte du financement de l'Agenda 2030 et de l'ampleur des besoins de financement des pays en développement. En effet, la mobilisation des ressources intérieures a été définie comme un objectif prioritaire au niveau multilatéral⁶⁹, l'aide internationale devant permettre de développer les capacités des pays en développement à collecter des recettes publiques pour financer leur développement⁷⁰. Ces deux institutions ont ainsi renforcé leur assistance technique dans les domaines de la gouvernance fiscale et de la lutte contre les flux financiers illicites, bien qu'elles ne disposent pas d'un mandat explicite sur ces questions. Si le Fonds et la Banque mondiale participent, depuis longtemps, au renforcement de l'administration fiscale, à travers la promotion de normes de bonne gouvernance économique⁷¹, ce n'est qu'à partir de 2015, peu avant la tenue de la troisième Conférence sur le financement du développement, que les deux institutions ont adopté une initiative à destination, spécifiquement, des pays en développement, visant à permettre de lever des recettes fiscales supplémentaires. Cette initiative reposait sur deux piliers, la promotion du dialogue avec les pays en développement sur les questions fiscales, d'une part, et la mise au point d'outils de diagnostics pour évaluer et renforcer leur système d'imposition, d'autre part⁷². Ces deux institutions ont, depuis, renforcé leur coopération et développé leurs travaux sur le sujet. En particulier, la Banque mondiale s'est dotée d'une stratégie en matière de mobilisation des ressources intérieures axée sur la question cruciale de la collecte des impôts⁷³. Dans cette perspective, elle a mis au point des outils pour évaluer

⁶⁹ A/RES/69/313, 17 août 2015, § 20 et s.

⁷⁰ Voir la première cible de l'ODD 17.

⁷¹ Les travaux originels relevaient du FMI et se concentraient sur la transparence de la politique budgétaire à des fins de stabilité macroéconomique. Le Code de transparence des finances publiques, élaboré par le FMI, constitue la norme internationale en matière de diffusion des informations sur les finances publiques des États membres et son observation donne lieu, depuis 2014, à un examen dans le cadre des évaluations de la transparence des finances publiques (ETFP). Cette évaluation a remplacé le module budgétaire des RONC. Le Fonds a également adopté le Guide sur la transparence des recettes des ressources naturelles, en 2007, qui fait écho à l'Initiative pour la transparence des industries extractives, à laquelle ce dernier participe (FMI, communiqué de presse n°10/497, 16 décembre 2010).

⁷² FMI, communiqué de presse n°15/330, 10 juillet 2015.

⁷³ Trois objectifs ont été fixés dans le cadre de cette stratégie : la définition des rôles des organisations internationales, le renforcement de la légitimité du système fiscal international, la mobilisation de recettes fiscales d'un montant au moins égal à 15 % du PIB dans tous pays, qui correspond au ratio minimum, pour assurer les fonctions étatiques de base (Banque mondiale, *Mobilisation des ressources intérieures (MRI) et flux financiers illicites (FFI) – Actualisation de la situation pour les administrateurs*, février 2017).

l'administration et l'exécution de leur régime fiscal, dont l'un en collaboration avec le Fonds⁷⁴. Depuis l'adoption de sa stratégie, la Banque mondiale a concentré ses efforts sur le soutien des pays les plus pauvres, bien que les résultats soient mitigés⁷⁵. Le dernier rapport indépendant d'évaluation recommande, à ce titre, une hausse des ressources consacrées à la réalisation de cette stratégie, mais aussi une amélioration de sa cohérence et de son suivi⁷⁶. De son côté, le Fonds a prévu de lancer, au cours de l'année 2024, une nouvelle stratégie de renforcement des capacités qui aurait pour avantage de couvrir l'ensemble des domaines d'intervention relatifs aux finances publiques. Le Partenariat mondial pour les finances publiques, créé sous la forme d'un fonds fiduciaire, viserait à répondre à la demande croissante d'expertise sur cette thématique et se focaliserait également sur le soutien des pays à faible revenu et des pays en situation de fragilité, de conflit et de violence⁷⁷. La lutte contre les flux financiers constitue l'autre volet de la stratégie de mobilisation des ressources intérieures, dans lequel le FMI et la Banque mondiale ont rendu leur action plus lisible⁷⁸. Les flux illicites ont en effet un impact négatif sur la collecte et l'utilisation des ressources publiques, si bien que leur quantification et leur prévention sont des problématiques que traitent les deux organisations, en collaboration avec les autres institutions internationales compétentes. Cette thématique avait pu être abordée bien avant l'adoption de l'Agenda 2030, dans le cadre de la promotion des normes de bonne gouvernance, à la différence de celle du changement climatique, qui fait l'objet d'une attention grandissante de la part des services du Fonds et de la Banque mondiale dans le cadre de la poursuite des ODD⁷⁹. Les deux institutions ont également développé des outils de diagnostic et de suivi conjoints, mais le plus souvent distincts⁸⁰. Ainsi, la multiplication de leurs instruments, que ce soit dans le cadre du renforcement de leur assistance technique ou financière, soulève un enjeu plus général de coordination.

II. L'accroissement des enjeux institutionnels face au défi de réduction de la pauvreté mondiale

L'ampleur du financement du développement durable et le recul de la progression des ODD, notamment en matière d'extrême pauvreté, rendent encore plus prégnants les enjeux auxquels sont, traditionnellement, confrontés le FMI et la Banque mondiale. Le renforcement de l'assistance financière concessionnelle et du soutien technique à destination des pays les plus pauvres, induit nécessairement une augmentation de leur

⁷⁴ Elle est notamment à l'origine de la création du *Tax Administration Diagnostic Assessment Tool* (<www.tadat.org/home>) et, avec le FMI, du *Tax Policy Assessment Framework* (<www.imf.org/en/Data/TPAF>).

⁷⁵ L'accent a été mis sur les pays, dont le ratio recettes fiscales/PIB est inférieur à 15 %. Lors de l'AID-18, il a été décidé qu'au moins un tiers des pays éligibles devrait renforcer ce ratio au moyen d'opérations de prêt et de services de conseil et d'analyse (Banque mondiale, *Mobilisation des ressources intérieures (MRI) et flux financiers illicites (FFI) – Actualisation de la situation pour les administrateurs*, février 2017, § 8).

⁷⁶ Banque mondiale, *World Bank Support for Domestic Revenues Mobilization : an Independent Évaluation*, 2023, 88 p.

⁷⁷ Global Public Finance Partnership, *A Multi-partner Thematic Fund for IMF Capacity Development in Public Finance, Program Document*, décembre 2023, p. 17.

⁷⁸ Banque mondiale, *Mobilisation des ressources intérieures (MRI) et flux financiers illicites (FFI) – Actualisation de la situation pour les administrateurs*, op. cit. ; FMI, *Le FMI et la lutte contre les flux financiers illicites*, fiche d'information, disponible sur <imf.org>.

⁷⁹ Banque mondiale, *Plan d'action sur le changement climatique 2021-2025*, 22 juin 2021 ; FMI, *IMF Strategy to Help Members Address Climate Change Related Policy Challenges — Priorities, Modes of Delivery, and Budget Implications*, 30 juillet 2021.

⁸⁰ FMI, *Review of the Climate Macroeconomic assessment program pilots*, IMF Policy Paper, juin 2023, § 23 et s.

capacité financière respective (A) et le développement de leur synergie institutionnelle (B) pour garantir l'efficacité de leurs initiatives en faveur de la réduction de la pauvreté mondiale.

A. L'enjeu du financement institutionnel

Dans une déclaration commune récente, les institutions de Bretton Woods ont insisté sur la nécessité urgente de mobiliser plus de ressources intérieures et extérieures pour financer la réalisation des ODD, en particulier les capitaux privés. À leur niveau, elles ont également entrepris des actions et des réflexions pour augmenter, ou mieux mobiliser leurs propres ressources, déjà très largement mises à contribution depuis la pandémie. Le FMI a décidé de procéder à une augmentation de quotes-parts ainsi qu'à une nouvelle allocation de droits de tirage spéciaux (2), tandis que l'AID et la BIRD ont adopté des mesures relatives à l'optimisation de leurs ressources propres (1).

1. La stratégie de la Banque mondiale

Le renforcement de la capacité financière de la Banque mondiale est d'autant plus nécessaire que le contexte de polycrise a conduit à une hausse colossale des engagements de la BIRD et de l'AID depuis 2020. La dernière augmentation de capital de la BIRD en 2018, ainsi que l'enveloppe financière de l'AID adoptée en 2022, n'ont pas été conçues pour absorber autant de chocs exogènes. En effet, un nombre conséquent de financements ont été octroyés au cours de l'exercice 2023 si bien qu'une forte réduction des ressources disponibles pour les exercices 2024 et 2025 est attendue. En décembre 2022, la feuille de route de la Banque mondiale relevait en outre la baisse du niveau du soutien financier de la BIRD, en termes réels par habitant, par rapport à la période des années 1980, et la difficulté de maintenir, à long terme, celui de l'AID, compte tenu des projections démographiques dans les pays éligibles à ses financements⁸¹. Dans le cas de l'AID, l'augmentation de ses ressources est d'autant plus importante que l'apport de ressources extérieures, notamment de capitaux privés, aux pays à faible revenu demeure très limité et se concentre sur les pays à revenu intermédiaire⁸². Par ailleurs, bien que les reconstitutions des ressources de cette institution aient été en hausse constante, avec des augmentations inédites depuis l'AID-18, une baisse des ressources concessionnelles est observable du fait de la diminution des contributions de ses membres⁸³. Leur mobilisation apparaît pourtant comme un enjeu crucial dans le contexte de la redéfinition de la stratégie de la Banque mondiale, axée sur la promotion de la transition climatique et le renforcement de l'aide concessionnelle aux pays à revenu intermédiaire. En effet, la poursuite de cette stratégie induit une augmentation sans précédent de la capacité financière de l'organisation, puisqu'il est précisé que ce soutien concessionnel ne devra être réalisé au détriment de celui des pays à faible revenu, la lutte contre l'extrême pauvreté demeurant un objectif prioritaire pour la Banque mondiale. Dans cette perspective, la feuille de route préconise d'approfondir ou d'explorer de nouvelles options de financement pour accroître les

⁸¹ Banque mondiale, *Evolving the World Bank Group's Mission, Operations, and Resources: A Roadmap*, op. cit., § 10.

⁸² Banque mondiale, *Rapport de l'AID au Conseil des gouverneurs, Augmentation des ressources de l'IDA: vingtième reconstitution*, 17 février 2022, § 32.

⁸³ *Ibid.*, § 26.

ressources disponibles des institutions du groupe⁸⁴, en écho aux propositions formulées lors du Sommet de Paris pour un nouveau pacte financier mondial⁸⁵.

Ces propositions concernent cependant principalement la BIRD, dont l'action demeure au cœur de la nouvelle stratégie. Aucune proposition spécifique ne porte sur l'AID, même si le besoin de renforcer ses ressources, à court et long terme, est souligné. Une innovation importante avait pu néanmoins être introduite, lors de l'AID-18, la possibilité pour l'organisation d'emprunter sur les marchés⁸⁶. Cette réforme visait à introduire de la souplesse dans le modèle de financement et pallier la baisse des contributions des membres même si ces emprunts n'ont pas vocation à s'y substituer⁸⁷. L'AID tire également des ressources additionnelles des remboursements par les emprunteurs de ses crédits antérieurs, ainsi que des transferts des revenus de la BIRD et de la Société Financière internationale (SFI). Néanmoins, depuis 2018, cette dernière a suspendu le transfert de ses bénéfices à l'AID afin de les réorienter vers le financement de ses propres activités à destination des pays à faible revenu et en situation de fragilité, de conflit et de violence⁸⁸. Une proposition envisagée dans la feuille de route serait, d'ailleurs, que la BIRD fasse de même pour renforcer son aide concessionnelle à destination des pays à revenu intermédiaire dans l'hypothèse où les membres de l'AID décideraient d'augmenter considérablement leurs contributions. Toujours dans cette optique, il a également été envisagé, pour la BIRD, qu'une reconstitution de ressources en dons sur le modèle de l'AID soit instituée ou bien qu'un fonds concessionnel, sur le modèle du Fonds multipartenaire SCALE, soit créé afin de mobiliser des capitaux privés à l'appui du financement du développement durable. L'augmentation des ressources concessionnelles de l'AID dépend, en définitive, de la volonté politique et de la capacité financière des pays développés, qui sont les plus importants donateurs. Lors de l'AID-20 a été réaffirmé le besoin d'augmenter le nombre de pays contributeurs dans le contexte du retrait du Mexique, de l'Algérie et de la Russie du groupe des donateurs⁸⁹. L'AID-21 sera en ce sens cruciale, d'autant que des discussions sont en cours pour que les financements accordés aux pays éligibles prennent la forme uniquement de prêts et non plus de dons⁹⁰. Pour l'heure, seule la BIRD a annoncé de nouvelles mesures pour accroître sa capacité financière, par le biais non pas d'une nouvelle augmentation de son capital, ce qui a pu être préconisé, mais de mesures d'optimisation de son bilan, emportant la création de capitaux hybrides⁹¹. De façon générale, la Banque mondiale dispose d'un large panel d'outils, issus de pratiques financières innovantes. Son modèle de financement mixte constitue, par ailleurs, une

⁸⁴ Il est notamment évoqué le transfert de risque, le capital sans droit de vote (hybride), le capital exigible et les solutions relatives à la limite statutaire de prêt.

⁸⁵ *Déclaration pour une vision commune des banques multilatérales de développement*, juin 2023.

⁸⁶ À la différence de la BIRD, les financements de l'AID proviennent principalement des souscriptions initiales et des contributions supplémentaires des membres. Les financements prennent la forme de dons et, depuis l'AID-17, de prêts concessionnels.

⁸⁷ Les contributions des membres sont nécessaires pour préserver le mandat de l'AID, à savoir la fourniture d'une aide concessionnelle à long terme aux pays à faible revenu.

⁸⁸ La SFI a pour objectif de porter son engagement en leur faveur, à hauteur de 40 % du montant total de ses engagements, d'ici 2030.

⁸⁹ Banque mondiale, *Rapport de l'AID au Conseil des gouverneurs, Augmentation des ressources de l'IDA: vingtième reconstitution*, op. cit., § 168.

⁹⁰ FMI, *Communiqué du Groupe intergouvernemental des vingt-quatre pour les questions monétaires et internationales et le développement*, 10 octobre 2023, § 9.

⁹¹ Banque mondiale, *La Banque mondiale annonce de nouvelles mesures pour augmenter de plusieurs milliards sa capacité financière – notamment les capitaux hybrides*, fiche d'information, 17 juillet 2023.

différence fondamentale avec le Fonds, qui dispose délibérément d'options plus limitées pour accroître sa capacité financière.

2. La stratégie du Fonds monétaire international

Les ressources du Fonds proviennent exclusivement de ses ressources propres, les quotes-parts, ainsi que des emprunts auprès de ses membres⁹². En effet, à la différence de la Banque mondiale, le Fonds refuse d'avoir recours aux capitaux privés pour se financer, malgré l'invitation du G-20 à envisager cette option lors de la crise des *subprimes*⁹³. Depuis sa création, le capital du Fonds est en augmentation constante. Ce dernier a procédé à sept augmentations générales de quotes-parts, en plus des augmentations ponctuelles. La dernière en date est intervenue en décembre 2023 dans le cadre de la 16^{ème} révision générale des quotes-parts. Elle a permis une augmentation de 50 % des quotes-parts du Fonds, portant ainsi leur montant total à 960 milliards de dollars (ou 715,7 milliards de DTS), contre 7 milliards à sa création⁹⁴. Cette augmentation générale n'est toutefois pas la plus importante. La précédente augmentation, adoptée dans le cadre de la 14^{ème} révision générale des quotes-parts, et entrée en vigueur en 2016, avait permis de doubler le montant des quotes-parts du Fonds et de procéder également à une meilleure répartition⁹⁵. Cette augmentation générale des quotes-parts s'inscrit dans un choix délibéré de l'institution de réduire sa dépendance aux ressources empruntées et de maintenir la nature de « coopérative internationale » du Fonds. Elle vise à maintenir la capacité actuelle de prêt du Fonds, en compensant la réduction des emprunts par une hausse de ses capitaux propres⁹⁶. En effet, il est prévu qu'à son entrée en vigueur, les accords bilatéraux d'emprunts soient progressivement supprimés et les nouveaux accords d'emprunt réduits⁹⁷. Dans la logique du Fonds, ces ressources, bien qu'essentielles, ne sont que des ressources subsidiaires, mobilisables en cas de besoins supplémentaires. Les fonds fiduciaires offrant des prêts concessionnels aux pays à faible revenu sont, quant à eux, alimentés par des contributions volontaires des États membres, sous la forme de prêts ou de dons, mais aussi par des contributions du FMI et de l'Union européenne⁹⁸. Les contributions étatiques à ces fonds peuvent également prendre la forme d'allocations de droits de

⁹² Il faut également ajouter aux ressources propres du Fonds, les ventes d'or du FMI et les opérations d'investissement, relevant du compte investissement, même si ces ressources sont relativement peu importantes. S'agissant des ressources empruntées, le FMI procède, auprès de ses membres, à des emprunts bilatéraux et plurilatéraux (les nouveaux accords d'emprunts), mais aussi, depuis 2009, à des emprunts obligataires (E. CASTELLARIN, « La réforme institutionnelle du FMI : du 4^{ème} au 7^{ème} amendement : conséquence du changement des rapports de forces dans le monde ou de l'enseignement des crises ? », in M. WAIBEL (dir.), *Les implications juridiques des crises financières mondiales*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2020, p. 11).

⁹³ G-20, *Déclaration de Londres*, 2 avril 2009, § 17.

⁹⁴ FMI, communiqué de presse n°23/459, 18 décembre 2023.

⁹⁵ La 14^{ème} révision générale des quotes-parts avait été adoptée en 2010, mais était entrée en vigueur en 2016. Pour une comparaison, voir FMI, *Quotes-parts au FMI*, fiche d'information, dernière consultation en janvier 2024.

⁹⁶ À la mi-décembre 2023, la capacité de prêt du FMI était estimée à 932 milliards de dollars.

⁹⁷ Depuis leur réforme en 2011, les NAE avaient, en effet, été largement mobilisés, et leur volume en constante augmentation. En 2021, le montant des NAE avait été doublé pour atteindre un montant d'environ 364 milliards de DTS. Bien que tous les États membres puissent prendre part aux NAE, seulement quarante membres participent à ce dispositif, contre quarante-deux pour les accords d'emprunts bilatéraux, dont le montant s'élève à 140 milliards de DTS. Il s'agit de pays développés ou émergents, participant au G-20 (FMI, *Rapport annuel 2023*, pp. 64-65).

⁹⁸ Pour un aperçu de la répartition et du volume total des contributions pour l'ensemble de ces fonds concessionnels (FRPC, FRPC-PPTE, FARC), voir FMI, *Quarterly Report on IMF Finances*, 31 octobre 2023, p. 54.

tirage spéciaux (DTS), dont les États membres sont les détenteurs exclusifs, aux côtés des autres détenteurs agréés par le Fonds⁹⁹. Le recyclage de cette « liquidité internationale inconditionnelle »¹⁰⁰ en faveur des pays à faible revenu n'est pas nouveau au sein du Fonds et constitue un levier privilégié par la communauté internationale pour le financement de leur développement¹⁰¹. Depuis 2010, certains pays, dont la France, ont contribué à la hausse des ressources du FRPC par des prêts de leurs DTS, mais ce canal a pris une nouvelle ampleur à la suite de la dernière allocation générale de DTS en 2021. Parmi les quatre allocations générales de DTS, la dernière allocation est d'un montant historique de 456,5 milliards de DTS, portant ainsi leur volume total à 660,7 milliards (environ 890 milliards de dollars), soit presque l'équivalent du montant total des quotes-parts du Fonds. La précédente allocation, en 2009, était déjà d'un niveau sans précédent et avait été complétée par une allocation spéciale pour remédier au fait que les pays devenus membres du Fonds, après 1981, ne participaient au système des DTS. Cependant, le problème du système actuel d'allocation est que l'allocation est définie en proportion des quotes-parts des États membres si bien que la répartition des DTS bénéficie principalement aux États membres participant au G-7¹⁰². Il est, ainsi, attendu par le FMI qu'une partie de l'enveloppe des 100 milliards de DTS soit prêtée au FRPC et au FRD¹⁰³. Cette option présente cependant trois limites principales pour les pays membres à revenu faible et intermédiaire¹⁰⁴. D'abord, le redéploiement suppose le consentement des principaux détenteurs de DTS. Or, les pays développés et émergents n'ont pas tous consenti, pour des raisons diverses, à la cible fixée pour redéployer équitablement les DTS entre les contributeurs¹⁰⁵. Ensuite, le recyclage des DTS réintroduit une conditionnalité dans l'accès aux prêts, au travers des facilités, alors même qu'il s'agit d'une liquidité internationale inconditionnelle. Enfin, les contributions volontaires des membres du FMI demeurent nécessaires pour financer le différentiel induit par l'octroi de prêts à taux zéro que le FRPC octroie, et le paiement des intérêts associés aux prêts de DTS. Ainsi, certains plaident en faveur d'allocations ciblées de DTS aux pays à faible revenu, découplées du montant de leurs quotes-parts. La concrétisation de cette proposition requiert cependant un accord à la majorité qualifiée et demeure pour cette raison, peu vraisemblable. Une autre proposition, qui avait été discutée lors du Sommet pour un nouveau pacte financier mondial, était le recyclage des DTS au travers du canal des banques multilatérales de développement. Cette option, proposée notamment par la Banque africaine de développement et la Banque interaméricaine de développement, a reçu un soutien croissant au sein de la

⁹⁹ Les DTS sont définis comme un « avoir qui peut être échangé par ses détenteurs contre des devises en cas de besoin » et ne peuvent être détenus par des personnes ou entités privées (FMI, *Droits de tirage spéciaux*, fiche d'information, disponible sur <imf.org>).

¹⁰⁰ Elle est également qualifiée, par les mêmes auteurs, de « monnaie scripturale internationale ». Pour une présentation de la nature et du rôle des DTS, voir D. CARREAU et al., *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 799-807.

¹⁰¹ B. CABRILLAC, F. GRIECO, « Droits de tirage spéciaux émis par le FMI et enjeux de leur recyclage vers les pays les plus vulnérables », *Bulletin de la Banque de France* n°248/2, septembre-octobre 2023, 9 p.

¹⁰² Pour illustration, sur les 456,5 milliards de DTS alloués en 2021, seulement 21 milliards l'ont été aux pays à faible revenu (*ibid.*, p. 4).

¹⁰³ S'agissant du FRPC, il avait été prévu que soit mobilisés 2,8 milliards de DTS sous la forme de ressources de bonification, ainsi que 12,6 milliards de DTS sous la forme de ressources de prêt, pouvant être obtenus par une redistribution de DTS (FMI, communiqué de presse n°PR21/222, 22 juillet 2021).

¹⁰⁴ CH. DE BOISSIEU, « L'Afrique et les DTS », *Policy Brief*, 9 p., disponible sur <www.policycenter.ma>.

¹⁰⁵ Les engagements demeurent variables. Par exemple, si la France et le Canada ont tenu cette promesse, il n'en est pas de même pour l'Allemagne, la Chine, les États-Unis et le Japon (*ibid.*).

communauté internationale¹⁰⁶. Certains participants au G-7, notamment la France, le Japon, le Royaume-Uni, ont soutenu cette proposition tout comme le FMI qui a apporté un soutien technique aux discussions entre les banques multilatérales de développement et leurs contributeurs potentiels. Dernièrement, cinq nouvelles banques multilatérales ont été agréées par le Fonds pour détenir des DTS¹⁰⁷. Cette option présente l'avantage de redéployer cette liquidité internationale vers de l'aide au développement *stricto sensu*. Du fait de leur spécialisation géographique et de leur mandat, celles-ci demeurent plus à même que le Fonds d'évaluer l'opportunité des projets ou programmes à financer dans les pays à faible revenu. Les banques de développement, dont la Banque mondiale, proposent d'utiliser, comme véhicule de recyclage des DTS, un instrument de capital hybride qu'elles pourraient comptabiliser dans leurs fonds propres. Elles pourraient ainsi emprunter davantage sur les marchés de capitaux¹⁰⁸. Pour l'heure, cette proposition ne fait cependant pas consensus, car elle rencontre certains obstacles juridiques, notamment au sein de l'Union européenne dont les traités constitutifs prohibent le financement monétaire. Sa mise en œuvre nécessiterait par ailleurs une collaboration renforcée entre l'ensemble des institutions.

B. L'enjeu de la coopération institutionnelle

Le chevauchement croissant des champs d'activités, ainsi que la multiplication notable des instruments de la Banque mondiale et du FMI, requiert une coopération étroite afin d'éviter une situation de concurrence institutionnelle coûteuse pour les organisations et les pays bénéficiant de leur assistance. Même si cette coopération demeure nécessairement limitée par l'autonomie respective des institutions, la recherche d'une complémentarité opérationnelle entre les institutions de Bretton Woods est perceptible (1), tout comme avec les autres institutions multilatérales et régionales, qui œuvrent dans le domaine du développement, ou bien dont les travaux se recoupent avec ceux des institutions jumelles (2).

1. La quête d'une complémentarité opérationnelle entre le Fonds et la Banque mondiale

Le développement d'une synergie institutionnelle demeure un enjeu crucial, comme en témoigne l'adoption récente d'une déclaration commune par les directeurs de ces deux institutions¹⁰⁹. Au fil de leur collaboration, les institutions ont pu nouer des relations plus ou moins étroites sur des sujets d'intérêt commun et adopter un cadre général de coopération formalisé au travers du Concordat de 1989 et complété par un Plan d'action conjoint en 2007. Leur coopération a été particulièrement étroite dans le cadre de leur soutien à l'agenda du développement, comme en attestent les initiatives conjointes en faveur des pays à faible revenu¹¹⁰. La multiplication d'initiatives parallèles à destination

¹⁰⁶ Banque africaine de développement, « COP 28 : le soutien international s'accroît en faveur de la canalisation des DTS du FMI par l'intermédiaire des banques multilatérales de développement », communiqué de presse, 8 décembre 2023.

¹⁰⁷ Le nombre de détenteurs agréés a été porté au nombre de vingt en 2023.

¹⁰⁸ CH. DE BOISSIEU, « L'Afrique et les DTS », *op. cit.*

¹⁰⁹ Il ressort de leur déclaration, le besoin d'appuyer les dispositifs de collaboration existants, aussi bien spécifiques que généraux, et de renforcer leur collaboration dans des secteurs considérés prioritaires - le changement climatique, l'endettement souverain, ainsi que la transition numérique (FMI-Banque mondiale, *Déclaration commune pour une collaboration renforcée*, 7 septembre 2023)

¹¹⁰ Notamment, la définition conjointe de documents de stratégie pour la réduction de la pauvreté ou encore les initiatives relatives à l'allègement de la dette (PPTE, IADM) et aux analyses de viabilité de la dette. Pour une perspective historique de la coopération entre les deux institutions, voir T. GUTNER,

des pays à revenu faible et intermédiaire, dans le cadre de leur stratégie de promotion des biens publics mondiaux, rend cependant le besoin de coordination en matière d'assistance technique et financière plus aigu. Cet enjeu avait pu être mis en lumière, dès les années 2000, dans un rapport indépendant d'experts commandité par les deux institutions. En effet, le Rapport *Malan* soulignait le chevauchement croissant des activités de ces deux institutions, dans le contexte de leur soutien au pays à faible revenu. Il était critique notamment à l'égard de l'évolution du rôle du Fonds, considérant que l'assistance financière concessionnelle n'entraînait pas dans le cadre de ses responsabilités originelles et empiétait sur celles de la Banque mondiale, dans la mesure où cette aide relevait du champ de l'aide au développement. Il préconisait une réduction de ce soutien financier et souhaitait qu'un nouveau cadre de coopération soit adopté, à la place du Concordat de 1989, afin de procéder à une meilleure démarcation de leurs responsabilités respectives¹¹¹. Le Concordat de 1989 visait déjà à clarifier les rôles respectifs des deux institutions, dans un contexte où leurs activités de prêts tendaient, de plus en plus, à se superposer¹¹². Il n'a pas été modifié, mais a été complété, en 2007, par le Plan d'action conjoint qui a défini trois axes stratégiques de coopération pour viser une complémentarité opérationnelle dans le champ de leurs responsabilités partagées. Ce dernier recommandait une coordination plus systématique sur les diagnostics pays, une meilleure communication sur les thématiques communes, et un renforcement de la culture de coopération au sein de leur personnel. Depuis 2010, ce plan n'a fait l'objet d'aucun suivi si bien qu'il est difficile de porter une appréciation générale sur l'état de la coopération entre ces deux institutions, même si des efforts sont perceptibles pour renforcer leur synergie institutionnelle dans les domaines d'intérêt mutuel, tels que la fiscalité, le climat ou encore les pays en situation de fragilité, de conflit et de violence. L'idée générale est de tirer parti de leur expertise respective pour éviter la multiplication des outils et les avis discordants dans le cadre de leur assistance financière et technique. Le partage d'informations entre les deux institutions apparaît à cet égard crucial. Ces dernières ont adopté un guide conjoint à ce sujet afin de partager, notamment, les informations relatives à leurs opérations dans les pays et à leurs travaux sectoriels¹¹³. Les résultats demeurent cependant très variables selon les domaines¹¹⁴, et l'enjeu de la coopération institutionnelle se pose également avec les autres institutions partenaires.

2. La quête d'une coordination institutionnelle avec les autres organisations partenaires

L'adoption de l'agenda 2030 a conduit à un renforcement des liens entre les institutions de Bretton Woods et les autres institutions internationales. Ces efforts sont particulièrement visibles avec les banques régionales de développement, même si le

Approaches to IMF-World Bank Collaboration: A Historical Perspective, IEO Background Paper, BP/20-01/02, 3 mars 2020, p. 8.

¹¹¹ P. MALAN *et al.*, *Report of the External Review Committee on Bank-Fund Collaboration*, février 2007, section 6.1.

¹¹² À compter des années 1980, les prêts de la Banque mondiale n'étaient plus exclusivement orientés vers des projets, mais vers des programmes d'ajustement structurel, tandis que le Fonds avait mis en place la Facilité d'ajustement structurel renforcée à destination des pays à faible revenu.

¹¹³ FMI, Banque mondiale, *Guidance Note on Information Sharing Between IMF and World Bank Staff*, décembre 2021.

¹¹⁴ En particulier sur les questions macro-structurelles qui ont fait l'objet d'une attention croissante de la part du FMI : les inégalités de revenu, la bonne gouvernance et le climat sont des exemples de questions structurelles appréhendées par le Fonds en raison de leur caractère « macro-critique ».

FMI et la Banque mondiale ont pu être à l'origine d'initiatives de coordination avec d'autres institutions internationales, en particulier dans le domaine de la fiscalité ou bien de l'endettement. Par exemple, ces dernières ont mis en place, avec l'ONU et l'OCDE, une plate-forme de collaboration sur les questions fiscales en vue d'intensifier leur dialogue et coordonner leurs travaux¹¹⁵, et prennent également part de manière active à la table ronde mondiale sur la dette souveraine afin de favoriser une compréhension commune des questions relatives à l'endettement. Plus largement, le G-20 et les participants au Sommet de Paris pour un nouveau pacte financier mondial, encouragent la coordination entre les institutions de Bretton Woods et les autres banques multilatérales de développement et la mise en place d'une nouvelle architecture financière mondiale, fondée sur les avantages comparatifs des organisations respectives. Ainsi, les banques multilatérales sont invitées à « travailler en système » et à articuler leurs activités avec celles du FMI dans le cadre de leurs activités de prêts. Ces efforts de coordination visent en particulier leurs prêts à l'appui de réformes, ainsi que le FRD créé par le Fonds, en raison du chevauchement mutuel de leurs activités et du risque d'une conditionnalité croisée¹¹⁶. Une note d'orientation du Fonds insistait sur le besoin d'une coordination avec les autres institutions internationales en matière de conditionnalité¹¹⁷. Le G-20 est venu préciser les contours de cette coordination, en cas de prêts accordés par des banques internationales de développement à des pays exposés à des difficultés de balance de paiements et appuyés par des programmes du Fonds¹¹⁸. Cette initiative concerne la Banque africaine de développement, la Banque interaméricaine de développement, la Banque asiatique de développement et la Banque mondiale. L'ensemble des banques internationales de développement ont, par ailleurs, affiché, de manière inédite, leur intention de renforcer leur collaboration dans une déclaration commune de leurs dirigeants¹¹⁹. Sans pour autant adopter un *memorandum of understanding*, celles-ci ont convenu de développer leur coopération dans cinq domaines considérés comme étant critiques pour la réalisation des ODD : l'augmentation de leur capacité de financement, le renforcement de leur action commune sur le climat et de leur collaboration au niveau des pays, la mobilisation du secteur privé et le développement du cofinancement¹²⁰. La Banque asiatique d'investissement pour les infrastructures et la Nouvelle Banque de développement ainsi que la Banque islamique de développement participent également à cette initiative. Ce rapprochement institutionnel fait directement écho à la déclaration du G-20, lors du Sommet de New Delhi, de mettre en place un système international du financement du développement, avec en son centre, les banques internationales de développement. Il est, par conséquent, vraisemblable que les modèles opérationnels et financiers de la Banque mondiale et du Fonds, ainsi que leurs liens de coopération, soient amenés à évoluer au cours de la prochaine décennie, dans le contexte de la poursuite des ODD et de la réforme institutionnelle à l'œuvre pour les financer.

¹¹⁵ Ensemble, elles ont produit un rapport à destination du G-20 finances sur le renforcement de l'aide extérieure pour développer les capacités fiscales dans les pays en développement (*Enhancing the Effectiveness of External Support in Building Tax Capacity*, juillet 2016, 52 p.)

¹¹⁶ *Déclaration pour une vision commune des banques multilatérales de développement*, 23 juin 2023, § 1.

¹¹⁷ FMI, *Operational Guidance to IMF Staff on the 2002 Conditionality Guidelines*, 10 juillet 2008.

¹¹⁸ G-20, *Principles for effective coordination between the IMF and MDIs in case of countries requesting financing while facing macroeconomic vulnerabilities*, 2017.

¹¹⁹ Banque mondiale, communiqué de presse n°2024/021/EXC, 13 octobre 2023.

¹²⁰ Banque mondiale et al., *Déclaration des dirigeants du groupe des banques multilatérales de développement : Renforcer notre collaboration pour un plus grand impact*, 13 octobre 2023.

Peut-on parler d'une "politique européenne" de lutte contre la pauvreté en droit de l'Union ?

Louis Feilhès

Maître de conférences à l'École de Droit de la Sorbonne – Université Paris 1

Institut de Recherches en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

Un esprit chagrin pourrait trouver quelque peu ironique d'opérer un lien aussi franc entre l'Union européenne et la lutte contre la pauvreté. Certains auteurs spécialistes de droit social et/ou de droit européen ne manquent pas d'avoir une approche « cynique tout mot bien pesé »¹ sur un tel sujet. Pour dire, le simple fait de poser la question de l'existence d'une politique européenne de lutte contre la pauvreté sous-tendrait, incidemment, que cela ne relève en rien de l'évident. Plus généralement, la reconnaissance d'une véritable Europe sociale, qui poursuivrait des actions ambitieuses pour promouvoir la justice sociale ou mener de véritables politiques sociales, s'apparente à un serpent de mer, si ce n'est à un "marronnier". Le sujet est traité régulièrement et périodiquement par la doctrine, mais toujours avec une conclusion en demi-teinte, relativisant la réalité d'une Europe sociale². En effet, au risque d'énoncer une lapalissade, l'Union européenne garde pour essence première la construction et le développement d'un marché intérieur, structuré par des libertés économiques et tourné vers des acteurs économiques (entreprises, travailleurs, prestataires de service, consommateurs, etc.). Par définition, les "pauvres" n'auraient dès lors qu'une place très réduite, voire invisibilisée³, dans ce droit européen⁴.

Dans une telle atmosphère, vouloir vérifier s'il existe une politique européenne de lutte contre la pauvreté aurait un côté presque naïf ; la réponse criante qui semblerait s'imposer est qu'il n'en existe pas. Il convient certes de ne pas exagérer une telle idée. L'Union européenne agit bel et bien en matière de lutte contre la pauvreté et ce serait un faux procès que dire que les "pauvres" l'indiffèrent en tout point. Malgré tout, il nous paraît difficile de s'extraire de l'idée selon laquelle « l'Union européenne ne se préoccupe des pauvres qu'à condition qu'ils ne perturbent pas le marché de l'emploi et les budgets d'aide sociale »⁵. La lutte contre la pauvreté ne serait pas une fin en soi, comme témoin de la réalité de « l'Europe sociale », mais plutôt un moyen permettant de développer le marché intérieur et les libertés économiques qui s'y rattachent. En un mot, faire sortir des personnes de la pauvreté signifierait leur faire acquérir un statut d'opérateur économique, soit comme

¹ J.-P. LHERNOULD, « L'Union européenne et ses pauvres », *Dr. Soc.*, 2017, p. 350.

² Voir pour exemple L. AZOULAI, « Le sens du social dans le droit de l'Union européenne », in S. BARBOU DES PLACES *et al.* (dir.), *Les frontières de l'Europe sociale*, Pedone, 2018, p. 265 ; M. UNGER, *La Justice sociale dans l'Union européenne*, Classiques Garnier, 2022.

³ Sur cette idée, voir not. S. GANTY, E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Interdiction de la discrimination fondée sur la situation socio-économique en droit européen : rendre visible les personnes socio-économiquement défavorisées », *CDE*, 2022, n°1, p. 145.

⁴ Il faut évidemment préciser que les critiques à l'égard de l'Union européenne ne lui sont pas – toutes – propres. Le "problème" de la lutte contre la pauvreté par le droit est un sujet englobant tous les acteurs juridiques et politiques. Pour exemple, voir not. D. ROMAN (dir.), *"Droits des pauvres, pauvres droits ?". Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Publication du CREDOF, 2010.

⁵ E. ALFANDRI et F. KESSLER, v° « Aide sociale », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 1998, §57.

travailleur, soit comme entrepreneur, soit encore comme consommateur. Si tel est le cas, l'action de l'Union européenne dans ce domaine aurait un côté quelque peu doux-amer. Il faut toutefois dire que les principales politiques européennes doivent opérer un équilibre entre le développement ou la préservation du marché intérieur et la poursuite d'objectifs non économiques, et notamment à visée sociale. L'article 353 TUE et plus encore les articles 7 et suivants TFUE en attestent sans équivoque. Le cas de la pauvreté n'y échapperait pas.

La question demeure quant à savoir si l'Union européenne mène une véritable "politique européenne" en matière de lutte contre la pauvreté. Or, la caractérisation d'une "politique européenne" est une opération assez délicate. Le vocable de "politique" doit notamment recevoir une acception précise. Il faut se départir de son sens le plus commun. Dire qu'il existe ou non une "politique" européenne de lutte contre la pauvreté ne veut pas dire que, pour ce qui nous intéresse, que les institutions de l'Union sont appelées à prendre des mesures, à faire des choix, à déployer des instruments juridiques et techniques pour parvenir à une fin déterminée. Dans le cas contraire, si l'on retient une telle conception de la "politique européenne", alors le constat est péremptoire : il existe bien une telle politique de lutte contre la pauvreté. Certains auteurs de science politique l'ont largement mis en évidence⁶ : J. Damon considère par exemple que la lutte contre la pauvreté et l'exclusion « *fait désormais partie intégrante d'une politique communautaire qui entend associer performance économique et cohésion sociale* »⁷.

Cependant, à nos yeux, caractériser une véritable politique européenne implique d'identifier un ensemble de mesures principalement juridiques attestant d'un **investissement significatif** par l'Union européenne d'une matière donnée⁸. L'essentiel des politiques européennes existantes est reconnu directement dans le traité, comme la politique agricole commune, la politique monétaire, la politique sociale ou la politique commerciale commune. D'autres sont considérées *de fait* comme étant des politiques européennes. Comme le souligne D. BERLIN, « *l'intervention de l'Union en faveur des régions, ou du consommateur, voire de la protection de l'environnement, (...) fait l'objet d'un corpus normatif si important qu'il paraît abusif, voire trompeur, de ne pas qualifier cette intervention de politique* »⁹. Dans cette perspective, par exemple, il est parfaitement possible de parler d'une « politique européenne du numérique »¹⁰. La question est donc de savoir si l'on peut faire de même pour la lutte contre la pauvreté.

La lecture des traités révèle que la « lutte contre la pauvreté » n'est pas spécifiquement prise en compte par le droit de l'Union. La seule exception est l'article 208 TFUE, relatif à la politique de développement, qui dispose que « *l'objectif principal de [de cette politique] est la réduction et, à terme, l'éradication de la pauvreté* ». Non seulement la lutte contre la pauvreté n'est qu'une composante d'une politique plus vaste, mais la Cour de justice

⁶ Voir pour exemple A. EUZEBY, « L'inclusion sociale, objectif majeur pour l'Union européenne », *RMCUE*, 2004, p. 306 ; J. DAMON, « La pauvreté dans l'Union européenne : définitions, indicateurs, stratégies », *RDSS*, 2020, p. 1113.

⁷ J. DAMON, *Éliminer la pauvreté*, PUF, 2010, p. 89.

⁸ Ce qui donnerait du sens à la distinction faite à l'article 9 TFUE entre les termes de "politiques" et "actions".

⁹ D. BERLIN, *Politiques de l'Union européenne*, Bruylant, 2^e éd., 2020, p. 9 – nous insistons.

¹⁰ B. BERTRAND, « L'émergence d'une politique européenne "spontanée" du numérique », in B. BERTRAND (dir.), *La politique européenne du numérique*, Bruylant, 2022, pp. 15-42.

indique régulièrement que cet objectif peut être transcendé¹¹. Enfin, la lutte contre la pauvreté n'aurait qu'une dimension extérieure¹². Dans la dimension intérieure de l'action de l'Union européenne, il est nécessaire de passer par l'expression de « *lutte contre l'exclusion sociale* ». Cette référence est bien plus fréquente dans les traités et constitue le fondement de l'action de l'Union en matière de lutte contre la pauvreté. Tel est le cas, à titre principal, concernant la politique sociale, définie aux articles 151 et – surtout – 153 TFUE. Dans une moindre mesure, la « clause d'intégration » que constitue l'article 9 TFUE proclame sans équivoque que « *dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées (...) à la lutte contre l'exclusion sociale (...)* ». Enfin, il faut mentionner l'article 34§3 de la Charte des droits fondamentaux, qui dispose qu'« *afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales* ».

Cette brève présentation démontre que l'action de l'Union européenne, qui pourrait être reconnue comme une « politique », en matière de lutte contre la pauvreté dispose d'une assise textuelle, pour ne pas dire de véritables bases juridiques. Certes, aucune compétence explicite n'est reconnue à l'Union. Cependant, que ce soit au titre de la politique sociale (article 153 TFUE) ou en tant qu'objectif complémentaire à une autre action ou politique européenne (article 9 TFUE), l'Union est juridiquement habilitée à agir. La portée de ces dispositifs reste évidemment très limitée, faisant des États membres les entités compétentes pour agir à titre principal contre la pauvreté dans l'Union. Il demeure que, pour ce qui la concerne, « *la lutte contre la pauvreté fait partie des compétences de l'Union, l'autorisant véritablement à agir* »¹³.

Dans la même veine, l'action de l'Union européenne en matière de lutte contre la pauvreté est ancienne, mais fluctuante. Elle peut être présentée au regard de trois aspects : les actions d'ordre général, celles liées à l'action sociale et celles spécifiquement rattachées à la protection sociale des travailleurs et – surtout – des citoyens et personnes inactives économiquement.

Sur le premier aspect, la préoccupation de l'Union pour la lutte contre la pauvreté se formalise dans les années 1970. Le Fonds Social Européen (FSE) inclut des financements à destination de certaines catégories de personnes vulnérables et susceptibles de sombrer dans la pauvreté ou s'y trouvant déjà, comme les jeunes, les personnes âgées, les personnes en situation de handicap ou les chômeurs de longue durée¹⁴. De même, en 1974, une première résolution du Conseil relative à un « programme d'action sociale » acte la nécessité d'adopter des « *mesures spécifiques de lutte contre la pauvreté* »¹⁵. Suivent différents plans pluriannuels de lutte contre la pauvreté dans

¹¹ Pour exemple, CJUE, 2 septembre 2021, *Commission c. Conseil (Accord avec l'Arménie)*, aff. C-180/20, ECLI:EU:C:2021:658 : « *la politique de l'Union dans le domaine de la coopération au développement au sens de l'article 208 TFUE, qui constitue l'une des composantes principales de l'accord de partenariat avec l'Arménie, ne se limite pas aux mesures visant directement l'éradication de la pauvreté, mais poursuit aussi les objectifs généraux de l'action extérieure de l'Union visés à l'article 21 TUE, tels que celui, énoncé à son paragraphe 2, sous c), de préserver la paix, de prévenir les conflits et de renforcer la sécurité internationale, de même que celui, énoncé à son paragraphe 2, sous d), consistant à soutenir le développement durable sur le plan économique, social et environnemental des pays en développement* » (pt. 49).

¹² Dans le même sens, voir les articles 3§5 TUE et 21§2, d), TUE.

¹³ J. DAMON, « La pauvreté dans l'Union européenne : définitions, indicateurs, stratégies », *op. cit.*

¹⁴ E. ALFANDRI et F. KESSLER, v° « Aide sociale », *op. cit.*, §56.

¹⁵ J. DAMON, *Éliminer la pauvreté*, *op. cit.*, p. 90.

les années 1980. L'aboutissement de ce mouvement survient avec le traité d'Amsterdam de 1996 dans lequel la mention de la lutte contre l'exclusion sociale comme composante de la politique sociale et au sein de la "clause d'intégration" est faite.

Au début du 3^e millénaire, l'Union rehausse drastiquement son ambition de lutte contre la pauvreté. Dans le cadre de la « Stratégie Lisbonne » ou du « Plan Lisbonne », édicté en 2000 par le Conseil européen, la lutte contre l'exclusion sociale et « l'éradication » de la pauvreté d'ici à 2010 deviennent « *l'un des éléments centraux de la modernisation du modèle social européen et un axe essentiel pour réaliser le "nouvel objectif stratégique" qu'il a fixé à l'Union pour la décennie à venir : "devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde"* »¹⁶. Pour y parvenir, compte tenu des limites indépassables de la compétence de l'Union pour légiférer et agir dans ce domaine, le choix a été d'instituer une *méthode ouverte de coordination* (dite MOC). J. DAMON la résume comme une méthode, « *sur le plan de la pauvreté, [qui] repose sur un calendrier standard : fixation d'objectifs en commun, remise de plans d'action nationaux pour l'inclusion sociale (PNAI), élaboration par la Commission d'un rapport conjoint sur la base d'une synthèse de ces plans et de "revues par les pairs" destinées à identifier, puis diffuser les meilleures pratiques* »¹⁷. Plus globalement, la MOC apparaît comme le moyen d'action de prédilection de l'Union européenne en matière de lutte contre la pauvreté. Ceci étant, en 2010, l'état de la pauvreté ne s'est pas amélioré, voire a empiré suite à la crise financière de 2008. Un nouveau programme, dit « Europe 2020 » ou « Stratégie 2020 », est ainsi arrêté par le Conseil sur proposition de la Commission et affiche l'objectif de réduction de 20 millions de "pauvres" d'ici à 2020. L'échec de cet objectif et la redéfinition des priorités politiques de l'Union, notamment vis-à-vis de la protection de l'environnement et du climat, n'ont pas rendu les institutions européennes moins grandiloquentes concernant la lutte contre la pauvreté. Un nouveau programme décennal de cet acabit a été adopté en 2021, visant une réduction de 50% des personnes en situation de pauvreté pour 2030. Les dernières données d'Eurostat démontrent que cet objectif est très loin d'être réalisable, compte tenu notamment de la stagnation de la baisse de la pauvreté entre 2019 et 2022¹⁸.

Sur le deuxième aspect, relatif à l'action sociale de l'Union européenne, la concrétisation d'une lutte contre la pauvreté est plus tardive. La reconnaissance de véritables droits sociaux fondamentaux au sein de l'Union européenne, à même de contribuer à la lutte contre la pauvreté, s'est faite de manière fluctuante. La portée très réduite de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 en est un exemple. L'action sociale de l'Union européenne est jugée sévèrement par la doctrine, y compris avant la crise financière de 2008. P. RODIERE souligne notamment les « *mouvements profonds de dérégulation des droits du travail nationaux sur demande de la Commission européenne dans le cadre des politiques européennes* », le « *refus de l'Union de construire une protection effective des droits fondamentaux des travailleurs de l'Union* » ou encore « *la généralisation des inégalités et des pauvretés dans l'Union (...)* »¹⁹. Principalement à partir de 2005, cette action est – en creux – mue par le modèle de la « *flexisécurité* », visant en substance à réduire les contraintes pesant sur les entreprises et les employeurs pour favoriser la croissance et

¹⁶ A. EUZEBY, « L'inclusion sociale, objectif majeur pour l'Union européenne », *op. cit.*

¹⁷ J. DAMON, « La pauvreté dans l'Union européenne : définitions, indicateurs, stratégies », *op. cit.*

¹⁸ Pour exemple, voir <https://www.lesechos.fr/monde/europe/la-pauvrete-stagne-dans-l-union-europeenne-1952290>

¹⁹ P. RODIERE, cité par M.-A. MOREAU, « Regards croisés sur l'exercice des compétences sociales dans l'Union européenne », *Les frontières de l'Europe sociale, op. cit.*, p. 39, spéc. p. 41.

la création d'emplois²⁰. Dès lors, « *ce n'est pas une surprise si le projet de flexisécurité a pu être associé à une profonde remise en cause des législations sociales nationales, ce qui s'est largement confirmé sous l'effet de la crise* »²¹ – ce qui inclut évidemment la protection sociale et les mesures de lutte contre la pauvreté.

Le plus critiqué par la doctrine a été l'inclusion dans le semestre européen – c'est-à-dire le cadre dans lequel les politiques économiques et budgétaires de l'Union et des États membres se coordonnent – d'un volet social, incluant la lutte contre la pauvreté. À cette occasion, la prévalence de la discipline et de la rigueur budgétaire, pour ne pas employer le mot “d'austérité”, affecte, voire entrave, l'action des États membres. La réduction attendue de leur dépense publique atrophie leur capacité d'action pour lutter contre la pauvreté. De même, ce “volet social” du semestre européen est également teinté de “flexisécurité”.

Ce paradigme économique peu compatible avec une action sociale efficace de lutte contre la pauvreté s'édulcore à partir de l'adoption du Socle européen des droits sociaux (SEDS), en 2017. Il en résulte une forme de « *phénomène de “socialisation”* »²² des politiques européennes. Un plan d'action pour le SEDS est mis en place en 2021 et engage différentes initiatives visant certaines catégories de personnes vulnérables face à la pauvreté (comme les enfants, les sans-abris, etc.). Le Plan de relance mentionne à plusieurs reprises la lutte contre la pauvreté comme l'un des objectifs à atteindre par les fonds alloués par l'Union²³. Enfin, deux dispositifs portant sur un revenu minimum ont été adoptés : la Directive 2022/241 sur les salaires minimaux adéquats dans l'Union européenne²⁴ et la Recommandation du Conseil du 30 janvier 2023 relative à un revenu minimum adéquat pour garantir une inclusion active²⁵.

Le dernier aspect concerne les dispositifs de protection et de sécurité sociale. L'octroi de différentes aides et prestations sociales, notamment pour couvrir des besoins de logement, alimentaires, sanitaires ou pour supporter une période d'inactivité, est un levier fondamental de lutte contre la pauvreté. Entendu que l'Union n'a pas de compétence pour légiférer directement sur ces domaines, l'alternative a été de faire profiter aux personnes usant de leur libre circulation sur le territoire de l'Union les régimes nationaux de sécurité sociale. Certes, par principe, seules les « prestations de sécurité sociale » – et non celle “d'aide sociale” – sont visées par ces dispositifs. Cependant, un temps, la Cour de justice a retenu une lecture souple de leur champ d'application matériel, de manière à y inclure les prestations relevant à la fois d'une logique de sécurité et d'aide sociale²⁶. En clair, certaines aides nationales limitant la pauvreté pouvaient donc profiter aux travailleurs – et à sa famille – exerçant sa libre

²⁰ Voir not. K. CHATZILAOU, « La dimension sociale de la gouvernance économique européenne », *RDT*, 2018, p. 233.

²¹ *Ibid.*

²² Voir L. FROMONT, « La nouvelle gouvernance économique européenne : vers une conception renouvelée de la solidarité ? », in R. COMAN *et al.* (dir.), *Les solidarités européennes*, Bruylant, 2019, p. 191, spéc. p. 205.

²³ Règlement 2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience (*JOUE* 2021, L 57, p. 17).

²⁴ Directive 2022/2041 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relative à des salaires minimaux adéquats dans l'Union européenne (*JOUE* 2022, L 275, p. 33).

²⁵ Recommandation du Conseil du 30 janvier 2023 relative à un revenu minimum adéquat pour garantir une inclusion active (*JOUE* 2023, C 41, p. 1).

²⁶ Voir CJCE, 22 juin 1972, *Frilli*, aff. 1/71, ECLI:EU:C:1972:56, pt. 14 ; CJCE, 9 octobre 1974, *Biason*, aff. 24/74, ECLI:EU:C:1974:99, pt. 9 et suivants ; CJCE, 24 février 1987, *Giletti*, aff. jt. 379/85, 380/85, 381/85 et 93/86, ECLI:EU:C:1987:98, pt. 9 et suivants.

circulation. Incidemment, de la sorte, ces mécanismes de coordination des régimes de sécurité sociale contribuaient à l'action de l'Union contre la pauvreté.

Les choses évoluent à partir de 1992²⁷ et surtout avec le Règlement 883/2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale²⁸. En substance, le nouveau dispositif inclut dans son champ d'application *certaines* « prestations spéciales à caractère non contributif »²⁹ (SNCB), ce qui conduit à exclure les aides visant à répondre à un « *risque de "pauvreté"* »³⁰. La portée du Règlement 883/2004 sera d'ailleurs associée de manière très discutable – nous y reviendrons – par la Cour de justice aux conditions de séjour fixées par la Directive 2004/38³¹ ; réduisant en conséquence davantage l'étendue de la protection sociale accordée aux individus inactifs. Autrement dit, l'application des protections – limitées au regard de la lutte contre la pauvreté – du Règlement 883/2004 requiert que la personne inactive séjourne régulièrement sur le territoire de l'État membre au regard de la Directive 2004/38... ce qui peut impliquer que celle-ci dispose « *de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de son séjour* »³². Cette nouvelle configuration limite drastiquement la capacité de lutter contre la pauvreté par l'intermédiaire de la protection sociale.

Ce rapide aperçu sur l'action de l'Union en matière de pauvreté, bien que très terne, permettrait de caractériser clairement une "politique" de l'Union. Si l'efficacité des différentes mesures est réduite, voire incertaine, pour lutter contre la pauvreté, force est d'admettre qu'il existe bel et bien une action constante et multifacette de l'Union européenne sur ce sujet. Cette politique ne serait certes pas primordiale ou éclatante, compte tenu à la fois des difficultés liées à la lutte contre la pauvreté en général et de la compétence limitée de l'Union européenne pour agir. Ce serait une politique *modeste* de l'Union européenne, mais une "politique" malgré tout.

Les affirmations qui précèdent et qui concluent à l'existence d'une politique européenne ne nous paraissent pas pertinentes. Pour différentes raisons, *l'action* de l'Union européenne dans la lutte contre la pauvreté nous semble beaucoup trop imparfaite et incomplète pour pouvoir prétendre au qualificatif de "politique". Pour reprendre notre définition, l'Union échoue à ***investir de manière significative*** ce domaine. L'action européenne dans la lutte contre la pauvreté est réelle, mais elle souffre de trop nombreuses tares pour occuper une place équivalente à la politique de protection du consommateur ou à celle de protection de l'environnement. Parce qu'elle s'avère trop "insignifiante" – sans que ce terme soit compris de manière péjorative –, cette action de l'Union ne peut pas être assimilée ou se revendiquer comme une véritable politique européenne.

²⁷ Règlement (CEE) modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JOCE 1992, L 136, p. 1).

²⁸ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JOCE 2004, L 166, p. 1).

²⁹ Voir l'article 70 du Règlement 883/2004.

³⁰ P. MAVRIDIS, « Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites », in S. BARBOU DES PLACES *et al.* (dir.), *Les frontières de l'Europe sociale*, Pedone, 2018, p. 127, spéc. p. 141.

³¹ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (JOUE 2004, L 158, p. 77).

³² Article 7 de la Directive 2004/38.

Cet “échec” à édifier une “politique européenne” n’est pas nécessairement un tort imputable à un manque de volonté de l’Union. Son « *ambition* »³³ pour réduire la pauvreté est indéniable, mais elle se heurte à des obstacles juridiques – sa compétence limitée – et politiques – une très forte dépendance dans l’action des États membres. Si ces éléments ne doivent pas être oubliés, ils ne doivent pas non plus occulter d’autres limites propres à l’Union européenne et expliquant – en partie – son incapacité à avoir une action significative dans la lutte contre la pauvreté. Selon nous, l’action européenne en matière de lutte contre la pauvreté ne mérite pas d’être vue comme une “politique” parce qu’elle est en elle-même trop inconsistante (I.) et trop inféodée aux enjeux économiques européens (II.).

I. Une action européenne globalement inconsistante

La première faiblesse de l’action européenne en matière de lutte contre la pauvreté tient dans son *inconsistance*. S’il ne faut pas comprendre ce terme avec une connotation péjorative, il traduit bien l’insuffisance profonde des mesures prises par l’Union européenne. Il y aurait un décalage trop important entre l’ambition politique affichée de lutte contre la pauvreté et la nature des actes édictés par l’Union pour y parvenir. Cette idée découle d’une impression – qu’il nous faudra éprouver – selon laquelle l’Union s’abstient de déployer tous les moyens qui sont les siens pour pleinement remédier à la pauvreté. À nos yeux, ce manque de consistance de l’action de l’Union en matière de lutte contre la pauvreté se révèle à la fois dans la frilosité des mesures prises pour lutter contre la pauvreté (A.) et dans la prise en compte très limitée du caractère multidimensionnel de la pauvreté (B.).

A. La frilosité des mesures européennes de lutte contre la pauvreté

Affirmer que les mesures européennes sont “frileuses” revient à apprécier la capacité de l’Union européenne à *efficacement* ou *pleinement* agir pour lutter contre la pauvreté. Certes, les traités ne lui reconnaissent aucune compétence dans ce domaine, si ce n’est au titre de la politique sociale pour lutter contre l’exclusion sociale. Dans ces conditions, il est compréhensible que l’action européenne se caractérise surtout dans des actes de *soft law*, des recommandations et autres programmes invitant et accompagnant les États membres dans la lutte contre la pauvreté. La MOC en serait le cadre archétypal. Les États membres, au sein de l’Union européenne, seraient les seuls à proprement pouvoir mener une action efficace pour lutter contre la pauvreté. Dire que les mesures prises par l’Union sont frileuses serait dès lors une critique facile et injustifiée. S’en tenir à une telle appréciation nous paraît malgré tout insatisfaisant. En effet, la MOC, en tant qu’instrument privilégié de lutte contre la pauvreté par l’Union européenne, a démontré produire à elle seule des effets insuffisants (1.). De même, l’absence de compétence explicite dans les traités n’a jamais paralysé l’Union européenne pour réglementer plus directement, voire franchement, un sujet donné. Force est d’admettre que, pendant longtemps, l’Union n’exploite pas l’étendue de ses compétences reconnues dans le traité pour, incidemment, prendre à bras-le-corps la lutte contre la pauvreté (2.).

1. La MOC comme instrument privilégié aux effets insatisfaisants

En l’absence d’une véritable compétence de l’Union européenne pour agir en matière de pauvreté, il serait presque étonnant d’observer que, malgré tout, une action européenne sur ce sujet existe. Il faut souligner que, avant le traité d’Amsterdam, la lutte

³³ J. DAMON, « La pauvreté dans l’Union européenne : définitions, indicateurs, stratégies », *op. cit.*

contre l'exclusion sociale n'était même pas présente dans les traités, que ce soit au titre de la politique sociale ou au sein de la clause d'intégration. Aussi, loin d'être "frileuses" et dénuées d'ambition, les mesures de l'Union prises à partir des années 1970 révèlent une certaine audace des institutions. La résolution de 1974 du Conseil concernant un « programme d'action sociale »³⁴ est vue comme une première manifestation de « l'Europe sociale »³⁵. Elle fixe comme l'une des priorités européennes « en coopération avec les États membres, diverses mesures spécifiques de lutte contre la pauvreté en préparant des projets-pilotes »³⁶. À sa suite, plus précisément, la décision 75/458 du Conseil concernant le programme de projets-pilotes et d'études-pilotes pour combattre la pauvreté³⁷ autorise la Commission à engager des crédits sur le budget européen pour « promouvoir ou financer des projets-pilotes »³⁸ pour lutter contre la pauvreté. Plus encore, le Conseil pose une définition de la pauvreté. Il s'agit « [des] individus ou [des] familles dont les ressources sont si faibles qu'ils sont exclus des modes de vie minimaux acceptables dans l'État membre dans lequel ils vivent »³⁹. Cette seule définition nous paraît constituer un apport fondamental à la lutte contre la pauvreté à l'échelle européenne, ne serait-ce que parce qu'elle acte le caractère relatif et contingent de l'appréciation de la pauvreté d'une personne ou d'une famille en fonction de l'État de résidence.

Ces premiers éléments ont servi de base à différents programmes « Pauvreté » qui constituent la marque de la future MOC sur ce sujet. Comme l'explique J. DAMON, ces plans, couvrant les périodes de 1975-1980, 1985-1989 et 1989-1994, « consistant essentiellement en des études, autorisent des progrès en ce qui concerne quantification et compréhension de la pauvreté »⁴⁰. La définition même de la pauvreté a ainsi évolué, de manière à révéler son caractère multidimensionnel – nous y reviendrons. En clair, lutter contre la pauvreté ne peut se résumer à octroyer de l'argent à ceux qui n'en ont pas. Cela requiert une approche beaucoup plus globale, incluant par exemple l'accès au soin, au logement, à des emplois stables et bien rémunérés, etc. En somme, il faut s'assurer que tous ces domaines, qui relèvent pour l'essentiel de la compétence des États membres, prennent en compte les risques de pauvreté et les effets espérés pour lutter contre elle. Dans ce contexte, formaliser une coordination constante sur ces sujets, de manière à atteindre des objectifs de lutte contre la pauvreté, se comprend et se justifie. Si l'on rappelle – une fois encore – la compétence limitée de l'Union dans ce domaine, la MOC constitue manifestement l'instrument idoine pour agir.

Ces premières actions de l'Union européenne en matière de pauvreté ne peuvent clairement pas être qualifiées de "frileuses". Elles sont des jalons et étapes nécessaires, voire indispensables, pour permettre une avancée claire dans la lutte contre la pauvreté. Nul doute que, sans elles, les États membres n'auraient pas gravé dans le marbre du traité d'Amsterdam la lutte contre l'exclusion sociale comme l'un des objectifs de l'Union. En un mot, alors que l'Union n'était pas forcément attendue sur ce sujet, elle

³⁴ JOCE 1974, C 13, p. 1.

³⁵ Voir O. De SCHUTTER, « L'équilibre entre l'économie et le social dans les traités européens », *Rev. fr. aff. soc.*, 2006, p. 131.

³⁶ Point 7 de la résolution.

³⁷ Décision 75/458 du Conseil, du 22 juillet 1975, concernant le programme de projets-pilotes et d'études-pilotes pour combattre la pauvreté (JOCE 1975, L 199, p. 34).

³⁸ Article 1^{er} de la décision 75/458.

³⁹ Article 2 de la décision 75/458.

⁴⁰ J. DAMON, « La pauvreté dans l'Union européenne : définitions, indicateurs, stratégies », *op. cit.* Pour une présentation plus exhaustive, voir J. DAMON, *Éliminer la pauvreté*, *op. cit.*, pp. 91-96.

s'est malgré tout employée à initier un mouvement et à poser les bases d'une politique de lutte contre la pauvreté.

À nos yeux, le nœud du problème survient – ironiquement – après le traité d'Amsterdam et surtout avec la « Stratégie Lisbonne ». En effet, tout attestait alors d'un changement profond de cadre et de paradigme pour ce qui concerne l'action européenne de lutte contre la pauvreté. Les autorités européennes pouvaient s'élancer sur des bases plus solides, fruits des travaux et programmes antérieurs. La pauvreté devient de mieux en mieux comprise, identifiée, appréhendée, que ce soit pour ce qu'elle est que pour ce qui est des moyens permettant de lutter contre. De même, ces mêmes autorités ont désormais le confort de pouvoir se fonder sur des bases juridiques plus solides. Si aucune compétence claire n'est reconnue, il est admis que la lutte contre l'exclusion sociale – et donc, la lutte contre la pauvreté – peut, voire doit, être un objectif à atteindre dans le cadre des autres actions et politiques européennes – pour paraphraser l'actuel article 9 TFUE. En somme, les années 2000 devaient être le début d'une nouvelle étape, d'une nouvelle « méthode ».

Tout indique qu'il n'en fut rien. Loin de révolutionner ou, à tout le moins, d'adapter son approche de la lutte contre la pauvreté à ce nouveau contexte, l'Union européenne a conservé globalement la même attitude. Son action par l'intermédiaire de la MOC, dans le cadre de la « Stratégie Lisbonne », s'est cantonnée à réitérer les mêmes techniques incitatives à destination des États membres : améliorer les indicateurs permettant d'évaluer la pauvreté, ses causes et effets⁴¹, ou encore d'en mesurer l'étendue dans les territoires des États membres de l'Union⁴². Pour être plus précis, ce sont des points sur lesquels la MOC en matière de pauvreté est appréciée positivement. Pour autant, elle échoue à aller plus en avant dans cette lutte. Les techniques mobilisées à partir de 2000 sont certes classiques dans le cadre d'une MOC et lorsqu'il s'agit pour l'Union de compléter ou d'accompagner l'action des États membres. La Commission européenne, notamment, a été amenée à fixer périodiquement des objectifs et à inviter les États membres à présenter des plans nationaux d'action pour l'inclusion sociale. Force est toutefois d'admettre que ces « ajouts » ont été insuffisants pour lutter efficacement contre la pauvreté.

Cette dernière critique pourrait paraître excessive, surtout pour la période 2000-2010. L'Union a certes échoué, mais elle a essayé malgré tout, par la MOC, de pousser les États membres à agir (par les plans nationaux) au regard d'objectifs définis à l'échelle européenne et en s'appuyant sur de solides indicateurs et données récoltés par les autorités européennes. La critique s'impose au regard de la MOC prévue dans le cadre du Plan « Europe 2020 »... qui ne fait que réitérer en substance les techniques de la Stratégie Lisbonne. Si les indicateurs évoluent, de même que les priorités d'action pour lutter contre la pauvreté, la méthode de coordination postérieure à 2010 n'innove que très peu. En gardant les mêmes techniques qui n'ont pas produit leur fruit pour 2000-2010, il n'est guère étonnant que l'Union ait échoué à atteindre les objectifs qu'elle s'était fixés en matière de lutte contre la pauvreté⁴³. Un plan de lutte contre la pauvreté,

⁴¹ Voir J. DAMON, *Éliminer la pauvreté*, *op. cit.*, p. 113 et suivantes.

⁴² *Ibid.*, p. 127 et suivantes.

⁴³ O. DE SCHUTTER, rapporteur spécial pour l'ONU concernant les droits de l'Homme et l'extrême pauvreté, a rendu un rapport en janvier 2021 qui acte le fait que l'objectif de réduction de 20 millions de personnes de la pauvreté entre 2010 et 2020 a été « *largement manqué* » (cité par S. GANTY, E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Interdiction de la discrimination fondée sur la situation socio-économique en droit européen : rendre visible les personnes socio-économiquement défavorisées », *op. cit.*, p. 147).

réitérant l'ambitieux objectif de réduction de 50% du nombre de personnes en situation de pauvreté, a été adopté pour la période 2021-2030, mais de manière à concrétiser le Socle européen des droits sociaux et – surtout – parallèlement à l'adoption de mesures juridiques contraignantes, comme la Directive sur les revenus minimums.

La littérature sur le bilan de la MOC de 2000 à nos jours délivre un bilan très mitigé dans le meilleur des cas. Les auteurs de sciences politiques ou économiques ne sont pas les plus dithyrambiques. Par exemple, Y. Vanderborght considère que « *le bilan de ce mode de gouvernance soft est pour le moins mitigé* » et que, « *en l'absence de contrefactuel, il est aisé de spéculer sur le fait que la situation eût été pire sans la mise en œuvre de cette coordination* »⁴⁴. Difficile donc d'y voir une véritable louange à l'égard de la MOC. Ces auteurs insistent – à raison – sur les apports bénéfiques de cette méthode concernant la connaissance, la compréhension et l'évaluation de la pauvreté qui, sans l'ombre d'un doute, constituent ses réussites. Ils insistent aussi sur le fait que « *la MOC a permis d'établir des routines, des procédures, des habitudes* » pour lutter contre la pauvreté. Cependant, pour le reste, ils arrivent à la conclusion que la « *gouvernance soft* », passant par une coordination volontariste et par des recommandations à l'adresse des États membres, a montré ses limites. L'opportunité que l'action européenne passe, en parallèle de la MOC et de la *soft law* qui l'accompagne, par l'adoption de législations et réglementations proprement contraignantes est régulièrement mise en avant⁴⁵.

Le problème ne ressort pas de la MOC en tant que telle. Elle constitue encore l'outil approprié pour que l'Union européenne lutte contre la pauvreté, compte tenu de sa compétence très résiduelle en la matière. Le problème tient, au risque de nous répéter, dans le décalage entre les ambitions affichées de lutte contre la pauvreté, y compris dans le cadre de la MOC, et les moyens mis en place pour y parvenir⁴⁶. Notre présentation de l'action européenne depuis 2000 est en réalité un peu caricaturale. En effet, si la lutte contre la pauvreté est bel et bien un objectif de l'Union, elle s'inscrit en réalité dans un cadre plus global de lutte contre l'exclusion sociale et du développement de l'inclusion sociale. Ce prisme conduit à biaiser la manière de lutter contre la pauvreté, qui passe principalement par une coordination des politiques relatives à l'emploi et au travail⁴⁷. Or, la politique de l'Union européenne en matière d'emploi et de travail n'est pas nécessairement propice à lutter contre la pauvreté. La « *logique financière et libérale* »⁴⁸ de la MOC sociale, comprenant la lutte contre la pauvreté, induit une forme de contresens dans les recommandations européennes à destination des États membres : « *les accents néolibéraux (...) risquent de diluer l'idéal de "croissance inclusive" dans les impératifs de réduction de*

⁴⁴ Y. VANDERBORGH, « Lutte contre la pauvreté : la solidarité européenne à l'épreuve de la crise », in J.-L. DE MEULEMEESTER *et al.* (dir.), *Les modèles sociaux en Europe*, Bruylant, 2013, p. 113, spéc. p. 115.

⁴⁵ *Ibid.* : « nombreux sont ceux qui estiment qu'une pression soft à la coordination de politiques nationales ne peut suffire, et que les outils européens doivent être révisés [et que] l'UE devrait ainsi tenter de réactiver l'outil législatif, pourtant déclaré « périmé » en la matière depuis au moins une décennie » (p. 117).

⁴⁶ Problème qui n'est pas spécifique à la MOC post-2000. A propos des mesures prises avant, voir L. POVIE, « Le défi communautaire de lutte contre l'exclusion sociale : la voie des droits sociaux fondamentaux », RDSS, 1997, p. 715. L'auteure note par exemple que « au concept de "droits à" a en effet été préféré celui restrictif d'"accès". Ainsi, s'agit-il de combiner différentes politiques spécifiques, sans pour autant qu'elles n'aboutissent à proclamer des droits correspondants ».

⁴⁷ Voir L. FROMONT, « La nouvelle gouvernance économique européenne : vers une conception renouvelée de la solidarité ? », *op. cit.* : « la politique de lutte contre la pauvreté elle-même est souvent envisagée sous l'angle de l'emploi : les groupes défavorisés doivent être protégés en renforçant les liens entre les politiques de protection sociale et d'activation du marché du travail » (p. 211).

⁴⁸ I. OMARJEE, *Manuel de droit européen de la protection sociale*, Bruylant, 2^e éd., 2021, p. 336.

la *dépense publique* »⁴⁹ ou de flexibilisation des emplois. *In fine*, « *l'appareil juridique européen est beaucoup plus attentif à faire respecter les règles de la concurrence et de la stabilité budgétaire qu'à suivre et contrôler la modernisation et la coordination des systèmes de protection sociale* »⁵⁰, principalement après 2005 et l'inclusion de la MOC sociale dans la gouvernance économique européenne. Nous détaillerons ces points ultérieurement, mais ils devaient être mentionnés ici pour montrer que la MOC, telle que pensée et appliquée par l'Union, démontre une certaine "frilosité" pour lutter efficacement contre la pauvreté. En substance, pour résumer, avec la MOC, on connaît et on comprend mieux la pauvreté, mais on ne lutte pas vraiment contre elle.

2. Une inexploitation de la diversité des compétences reconnues à l'Union européenne

Nos propos sur la MOC pourraient sembler, une nouvelle fois, excessifs compte tenu de l'état de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres pour ce qui est de la lutte contre la pauvreté. À défaut d'une véritable base juridique pour agir et légiférer, il serait un peu facile de reprocher à l'Union un manque d'ambition et des moyens timorés pour se saisir du sujet. La critique est aisée, mais l'art est difficile en somme. Aussi perfectible soit-elle, la MOC serait l'exploitation de toute la potentialité des pouvoirs octroyés à l'Union pour lutter contre la pauvreté. Si cette action est insuffisante, ce serait alors imputable au système constitutionnel de l'Union et moins à sa volonté politique.

Ces affirmations nous paraissent peu convaincantes pour différentes raisons. L'étendue en apparence très réduite de la compétence de l'Union européenne en matière de pauvreté ne constitue pas une limite telle qu'elle l'empêcherait de mener une action plus franche et directe. En clair, l'Union est en capacité de trouver des moyens, plus ou moins détournés, pour édicter une multitude d'actes juridiques, dépassant la MOC, pour rendre la lutte contre la pauvreté plus efficiente. Pour preuve, y compris très récemment, des dispositifs européens ayant un effet significatif sur la réduction de la pauvreté existent⁵¹.

Depuis longtemps, le FSE destine une partie de son budget à ce sujet. Un temps, un fonds européen d'aide aux plus démunis fut institué⁵² – avant d'être absorbé dans le « FSE+ »⁵³. Si le soutien financier porte sur « *l'aide alimentaire et/ou l'assistance matérielle de base* »⁵⁴, il ne fait aucun doute que, de cette manière, la lutte contre la pauvreté progresse efficacement. Dans le Plan de relance, la « *promotion de l'intégration sociale des personnes exposées au risque de pauvreté ou d'exclusion sociale, y compris les plus démunis et les enfants* » est prise en compte pour les demandes de soutien financier. N'oublions pas non plus la

⁴⁹ Y. VANDERBORGHT, « Lutte contre la pauvreté : la solidarité européenne à l'épreuve de la crise », *op. cit.*, p. 116.

⁵⁰ J. DAMON, *Éliminer la pauvreté*, *op. cit.*, p. 140.

⁵¹ Voir C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, 8^e éd., 2019, p. 207.

⁵² Sur ces fonds, voir not. D. NAVET-ALLOUCHE, v^o « Politique sociale – Domaines », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, décembre 2014 (act. Juillet 2019), §§115 et 116.

⁵³ Règlement (UE) 2021/1057 du Parlement européen et du Conseil du 24 juin 2021 instituant le Fonds social européen plus (FSE+) (JOUE 2021, L 231, p. 21). Le considérant 19 du règlement est sans équivoque : « *Le FSE+ devrait contribuer à l'éradication de la pauvreté en soutenant les programmes nationaux visant à atténuer la privation alimentaire et la privation matérielle et promouvoir l'intégration sociale de personnes exposées au risque de pauvreté ou d'exclusion sociale et des personnes les plus démunies (...)* ». Ce pan du FSE+ est régi par les articles 18 et suivants, relatifs à la « *lutte contre la privation matérielle* ».

⁵⁴ *Ibid.*, art. 19.

politique de la Commission européenne concernant les aides d'État et les services économiques d'intérêt général. Les articles 32 et suivants du Règlement 651/2014⁵⁵ reconnaissent des aides d'État pour favoriser l'embauche de travailleurs défavorisés ou handicapés comme compatibles avec le marché intérieur. Enfin – et surtout –, il nous faut mentionner la Directive sur les salaires minimaux adéquats dans l'Union⁵⁶ qui constitue un instrument très prometteur pour lutter contre la pauvreté au travail.

Ces quelques dispositifs ne prétendent jamais lutter de front contre la pauvreté pour préférer s'attaquer à l'une de ses dimensions ou causes – ce qui n'est pas critiquable, au contraire. Inutile de dire que c'est bien de cette manière que, à nos yeux, une véritable politique européenne peut se former, nonobstant l'absence de compétence explicite dans les traités. La « politique du numérique » est l'exemple emblématique de cette idée⁵⁷. Or, le fait est que ces textes, bien que sectoriels, sont trop peu nombreux à l'heure actuelle. Mêmes adjoints aux dispositifs de la MOC en matière de pauvreté, ils ne peuvent révéler l'existence – ou même les prémisses – d'une véritable politique européenne de lutte contre la pauvreté. Il reste que ces rares exemples attestent de la capacité de l'Union à agir. Les "limites" liées à son absence de compétence dans les traités ne seraient donc pas dirimantes.

Un parallèle avec le régime juridique des compétences de l'Union européenne accentue cette idée. Bien que mue par le principe d'attribution, l'étendue des compétences de l'Union est plus vaste qu'il n'y paraît. La Cour de justice tolère et accompagne certaines initiatives des institutions de l'Union qui, pourtant, ne pouvaient se fonder sur aucune disposition explicite des traités. La célèbre théorie des compétences impliquées ou implicites, reconnue dans l'arrêt *AETR*⁵⁸ puis à l'article 216 TFUE pour la conclusion des traités internationaux, se manifeste dans la résolution du Conseil de 1975 pour les projets de lutte contre la pauvreté. En effet, afin de « *promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de [l'Union], une expansion (...), une stabilité (...), un relèvement (...)* du niveau de vie », il est indiqué qu'une action de lutte contre la pauvreté « *est nécessaire (...) sans que le traité ait prévu les pouvoirs d'action spécifiques requis à cet effet* ». Il s'agit toutefois, à notre connaissance, de la seule véritable utilisation de cette théorie pour fonder une action de l'Union en matière de pauvreté.

Dans le prolongement de la compétence impliquée, la possibilité de mener une politique européenne de lutte contre la pauvreté se trouve par l'instrumentalisation d'une autre compétence ou base juridique. Les politiques européennes en matière de santé, d'environnement ou de protection du consommateur ont d'abord émergé sur le fondement de l'ancien article 100 du traité (dont l'équivalent actuel serait l'article 114 TFUE) permettant l'harmonisation du marché intérieur. Le développement de ces impératifs sanitaires, environnementaux et liés au consommateur a conduit – logiquement – les rédacteurs du traité à reconnaître des bases juridiques spécifiques pour habiliter l'Union à agir explicitement sur ces sujets – sans empêcher de continuer

⁵⁵ Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité (*JOUE* 2014, L 187, p. 1).

⁵⁶ Directive (UE) 2022/2041 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relative à des salaires minimaux adéquats dans l'Union européenne (*JOUE* 2022, L 275, p. 33).

⁵⁷ B. BERTRAND, « L'émergence d'une politique européenne "spontanée" du numérique », *op. cit.*

⁵⁸ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil (AETR)*, aff. 22/70, ECLI:EU:C:1971:32, spéc. pt. 26-31.

à exploiter les potentialités de l'article 114 TFUE⁵⁹. Ce rapprochement, pourtant incidemment opéré dans la résolution de 1975 précitée, ne s'est pas fait pour la lutte contre la pauvreté. L'instrumentalisation de l'article 114 TFUE et de la clause d'harmonisation des droits nationaux ne s'est pas faite pour permettre à l'Union de légiférer en matière de pauvreté. À la lecture de la jurisprudence de la Cour de justice sur cette disposition, qui se veut particulièrement souple et tolérante vis-à-vis du législateur⁶⁰, tout laisse à penser que, *juridiquement*, l'Union aurait été en mesure de fonder des actes législatifs qui, sous couvert de consolider le marché intérieur, s'attaqueraient à la pauvreté. Par exemple, un texte européen visant à encadrer ou à adapter les prix de certaines denrées ou de produits de première nécessité, jugés absolument indispensables pour les personnes en situation de pauvreté, aurait pu se fonder sur l'article 114 TFUE – et ce même si les règles juridiques qu'il impose s'écartent clairement d'une politique économique libérale⁶¹. À notre connaissance, aucun dispositif en ce sens n'existe en droit de l'Union.

Cette capacité, voire cette nécessité, d'exploiter les souplesses de bases juridiques, comme l'article 114 TFUE, pour pouvoir atteindre d'autres objectifs, est même compatible avec les articles 9 et suivants du TFUE – qui consacrent les clauses ou principes d'intégration⁶². Par exemple, pour ce qui concerne la protection de la santé à l'échelle européenne, l'article 168 TFUE ne reconnaît qu'une compétence (partagée) très limitée à l'Union européenne. L'adoption d'actes législatifs contraignants n'est admise que, selon le paragraphe 4 de l'article 168 TFUE, vis-à-vis de la « *qualité et de [la] sécurité des organes et substances d'origine humaine [ou] du sang (...)* » pour « *les domaines vétérinaires et phytosanitaires (...)* » et pour la « *qualité et [la] sécurité des médicaments (...)*. Pour autant, que ce soit sur le fondement de l'article 114 TFUE ou encore de l'article 192 TFUE relatif à la politique environnementale, l'Union a adopté une multitude d'actes législatifs contribuant à la protection de la santé. L'explication tient en ce que, au titre de l'article 9 TFUE, il est normal que la santé soit « prise en compte » et préservée, même si l'Union agit sur un autre fondement que l'article 168 TFUE⁶³. Tenir actuellement le même discours concernant la lutte contre la pauvreté serait incorrect. Certes, la « pauvreté » n'est pas reconnue en tant que telle dans les clauses d'intégration du traité. Ceci étant, même par l'intermédiaire du concept d'« exclusion sociale », la « prise en

⁵⁹ Sur ces sujets, voir not. A. MATTERA, « L'harmonisation des législations nationales : un instrument d'intégration et de reconnaissance mutuelle », *RDUE*, 2010, n°4, p. 679.

⁶⁰ Voir not. CJCE, 11 juin 1991, *Commission c. Conseil (Dioxyde de titane)*, aff. C-300/89, ECLI:EU:C:1991:244 ; CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741 ; CJUE, 4 mai 2016, *Pologne c. Parlement et Conseil*, aff. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323 ; CJUE, 3 décembre 2019, *République tchèque c. Parlement et Conseil*, aff. C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035. Une exception à cette ligne jurisprudentielle assez tolérante est l'arrêt CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement et Conseil (Publicité en faveur du tabac)*, aff. C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544.

⁶¹ Voir not. N. FENNELLY, conclusions sur CJCE, *Allemagne c. Parlement et Conseil (Publicité en faveur du tabac)*, aff. C-376/98 préc. : il est admis que l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, devant être consolidé par le législateur agissant sur le fondement de l'article 114 TFUE, « *ne peut être défini de façon simpliste en termes de libéralisation ou de dérégulation* » (pt. 83). Dès lors, « *le législateur [européen] peut, par conséquent, imposer des conditions strictes applicables de la même manière à l'activité économique concernée dans tout le marché intérieur, y compris des obligations qui, en tout état de cause, excèdent la moyenne des obligations imposées par les différentes réglementations nationales ayant précédé la mesure communautaire* » (pt. 88). La Cour de justice suit, en substance, cette vision des choses : voir CJCE, 14 décembre 2004, *Arnold André*, aff. C-434/02, ECLI:EU:C:2004:800, pt. 35 ; CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, aff. jt. C-154/04 et C-155/04, ECLI:EU:C:2005:449, pt. 33.

⁶² Voir not. V. MICHEL, « Les objectifs à caractère transversal », in E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, 2013, p. 177.

⁶³ Voir plus généralement L. POTVINS-SOLIS, « Compétences partagées et objectifs matériels », *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 29.

compte" de cet objectif dans les actions et politiques de l'Union est, dans l'ensemble, très incertaine. Il existe des exemples assez isolés qui attestent d'une véritable intégration de la pauvreté dans le texte législatif⁶⁴, mais ils nous paraissent assez rares. En général, la référence à la lutte contre la pauvreté, notamment dans les considérants de l'acte européen, est incantatoire ou artificielle⁶⁵.

Au-delà de l'article 9 TFUE, la prise en compte de la pauvreté peut aussi s'opérer à travers l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux⁶⁶. Le paragraphe 3 cible les aides sociales et les aides au logement comme des moyens de lutte contre la pauvreté. Comme le souligne I. OMARJEE, « la référence à l'aide sociale mérite d'être mentionnée car elle tranche avec son exclusion du [reste du droit matériel européen existant]. Faut-il y voir un fondement nouveau à l'adoption de règles par l'Union dans ce domaine ? La réponse est négative (...) [mais] il n'empêche que, pour la première fois, le droit à l'aide sociale et le droit au logement sont spécifiquement visés au sein des dispositions primaires »⁶⁷. Pour autant, l'article 34§3 de la Charte ne fait que consacrer un principe – et non un droit⁶⁸ – ce qui relativise grandement sa capacité à impacter les règles européennes et celles prises par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union⁶⁹. Tout au plus, la Cour de justice y fait parfois référence pour l'interprétation de certains textes européens. Par exemple, elle le fait de manière à ce qu'ils imposent, même de manière très minime et discrète, aux États membres d'accorder des aides sociales ou au logement à des individus ou familles pour lutter contre la pauvreté – nous y reviendrons. Cela étant, cette référence à la pauvreté dans la Charte ne dynamise pas, en pratique, l'action de l'Union en matière de pauvreté.

La nécessité de passer par de telles constructions, voire manipulations, des bases juridiques établies dans le traité pour lutter contre la pauvreté pourrait s'effacer à la lecture de l'article 153 TFUE relatif à la politique sociale de l'Union. Il y est fait référence explicitement à la lutte contre l'exclusion sociale. Cette disposition serait donc

⁶⁴ Pour la politique agricole commune, voir l'article 5§6 du Règlement 1305/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (JOUE 2013, L 347, p. 487) ; pour la politique énergétique, voir les articles 28 et 29 de la Directive 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JOUE 2019, L 158, p. 125).

⁶⁵ Pour un exemple récent, voir le Règlement 2023/1115 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2023 relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union et à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts (JOUE 2023, L 150, p. 206) : le considérant 50 indique de manière presque anecdotique que « lors de l'approvisionnement en produits, des efforts raisonnables devraient être déployés pour s'assurer qu'un prix équitable est payé aux producteurs, en particulier les petits exploitants, afin de leur permettre de disposer d'un revenu décent et de lutter efficacement contre la pauvreté, qui est une des causes profondes de la déforestation ».

⁶⁶ Nous pourrions évoquer le risque de « dénuement matériel extrême » comme une manifestation d'un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 4 de la Charte et justifiant d'interdire une mesure nationale d'éloignement (voir CJUE, 19 mars 2019, *Javo*, aff. C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218 ; CJUE, 19 mars 2019, *Ibrahim*, aff. jt. C-297/17, C-318/17, C-319/17 et C-438/17, ECLI:EU:C:2019:219 ; CJUE, 15 octobre 2019, *Dorobantu*, aff. C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857). Ceci étant, il ne peut s'agir d'éléments attestant d'une politique européenne de lutte contre la pauvreté ou comme pouvant fonder une action en ce sens par le législateur de l'Union.

⁶⁷ I. OMARJEE, *Manuel de droit européen de la protection sociale*, op. cit., pp. 140-141.

⁶⁸ Sur la distinction entre droit et principe, exposée à l'article 52§5 de la Charte, voir not. A. BAILLEUX, « Article 52-2. Portée et interprétation des droits et principes », in F. PICOD et al. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, 3^e éd., 2023, p. 1385, spéc. pp. 1414 et suivantes.

⁶⁹ Plus généralement sur l'ensemble des "droits sociaux", voir M. UNGER, *La Justice sociale dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 192 et suivantes.

la plus opportune pour fonder l'adoption d'actes juridiques principalement guidés par l'objectif de lutte contre la pauvreté.

Cependant, deux limites importantes sont à noter. La première est la plus vénielle, puisqu'elle suppose de considérer l'exclusion sociale comme « *synonyme, dimension ou extension* »⁷⁰ de la pauvreté⁷¹. Ce rapprochement n'est en rien discutable ou problématique puisque, « *dans le langage politique, la reconnaissance de la persistance de la pauvreté passe par la référence à la notion d'exclusion sociale qui transparait dans des processus conduisant des personnes, et avec elles leurs familles, à voir mise en péril leur insertion professionnelle et sociale et à courir le risque de la pauvreté* »⁷². Ceci étant, la pauvreté ne peut se réduire ou se confondre totalement avec l'exclusion sociale. Par exemple, des mesures à destination de personnes handicapées, âgées ou jeunes peuvent permettre de lutter contre leur exclusion sociale, sans que celles-ci soient nécessairement dans une situation de pauvreté.

La seconde limite est plus dirimante puisque le paragraphe 2 de l'article 153 TFUE ne reconnaît qu'une compétence d'appui et de coordination à l'Union pour ce domaine ; la possibilité d'adopter des directives européennes en matière de politique sociale n'est pas étendue à l'exclusion sociale. Dans ces conditions, l'action de l'Union dans ce domaine se manifeste par des mesures de coordination (la MOC essentiellement) et/ou doit nécessiter une instrumentalisation des autres bases juridiques existantes. Il n'en demeure pas moins que cette dernière option n'a pas été retenue. Vis-à-vis de la lutte contre l'exclusion sociale et contre la pauvreté, et même en matière de solidarité sociale, E. PATAUT fait le constat que « *à peu près dépourvue de compétence et n'ayant pas utilisé celles qui lui ont été attribuées, l'Union européenne n'a pas de mécanismes substantiels de protection sociale. Aucune allocation, aucune prestation n'est jamais versée directement par l'Union à un particulier directement identifié. Si solidarité de l'Union il y a, celle-ci passe nécessairement par le truchement des États* »⁷³. Or, en restant ainsi aussi dépendant des États membres, censés être guidés dans le cadre de la MOC, et s'abstenant d'exploiter d'autres bases juridiques, nous sommes très réservés à dire que « *l'inclusion sociale [est] un objectif majeur de l'Union européenne* »⁷⁴ et que les mesures prises pour lutter contre la pauvreté permettent d'entrevoir une véritable politique européenne.

B. Le caractère "multidimensionnel" de la pauvreté difficilement pris en compte

Les propos précédents sur la "frilosité" des mesures prises par l'Union européenne pour lutter contre la pauvreté pourraient encore être vus comme une critique un peu facile.

⁷⁰ J. DAMON, « La pauvreté dans l'Union européenne : définitions, indicateurs, stratégies », *op. cit.*

⁷¹ Notons au passage que l'absence de mention de la pauvreté dans le traité, à l'exception de l'article 208 TFUE ou de l'article 34 de la Charte, reste une limite formelle non négligeable à la reconnaissance d'une véritable politique européenne. En 2004, A. EUZEBY (« L'inclusion sociale, objectif majeur pour l'Union européenne », *op. cit.*) affirmait que « *les fondements de la construction européenne étant d'abord et avant tout d'ordre économique, il n'est guère étonnant que les mots pauvreté et exclusion ne figurent pas dans le traité de Rome tel qu'il a été signé en 1957, ni dans l'Acte unique européen (1986), ni même dans le traité de Maastricht (1992)* » et que « *la lutte contre la pauvreté monétaire et l'exclusion sociale [n'a] pas été totalement absentes pour autant des préoccupations des instances européennes au cours des quarante premières années qui ont suivi la signature du traité de Rome* » (nous soulignons). A l'heure actuelle, nous pouvons nous étonner – et regretter – une telle absence de la pauvreté dans la lettre du traité... sauf à considérer qu'il ne s'agit pas vraiment d'un objectif significatif pour l'Union.

⁷² M. RODRIGUEZ-PINERO, « Le droit du travail mis en cause en Europe par le phénomène des travailleurs pauvres », in P. AUVERGNON (dir.), *Droit social et travailleurs pauvres*, Bruylant, 2013, p. 125.

⁷³ E. PATAUT, « Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation : remarques sur les frontières de la solidarité en Europe », *Les frontières de l'Europe sociale, op. cit.*, p. 169, spéc. p. 170.

⁷⁴ A. EUZEBY, « L'inclusion sociale, objectif majeur pour l'Union européenne », *op. cit.* – nous soulignons.

En somme, l'Union ne peut prétendre à mener une politique en matière de pauvreté compte tenu de son incapacité (ou de son absence de volonté) de s'y attaquer *de front* et efficacement. Affirmer une telle idée serait nier les profondes difficultés politiques pour lutter contre la pauvreté. Par essence, le phénomène de la pauvreté est *multidimensionnel*⁷⁵. En clair, il ne suffit pas d'octroyer des ressources financières à une personne pour résoudre le problème. La pauvreté passe évidemment par un manque de moyens financiers, mais qui ont des causes très diverses : la difficulté d'avoir accès à un logement, à un travail rémunérateur, à un cadre de vie sain, le défaut de protection particulière pour des personnes vulnérables, etc.⁷⁶.

Une véritable politique de l'Union européenne en matière de pauvreté, à défaut de se saisir *in globo* du problème de la pauvreté, serait identifiable par le recensement des mesures qui, partiellement ou incidemment, atténuent ou luttent contre l'une des causes de la pauvreté. Ce caractère "multidimensionnel" de la pauvreté n'est nullement un obstacle pour permettre une action européenne ; au contraire même, il s'agit d'une caractéristique *a priori* saisissable par le droit de l'Union (1). Il n'en demeure pas moins que ces différentes mesures prises pour lutter contre un aspect ou une cause spécifique de la pauvreté restent selon nous trop inégales pour relever une véritable politique européenne (2).

1. Une caractéristique *a priori* saisissable par le droit de l'Union

De manière presque contre-intuitive, le fait que la pauvreté soit un phénomène multidimensionnel, aux causes très diverses, est un atout pour l'Union européenne. À défaut de disposer d'une véritable compétence sur la pauvreté *en tant que telle*, rien ne lui interdit de se saisir d'autres sujets, d'autres domaines qui peuvent présenter un lien avec la pauvreté. Prise isolément, chaque mesure aura un effet modeste, voire résiduel, puisqu'elle ne s'attaquera qu'à un aspect du phénomène de pauvreté. Cependant, l'appréciation de la portée de ces différentes mesures dans leur globalité offre une nouvelle perspective sur l'action de l'Union. Plus encore, cette approche plurielle de la lutte contre la pauvreté constituerait *la* meilleure méthode pour traiter de la pauvreté à l'échelle européenne. Concrètement, plutôt que s'aventurer dans des domaines "inconfortables" pour l'Union européenne, comme le droit des aides sociales, il lui revient plutôt d'exploiter d'autres compétences, plus résiduelles ou éloignées de la pauvreté. Contrairement à nos propos précédents, il ne s'agit pas d'attendre de ces mesures qu'elles se saisissent principalement ou clairement de la pauvreté ; il suffit qu'elles contribuent à lutter contre, même très modestement et indirectement.

Cette caractéristique "multidimensionnelle" de la pauvreté, nécessitant donc des actions diversifiées et parfois très sectorielles, a été précisément mise en évidence par la MOC sociale précédemment évoquée. Tout le travail de coordination et de documentation effectué dans ce cadre à l'échelle européenne, depuis les années 1970, a permis de mieux

⁷⁵ Voir not. S. FREDMAN, « The Potential and Limits of an Equal Rights Paradigm in Addressing Poverty », *Stellenbosch Regtydskrif*, 2011, p. 576 [citée par S. GANTY, E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Interdiction de la discrimination fondée sur la situation socio-économique en droit européen : rendre visible les personnes socio-économiquement défavorisées », *op. cit.*, p. 149].

⁷⁶ Voir également l'article 30 de la Charte sociale européenne (revisité) : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, les Parties s'engagent (...) à prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille (...)* ».

cerner les causes de la pauvreté et les leviers pertinents pour y remédier. Par exemple, lutter contre la pauvreté passe par l'indicateur de « privation matérielle » qui, comme le synthétise J. DAMON, peut se décliner en différents neuf éléments : « 1/ capacités à satisfaire des dépenses imprévues, 2/ une semaine de vacances par an, 3/ capacités de payer ses prêts, 4/ un repas avec viande, poulet ou poisson au moins tous les deux jours, 5/ un logement au chauffage adéquat, 6/ une machine à laver, 7/ une télévision couleur, 8/ un téléphone, 9/ une voiture personnelle »⁷⁷. L'auteur précise que « la privation matérielle est dite "sévère" quand les ménages ne disposent pas d'au moins quatre de ces éléments »⁷⁸. Nul besoin de détailler en quoi certains de ces éléments peuvent être appréhendés par le droit de l'Union. Au titre de la protection du consommateur⁷⁹, du fonctionnement du marché intérieur ou même du droit de la concurrence, l'Union peut faire en sorte de rendre plus accessibles certains des produits visés, contribuant – presque de manière insoupçonnée – à limiter la privation matérielle et ainsi cantonner les situations de pauvreté.

Une telle présentation n'est pas sans faire écho à la méthode fonctionnaliste de l'Union, censée agir "par petits pas" vis-à-vis d'éléments "prosaiques" pour atteindre des finalités plus ambitieuses, et même sociales. Cela étant, ce discours a une connotation trop performative à nos yeux lorsqu'il s'agit d'appréhender la pauvreté. Autrement dit, ce serait glisser vers un propos plus politique que juridique que d'affirmer que la construction du marché intérieur et son développement permettent de lutter contre la pauvreté. La doctrine ordolibérale qui irrigue le droit du marché intérieur et la "Constitution économique de l'Union" va pourtant dans ce sens⁸⁰. En substance, les mesures prises en matière de concurrence, de libertés de circulation, de régulation économique ou de protection des consommateurs sont autant de moyens pour atteindre des objectifs sociaux de l'Union européenne – comprenant donc, en creux, la lutte contre la pauvreté. Si ce discours n'est pas à écarter par principe, il peine à convaincre vis-à-vis de la pauvreté, compte tenu de la réalité encore préoccupante du phénomène en Europe. Pour autant, il nous invite à ne pas sous-estimer, par principe, l'effet de dispositifs liés au marché intérieur sur *certain*s aspects de la pauvreté.

Un domaine beaucoup plus pertinent qui révèle une action spécifique et sectorielle contribuant à la lutte contre la pauvreté est le statut "travailleur" au sein de l'Union. Nous le verrons, la politique sociale, en l'état actuel des dispositifs législatifs et de la jurisprudence de la Cour de justice, est particulièrement défailante vis-à-vis de la protection des personnes inactives économiquement face à la pauvreté. Ce constat ne s'impose pas pour les travailleurs, qui profitent de certaines garanties face au risque de pauvreté. La récente Directive 2022/2041 sur les salaires minimaux adéquats est sans nul doute la manifestation la plus évidente de cette protection des travailleurs. Le considérant 9 de la Directive est univoque lorsqu'il précise que « la pauvreté au travail dans l'Union a augmenté au cours de la dernière décennie et le nombre de travailleurs pauvres est en hausse. En période de récession économique, le rôle de salaires minimaux adéquats dans la protection des travailleurs à bas salaires est particulièrement important, étant donné que ces travailleurs sont plus

⁷⁷ J. DAMON, « La pauvreté dans l'Union européenne : définitions, indicateurs, stratégies », *op. cit.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Voir not. M. FRIANT-PERROT, « Le consommateur vulnérable à la lumière du droit de la consommation de l'Union européenne », *RTDE*, 2013, p. 483.

⁸⁰ Pour exemple, voir J. DREXL, « La Constitution économique européenne. L'actualité du modèle ordolibéral », *Rev. int. dr. éco.*, 2011, p. 419.

vulnérables aux conséquences d'une telle récession, et il est essentiel pour soutenir une reprise économique durable et inclusive, qui devrait conduire à une augmentation des emplois de qualité ».

Il pourrait sembler "malavisé" de prendre des mesures vis-à-vis de travailleurs afin de lutter contre la pauvreté. D'une certaine façon, ce serait manquer de lucidité de la part de l'Union que de protéger davantage les travailleurs, qui jouissent par définition d'une rémunération, plutôt que les personnes inactives économiquement. Les secondes seraient plus durement touchées par la pauvreté que les premières. Si cette critique est recevable *en elle-même*, elle mérite d'être atténuée au regard – une fois encore – du caractère multidimensionnel de la pauvreté. Si les travailleurs ne sont certes pas les catégories de personnes souffrant le plus de la pauvreté, la lutte contre ce phénomène passe opportunément dans la diminution des « travailleurs pauvres ». La MOC a notamment bien mis en évidence cette dimension non négligeable de la pauvreté et pour laquelle l'Union dispose clairement d'une compétence "confortable" pour agir. Comme le résume M. RODRIGUEZ-PINERO, « *si le droit du travail ne peut pas résoudre par lui-même le problème de la situation des travailleurs pauvres, il a un rôle néanmoins important à tenir* »⁸¹. Autrement dit, quand bien même la mesure européenne ne se saisirait que d'un aspect limité de la pauvreté sans avoir la prétention de lutter résolument contre, son rôle et son importance ne doivent pas être sous-estimés.

De même, une jurisprudence de la Cour de justice qui permet à une personne inactive ou sans ressource de profiter – le cas échéant sous certaines conditions – du statut de travailleur constitue tout autant un moyen – partiel, mais réel – pour lutter contre la pauvreté⁸². En outre, l'octroi de certaines prestations spéciales à caractère non contributif – telles que définies dans le Règlement 883/2004 – est conditionné au séjour légal d'une personne sur le territoire d'un État membre au titre de la Directive 2004/38. Or, comme le prévoit l'article 7, paragraphe 1, le séjour d'un travailleur (salaire ou non) ne requiert pas qu'il dispose « *de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de son séjour* ». Plus encore, le paragraphe 3 de l'article 7 dispose que « *le citoyen de l'Union qui n'exerce plus d'activité salariée ou non salariée conserve la qualité de travailleur* » dans certaines situations. Sur un autre sujet, au titre de l'article 157 TFUE, l'Union agit de manière à lutter contre les discriminations salariales et de rémunération entre les hommes et les femmes. Même si les dispositifs existants à ce sujet ne l'évoquent pas⁸³, la lutte contre les discriminations visant les femmes contribue en partie à la lutte contre la pauvreté – entendu que le risque de pauvreté et d'exclusion sociale est plus important pour les femmes que pour les hommes⁸⁴. Avec ces brefs exemples, on voit comment, par le statut accordé au travailleur, l'Union européenne parvient ponctuellement ou en partie à endiguer la pauvreté.

⁸¹ M. RODRIGUEZ-PINERO, « Le droit du travail mis en cause en Europe par le phénomène des travailleurs pauvres », *op. cit.*, p. 131.

⁸² Pour exemple, voir CJUE, 26 mars 2015, *Fenoll*, aff. C-316/13, ECLI:EU:C:2015:200.

⁸³ Voir not. Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (JOCE 2006, L 204, p. 23).

⁸⁴ Voir récemment la Résolution (2021/2170(INI)) du Parlement européen du 5 juillet 2022 sur la pauvreté des femmes en Europe (JOUE 2023, C 47, p. 2).

2. Des mesures inégales de protection des personnes vulnérables face à la pauvreté

À nous lire, la caractérisation d'une politique de l'Union européenne en matière de pauvreté devrait s'opérer avec un seuil d'exigence modéré pour considérer que la matière est *investie de manière significative*. La politique prendrait corps dans la combinaison de la MOC en matière sociale et dans la myriade de mesures prises par l'Union européenne et qui, même indécemment, discrètement ou involontairement, tendent à faire baisser la pauvreté. En dépit de ces précautions, l'Union nous paraît là encore échouer à proposer une véritable "politique" de lutte contre la pauvreté, y compris lorsqu'elle cherche à se focaliser sur un aspect ou une cause de ce phénomène. Nos propos précédents ont certes mis en évidence des actions, plus ou moins appuyées et dirigées vers la lutte contre la pauvreté. Pour autant, nonobstant le fait qu'elles soient relativement récentes, elles se déploient de manière très inégale. Si les travailleurs et les consommateurs, voire des entrepreneurs, peuvent se targuer d'une certaine protection contre un risque de pauvreté grâce au droit de l'Union, de trop nombreuses autres catégories de personnes y échappent. Or, à l'évidence, il est difficile d'expliquer juridiquement pourquoi l'Union ne s'est pas saisie de ces aspects de la lutte contre la pauvreté.

La lecture de la littérature sur le sujet révèle que de nombreuses personnes, que l'on peut qualifier de "vulnérables" face à la pauvreté, ne sont pas ou sont trop peu protégées par le droit de l'Union. Cette critique pourrait – une fois encore – paraître excessive. Pour preuve, bien que cela ait été tardif, la nouvelle "approche" de l'Union européenne postérieure à la crise du Covid-19 pour la lutte contre la pauvreté entend davantage cibler ces personnes "vulnérables" – plutôt que de se limiter à une approche trop globale et *in fine* trop vaporeuse. Prises afin de concrétiser le Socle Européen des droits sociaux, plusieurs stratégies et recommandations ont ainsi été adoptées afin d'accorder une protection particulière pour les enfants⁸⁵, les sans-abris⁸⁶ ou pour ce qui concerne l'accès au soin⁸⁷. Ces thématiques n'étaient certes pas absentes de la stratégie globale de l'Union en matière de pauvreté, mais force est d'admettre qu'elles étaient souvent noyées et diluées avec d'autres objectifs⁸⁸. À nos yeux, et de l'avis de plusieurs auteurs, le fait d'autonomiser ces sujets est une (petite) avancée⁸⁹.

L'opportunité que l'Union se saisisse de ces sujets, de ces thématiques spécifiques en lien avec la pauvreté souffre toutefois des mêmes limites que l'action *globale* en matière de pauvreté. En un mot, une fois encore, les mesures sont – à l'heure actuelle – plutôt timorées et peuvent être vues comme insuffisantes. Un décalage s'observe à nouveau entre les ambitions politiques affichées et les outils déployés pour y parvenir. La

⁸⁵ Voir Recommandation 2021/1004 du Conseil du 14 juin 2021 établissant une garantie européenne pour l'enfance (JOUE 2021, L 223, p. 14).

⁸⁶ Voir la Déclaration de Lisbonne de 21 juin 2021 sur la plateforme européenne de lutte contre le sans-abrisme.

⁸⁷ Voir la Communication de la Commission européenne du 7 septembre 2022 sur la stratégie européenne en matière de soin (COM(2022) 440 final).

⁸⁸ Pour une approche beaucoup plus nuancée, concernant la protection des enfants, voir C. BUGNON, « La protection de l'enfance dans le cadre des politiques européennes de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale », in P. ICARD (dir.), *L'action de l'Union européenne en faveur de la jeunesse*, Bruylant, 2016, p. 125 : l'auteure note par exemple que « si les indicateurs européens ont l'avantage de ne pas mesurer le taux de pauvreté à partir du seul critère monétaire, force est de constater qu'ils sont davantage axés sur les familles pauvres que les enfants pauvres » (pp. 132-133).

⁸⁹ Pour le cas des sans-abris, voir not. J. DAMON, « Les sans-abri en Europe : l'Union contre le sans-abrisme », *RDSS*, 2021, p. 845.

rhétorique visant à justifier cette situation tient dans la compétence de principe des États membres pour agir sur ces sujets, ne laissant à l'Union qu'un rôle complémentaire et d'accompagnement. Ceci étant, toutes nos remarques sur la réserve des autorités européennes – pour des raisons d'ordre politique totalement compréhensibles – d'exploiter les potentialités des compétences déterminées dans le traité sont opérantes. En outre, comme nous le détaillerons, les mesures et incitations visant à favoriser des politiques nationales de lutte contre la pauvreté des enfants, des mal-logés, des personnes âgées, handicapées, etc., se heurtent et cèdent face aux injonctions de rigueur budgétaire.

Le cas de la protection des enfants peut être évoqué en guise d'exemple⁹⁰. La préoccupation d'agir en leur faveur, notamment afin de lutter contre la pauvreté, s'est nettement formalisée en 2006, à l'initiative du Conseil européen⁹¹. La Commission adopta à la suite une stratégie spécifique liée à l'enfance, qui sera ensuite une composante de la stratégie « Europe 2020 ». Une recommandation de la Commission de 2013⁹² est – à nos yeux – représentative de l'approche de l'Union européenne pour agir en faveur de l'enfance et, à cette fin, de lutter contre la pauvreté. Les États membres sont incités à améliorer l'offre de certains services essentiels aux enfants, principalement en matière de soin, de logement, d'éducation, de culture et de sport, etc., et ce à partir d'indicateurs uniformisés à l'échelle de l'Union. La méthode dite du *mainstreaming*, visant à traiter le problème de manière globale et à inclure l'enfance dans toutes les politiques publiques, est parfaitement en phase avec la MOC sociale. En d'autres termes, il s'agit bien d'appréhender le sujet de manière complète, sans se limiter uniquement à des questions pécuniaires. Enfin, l'article 153 TFUE concernant la lutte contre l'exclusion sociale et l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux peuvent servir de socle pour impulser une politique européenne de lutte contre la pauvreté infantile.

Ceci étant, cette approche, en phase avec la MOC sociale en matière de pauvreté, en véhicule les mêmes atouts et – surtout – inconvénients. Le phénomène est mieux connu, mieux compris, mieux appréhendé par l'action européenne, mais il n'est pas effectivement endigué par elle. Certes, à la différence des indicateurs liés à la pauvreté en général, la pauvreté infantile est mieux caractérisée, ce qui aide à l'adoption de mesures nationales plus adaptées. Cependant, les recommandations se focalisent *in fine* davantage sur la famille "pauvre"⁹³, conduisant à agir sur des domaines parfois éloignés de la protection de l'enfant (comme les questions liées au logement de la famille, à sa capacité à éduquer et accorder un environnement sain à l'enfant, etc.). En d'autres termes, bien qu'autonomisée dans une stratégie spécifique, la protection de l'enfant, et notamment de "l'enfant pauvre", ne parvient pas à s'extirper des failles de la MOC pour lutter contre la pauvreté⁹⁴. Si des garanties juridiques contraignantes en faveur des enfants peuvent être identifiées (avec plus ou moins de bonne foi), elles se rattachent à des domaines juridiques étrangers à la pauvreté. Le statut de "l'enfant-citoyen

⁹⁰ Nous reprenons ici les éléments de C. BUGNON, « La protection de l'enfance dans le cadre des politiques européennes de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale », *op. cit.*

⁹¹ Conclusions de la Présidence du Conseil européen, 24 mars 2006, 7775/06, considérant 72.

⁹² Recommandation 2013/112/UE de la Commission du 20 février 2013 Investir dans l'enfance pour briser le cercle vicieux de l'inégalité (JOUE 2013, L 59, p. 5).

⁹³ C. BUGNON, « La protection de l'enfance dans le cadre des politiques européennes de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale », *op. cit.* : « Si les indicateurs européens ont l'avantage de ne pas mesurer le taux de pauvreté à partir du seul critère monétaire, force est de constater qu'ils sont davantage axés sur les familles pauvres que les enfants pauvres » (pp. 132-133).

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 137 et suivantes.

européen” en est un exemple. La reconnaissance d’un « *droit de séjour dérivé* » au titre de l’article 20 TFUE aux parents d’un “enfant-citoyen européen”, qui empêche leur éloignement, dès lors qu’il existe entre eux une « *relation de dépendance* » significative⁹⁵ serait une forme de protection contre la pauvreté infantile. On pourrait avoir un même regard concernant la protection de “l’enfant-consommateur” avec, notamment, le Règlement 609/2013 sur les denrées alimentaires destinées aux enfants en bas âges⁹⁶. Pour ces cas, difficile d’y voir les prémises d’une dimension de *hard law* dans une politique européenne de protection des enfants.

Ce bilan s’impose tout autant pour d’autres catégories de personnes susceptibles d’exclusion sociale et de pauvreté. Les mesures visant les personnes en situation de handicap tiennent surtout en des programmes et plans, principalement pour agir contre le risque de pauvreté. Des dispositifs plus contraignants existent, mais ils se rattachent surtout au “travailleur-handicapé”⁹⁷. Une petite exception serait l’inclusion explicite dans la catégorie des « prestations spéciales à caractère contributif », au titre de l’article 70 du Règlement 883/2004, les aides visant « *à assurer la protection spécifique des personnes handicapées, étroitement liées à l’environnement social de ces personnes dans l’État membre concerné* ». Les personnes âgées sont également identifiées au titre de la lutte contre la pauvreté, mais une fois encore dans le cadre de programmes d’action plus ou moins contraignants et ambitieux. Un livre vert, présenté par la Commission le 27 janvier 2021 et portant sur *le vieillissement*, traite explicitement de la « *pauvreté des personnes âgées* »⁹⁸. Au-delà, les problématiques portent sur l’inclusion ou non d’allocation vieillesse dans les dispositifs de coordination de sécurité sociale⁹⁹. L’action européenne ne va guère plus loin, y compris pour concrétiser les exigences de l’article 25 de la Charte¹⁰⁰ ou encore pour la non-discrimination fondée sur l’âge (en dehors du droit du travail)¹⁰¹. Il en va de même pour les personnes ayant des problèmes de logement¹⁰², d’accès au soin ou plus généralement des personnes placées en situation de dépendance¹⁰³. Si le droit de l’Union n’est pas totalement étranger vis-à-vis d’elles, son apport est encore trop peu significatif pour y voir des parcelles d’une politique de lutte contre la pauvreté. Pour conclure, on peut évoquer des pans de la pauvreté qui sont souvent négligés des dispositifs

⁹⁵ Voir pour exemple CJUE, 8 mai 2018, *K.A. e.a. (Regroupement familial en Belgique)*, aff. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308 ; CJUE, 5 mai 2022, *Subdelegación del Gobierno en Toledo (Séjour d’un membre de la famille - Ressources insuffisantes)*, aff. jt. C-451/19 et C-532/19, ECLI:EU:C:2022:354.

⁹⁶ Règlement (UE) n° 609/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 concernant les denrées alimentaires destinées aux nourrissons et aux enfants en bas âge, les denrées alimentaires destinées à des fins médicales spéciales et les substituts de la ration journalière totale pour contrôle du poids (*JOUE* 2013, L 181, p. 35).

⁹⁷ Voir Directive 89/654/CEE du Conseil, du 30 novembre 1989, concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour les lieux de travail (*JOCE* 1989, L 393, p. 1), annexe I ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d’un cadre général en faveur de l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail (*JOCE* 2000, L 303, p. 16).

⁹⁸ Livre Vert de la Commission sur le vieillissement (COM(2021) 50 final du 27 janvier 2021).

⁹⁹ Voir CJUE, 1^{er} février 2017, *Tolley*, aff. C-430/15, ECLI:EU:C:2017:74.

¹⁰⁰ Voir not. M. BORGETTO et R. LAFORE, « Article 25. Droits des personnes âgées », *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 717-736.

¹⁰¹ L’essentiel de la jurisprudence sur ce principe porte sur la Directive 2000/78 précitée ; voir pour exemple, CJUE, 15 avril 2021, *Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*, aff. C-511/19, ECLI:EU:C:2021:274.

¹⁰² Sur ce sujet, voir C. ESTAS, « Logement social et services sociaux d’intérêt général dans l’Union européenne », *AJDA*, 2014, p. 237 ; J. DAMON, « Les sans-abri en Europe : l’Union contre le sans-abrisme », op. cit.

¹⁰³ Pour des contentieux en matière de politique sociale, voir CJCE, 5 mars 1998, *Molenaar*, aff. C-160/96, ECLI:EU:C:1998:84 ; CJCE, 8 mars 2001, *Jauch*, aff. C-215/99, ECLI:EU:C:2001:139 ; CJUE, 30 juin 2011, *da Silva Martins*, aff. C-388/09, ECLI:EU:C:2011:439.

européens qui se focalisent surtout sur la privation matérielle ou l'exclusion sociale. Des auteurs notent ainsi que « *parallèlement à la privation matérielle dont souffrent les personnes pauvres ainsi qu'à l'expérience de la pauvreté impliquant notamment une situation d'impuissance, la pauvreté inclut également des dimensions relationnelles, enracinées dans la manière dont les personnes pauvres sont négativement perçues et traitées défavorablement dans leurs relations avec les institutions et la société en général. Or, les indices multidimensionnels généralement utilisés pour décrire le phénomène de pauvreté ignorent cette dernière dimension* »¹⁰⁴.

Ces différents éléments démontrent, à nos yeux, les limites pour admettre l'existence d'une politique européenne de lutte contre la pauvreté. Que ce soit frontalement ou pour des "dimensions" de ce phénomène, l'Union européenne ne propose aucune action significative et efficace pour l'endiguer. Les contraintes juridiques qui pèsent sur elle, notamment concernant sa compétence pour légiférer, sont réelles, mais ne peuvent pas tout justifier. Au bout du compte, ce sont surtout des considérations d'ordre politique, liées aux États membres peu enclins à impulser une véritable action européenne exigeante en matière de pauvreté, qui expliquent cette situation. Néanmoins, si l'Union européenne ne va pas aussi loin qu'elle le pourrait pour lutter contre la pauvreté, elle a parfois tendance à privilégier des considérations d'ordre économique (et à tendance libérale) sur cet objectif, freinant, voire entravant, drastiquement sa réalisation.

II. Une action européenne assujettie aux enjeux économiques européens

La volonté de l'Union européenne pour lutter contre la pauvreté, indépendamment des discours et la rhétorique parfois employée sur ce sujet, pourrait sembler assez illusoire au regard d'enjeux économiques. Parce qu'étant un droit fondamentalement économique et centré sur le bon fonctionnement du marché intérieur, la poursuite d'objectifs non économiques passerait en second plan dans les réglementations européennes. S'il convient de ne pas caricaturer ou de généraliser à l'excès cette idée, force est d'admettre que, dans son ensemble, la prise en compte d'objectifs non économiques est rarement absente de toute considération liée au bon fonctionnement du marché intérieur. Pour certains, « *le libéralisme [économique] du traité est davantage pragmatique qu'idéologique : le marché est un instrument au service de l'intégration* »¹⁰⁵ et d'objectifs non économiques. L'alliance entre ces idéaux *prima facie* antagonistes serait non seulement opportune, mais aussi souhaitable et louable.

La lutte contre la pauvreté marque nettement les limites d'un tel discours. Puisqu'il s'agit de cibler des personnes incapables d'exercer leurs libertés et droits économiques, de participer et contribuer sensiblement à la vie du marché intérieur, un hiatus semble inévitable. En clair, le droit du marché intérieur et ses enjeux économiques ne sont pas entièrement adaptés pour lutter contre la pauvreté ; et, plus encore, ils sont susceptibles d'entraver des actions européennes et nationales en ce sens¹⁰⁶. Ce constat nous apparaît

¹⁰⁴ S. GANTY, E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Interdiction de la discrimination fondée sur la situation socio-économique en droit européen : rendre visible les personnes socio-économiquement défavorisées », *op. cit.*, p. 150.

¹⁰⁵ F. MARTUCCI, *Droit du marché intérieur de l'Union européenne*, PUF, 2021, p. 37.

¹⁰⁶ Sur un autre sujet, mais pouvant être une illustration controversée d'une certaine prévalence du droit économique de l'Union sur d'autres objectifs plus sociaux, voir CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 et CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 et la synthèse qu'en fait P. RODIERE (v° « Sources du droit social de l'Union européenne », *JCI Europe Traité*, fasc. 600, 7 février 2016) : « *la Cour de justice, tout en reconnaissant au droit de grève la valeur d'un droit fondamental, a estimé que son exercice pouvait buter sur les règles du traité relatives à la liberté d'établissement ou de prestation de*

compte tenu de la protection relativement illusoire des “pauvres” économiquement inactifs d’une part (A.) et de l’aporie tenant à l’inclusion de la lutte contre la pauvreté au sein de la gouvernance économique européenne d’autre part (B.).

A. L’illusoire protection des “pauvres” économiquement inactifs

La question du rapport entre le droit de l’Union européenne et des personnes économiquement inactives reste un sujet décisif pour appréhender la lutte contre la pauvreté¹⁰⁷. Au-delà de la fin sociale – voire même humaniste – qui justifie d’endiguer le phénomène de la pauvreté, l’Union européenne a appuyé son action sur les gains que pourrait en tirer le marché intérieur. Loin d’être cynique, cette optique permet de consolider des actions juridiques visant des personnes économiquement *peu* actives (les travailleurs pauvres, les consommateurs vulnérables, etc.) et presque d’initier un cercle vertueux. La vitalité du marché intérieur permet de sortir des personnes de la pauvreté, en leur proposant une vie active attractive et des biens et services accessibles et de qualité ; et la diminution de la pauvreté contribue à cette vitalité en accroissant le nombre d’acteurs économiquement actifs dans le marché intérieur. Cette approche ordolibérale du droit de l’Union et de ses effets sur la lutte contre la pauvreté correspond à une réalité plutôt platonique. Une différence assez nette peut être identifiée, selon nous, entre le traitement accordé au titre de la lutte contre la pauvreté à un individu totalement inactif économiquement et un individu actif économiquement. En clair, si le second peut bénéficier de certains avantages, le premier peine presque à profiter de l’application d’une règle de droit de l’Union qui lui soit avantageuse.

Cette situation s’explique – une fois encore – compte tenu de l’état de la répartition des compétences attribuées à l’Union européenne. Il n’en demeure pas moins que, en l’état, la politique européenne relative à la sécurité sociale est dans une impasse pour ce qui est de la lutte contre la pauvreté (1.). Le problème est évidemment plus global. Puisque « l’exercice de la plupart des droits liés à la citoyenneté, tels que la liberté de circulation et le droit au séjour, est tributaire de certaines conditions économiques »¹⁰⁸, il est presque normal que le droit de l’Union se désintéresse des citoyens “pauvres” – ou, dans une moindre mesure, échoue à leur accorder une véritable protection sociale (2.).

1. Les errements de la politique européenne liée à la sécurité sociale

Bien que la pauvreté reste un phénomène multidimensionnel, la politique de protection sociale reste, pour des raisons évidentes, le ressort le plus approprié pour agir. La « lutte contre les exclusions », et notamment « l’exclusion sociale », s’inscrit pleinement dans l’objectif de lutte contre la pauvreté. L’article 153 TFUE reconnaît une compétence d’appui et de coordination à l’Union dans ces domaines, l’empêchant de légiférer directement à ce sujet. Cependant, au titre de la *coordination des régimes de sécurité sociale*, aujourd’hui assurée par le Règlement 883/2004, des leviers d’action en faveur de la lutte contre la pauvreté sont envisageables. Certes, comme le rappelle la Cour de justice avec constance, « les États membres conservent leur compétence pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et, en

service (...). Dans les deux affaires, la Cour a donc opéré une conciliation entre le droit d’action collective et le respect de libertés économiques qui sont au fondement de la Communauté. Décisions cependant critiquées car on a pu juger que la conciliation réalisée était déséquilibrée, puisqu’elle réclamait des travailleurs et des syndicats les représentant qu’ils justifient leur action et, en toute hypothèse, usent de moyens appropriés à celle-ci, quelle que soit la licéité du mouvement et de sa mise en œuvre sous l’empire de la loi nationale applicable » (§19).

¹⁰⁷ Voir not. J. RONDU, *L’individu, sujet de droit de l’Union européenne*, Bruylant, 2020, pp. 418 et suivantes.

¹⁰⁸ S. GANTY, *L’intégration des citoyens européens et des ressortissants de pays tiers en droit de l’Union européenne*, Bruylant, 2021, p. 198.

L'absence d'une harmonisation au niveau de l'Union, il appartient à chaque État membre de déterminer dans sa législation, notamment, les conditions qui donnent droit à des prestations sociales»¹⁰⁹. Autrement dit, l'Union européenne ne peut imposer la création de nouvelles aides ou prestations sociales à des États membres, pas plus qu'elle ne peut – en principe – discuter des conditions requises pour qu'un individu ait droit à ces aides et prestations. En revanche, au titre du principe d'égalité et d'une libre circulation des personnes, il est possible d'imposer à un État membre de faire bénéficier à des ressortissants d'autres États membres des aides et prestations sociales existantes. Schématiquement, si des aides permettant de lutter contre la pauvreté sont prévues dans le droit national, elles doivent pouvoir profiter à quiconque, qu'il soit national ou non. Bien que la marge de manœuvre de l'Union soit assez limitée, elle est – théoriquement – en capacité d'agir et de contraindre les États membres à lutter contre la pauvreté à l'échelle européenne.

Bien que séduisante et – en apparence – fondée juridiquement, cette présentation n'est pas conforme à la réalité. Non seulement les aides sociales n'ont jamais été intégrées dans le champ d'application des dispositifs européens de coordination des régimes de sécurité sociale, mais l'évolution de ces textes couplée à la jurisprudence de la Cour de justice laisse entendre que même d'autres prestations sociales, qui ne sont pas clairement liées à la lutte contre la pauvreté, peuvent l'être. Une rapide rétrospective nous paraît nécessaire pour montrer l'état – très contesté – du droit européen en matière de sécurité sociale.

La première réglementation pertinente à ce sujet découle du Règlement 1408/71. Sa limite immédiate et fondamentale tient dans le fait qu'il s'applique uniquement aux travailleurs et aux membres de sa famille. Le bénéficiaire d'une prestation de sécurité sociale était exclu pour des personnes économiquement inactives. Il reste que, à l'époque, la libre circulation des personnes s'appréhendait dans cette seule perspective, ce qui nous amène à minimiser l'importance de cette limite pour l'époque. Le règlement consacre clairement le principe d'égalité de traitement ; son article 3 disposant que « *les personnes qui résident sur le territoire de l'un des États membres et auxquelles les dispositions du présent règlement sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci (...)* ». L'article 4§1 liste les prestations qui relèvent du champ d'application du Règlement, ce qui comprend par exemple les prestations d'invalidité, prestations de vieillesse ou les prestations de chômage. En gardant à l'esprit que le caractère multidimensionnel de la pauvreté, l'inclusion de ces aides visant les travailleurs ayant perdu leur emploi, les personnes âgées ou les personnes handicapées est à souligner. Cependant, une limite fondamentale concerne l'étendue des "prestations de sécurité sociale" couvertes par le Règlement. Comme le prévoit l'article 4§4 puisque, en sont exclues les prestations liées à « *l'assistance sociale* ». Dès lors, les aides ayant pour objet principal la lutte contre la pauvreté échappent à la règle de l'égalité de traitement.

La structure du Règlement 1408/71 révèle déjà la ligne jaune que l'Union européenne ne peut pas franchir. Les aides sociales (ou celles relevant de l'assistance sociale) ne peuvent pas être régies, même sous couvert d'une application du principe d'égalité. Les États membres restent pleinement souverains dans ce domaine et l'Union se cantonne bel et bien à agir par le biais de mesures complémentaires ou recommandatives.

¹⁰⁹ Pour exemple, CJUE, 15 septembre 2022, *Rechtsanwaltskammer Wien*, aff. C-58/21, ECLI:EU:C:2022:691, pt. 61.

Définitivement, la compétence européenne en matière de sécurité sociale demeure étrangère au régime lié aux aides sociales.

La Cour de justice a toutefois réussi à atténuer – partiellement – cette limite. À l’issue d’un arrêt *Frilli*¹¹⁰, le juge explicite la notion de “prestation de sécurité sociale” visée par le Règlement 1408/71. Compte tenu de la finalité et des conditions d’octroi, une prestation pourra ou non être rattachée à la “sécurité sociale” et pas à “l’assistance sociale”¹¹¹. Cependant, la Cour constate que cette dichotomie entre “sécurité” et “assistance” sociales est illusoire : il est fréquent qu’une même prestation emprunte de manière indissociable à des logiques de sécurité et d’assistance sociale. Face à une prestation “mixte” ou “hybride”, la Cour fait le choix de les inclure dans le champ d’application du Règlement¹¹² : ce n’est que si la prestation est *exclusivement* rattachable à l’assistance sociale qu’elle sort de ce champ d’application.

À l’évidence, cette jurisprudence a été contournée par le législateur européen. Par un Règlement 1247/92¹¹³, apportant une modification du Règlement 1408/71, la notion – phare – de « prestations spéciales en espèces à caractère non contributif » (ou SNCB¹¹⁴) est introduite. En substance, il s’agit de cibler ces prestations “mixtes” ou “hybrides” pour en préciser la portée¹¹⁵. Le constat est que, avec ce Règlement de 1992, « *le changement est important puisque le risque “pauvreté” est exclu du domaine de coordination. Or c’est bel et bien de ce risque qu’il s’agit, avec les prestations spéciales en espèces à caractère non contributif, destinées à garantir un niveau minimum de subsistance* »¹¹⁶. Cette modification est entérinée dans le Règlement 883/2004, avec ses articles 3 et 70. De manière plus générale, « *les prestations couvrant le risque de pauvreté, même si elles sont non contributives et sont une catégorie d’aide sociale (qui n’est pas exclue de la sécurité sociale), ne relèvent clairement pas du champ d’application de 883/2004 : la raison tient en ce que les “branches” de la sécurité sociale délimitant ce champ d’application, prévues à l’art. 3§1 du Règlement, ne font pas mention de la pauvreté ou de l’exclusion sociale* »¹¹⁷.

Le seul avantage de cette évolution des dispositifs de coordination de la sécurité sociale est de profiter à toute personne, indépendamment de son statut ou de son lien familial avec un travailleur. Le Règlement 883/2004 tend à s’appliquer à toutes « *les personnes qui se déplacent à l’intérieur [de l’Union]* ». Cela explique notamment pourquoi les bases juridiques dudit Règlement sont l’article 42 (actuel article 48 TFUE) sur la libre

¹¹⁰ CJCE, 22 juin 1972, *Frilli*, aff. 1/72, ECLI:EU:C:1972:56, pt. 14 et suivants.

¹¹¹ Pour plus de précisions, voir I. OMARJEE, *Manuel de droit européen de la protection sociale*, *op. cit.* : pour constituer une “aide sociale”, la prestation est attribuée « *entièrement sur l’appréciation individuelle du besoin et peut donc en opportunité être ou non accordée (...). À l’inverse, lorsque la prestation est accordée en fonction d’une “position légalement définie”, il s’agit d’une prestation de sécurité sociale* » (pp. 207-208). L’auteur précise qu’« *au-delà de ce critère d’attribution en opportunité, les prestations d’assistance sociale sont destinées à pallier une faiblesse de ressources et à subvenir aux besoins des bénéficiaires. En outre, contrairement aux prestations spéciales non contributives, elles ne reposent pas sur le mode de financement, celui-ci n’étant pas un critère de qualification. Autrement dit, une prestation pourra être qualifiée d’assistance sociale alors même que des cotisations contribuent à son financement. À l’inverse, une prestation financée par l’impôt sans recours à des cotisations pourra être incluse dans le champ de la coordination (...)* » (p. 208).

¹¹² P. MAVRIDIS, « Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites », *op. cit.*, p. 140.

¹¹³ Règlement (CEE) n° 1247/92 du Conseil, du 30 avril 1992, modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l’application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l’intérieur de la Communauté (JOCE 1992, L 136, p. 1).

¹¹⁴ Voir not. J-P. LHERNOULD, « L’Union européenne et ses pauvres », *op. cit.*

¹¹⁵ Pour des précisions sur son interprétation, voir not. CJCE, 24 avril 2004, *Skalka*, aff. C-160/02, ECLI:EU:C:2004:269.

¹¹⁶ P. MAVRIDIS, « Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites », *op. cit.*, p. 141.

¹¹⁷ I. OMARJEE, *Manuel de droit européen de la protection sociale*, *op. cit.*, p. 199.

circulation des travailleurs et l'article 308 (actuel article 352 TFUE), qui constitue la clause de flexibilité. Cette dernière disposition est effectivement nécessaire pour étendre le champ d'application du Règlement aux personnes n'ayant aucun lien avec le statut de travailleur. Un autre atout de cet élargissement est que, précisément pour les travailleurs, des règles spécifiques peuvent s'appliquer. Une fois encore, parce qu'il s'agit de travailleurs et donc de personnes actives économiquement, le droit de l'Union et la Cour de justice¹¹⁸ ont pu renforcer la protection sociale du travailleur, y compris contre le risque de pauvreté. Certes, il ne peut s'agir d'aides sociales *stricto sensu*, mais l'actuel Règlement 492/2011¹¹⁹ mentionne à son article 7 que « le travailleur ressortissant d'un État membre (...) bénéficie des mêmes **avantages sociaux** et fiscaux que les travailleurs nationaux »¹²⁰. Dès lors, « la notion d'avantage social permet aussi de compenser l'inapplicabilité du règlement n° 883/2004 »¹²¹.

Il y a un dernier élément – non des moindres – à évoquer et qui fragilise considérablement la capacité du Règlement 883/2004, déjà assez réduite pour les raisons indiquées, à lutter contre la pauvreté. Nous rappelons que la principale avancée du Règlement de 2004 vis-à-vis de celui de 1971 est de profiter à toute personne usant de la libre circulation, sans qu'elle soit un travailleur ou un membre de la famille d'un travailleur. Dès lors, quiconque se déplace sur le territoire d'un autre État membre peut avoir droit aux prestations de sécurités sociales et aux prestations spéciales en espèces à caractère non contributif. Le Règlement 883/2004 ne prévoit aucune autre exigence spécifique, liée notamment à la régularité du séjour de la personne sur le territoire de l'État membre.

Cependant, face à un "risque de tourisme social", un contentieux a émergé devant la Cour de justice, l'amenant à établir un lien entre l'applicabilité du Règlement 883/2004 concernant les prestations spéciales en espèces à caractère non contributif d'une part et les conditions de circulation et de séjour des citoyens prévues par la Directive 2004/38 d'autre part. En clair, le bénéfice de la protection sociale nationale, telle qu'encadrée par le Règlement 883/2004, n'est admis que si la personne remplit les conditions de séjour de la Directive 2004/38. De prime abord, cette association n'est pas étonnante ou problématique, surtout si le séjour est inférieur à 3 mois. Toutefois, dans le cas contraire, l'article 7 impose au citoyen de disposer « de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil ». Comme le souligne plusieurs auteurs de doctrine, alors même que, « chose importante, [le] Règlement ne pose pas des conditions de séjour légal », les prestations spéciales de sécurité sociale (même non contributives) ont été incluses « dans le champ de la Directive » ce qui a eu « des conséquences significatives »¹²² sur l'esprit et l'équilibre du Règlement.

¹¹⁸ Pour exemple, voir CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458.

¹¹⁹ Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union (JOUE 2011, L 141, p. 1).

¹²⁰ Pour une interprétation de cette notion « d'avantages sociaux », voir CJUE, 15 juin 2023, *Thermalhotel Fontana*, aff. C-411/22, ECLI:EU:C:2023:490, cette notion couvre « tous les avantages, liés ou non à un contrat d'emploi, qui sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison principalement de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres États membres apparaît dès lors comme apte à faciliter leur mobilité à l'intérieur de l'Union et, partant, leur intégration dans l'État membre d'accueil et la référence faite par cette disposition aux avantages sociaux ne saurait être interprétée limitativement » (pt. 35).

¹²¹ I. OMARJEE, *Manuel de droit européen de la protection sociale*, op. cit., p. 209. Voir également CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217 ;

¹²² P. MAVRIDIS, « Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites », op. cit., p. 152.

Le lien est finalement fait par la Cour de justice. Dans un arrêt *Brey*¹²³, elle ne discute pas la compatibilité d'une réglementation nationale conditionnant l'octroi de la prestation à la légalité de son séjour, y compris au titre de la Directive 2004/38. Elle indique notamment que « rien ne s'oppose, en principe, à ce que l'octroi de prestations sociales à des citoyens de l'Union économiquement non actifs soit subordonné à l'exigence que ceux-ci remplissent les conditions pour disposer d'un droit de séjour légal dans l'État membre d'accueil »¹²⁴. Ceci peut donc impliquer que, si la personne n'est pas un travailleur¹²⁵, elle doit disposer de ressources suffisantes pour pouvoir bénéficier de la protection sociale nationale¹²⁶. Cette solution est confirmée par la suite dans l'arrêt *Dano*¹²⁷ et *García-Nieto e.a.*¹²⁸.

Ces jurisprudences apparaissent ainsi totalement à rebours d'une volonté de lutte contre la pauvreté. Même s'il ne s'agit que d'accompagner les systèmes de protection sociale existants, d'en faire bénéficier des citoyens européens inactifs économiquement, cette voie n'est pas empruntée par l'Union. Certaines prestations, bien qu'elles n'aient pas pour objet immédiat de lutter contre la pauvreté, peuvent être refusées aux citoyens "pauvres", aggravant le phénomène de pauvreté à l'échelle de l'Union européenne. À propos d'un arrêt *Commission c. Royaume-Uni* relatif à l'octroi d'allocations familiales¹²⁹, dans la continuité de la jurisprudence *Brey*, E. PATAUT ne peut s'empêcher de souligner le paradoxe ou le "sophisme" assez inique présent dans les arrêts de la Cour. En effet, « l'objet même des allocations familiales est de garantir des ressources minimales à une famille. En priver certaines au motif de l'inexistence de ressources, c'est en réalité empêcher purement et simplement l'application de la loi pourtant applicable lorsque le bénéficiaire est ressortissant d'un autre État membre »¹³⁰. Il poursuit en ce qu'« en décidant (...) d'accepter qu'un État subordonne le versement de prestations de sécurité sociale à la régularité du séjour, la Cour de justice nous semble gravement régresser dans le mécanisme même de coordination des régimes de sécurité sociale »¹³¹. La position de la Cour sur ce point ne semble pas, entre-temps, avoir évolué¹³². Au bout du compte et en l'état des choses, il ne faut pas fonder des attentes sur la politique de sécurité sociale de l'Union européenne en matière de lutte contre la pauvreté.

2. Les distances pour accorder une protection sociale du citoyen européen face à la pauvreté

Ces observations sur la politique sociale de l'Union, qui minimisent, voire vont à contre-courant d'actions en faveur de la lutte contre la pauvreté, manifestent en réalité un symptôme des problèmes relatifs au rapport entre l'Union et les personnes inactives économiquement. Le citoyen européen ne dispose ainsi d'aucune réelle protection contre la pauvreté qui soit apportée par le droit de l'Union¹³³. Le fait que la pauvreté –

¹²³ CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, aff. C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565.

¹²⁴ *Ibid.*, pt. 44.

¹²⁵ Pour un raisonnement différent *précisément parce qu'un travailleur* est concerné, voir CJUE, 6 octobre 2020, *Jobcenter Krefeld*, aff. C-181/19, ECLI:EU:C:2020:794.

¹²⁶ *Ibid.*, pt. 47.

¹²⁷ CJUE, 11 septembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358.

¹²⁸ CJUE, 25 février 2014, *García-Nieto e.a.*, aff. C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114.

¹²⁹ CJUE, 14 juin 2016, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-308/14, ECLI:EU:C:2016:436.

¹³⁰ E. PATAUT, « Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation : remarques sur les frontières de la solidarité en Europe », *op. cit.*, p. 187.

¹³¹ *Ibid.*, pt. 197.

¹³² Voir CJUE, 1 août 2022, *Familienkasse Niedersachsen-Bremen*, aff. C-411/20, ECLI:EU:C:2022:602.

¹³³ S. GANTY, *L'intégration des citoyens européens et des ressortissants de pays tiers en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* : si l'auteur met en évidence les apports de la MOC sociale en matière de pauvreté, elle note qu'« il n'en

et donc l'incapacité ou la grande difficulté à être économiquement actif au sein de l'Union – soit au cœur du statut du citoyen européen constitue une sorte de cercle vicieux¹³⁴. S. GANTY explique ce problème *essentiel* du droit de l'Union en ce que « *une grande majorité des citoyens européens actifs mobiles ont un niveau d'éducation moyen ou élevé. Ce sont donc les privilégiés qui useront de leur liberté de circulation et, le cas échéant, bénéficieront des droits sociaux dans les États membres d'accueil* »¹³⁵, ce qui ne peut pas être le cas des citoyens "pauvres". Le droit de l'Union, bien malgré lui, institue une dichotomie entre ces deux catégories de citoyens : « *d'une part, les citoyens qui ne peuvent pas bénéficier des droits attachés à leur statut en raison de leur situation économique et, d'autre part (...), une classe transnationale au statut légal particulier impliquant que les citoyens qui en font partie sont légalement séparés ou différenciés des autres européens et sont privilégiés* »¹³⁶. Le constat est alors amer : tandis que les citoyens "non-pauvres" peuvent jouir des droits et libertés apportés par le droit de l'Union, les « *citoyens de "seconde zone" sont relégués aux mesures de lutte contre l'exclusion sociale, compétence nationale* »¹³⁷. En clair, le droit national s'occupe de lutter contre la pauvreté tandis que le droit de l'Union se préoccupe seulement des "non-pauvres".

Cette forme de "mise à l'écart" du citoyen-pauvre n'est jamais manifeste, mais elle transparait sans mal avec une lecture plus attentive des dispositifs européens. La Directive 2004/38 en est l'un des exemples les plus connus et emblématiques¹³⁸. Nous avons déjà largement évoqué la condition de ressources suffisantes pour la légalité d'un séjour supérieur à 3 mois. Cependant, il ne faudrait pas occulter d'autres dispositions qui vont dans le même sens. Tel est le cas de l'article 24. Son paragraphe 1 consacre le principe d'égalité du citoyen européen vis-à-vis des ressortissants nationaux lorsqu'il séjourne régulièrement sur le territoire d'un État membre. Son paragraphe 2 introduit très vite une dérogation à ce principe : « *l'État membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder le droit à une prestation d'assistance sociale pendant les trois premiers mois de séjour ou, le cas échéant, pendant la période plus longue prévue à l'article 14, paragraphe 4, point b), ni tenu, avant l'acquisition du droit de séjour permanent, d'octroyer des aides d'entretien aux études, y compris pour la formation professionnelle, sous la forme de bourses d'études ou de prêts, à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non-salariés, les personnes qui gardent ce statut, ou les membres de leur famille* ». Il s'agit ainsi d'exclure des aides susceptibles de lutter contre la pauvreté. L'article 14 évoqué dans cette citation prévoit justement que le séjour inférieur à 3 mois peut être refusé par un État membre si le citoyen constitue « *une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale* ». Les conséquences sont plus importantes puisque, en substance, l'État d'accueil peut s'épargner de la responsabilité de sortir ce citoyen de la pauvreté.

Ces différents propos marquent le paradoxe du droit de l'Union dans la lutte contre la pauvreté. Ces garanties apportées aux États membres, de manière à ce qu'ils puissent refuser ou minimiser leur action en faveur de "citoyens européens pauvres", sont d'une

demeure pas moins que, le fait que ces politiques sociales ne prennent pas en compte la question de l'effectivité des droits des citoyens défavorisés reconnus dans le TFUE notamment est révélateur d'une citoyenneté et d'une vision de l'intégration différentes selon les publics envisagés » (p. 194).

¹³⁴ Pour un contre-exemple, précisément parce que le citoyen est un minimum économiquement actif, voir CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, ECLI:EU:C:2002:432.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 189.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 191.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 195.

¹³⁸ Voir le décalage avec la jurisprudence antérieure ; pour exemple, CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, ECLI:EU:C:2004:488, pt. 40.

certaine manière compréhensibles et nécessaires¹³⁹. Il ne faudrait pas qu'un seul ou que certains États membres supportent de manière disproportionnée la charge de lutter contre la pauvreté à l'échelle de l'Union européenne. C'est bien parce qu'il n'existe pas de véritable politique européenne de lutte contre la pauvreté, qui tendrait à harmoniser ou à équilibrer les responsabilités des États membres, que ces garde-fous sont prévus. Si tel était le cas, si une coordination des régimes d'assistance sociale était instituée, toutes ces mesures défavorables au citoyen-pauvre seraient sans objet. L'argument purement *juridique* selon lequel l'Union n'a pas de compétence pour y parvenir ne tient pas, comme nous l'avons indiqué. L'inclusion claire d'une dimension sociale au statut du citoyen européen, qui ne peut pas dépendre de sa situation économique, serait une voie plausible pour lutter contre la pauvreté. À l'évidence, pour des raisons politiques, cette option n'est pas à l'ordre du jour et marque les insuffisances de l'action européenne relative à la pauvreté pour être qualifiée de "politique".

L'étude de la portée juridique de l'article 34 de la Charte, et notamment son paragraphe 3, illustre cette incapacité de l'Union pour octroyer une protection sociale aux individus¹⁴⁰. La disposition tend pourtant à consolider la valeur juridique de droits reconnus dans la Charte communautaire des droits sociaux et dans la Charte sociale européenne, comme les *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux* l'indiquent. Les trois paragraphes ciblent les prestations de sécurité sociale, les services sociaux, les avantages sociaux et – surtout – l'aide sociale et l'aide au logement, principalement pour ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes. Ces différents éléments permettent d'englober les principales dimensions de la pauvreté, que ce soit directement dans le paragraphe 3 ou plus indirectement dans les paragraphes 1 et 2. Cela étant, en l'état de la jurisprudence, cette disposition ne contribue presque pas à renforcer la protection sociale des individus. Même lorsque l'article 34 est mentionné ou invoqué devant la Cour de justice ou un juge, il n'aura qu'une incidence limitée sur l'issue du litige.

Certes, comme nous l'avons indiqué, l'article 34 consacre des "principes" et non des "droits", selon la distinction établie à l'article 52§5 de la Charte. Les principes ne sont pris en compte qu'à la lumière d'un texte de droit dérivé censé les concrétiser ou s'y conformer. Dans un arrêt *Kamberaj*¹⁴¹, par exemple, l'article 34 de la Charte est invoqué afin d'interpréter une disposition de la Directive 2003/109 sur le séjour de longue durée des ressortissants étrangers. En substance, l'article 11§1 de cette directive établit l'égalité de traitement entre les résidents nationaux et les ressortissants étrangers séjournant légalement sur le territoire pour la « *sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale telles qu'elles sont définies par la législation nationale* ». L'article 11§4 prévoit une dérogation à cette égalité pour les prestations "non-essentiels". La question est ainsi de déterminer ce qui constitue une prestation "essentielle" ou non, afin de dire si le ressortissant étranger peut y avoir droit ou non dans les mêmes conditions qu'un ressortissant national. La Cour de justice considère que, pour rester conforme à l'article 34 de la Charte et « *dans la mesure où l'aide en cause au principal remplit la finalité énoncée par ledit article de la Charte, elle ne saurait être considérée, en droit de l'Union, comme ne faisant pas partie des prestations*

¹³⁹ Pour une vision plus terne, voir E. AUBIN, « Citoyen européen mendiant en France : ne circulez plus, il n'y a plus rien à voir », *AJDA* 2015, p. 64.

¹⁴⁰ L'article 1^{er} de la Charte, relatif à la dignité, pourrait aussi être évoqué. Dans des conclusions, l'avocat général P. MENGOLZI (CJUE, 26 mars 2015, *Fenoll*, aff. C-316/13, ECLI:EU:C:2014:1753) évoquait par exemple la « *dignité sociale* » des personnes (pt. 46), afin d'interpréter plus largement des dispositifs européens de manière à accroître la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale.

¹⁴¹ CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233.

essentiels »¹⁴². De manière très limitée, l'article 34 a ainsi permis à un dispositif européen de protéger davantage un individu contre un risque de pauvreté.

Ce dernier exemple nous paraît toutefois peu représentatif de la jurisprudence. Dans un arrêt *Land Oberösterreich (Aide au logement)*¹⁴³, la Cour de justice semble légèrement édulcorer sa position sur la Directive 2003/109. À propos d'une aide au logement, elle indique que cette aide « **semble** ainsi constituer une prestation contribuant à lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, destinée à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, telle que visée à l'article 34, paragraphe 3, de la Charte »¹⁴⁴ et qu'elle « **paraît** être de nature à constituer une "prestation essentielle" »¹⁴⁵ au sens de la Directive. La prudence – étonnante à nos yeux – de la Cour se confirme dans le renvoi au juge national de vérifier si tel est bien le cas¹⁴⁶. Cependant, la position la plus controversée et décriée¹⁴⁷ vis-à-vis de l'article 34 de la Charte est certainement issue de l'arrêt *Dano*¹⁴⁸. À cette occasion, la Cour de justice confirme la possibilité pour un État membre de conditionner l'octroi des prestations visées dans le Règlement 883/2004 pour un citoyen européen à la régularité de son séjour, telle que règlementée par la Directive 2004/38. L'une des questions était de savoir si la Charte¹⁴⁹ n'imposait pas, malgré tout, une limite à cette conditionnalité, principalement pour les prestations spéciales en espèces à caractère non contributif. En clair, l'État peut-il librement s'abstenir de toute assistance face à un risque de pauvreté, y compris vis-à-vis d'un individu sans travail et n'ayant logiquement pas les moyens suffisants pour séjourner sur le territoire national ?

La Cour de justice préfère « cavalièrement »¹⁵⁰ éviter la question en considérant qu'« en fixant les conditions et l'étendue de l'octroi des prestations spéciales en espèces à caractère non contributif, les États membres ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union ». Autrement dit, au titre de l'article 51§1 de la Charte, celle-ci est inapplicable. La comparaison avec l'arrêt *Åkerberg Fransson*¹⁵¹ sur le champ d'application de la Charte marque davantage les brèches dans la capacité de la Charte, et notamment son article 34, à accorder une protection sociale aux individus aptes – en partie – à lutter contre la pauvreté. Pour D. DUMONT, « la Cour semble osciller entre des acceptions très extensives du champ d'application de la Charte, dans la ligne de son arrêt *Åkerberg Fransson*, et des mouvements de rétropédalage par lesquels elle laisse entendre que le simple "voisinage" d'une mesure nationale avec un texte européen ne suffit pas à le faire tomber dans l'orbite du droit de l'Union, de sorte que l'on peine à y voir clair »¹⁵². Dans l'arrêt *Dano*, son « appréciation laisse perplexe, dans la mesure où la définition par chaque État du cercle des bénéficiaires

¹⁴² *Ibid.*, pt. 92. Plus précisément, sont des prestations "essentiels" celle qui « contribuent à permettre à l'individu de faire face à ses besoins élémentaires tels que la nourriture, le logement et la santé » (pt. 91).

¹⁴³ CJUE, 10 juin 2021, *Land Oberösterreich (Aide au logement)*, aff. C-94/20, ECLI:EU:C:2021:477.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pt. 42.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*, pt. 43.

¹⁴⁷ Pour exemple, voir P. RODIERE, « Quel droit de circulation en Europe pour les personnes inactives et démunies ? », *JDE*, 2015, p. 146 ; P. MORVAN et E. PATAUT, « Refuser la protection sociale aux citoyens européens sans travail ? », *RDT*, 2015, p. 158 ; S. BARBOU DES PLACES, « La cohérence du droit de la libre circulation des personnes à l'épreuve de la mobilité des indigents », *RTDE*, 2015, p.

¹⁴⁸ CJUE, *Dano*, aff. C-333/13 préc.

¹⁴⁹ Le juge à l'origine du renvoi préjudiciel vise les articles 1^{er}, 20 et 51 de la Charte mais, de l'avis de commentateurs, l'article 34 aurait également pu être mobilisé.

¹⁵⁰ P. RODIERE, « Quel droit de circulation en Europe pour les personnes inactives et démunies ? », *op. cit.*

¹⁵¹ CJUE, 7 mai 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

¹⁵² D. DUMONT, « Article 34. Sécurité sociale et aide sociale », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 911, spéc. p. 930.

des prestations et avantages sociaux couverts par les règlements européens en matière de libre circulation doit se conformer à ceux-ci, de sorte que les législations nationales en la matière s'inscrivent à l'évidence dans le domaine du droit européen »¹⁵³. L'accumulation de tous ces éléments ne peut que laisser très dubitatif sur la capacité de l'Union européenne à mener une véritable politique de lutte contre la pauvreté vis-à-vis des personnes économiquement inactives.

B. L'aporie de la gouvernance économique comme moyen de lutte contre la pauvreté

S'il fallait à ce stade proposer un bilan provisoire de l'état de l'action européenne de lutte contre la pauvreté, le constat serait que celle-ci échoue à s'afficher comme une réelle "politique européenne" principalement compte tenu des faiblesses et lacunes dans le droit positif. Autrement dit, les dispositifs européens qui permettent ou permettraient d'imposer des devoirs aux États membres de réduction de la pauvreté ou d'attribuer des droits au profit des individus pour sortir ou éviter de tomber dans la pauvreté sont incomplets, insuffisants ou encore inexistants. Presque comme un leitmotiv dans cette étude, l'explication à cet état du droit tient dans la compétence réduite de l'Union pour agir *elle-même*, sans avoir à dépendre des États membres. Rappelons par exemple que même la lutte contre l'exclusion sociale, reconnue à l'article 153§1, j) TFUE ne peut pas fonder l'adoption d'une directive européenne comme cela est possible pour d'autres objectifs selon l'article 153§2 TFUE.

Pour une raison ou une autre, l'action européenne en matière de lutte contre la pauvreté ne peut inexorablement être qu'accessoire et complémentaire à celle des États membres. La MOC, en dépit de nos réserves et des limites de cette méthode, s'impose à nouveau comme le moyen incontournable pour agir en matière de pauvreté à l'échelle de l'Union. La politique européenne reposerait alors sur une "pression" politique *significantive* sur les États membres, qui se verraient assigner des objectifs ambitieux, des programmes d'action méticuleux et très dirigiste, etc. En somme, l'Union se limiterait principalement à édicter des actes de *soft law* visant, dans la forme, à coordonner, accompagner, compléter l'action des États membres. Cependant, ces actes véhiculeraient une forme de contrainte cachée sur les autorités nationales pour les pousser à agir.

Le moyen le plus efficace pour parvenir à cette solution est sans nul doute l'inclusion de la MOC sociale, et donc des mesures et plans de lutte contre la pauvreté, au sein de la gouvernance économique européenne. Au titre des articles 120 et suivants du TFUE, les politiques économiques des États membres doivent être coordonnées au sein de l'Union européenne. Ce cadre du *semestre européen* désigne le processus par lequel les États membres dialoguent entre eux et avec la Commission européenne pour arrêter, prendre en compte et identifier les objectifs prioritaires en matière économique et budgétaire¹⁵⁴. L'interdépendance évidente entre les politiques économiques et budgétaires des États membres et leur capacité à déployer les fonds et investissements nécessaires pour lutter contre la pauvreté suggère que le semestre européen est le cadre parfait pour consolider l'action européenne. Cette inclusion, qui se confirme encore aujourd'hui avec le Socle européen des droits sociaux, n'est pas sans présenter des risques pour l'efficacité de la lutte contre la pauvreté (1.). Force est d'admettre que, rétrospectivement, il demeure une persistante incompatibilité entre les objectifs

¹⁵³ *Ibid.*, p. 931.

¹⁵⁴ Voir Règlement 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques (*JOCE* 1997, L 209, p. 1), art. 2 -*bis* et suivants.

économiques européens et l'objectif de lutte contre la pauvreté, les premiers primant, voire entravant, le second (2).

1. L'inclusion risquée de la lutte contre la pauvreté dans le semestre européen

Affirmer que la lutte contre la pauvreté a été intégrée au sein de la gouvernance économique européenne est légèrement caricatural. Il serait plus judicieux d'évoquer l'adjonction progressive d'un volet *social* au semestre européen et aux mesures de coordination des politiques économiques. Dès 1997, suite au traité d'Amsterdam, ce volet *social* se traduit dans la Stratégie européenne pour l'emploi (SEE). C'est elle qui, à partir de 2005, est retranscrite et répliquée dans des lignes directrices et au sein des grandes orientations de politique économique¹⁵⁵. À la suite de la crise financière de 2008, il est décidé de fusionner les différentes stratégies européennes au sein du programme « Europe 2020 » – déjà évoqué. Dès lors, à l'occasion du semestre européen, une pluralité de sujets doit être étudiée dans le cadre de la coordination des politiques économiques et budgétaires. L'inclusion de la lutte contre la pauvreté, qui est une composante du programme « Europe 2020 », dans le semestre européen est incidemment, mais réellement effective dès ce moment. À l'heure actuelle, avec le Socle européen des droits sociaux et le Plan de relance, le semestre européen continue de comprendre une dimension sociale qui inclut – en partie – la lutte contre la pauvreté.

Cette alliance, voire « *fusion* »¹⁵⁶, des mesures à visée sociale au sein des mécanismes de coordination économique et budgétaire constitue de prime abord une bonne idée. Le phénomène de la pauvreté est multidimensionnel, relève selon les traités de la responsabilité des États membres et implique évidemment des choix et décisions de politiques économiques et budgétaires. La détermination de financements en faveur de logements sociaux, des montants et conditions des aides sociales, des soutiens en faveur des jeunes, personnes âgées ou vulnérables, revient en propre à chaque État membre lorsqu'il arrête son budget. Le semestre européen est précisément le cadre permettant à l'Union européenne, par le Conseil et sur proposition de la Commission, d'exprimer des observations et de suggérer des orientations spécifiques aux États membres. Si ces derniers restent juridiquement souverains pour suivre ou non, en totalité ou partie, les recommandations exprimées dans le cadre du semestre européen, ils doivent malgré tout « [tenir] *dûment compte des orientations qui leur sont transmises pour l'élaboration de leurs politiques économiques, de l'emploi et budgétaires avant toute prise de décision majeure concernant leurs budgets nationaux pour les années à venir* »¹⁵⁷. Ajoutons également que, par l'intermédiaire du Mécanisme européen de Stabilité (MES) ou encore du Plan de relance, l'octroi de fonds européens peut être conditionné au respect de programme macroéconomique. Cette conditionnalité, comme le souligne L. FROMONT, permet ainsi à l'Union « *d'exercer une influence sans précédent sur les politiques économiques, budgétaires et sociales des États membres sous programme* »¹⁵⁸.

Le cadre de la gouvernance économique semble ainsi idéal. D'une part, l'Union dispose de données, d'informations, d'une expertise très avancée pour comprendre et appréhender le phénomène de la pauvreté grâce à la MOC mise en œuvre. Elle peut ainsi cerner les enjeux prioritaires propres à la situation de chaque État membre pour

¹⁵⁵ Voir K. CHATZILAOU, « La dimension sociale de la gouvernance économique européenne », *op. cit.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Article 2 -bis, §3 du Règlement 1466/97 préc.

¹⁵⁸ L. FROMONT, *La gouvernance économique européenne*, *op. cit.*, p. 172.

suggérer des recommandations ciblées de lutte contre la pauvreté¹⁵⁹. D'autre part, le semestre européen lui offre un cadre procéduralisé et périodique dans lequel ces recommandations peuvent être exprimées à la lumière des intentions et projets de politique économique et budgétaire de chaque État membre. En somme, bien que l'Union soit limitée juridiquement pour agir, le semestre européen lui permet de "viser juste" lorsqu'il s'agit de lutter contre la pauvreté.

Cette présentation néglige un risque important, que plusieurs auteurs mettent régulièrement en évidence. En incluant la lutte contre la pauvreté au sein des politiques économiques, le danger est de diluer¹⁶⁰, voire de noyer, cet objectif. Plus précisément même, il ne faudrait pas qu'« une hiérarchisation entre les objectifs budgétaires et économiques, d'une part, et les objectifs sociaux, d'autre part »¹⁶¹ soit à l'œuvre. Force est d'admettre que, dans la lettre du traité et depuis les années 2000, les objectifs économiques et budgétaires véhiculés par le droit de l'Union apparaissent en décalage, si ce n'est contradictoires, avec la nécessité de lutter contre la pauvreté. Des prix stables, des finances publiques et des conditions monétaires saines ainsi qu'une balance des paiements stables – pour paraphraser l'article 119 TFUE – sont affichés comme des objectifs "prioritaires"¹⁶² ou paradigmatiques pour l'Union européenne¹⁶³. Les recommandations émises dans le cadre du semestre européen et visant à la lutte contre la pauvreté seront – selon toute vraisemblance – biaisées. Comme le résume L. FROMONT, « l'intégration des questions sociales se fait nécessairement dans un cadre procédural et institutionnel destiné à des objectifs économiques et monétaires [et] le déplacement de l'Europe sociale pourrait ainsi conduire à assujettir la politique sociale aux politiques budgétaires et économiques ». Dès lors, « la priorisation [des objectifs économiques] ne doit pas conduire à envisager les objectifs sociaux uniquement, ou à tout le moins principalement, sous l'angle des seconds »¹⁶⁴. À tout le moins, à la lecture des « orientations développées dans le cadre de la MOC sociale (...), [il y aurait] une influence croissante de l'économie sur le social »¹⁶⁵.

La question tient à la réalité d'un tel risque. J. DAMON, en 2010, affirmait que, en matière de pauvreté, « le social a longtemps été totalement subordonné à l'économie »¹⁶⁶. Une telle assertion est-elle pertinente ? En un sens, ce prisme économique, avec toutes les déformations qu'il peut apporter, n'est pas nécessairement une tare. La rhétorique selon laquelle une économie stable et solide est indispensable pour déployer des politiques efficaces et ambitieuses de lutte contre la pauvreté n'est pas absurde. Elle est surtout omniprésente dans le droit de l'Union. La recommandation du Conseil du 30 janvier 2023 relative à un revenu minimum adéquat pour garantir une inclusion active l'illustre sans mal. Faisant référence au programme de développement durable à l'horizon 2030 de l'ONU, le Conseil indique que « la croissance économique durable doit aller de pair avec l'élimination complète de la pauvreté et d'autres privations, la réduction des inégalités et l'amélioration

¹⁵⁹ De manière plus générale sur cette "rationalisation" des recommandations émises à l'occasion du semestre européen, voir L. FROMONT, *La gouvernance économique européenne*, Bruylant, 2022, p. 215.

¹⁶⁰ K. CHATZILAOU, « La dimension sociale de la gouvernance économique européenne », *op. cit.*

¹⁶¹ L. FROMONT, *La gouvernance économique européenne*, *op. cit.*, p. 235.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Pour ce qui est de la concurrence, voir L. DRIGUEZ, « Les institutions de protection sociale face au droit de la concurrence : confirmations ou inflexions ? », *RDSS*, 2010, p. 1048.

¹⁶⁴ L. FROMONT, *La gouvernance économique européenne*, *op. cit.*, p. 235.

¹⁶⁵ I. OMARJEE, *Manuel de droit européen de la protection sociale*, *op. cit.*, p. 336.

¹⁶⁶ J. DAMON, *Éliminer la pauvreté*, *op. cit.*, p. 89.

de l'accès aux soins de santé, à l'éducation et à l'emploi »¹⁶⁷. Qui plus est, « les emplois durables et de qualité sont les meilleurs remèdes contre la pauvreté et l'exclusion sociale. Dans le même temps, assurer la présence d'un plus grand nombre de personnes sur le marché du travail contribue à financer les systèmes de protection sociale et renforce leur viabilité financière, ce qui contribue à l'équité intergénérationnelle et favorise la cohésion sociale. Afin d'augmenter les niveaux d'emploi, il est primordial d'aider les personnes à réussir leur transition sur le marché du travail »¹⁶⁸. Le risque d'effacement des mesures de lutte contre la pauvreté face aux objectifs économiques n'est donc pas *ipso facto* inexorable.

2. L'inaltérable incompatibilité entre les objectifs économiques de l'Union et la lutte contre la pauvreté

En dépit de nos propos précédents, qui tentent de relativiser l'existence d'un risque lié à l'inclusion de la lutte contre la pauvreté dans la coordination des politiques économiques, force est d'admettre que des problèmes sont bel et bien présents. Les atouts envisageables de cette inclusion que nous évoquions sont annihilés compte tenu à la fois d'une certaine primauté accordée aux objectifs économiques sur les objectifs sociaux et – surtout – sur l'orientation très libérale économiquement de ces objectifs économiques. La combinaison de ces deux caractéristiques rajoute une limite significative à l'efficacité et à l'intensité de l'action européenne en matière de pauvreté.

La doctrine se montre acerbe et amer lorsqu'il s'agit d'apprécier concrètement comment la lutte contre la pauvreté – et la prise en compte d'objectifs sociaux plus globalement – s'inscrit dans le semestre européen. En effet, le « mythe de la neutralité de la gouvernance économique européenne [et] idéologique du libéralisme »¹⁶⁹ s'estompe très clairement. Les orientations fixées en matière économique, budgétaire et d'emploi tendent toutes à réduire la part d'intervention de la puissance publique. Ceci passe par une réduction drastique des dépenses publiques, une « dérégulation » ou « flexibilisation » du marché du travail dirigée uniquement vers une baisse du chômage¹⁷⁰ et une discipline budgétaire – longtemps – très stricte. Par exemple, le MES a notamment été considéré comme compatible avec les traités par la Cour de justice, et notamment avec l'article 125 TFUE, seulement si l'assistance financière octroyée « s'avère indispensable pour préserver la stabilité financière de la zone euro dans son ensemble et qu'elle est subordonnée à des conditions strictes »¹⁷¹. Nul besoin de connaissances approfondies en sciences économiques pour comprendre que le déploiement de moyens financiers et budgétaires en faveur de la lutte contre la pauvreté s'accommode mal avec ces orientations ayant pour horizon une réduction et maîtrise de la dépense publique.

Sur la période allant de 2005 à 2015, la doctrine juge globalement que les objectifs sociaux sont écrasés face aux impératifs économiques. Que ce soit dans le cadre du MES ou du semestre européen, le constat est que « les réformes exigées en contrepartie de l'octroi de l'aide financière [ou recommandées dans la politique économique européenne],

¹⁶⁷ Recommandation du Conseil du 30 janvier 2023 relative à un revenu minimum adéquat pour garantir une inclusion active, préc., csd. 8.

¹⁶⁸ *Ibid.*, csd. 12.

¹⁶⁹ L. FROMONT, *La gouvernance économique européenne*, op. cit., p. 234.

¹⁷⁰ Voir K. CHATZILAOU, « La dimension sociale de la gouvernance économique européenne », op. cit. ; M.-A. MOREAU, « Regards croisés sur l'exercice des compétences sociales dans l'Union européenne », op. cit., pp. 43-44.

¹⁷¹ CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, aff. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, pt. 136.

ont entraîné des coupes massives dans le champ de la sécurité sociale au sein des pays concernés »¹⁷². Même concernant la stratégie en matière d'emploi, comme évoqué précédemment, les lignes directrices incitent à la « flexibilité » ou « flexisécurité » dans le marché du travail. Concrètement, « parmi les mesures recommandées figurent l'assouplissement des règles relatives au licenciement et à l'organisation du temps de travail et le renforcement de la négociation collective d'entreprise, pour "donner aux entreprises suffisamment de flexibilité afin d'adapter, au plan interne, les conditions de travail aux changements de l'environnement économique" »¹⁷³. Même si certaines ne négligent pas la protection devant être accordée aux femmes, aux jeunes ou aux personnes âgées, notamment pour l'accès à l'emploi, « les réformes recommandées par les institutions européennes revêtent essentiellement un caractère austéritaire et dérégulateur »¹⁷⁴. Dès lors, comme s'interroge I. OMARJEE, « appliquée à la protection sociale, [cette] flexibilité ne signifie-t-elle pas la conditionnalité des prestations notamment en matière d'indemnisation du chômage ou la prolongation de la vie professionnelle ? »¹⁷⁵. Partant, le risque qu'une situation de pauvreté affecte une personne et perdure pour elle paraît s'accroître avec ces orientations économiques.

À l'évidence, cette prédominance imposante des logiques (néo)libérales au sein de la gouvernance économique européenne a été jugée excessive. En un sens, la nécessité de pallier les conséquences de la crise financière de 2008 pouvait constituer un motif pour prioriser les objectifs économiques de stabilité financière sur ceux ayant une orientation plus sociale. En 2015, peu après la prise en fonction de la Commission JUNCKER, un « mouvement de socialisation »¹⁷⁶ du semestre européen, en particulier, et de la gouvernance économique en général, a été annoncé. Il ne s'agit plus de simplement inclure *formellement* des objectifs sociaux, mais bien de leur accorder une place moins secondaire, voire égale à celle des objectifs économiques. L. FROMONT détaille dans sa thèse ce processus¹⁷⁷ : prise de position en ce sens de la part des responsables de la Commission, accroissement des recommandations à visée sociale, adoption du Socle européen des droits sociaux, révision de la stratégie européenne pour l'emploi, etc. L'auteure considère que « malgré cette socialisation du Semestre européen, ses fondamentaux restent globalement les mêmes qu'avant 2014 : ses mots-clés sont croissance, compétitivité et soutenabilité »¹⁷⁸. Elle ajoute, dans un autre écrit, que « si la formulation des recommandations s'est socialisée [notamment depuis le Socle européen des droits sociaux] et ne recourt plus uniquement au lexique économique, la rationalité des recommandations demeure inchangée : si les inégalités affectant les groupes défavorisés dans l'accès à l'éducation, la formation et au marché du travail sont abordées, c'est parce qu'elles freinent la croissance, et non pour des raisons d'équité sociale »¹⁷⁹. Ce constat est partagé par K. CHATZILAOU : « Si ces évolutions doivent être saluées dans leur principe, l'on se demande dans quelle mesure elles entraînent un véritable changement d'orientation au sein du semestre européen. Tout d'abord, force est de constater que les recommandations centrées sur la discipline macro-économique et budgétaire demeurent omniprésentes (...). En définitive, la "socialisation" du semestre

¹⁷² D. DUMONT, « Article 34. Sécurité sociale et aide sociale », *op. cit.*, p. 915.

¹⁷³ K. CHATZILAOU, « La dimension sociale de la gouvernance économique européenne », *op. cit.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ I. OMARJEE, *Manuel de droit européen de la protection sociale*, *op. cit.*, p. 321.

¹⁷⁶ K. CHATZILAOU, « La dimension sociale de la gouvernance économique européenne », *op. cit.* ; L. FROMONT, *La gouvernance économique européenne*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁷⁷ L. FROMONT, *La gouvernance économique européenne*, *op. cit.*, pp. 243 et suivantes.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 244.

¹⁷⁹ L. FROMONT, « La nouvelle gouvernance économique européenne : vers une conception renouvelée de la solidarité ? », *op. cit.*, p. 209.

européen se résume à la consolidation de certaines analyses économiques diffusées au sein de la Commission européenne dès les années 1990, assortie d'un intérêt prudent pour les questions de la pauvreté et de l'exclusion sociale »¹⁸⁰. Au risque de tenir un propos trop pessimiste, le bilan à tirer de ce mouvement de "socialisation" du semestre européen est que la prédominance des objectifs économiques demeure et persiste à rester incompatible avec les objectifs sociaux, tels que la lutte contre la pauvreté.

Une fois encore, cette situation est confortée dans la jurisprudence. L'article 34 de la Charte aurait pu être invoqué pour contester, ou même édulcorer, cette domination de l'économique sur le social. À l'instar du contentieux relatif aux « prestations essentielles » définies par la Directive 2003/109, précédemment évoqué, les juges auraient pu atténuer le poids des « mesures austéritaires » de sorte qu'elles ne réduisent pas outre mesure le contenu essentiel de cet article. Cependant, difficile de ne pas adhérer à la remarque acerbe de D. DUMONT, pour qui « *au vu du texte, et surtout de l'état de la jurisprudence de la Cour de justice, il n'y a pour l'instant sans doute pas grand-chose à attendre de l'article 34, notamment face aux mesures d'austérités (...)* »¹⁸¹. En outre, ce même auteur souligne le « *flottement qui persiste quant à la justiciabilité au regard de la Charte des mesures financières d'austérité infligées aux États membres sous assistance financière dans le cadre du mécanisme européen de stabilité, dans la mesure où leur véhicule juridique est formellement situé en dehors du droit européen* »¹⁸².

Un arrêt *Sotiropoulou e.a.*¹⁸³ du Tribunal de l'Union confirme cette présentation. Le juge européen devait déterminer si l'adoption par le Conseil de mesures prises au titre des articles 126§6 et 136 TFUE, visant à imposer des réformes et une « *surveillance budgétaire[s]* »¹⁸⁴ à la Grèce, pouvait engager la responsabilité extracontractuelle de l'Union. Les requérants considèrent en effet que « *l'ensemble des réductions de pensions apparaît comme excessif et disproportionné, ne respectant pas le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et celles de la protection de leurs droits fondamentaux, consacrés aux articles 1^{er}, 25 et 34 de la charte des droits fondamentaux, à savoir leur droit à la dignité humaine et leur droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux* »¹⁸⁵. Sans surprise, le Tribunal n'adhère pas à ces éléments. Saisi d'un recours en indemnité au titre de l'article 268 TFUE, il devait déterminer si les décisions du Conseil révèlent « *une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers* »¹⁸⁶. Or, compte tenu du « *large pouvoir d'appréciation* »¹⁸⁷ dont dispose le Conseil dans ce domaine et du contexte économique et budgétaire, le Tribunal ne pouvait que conclure qu'« *il n'était pas manifestement injustifié de prévoir l'adoption de mesures d'économie concernant différentes dépenses, y compris celles liées au système des retraites* »¹⁸⁸ et que « *le Conseil n'a pas dépassé les limites de son large pouvoir d'appréciation* »¹⁸⁹. Si cette solution n'est pas discutable d'un point de vue

¹⁸⁰ K. CHATZILAOU, « La dimension sociale de la gouvernance économique européenne », *op. cit.*

¹⁸¹ D. DUMONT, « Article 34. Sécurité sociale et aide sociale », *op. cit.*, p. 918

¹⁸² *Ibid.*, p. 932.

¹⁸³ Tr.UE, 3 mai 2017, *Sotiropoulou e.a. c. Conseil*, aff. T-531/14, ECLI:EU:T:2017:297.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pt. 73.

¹⁸⁵ *Ibid.*, pt. 75.

¹⁸⁶ *Ibid.*, pt. 69.

¹⁸⁷ *Ibid.*, pt. 80.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pt. 86.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pt. 87.

contentieux, elle témoigne bien de la difficulté du juge européen¹⁹⁰ de tempérer l'incompatibilité entre les objectifs économiques et ceux sociaux, notamment tournés vers la lutte contre la pauvreté.

Peut-on parler d'une politique européenne en matière de lutte contre la pauvreté ? En gardant à l'esprit notre définition assez restrictive de ce qu'est une "politique européenne", la réponse est négative et sans appel pour nous. Si une action de l'Union européenne en ce domaine est indéniable, ancienne et parfois efficace, elle reste insuffisante pour s'imposer comme une véritable politique. Bien qu'elle reste fortement dépendante des États membres pour agir, l'Union européenne s'abstient d'employer des moyens efficaces pour accentuer la pression sur eux, voire pour les contraindre directement. Exploiter des bases juridiques existantes, conditionner davantage des soutiens financiers, atténuer le poids des objectifs économiques impactant les politiques sociales nationales ou encore accroître la protection des citoyens économiquement inactifs serait autant de moyens pour compléter et parfaire l'action européenne de lutte contre la pauvreté. Toutes choses égales par ailleurs, cette absence de "politique" européenne mérite d'être considérée à sa juste mesure : elle ne relève pas d'une impossibilité *juridique* pour l'Union européenne de s'en doter, mais bien d'une forme de blocage ou de réserve d'ordre *politique*. Nous dirions presque que ce n'est pas tellement l'Union européenne en tant que telle qui trahit cette volonté de ne pas trop agir en matière de pauvreté. Les États membres restent, de ce point de vue, les véritables protagonistes de la lutte contre la pauvreté. Partant, l'absence de « politique européenne » serait sûrement due à leur propre réticence, pour ne pas dire aversion, de confier davantage de pouvoirs à l'Union pour lui permettre d'agir en matière de pauvreté.

¹⁹⁰ Pour une réflexion similaire mais étendue à tous les juges, y compris les juges nationaux, voir D. ROMAN, « Garantie des droits fondamentaux et contrôle juridictionnel des mesures d'austérités en Europe : les "nouvelles frontières" de l'Europe sociale », *Les frontières de l'Europe sociale, op. cit.*, p. 93.

La citoyenneté de l'Union face à la pauvreté

Par Julie Rondu

Maître de conférences en droit public à l'Université de Strasbourg

Centre d'études internationales et européennes EA 7307

La pauvreté est longtemps demeurée aux marges du droit. Fait social et non catégorie juridique, elle n'a historiquement été appréhendée par le droit que par la menace pour l'ordre social qu'étaient supposés représenter les indigents¹. Au paradigme répressif succéderont des efforts en faveur de l'intégration sociale des plus démunis. La pauvreté deviendra ainsi l'objet de politiques publiques visant à l'éradiquer. Spontanément, sa relation avec la notion de citoyenneté semble pour le moins contrariée. À titre d'illustration, les pauvres ont longtemps été considérés comme des non-citoyens, et à ce titre exclus du droit de vote². Par ailleurs, leur dangerosité supposée a traditionnellement justifié la limitation de leur liberté de circulation, au même titre que celle des délinquants. Dans des États comme la Suisse ou les États-Unis, la réalisation d'une citoyenneté fédérale a donc nécessairement dû franchir l'étape essentielle de la suppression des entraves à la liberté de circulation et de séjour visant les indigents³.

Aujourd'hui encore, la pauvreté apparaît comme un obstacle de fait à la jouissance des droits liés à la qualité de citoyen national, y compris les droits politiques⁴. Dans ce contexte, il n'est guère surprenant que la pauvreté puisse, à plus forte raison, représenter un frein à l'exercice des droits attachés au statut de citoyen de l'Union européenne, énumérés à l'article 20, paragraphe 2, TFUE. Citoyenneté interétatique dérivée de la nationalité d'un État membre⁵, la citoyenneté de l'Union s'analyse en un « statut juridique et politique reconnu aux nationaux d'un État au-delà de leur communauté politique étatique »⁶, établissant ainsi un lien privilégié entre le citoyen et l'Union. Toutefois, sans entrer encore dans les dispositions juridiques régissant plus précisément les droits des citoyens, l'on imagine aisément que l'exercice de la liberté de circulation et de séjour dans les autres États membres, ou encore l'exercice du droit de vote dans un autre État membre que celui de sa nationalité, sont susceptibles d'être entravés par le dénuement matériel et l'exclusion sociale subséquente dont souffrent les citoyens pauvres. Or, si le droit de l'Union n'est pas indifférent à la pauvreté, force est pourtant de constater qu'il ne la traite pas comme un problème d'effectivité des droits liés à la citoyenneté européenne.

¹ Voy. not. D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, coll. Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, 2002, spéc. pp. 3 et s.

² *Ibid.*, p. 387. Voy. égal. M. UNGER, *La Justice sociale dans l'Union européenne. Citoyenneté et droits au-delà de l'État*, coll. Bibliothèque de la pensée juridique, Classiques Garnier, Paris, 2022, p. 78, évoquant le *Poor Act* anglais, qui excluait ces bénéficiaires du statut de citoyen.

³ C. SCHÖNBERGER, « European Citizenship as Federal Citizenship. Some Citizenship Lessons of Comparative Federalism », *REDP*, n° 1, 2007, pp. 61-81.

⁴ À titre d'exemple, les personnes sans domicile fixe peuvent ainsi se trouver dans l'impossibilité d'exercer leur droit de vote, faute d'adresse permettant l'inscription sur les listes électorales.

⁵ Article 20, paragraphe 1, TFUE.

⁶ Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, dans l'aff. C-135/08, *Rottmann*, ECLI:EU:C:2009:588, point 16.

La définition de la pauvreté retenue par les institutions européennes repose essentiellement sur la faiblesse du revenu relatif⁷, autrement dit la possession de ressources insuffisantes pour jouir d'un standard de vie considéré comme acceptable dans la société où vit l'individu ou son foyer. Une telle acception correspond aux caractéristiques des sociétés contemporaines, « où la question posée est davantage celle de la survie sociale que celle de la survie physique »⁸.

Dans sa proposition de stratégie Europe 2020⁹, la Commission se basait ainsi sur un unique indicateur pour identifier la personne pauvre, celui de disposer d'un revenu disponible inférieur à 60% du revenu médian après transferts sociaux. Ce « seuil de risque de pauvreté »¹⁰, déterminé pour chaque État membre par Eurostat, a également été utilisé par la Cour de justice. Elle a ainsi pu juger que la réduction des prestations de vieillesse d'un ancien travailleur était manifestement disproportionnée lorsque ce dernier « vit déjà ou devrait vivre du fait de cette réduction en dessous du seuil de risque de pauvreté déterminé pour l'État membre concerné par Eurostat »¹¹. En effet, « la capacité de l'intéressé à subvenir à ses besoins » serait alors « gravement affectée »¹². Deux autres indicateurs alternatifs à la faiblesse du revenu relatif avaient toutefois été ajoutés dans la Stratégie Europe 2020, à savoir celui d'une sévère privation matérielle¹³, et la très faible intensité de travail au sein du foyer¹⁴. La pauvreté monétaire n'est donc pas, aux yeux des institutions de l'Union, la seule façon d'appréhender un phénomène multidimensionnel¹⁵. Toutefois, puisque le travail ne prémunit pas de manière absolue contre la pauvreté¹⁶, le choix par un État membre de l'intensité de travail comme critère unique d'appréciation de la pauvreté emporte également le risque d'éluder une partie du phénomène. Le cumul de ces trois facteurs permet quant à lui de dessiner des contours

⁷ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, Rapport conjoint sur l'inclusion sociale résumant les résultats de l'examen des plans d'action nationaux pour l'inclusion sociale (2003-2005), COM (2003) 773 final du 12 décembre 2003.

⁸ D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, op. cit., p. 10.

⁹ Communication de la Commission Europe 2020, « Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », 3 mars 2010, COM(2010) 2020 final.

¹⁰ Voy. Eurostat, « Glossaire : Taux de risque de pauvreté », https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:At-risk-of-poverty_rate/fr.

¹¹ CJUE, 19 décembre 2019, *Pensions-Sicherungs-Verein*, C-168/18, ECLI:EU:C:2019:1128, point 44.

¹² *Ibid.*

¹³ Ce taux repose sur le renoncement à certains produits ou services. Il est en augmentation dans un certain nombre d'États membres, dont la France, du fait notamment de la hausse des prix de l'énergie : « Le taux de privation, une autre manière de mesurer la pauvreté, a augmenté en France en 2022 », *Le Monde*, 20 juillet 2023, https://www.lemonde.fr/societe/article/2023/07/21/pauvrete-le-taux-de-privation-atteint-14-au-plus-haut-depuis-2013-selon-l-insee_6182868_3224.html.

¹⁴ Il s'agit de critères alternatifs, chaque État membre pouvant opter pour le critère qu'il souhaite.

¹⁵ En ce sens, voy. égal. J. DAMON, « Lutte contre la pauvreté en Europe : bilan mitigé, propositions nouvelles », Institut Jacques Delors, Policy Paper n° 254, juin 2020, spéc. p. 5.

¹⁶ A titre d'illustration, en 2018, dans neuf États membres, le salaire minimum légal était inférieur au seuil de risque de pauvreté : Directive (UE) 2022/2041 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relative à des salaires minimaux adéquats dans l'Union européenne, *JOUE* n°L 275 du 25 octobre 2022, pp. 33-47, considérant 13.

de la pauvreté extrême, qui toucherait 5,6 millions de personnes¹⁷. De surcroît, le nombre de personnes sans-abri dans l'Union est estimé à 700 000 personnes¹⁸.

La notion connexe d'exclusion sociale, quant à elle, ne se concentre pas sur le foyer et ses ressources, mais davantage sur la société et les relations sociales. Elle évoque une discrimination institutionnalisée, qui pousse les personnes concernées aux marges de la société, les privant de la possibilité de participer activement à cette dernière¹⁹. La connexité des deux notions est récente. Dans les sociétés préindustrielles en effet, la pauvreté était « intégrée » à la société, tandis que dans les sociétés industrielles, « la pauvreté devient synonyme d'exclusion, puisqu'elle est en désaccord avec les normes socialement admises »²⁰. L'exclusion sociale devient ainsi le « corollaire moderne »²¹ de la pauvreté.

La volonté politique de réduction de la pauvreté et de l'exclusion sociale fait partie intégrante des stratégies et du droit de l'Union européenne. Dès les années 70 sont ainsi apparus les premiers programmes communautaires de lutte contre la pauvreté²². Dans le traité de Lisbonne, si « l'élimination de la pauvreté » figure bien parmi les objectifs de l'Union, elle se retrouve plus spécifiquement parmi les objectifs guidant les relations externes de l'Union²³. Au plan interne, la pauvreté n'est pas expressément mentionnée parmi les buts assignés à l'Union, bien qu'elle apparaisse en filigrane, notamment lorsque l'Union « combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales »²⁴. La notion de pauvreté émerge de nouveau dans les dispositions générales du traité de Lisbonne relatives à l'action extérieure²⁵, ainsi que dans celles relatives à la coopération au développement²⁶, laissant à penser que la pauvreté serait l'apanage des pays tiers en développement. Au sein du droit primaire, seule la Charte des droits fondamentaux vient contredire cette présentation, grâce à son article 34, paragraphe 3, en vertu duquel « afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes (...) ».

¹⁷ Ce chiffre est fourni par Eurostat pour l'année 2022 : Eurostat, « Living conditions in Europe - poverty and social exclusion », juin 2023 : https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Living_conditions_in_Europe_-_poverty_and_social_exclusion#Key_findings.

¹⁸ Cette estimation couvre le nombre de personnes sans-abri pour une nuit donnée. Si l'on se réfère au nombre annuel de personnes exposées à ce risque pour une période plus ou moins longue, l'estimation atteint 4,1 millions de personnes, selon les données de la FEANTSA (European Federation of National Organisations Working with the Homeless), ONG militant pour l'éradication du sans-abrisme en Europe : <https://www.feantsa.org/>.

¹⁹ A. ARANGUIZ, *Combating poverty and social exclusion in European Union law*, Routledge, 2022, p. 8.

²⁰ D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, *op. cit.*, p. 13.

²¹ *Ibid.*

²² Voy. not. Résolution du Conseil du 21 janvier 1974, concernant un programme d'action sociale, JO C, C/13, du 12 février 1974, p. 1 ; Décision 75/458/CEE du Conseil du 22 juillet 1975, concernant le programme de projets pilotes et d'études pilotes pour combattre la pauvreté, JO L 199 du 30 juillet 1975, pp. 34-35 ; Décision 85/8/CEE du Conseil du 19 décembre 1984 concernant une action communautaire spécifique de lutte contre la pauvreté, JO L 2 du 3 janvier 1985, p. 24.

²³ Article 3, paragraphe 4, TUE.

²⁴ Article 3, paragraphe 3, TUE.

²⁵ Article 21, paragraphe 2, sous d), TFUE.

²⁶ Article 208, paragraphe 1, TFUE.

La formule « lutte contre l'exclusion sociale » demeure préférée par le droit primaire. La clause transversale de l'article 9 TFUE précise ainsi que « dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'à un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine ». L'article 153 TFUE dispose quant à lui que « l'Union soutient et complète l'action des États membres » en matière de lutte contre l'exclusion sociale²⁷.

En 2010, la Stratégie Europe 2020 posait ainsi comme objectif d'extraire du risque de pauvreté et d'exclusion sociale 20 millions de personnes en une décennie. La crise économique et financière et les mesures d'austérité qui s'en sont suivies n'incitaient guère à l'optimisme quant à la réalisation de cet objectif. En effet, en 2022, 95,3 millions de personnes dans l'Union européenne vivaient toujours dans un état de pauvreté et d'exclusion sociale²⁸. Face à la difficulté de réduire substantiellement la pauvreté dans l'Union, le Plan d'action pour la mise en œuvre du socle européen des droits sociaux²⁹ réitère en 2020 un objectif comparable, celui de sortir 15 millions de personnes de la pauvreté, donc 5 millions d'enfants.

La référence aux enfants repose sur une réalité statistique. En effet, le risque de pauvreté et d'exclusion sociale touche très inégalement les habitants de l'Union européenne, en fonction des groupes auxquels ils appartiennent et de l'État membre dans lequel ils vivent. Les données EU-SILC, utilisées pour suivre la pauvreté et l'inclusion sociale dans le cadre du Semestre européen et évaluer la mise en œuvre de la dimension « protection et inclusion sociales » du socle européen des droits sociaux³⁰, nous renseignent sur cette hétérogénéité. Ainsi, en 2020, 40% des parents isolés se trouvent dans une situation de pauvreté, comme 41% des personnes économiquement inactives³¹. Parmi les groupes les plus vulnérables face à ce risque se trouvent les femmes, particulièrement représentées parmi les parents isolés, les enfants, les jeunes, les personnes atteintes d'un handicap, ou encore les personnes ayant un faible niveau d'éducation.

De même, des inégalités importantes demeurent entre les États membres. La Roumanie et la Bulgarie comptent en 2022 plus de 30% de personnes pauvres, tandis que le taux le plus bas se trouve en République tchèque avec 12%³². La fracture n'est donc pas nécessairement Nord/Sud ou Est/Ouest, d'autant que le taux de pauvreté a augmenté dans plusieurs États membres au niveau de vie élevé, tels que la Belgique et les Pays-Bas, et même au Luxembourg, État membre au revenu par habitant le plus élevé de l'Union européenne.

²⁷ Article 153, paragraphe 1, sous j), TFUE.

²⁸ Eurostat, « Living conditions in Europe - poverty and social exclusion », préc. Entre 2008 et 2020, la réduction n'aurait ainsi été que de 3,1 millions : A. ARANGUIZ, *Combating poverty and social exclusion in European Union law*, *op. cit.*, p. 1.

²⁹ Plan d'action sur le socle européen des droits sociaux : <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/fr/index.html#>.

³⁰ Données EU-SILC, disponibles à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/eurostat/fr/web/microdata/european-union-statistics-on-income-and-living-conditions>.

³¹ *Ibid.*

³² Eurostat, « Living conditions in Europe - poverty and social exclusion », préc.

Plusieurs explications peuvent être avancées pour expliquer le maintien d'un taux de pauvreté relativement important dans les États membres de l'Union européenne. D'une part, les nouvelles formes de travail ont augmenté le risque de pauvreté, du fait de la moindre protection qu'elles offrent au travailleur. Le développement des contrats courts, du temps partiel subi ou de l'auto-entrepreneuriat, peuvent placer les travailleurs dans des situations plus précaires. L'exercice d'une activité économique ne garantit plus de vivre dans des conditions décentes. Fin 2019, 9,4% des habitants de l'Union européenne ayant un emploi se trouvaient ainsi dans une situation de pauvreté et d'exclusion sociale, et ce taux apparaît en augmentation³³. Le législateur de l'Union se saisit d'ailleurs de ces problématiques, comme l'atteste la directive sur le salaire minimum³⁴, ou encore la proposition de directive sur les travailleurs de plateforme³⁵.

D'autre part, la faiblesse de la croissance et l'importance des inégalités contribuent à expliquer le maintien d'un taux de pauvreté non négligeable. Des économistes ont en effet établi une corrélation entre société égalitaire et faible niveau de pauvreté³⁶.

Le recul de l'État-providence constitue également un facteur explicatif. En effet, « poverty is a reflection of the ability of welfare systems to redistribute resources and opportunities in a fair and equitable manner »³⁷. Dans l'Union européenne, les transferts sociaux réduisaient ainsi le risque de pauvreté de 24,5 à 16,5% en 2019³⁸. À l'origine de l'intégration communautaire, avait émergé l'idée en vertu de laquelle l'intégration économique entraînerait par engrenage une intégration sociale et un développement de l'État providence³⁹. Toutefois, les pressions exercées par les règles du marché intérieur, susceptibles d'encourager les États membres à une certaine concurrence normative⁴⁰ et fiscale⁴¹ afin d'être plus attractifs pour les entreprises, ainsi que les contraintes budgétaires liées à la monnaie unique, ont plutôt fait pencher la balance vers une volonté de réduction des dépenses sociales. L'ouverture aux ressortissants d'autres États membres de prestations sociales autrefois réservées aux nationaux peut également

³³ Données EU-SILC, disponibles à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/eurostat/fr/web/microdata/european-union-statistics-on-income-and-living-conditions>.

³⁴ Directive (UE) 2022/2041, préc. Pour une analyse de cette directive, voy. not. M. Schmitt, « La directive sur les salaires minimaux adéquats, ou la nouvelle politique sociale de l'Union européenne », *RTDEur*, n°2-2023, pp. 233-254.

³⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme, 9 décembre 2021, COM/2021/762 final.

³⁶ H. FRAZER, A.-C. GUIO, E. MARLIER, B. VANHERCKEET, « Putting the fight against poverty and social exclusion at the heart of the EU agenda: a contribution to the mid-term review of the Europe 2020 strategy », OSE Research Paper, 2014, pp. 11-15.

³⁷ A. ARANGUIZ, *Combating poverty and social exclusion in European Union law*, *op. cit.*, p. 1.

³⁸ *Ibid.*, p. 13.

³⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁰ La concurrence normative peut se définir comme le « processus par lequel les régulateurs (ou autorités titulaires du pouvoir normatif) élaborent des réglementations ou régulations en fonction des demandes des destinataires de ces régulations et normes juridiques (particuliers, entreprises) et en fonction de leurs compétiteurs (les autres régulateurs ou autorités normatives) » : S. BARBOU DES PLACES, « Contribution(s) du modèle de concurrence régulatrice à l'analyse des modes et niveaux de régulation », *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 37-48, p. 37. Elle est basée sur « l'idée que les ordres juridiques sont en compétition les uns avec les autres pour tenter d'attirer à eux le plus d'opérateurs et d'opérations économiques possibles, au moyen de leurs règles de droit respectives, présentées comme les règles les plus efficaces ou les plus performantes » : L. USUNIER, « La concurrence normative, un mode de représentation des rapports entre les systèmes juridiques en vogue », in R. SEFTON-GREEN et L. USUNIER (dir.), *La concurrence normative. Mythes et réalités*, Paris, Société de législation comparée, 2013, pp. 16-33, p. 20.

⁴¹ Voy. not. É. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, coll. Dossiers Europe(s), Bruxelles, Bruylant, 2016.

conduire les États à réagir par une baisse globale des niveaux d'aide, risque mis en lumière par la Cour de justice elle-même⁴².

L'incapacité de l'intégration européenne à diminuer la pauvreté, et plus largement la contribution de l'Union, réelle ou ressentie comme telle, à la précarisation d'un certain nombre de citoyens, en particulier dans les États membres contraints d'adopter des mesures d'austérité⁴³, joue un rôle dans l'eurosepticisme. Cela rend d'autant plus nécessaire pour l'Union de s'emparer de cette problématique.

Les stratégies politiques de l'Union européenne appréhendent la pauvreté comme un phénomène global. Autrement dit, elles s'intéressent à la pauvreté de l'ensemble des personnes se trouvant sur le territoire de l'Union, et non pas spécifiquement celle des citoyens migrants, ni même celle des seuls citoyens de l'Union. La lutte contre la pauvreté des citoyens qui exercent leur liberté de circulation, ou la pauvreté comme obstacle à l'exercice de la liberté de circulation, font au contraire partie des impensés de ces stratégies. L'on comprend aisément que l'Union ne cantonne pas son action aux citoyens ayant exercé, ou souhaitant exercer, leur droit à la mobilité, qui demeurent largement minoritaires⁴⁴. Toutefois, il restait permis de s'attendre à une référence à cette problématique dans les rapports successifs sur la citoyenneté de l'Union, présentés par la Commission européenne. Il n'en est rien⁴⁵.

En conséquence, le lien entre citoyenneté de l'Union et pauvreté ne se décèle que dans le droit dérivé pris pour l'application des dispositions du traité sur la liberté de circulation et de séjour⁴⁶, et dans les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne en faisant application. Cette étude se concentrera sur la liberté de circulation et de séjour, sans négliger son corollaire, l'égalité de traitement avec les nationaux. En revanche, les droits politiques du citoyen de l'Union ne seront pas abordés, car si la pauvreté est susceptible d'en affecter l'exercice, cela s'explique par des raisons sociologiques et non juridiques. Par ailleurs, malgré son intérêt certain, la question des discriminations fondées sur la situation socio-économique ne sera pas étudiée en profondeur ici. En effet, bien que ce motif de discriminations puisse avoir un impact sur l'exercice de leurs droits par les citoyens de l'Union, il semble toucher autant les nationaux que les ressortissants d'autres États membres, de sorte que le lien entre cette problématique et la citoyenneté demeure ténu. En outre, malgré leur interdiction par la Charte des droits fondamentaux⁴⁷, et leur indéniable réalité, les discriminations fondées

⁴² Voy. not., s'agissant des aides aux étudiants, CJCE (GC), 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169, point 56.

⁴³ Les mesures consenties pour bénéficier des fonds du mécanisme européen de stabilité ont ainsi conduit à des réductions de salaires ou de pensions de retraite dans plusieurs États membres, le cas de la Grèce étant le plus emblématique. La Cour de justice s'est toutefois déclarée incompétente pour examiner la conformité aux droits fondamentaux des mesures d'austérité : voy. par ex. l'ordonnance d'irrecevabilité CJUE, 7 mars 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte*, C-128/12, ECLI:EU:C:2013:149.

⁴⁴ En 2018, les citoyens mobiles ne représentaient ainsi que 3,8 % de la population totale de l'Union européenne : Eurostat, « Citoyens de l'UE dans d'autres États membres », communiqué de Presse 87/2018, 28 mai 2018. Voy. not. J.-Y. CARLIER et G. BUSSCHAERT, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne : malheur aux immobiles ? », *Reflets et perspectives de la vie économique*, n° 4, 2013, pp. 9-18, p. 9.

⁴⁵ A titre d'illustration, le dernier rapport sur la citoyenneté de l'Union se concentre particulièrement sur la dimension politique de la citoyenneté, et la pauvreté n'y est pas évoquée comme un obstacle à l'exercice des droits : Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Rapport sur la citoyenneté de l'Union 2020, Donner aux citoyens les moyens d'agir et protéger leurs droits, 15 décembre 2020, COM(2020) 730 final.

⁴⁶ Actuellement article 21 TFUE.

⁴⁷ Article 21, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

sur l'origine sociale ne se rencontrent pas dans la jurisprudence de la Cour de justice. Cela conduit une partie de la doctrine à regretter la sous-utilisation de cet outil juridique⁴⁸, tandis que d'autres arguent que lutter contre ce type de discriminations emporte le risque de s'accommoder du phénomène global de la pauvreté en combattant ses conséquences individuelles davantage que ses causes systémiques⁴⁹.

S'agissant de la liberté de circulation et de séjour, droit emblématique de la relation contrariée entre citoyenneté et pauvreté, l'on constate que le droit dérivé cherche à éviter que les citoyens pauvres n'exercent cette liberté pour profiter de prestations sociales plus avantageuses d'autres États membres. Le spectre du tourisme social hante ainsi la directive 2004/38/CE⁵⁰, se manifestant par la condition de ressources suffisantes pour le séjour de plus de trois mois⁵¹, ou encore par les dérogations au principe de l'égalité de traitement avec les nationaux⁵².

Les arrêts de la Cour ne contiennent quant à eux que de rares occurrences de la notion de pauvreté. Cette dernière surgit par inadvertance, selon les cas qui se présentent devant le juge. Même alors, dans l'exposé des faits, le terme est pudiquement dissimulé sous le vocable plus neutre de l'absence de ressources. Il n'en demeure pas moins que l'exercice de la liberté de circulation pour tenter de s'extraire de la pauvreté subie dans son État d'origine n'est pas perçu de manière favorable. Bien que la Cour ait traditionnellement proclamé l'indifférence du droit de l'Union aux motifs conduisant le ressortissant d'un État membre à exercer sa liberté de circulation⁵³, la suspicion entoure désormais les citoyens de l'Union démunis, en particulier lorsqu'ils sont économiquement inactifs⁵⁴.

En conséquence, se pose la question de l'effectivité de la liberté de circulation et de séjour pour les citoyens pauvres. Dans quelle mesure la condition de ressources devient-elle déterminante pour jouir des droits attachés au statut de citoyen, et que révèle ce constat de la nature de la citoyenneté de l'Union ? Le lien entre l'extension de la liberté de circulation aux indigents et l'avènement d'une citoyenneté fédérale a déjà été mis en lumière⁵⁵. Or, dans l'Union, l'indigent se voit en principe offrir le droit à la liberté de circulation et de séjour dans l'Union, révélant l'essence fédérale de la citoyenneté (I). De prime abord, l'on pourrait ainsi penser à une indifférence du droit de l'Union envers la pauvreté du citoyen migrant. Toutefois, la pauvreté dans les États membres de

⁴⁸ Voy. S. GANTY, E. BRIBOSIA, I. RORIVE, « Interdiction de la discrimination fondée sur la situation socio-économique en droit européen : rendre visibles les personnes socio-économiquement défavorisées », *CDE*, n°1-2022, pp. 145-195 ; S. GANTY, « Poverty as Misrecognition: What Role for Anti-discrimination Law in Europe? », *EUI Working Paper LAW 2020/12*.

⁴⁹ Pour une présentation de ces arguments, voy. D. ROMAN, *La cause des droits. Ecologie, progrès social et droits humains*, Dalloz, Paris, 2022, spéc. p. 277. Voy. égal. Y. E. LE BOS, « Combattre la pauvreté par les droits, l'ultime abandon ? », *Revue Droit & Littérature* 2019/1, n°3, pp. 235 s.

⁵⁰ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *JOUE*, L 158 du 30 avril 2004, pp. 77-123.

⁵¹ Article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/38/CE.

⁵² Article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE.

⁵³ Voy. par exemple CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, 53/81, ECLI:EU:C:1982:105, point 22 : « les intentions qui ont pu inciter le travailleur à chercher du travail dans l'État membre concerné sont indifférentes et ne doivent pas être prises en considération ».

⁵⁴ Voy. en particulier l'arrêt CJUE (GC), 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358, qui sera évoqué dans la seconde partie.

⁵⁵ C. SCHÖNBERGER, « European Citizenship as Federal Citizenship. Some Citizenship Lessons of Comparative Federalism », préc.

l'Union n'étant guère dissociable de la question de la redistribution⁵⁶, la dimension sociale de la citoyenneté s'avère cruciale pour étudier la relation entre citoyenneté de l'Union et pauvreté. Or, l'affaiblissement du droit d'accès aux prestations sociales pour les indigents illustre le caractère inabouti de la citoyenneté de l'Union en tant que citoyenneté fédérale (II). Enfin, la pratique récurrente de l'éloignement des citoyens pauvres du territoire de leur État d'accueil confirme que la solidarité peine à s'étendre au-delà de la communauté nationale. La pauvreté représente alors un obstacle à ce qui constitue le cœur même de la liberté de circulation et de séjour, et révèle le maintien d'une logique d'exclusion envers des indigents continuant d'être perçus comme une menace plus ou moins diffuse pour l'ordre social (III).

I. L'ouverture de principe de la liberté de circulation et de séjour au profit du citoyen pauvre

La pauvreté et la liberté de circulation et de séjour entretiennent une relation ambivalente. Si par principe, tout citoyen de l'Union bénéficie de cette liberté en vertu de l'article 21, paragraphe 1, TFUE, « les limitations et conditions » auxquelles se réfère cette disposition peuvent priver le citoyen démuné de la possibilité de bénéficier d'un droit de séjour fondé sur le droit de l'Union. La condition de ressources suffisantes exigée du citoyen inactif par l'article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/38/CE, peut en effet constituer un obstacle dirimant à l'effectivité de la libre circulation de l'indigent. Limitée toutefois au séjour de plus de trois mois, elle ne vide pas pour autant ce droit de sa substance. Si le citoyen de l'Union démuné peut dans une certaine mesure se prévaloir d'un droit de séjour dans l'État d'accueil en dépit de l'insuffisance de ses ressources (A), la pauvreté est également susceptible, contre toute attente, de constituer le fondement même d'un droit de séjour (B).

A. L'existence d'un droit de séjour en dépit de la pauvreté

Le droit dérivé se montre parfois indifférent à la pauvreté du citoyen de l'Union souhaitant exercer sa liberté de circulation, comme l'atteste le caractère inconditionnel du droit de séjour de courte durée (1). En revanche, concernant les deux types de séjour de longue durée prévus par la directive 2004/38/CE, l'attitude du législateur à l'égard de la pauvreté est plus ambivalente, oscillant entre rejet et tolérance lorsque le citoyen a fait preuve d'une intégration approfondie dans la société de l'État d'accueil (2).

1. Le droit de séjour de courte durée : l'indifférence à la pauvreté

Le citoyen pauvre jouit tout d'abord d'un droit de séjour inconditionnel d'une durée inférieure à trois mois⁵⁷, à l'instar des membres de sa famille, fussent-ils ressortissants d'un pays tiers⁵⁸. Ce droit de séjour de courte durée n'étant soumis à aucune condition de ressource, le citoyen démuné peut en principe exercer sa mobilité pour rechercher des conditions de vie plus favorables dans un autre État membre. Toutefois, cette possibilité peut paraître essentiellement théorique, dès lors que, comme nous le verrons⁵⁹, l'accès aux prestations sociales de l'État d'accueil ne lui est alors pas ouvert par le droit de l'Union. En outre, un tel citoyen risque en pratique de faire l'objet d'un

⁵⁶ A. ARANGUIZ, *Combating poverty and social exclusion in European Union law*, *op. cit.*, p. 1.

⁵⁷ Article 6, paragraphe 1, de la directive 2004/38/CE. Ce droit de séjour n'est en effet subordonné à aucune autre condition que la possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité.

⁵⁸ Article 6, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE.

⁵⁹ Voy. *infra*, II.

éloignement du territoire. En effet, les autorités nationales conservent la possibilité d'invoquer la charge déraisonnable que constituerait le citoyen pour leurs systèmes d'assistance sociale⁶⁰. Une décision d'éloignement pourrait alors être fondée sur un défaut de droit de séjour. De surcroît, il peut arriver que les autorités nationales invoquent la menace à l'ordre public que constitueraient des pratiques étroitement liées à l'indigence telles que la mendicité ou la fraude à la charité⁶¹.

Malgré ces obstacles, il est possible qu'un citoyen de l'Union souhaite faire usage de son droit à la mobilité précisément en raison de sa pauvreté. Certaines personnes sans-abri, qui peuvent espérer bénéficier dans certains États membres de davantage d'accès aux soins ou à l'hébergement, ou simplement d'une tolérance accrue vis-à-vis de leur mode de vie, peuvent ainsi exercer leur mobilité, sans prétendre au bénéfice de prestations sociales dans l'État d'accueil. Notamment, les personnes sans domicile fixe originaires des États d'Europe de l'Est peuvent espérer des conditions de vie moins difficiles dans certaines grandes métropoles d'Europe de l'Ouest⁶². Il peut également arriver qu'après trois mois de séjour inconditionnel, des citoyens de l'Union ne retournent temporairement dans leur État d'origine avant de débiter un nouveau séjour de trois mois dans l'État d'accueil⁶³.

De surcroît, au droit de séjour inconditionnel de moins de trois mois s'ajoute la possibilité pour le citoyen de l'Union de se rendre dans un autre État membre pour y rechercher un emploi, et d'y jouir à cette fin d'un droit de séjour pendant un délai raisonnable. Cette possibilité, issue de la jurisprudence *Antonissen*⁶⁴, est en l'état du droit positif prévue à l'article 14, paragraphe 4, sous b), de la directive 2004/38/CE, qui dispose que le citoyen de l'Union ne peut faire l'objet d'une mesure d'éloignement lorsqu'il est entré sur le territoire de l'État membre d'accueil pour y chercher un emploi. À l'issue d'un délai raisonnable permettant au citoyen de prendre connaissance des offres d'emploi et d'entamer des démarches pour être engagé⁶⁵, celui-ci continuera de bénéficier de la protection contre l'éloignement tant qu'il est en mesure de prouver qu'il continue de chercher un emploi et a des chances réelles d'être engagé⁶⁶. Durant cette période, le citoyen n'est soumis à aucune condition de ressources. En contrepartie, il ne jouit pas de l'égalité de traitement avec les nationaux concernant l'accès aux prestations sociales⁶⁷, de sorte qu'il doit subvenir lui-même à ses besoins. La même interrogation subsiste donc quant à l'effectivité de ce droit pour les plus démunis. L'indifférence à la pauvreté s'avère finalement à double tranchant, offrant des opportunités pour les indigents, dont les difficultés matérielles peuvent toutefois empêcher de s'en saisir.

⁶⁰ L'article 14, paragraphe 1, de la directive 2004/38/CE, est formulé en ces termes : « Les citoyens de l'Union et les membres de leur famille ont un droit de séjour tel que prévu à l'article 6 tant qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil ».

⁶¹ Voy. *infra*, III.

⁶² Voy. D. KRAMER « 'In Search of the Law': Governing Homeless EU Citizens in a State of Legal Ambiguity », The Amsterdam Centre for Contemporary European Studies, Research Paper 2017/04.

⁶³ Voy. not. *FS c/ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-719/19, EU:C:2021:506, examiné *infra*, III.

⁶⁴ CJCE, 26 février 1991, *Antonissen*, C-292/89, EU:C:1991:80, spéc. point 21.

⁶⁵ Si la Cour se refuse à fixer une durée minimale à ce délai raisonnable, un délai de six mois est jugé adéquat : arrêt *Antonissen*, préc., point 21 ; et CJUE, 17 décembre 2020, *G. M. A.*, C-710/19, ECLI:EU:C:2020:1037, points 40 et 42.

⁶⁶ Arrêt *G.M.A.*, préc., spéc. point 46.

⁶⁷ Voy. *infra*, II.

2. Le droit de séjour de longue durée : la relation ambiguë à la pauvreté

Il convient désormais d'évoquer le droit de séjour de plus de trois mois, ainsi que le droit de séjour permanent, afin d'envisager l'attitude ambivalente du législateur envers la pauvreté du citoyen mobile.

Tout d'abord, pour le séjour de plus de trois mois, aucune condition de ressources n'est requise si le citoyen exerce une activité économique⁶⁸, sauf à ce qu'il ne s'agisse que d'une activité purement marginale ou accessoire. La Cour a clairement affirmé que le niveau limité de la rémunération n'a aucune incidence sur la qualification de travailleur au sens du droit de l'Union⁶⁹. Celle-ci peut être inférieure au salaire minimum voire au seuil de pauvreté. Conséquemment, le travailleur pauvre, dès lors qu'il exerce une activité économique réelle et effective, bénéficie d'un droit de séjour de plus de trois mois dans son État d'accueil. Nécessaires au bon fonctionnement de l'économie des États membres les plus développés, qui connaissent fréquemment une pénurie de main-d'œuvre dans les emplois peu qualifiés comme les services à la personne ou les ouvriers agricoles⁷⁰, les travailleurs pauvres ou précaires jouissent ainsi d'un droit de séjour malgré la faiblesse de leurs revenus. En outre, les travailleurs de plateformes, qui ne sont souvent pas couverts par la protection du droit du travail en raison de leur statut de travailleurs indépendants⁷¹, peuvent également, nonobstant la précarité de leur relation d'emploi, obtenir un droit de séjour dans l'État d'accueil.

Par ailleurs, les citoyens exerçant une activité dans le cadre d'un programme de réinsertion sociale sont susceptibles de se prévaloir du statut de travailleur, sous réserve que l'activité puisse être considérée comme réelle et effective et qu'une rémunération soit perçue, fût-elle en nature. Si la Cour de justice avait d'abord exclu cette qualification⁷², au motif que l'activité en cause ne constituait qu'un moyen de rééducation ou de réinsertion, elle avait ensuite admis que même une activité fournie à une personne qui n'est pas en mesure de travailler dans des conditions normales en raison de son état, et qui est donc spécialement adaptée à ses capacités, dans une association de travail spécialement créée dans une optique de réinsertion, était susceptible de conférer le statut de travailleur⁷³. Dès lors que les activités exercées « sont susceptibles d'être considérées comme relevant normalement du marché de l'emploi »⁷⁴, ce qui s'apprécie *in concreto*, ni « la nature juridique *sui generis* de la relation d'emploi au regard du droit national » ni « la productivité plus ou moins élevée de l'intéressé »⁷⁵ n'ont d'incidence.

⁶⁸ Article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/38/CE.

⁶⁹ CJCE (GC), 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02, ECLI:EU:C:2004:488, point 16.

⁷⁰ La circonstance que durant la pandémie de covid, certains États membres aient pris des mesures pour permettre aux saisonniers originaires d'autres États membres de circuler illustre leur caractère de travailleurs essentiels.

⁷¹ La Commission a déposé une proposition législative en ce sens, qui pose une présomption de salariat, qui implique que le travailleur de plateforme bénéficie alors des droits qui découlent du statut de salarié en matière de droit du travail (salaire minimum, négociation collective, protection du temps de travail et de la santé, congés payés, protection contre les accidents du travail) et de droits sociaux (prestation de chômage et de maladie, pension de vieillesse) : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme, préc.

⁷² CJCE, 31 mai 1989, *Bettray*, 344/87, ECLI:EU:C:1989:226.

⁷³ CJCE, 26 novembre 1998, *Birden*, C-1/97, ECLI:EU:C:1998:568.

⁷⁴ Arrêt *Trojani*, préc., point 24.

⁷⁵ *Ibid.*, point 16. La Cour juge dans le même sens pour une personne handicapée qui exerce une activité dans un centre d'aide au travail : CJUE, 26 mars 2015, *Fenoll*, C-316/13, ECLI:EU:C:2015:200.

En revanche, tout ce qui relève de l'économie souterraine, ou encore du travail domestique, n'est bien sûr pas pris en compte, de sorte que les activités des personnes les plus démunies ou marginalisées sont niées. Une personne qui travaille sans contrat de travail ou de manière non déclarée ne pourra ainsi très probablement pas accéder au statut de travailleur salarié ou indépendant. À titre d'exemple, la vente de journaux dans la rue n'a pas été reconnue comme de nature à conférer le statut de travailleur en vertu du droit de l'Union, faute pour le citoyen d'avoir pu apporter la preuve de cette activité en fournissant des contrats de travail ou des bulletins de salaire⁷⁶. De même, un parent isolé élevant des enfants en bas âge, ou une personne prenant soin au quotidien d'un proche dépendant, seront considérés comme inactifs. Si ces circonstances de vie ne sont pas l'apanage des personnes démunies, les citoyens de l'Union disposant de ressources personnelles ne seront pas pénalisés par elles quant à leur droit au séjour dans l'État d'accueil.

Toutefois, il convient de relever que les personnes pauvres qui ont exercé une activité économique dans l'État d'accueil pourront jouir d'un maintien généreux de la qualité de travailleur en cas d'incapacité de travail, de chômage involontaire, d'engagement dans une formation professionnelle en lien avec l'activité antérieure⁷⁷, de grossesse⁷⁸, ou encore de détention⁷⁹. En outre, le droit à la scolarisation de l'enfant du travailleur⁸⁰ assure également à son parent un droit de séjour dans l'État d'accueil pour lui permettre d'y achever sa scolarité, quand bien même le travailleur aurait cessé toute activité professionnelle et ne disposerait pas de ressources⁸¹.

En revanche, le droit de séjour de plus de trois mois est, pour le citoyen inactif, subordonné à la possession de ressources suffisantes⁸², afin qu'il ne devienne pas une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil. Le législateur manifeste ainsi un réel rejet à l'égard de l'installation pérenne d'un citoyen migrant ne pouvant subvenir à ses propres besoins. Cette crainte de la charge déraisonnable que constituerait la mobilité des plus démunis pour les systèmes d'assistance sociale innerve l'ensemble de la directive 2004/38/CE. Dans un contexte politique devenu plus hostile à la libre circulation des citoyens, la Cour de justice a finalement relayé cette volonté du législateur, en jugeant que le citoyen inactif ne disposant pas de ressources suffisantes ne peut se prévaloir d'un droit de séjour de plus de trois mois fondé sur le droit de l'Union⁸³. Même dans l'hypothèse où les autorités nationales compétentes auraient délivré au citoyen un titre de séjour, ce dernier ne pourra donc pas se prévaloir du droit de l'Union. La pauvreté est alors non seulement motif d'absence de droit de séjour, ce qui s'explique par une lecture littérale du droit dérivé, mais également synonyme d'exclusion du champ d'application du droit de l'Union. Cela est juridiquement plus

⁷⁶ Rb. Den Haag, 28-10-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13816, cité par D. KRAMER « 'In Search of the Law': Governing Homeless EU Citizens in a State of Legal Ambiguity », préc., p. 11.

⁷⁷ Article 7, paragraphe 3, de la directive 2004/38/CE.

⁷⁸ Pour cette hypothèse non prévue par la directive, la Cour se fonde sur l'article 45 TFUE : CJUE, 19 juin 2014, *Jeszy Saint Prix*, C-507/12, ECLI:EU:C:2014:2007 ; ou sur l'article 49 TFUE s'il s'agit d'une activité exercée à titre indépendant : CJUE, 19 septembre 2019, *Dakneciuete*, C-544/18, ECLI:EU:C:2019:761.

⁷⁹ CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, C-482/01 et C-493/01, EU:C:2004:262.

⁸⁰ Article 10 du règlement (UE) n°492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, JOUE n° L 141 du 27 mai 2011, pp. 1-12.

⁸¹ CJUE (GC), 6 octobre 2020, *Jobcenter Krefeld*, C-181/19, ECLI:EU:C:2020:794.

⁸² Article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/38/CE.

⁸³ Arrêt *Dano*, préc.

contestable, s'agissant de citoyens de l'Union qui ont fait usage de leur liberté de circulation consacrée par l'article 21 TFUE, et séjournent légalement dans leur État d'accueil.

Enfin, précisons que l'étudiant voit assouplie la condition de ressources imposée à l'inactif, puisqu'il devra simplement « garantir à l'autorité nationale compétente, par le biais d'une déclaration ou par tout autre moyen équivalent de son choix, qu'il dispose de ressources suffisantes »⁸⁴.

Dans un second temps, il est loisible de s'interroger sur l'influence de la pauvreté sur l'obtention et le maintien du droit de séjour permanent, prévu à l'article 16 de la directive.

La question de savoir si l'insuffisance des ressources constitue un frein à l'accession au droit de séjour permanent est un point crucial. En effet, l'indigent n'ayant pas représenté une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de son État d'accueil peut théoriquement accéder au droit de séjour permanent après une résidence ininterrompue de cinq ans, sauf à ce que l'on considère qu'il n'a jamais été en séjour légal, faute de ressources suffisantes. Cette question n'a jamais été tranchée par la Cour, et pose plusieurs difficultés. D'une part, même si les autorités nationales passaient outre l'absence de ressources suffisantes, une difficulté pratique risque de résider dans la charge de la preuve. Faute d'enregistrement auprès des autorités nationales de l'État d'accueil ou de justificatif de domicile, les autorités nationales pourraient contester la présence pendant une durée suffisante. D'autre part, même dans le cas où la personne s'est vu délivrer un titre de séjour par les autorités nationales, il n'est pas certain qu'elle puisse prétendre à l'acquisition du droit de séjour permanent dans l'hypothèse où son séjour ne répond pas aux conditions prévues par le droit dérivé, et se trouve uniquement fondé sur le droit national. Le doute naît de l'arrêt *Dano*, qui distingue clairement entre le droit de séjour fondé sur le droit national et le droit de séjour fondé sur le droit de l'Union, en rupture avec la jurisprudence antérieure⁸⁵. L'arrêt *VI*⁸⁶, qui concernait non pas la condition de ressources mais la condition liée à la possession d'une assurance maladie complète dans l'État d'accueil, laisse le doute entier. En effet, dans cette affaire, un enfant né en 2004, et satisfaisant à la condition d'une assurance maladie complète dans son État d'accueil au moins depuis 2006, est considéré comme ayant acquis un droit de séjour permanent « au plus tard » en 2011⁸⁷. Il en résulte l'impossibilité de savoir si une période de séjour durant laquelle le citoyen ne remplit pas la condition d'assurance maladie, ou par analogie la condition de ressources, doit être ou non prise en compte aux fins de l'acquisition du droit de séjour permanent. Plus largement, « the actual residence status of many EU citizens remains undetermined, unknown and highly fluid as it exists independently from official paperwork and registration databases; a constellation that might have empowered EU citizens in the exercise of their free movement rights against Member State bureaucracies but also added to confusion and uncertainty in national authorities and EU citizens themselves »⁸⁸.

⁸⁴ Article 7, paragraphe 1, sous c), de la directive 2004/38/CE.

⁸⁵ CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217.

⁸⁶ CJUE, 10 mars 2022, *VI c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, C-247/20, ECLI:EU:C:2022:177.

⁸⁷ *Ibid.*, point 50.

⁸⁸ D. KRAMER, 'On the Futility of Expelling Poor Union Citizens in an Open Border Europe', *European Papers*, 2021, n°6, pp. 155-165, p. 164.

En conséquence, il est tout à fait loisible d'imaginer que certains États membres tirent profit de la jurisprudence *Dano* pour refuser l'acquisition du droit de séjour permanent aux indigents, qui, malgré une période de résidence de plus de cinq ans, seront considérés comme ne relevant pas du champ d'application de la directive 2004/38/CE, et ce quand bien même ils n'auraient pas sollicité le bénéfice de prestations sociales. À titre d'illustration, le juge administratif français a estimé qu'un citoyen de l'Union prétendant être arrivé en France dix-sept ans auparavant ne pouvait se prévaloir de l'acquisition du droit de séjour permanent, car il n'avait pas établi avoir résidé de manière légale et ininterrompue en France pendant au moins cinq années, faute de preuves suffisantes de l'exercice d'une activité professionnelle⁸⁹.

Indépendamment de cette question en suspens, il est loisible de préciser que les citoyens de l'Union et les membres de leur famille⁹⁰ échappent à l'exigence de conditions d'intégration, telles que celles susceptibles d'être imposées aux ressortissants de pays tiers pour la reconnaissance du statut de résident de longue durée. Or, ces mesures d'intégration, à l'instar de celles existant aux Pays-Bas qui ont fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour de justice⁹¹, peuvent être de nature à désavantager les personnes socio-économiquement défavorisées, lorsqu'elles représentent un coût financier important ou lorsque le niveau de langue exigé n'est pas atteignable pour une personne souffrant d'illettrisme. Le fait que les citoyens de l'Union ne puissent se voir imposer de telles conditions pour acquérir le droit de séjour permanent apparaît donc favorable aux plus démunis.

Enfin, il est clairement établi qu'une fois le droit de séjour permanent acquis, le citoyen de l'Union n'est plus soumis aux conditions requises pour le droit de séjour de plus de trois mois⁹². L'État membre ne pourra donc en aucun cas exiger du titulaire du droit de séjour permanent l'exercice d'une activité économique, la possession de ressources suffisantes ou encore la possession d'une assurance maladie complète⁹³. De telles conditions ne seront pas davantage exigibles des membres de sa famille⁹⁴. Cette solution apparaît pleinement conforme à la volonté du législateur de faire du droit de séjour permanent « un véritable moyen d'intégration dans la société de l'État membre d'accueil »⁹⁵, justifiant qu'il ne soit soumis à aucune condition une fois obtenu. En d'autres termes, l'intégration du citoyen justifie le passage d'une attitude de rejet et à une acceptation sans réserve de son éventuelle pauvreté.

Prolongeant ce mouvement, la pauvreté peut même constituer le motif d'octroi d'un droit de séjour.

B. L'existence d'un droit de séjour en raison de la pauvreté

L'indifférence, voire le rejet de la pauvreté que l'on peut lire en filigrane dans les dispositions de la directive 2004/38/CE relatives aux trois catégories de droit de séjour, ne doit pas occulter le fait marquant que la pauvreté puisse en certaines hypothèses

⁸⁹ CAA Bordeaux, 6^{ème} chambre, 30 mai 2023, 22BX02554, Inédit au recueil Lebon.

⁹⁰ Y compris lorsqu'ils sont ressortissants de pays tiers.

⁹¹ CJUE, 4 juin 2015, *P. et S.*, C-579/13, ECLI:EU:C:2015:369 ; CJUE, 9 juillet 2015, *K. et A.*, C-153/14, ECLI:EU:C:2015:453.

⁹² Article 16, paragraphe 1, de la directive 2004/38/CE.

⁹³ Arrêt *VI*, préc., point 54.

⁹⁴ *Ibid.*, point 59.

⁹⁵ Considérant 18 de la directive 2004/38/CE.

motiver l'octroi d'un droit de séjour, afin d'assurer l'effectivité de la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union. La directive prévoit en effet un droit de séjour dérivé au profit du membre de la famille à charge du citoyen (1). Plus largement, la relation de dépendance, sur laquelle repose l'appréciation de la charge, devient centrale dans la jurisprudence de la Cour relative à la citoyenneté, au-delà du champ de la directive 2004/38/CE (2).

1. Le droit de séjour dérivé du membre de la famille à charge

Le droit de séjour de moins de trois mois comme de plus de trois mois s'étend aux membres de la famille du citoyen de l'Union, qu'ils aient ou non la nationalité d'un État membre, lorsqu'ils accompagnent ou rejoignent ledit citoyen dans l'État d'accueil⁹⁶. De même, le droit de séjour permanent s'étend aux membres de la famille ayant séjourné légalement pendant une période ininterrompue de cinq ans avec le citoyen de l'Union dans l'État membre d'accueil⁹⁷. Or, parmi les membres de la famille figurent les descendants directs du citoyen ou de son conjoint lorsqu'ils sont âgés de moins de vingt-et-un ans ou sont à charge⁹⁸. Par ailleurs, les ascendants directs du citoyen ou de son conjoint sont également visés, à condition d'être à charge⁹⁹.

Le droit de séjour de descendants directs de plus de vingt-et-un an et des ascendants directs à charge ouvert par la directive 2004/38/CE permet d'aller dans une certaine mesure à l'encontre de l'intuition en vertu de laquelle cet acte de droit dérivé aurait restreint les droits des plus démunis, en rupture avec les jurisprudences audacieuses de la Cour de justice telles que *Martinez Sala*. En effet, dans le cas des ascendants d'un citoyen de l'Union exerçant sa liberté de circulation, seule la dépendance matérielle vis-à-vis dudit citoyen permet de se prévaloir d'un droit de séjour dans l'État d'accueil¹⁰⁰. Il appartiendra alors à l'intéressé d'apporter la preuve de sa pauvreté¹⁰¹, quand d'autres chercheront au contraire à la dissimuler afin de se voir reconnaître un droit de séjour. Toutefois, cette attention portée au dénuement matériel de l'ascendant ne doit pas dissimuler le fait que le bénéficiaire principal du droit de séjour doit par hypothèse bénéficier des ressources suffisantes pour lui-même, le cas échéant pour ses descendants, et enfin pour son ascendant. Avoir la charge de son ascendant direct suppose nécessairement de disposer des moyens matériels de subvenir à ses besoins.

Les descendants seront qualifiés comme étant à charge s'ils bénéficient d'un soutien matériel de leur parent, ou qu'existe un lien de dépendance, quel qu'en soit le motif et indifféremment au fait que l'enfant soit en mesure d'exercer une activité économique pour subvenir lui-même à ses besoins¹⁰².

⁹⁶ Article 6, paragraphe 2, et article 7, paragraphe 1, sous d), et paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE. La condition d'accompagner ou de rejoindre le citoyen a été interprétée de manière très souple par la Cour de justice, puisqu'elle est jugée remplie même lorsque la famille a été constituée postérieurement à l'exercice de la libre circulation : voy. CJCE (GC), 25 juillet 2008, *Metock*, C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449.

⁹⁷ Article 16, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE.

⁹⁸ Article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 2004/38/CE.

⁹⁹ Article 2, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/38/CE. Cela est exclu pour les étudiants : article 7, paragraphe 4, de la directive 2004/38/CE.

¹⁰⁰ CJCEE (GC), 9 janvier 2007, *Jia*, C-1/05, ECLI:EU:C:2007:1, spéc. pt 34.

¹⁰¹ Les autorités nationales doivent en effet apprécier si « eu égard à leurs conditions économiques et sociales, ceux-ci ne sont pas en mesure de subvenir à leurs besoins essentiels » : arrêt *Jia*, préc., point 37.

¹⁰² E. DUBOUT, « Commentaire de l'article 2. Définitions », in A. ILIOPOULOU-PENOT (dir.), *Directive 2004/38 relative au droit de séjour des citoyens de l'Union européenne et des membres de leur famille, Commentaire article*

L'indigent est ainsi protégé en raison de sa pauvreté, et non en tant que citoyen, puisque la qualité de membre de la famille est toujours indifférente à la nationalité. Toutefois, il ne jouit que d'un droit de séjour dérivé, justifié par la volonté d'assurer l'effectivité de la liberté de circulation d'un citoyen capable de subvenir à ses besoins.

Enfin, la provenance des ressources est indifférente pour remplir la condition de ressources exigée de l'inactif, de sorte qu'un citoyen démuné peut être pris en charge par une tierce personne¹⁰³, y compris si cette dernière tire ses ressources d'un emploi exercé sans permis de travail¹⁰⁴.

2. L'essor jurisprudentiel de la notion de dépendance

Au-delà de la définition des personnes à charge au sens de la directive 2004/38/CE, la notion de dépendance est susceptible de permettre l'octroi d'un droit de séjour fondé sur le droit de l'Union à des individus dont la situation n'entre pas dans le champ d'application de ladite directive. Ainsi, la situation dans laquelle l'enfant, citoyen de l'Union mobile, est à charge d'un parent ressortissant de pays tiers n'avait pas été envisagée par le législateur de l'Union, malgré la récurrence avec laquelle elle survient en pratique. Afin de préserver l'effet utile de la liberté de circulation et de séjour dont dispose le jeune citoyen, la Cour a ainsi fondé la consécration d'un droit de séjour dans son État d'accueil au profit de ses parents sur l'article 21 TFUE. Les conditions requises ont alors été alignées sur celles de la directive, la Cour requérant que les parents dont est dépendant l'enfant disposent des ressources suffisantes pour subvenir aux besoins de ce dernier, ainsi que d'une assurance maladie complète¹⁰⁵. Le spectre de la charge déraisonnable pour les finances publiques nationales plane donc toujours, y compris lorsque le droit dérivé cède la place à l'application du droit primaire.

En outre, même lorsque l'enfant citoyen de l'Union réside dans son État de nationalité et n'a jamais circulé, le parent avec lequel il se trouve dans une relation de dépendance peut se voir octroyer un droit de séjour, sur le fondement cette fois de l'article 20 TFUE, lorsque l'absence d'un tel droit conduirait de facto le citoyen à devoir quitter le territoire de l'Union. Il convient d'apprécier si une relation de dépendance effective existe entre l'enfant et son parent¹⁰⁶, ce qui implique notamment de vérifier que le ou les parents assurent bien « la charge légale, affective et financière »¹⁰⁷ du citoyen. Dans l'affirmative, un droit de séjour devra être octroyé au parent. La jurisprudence fondatrice *Ruiz Zambrano* y ajoutait l'obligation pour l'État membre d'accorder un permis de travail. En effet, « si un permis de travail n'est pas octroyé à une telle personne, celle-ci risque de ne pas disposer de ressources nécessaires pour subvenir à ses propres besoins et à ceux de sa famille, ce qui aurait également pour conséquence que ses enfants, citoyens de l'Union, se verraient obligés de quitter le territoire de celle-ci »¹⁰⁸. La pauvreté de la personne dont dépend le citoyen est donc expressément

par article, Bruylant, Bruxelles, 2020, pp. 45-76, p. 68. Par analogie, voy. arrêt CJCE, 18 juin 1987, *Lebon*, 316/85, ECLI:EU:C:1987:302 316/85, spéc. point 22, sous l'empire du règlement 1612/68/CE.

¹⁰³ CJCE (GC), 23 mars 2006, *Commission c/ Belgique*, C-408/03, ECLI:EU:C:2006:192.

¹⁰⁴ CJUE, 2 octobre 2019, *Bajratari*, C-93/18, ECLI:EU:C:2019:809.

¹⁰⁵ Pour un exemple récent, voy. arrêt *VI*, préc., spéc. point 65.

¹⁰⁶ Voy. not. CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, C-356/11 et C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776 ; CJUE (GC), 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez e. a.*, C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354, point 70.

¹⁰⁷ CJUE, 5 mai 2022, *Subdelegación del Gobierno en Toledo*, C-451/19 et C-532/19, ECLI:EU:C:2022:354, point 69.

¹⁰⁸ CJUE (GC), 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, point 44.

considérée comme un facteur d'ineffectivité des droits de celui-ci. L'indigence de la famille est ainsi susceptible de priver le citoyen de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à son statut.

En l'occurrence, il ne s'agit certes pas d'octroyer un droit de séjour en raison de la pauvreté, mais bien d'ériger la protection contre la pauvreté en corollaire indispensable du droit de séjour, afin d'assurer l'effectivité des droits du citoyen.

En définitive, la relation qu'entretient la liberté de circulation et de séjour avec la pauvreté s'avère ambivalente, naviguant entre indifférence, attitudes de rejet et de protection. Dans le domaine de la citoyenneté sociale en revanche, la question de la pauvreté s'avère absolument centrale, le niveau de ressources devenant un critère phare de détermination des bénéficiaires de l'égalité de traitement, au détriment du critère de l'intégration.

II. Le délitement de la citoyenneté sociale pour le citoyen pauvre

Le martèlement en droit dérivé de la volonté d'éviter que le citoyen mobile ne constitue une charge déraisonnable pour les finances publiques nationales fait de la citoyenneté sociale¹⁰⁹ le volet de la citoyenneté dans lequel se manifeste l'appréhension la plus immédiate de la pauvreté. Cette dernière s'est affirmée, dans une ligne jurisprudentielle restrictive mettant l'accent sur les intérêts de l'État au détriment des droits du citoyen, comme une limite à l'égalité de traitement en matière d'accès aux prestations sociales (A). Toutefois, lorsque la pauvreté est associée à une particulière vulnérabilité, la Cour a pu ouvrir l'accès aux prestations sociales sur un autre fondement, permettant d'assurer un minimum de subsistance (B). Mise en lumière par les théoriciens de la justice sociale, la distinction entre les « exigences égalitaires » et les « exigences absolues »¹¹⁰ se manifeste pleinement ici.

A. La pauvreté comme limite au bénéfice de l'égalité de traitement

La condition de ressources, naguère éludée par la Cour dès lors que le citoyen migrant se trouvait en séjour légal en vertu du droit national de son État d'accueil, a acquis une place centrale dans la jurisprudence de la décennie 2010. Elle est devenue un critère prédominant d'accès aux prestations sociales (1), au détriment de la condition d'intégration dans la société de l'État d'accueil (2).

1. La prévalence acquise par la condition de ressources

En rupture avec la jurisprudence *Martinez Sala*, dans laquelle la Cour avait jugé qu'un citoyen de l'Union en séjour légal dans un autre État membre entrerait dans le champ d'application de l'article 21 TFUE, et pouvait à ce titre se prévaloir de l'article 18 TFUE dans le champ matériel du traité¹¹¹, la ligne jurisprudentielle initiée par l'arrêt *Dano* privilégie une stricte interprétation littérale du droit dérivé.

Pour se prévaloir de l'égalité de traitement en matière d'accès aux prestations sociales dans l'État d'accueil, il est désormais indispensable d'être titulaire d'un droit de séjour

¹⁰⁹ T. H. MARSHALL, *Citizenship and social class*, Cambridge, CUP, 1950, en vertu duquel la citoyenneté sociale renvoie à la protection sociale comme troisième et dernière dimension de la citoyenneté.

¹¹⁰ M. UNGER, *La Justice sociale dans l'Union européenne. Citoyenneté et droits au-delà de l'État*, op. cit., p. 43, évoquant D. MILLER, *Principles of Social Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999. Voy. égal., pour la distinction entre justice et assistance, J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971.

¹¹¹ Arrêt *Martinez Sala*, préc., point 63.

répondant aux conditions posées par la directive 2004/38/CE¹¹². Pour un citoyen inactif n'ayant pas acquis un droit de séjour permanent, il est donc impossible d'échapper à la condition de disposer de ressources suffisantes. En effet, le droit de séjour de moins de trois mois comme le droit de séjour en tant que demandeur d'emploi n'ouvre pas droit à l'accès aux prestations sociales¹¹³, de sorte que l'inactif doit nécessairement remplir les conditions de l'article 7 de la directive pour bénéficier de l'ouverture du système d'assistance sociale de l'État d'accueil.

À défaut de ressources suffisantes, l'exercice d'une activité économique devient pour le citoyen pauvre l'unique alternative pour le bénéfice de l'égalité de traitement. La contribution économique à la société de l'État d'accueil permet l'accès aux prestations sociales, dans une logique « donnant-donnant »¹¹⁴. Le fait que le travailleur pauvre jouisse d'une égalité de traitement complète avec les nationaux montre que l'activité économique demeure le critère déterminant, les ressources ne prenant le pas que lorsqu'elle fait défaut. Le citoyen de marché, méritant, demeure la figure idéale, justifiant l'ouverture de la solidarité au-delà de la communauté nationale. Pour Sarah Ganty, la Cour aurait ainsi construit un accès « censitaire » à l'égalité de traitement, la prise en compte prédominante de l'activité économique dessinant « des contours essentiellement méritocratiques à l'intégration »¹¹⁵.

Cette notion de mérite ressort clairement de la manière dont la Cour présente les requérants dans les différentes affaires qu'elle a à juger. L'arrêt *Dano* en constitue bien sûr l'exemple paradigmatique, la Cour estimant explicitement que la requérante n'a exercé sa liberté de circulation que dans l'intention de bénéficier de prestations sociales plus avantageuses¹¹⁶. N'ayant cherché ni à se former ni à travailler, la requérante n'aurait apporté aucune preuve de son mérite individuel, justifiant que sa situation ne soit pas jugée digne de protection¹¹⁷. À l'autre extrémité du spectre, la travailleuse enceinte de l'affaire *Saint Prix* qui demande un complément de revenu voit son mérite reconnu, et son droit à l'égalité de traitement préservé, la Cour insistant sur le fait qu'elle a poursuivi un emploi physiquement éprouvant jusqu'à presque six mois de grossesse, et repris le travail trois mois après la naissance prématurée de son enfant¹¹⁸. Jugées à quelques mois d'intervalle, les deux affaires montrent bien le préjugé négatif dont peut souffrir dans le prétoire la pauvreté qui ne s'accompagne pas d'une volonté tenace de subvenir à ses propres besoins.

Il convient toutefois de souligner que le membre de la famille d'un citoyen de l'Union répondant aux conditions de séjour du droit dérivé pourra également se prévaloir de l'égalité de traitement, nonobstant sa situation économique. De surcroît, le résident permanent bénéficie d'un accès complet à l'égalité de traitement¹¹⁹. Un citoyen mobile antérieurement actif économiquement qui sombrerait dans la pauvreté jouirait donc

¹¹² Arrêt *Dano*, préc., point 69.

¹¹³ Article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE.

¹¹⁴ La solidarité serait ainsi fondée sur une relation de réciprocité économique : S. GANTY, *L'intégration des citoyens européens et des ressortissants de pays tiers en droit de l'Union européenne. Critique d'une intégration choisie*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2021, p. 501.

¹¹⁵ S. GANTY, *L'intégration des citoyens européens et des ressortissants de pays tiers en droit de l'Union européenne. Critique d'une intégration choisie*, op. cit., p. 490.

¹¹⁶ Arrêt *Dano*, préc., point 78.

¹¹⁷ Pour cette présentation de la requérante, voy. arrêt *Dano*, préc., point 39.

¹¹⁸ CJUE, 19 juin 2014, *Jessy Saint Prix*, C-507/12, ECLI:EU:C:2014:2007.

¹¹⁹ Voy. l'article 24 de la directive 2004/38/CE.

dans l'État d'accueil des mêmes filets de sécurité que les nationaux. Il est toutefois loisible de rappeler que des freins existent au bénéfice des prestations sociales, qui touchent les nationaux, et sans doute a fortiori certains citoyens européens. Ainsi, une partie des bénéficiaires potentiels de prestations sociales n'en font pas la demande, notamment par manque d'information ou par crainte de la stigmatisation. Cette question du « non-recours » aux prestations sociales a notamment émergé dans le débat public en France¹²⁰, et accroît le risque de pauvreté et d'exclusion sociale.

S'agissant de l'accès aux prestations de sécurité sociale, la Cour a d'abord prolongé sa ligne jurisprudentielle *Dano-Alimanovic-Garcia Nieto*, par un arrêt *Commission c/ Royaume-Uni*¹²¹. La Cour y avait jugé que l'État membre n'est pas contraint de verser les allocations familiales à des citoyens de l'Union qui ne se trouvent pas en séjour légal sur son territoire au sens de la directive 2004/38/CE. Cela sous-entend pour les inactifs en séjour de plus de trois mois, qu'est exigible la possession de ressources suffisantes pour se prévaloir de prestations de sécurité sociale. La Cour a ensuite semblé assouplir sa jurisprudence concernant l'octroi de telles prestations aux citoyens de l'Union inactifs, par un arrêt de grande chambre *S c/ Familienkasse Niedersachsen-Bremen*¹²². L'affaire concernait une citoyenne de l'Union, mère de trois enfants, qui demandait des allocations familiales pour la période de ses trois premiers mois de séjour en Allemagne. La circonstance que la Cour ne mentionne pas la nationalité bulgare de la requérante est significative, compte tenu des suspicions de tourisme social dont sont plus fréquemment l'objet les ressortissants des deux États membres les plus pauvres de l'Union que sont la Bulgarie et la Roumanie¹²³.

Dans cet arrêt, la grande chambre semble donner un second souffle au principe d'égalité de traitement, puisqu'elle y rappelle que « tout citoyen de l'Union peut (...) se prévaloir de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité figurant à l'article 18 TFUE »¹²⁴, alors qu'elle n'appliquait dans les affaires antérieures que les déclinaisons sectorielles de l'égalité de traitement. Si les États membres peuvent refuser le versement d'une prestation d'assistance sociale durant les trois premiers mois de séjour, en vertu de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE¹²⁵, les allocations familiales ne relèvent pas de cette notion¹²⁶. Or, et là se trouve un réel changement de ton par rapport à la ligne jurisprudentielle antérieure, la Cour affirme qu'en tant que dérogation au principe général d'égalité de traitement, « dont l'article 24, paragraphe 1, de la directive

¹²⁰ Selon les données fournies par la DREES, le taux de non-recours peut atteindre 50% pour une prestation telle que le minimum vieillesse, ou encore 34% pour le RSA. Données disponibles sur : <https://drees.solidarites-sante.gouv.fr/jeux-de-donnees-communique-de-presse/non-recours-aux-prestations-sociales-le-manque-dinformation-en>.

¹²¹ CJUE, 14 juin 2016, *Commission c/ Royaume-Uni*, C-308/14, ECLI:EU:C:2016:436.

¹²² CJUE (GC), 1er août 2022, *S c. Familienkasse Niedersachsen-Bremen der Bundesagentur für Arbeit*, C-411/20, ECLI:EU:C:2022:602. Sur cette affaire, voy. not. M. HAAG, « The Muddle About the Union Citizen's Equal Access to Social Security Benefits: Familienkasse Niedersachsen-Bremen (C-411/20) », *E.L.Rev.* 2023, n°48, pp. 206-219.

¹²³ Plus largement, les élargissements de l'Union à partir de 2004 ont suscité des craintes de cet ordre parmi les anciens États membres, comme l'attestent notamment les mesures transitoires quant à la libre circulation des personnes. Voy. not. M. DOUGAN, « A Spectre is Haunting Europe. Free Movement of Persons and the Eastern Enlargement », in C. HILLION (Ed.), *Enlargement of the European Union: A Legal Approach*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 111-141.

¹²⁴ Arrêt *S c. Familienkasse Niedersachsen-Bremen der Bundesagentur für Arbeit*, préc., point 29.

¹²⁵ *Ibid.*, point 44.

¹²⁶ *Ibid.*, point 48 ; et point 54 des conclusions de l'avocat général Szpunar dans cette affaire. En effet, « les allocations familiales en cause au principal sont octroyées indépendamment des besoins individuels de leur bénéficiaire et ne visent pas à assurer les moyens de subsistance de celui-ci » : point 47.

2004/38 ne constitue qu'une expression spécifique », le paragraphe 2 dudit article doit recevoir une interprétation stricte¹²⁷. Il ne peut donc être invoqué par les autorités nationales pour refuser des allocations familiales durant les trois premiers mois de séjour. Quant au règlement (CE) n°883/2004¹²⁸, il ne comporte aucune disposition autorisant l'État membre d'accueil à opérer une différence de traitement entre ses ressortissants et un citoyen de l'Union en séjour légal, au motif que ce dernier serait économiquement inactif¹²⁹.

Le citoyen de l'Union économiquement inactif doit donc se voir octroyer les allocations sollicitées, y compris durant ses trois premiers mois de séjour, sous réserve qu'il ait effectivement établi sa résidence habituelle dans l'État d'accueil, et n'y séjourne pas de manière temporaire¹³⁰. Les développements sur la résidence habituelle apparaissent importants compte tenu des faits ayant donné lieu au litige, la requérante s'étant vue plusieurs fois retirer le bénéfice des allocations familiales au motif qu'elle ne résidait pas aux adresses qu'elle indiquait à l'administration. La Cour ne dit rien de cette éventuelle fraude. Elle n'avait certes pas d'incidence sur la réponse à apporter à la juridiction de renvoi, qui ne s'interrogeait que sur les trois premiers mois de séjour. Néanmoins, cette évasion illustre un tournant de la Cour, d'une position visant essentiellement à rassurer les États, vers un possible retour à une position plus protectrice du citoyen migrant. En effet, à la différence d'une affaire comme *Dano*, le (dé)mérite de la requérante n'est pas mis à profit par la Cour pour justifier une interprétation restrictive des droits.

L'arrêt ne remet pas fondamentalement en cause la solution de l'affaire *Commission c/ Royaume-Uni*¹³¹. Toutefois, la Cour y relevait que *rien ne s'oppose*, dans le règlement, « à ce que l'octroi de prestations sociales à des citoyens de l'Union économiquement non actifs soit subordonné à l'exigence que ceux-ci remplissent les conditions pour disposer d'un droit de séjour légal dans l'État membre d'accueil »¹³². L'arrêt de 2022 recourt à une logique inversée, en estimant que *rien n'autorise*, dans le règlement, la différence de traitement. Alors même que la condition tenant à la légalité du séjour est nécessairement une condition supplémentaire par rapport à celles imposées aux nationaux, la Cour estimait cette discrimination indirecte justifiée par la protection des finances publiques nationales¹³³. En cela, l'arrêt *Familienkasse Niedersachsen-Bremen* révèle un changement d'attitude de la Cour envers le dénommé « tourisme social »¹³⁴.

¹²⁷ Arrêt *S c. Familienkasse Niedersachsen-Bremen der Bundesagentur für Arbeit*, préc., point 50.

¹²⁸ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JOUE n° L 166 du 30 avril 2004, pp. 1-123.

¹²⁹ Arrêt *S c. Familienkasse Niedersachsen-Bremen der Bundesagentur für Arbeit*, préc., point 61. En effet, un ressortissant allemand économiquement inactif qui aurait exercé sa liberté de circulation bénéficierait des allocations familiales dès son retour en Allemagne. Le fait pour le citoyen de l'Union se trouvant dans la même situation de ne pas les percevoir immédiatement constitue donc une différence de traitement contraire au règlement : point 67.

¹³⁰ Une appréciation *in concreto* est requise de la juridiction nationale afin de déterminer si le requérant a transféré sa résidence habituelle. Cela « implique qu'il ait manifesté la volonté d'établir, de manière effective, le centre habituel de ses intérêts dans cet État membre et qu'il démontre que sa présence sur le territoire dudit État membre témoigne d'un degré suffisant de stabilité, qui la distingue d'un séjour temporaire » : Arrêt *S c. Familienkasse Niedersachsen-Bremen der Bundesagentur für Arbeit*, préc., point 72. Voy., par analogie, CJUE, 25 novembre 2021, *IB (Résidence habituelle d'un époux – Divorce)*, C-289/20, EU:C:2021:955, point 58.

¹³¹ CJUE, 14 juin 2016, *Commission c/ Royaume-Uni*, C-308/14, ECLI:EU:C:2016:436.

¹³² Arrêt *Commission c/ Royaume-Uni*, C-308/14, préc., point 68.

¹³³ *Ibid.*, point 80.

¹³⁴ En ce sens, voy. not. M. HAAG, « The Muddle About the Union Citizen's Equal Access to Social Security Benefits: Familienkasse Niedersachsen-Bremen (C-411/20) », préc., spéc. p. 208.

En définitive, le souci d'éviter la charge déraisonnable pour les systèmes d'assistance sociale et de sécurité sociale nationaux que pourrait représenter le citoyen de l'Union économiquement inactif et démuné, qui innervé les jurisprudences des années 2010, est moins perceptible dans l'arrêt de grande chambre de 2022. Toutefois, le dénominateur commun entre toutes ces affaires demeure l'exigence d'un séjour légal en vertu du droit de l'Union pour se prévaloir tant des prestations d'assistance sociale que des prestations de sécurité sociale.

2. L'affaiblissement de la condition d'intégration

Dans l'arrêt *Familienkasse Niedersachsen-Bremen*, les précisions sur l'exigence d'avoir établi sa résidence habituelle dans l'État d'accueil pour accéder aux prestations de sécurité sociale montrent qu'une forme de volonté d'intégration pérenne dans la société de l'État d'accueil est requise. Néanmoins, paradoxalement, l'indigent qui demeurerait inactif à l'issue de ses premiers mois de séjour perdrait alors le bénéfice des prestations de sécurité sociale, faute de se trouver en séjour légal au sens de l'article 7 de la directive 2004/38/CE¹³⁵. Cela apparaît en contradiction avec l'idée en vertu de laquelle le « système graduel »¹³⁶ de droits de séjour de la directive exprimerait une logique d'intégration progressive du citoyen dans l'État d'accueil¹³⁷. En effet, dans cette hypothèse, le citoyen moins intégré peut davantage bénéficier de la dimension sociale de la citoyenneté. Si le fait que le législateur de l'Union n'ait pas prévu l'articulation entre directive 2004/38/CE et règlement (CE) n°883/2004¹³⁸ contribue à expliquer cette incohérence, la décorrélation entre niveau d'intégration et bénéfice des prestations de sécurité sociale qui touche le citoyen pauvre demeure regrettable.

En outre, les États membres ne manqueront sans doute pas d'invoquer le risque que le citoyen démuné soit ainsi incité à multiplier les courts séjours dans un ou plusieurs États membres dans le seul but d'y bénéficier de prestations de sécurité sociale¹³⁹.

Cette indifférence au degré d'intégration du citoyen dans la société de l'État membre d'accueil se retrouvait également dans le domaine de l'accès aux prestations d'assistance sociale. Ainsi, dans l'affaire *Alimanovic*, l'exercice antérieur d'une activité économique dans l'État d'accueil, et le fait que les requérantes y aient préalablement résidé durant plusieurs années, sont indifférents. Les citoyennes en cause se trouvent traitées de la même manière qu'un citoyen de l'Union qui se rendrait pour la première fois dans un État membre en vue d'y rechercher un emploi. La Cour, invoquant le « système

¹³⁵ *Ibid.*, p. 214.

¹³⁶ CJUE (GC), 15 septembre 2015, *Alimanovic*, C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597, point 60. CJUE, 25 février 2016, *García-Nieto e. a.*, C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114, point 47.

¹³⁷ Cette logique d'intégration progressive est particulièrement mise en évidence dans l'arrêt CJUE (GC), 14 novembre 2017, *Lounes*, C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862.

¹³⁸ Cette difficulté est notamment mise en exergue par M. HAAG, « The Muddle About the Union Citizen's Equal Access to Social Security Benefits: Familienkasse Niedersachsen-Bremen (C-411/20) », préc., spéc. pp. 206-207.

¹³⁹ Ce risque a déjà pu être mis en exergue par les juridictions nationales. À titre d'illustration, voy. CAA Marseille, 4ème chambre - formation à 3, 27 février 2018, 17MA02273, Inédit au recueil Lebon, spéc. cons. 7 : « Mme B. effectue depuis sept ans trois à quatre allers-retours par an entre la Roumanie et la France ; que par ailleurs, elle a répondu "oui" à la question « avez-vous multiplié les séjours de moins de trois mois en France dans le but de vous maintenir sur le territoire français alors que vous ne remplissez pas les conditions de séjour fixées par les textes pour une durée supérieure à trois mois » ; que ces circonstances sont de nature à révéler que l'appelante a multiplié volontairement les séjours de moins de trois mois dans le but de se maintenir sur le territoire français ; que son séjour est ainsi constitutif d'un abus de droit ». Ce risque peut être limité par l'arrêt *FS c/ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, préc., qui sera évoqué *infra*, III.

graduel » de maintien du droit de séjour établi par la directive 2004/38/CE, estime que l'application littérale de ce texte suffit à appréhender la situation individuelle de la requérante, sans qu'une appréciation *in concreto* ne soit nécessaire¹⁴⁰. Or, exclure toute possibilité de prendre en considération les liens réels d'intégration s'inscrit en rupture avec la jurisprudence antérieure, et reviendrait à dénier l'effet direct du droit à l'égalité de traitement pourtant consacré par le droit primaire¹⁴¹.

Il convient également de relever que le maintien de la qualité de travailleur pour les personnes ayant cessé leur activité¹⁴² permet de sécuriser le droit à l'égalité de traitement durant une certaine période¹⁴³. De même, le droit de séjour dérivé dont jouit l'ancien travailleur au titre de la scolarisation de son enfant lui assure le droit aux prestations sociales¹⁴⁴. Toutefois, le travailleur précaire apparaît moins protégé depuis l'arrêt *Alimanovic*. Comme le relève Charlotte O'Brien, "those in the privileged position of secure, regular, full time, and permanent work are accorded much greater safety in the free movement framework, while larger earnings also help to self-insure against risks"¹⁴⁵, ce qui concourt à édifier « un modèle élitiste de libre circulation »¹⁴⁶, y compris s'agissant de la libre circulation des travailleurs.

Enfin, pour les étudiants, qui sont également susceptibles de se trouver dans une situation de pauvreté, l'intégration, plus connue sous le nom de critère du lien réel avec la société de l'État d'accueil, a perdu en importance avec l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE. L'étudiant qui n'a pas le statut de travailleur ou de membre de la famille d'un travailleur devra en effet attendre l'acquisition du séjour permanent pour se prévaloir des aides d'entretien aux études prévues par son État d'accueil, et ce quelques soient les circonstances individuelles qui pourraient démontrer un haut niveau d'intégration dans la société.

En définitive, la pauvreté peut limiter le bénéfice de l'égalité de traitement du citoyen migrant, de par la prévalence acquise par la condition de ressources pour l'accès aux prestations sociales, sans que l'intégration ne puisse réellement la contrebalancer.

Toutefois, la Cour, confrontée à des situations humainement délicates, a développé une voie d'accès alternative aux prestations sociales pour le citoyen pauvre.

B. La vulnérabilité comme voie d'accès subsidiaire aux prestations sociales

La pauvreté d'un citoyen, lorsqu'elle est associée à une particulière vulnérabilité, a pu conduire la Cour à contourner l'inapplicabilité du principe d'égalité de traitement en retenant l'applicabilité des droits fondamentaux (1). Par cette logique de protection

¹⁴⁰ Arrêt *Alimanovic*, préc., point 60.

¹⁴¹ Ch. O'BRIEN, *Unity in Adversity. EU Citizenship, Social Justice and the Cautionary Tale of the UK*, Bloomsbury, Hart Publishing, 2020, p. 57.

¹⁴² Voy. *supra*, I.

¹⁴³ Voy. A. ILIOPOULOU-PENOT, « Commentaire de l'article 7 », in A. ILIOPOULOU-PENOT (dir.), *Directive 2004/38 relative au droit de séjour des citoyens de l'Union européenne et des membres de leur famille, Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 159-187, p. 169. Voy. l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2004/38/CE quant à la durée variable de maintien de la qualité de travailleur. Quand ce maintien est fondé sur le droit primaire, la Cour requiert une réintégration du marché du travail dans un « délai raisonnable » : arrêt *Saint Prix*, préc., point 41.

¹⁴⁴ CJUE (GC), 6 octobre 2020, *Jobcenter Krefeld*, C-181/19, ECLI:EU:C:2020:794.

¹⁴⁵ Ch. O'BRIEN, « Civis Capitalist Sum : Class as the New Guiding Principle of EU Free Movement Rights », *CML Rev.*, 2016, pp. 937-977, p. 961.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 939. Traduit par nous.

conditionnelle, les droits fondamentaux sont érigés en filets de sécurité, lorsque les droits liés au statut de citoyen ne peuvent permettre l'octroi des prestations sociales nécessaires à la subsistance (2).

1. La vulnérabilité, facteur juridiquement contestable d'applicabilité des droits fondamentaux

Juridiquement peu orthodoxe, l'arrêt de grande chambre rendu dans l'affaire *CG*¹⁴⁷ érige la vulnérabilité en critère d'applicabilité des droits fondamentaux. Dans cette affaire, à la pauvreté de la requérante, mère de jeunes enfants, s'ajoutait sa qualité de victime de violences conjugales, ayant conduit à son hébergement dans un centre d'accueil. Par une application stricte de la jurisprudence *Dano*, la Cour estime que, faute de ressources, la requérante ne dispose pas d'un droit de séjour en application de la directive 2004/38/CE, et ne peut donc se prévaloir du principe de l'égalité de traitement de son article 24, pas plus que du principe général d'égalité de traitement de l'article 18 TFUE.

Toutefois, contrairement à l'affaire *Dano*, la grande chambre estime que la requérante entre dans le champ d'application du droit de l'Union, en tant qu'elle a exercé la liberté de circulation conférée par l'article 21, paragraphe 1, TFUE, et dispose d'un droit de séjour fondé sur le droit national¹⁴⁸.

De l'applicabilité du droit de l'Union devrait découler celle des droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique de l'Union. Toutefois, de manière ambiguë, la Cour juge que les autorités nationales doivent, conformément à l'article 1er de la Charte, veiller à ce que le citoyen mobile, titulaire d'un droit de séjour en vertu du droit national et se trouvant dans une situation de vulnérabilité, puisse vivre dans des conditions dignes¹⁴⁹.

La vulnérabilité, comme la légalité du séjour en droit national, sont ainsi érigés en facteur d'applicabilité des droits fondamentaux, alors même que leur applicabilité devrait à notre sens découler du seul usage par la requérante de la liberté qui lui est garantie par l'article 21 TFUE. La vulnérabilité peut bien sûr avoir une incidence sur l'application des droits fondamentaux, le respect effectif des droits d'une personne particulièrement vulnérable pouvant mettre davantage d'obligations à la charge de l'État. Toutefois, au stade antérieur de l'applicabilité, la vulnérabilité ne nous paraît pas devoir être prise en considération, pas plus d'ailleurs que la pauvreté. La question de savoir si la situation d'un citoyen, ayant exercé sa liberté de circulation sans remplir les conditions posées par le droit dérivé, relève ou non du champ d'application du droit de l'Union, devrait recevoir la même réponse, nonobstant son éventuelle vulnérabilité.

Cette solution, manifestement guidée par des considérations humanistes tout à fait compréhensibles, pose toutefois plus de questions qu'elle n'en résout. Ainsi, le citoyen démuné et vulnérable qui ne disposerait pas d'un droit de séjour fondé sur le droit national pourra-t-il bénéficier de l'applicabilité des droits fondamentaux ? Quelles situations doivent conduire à retenir la vulnérabilité ? À titre d'illustration, une personne sans domicile fixe, ou vivant dans un habitat précaire, serait-elle considérée comme vulnérable au sens de la jurisprudence *CG* ? La Cour ne clarifie pas, en effet, le lien entre pauvreté et vulnérabilité. En outre, la présence d'enfants est-elle requise pour caractériser la vulnérabilité ? Autant d'interrogations qui peuvent entraver l'application

¹⁴⁷ CJUE (*CG*), 15 juillet 2021, *C. G.*, C-709/20, ECLI:EU:C:2021:602.

¹⁴⁸ *Ibid.*, point 84.

¹⁴⁹ *Ibid.*, point 89.

uniforme du droit de l'Union, et placent les citoyens mobiles en situation de pauvreté dans une certaine incertitude quant à l'étendue des droits qu'ils tirent du droit de l'Union.

Les droits fondamentaux, en particulier la dignité humaine¹⁵⁰, le droit au respect de la vie familiale¹⁵¹ et l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵², peuvent toutefois constituer un remède à l'inapplicabilité du principe d'égalité de traitement.

2. Les droits fondamentaux, palliatifs des lacunes des droits inhérents au statut de citoyen

Malgré l'inapplicabilité de l'article 18 TFUE, l'applicabilité des droits fondamentaux permet au citoyen pauvre et particulièrement vulnérable de bénéficier des prestations indispensables à une vie dans des conditions conformes à la dignité humaine. La Cour estime en effet dans l'arrêt *CG* que les autorités nationales doivent s'assurer que le refus de prestations d'assistance sociale « n'expose pas le citoyen concerné et les enfants dont il a la charge à un risque concret et actuel de violation de leurs droits fondamentaux, tels qu'ils sont consacrés par les articles 1^{er}, 7 et 24 de la Charte »¹⁵³. Les autorités compétentes « peuvent tenir compte de l'ensemble des dispositifs d'assistance prévus par le droit national et dont le citoyen concerné et ses enfants peuvent bénéficier effectivement et actuellement »¹⁵⁴, ce qui ne donne pas nécessairement droit à une prestation en particulier. À cet égard, les droits fondamentaux ne sont qu'un remède incomplet à l'inapplicabilité du principe général d'égalité de traitement, puisqu'ils n'ouvrent pas de droit à bénéficier des prestations sociales dans les mêmes conditions que les nationaux, mais seulement à se voir octroyer de quoi couvrir ses besoins essentiels.

En définitive, à défaut de pouvoir accéder aux prestations sociales de l'État d'accueil sur le fondement de l'égalité de traitement - et donc en vertu de son statut de citoyen - l'indigent se trouvant dans une situation de particulière fragilité pourra compter sur les droits fondamentaux comme filet de sécurité pour lui permettre une vie conforme à la dignité humaine dans l'État d'accueil.

Cette vision s'inscrit certes en cohérence avec l'émergence des droits fondamentaux comme « nouveau fondement des mesures de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale »¹⁵⁵. La reconnaissance implicite par la Cour du dénuement matériel comme une possible atteinte à la dignité humaine est bienvenue¹⁵⁶, toutefois le citoyen de l'Union n'est à cet égard pas traité différemment d'un ressortissant de pays tiers, comme en

¹⁵⁰ Article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁵¹ Article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁵² Article 24, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁵³ Arrêt *CG*, préc., point 92.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, *op. cit.*, pp. 374 et s.

¹⁵⁶ La Cour européenne des droits de l'homme a pu reconnaître, s'agissant de mesures nationales touchant des personnes dans une situation de dénuement matériel extrême et particulièrement vulnérables, une atteinte à la dignité humaine : CEDH, 12 juillet 2005, *Moldovan c/ Roumanie*, n°41138/98 et 64320/01, § 103 et 110, ou encore CEDH, 19 janvier 2021, *Lăcătuș c/ Suisse*, n°14065/15, s'agissant de l'interdiction de la mendicité. Sur l'attitude de la Cour de Strasbourg face à la pauvreté, voy. not. P. DUCOULOMBIER, « La pauvreté et la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Florence Benoit-Robmer, Les droits de l'homme, du Conseil de l'Europe à l'Union européenne*, Bruylant, 2023, pp. 153 s.

atteste notamment la jurisprudence protégeant les conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile¹⁵⁷.

III. La pratique questionnée de l'éloignement du citoyen pauvre

À la marginalisation qui touche souvent le citoyen pauvre peut s'ajouter une exclusion physique du territoire. L'éloignement des citoyens de l'Union indigents est en effet une pratique relativement courante au sein des États membres. Elle touche alors non plus au corollaire de la liberté de circulation et de séjour qu'est l'égalité de traitement avec les nationaux, mais bien au cœur même de cette liberté. Cela soulève la question de sa légalité (A) comme de son effectivité (B).

A. La légalité de l'éloignement en raison de la pauvreté

D'une part, l'éloignement de l'indigent peut être expressément fondé sur son absence de ressources (1). D'autre part, la pauvreté peut parfois constituer une raison sous-jacente d'une décision d'éloignement juridiquement fondée sur un autre motif, tel que l'ordre public (2).

1. La pauvreté comme fondement juridique de l'éloignement

Les États membres conservent la faculté d'édicter une décision d'éloignement à l'encontre d'un citoyen qui ne remplirait pas ou plus les conditions de séjour, notamment celle tenant à la possession de ressources suffisantes¹⁵⁸. Il leur est en particulier possible d'éloigner un citoyen qui représenterait une charge déraisonnable pour les finances publiques nationales. La pauvreté représente alors le motif réel de l'éloignement. Toutefois, une telle mesure doit respecter le principe de proportionnalité¹⁵⁹, ce qui implique une appréciation individualisée. Le considérant 16 de la directive 2004/38/CE relève que « les bénéficiaires du droit de séjour ne devraient pas faire l'objet de mesures d'éloignement aussi longtemps qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil. En conséquence, une mesure d'éloignement ne peut pas être la conséquence automatique du recours à l'assistance sociale », garantie reprise à l'article 14, paragraphe 3¹⁶⁰. La directive reconnaît ainsi « une certaine solidarité financière »¹⁶¹, envers les ressortissants d'autres États membres, en particulier lorsqu'ils traversent des difficultés temporaires. De surcroît, la décision d'éloignement doit respecter les droits fondamentaux, notamment le droit au respect de la vie privée et familiale¹⁶². Lorsque le citoyen migrant est jugé représenter une charge déraisonnable pour les finances

¹⁵⁷ Bien que le droit d'accès aux conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile posées par la directive 2013/33/UE ne soit pas absolu (article 2, sous f) et g), et article 20, de Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, *JOUE* n° L 180 du 29 juin 2013, pp. 96-116), le droit au respect de la dignité humaine a été mobilisé par la Cour pour conforter une interprétation stricte des possibilités de retrait des dites conditions d'accueil, en tant qu'elles permettent aux demandeurs de protection de satisfaire leurs besoins les plus élémentaires : CJUE (GC), 12 novembre 2019, *Haqbin*, C-233/18, ECLI:EU:C:2019:956, spéc. point 46.

¹⁵⁸ CJUE (GC), 17 avril 2018, *B. et Vomero*, C-316/16 et C-424/16, ECLI:EU:C:2018:256, point 55.

¹⁵⁹ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 ; CJCE, 17 septembre 2002, *Baumhart*, C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493.

¹⁶⁰ Cette disposition est ainsi formulée : « Le recours au système d'assistance sociale par un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille n'entraîne pas automatiquement une mesure d'éloignement ».

¹⁶¹ CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565, point 72.

¹⁶² Voy. par analogie, pour l'éloignement pour des motifs d'ordre public, CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, C-482/01 et C-493/01, ECLI:EU:C:2004:262, spéc. points 97 à 99.

publiques nationales, cette charge devra donc être mise en balance avec son intégration dans l'État d'accueil, et en particulier avec les attaches familiales qu'il y possède.

En cas de mise en balance défavorable au citoyen indigent, sa prise en charge reposera alors *in fine* sur son État d'origine, puisque le lien de nationalité suppose la solidarité sociale, que l'intégration dans la société d'accueil ne suffit pas nécessairement à justifier.

En tout état de cause, le citoyen qui fait l'objet d'une décision d'éloignement bénéficie des garanties procédurales des articles 30 et 31 de la directive 2004/38/CE. Néanmoins, les garanties de l'article 28 de ladite directive, intitulé « protection contre l'éloignement » ne sont pas applicables aux citoyens faisant l'objet d'un éloignement au motif d'un défaut de séjour¹⁶³. En ce sens, l'arrêt *Chenchooliah*¹⁶⁴ jugeait ainsi que le membre de la famille d'un citoyen qui a perdu son droit de séjour relève de l'article 15 de la directive, qui renvoie aux garanties procédurales des articles 30 et 31, mais non à la protection garantie par l'article 28¹⁶⁵.

Par ailleurs, si la Commission n'est pas parvenue à faire figurer dans la directive 2004/38/CE une interdiction absolue d'éloignement des citoyens de l'Union ayant acquis un droit de séjour permanent¹⁶⁶, ces derniers sont néanmoins assurés de ne pas pouvoir être éloignés pour défaut de ressources suffisantes¹⁶⁷. À cet égard, la logique d'intégration graduelle résultant de la directive se matérialise pleinement pour l'indigent.

L'éloignement pour défaut de ressources suffisantes est effectivement pratiqué, comme en atteste, à titre d'exemple, l'édition par les autorités françaises d'une mesure d'éloignement à l'encontre d'un ressortissant belge pour ce seul motif. À l'appui du contrôle de la légalité de cette mesure, la Cour administrative d'appel relève que le requérant, qui n'exerce aucune activité professionnelle en France, « bénéficie d'une prise en charge assurantielle au titre de la CMU », et « perçoit, comme unique ressource, l'allocation pour adultes handicapés (...) ainsi qu'une aide ponctuelle de la ressortissante française qui l'héberge »¹⁶⁸. Or, l'allocation pour adultes handicapés « ne constitue pas une ressource propre mais une prestation dont il bénéficie au titre de l'aide sociale »¹⁶⁹, ce qui justifie son éloignement pour absence de droit de séjour. Une autre affaire concernait une ressortissante roumaine vivant dans un campement illicite, qui, bien que n'ayant apparemment pas fait appel à l'aide sociale en France, ne disposait d'aucun justificatif de moyens d'existence, ni d'une autre assurance maladie que la CMU, conduisant le juge à reconnaître la légalité de la décision d'éloignement la visant¹⁷⁰.

¹⁶³ Les articles 27 et 28 ne concernent en effet que les citoyens éloignés pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique.

¹⁶⁴ CJUE (GC), 10 septembre 2019, *Chenchooliah*, C-94/18, ECLI:EU:C:2019:693.

¹⁶⁵ Arrêt *Chenchooliah*, spéc. points 73 et 86.

¹⁶⁶ Article 26, paragraphe 2, de la proposition initiale de directive (COM(2001) 257 final). Le Conseil s'y était en effet opposé.

¹⁶⁷ En effet, il ne s'agit pas d'une condition de maintien du droit de séjour permanent. Voy. *supra*, I.

¹⁶⁸ CAA Lyon, 1^{ère} chambre, 23 juin 2020, 19LY03816, Inédit au recueil Lebon, considérant 3.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ CAA Marseille, 5^{ème} chambre - formation à 3, 18 septembre 2017, 16MA03926, Inédit au recueil Lebon, cons. 12. Cette jurisprudence s'inscrit en continuité avec un avis du Conseil d'État en vertu duquel « l'insuffisance des ressources peut être opposée par le préfet pour prendre une décision d'éloignement à l'encontre d'un ressortissant communautaire qui séjourne en France depuis plus de trois mois, alors même que l'intéressé n'est pas encore effectivement pris en charge par le système d'aide sociale » : CE, avis, 26 novembre 2008, *Silidor*, n° 315 441, concl. M. Guyomar, *AJD.A*, 16 févr. 2009, p. 270.

Les Pays-Bas pratiquent également couramment l'éloignement pour défaut de ressources suffisantes, y compris lorsque le citoyen n'a pas recouru à l'aide sociale¹⁷¹. Les faits en cause dans l'arrêt *FS c/ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*¹⁷² en constituent une illustration. Dans cette affaire, les autorités néerlandaises ont édicté une décision d'éloignement à l'encontre d'un ressortissant polonais pour défaut de droit de séjour aux Pays-Bas. Bien qu'il ait travaillé dans cet État membre, il ne démontrait pas se trouver dans une des situations permettant le maintien de la qualité de travailleur, ni n'apportait la preuve de la possession de ressources suffisantes. En outre, les autorités nationales indiquent avoir tenu compte de ses régulières arrestations par les services de police pour des suspicions de vols à l'étalage et à la tire : ces faits ont été mobilisés à l'appui de la démonstration de l'insuffisance de ses ressources. Les motifs liés à l'indigence et à l'ordre public s'avèrent enchevêtrés, illustrant la difficulté de tracer une frontière étanche entre les différents types de mesures d'éloignement dont peuvent faire l'objet les citoyens pauvres. Surtout, la Cour ne s'émeut pas du fait que le requérant ne recourait pas au système d'assistance sociale, de sorte que la charge déraisonnable pouvait difficilement être reconnue. Plus encore, l'avocat retenait dans ses conclusions une interprétation excessivement large de la notion d'« assistance sociale », comme incluant « la mobilisation, du fait du comportement de la personne en cause, d'une partie considérable des ressources de la police »¹⁷³. Bien que la Cour ne retienne pas une telle solution, la porosité entre pauvreté et atteinte à l'ordre public se trouve accrue par ce type de position.

Au-delà de ces cas dans lesquels la pauvreté constitue le fondement juridique exprès de la décision d'éloignement, l'indigence peut apparaître en filigrane dans des décisions édictées pour d'autres motifs.

2. La pauvreté comme motif inavoué de l'éloignement

Dissimulée sous le voile d'un autre motif, tel que l'ordre public, la pauvreté peut également constituer une raison sous-jacente de l'édition d'une décision d'éloignement.

En effet, la menace à l'ordre public invoquée par l'État membre s'avère parfois étroitement corrélée à l'indigence du citoyen. Ainsi en va-t-il de la décision d'éloignement édictée par les autorités françaises à l'encontre d'une citoyenne roumaine pour « escroquerie à la charité publique »¹⁷⁴. Aucune condamnation pénale n'avait été prononcée à son encontre, de sorte que les conditions strictes exigées par le droit de

¹⁷¹ Voy. D. KRAMER, 'On the Futility of Expelling Poor Union Citizens in an Open Border Europe' préc., p. 159.

¹⁷² Arrêt *FS c/ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, préc.

¹⁷³ Conclusions de l'avocat général Rantos dans l'affaire *FS c/ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 101. Cela s'inscrit en contradiction avec la définition donnée par la Cour du système d'assistance sociale comme « l'ensemble des régimes d'aides institués par des autorités publiques, que ce soit au niveau national, régional ou local, auxquels a recours un individu qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour faire face à ses besoins élémentaires ainsi qu'à ceux de sa famille et qui risque, de ce fait, de devenir, pendant son séjour, une charge pour les finances publiques de l'État membre d'accueil susceptible d'avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État » : arrêt *Brey*, préc., point 61, confirmé par les arrêts *Dano*, préc. point 63, et *Alimanovic*, préc., point 44.

¹⁷⁴ CE, 1^{er} octobre 2014, Req. n° 365054 : une ressortissante roumaine avait fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) pour « avoir, en réunion, sollicité le versement de sommes d'argent à l'aide d'une fausse documentation portant l'en-tête d'une association caritative ». Sur cette affaire, voy. G. MARTI, « La fraude à la charité publique, motif légal d'éloignement des citoyens de l'Union européenne ? », *JCP A*, 8 juin 2015, n°23, pp. 29-32.

l'Union pour procéder à un éloignement pour des raisons d'ordre public n'étaient manifestement pas remplies. Surtout, pour justifier de la légalité de la décision, le Conseil d'État s'appuie notamment sur le fait que la citoyenne « ne disposait d'aucun autre moyen d'existence que la mendicité »¹⁷⁵. Cet exemple est topique de la confusion qui peut exister entre pauvreté et menace à l'ordre public, et qui semble toucher particulièrement les ressortissants des États membres les plus récemment entrés dans l'Union. La prédominance des ressortissants roumains et bulgares parmi les citoyens de l'Union se trouvant dans les centres de rétention administrative français¹⁷⁶ en constitue un indice.

En particulier, les personnes Roms, particulièrement victimes de pauvreté et d'exclusion sociale¹⁷⁷, voient souvent nier les droits qu'elles tirent de leur statut de citoyen européen¹⁷⁸. À titre d'illustration, la loi française du 7 mars 2016¹⁷⁹ qui a permis d'associer aux mesures d'éloignement du territoire une interdiction de revenir, était manifestement destinée à la communauté Rom roumaine et bulgare¹⁸⁰. Or, en tant que dérogation à la liberté fondamentale de circulation et de séjour, les mesures de ce type doivent respecter les droits fondamentaux, et notamment l'interdiction des discriminations fondées sur les origines ethniques ou sociales¹⁸¹.

En 2010 déjà, l'éloignement par la France de plusieurs centaines de Roms citoyens de l'Union vers la Bulgarie et la Roumanie, doublé d'une circulaire ciblant expressément les campements des Roms, avait conduit la Commission à envisager la mise en œuvre d'une procédure d'infraction¹⁸². Cette même année, les juridictions administratives françaises avaient pu être confrontées à des mesures d'éloignement édictées contre des Roms citoyens de l'Union pour des motifs tels que l'occupation illégale d'un terrain public. Cette dernière ne constituait pas « une menace suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société »¹⁸³, en l'absence de circonstances particulières.

L'exemple de la France est loin d'être isolé, puisque les dispositions de la directive 2004/38/CE concernant l'éloignement pour des motifs d'ordre public et de sécurité

¹⁷⁵ CE, 1er octobre 2014, Req. n° 365054, considérant 6.

¹⁷⁶ La nationalité roumaine est d'ailleurs la sixième nationalité la plus représentée parmi les personnes éloignées du territoire français après un placement en centre de rétention administrative : Groupe SOS Solidarité, Forum réfugiés, France Terre d'Asile, La Cimade, Solidarité Mayotte, « Rapport 2022 sur les centres et locaux de rétention administrative », 26 avril 2023, p. 16, https://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2023/04/RA_CRA_2022_web.pdf.

¹⁷⁷ Le taux de personnes « à risque de pauvreté » est de 80% pour les Roms, contre 16,8% pour la population générale : communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « A Union of Equality: EU Roma strategic framework for equality, inclusion and participation », 7 octobre 2020, COM(2020) 620 final, spéc. p. 4.

¹⁷⁸ Comme le souligne Etienne PATAUT dans le Rapport national français pour le Congrès FIDE 2023 sur le thème « Union sociale européenne », coordonné par E. MAZUYER et E. PATAUT, disponible en ligne <https://www.fide-france.eu/prochain-congres>, spéc. p. 5.

¹⁷⁹ Article 28 de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, codifiée à l'article L511-3-2 du CESEDA, remplacé par l'actuel article L251-4 du CESEDA.

¹⁸⁰ Cela avait notamment conduit le Défenseur des droits à dénoncer sa non-conformité au droit de l'Union : Défenseur des droits, Avis 16-02 du 15 janvier 2016.

¹⁸¹ Cela est d'ailleurs rappelé par le considérant 31 de la directive 2004/38/CE.

¹⁸² Cet épisode est relaté plus en détails par A. ILIOPOULOU, « Le temps des gitans » : à propos de la libre circulation des Roms dans l'Union européenne », *Europe* 2010, n°1.

¹⁸³ TA Lille, 27 août 2010, n° 1 005 246, n° 1 005 249, n° 1 005 253 et n° 1 005 254 ; note J.-G. SORBARA, *JCP G*, n°38, 20 sept. 2010, 916 ; cité par A. ILIOPOULOU, « Le temps des gitans » : à propos de la libre circulation des Roms dans l'Union européenne », préc.

publique font partie de celles dont la transposition est la plus lacunaire¹⁸⁴. Or ces dernières établissent clairement que les raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique « ne peuvent être invoquées à des fins économiques »¹⁸⁵. Le droit dérivé s'oppose donc au détournement de ces motifs pour éloigner un indigent qui risquerait de devenir une charge pour le financement du système social, mais n'est pas suffisamment respecté en pratique.

En définitive, si l'éloignement du citoyen pauvre représentant une charge excessive pour le financement du système social de l'État d'accueil est permis, en pratique, la conformité au droit de l'Union des décisions d'éloignement édictées par les États membres à l'encontre des plus démunis peut s'avérer discutable. À cette légalité parfois douteuse s'ajoute une faible effectivité des décisions d'éloignement.

B. L'effectivité de l'éloignement en raison de la pauvreté

Dans un espace Schengen sans contrôles aux frontières intérieures et une Union européenne fondée sur le paradigme de la libre circulation, l'éloignement du citoyen démuné empêche difficilement son retour dans l'État d'accueil. Face à cette problématique, le juge de l'Union a précisé que la question de savoir si une décision d'éloignement a été exécutée de manière effective doit être appréhendée par une appréciation individuelle (1). Gage d'effectivité de l'exécution d'une décision d'éloignement, l'interdiction d'entrée sur le territoire ne peut toutefois être prononcée à l'encontre du citoyen éloigné pour défaut de ressources (2).

1. L'appréciation in concreto de l'effectivité de l'éloignement

L'arrêt rendu par la grande chambre dans l'affaire *FS c/ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* permet d'appréhender la question sensible des effets d'une décision d'éloignement. Le requérant avait effectivement quitté le territoire néerlandais dans le délai de départ volontaire qui lui était imparti, preuve en était son arrestation en Allemagne pour un vol présumé à l'étalage. Toutefois, indiquant résider chez des amis dans une commune allemande frontalière, le requérant admet continuer de se rendre quotidiennement aux Pays-Bas pour y acquérir des produits stupéfiants. À nouveau interpellé sur le territoire néerlandais, il est placé en rétention aux fins d'éloignement. La juridiction de renvoi s'interrogeait ainsi sur le point de savoir si le requérant pouvait être considéré comme n'ayant pas exécuté la précédente décision d'éloignement, du fait de son retour immédiat, ou s'il devait être considéré comme ayant débuté un nouveau séjour aux Pays-Bas, auquel cas il y bénéficierait du droit de séjour inconditionnel de moins de trois mois.

La Cour juge que le seul départ physique du citoyen de l'Union n'est pas suffisant aux fins de l'exécution d'une décision d'éloignement prise à l'égard de celui-ci au titre de cette disposition¹⁸⁶ sous peine de priver d'effet utile la possibilité pour l'État membre d'accueil de mettre fin au séjour d'un citoyen de l'Union¹⁸⁷. En effet, si le citoyen de l'Union n'avait qu'à traverser la frontière pour pouvoir revenir immédiatement sur le

¹⁸⁴ A. ILIOPOULOU, « Le temps des gitans » : à propos de la libre circulation des Roms dans l'Union européenne », préc. Selon le rapport de la Commission concernant la transposition de ce texte, seuls quatre États membres avaient adéquatement transposé les garanties matérielles et procédurales applicables aux décisions d'éloignement.

¹⁸⁵ Article 27, paragraphe 1, de la directive 2004/38/CE.

¹⁸⁶ Arrêt *FS c/ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, préc., point 73.

¹⁸⁷ *Ibid.*, point 74.

territoire de l'État d'accueil et y bénéficier d'un nouveau droit de séjour, « ledit citoyen de l'Union pourrait se voir reconnaître de nombreux droits de séjour l'un après l'autre sur le territoire d'un même État membre d'accueil au titre de ce dernier article, alors même que, en réalité, ces différents droits seraient reconnus aux fins d'un seul et même séjour effectif »¹⁸⁸. Le nécessaire équilibre entre le droit à la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union et la protection du système d'assistance sociale des États d'accueil sont également invoqués au soutien de cette position¹⁸⁹. Est donc exigé du citoyen qu'il mette « un terme réel et effectif à son séjour »¹⁹⁰ sur le territoire dont il est éloigné. La juridiction de renvoi est alors tenue de se livrer à une interprétation *in concreto*, prenant en considération tout élément « attestant une rupture des liens unissant le citoyen de l'Union concerné à l'État membre d'accueil »¹⁹¹, ainsi que la durée du séjour initial dans l'État d'accueil et la situation familiale et économique du citoyen¹⁹². Si l'appréciation individuelle est pertinente pour concilier les droits du citoyen et les intérêts étatiques, elle emporte néanmoins avec elle un risque d'insécurité juridique pour les requérants, outre la tâche délicate qu'elle fait reposer sur les autorités nationales.

En définitive, si le citoyen n'a pas mis un terme réel et effectif à son séjour, il peut être contraint à quitter le territoire sans que les autorités n'aient l'obligation d'édicter une nouvelle décision d'éloignement, sauf à ce que le citoyen remplisse entre-temps les conditions pour se voir reconnaître un droit de séjour fondé sur l'article 7 de la directive¹⁹³.

Toutefois, compte tenu de l'abolition des contrôles aux frontières intérieures des États membres, il demeure en pratique difficile de s'assurer que le citoyen n'entre pas à nouveau dans l'État d'accueil. La possibilité d'imposer aux citoyens de l'Union de signaler leur présence sur le territoire ou de se faire enregistrer auprès des autorités compétentes est un palliatif mis en avant par la Cour¹⁹⁴. Néanmoins, les Pays-Bas, comme l'Allemagne, ont aboli l'obligation d'enregistrement qui incombait au citoyen, le respect des conditions de séjour n'étant vérifié qu'*a posteriori*¹⁹⁵. Enfin, la grande chambre juge que le droit d'entrée prévu à l'article 5 de la directive 2004/38/CE permet au citoyen de l'Union non seulement d'être admis sur le territoire d'un État membre pour y séjourner sur le fondement de la directive, mais également lorsqu'il se rend ponctuellement sur ledit territoire à d'autres fins que d'y séjourner¹⁹⁶. Il en découle « qu'une décision d'éloignement prise à l'encontre d'un citoyen de l'Union, au titre de l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2004/38, ne saurait lui être opposée tant que

¹⁸⁸ *Ibid.*, point 73.

¹⁸⁹ *Ibid.*, point 75.

¹⁹⁰ *Ibid.*, point 80.

¹⁹¹ Des indices sont évoqués, comme la résiliation d'un contrat de bail, un déménagement, ou la désinscription d'un service d'insertion professionnelle : arrêt *FS*, point 91, ou encore la durée de l'absence du territoire : point 90.

¹⁹² Arrêt *FS c/ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, préc., point 92. En revanche, la Cour se refuse à fixer une période minimale durant laquelle il devrait résider hors du territoire : *ibid.*, spéc. point 89, ainsi que points 91 et 93 des conclusions de l'avocat général.

¹⁹³ Arrêt *FS c/ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, préc., point 95.

¹⁹⁴ *Ibid.*, point 99. La Cour précise que « le non-respect de cette dernière obligation, tout comme celui de l'obligation d'enregistrement, peut être passible de sanctions non discriminatoires et proportionnées ».

¹⁹⁵ D. KRAMER, 'On the Futility of Expelling Poor Union Citizens in an Open Border Europe' (2021) 6 *European Papers*, pp. 155-165, p. 164.

¹⁹⁶ Arrêt *FS c/ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, préc., point 102.

sa présence sur le territoire de l'État membre d'accueil se justifie au titre de l'article 5 de cette directive »¹⁹⁷.

Conséquemment, l'effectivité des éloignements pour défaut de ressources suffisantes restera fatalement lacunaire, au point que leur opportunité même pourrait être questionnée. En outre, l'État membre pouvant refuser l'accès aux prestations sociales aux citoyens démunis, leur éloignement n'est plus forcément nécessaire pour les empêcher de devenir une charge déraisonnable. De plus, dans les cas où des motifs d'ordre public se superposent à la pauvreté, une interdiction d'entrée peut être envisagée¹⁹⁸.

2. La non-conformité au droit de l'Union de l'interdiction d'entrée

L'article 15, paragraphe 3, de la directive 2004/38/CE prévoit que l'État membre d'accueil ne peut assortir une décision d'éloignement d'une interdiction d'entrée sur le territoire que si elle a été édictée pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. A contrario, l'indigent éloigné au motif qu'il constituerait une charge excessive pour les finances publiques nationales ne peut donc se voir infliger une telle mesure. Cette mesure efficace pour assurer l'exécution complète de la décision d'éloignement n'étant pas permise, l'éloignement de l'indigent risque logiquement une effectivité moindre par rapport à celui du citoyen délinquant.

À nouveau, cette garantie a parfois fait l'objet d'une transposition ambiguë. À titre d'exemple, l'article L. 251-4 du CESEDA permet aux autorités nationales d'assortir la décision portant obligation de quitter le territoire français d'une interdiction de circulation sur le territoire national d'une durée maximale de trois ans. Cette faculté concerne les décisions édictées sur le fondement de motifs d'ordre public ou de sécurité publique, et les cas dans lesquels le séjour est constitutif d'un abus de droit¹⁹⁹. Une telle interdiction a par exemple été imposée à un ressortissant roumain, sans qu'il ait fait l'objet d'une condamnation pénale. La légalité de cette décision a été reconnue par la Cour administrative d'appel, au motif que les faits délictueux lui étant reprochés étaient établis et reconnus par le requérant²⁰⁰. Plus encore, le fait que cette possibilité s'applique aux séjours constitutifs d'un abus de droit permet notamment d'imposer une interdiction de circulation en France à des citoyens indigents qui multiplieraient les séjours de moins de trois mois²⁰¹.

Il est loisible de penser que la relative ineffectivité des éloignements fondés sur la pauvreté tend à inciter les États à recourir à des interdictions d'entrée, quand bien même elles ne seraient pas conformes au droit de l'Union.

Malgré la volonté politique des institutions de l'Union de lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale, force est de constater que celles-ci ne sont pas appréhendées comme un obstacle à la jouissance effective des droits attachés au statut de citoyen de l'Union. Face à la pauvreté, le droit dérivé et la jurisprudence de la Cour oscillent entre

¹⁹⁷ *Ibid.*, point 103.

¹⁹⁸ Voy. *infra*, et article 15, paragraphe 3, de la directive 2004/38/CE.

¹⁹⁹ Article L. 251-1, paragraphe 2 et 3, du CESEDA.

²⁰⁰ CAA Paris, 3ème chambre, 26 juin 2018, 17PA03978, Inédit au recueil Lebon, cons. 5.

²⁰¹ Ce type de comportement a en effet pu être jugé constitutif d'un abus de droit : CAA Marseille, 4ème chambre - formation à 3, 27 février 2018, 17MA02273, préc., cons. 7.

indifférence, attitude de rejet et volonté de protection. Désormais attribut du citoyen, la liberté de circulation et de séjour est ouverte aux plus démunis. Toutefois, ces derniers demeurent confrontés à des difficultés importantes lors de son exercice. En effet, les inactifs dénués de ressources ne peuvent se prévaloir de l'égalité de traitement avec les nationaux en matière d'accès aux prestations sociales. Les limites de la citoyenneté sociale pour les indigents illustrent le caractère inabouti de la solidarité à l'égard des ressortissants d'autres États membres. De surcroît, des citoyens continuent en pratique de voir édictées à leur encontre des mesures d'éloignement du territoire fondées sur le défaut de ressources suffisantes. À cet égard, la citoyenneté de l'Union n'a pas encore réalisé toutes les potentialités d'une citoyenneté fédérale. L'ambivalence de la relation entre citoyenneté de l'Union et pauvreté constitue finalement un révélateur du flou demeurant autour des objectifs et du modèle de libre circulation souhaité par l'Union et ses États membres. S'agit-il exclusivement d'un modèle élitiste, ne s'étant pas émancipé du carcan fonctionnel de l'intégration marchande, ou son ambition est-elle de renforcer l'interpénétration des sociétés au-delà de celle des économies, en acceptant la mobilité des plus vulnérables ?

Les régions pauvres de l'Union européenne

Ninon Forster

Professeure de droit public, Université polytechnique des Hauts-de-France

L'article 3, paragraphe 3, alinéas 2 et 3 du traité sur l'Union européenne (TUE) dispose que dans l'établissement d'un marché intérieur, l'Union promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres. Le concept de cohésion, intimement lié au processus d'intégration dans l'Union, peut être associé au concept d'équité et de solidarité. Plus précisément, la cohésion économique et sociale traduit l'objectif que toutes les régions de l'Union connaissent une croissance économique durable ainsi que la création d'emplois et un développement social et écologique, permettant par là même de donner aux citoyens « des chances équivalentes [...] en termes de conditions de vie et de la qualité de vie, quel que soit le lieu où ils vivent ». Quant à la cohésion territoriale, consacrée depuis le traité de Lisbonne comme un objectif au même titre que la cohésion économique et sociale¹, elle traduit l'objectif de développement équilibré et durable afin de parvenir à une distribution géographiquement équilibrée de la croissance sur le territoire de l'Union. L'approche territorialisée de la cohésion implique de tenir compte de la diversité des territoires et du principe de subsidiarité² et « permet d'améliorer l'égalité des chances, notamment l'accès aux services publics pour les citoyens et les entreprises, où qu'ils se trouvent, elle renforce la solidarité, favorise la convergence et réduit les inégalités entre les territoires mieux lotis, ceux qui ont de moins bonnes perspectives de prospérité et ceux qui accusent un retard de développement. Elle permet à tous les territoires d'atteindre les meilleurs résultats possibles, en exploitant leurs propres atouts, grâce à des investissements territorialisés »³.

Cet objectif de cohésion est fondamental dans la mesure où les 242 régions qui composent le territoire de l'Union connaissent des disparités importantes en termes de développement économique, social et territorial, lesquelles ont des conséquences négatives pour le fonctionnement du marché intérieur. En effet, les régions les moins développées peinent à attirer les investissements, ce qui exacerbe les écarts d'infrastructure et de qualification de la main-d'œuvre, conduisant en conséquence à un exode des travailleurs qualifiés vers des zones plus prospères. Cela crée des déséquilibres en termes de concurrence, de mobilité et de pouvoir d'achat qui affectent le potentiel du marché intérieur. Au-delà des conséquences sur le fonctionnement du marché, des chercheurs, en développant le concept de « géographie du mécontentement »⁴, ont démontré que les disparités régionales participent à la montée de l'euroscepticisme et du populisme. Reprenant leurs conclusions, le Comité

¹ Article 3 TUE.

² Agenda territorial 2030, §6 et 8 disponible à l'adresse suivante : territorialagenda.eu

³ *Ibid*, §6 ; voy. Commission européenne, *Livre vert sur la cohésion territoriale : faire de la diversité territoriale un atout*, 6 octobre 2008, COM (2008) 616 final.

⁴ L. DIJKSTRA, H. POELMAN, A. RODRIGUEZ-POSE, « Géographie du mécontentement et du mal-être dans l'UE », 2 mars 2020, disponible sur <https://www.telos-eu.com/fr/politique-francaise-et-internationale/geographie-du-mecontentement-et-du-mal-etre-dans-l.html>

économique et social européen souligne que « des niveaux plus élevés en matière de revenu disponible, d'emploi, de dépenses sociales et de PIB [sont] tous associés à un vote populiste plus faible au niveau régional [...] »⁵. En d'autres termes, « une diminution du revenu disponible est associée à une augmentation du soutien aux partis populistes »⁶. Dès lors, la prise en considération des disparités entre régions est fondamentale pour l'équité, la stabilité et la prospérité à long terme de l'Union, pour la réalisation de son objectif fondamental de solidarité et plus encore pour la pérennité de la construction européenne.

C'est en tenant compte de l'existence d'écart de développement et de la nécessité de les faire régresser que naît la figure des « régions pauvres » européennes⁷. L'appellation « région pauvre » n'est pas utilisée dans les discours et dans les textes européens ;⁸ néanmoins, l'idée qu'elle recouvre est incarnée par les termes de régions « les moins favorisées »⁹, « en retard de développement »¹⁰, « gravement sous-développées »¹¹ ou « les moins développées »¹², celles « dont le niveau de vie est anormalement bas ou dans lequel sévit un grave sous-emploi »¹³, ou encore les « régions à faible croissance »¹⁴. Les régions pauvres sont celles qui connaissent un retard de croissance qui découle des carences de transformations techniques, sociales, territoriales, démographiques et culturelles d'un territoire. Le critère principal utilisé par les institutions européennes pour évaluer le retard de développement est celui du produit intérieur brut par habitant calculé en standard de pouvoir d'achat (ci-après PIB)¹⁵. Sur cette base, depuis 2014, trois catégories de régions sont identifiées : les régions en retard de développement dont le PIB est inférieur à 75 % de la moyenne de l'Union, les régions en transition au PIB

⁵ Avis du CESE sur le « Le populisme et les droits fondamentaux — zones périurbaines et rurales », (2020/C 97/07), JOUE, 24 mars 2020, C 97/53, § 4. 2 ; voy. CESE, « Societies outside Metropolises: the role of civil society organisations in facing populism » Bruxelles, 2019, disponible à l'adresse suivante <https://www.eesc.europa.eu/sites/>.

⁶ Avis du CESE sur le « Le populisme et les droits fondamentaux — zones périurbaines et rurales », *op. cit.*, § 4. 2 ; voy. CESE, « Societies outside Metropolises: the role of civil society organisations in facing populism » *op. cit.*

⁷ Le terme de « région » est générique puisqu'il correspond à toutes les formes d'entités décentralisées que l'Union connaît, aussi bien les départements français que les Länder allemands, les provinces espagnoles ou les districts bulgares. Le terme de région fait référence à des entités territoriales définies par les États membres, mais au classement au sein de catégories élaborées par l'Union européenne sur le fondement de nomenclature des unités territoriales statistiques (NUTS). Cette dernière a été établie par Eurostat en 1981 afin de disposer d'un schéma unique et cohérent de répartition territoriale permettant notamment l'application de la politique régionale de l'Union européenne.

⁸ Il faut noter que la notion de « région pauvre » est utilisée dans les considérants préliminaires du protocole n° 28 sur la cohésion économique, sociale et territoriale du TFUE, lequel met en évidence le fait que « que la Banque européenne d'investissement (BEI) prête des sommes considérables et de plus en plus importantes au bénéfice des régions les plus pauvres » (nous soulignons).

⁹ Le Préambule du TFUE fait référence à la finalité suivante : « Soucieux de renforcer l'unité de leurs économies et d'en assurer le développement harmonieux en réduisant l'écart entre les différentes régions et le retard des moins favorisées, lequel se retrouve à l'article 174, alinéa 2, TFUE : « En particulier, l'Union vise à réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions et le retard des régions les moins favorisées ».

¹⁰ Préambule de l'Agenda territorial 2030, §6, *op. cit.*

¹¹ Article 96 § 2 TFUE.

¹² Article 309, alinéa 2, a) TFUE.

¹³ Article 107 § 3, a) TFUE.

¹⁴ Commission européenne, Communication sur le 8e rapport sur la cohésion : la cohésion en Europe à l'horizon 2050, 4 février 2022, COM/2022/34.

¹⁵ Si le critère principal reste le PIB, à partir de 2021 sont aussi pris en considération le taux de chômage, l'impact du réchauffement climatique ou le nombre d'arrivées de migrants entreront également en compte.

contenu entre 75 et 90 % de la moyenne de l'Union et les régions plus développées au PIB supérieur à 90 % de la moyenne de l'Union.

Les régions en retard de développement et les régions en transition sont celles qui dans le cadre de cette contribution seront assimilées à la notion de « régions pauvres »¹⁶. Si les premières recouvrent sans conteste la qualité de « région pauvre », il est moins évident d'y assimiler les secondes. Pourtant, à l'occasion d'un rapport sur les régions en retard de développement, la Commission a affiné sa classification en distinguant les « régions à faible croissance » et les « régions à faible revenus »¹⁷, les secondes étant toujours beaucoup moins développées que les premières. Les régions à faible revenu sont celles qui se caractérisent par des niveaux de revenu globalement bas par habitant par rapport à la moyenne européenne, un chômage élevé et un faible niveau de vie, des infrastructures insuffisantes, un manque d'investissement tant public que privé, un accès faible au marché et des revenus faibles dus à un manque d'industrie ou de service à haute valeur ajoutée. Les régions à faible croissance sont quant à elles celles qui connaissent une croissance inférieure à la moyenne du fait d'une économie stagnante ou en déclin, d'un manque d'innovation ou de difficultés à s'adapter aux changements du marché. À la différence des régions à faible revenu, les régions à faible croissance ne sont pas pauvres en termes de revenus par habitant, néanmoins elles le sont dans la mesure où la faible croissance affecte le potentiel d'emploi et réduit les perspectives. Ces dernières se trouvent en quasi-totalité parmi les régions moins développées, mais aussi en transition, de Grèce, d'Espagne, d'Italie et du Portugal¹⁸. Les régions à faible revenu sont surtout les régions moins développées de Bulgarie, de Hongrie, de Pologne et Roumanie¹⁹.

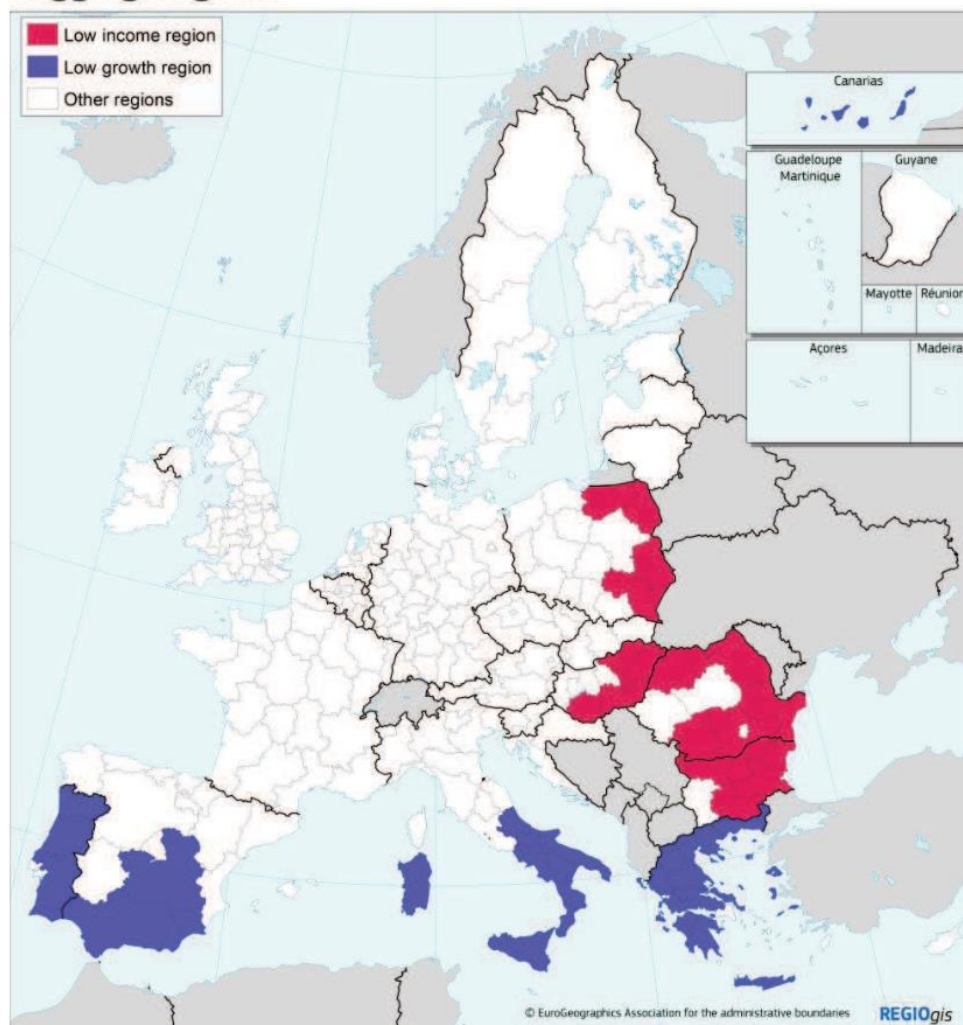
¹⁶ Art. 108, § 2 du règlement (UE) 2021/1060 du Parlement européen et du Conseil du 24 juin 2021 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen plus, au Fonds de cohésion, au Fonds pour une transition juste et au Fonds européen pour les affaires maritimes, la pêche et l'aquaculture, et établissant les règles financières applicables à ces Fonds et au Fonds « Asile, migration et intégration », au Fonds pour la sécurité intérieure et à l'instrument de soutien financier à la gestion des frontières et à la politique des visas, *JOUE L 231 du 30 juin 2021, p. 159*.

¹⁷ Document de travail de la Commission européenne, « Compétitivité dans les régions à faible revenu et à faible croissance : rapport sur les régions en retard de développement », 10 avril 2017, (SWD(2017)0132).

¹⁸ Document de travail de la Commission européenne, « Compétitivité dans les régions à faible revenu et à faible croissance : rapport sur les régions en retard de développement », 10 avril 2017, (SWD(2017)0132), p. 1.

¹⁹ *Ibid.*

Lagging Regions



Dans son dernier rapport sur la cohésion de février 2022, la Commission donne une vision plus précise des disparités entre les régions européennes comme suit : Tout d'abord, les différences de développement confrontent, d'un côté, les régions qui se trouvent dans un polygone entre Paris, Milan, Munich et Hambourg qui concentrent sur vingt pour cent du territoire, quarante pour cent de la population et cinquante pour cent du PIB ainsi que soixante-quinze pour cent des projets de recherche et développement et, de l'autre, les franges méridionales de l'Union et les Länder allemands de l'Est qui ont un niveau de développement les situant à cinquante ou soixante pour cent des moyennes de l'Union²⁰. Ensuite, entre les régions de chaque État membre, il est observé une disparité entre les villes capitales et leur région qui ont une croissance forte et les régions notamment rurales. Les territoires forts attirent les fonctions de commandement, les activités de formation et de recherche, les services publics et marchands de haut niveau, les activités culturelles, *etc.*, lesquels ne bénéficient pas aux autres régions et qui, dans le même temps, crée une congestion des espaces, des temps de transport, de la pollution, de l'exclusion sociale, de la délinquance qui contribuent à

²⁰ A. RODRÍGUEZ-POSE, «The revenge of the places that don't matter (and what to do about it)», *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 2017, n° 11-1, p. 200.

la dégradation des conditions de vie. Pour résumer, d'un côté il y a un trop plein, de l'autre un vide²¹. En outre, si depuis 2001 les régions les moins développées de l'Est de l'Union rattrapent leur retard de développement, ce qui substantiellement se traduit par une réduction de l'écart de PIB par habitant la hausse de leurs taux de croissance grâce à des transformations structurelles, les régions du sud de l'Union, à revenu intermédiaire et moins développées, subissent au contraire une stagnation ou un déclin de leur activité économique lié au fait qu'elles ont été durement frappées par la crise financière de 2008 et éprouvent des difficultés à se redresser. La pandémie de Covid-19 a aggravé les divergences entre régions de l'Union, notamment de celles qui connaissent des difficultés en matière d'accès aux soins de santé, lesquelles ont particulièrement été mises en évidence durant cette crise. Enfin, les nouvelles perspectives de croissance risquent de créer de nouvelles disparités ou de les aggraver, comme le souligne la Commission, au cours des trente prochaines années, la croissance de l'Union sera stimulée par les transitions écologiques et numériques. Si celles-ci ouvrent de nouveaux débouchés, elles nécessiteront des changements structurels majeurs qui risquent de créer de nouvelles disparités régionales.

L'origine des disparités entre régions européennes et par là même les facteurs de pauvreté sont divers²². Ils sont parfois extrinsèques à la construction européenne, au sens où ils relèvent des territoires et des politiques nationales, comme les faiblesses des infrastructures locales²³, l'insuffisance d'investissement, la déliquescence du tissu industriel ou encore des facteurs géographiques²⁴, démographiques et le cadre macroéconomique. Ils peuvent aussi découler de nouveaux facteurs comme le changement climatique, l'hyperconnectivité numérique et les mutations technologiques, les pressions exercées sur la démocratie, les évolutions de l'ordre mondial²⁵. Enfin, ils ont des origines intrinsèques à la construction européenne en ce qu'elles découlent de la création et du développement du marché intérieur, l'intensification de la concurrence se faisant souvent au détriment des régions défavorisées ou « des régions sans importances »²⁶, qui sans être forcément pauvres, s'appauvrissent, et pour qui la construction européenne n'apparaît dès lors pas comme un synonyme de développement économique²⁷. En effet, « l'hétérogénéité du grand marché engendre

²¹ Commission européenne, Communication sur le 8e rapport sur la cohésion : la cohésion en Europe à l'horizon 2050, 4 février 2022, COM/2022/34.

²² Lesquelles sont directement visées par le droit primaire à l'article 174, alinéa 3 TFUE.

²³ Par exemple des structures de transports, énergies, télécommunications, éducation, formation.

²⁴ D'autres raisons sont envisagées directement par le traité qui met en valeur la vulnérabilité de certains territoires comme les zones rurales, les zones où s'opère une transition industrielle, les régions qui souffrent de handicaps naturels ou démographiques graves et permanents tels que les régions les plus septentrionales à très faible densité de population et les régions insulaires, transfrontalière et de montagne. Ces critères sont visés à l'article 174, alinéa 3 TFUE.

²⁵ *Ibid.*, point 5.

²⁶A. RODRÍGUEZ-POSE, «The revenge of places that don't matter (and what to do about it)» *LSE Research online*, p. 32, disponible sur : http://eprints.lse.ac.uk/85888/1/RodriguezPose_Revenge%20of%20Places.pdf

²⁷ Dans son 8e rapport, la Commission européenne identifie cinq raisons principales pour lesquelles certaines régions n'ont pas encore atteint le taux de croissance et de revenu leur permettant de rattraper les autres régions de l'Europe, en insistant notamment sur les raisons de leur faible compétitivité : en premier lieu, le cadre macroéconomique défaillant ; en second lieu, un niveau d'éducation et des taux d'emploi inférieurs à ceux des autres régions de leurs pays qui découlent en partie de la rigidité du marché du travail et du peu de dynamisme des entreprises ; en troisième lieu, l'absence de politique et de projet d'innovation ; en quatrième lieu, la démographie en baisse et surtout l'émigration de la population la plus jeune et la plus éduquée vers d'autres régions plus attractives ; enfin en cinquième lieu, la chute des investissements publics

une mobilité déstabilisatrice des capitaux au profit des espaces concentrés »²⁸. Dans son dernier rapport sur la cohésion, la Commission européenne identifie cinq raisons principales pour lesquelles certaines régions n'ont pas encore atteint le taux de croissance et de revenu leur permettant de rattraper les autres régions de l'Europe, en insistant notamment sur les raisons de leur faible compétitivité : en premier lieu, le cadre macroéconomique défaillant ; en deuxième lieu, un niveau d'éducation et des taux d'emploi inférieurs à ceux des autres régions de leurs pays qui découlent en partie de la rigidité du marché du travail et du peu de dynamisme des entreprises ; en troisième lieu, l'absence de politique et de projet d'innovation ; en quatrième lieu, la démographie en baisse et surtout l'émigration de la population la plus jeune et la plus éduquée vers d'autres régions plus attractives ; enfin en cinquième lieu, la chute des investissements publics et privés dans ces régions.

Il y a une double finalité économique et sociale pour l'Union à agir pour lutter contre ces facteurs de pauvreté et ne pas laisser les États membres seuls les prendre en charge : il s'agit de faire preuve de solidarité, valeur qui sous-tend l'ensemble du système juridique de l'Union²⁹, en apportant une aide concrète aux régions les plus démunies et permettre de la sorte la cohésion entre les régions européennes, car la réduction des disparités entre les régions européennes est dans l'intérêt de tous³⁰. Cependant, la question se pose de savoir comment l'Union agit pour tenter de résoudre les retards de développement des régions pauvres européennes ?

Elle le fait, tout d'abord, par l'établissement dans le droit primaire de régimes juridiques différenciés tenant compte de la vulnérabilité de certaines régions. Tel est le cas du régime appliqué au Région ultrapériphérique (RUP) prévu à l'article 349 TFUE³¹. Les RUP font partie intégrante de l'Union et sont assujetties à son droit au même titre que les autres régions européennes. Mais, leur statut leur ouvre la possibilité d'un traitement différencié dans l'application du droit de l'Union, depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en 1999, pour tenir compte des caractéristiques et contraintes particulières auxquelles elles font face, leur éloignement, leur insularité, leur climat, leur faible superficie ou encore leur dépendance économique. La reconnaissance des RUP « atteste de la capacité de l'Europe à prendre en charge la diversité territoriale et de sa capacité interventionniste envers les régions pour lesquelles la solidarité économique et sociale doit prioritairement s'imposer »³². Si l'article 349 TFUE demeure peu usité, il a permis l'adoption de règlements adaptant l'application des fonds structurels et agricoles

et privés dans ces régions. Commission européenne, Communication sur le 8e rapport sur la cohésion : la cohésion en Europe à l'horizon 2050, 4 février 2022, COM/2022/34.

²⁸ A. BUZELAY, « À propos de la lutte sur les inégalités régionales en Europe. Bilan et perspectives », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2008, p. 345. Plus précisément comme le met en valeur S. LECLERC : « Au fur et à mesure que la population délaisse des régions en difficulté, les capitaux susceptibles d'y venir, voire d'y rester, se dérobent à leur tour. La baisse des ressources fiscales qui s'ensuit atteindra le seuil ne permettant plus ni la création ni le maintien du niveau d'infrastructure nécessaire à la croissance locale. Symétriquement, l'encombrement des zones riches engendre de nouvelles raretés et le coût social de la concentration est un frein qualitatif à la croissance recherchée ». S. LECLERC, « La politique régionale : régions, États et solidarités », in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2011, p. 285.

²⁹ CJUE, Gde ch., 15 juillet 2021, *Allemagne c/ Pologne et Commission*, aff. C-848/19 P, EU:C:2021:598.

³⁰ A. GAUTIER-AUDEBERT, « La politique régionale européenne, d'un instrument de solidarité vers un instrument d'investissement », *Gestions & Finances publiques*, 2017/4, p. 36.

³¹ Ces régions sont au nombre de neuf et sont liées à la France, de l'Espagne et du Portugal : La Guyane, la Guadeloupe, Saint-Martin, la Martinique, la Réunion, Mayotte, les Canaries, les Açores, Madère.

³² L. SERMET, « La notion juridique de l'ultrapériphéricité communautaire », *Europe* 2002, n° 6, chr. 7 p. 3.

dans les régions ultrapériphériques³³. Ont également été autorisés des régimes fiscaux spécifiques³⁴. De la même manière, dans le droit des aides d'État, le principe d'interdiction des aides d'État ne sera pas appliqué de la même manière pour les RUP. Plus généralement, il existe un lien important entre le droit des aides d'États et la prise en considération de la vulnérabilité économique, sociale et territoriale de certains territoires³⁵. Les retards de développements de certaines régions sont pris en considération dans le cadre des exceptions au principe d'interdiction des États³⁶ et plus précisément du régime dit « des aides d'État à finalité régionale ». Ces régimes se fondent sur les articles 107, paragraphe 3 a) et c) du traité FUE : le premier dispose que peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi ainsi que celui des régions ultrapériphériques ; quant au second, il dispose que peuvent être déclarées compatibles les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. Le régime des aides à finalité régionale est ensuite élaboré par le règlement d'exemption³⁷ et surtout dans les lignes directrices de la Commission européenne concernant les aides d'États à finalité régionale³⁸, lesquelles précisent qu'« en promouvant et en favorisant le développement durable des zones assistées, les aides contribuent à la politique de cohésion territoriale de l'UE, qui vise à renforcer la cohésion économique et sociale en réduisant les disparités de développement entre les zones »³⁹.

³³ Règlement (UE) n° 508/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relatif au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche et abrogeant les règlements du Conseil (CE) n° 2328/2003, (CE) n° 861/2006, (CE) n° 1198/2006 et (CE) n° 791/2007 et le règlement (UE) n° 1255/2011 du Parlement européen et du Conseil, *JOUE* L 149 du 20 mai 2014, p. 1 ; règlement (UE) n° 1301/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds européen de développement régional et aux dispositions particulières relatives à l'objectif « Investissement pour la croissance et l'emploi », et abrogeant le règlement (CE) n° 1080/2006, *JOUE* L 347 du 20 décembre 2013, p. 289 ; règlement (UE) n° 228/2013 du Parlement européen et du Conseil du 13 mars 2013 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques de l'Union et abrogeant le règlement (CE) n° 247/2006 du Conseil, *JOUE* L 78 du 20 mars 2013, p. 23.

³⁴ L'octroi de mer dans les régions ultrapériphériques françaises³⁴ et l'impôt AIEM aux îles Canaries Décision n° 377/2014/UE du Conseil du 12 juin 2014 relative au régime de l'impôt AIEM applicable aux îles Canaries, *JOUE* L 182 du 21.6.2014, p. 4.

³⁵ F. MARTUCCI, « Inégalité financière entre collectivités territoriales et action de l'Union européenne » in M. HOUSER (dir.), *Les inégalités financières et les collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2023, p. 105.

³⁶ Ce principe est consacré à l'article 107 § 1 du TFUE.

³⁷ Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, *JOUE* L 187 du 26 juin 2014, p. 1.

³⁸ Communication de la Commission, lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale, *JOUE* C 153 du 29 avril 2021, p. 1.

³⁹ *Ibid.*, point 42. Les annexes de ces mêmes lignes directrices définissent deux types de zones éligibles à des aides à finalité régionale : d'un côté, les zones A d'un côté, qui comprennent les régions ultrapériphériques et les régions NUTS 2 dans lesquelles le PIB par habitant en standard de pouvoir d'achat (SPA) est égal ou inférieur à 75 % de la moyenne de l'Union. Pour la période 2022-2027, les zones A sont essentiellement concentrées dans les États membres de l'est et les régions du sud de l'Europe. De l'autre côté, les zones C comprennent des régions NUTS 2 anciennement désignées comme zones A et des régions à faible densité de population. Peuvent être aussi considérées comme des zones C, des régions qu'un État membre désigne comme telles, à condition qu'elle démontre que ces zones respectent certains critères socio-économiques, géographiques ou structurels. Pour la période 2022-2027, les zones C se situent principalement dans les parties les plus septentrionales des de la Suède et de la Finlande ainsi que dans le centre de l'Espagne (où elles correspondent à des régions à faible densité de population à dans quelques États membres de l'est de l'Union.

Ensuite, l'Union prend en charge les régions pauvres en développant des politiques qui doivent leur permettre de rattraper leur retard de développement. C'est à cette dimension de l'action européenne que sera consacrée cette contribution. En effet, elle permet d'approcher toute la complexité de la définition de la cohésion et de sa concrétisation dans le cadre de politiques qui oscillent entre des objectifs, parfois complémentaires, mais aussi contradictoires, tous présentés comme nécessaires à la poursuite de la cohésion que sont la relance, la résilience, la compétitivité, la durabilité et la solidarité. Dans l'articulation dilemmatique de la poursuite de ces objectifs, cet article propose de présenter, à grand trait, la politique de soutien aux régions pauvres menée par l'Union européenne. Pour ce faire, seront étudiées, la manière dont l'Union a traduit de manière évolutive le problème des régions pauvres dans le cadre de ses politiques (I), avant d'envisager, la diversité toujours croissante des instruments mis en place pour y répondre (II).

I. La traduction évolutive du problème des régions pauvres dans les politiques de l'Union

Les institutions européennes sont passées d'une relative négligence du problème des régions pauvres à une véritable prise en considération des problèmes qu'elles représentent pour la cohésion européenne (A), cette dernière ayant connu une définition évolutive au fur et à mesure que ses objectifs se sont adaptés (B).

A. De la négligence à la considération des régions pauvres pour la réalisation de l'objectif de cohésion

Dans les premiers temps de la construction européenne, les problèmes découlant de disparités de richesse entre les régions et du retard de développement n'étaient pas une priorité politique et ceci malgré le fait qu'ils n'étaient pas ignorés par les pères fondateurs de l'Europe⁴⁰. Le contexte ne s'y prêtait pas dans la mesure où existait une certaine homogénéité de développement entre les États membres fondateurs hormis les régions du Mezzogiorno italien qui subissaient un retard de développement important. En outre, il était présumé que ce retard serait comblé par la dynamique de la construction du marché⁴¹. Cependant, les crises et les récessions que connaît l'économie européenne à la suite du premier choc pétrolier et les différentes vagues d'élargissements des Communautés⁴² ont modifié le contexte économique, social et territorial en accentuant les disparités entre les différentes régions du territoire européen.

La prise en considération des disparités entre les régions est passée tout d'abord par la création du Fonds social européen (FSE) conçu pour améliorer les possibilités d'emploi des travailleurs dans le marché commun et contribuer ainsi au relèvement du niveau de

⁴⁰ Ainsi dans dès le Traité de Rome en mars 1957, le préambule précise que les rédacteurs du traité sont « soucieux de renforcer l'unité de leurs économies et d'en assurer le développement harmonieux en réduisant l'écart entre les différentes régions et le retard des moins favorisées ». Dans le même sens, dès 1961, Walter Hallstein, alors Président de la Commission européenne, signalait le risque de voir les politiques communautaires et de créer de nouvelles différenciations entre régions. Et que les régions les plus avancées se développent plus vite et tireraient plus de profit de la construction européenne.

⁴¹ S. LECLERC, « La politique régionale : régions, États et solidarités », in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2011, p. 285.

⁴² En 1986, l'adhésion de l'Espagne, de la Grèce et du Portugal a fait entrer dans l'Union européenne des territoires qui connaissaient des retards de développement importants. Ce fut également le cas en 2004 avec l'adhésion des dix Pays d'Europe centrale et orientale (PECO).

vie et, dans le cadre de PAC, en 1962, par la création du Fonds européen d'orientation et de garantie agricoles (FEOGA) destiné à financer les investissements dans les exploitations agricoles et les dépenses de développement rural. En 1975, sous l'impulsion du Royaume-Uni, fut créé le Fonds européen de développement économique et régional (FEDER) pour faire face à l'accroissement des disparités régionales et sectorielles au sein de l'Union. Ce dernier fonds constitue « le véritable acte de naissance d'une politique régionale »⁴³ suivie en 1992 de la création du fonds de cohésion, lequel se fonde sur une compétence et une politique européenne de cohésion économique et sociale reconnue par l'Acte unique européen et le traité de Maastricht⁴⁴, qui deviendra avec le traité de Lisbonne, la politique de cohésion économique, sociale et territoriale. Les dispositions spécifiques à cette politique de cohésion sont regroupées dans le titre XVIII du TFUE, aux articles 174 et 176 TFUE, ainsi que dans le protocole n° 28 sur la cohésion économique, sociale et territoriale⁴⁵. La politique de cohésion économique, sociale et territoriale se présente comme une politique de convergence qui vise le rattrapage économique de certaines régions dans la perspective d'accroître leur richesse économique mesurée en termes de PIB/habitant⁴⁶ par l'octroi de financements qui viennent s'ajouter aux financements des États membres.

Si la politique de cohésion est la plus importante pour le soutien des régions pauvres, dans ce domaine, la PAC⁴⁷ entretient avec elle des liens étroits qui tiennent au fait que le secteur agricole est intimement lié au développement du territoire rural, qui représente 80 % du territoire de l'Union. Si cette dernière était conçue à l'origine pour assurer l'approvisionnement, la sécurité alimentaire et la productivité de l'agriculture européenne, elle a progressivement évolué pour intégrer des aspects liés à la cohésion économique et sociale, en particulier dans les zones rurales. À partir de 1988, la Commission européenne s'est intéressée aux territoires ruraux en tenant compte de l'impact des évolutions des déséquilibres que connaissent les milieux ruraux avec les mutations qui ont impacté le secteur de l'agriculture (diminution de l'activité agricole, déclin rural, désertification). Partant de ce constat, la Commission a préconisé le développement d'une stratégie axée sur le renforcement de la protection de l'environnement rural, la revitalisation du tissu socio-économique, l'amélioration de la qualité de vie des populations et la conservation du patrimoine naturel et culturel des territoires ruraux. Une politique de développement rural se développe alors dans les années 1990, à la suite de l'adoption de l'Agenda 2000 dans le cadre de ce que l'on nomme aujourd'hui le deuxième pilier de la PAC avec pour objectif de maintenir le dynamisme socio-économique des territoires ruraux. Son enveloppe (environ 25 % du budget de la PAC) finance un large panel de mesures cofinancées par les États membres, allant de la modernisation des exploitations à la promotion du tourisme rural, en passant

⁴³ P. PELAN, *Les fonds structurels de l'Union européenne. Principes et bonnes pratiques*, Gualino éditeurs, Lextenso éditions, Paris, 2008, p. 33.

⁴⁴ C. BLUMANN, « Historique de la politique communautaire de cohésion économique et sociale », in S. LECLERC (dir.), *L'Europe et les régions : quinze ans de cohésion économique et sociale*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 5-23.

⁴⁵ F. TERPAN, *Droit et politique de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 202.

⁴⁶ Article 174 et 175 TFUE.

⁴⁷ La politique commune de la pêche (PCP) a une histoire et une évolution similaire à celle de la PAC. La PCP faisait d'ailleurs partie de la PAC et ne deviendra indépendante qu'à partir de 1983. On retrouve, appliqués au secteur de la pêche, les objectifs de stabilité des marchés, de sécurité des approvisionnements, d'assurer un revenu décent aux professionnels tout en garantissant des prix raisonnables aux consommateurs. Plus récemment, les législateurs européens ont assigné à la PCP des objectifs de préservation des ressources halieutiques et des écosystèmes marins et côtiers.

par la formation des agriculteurs, les aides à l'installation ou encore l'agriculture biologique. Ce tournant est concrétisé avec la réforme des fonds structurels (FEOGA-orientation, FEDER, et FSE) de 1988 qui privilégie une approche globale en faveur des régions rurales et par l'instauration du programme LEADER en 1991. En outre, à partir de la fin des années 1990 sont associés les programmes spécifiques pour le développement rural financés par le Fonds européen agricole pour le développement rural (FEADER). Le soutien aux territoires ruraux sera par la suite constamment réaffirmé dans le cadre de cette politique.

Si la politique de cohésion économique, sociale et territoriale, ainsi que la PAC prennent directement en considération la question des régions pauvres, les autres politiques de l'Union sont aussi concernées par cet objectif transversal de cohésion et par là même par la prise en considération des régions pauvres. Par exemple, la politique sociale et d'emploi européen participe à la cohésion par le biais du fonds social européen ; la politique d'éducation, de formation et de jeunesse le fait par le biais de programmes comme Erasmus+ qui favorisent la mobilité et l'apprentissage tout au long de la vie, ce qui aide à niveler les opportunités éducatives et de formation à travers l'Union ; la politique de recherche et d'innovation prévoit des programmes tels que Horizon Europe qui en plus de promouvoir la recherche et l'innovation, vise à réduire les disparités en matière d'innovation et de recherche entre les États membres et leurs régions ; la politique de transport européen, par le biais du réseau transeuropéen de transport (RTE-T) améliore les infrastructures de transport à travers l'Europe, contribuant à une meilleure connectivité et à la réduction des inégalités régionales, il en va de même dans le cadre de la politique énergétique avec la mise en place de réseaux transeuropéens d'énergie (RTE-E) qui favorisent l'interconnexion des réseaux d'énergie et soutient la sécurité d'approvisionnement, contribuant ainsi à une meilleure intégration territoriale. Dans le cadre de la politique européenne du numérique, la stratégie pour le marché unique numérique vise à éliminer les obstacles en ligne et à permettre à tous les Européens de tirer pleinement profit du numérique et par là même réduire l'écart numérique entre les régions. S'agissant de la politique de santé, bien que cette dernière soit principalement une compétence des États membres, l'Union développe des programmes qui soutiennent les systèmes de santé nationaux, contribuant à l'égalité d'accès aux soins de santé à travers l'Europe. *Last but not least*, dans le cadre de sa politique environnementale, les actions de l'Union, y compris le financement pour la transition vers une économie verte, aident à créer des emplois et à réduire les inégalités sociales, en plus de protéger l'environnement.

Les exemples pourraient être multipliés et viendraient soutenir le constat selon lequel la poursuite de l'objectif de cohésion économique, sociale et territoriale participe à l'amorce d'une politique européenne d'aménagement du territoire « sans que le Traité donne explicitement la compétence à l'UE en la matière »⁴⁸. En effet sont coordonnées

⁴⁸ J. PEYRONI, « L'avenir de la politique de cohésion », *Territoire*, n° 40, 2010 : « La politique régionale est l'amorce d'une politique européenne d'aménagement du territoire, sans que le traité donne explicitement une compétence à l'Union en la matière. Il faut ici lever une ambiguïté, qui tient à des différences de conception et d'organisation dans les différents États membres ».

toutes les politiques de l'Union, ainsi que les politiques internes à tous les niveaux (État, régions, territoires)⁴⁹, aux fins de la cohésion économique, sociale et territoriale⁵⁰.

Cependant, si l'objectif de cohésion permet d'intégrer la nécessité de tenir compte du problème des régions pauvres, il n'indique en rien la manière de le faire. Comme l'a affirmé la Cour de justice « l'article 174 TFUE décrit les objectifs de la politique de cohésion de l'Union en des termes généraux et confère à l'Union une marge de manœuvre étendue quant aux actions qu'elle est susceptible d'entreprendre en matière de cohésion économique, sociale et territoriale compte tenu d'une conception large des régions susceptibles d'être concernées par ces actions »⁵¹. Il en résulte que la prise en considération des régions pauvres varie selon la conception que se font les institutions de l'objectif de cohésion, ce qui a été le cas.

B. L'évolution de la prise en considération du problème des régions pauvres

Le soutien aux régions pauvres, dans toutes les politiques de l'Union, se fait par le biais du développement de capacité de financement⁵². Or ces derniers sont orientés par des objectifs politiques stratégiques définis par les institutions européennes qui permettent de saisir le sens qu'elles donnent à l'objectif de cohésion et en conséquence la méthode retenue pour soutenir les régions pauvres⁵³.

Pour la période de programmation 2021-2027, le soutien des régions pauvres passe par la poursuite de plusieurs objectifs stratégiques que sont :

« a) une Europe plus compétitive et plus intelligente par l'encouragement d'une transformation économique intelligente et innovante et de la connectivité régionale aux Technologies de l'information et de la communication ; b) une Europe plus verte, résiliente et à faibles émissions de carbone évoluant vers une économie sans carbone, par la promotion d'une transition énergétique propre et équitable, des investissements verts et bleus, de l'économie circulaire, de l'atténuation du changement climatique et de l'adaptation à celui-ci, de la prévention et de la gestion des risques, et d'une mobilité urbaine durable ; c) une Europe plus connectée par l'amélioration de la mobilité ; d) une Europe plus sociale et inclusive mettant en œuvre le socle européen des droits sociaux ; e) une Europe plus proche des citoyens, par la promotion du développement durable et intégré de tous les types de territoires et des initiatives locales »⁵⁴.

Sont ainsi principalement mis en valeur les objectifs de compétitivité et d'emploi et ceux de la transition environnementale qui sont ceux auxquels sont consacrés la majorité des fonds européens dans la continuité de la période de programmation 2013-2020⁵⁵. Par

⁴⁹ Sur ce point, la lecture de l'Agenda territorial 2030 et de la Charte de Leipzig est éclairante.

⁵⁰ D. CHARLES-LE BIHAN, « La diversité territoriale nationale et le principe d'égalité dans l'Union européenne » in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *L'Union européenne et les territoires*, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 126.

⁵¹ CJUE, 7 mars 2019, *Izváček et Dabis / Commission*, aff. C-420/16 P, EU:C:2019:177, point 68.

⁵² Les modes de financement seront étudiés dans le cadre du II) consacré à la diversité des instruments de financement de la politique de cohésion.

⁵³ S. DE LA ROSA, « Politique de cohésion économique, sociale et territoriale : cadre juridique et organisation générale », *Jlc. Europe Truited*, fasc. 2110, 2022, §3.

⁵⁴ Article 5, paragraphe 1, du règlement (UE) 2021/1060, *op. cit.*

⁵⁵ Pour la période de programmation 2014-2020, la politique de cohésion poursuit principalement deux objectifs : l'Investissement pour la croissance et l'emploi (ICE), en lien direct avec la stratégie Europe 2020 en vue de consolider le marché du travail et les économies régionales, et la Coopération territoriale européenne (CTE) visant à soutenir la cohésion dans l'UE grâce à la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale. L'ICE représente à lui seul 95 % du budget total de la politique de cohésion 2014-2020 (335,2 Mrd d'euros) tandis que la CTE n'en reflète que 2,8 % (10,2 Mrd d'euros). Le reliquat de l'enveloppe budgétaire dédiée à la cohésion est partagé entre l'Initiative pour l'emploi des jeunes (3,2 Mrd

exemple, entre 45 % et 60 % des fonds FEDER pour cette période sont consacrés à l'innovation, la recherche, la digitalisation des sociétés et des économies, la compétitivité notamment des PME ; 30 % sur l'implémentation de l'Accord de Paris et la réalisation des objectifs du Pacte vert, limitant par là même les fonds consacrés aux autres objectifs. Ces objectifs appliquent directement le plan « Investissement pour l'emploi et la croissance », qui poursuit le soutien à la compétitivité des entreprises, en particulier les PME ; les initiatives permettant de favoriser l'innovation et la recherche ainsi que le développement technologique et l'adoption de technologies numériques ; la promotion d'une économie à faible émission de carbone, par l'investissement dans l'efficacité énergétique et le développement des énergies renouvelables ; le soutien à l'inclusion sociale pour lutter contre la pauvreté en investissant dans l'éducation, la formation professionnelle et enfin l'amélioration de l'accès à l'emploi pour tous, notamment par la réduction des disparités régionales en matière de chômage et d'accès au marché du travail.

Ce plan et les objectifs qui en découlent doivent être lus à la lumière du sixième rapport sur la Cohésion de la Commission européenne⁵⁶. Le premier part du constat que la crise économique et financière de 2008 a entraîné l'explosion des dettes publiques, le déclin des revenus de nombreuses personnes, des taux de chômage les plus élevés depuis vingt ans et une pauvreté et une exclusion sociale plus répandues et que la réussite de la politique de la cohésion doit s'appuyer sur des politiques macroéconomiques solides. Jusqu'au milieu des années 2000, les objectifs de financement faisaient primer le développement et l'ajustement structurel des régions en retard de développement, la reconversion des régions gravement affectées par le déclin industriel, la promotion du développement des zones rurales, le développement et l'ajustement structurel des régions à densité de population extrêmement faible⁵⁷, l'ajustement des structures agricoles et de la pêche⁵⁸. L'Union mettait alors l'accent sur les régions les plus pauvres dans la mesure où il s'agissait de lutter contre les obstacles structurels à long terme au développement. La cohésion se concrétisait par l'idée selon laquelle « il était nécessaire d'accroître la croissance et les nouvelles possibilités économiques dans les régions les plus pauvres et en faveur des groupes sociaux défavorisés, sans induire de réduction de la croissance ou de l'emploi dans les autres régions [le seul objectif de cette politique étant] d'instaurer une plus grande équité en termes de possibilités économiques et sociales »⁵⁹. Les « éléments clés de la politique de développement régional reposaient alors sur des projets d'infrastructures tels que les routes, les chemins de fer, les infrastructures portuaires dans les régions en retard et périphériques, la création d'emploi par le biais d'une industrialisation fondée sur l'aide de l'État et des stratégies

d'euros), une dotation spécifique pour les régions ultrapériphériques et septentrionales à faible densité de population (1,6 Mrd d'euros) et le financement d'actions innovantes dans le domaine du développement en milieu urbain (0,4 Mrd d'euros)

⁵⁶ Commission européenne, Direction générale de la politique régionale et urbaine, L. DIJKSTRA, *Investissement dans l'emploi et la croissance : la promotion du développement et de la bonne gouvernance dans les régions et villes de l'UE*, 6^e rapport sur la cohésion économique, sociale et territoriale, Publications Office, 2014, <https://data.europa.eu/doi/10.2776/79633>

⁵⁷ Objectifs de programmation 1989-1993. Pour un tableau comparatif des objectifs de financement de la politique de cohésion v. S. BOURDIN, A. TORRE, « Les financements européens de développement régional : l'Union européenne en quête de cohésion », *Revue d'économie financière*, 2018/4, n°132, p. 43.

⁵⁸ À partir de la programmation 1994-1999.

⁵⁹ Commission européenne, Premier rapport sur la cohésion : Luxembourg, OPOCE, 1996, spéc. p. 15). Dans les récents rapports sur la cohésion ; Commission européenne, Communication sur le 8^e rapport sur la cohésion : la cohésion en Europe à l'horizon 2050, 4 février 2022, COM/2022/34, p. 8, nous soulignons.

d'investissement destinées à soutenir et à attirer des filiales de grandes sociétés internationales »⁶⁰. Entre 1989 et 1999, les régions éligibles aux fonds régionaux étaient les régions espagnoles, les nouveaux Länder allemands, le Mezzogiorno italien et la Corse, principales régions en retard de développement à l'époque. À partir de 2004, les régions des dix nouveaux États des PECO deviennent éligibles.

Sur le fond, cette approche de la cohésion n'est pas abandonnée, néanmoins, elle est réinterprétée par la poursuite d'autres objectifs qui proposent une méthode différente pour arriver au rattrapage des régions les plus pauvres. Ce changement de méthode découle notamment de la volonté de certains États, notamment les contributeurs nets par rapport aux bénéficiaires nets de rééquilibrer la répartition des fonds. Pour la période de programmation 2014-2020, le contexte économique de la crise économique et financière de 2008 a eu un impact considérable dans la réorientation des fonds.

La nouvelle approche de la cohésion entraîne un changement de paradigme. La politique de cohésion va être liée à la gouvernance économique et au « semestre européen », basée notamment sur la mise en place d'une conditionnalité économique pour avoir accès au fonds. En outre, les investissements seront guidés par des objectifs définis par les États membres dans le cadre des objectifs stratégiques de l'Union, afin de cibler les stratégies d'investissements vers les domaines du soutien aux PME, la recherche et développement, l'innovation, l'investissement dans une main-d'œuvre qualifiée et compétitive, la lutte contre le chômage et l'exclusion sociale, le changement climatique et l'environnement⁶¹. En outre, le rôle des villes, parce qu'elles sont innovantes et productives, est mis en valeur, car elles peuvent ouvrir « la voie de la croissance intelligente. Elles peuvent utiliser les ressources de manière plus efficiente (par exemple en limitant l'occupation des terres, l'imperméabilisation et la consommation d'énergie) et participer à la réalisation d'une croissance durable, par exemple grâce aux infrastructures vertes »⁶². Cette approche de la cohésion sera confirmée pour les périodes de programmation 2013-2020 et 2021-2022. Ainsi que le Conseil européen l'a affirmé dans ses conclusions du 17 juin 2010, la politique de cohésion s'avère au service de la stratégie de l'Union pour une croissance intelligente, durable et inclusive⁶³. Il en va de même pour la Commission qui a souligné « la circularité de la dialectique des objectifs en affirmant que la stratégie, en permettant une croissance inclusive et une économie à fort taux d'emploi, favorise la cohésion économique, sociale et territoriale »⁶⁴. La logique générale « est donc celle d'instrumentaliser la politique de cohésion afin de réaliser les objectifs macroéconomiques que l'Union européenne et les États membres s'assignent à long terme »⁶⁵. Cette stratégie apparaît encore de manière évidente dans le cadre de la révision de la politique de cohésion au titre de l'adoption des textes pour la période de

⁶⁰ S. BOURDIN, A. TORRE, « Les financements européens de développement régional : l'Union européenne en quête de cohésion », *op. cit.*, p. 49.

⁶¹ 6^e rapport sur la cohésion, version simplifiée, p. 23 disponible sur https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/reports/cohesion6/light_6cr_fr.pdf

⁶² *Ibid.*, p. 19.

⁶³ Considérant n° 3 du règlement (UE) n° 1303/2013, précité.

⁶⁴ F. MARTUCCI, « Inégalité financière entre collectivités territoriales et action de l'Union européenne » in M. HOUSER (dir.), *Les inégalités financières et les collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 105. Commission européenne, Europe 2020, Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM/2010/2020.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 106.

programmation 2021-2027⁶⁶. L'objectif principal de cohésion n'est plus aujourd'hui d'« accroître [...] les nouvelles possibilités d'emploi dans les régions les plus pauvres et en faveur des groupes sociaux défavorisés, sans induire de réduction de la croissance ou de l'emploi dans les autres régions »⁶⁷, mais soutenir les grandes priorités communes à toute l'Europe, parmi lesquelles la quête de croissance, de compétitivité et d'emploi dans les États membres et la relance économique à la suite des crises qu'a connu l'Union au lieu de se concentrer sur la réduction des disparités entre régions pauvres et riches⁶⁸.

Les priorités de la politique de développement rural tel qu'ils découlent de la PAC s'inscrivent dans la même philosophie. Ainsi, pour la période de programmation qui a pris fin en 2023, les objectifs étaient les suivants : innovation et transferts de connaissance dans les zones agricoles, forestières et rurales, compétitivité de l'agriculture et promotion des techniques innovantes, soutien pour une bonne organisation de la chaîne alimentaire, renforcement des écosystèmes, soutien à la transition vers une agriculture sobre en carbone et en dernier lieu, inclusion sociale avec un objectif de la réduction dans les zones rurales. En 2010, dans la Stratégie Europe 2020, les objectifs de développement rural sont intégrés dans les objectifs plus larges de croissance intelligente, durable et inclusive de l'Union. Plus récemment, ils ont été inclus dans le cadre de la stratégie « de la ferme à la fourchette ». En effet, ce programme politique vise à soutenir les agriculteurs dans la transition vers une agriculture plus durable, présenté comme essentiel pour le développement rural. Cela comprend l'encouragement à adopter des pratiques agricoles qui préservent et restaurent les écosystèmes et la biodiversité, qui réduisent les émissions de gaz à effet de serre et qui améliorent la gestion des ressources en eau et des sols. Dans le même sens, cette stratégie a pour objectif d'augmenter la part de l'agriculture biologique, ce qui devrait stimuler le marché pour les produits biologiques et soutenir le développement économique rural, tout en poursuivant l'objectif de 50 % l'utilisation des pesticides chimiques d'ici 2030, ce qui nécessitera une innovation et une formation accrues pour les agriculteurs ruraux. La stratégie souligne d'ailleurs la nécessité de la recherche et de l'innovation pour développer de nouvelles technologies et pratiques qui peuvent aider les agriculteurs à devenir plus durables et à améliorer la sécurité alimentaire. Plus encore, la stratégie encourage l'économie circulaire est les chaînes d'approvisionnement plus courtes, afin de renforcer les économies locales et offrir aux agriculteurs de meilleures conditions et un accès direct aux consommateurs⁶⁹.

Pour les régions européennes les plus pauvres, cette redéfinition des objectifs de la politique de cohésion a des conséquences puisque le financement des programmes de mise à niveau des infrastructures de base a progressivement perdu son élan et les actions d'amélioration des infrastructures de recherche et de développement ont été favorisées. Par exemple, les régions bénéficiant du Fonds de cohésion ont été explicitement tenues d'indiquer la manière dont les projets financés contribuent à la réalisation d'une stratégie pour « une croissance intelligente durable et inclusive ». Plus encore, le développement

⁶⁶ S. DE LA ROSA, « Politique de cohésion économique, sociale et territoriale : cadre juridique et organisation générale », *op. cit.*, §6.

⁶⁷ Commission européenne, Premier rapport sur la cohésion, Luxembourg, OPOCE, 1996, p. 15.

⁶⁸ Communication de la Commission européenne, 19 octobre 2010, « Réexamen budgétaire : tirer les leçons aujourd'hui pour le budget de demain », (IPO/10/1351).

⁶⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Une stratégie 'de la ferme à la table' pour un système alimentaire équitable, sain et respectueux de l'environnement », COM(2020) 381 Final, 20 mai 2020, p. 2.

de la conditionnalité d'accès aux fonds peut être défavorable pour le développement des régions pauvres. C'est le cas notamment s'agissant de la conditionnalité macroéconomique qui introduit la possibilité de suspendre les fonds dans le cadre de la procédure de déficit excessif de certains États membres, ce qui pénalise les régions les plus en difficultés qui sont précisément celles qui ont besoin de soutien. Néanmoins, dans les faits, ce sont toujours les régions les plus pauvres qui bénéficient majoritairement des fonds de la cohésion.

Que penser de l'instrumentalisation des fonds européens aux fins des objectifs économiques de l'Union ? Cette utilisation détourne-t-elle les actions de l'Union en faveur de la cohésion de leur finalité de maintenir une forte cohésion au tour du projet européen en s'assurant que les politiques visant à intégrer le marché soient accompagnées par d'autres créant les conditions pour que tous les États membres, régions et citoyens puissent participer et bénéficier de cette intégration ? Certains le pensent. Ils mettent en valeur le fait que la concentration sur la croissance économique se fait au détriment des questions sociales et environnementales essentielles pour les régions pauvres de l'Europe, bien que ces dernières aient été largement remises à l'honneur pour la période programmation 2021-2027 dans les traces du Pacte Vert européen. En outre, le fait de cibler les fonds dans des domaines spécifiques pour stimuler la compétitivité peut entrer en conflit avec des approches plus holistiques et intégrées, qui prennent en considération la diversité des régions et leurs besoins spécifiques, notamment ceux des régions pauvres. Plus encore, mettre l'accent sur la compétitivité aurait pour effet d'exacerber les inégalités entre régions, car les régions les plus riches sont déjà les plus compétitives et par là même mieux placées pour attirer les investissements.

D'autres, au contraire, soutiennent que l'objectif de solidarité est maintenu. C'est ce qui ressort notamment du rapport de la Commission sur la politique de cohésion de février 2022. Pour la Commission, les investissements de la politique de cohésion apportent une valeur ajoutée au niveau européen. En effet, ils contribuent à l'objectif du traité de réduire les disparités, notamment au niveau du revenu par habitant et du niveau de vie, ainsi qu'en matière d'inclusion sociale et de possibilités d'emploi⁷⁰. Plus précisément, l'avantage d'une approche basée sur la compétitivité et la relance repose sur le fait qu'elle pourrait, d'une part, attirer plus d'investissements privés, ce qui est essentiel pour la création d'emploi et pour la croissance et, d'autre part, avoir des conséquences sur la cohésion économique, sociale, et territoriale.

Au-delà du discours, pour saisir l'impact de la définition des objectifs de la cohésion, il est nécessaire d'étudier des instruments mis en place pour soutenir les régions pauvres, lesquels sont de plus en plus diversifiés, ce qui renforce les soutiens financiers dont peuvent bénéficier les régions pauvres tout en complexifiant leur accès.

II. L'accentuation de la diversité des instruments financements au soutien des régions pauvres

Le soutien aux régions pauvres se fait principalement par le biais de financements européens qui proviennent soit du budget de l'Union, soit de fonds privés. Ces financements reposent sur des instruments classiques qui connaissent une certaine

⁷⁰ Commission européenne, Communication sur le 8e rapport sur la cohésion : la cohésion en Europe à l'horizon 2050, 4 février 2022, COM/2022/34.

permanence (A), mais il découle aussi d'instruments nouveaux, notamment au titre de la relance européenne (B).

A. La permanence des instruments classiques au soutien des régions pauvres

Parmi les financements « classiques » de l'Union, peuvent être cités, les fonds structurels et d'investissements (FESI), les programmes spécifiques et ceux qui découlent de financements de la Banque européenne d'investissements (BEI).

Les FESI sont les fonds qui concrétisent la politique de cohésion et de la PAC. Peuvent être qualifiés comme tel : le Fonds européen de développement régional (FEDER)⁷¹ qui vise à promouvoir un développement équilibré dans les différentes régions de l'Union, et le Fonds de transition juste (FTJ)⁷² qui soutient les territoires confrontés à de graves difficultés socio-économiques, certaines résultant de la transition vers la neutralité climatique. Au titre de la politique agricole et de la politique de la pêche ont été élaborés le Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) qui finance principalement l'aide au revenu pour les agriculteurs et les mesures de marché ; le Fonds européen agricole et de développement durable (FEADER) qui vise spécifiquement les problèmes auxquels font face les zones rurales et le Fonds européen pour les affaires maritimes, la pêche et l'aquaculture (FEAMPA) qui soutient les pêcheurs en vue de l'adoption de pratiques de pêche durable ; les communautés côtières dans la diversification de leur économie et améliore la qualité de vie le long des côtes européennes. Quant au Fonds social européen (FSE+) et le Fonds de cohésion, ils ont été établis sur le fondement d'une action *ad hoc* de l'Union fondée sur l'article 164 TFUE⁷³. Le premier soutient des projets liés à l'emploi dans toute l'Union, quant au second, il finance des projets dans le domaine des transports et de l'environnement dans les pays dont le revenu national brut par habitant est inférieur à 90 % de la moyenne de l'Union. Ces fonds sont financés par le budget de l'Union dans le cadre financier pluriannuel (CFP). Pour la période 2021-2027, ce sont 330, 235 milliards de crédits qui sont engagés⁷⁴.

Parmi ces fonds, tous contribuent en partie à la réalisation de l'objectif de cohésion et peuvent permettre de soutenir les régions pauvres de l'Union, néanmoins, certains visent plus directement que d'autres cette finalité. C'est le cas du fonds de cohésion créé pour contribuer à la réalisation de l'objectif global de renforcement de la cohésion économique, sociale et territoriale en octroyant des contributions financières pour les opérations de développement d'infrastructures dans les secteurs des transports, de l'environnement et de l'énergie⁷⁵. Pour la période de programmation 2021-2027, ce fonds soutient les investissements dans le domaine de l'environnement, y compris les investissements en rapport avec le développement durable et l'énergie qui présentent des avantages pour l'environnement, en accordant une attention particulière aux

⁷¹ §1 du Préambule du Règlement (UE) 2021/1058 du Parlement européen et du Conseil du 24 juin 2021 relatif au Fonds européen de développement régional et au Fonds de cohésion, *JOUE* du 30 juin 2021, L231/60,

⁷² Règlement (UE) 2021/1056 du Parlement européen et du Conseil du 24 juin 2021 établissant le Fonds pour une transition juste, *JOUE* L 231 du 30 juin 2021, p. 1.

⁷³ Règlement (UE) n° 1304/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds social européen et abrogeant le règlement (CE) n° 1081/2006 du Conseil, *JOUE* L 347 du 20 décembre 2013, p. 470.

⁷⁴ Annexe 1 du règlement (UE, Euratom) n° 2020/2093 du Conseil du 17 décembre 2020 fixant le cadre financier pluriannuel pour les années 2021 à 2027, *JOUE* L 433I du 22 décembre 2020, p. 11.

⁷⁵ § 2 du Préambule du Règlement (UE) 2021/1058, *op. cit.*

énergies renouvelables ; les investissements dans le RTE-T, l'assistance technique, l'information, la communication et les études, des financements qui peuvent basculer au profit du mécanisme pour l'interconnexion en Europe et qui sont utilisés pour des projets relatifs au RTE-T⁷⁶.

C'est le cas également du FEDER. Son champ d'intervention prévoit que le fonds contribue au financement des investissements dans les infrastructures, des activités en faveur de la recherche appliquée et de l'innovation, y compris la recherche industrielle, le développement expérimental et les études de faisabilité, des investissements dans l'accès aux services, des investissements productifs dans les PME et les investissements visant à préserver les emplois existants et à en créer de nouveaux, des équipements, logiciels et actifs incorporels, du travail en réseau, la coopération, l'échange d'expériences et les activités impliquant des pôles d'innovation, y compris entre entreprises, organismes de recherche et pouvoirs publics, de l'information, la communication et les études, et de l'assistance technique⁷⁷. Dans le cadre de la programmation 2021-2027, le législateur européen précise que ces investissements doivent entre autres être dirigés vers le soutien en faveur des zones défavorisées⁷⁸ et les régions ultrapériphériques⁷⁹. S'agissant des ressources du FEDER affectées à l'objectif « Investissement pour l'emploi et la croissance », s'ils peuvent financer des projets relevant des trois catégories de régions de niveau NUTS 2, ils bénéficient principalement aux régions les moins développées et aux régions en transition. Ainsi, les ressources destinées à l'objectif « Investissement pour l'emploi et la croissance » au titre du CFP s'élèvent à 97,6 % des ressources globales (soit un total de 329 684 776 621 euros) et bénéficient principalement aux régions pauvres puisque 61,3 % (soit un total de 202 226 984 629 euros) sont consacrées aux régions moins développées, 14,5 % (soit un total de 47 771 802 082 euros) pour les régions en transition, 12,9 % (soit un total de 42 555 570 217 EUR). Pour les États membres bénéficiant du soutien du Fonds de cohésion s'ajoute 0,6 % (soit un total de 1 927 737 321 euros) en tant que financement supplémentaire pour les régions ultrapériphériques contre 8,3 % (soit un total de 27 202 682 372 euros) pour les régions plus développées. En outre 0,2 % (soit un total de 500 000 000 euros) sont prévus pour les investissements interrégionaux en matière d'innovation qui pourront bénéficier à certaines régions pauvres⁸⁰.

A contrario, d'autres FESI ne visent pas directement les régions pauvres, même si ces dernières pourront en bénéficier. C'est le cas du FSE + qui dans la mesure où il « vise à promouvoir à l'intérieur de l'Union les facilités d'emploi et la mobilité géographique et professionnelle des travailleurs, ainsi qu'à faciliter l'adaptation aux mutations industrielles et à l'évolution des systèmes de production, notamment par la formation et la reconversion professionnelles »⁸¹, pourra faire bénéficier les régions pauvres d'une partie de 87 319 331 844 euros affectées à ce fonds. De la même manière, même s'il n'est pas directement prévu pour soutenir les régions pauvres, ces dernières devraient bénéficier du Fonds de transition juste (FTJ) dont les objectifs sont d'aider les régions qui dépendent fortement des industries fossiles (charbon, tourbe, schiste) ou à forte

⁷⁶ *Ibid.*, article 6.

⁷⁷ *Ibid.*, article 5.

⁷⁸ *Ibid.*, article 10.

⁷⁹ *Ibid.*, article 14.

⁸⁰ *Ibid.*, article 110.

⁸¹ Article 126 TFUE.

intensité de carbone à gérer l'impact de la transition vers une économie bas carbone, ainsi que financer la formation et l'aide à la reconversion professionnelle des travailleurs des secteurs affectés, ainsi qu'à stimuler l'investissement dans les technologies propres et dans l'économie verte⁸². En effet, les critères d'éligibilité au FTJ sont les régions pour lesquelles la transition vers une économie verte aura les impacts socioéconomiques les plus significatifs. Si ces dernières ne sont pas toujours parmi les régions qui connaissent les retards de développement les plus importants, certaines peuvent être identifiées comme telles. Tel est le cas de la Silésie en Pologne, des régions du nord-ouest de la Bulgarie, des régions du Nord et du Centre de l'Espagne, de certaines régions roumaines et grecques qui pourront bénéficier d'une partie des 7 500 000 000 euros affectés au Fonds pour une transition juste⁸³.

Quel que soit le fonds envisagé, les régions pauvres bénéficieront en outre d'un avantage par le jeu de la règle du co-financement. Cette dernière repose sur le fait que les fonds européens ne viennent pas remplacer les fonds nationaux, mais simplement s'y ajouter. Néanmoins, dans la mesure où les régions pauvres disposent de capacités de financements publics moindres, l'Union prévoit un taux de co-financement des projets plus important que pour les régions riches. Par exemple, dans le cadre du FEDER, le co-financement à des projets dans les régions les moins développées peut s'élever à 85 % et pour les régions en transition de 60 %, alors qu'il ne peut dépasser 50 % dans les régions les plus développées. Autre exemple, dans le cadre du FEADER, le taux de co-financement pour les régions les moins développées ou ultrapériphériques peut atteindre 85 % alors qu'elle ne dépasse pas 53 % pour les régions les plus développées.

Le problème de l'absence de financements publics nationaux dans les régions pauvres est de plus pris en considération par l'action de la Banque européenne d'investissement (BEI) qui constitue une autre voie de financement au titre de la cohésion. La BEI est un partenaire actif du soutien aux régions pauvres. L'une de ses missions est de soutenir par son action les projets envisageant la mise en valeur des régions les moins développées⁸⁴, notamment en faisant appel aux marchés des capitaux et à ses ressources propres et en facilitant le financement de projets par l'octroi de prêt et de garanties. En outre, dans les régions relevant de l'objectif de cohésion, la BEI conseille les pouvoirs publics et les promoteurs de projets sur la manière d'améliorer la qualité technique et financière de leurs projets, d'adopter des stratégies efficaces dans des domaines tels que les transports et le climat, de renforcer leurs institutions et d'attirer des financements. Les financements de la BEI à l'appui de la cohésion soutiennent des projets dans les régions de l'UE dont le produit intérieur brut (PIB) par habitant est inférieur à la moyenne de l'Union. Ces projets doivent relever d'au moins une des priorités de la BEI : innovation (transformation numérique et capital humain), villes et régions durables, énergie durable et ressources naturelles, financement des petites et moyennes entreprises (PME) et des entreprises de taille intermédiaire (ETI). Les régions relevant de l'objectif prioritaire de cohésion de la BEI incluent les régions les moins développées et les régions en transition. Les régions les plus soutenues ont été celles se trouvant en Espagne, au Portugal, en Irlande et en Grèce ou encore les Länder orientaux d'Allemagne. Dans son document d'orientation sur ses opérations relevant de l'objectif

⁸² Article 2 du règlement (UE) 2021/1056, 24 juin 2021, *op. cit.*

⁸³ Article 110 du règlement (UE) 2021/1058 *op. cit.*

⁸⁴ Article 309 TFUE.

de cohésion pour la période 2021-2027⁸⁵, la BEI s'est engagée à renforcer son soutien à ces régions. Elle consacrera au moins 40 % du total de ses financements dans l'Union à des projets mis en œuvre dans les régions relevant de l'objectif de cohésion au cours de la période 2023-2024, et au moins 45 % à partir de 2025. La moitié au moins de ce volume sera consacrée aux régions moins développées d'Europe. La BEI est également déterminée à accroître la part de ses prêts en faveur de l'action pour le climat et de l'environnement dans les régions en transition et les régions moins développées. Le rôle de la BEI est d'autant plus important dans un contexte caractérisé par la réduction des financements publics nationaux. Ainsi, en 2021, le Groupe BEI a mis à disposition 36,6 milliards d'euros pour les régions de l'Union relevant de la cohésion. En outre, les prêts de la BEI sont allés à des projets représentant un montant de 47,3 milliards d'euros dans les régions relevant de la cohésion⁸⁶.

Enfin, la dernière source classique de financements européens consiste dans le développement de programmes spécifiques⁸⁷. Ces programmes visent des thématiques variées telles que la mobilité, l'environnement, le numérique ou la santé. La logique des programmes sectoriels n'est pas territoriale et généralement la dimension transnationale est valorisée, voire même obligatoire dans certains programmes, néanmoins, plusieurs de ces programmes inscrivent leur action dans le cadre du soutien aux régions pauvres. Par exemple, le programme ERASMUS +⁸⁸ adopte comme première priorité de soutien l'inclusion afin d'offrir davantage d'opportunité pour les personnes les moins favorisées en raison de leur milieu social, économique et culturel, mais aussi du fait qu'ils se trouvent dans des zones rurales isolées. Le mécanisme pour l'interconnexion en Europe (MIE)⁸⁹, prévoit que le taux de co-financement de projet pour les pays qui sont bénéficiaires du fonds de cohésion s'élève à 85 % et pour les RUP ce cofinancement peut s'élever à 70 %. C'est aussi le cas pour les programmes mis en place au soutien de la relance et de la résilience qui constituent les nouveaux instruments financiers pouvant bénéficier aux régions pauvres.

B. Le développement des instruments de relance au soutien des régions pauvres

Les crises subies par l'Union ces dernières années, qu'il s'agisse de la crise économique de 2008, la crise sanitaire de 2019 ou la crise énergétique qui a suivi le déclenchement de la guerre en Ukraine ont des conséquences négatives sur la cohésion économique, sociale et territoriale et notamment sur les régions pauvres européennes. La croissance et l'innovation sont ralenties par une diminution de la capacité d'investissements publics et privés. Dans le cadre de la pandémie de COVID-19, ce sont les systèmes de santé

⁸⁵ BEI, *European Investment Bank Cohesion Orientation 2021-2027*, 2021, disponible sur <https://www.eib.org/fr/publications/eib-cohesion-orientation-2021-2027>.

⁸⁶ BEI, *EIB Group activities in EU Cohesion Regions*, 2021, OPOCE, Luxembourg, cité par S. DE LA ROSA, « Politique de cohésion économique, sociale et territoriale : cadre juridique et organisation générale », *op. cit.*, §62.

⁸⁷ Contrairement aux FESI, les programmes sectoriels sont gérés directement par la Commission européenne et ses agences exécutives (avec bien sûr des relais au niveau national).

⁸⁸ Le programme Erasmus+ est un programme en faveur de l'éducation, de la formation, de la jeunesse et du sport. Il s'agit de l'éducation et de la formation au sens large : enseignement scolaire, enseignement supérieur, enseignement et formation professionnels, éducation des adultes. Pour la période 2021-2027, son budget de 26 milliards d'euros a doublé par rapport à la période de programmation précédente.

⁸⁹ Le mécanisme pour l'interconnexion en Europe également appelé Connecting Europe Facility (CEF), soutient des projets d'infrastructure européenne d'intérêt commun dans les secteurs du transport, de l'énergie et des télécommunications. Il est doté d'une enveloppe de 33,7 milliards d'euros sur la période 2021-2027.

qui ont été mis sous pression mettant en valeur les défaillances de ces derniers et des régimes de sécurité sociale. Or les régions les moins développées sont particulièrement touchées en raison de moindre capacité de résilience économique, ce qui aggrave les disparités régionales. Dans son sixième rapport sur la cohésion, la Commission européenne analysait que la crise économique et financière de 2008 avait inversé le processus de convergence du PIB régional par habitant et du chômage au sein de l'Union, tandis que, entre 2000 et 2008, les disparités régionales en matière de PIB par habitant avaient constamment diminué⁹⁰. Dans le même sens, dans le huitième rapport sur la cohésion, la Commission met en valeur les conséquences de la crise sanitaire sur les disparités de développement régional et souligne que « les répercussions qu'elle a eues jusqu'à présent sont plus fortes dans les régions moins développées, où le taux de mortalité a augmenté de 17 %. La pandémie a entraîné la plus grande récession depuis 1945, touchant notamment les secteurs qui dépendent des interactions personnelles, comme le tourisme, et a radicalement modifié nos emplois, nos établissements scolaires et nos échanges sociaux, tandis que les restrictions des déplacements ont eu une incidence disproportionnée sur les régions frontalières »⁹¹. Afin d'apporter une solution aux conséquences des crises et notamment de la pandémie de 2019 et au-delà aux conséquences de la guerre en Ukraine, les fonds de la politique de cohésion ont été directement mobilisés pour contribuer à la relance des économies nationales, sur le fondement d'un règlement qui a instauré des mesures de flexibilité exceptionnelle pour leur utilisation⁹², d'une part, et en renforçant la possibilité de transferts financiers au titre de l'objectif « Investissement pour la croissance et l'emploi » entre les Fonds du FEDER, du FSE et du fonds de Cohésion⁹³.

Mais, surtout, pour gérer les conséquences à plus long terme, de nouveaux instruments de financements ont été développés dans le cadre du plan de relance Next Generation EU⁹⁴. Chacun de ces instruments fait ressortir la place de la politique de cohésion dans la relance économique et le rôle qu'il peut jouer dans le soutien aux régions pauvres⁹⁵.

Le premier d'entre eux est l'initiative de soutien à la reprise en faveur de la cohésion des territoires de l'Europe (ReactEU)⁹⁶, dont la dotation soutient la relance jusqu'en 2023. Il s'appuie sur les programmes existants relevant de la politique de cohésion pour

⁹⁰ F. TERPAN, « Politique de cohésion économique, sociale et territoriale », *op. cit.*, §15.

⁹¹ Communication de la Commission au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social et au comité des régions sur le 8e rapport sur la cohésion : la cohésion en Europe à l'horizon 2050, 4 février 2022, COM(2022) 34 final, §2.

⁹² Règlement (UE) 2020/558 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2020 modifiant les règlements (UE) n° 1301/2013 et (UE) n° 1303/2013 en ce qui concerne des mesures spécifiques visant à offrir une flexibilité exceptionnelle pour l'utilisation des Fonds structurels et d'investissement européens en réaction à la propagation de la COVID-19, JOUE L 130 du 24 avril 2020, p. 1.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Règlement (UE) 2020/2094 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2020, établissant un instrument de l'Union européenne pour la relance en vue de soutenir la reprise à la suite de la crise liée à la Covid-19, JOUE L 433I du 22 décembre 2020, p. 23.

⁹⁵ F. MARTUCCI, « Next Generation EU et la politique de cohésion économique, sociale et territoriale : vers une solidarité dans l'Union », *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 1-2023, p. 187.

⁹⁶ Règlement (UE) 2020/2221 du Parlement européen et du Conseil du 23 décembre 2020 modifiant le règlement (UE) n° 1303/2013 en ce qui concerne des ressources supplémentaires et des modalités d'application afin de fournir un soutien pour favoriser la réparation des dommages à la suite de la crise engendrée par la pandémie de COVID-19 et de ses conséquences sociales et pour préparer une reprise écologique, numérique et résiliente de l'économie (REACT-EU), JOUE L 437 du 28 décembre 2020, p. 30.

diffuser ses financements au cœur des territoires⁹⁷. React-EU est venu abonder le FEDER, le FSE et le Fonds européen d'aides aux plus démunis (FEAD)⁹⁸ à hauteur de 47,5 milliards d'euros, à la fin de la période de financement 2014-2020 pour faire face aux conséquences de la pandémie de COVID-19. Ces fonds visent notamment à « répondre aux principaux défis territoriaux pour les zones urbaines, rurales et côtières et les zones de pêche, aux défis démographiques qui souffrent de handicaps naturels ou démographiques graves et permanents [...] ainsi qu'aux défis spécifiques des régions ultrapériphériques »⁹⁹. L'intérêt pour les régions pauvres est, d'une part, de pouvoir bénéficier de nouvelles sources de financement, d'autre part, que ces projets soient financés à 100 % par les financements européens¹⁰⁰. Le deuxième instrument est le programme InvestEU destiné à aider les investissements privés¹⁰¹. Ce programme, comporte une Facilité d'investissement stratégique prenant la forme d'une garantie budgétaire de l'Union pour financer des projets d'investissement par l'intermédiaire du groupe BEI et de banques de développement nationales, pour un montant de 5,6 milliards d'euros¹⁰², lesquels pourront bénéficier aux régions les plus pauvres suivant la stratégie de cohésion développée par cette institution.¹⁰³

Enfin est établie la Facilité pour la relance et la résilience (FRR)¹⁰⁴, dont les objectifs incluent entre autres la cohésion sociale et territoriale, bien que régie par des règles différentes des fonds de cohésion. Fondé juridiquement sur la politique de cohésion, la FRR a pour objet de contribuer à renforcer la cohésion, par des mesures qui permettent aux États membres de se remettre plus rapidement et de manière plus durable de la crise de la Covid-19. Cet instrument prend la forme mixte de subventions et de prêts destinés aux États membres. Le soutien financier non remboursable véhiculé par la FRR va orienter les dépenses européennes vers des domaines d'action d'importance européenne structurés en six piliers dont deux d'entre eux mentionnent d'un côté la cohésion économique et de l'autre la cohésion sociale et territoriale. Les mesures financées sont détaillées par chaque État membre dans un Plan National de Relance et de Résilience (PNRR). Sur cette base, chaque État membre dispose d'une enveloppe de subventions préallouée établie avec une clé d'allocation prenant en compte à la fois des critères structurels reflétant la fragilité relative des économies (taux de chômage, RNB...) et des critères dynamiques reflétant l'impact conjoncturel de la crise liée à la Covid-19. En France, « les critères d'allocation retenus sont les critères de cohésion classiques (population, proportion inverse du PIB par habitant, taux de chômage moyen sur les

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Le FEAD à la différence des fonds structurels et d'investissements n'a pas une dimension territoriale.

⁹⁹ Règlement (UE) n°1303/2013 en ce qui concerne des ressources supplémentaires et des modalités d'application afin de fournir un soutien pour favoriser la réparation des dommages à la suite de la crise engendrée par la pandémie de Covid-19 et de ses conséquences sociales et pour préparer une reprise écologique, numérique et résiliente de l'économie (REACT-EU), *JOUE* L 437 du 28 décembre 2020, article 11 e).

¹⁰⁰ Les projets sont éligibles à partir du 1er février 2020. Les fonds REACT-EU doivent être consommés au 31 décembre 2023.

¹⁰¹ Règlement (UE) 2021/523 du Parlement européen et du Conseil du 24 mars 2021 établissant le programme InvestEU et modifiant le règlement (UE) 2015/1017, *JOUE*, L 107, 26 mars 2021, p. 30. Le programme est doté d'une enveloppe globale de 5,6 milliards d'euros.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ BEI, *European Investment Bank Cohesion Orientation 2021-2027*, 2021, disponible sur <https://www.eib.org/fr/publications/eib-cohesion-orientation-2021-2027>

¹⁰⁴ Règlement (UE) 2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience, *JOUE* L 57 du 18 février 2021, p. 17.

cinq dernières années par rapport à la moyenne de l'Union (2015-2019) ; à partir de 2023, le critère du chômage au cours de la période 2015-2019 est remplacé, en proportions égales, par le critère de la chute de PIB réel en 2020 et la chute du PIB réel durant les exercices 2020-2021 combinés, qui sera chiffrée au plus tard le 30 juin 2022»¹⁰⁵. Dès lors, si les États disposent d'une marge d'appréciation pour définir l'affectation des fonds, ils doivent le faire dans le respect du cadre financier pluriannuel et dans le respect des objectifs stratégiques de la cohésion, lesquels participent comme vu précédemment au soutien des régions pauvres. Si la manière dont les financements de l'Union sont accordés « est calquée sur la méthode de la gouvernance économique » et ne sont pas seulement une action spécifique au soutien de la cohésion¹⁰⁶, elle apporte sans aucun doute des financements qui pourront profiter aux régions pauvres de l'Union.

En guise de conclusion, il ressort de l'étude du discours et des moyens financiers mis en place par l'Union pour atteindre l'objectif de cohésion que les régions pauvres sont un objet des politiques européennes dans la mesure où les retards de développement constituent un problème tant économique que social pour la construction européenne. Cependant, l'Union développe une stratégie originale pour tenir compte de ce problème qui se distingue de celle traditionnellement liée aux politiques nationales d'aménagement du territoire. En effet, bien qu'elle ait essayé de le faire de la sorte, les États ont exprimé leur réticence à conférer à la Communauté une compétence pour mettre en œuvre une politique de compensation territoriale ou sociale¹⁰⁷. C'est donc par le biais de stratégie liée à la gouvernance économique que la cohésion va se définir, le problème des régions pauvres étant réglé par des politiques d'investissements au soutien de la croissance, de la relance et des objectifs numériques et écologiques de l'Union¹⁰⁸. Si cette philosophie de soutien est quelque peu originale, il n'en reste pas moins qu'elle constitue la manière par laquelle l'Union exprime sa solidarité.

¹⁰⁵ *Relations financières avec l'Union européenne*, annexe au projet de loi de finances pour 2022, p. 12, cité par L. LEVOYER, « Un cadre financier pluriannuel 2021-2027 propice à l'action publique ? », *RDUE*, 2023/1, p. 176, note de bas de page 16.

¹⁰⁶ Pour une analyse précise de manière dont les financements sont accordés au titre de la FRR v. F. MARTUCCI, « Next Generation EU et la politique de cohésion économique, sociale et territoriale : vers une solidarité dans l'Union », *op. cit.*, pp 187 et suiv.

¹⁰⁷ R. LAFORE, « Objectif de cohésion et interventions structurelles », in P. AUVERGNON (dir.), *Union européenne et cohésion sociale*, Comptasec CNRS, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 1998, p. 18, cité par F. MICHEA, « Les enjeux territoriaux de la politique de cohésion : les autorités régionales et locales sous contraintes » in L. POTVIN-SOLIS, (dir.), *L'Union européenne et les territoires*, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 218.

¹⁰⁸ D. CHARLES-LE BIHAN, « La diversité territoriale nationale et le principe d'égalité dans l'Union européenne » *op. cit.*, p. 121.

Imposition des entreprises multinationales et réduction de la pauvreté dans les pays en développement. État des lieux et perspectives

Emmanuel Dercourt,

Doctorant à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

Les pays en développement comptent encore quelque 600 millions de personnes vivant sous le seuil d'extrême pauvreté¹. La crise du covid et la guerre en Ukraine ont aggravé la précarité de leurs populations, tandis que le coût de leurs dettes publiques a connu une hausse vertigineuse au cours des dernières années². Les besoins de ces pays en capitaux étrangers sont donc impérieux et, face aux limites de l'aide publique au développement et de l'action des institutions financières internationales, ce sont souvent les opérateurs économiques privés qui y pourvoient.

C'est pourquoi les auteurs insistent sur l'importance des investissements directs étrangers pour la lutte contre la pauvreté dans les pays en développement³. Ces investissements, réalisés par les entreprises multinationales⁴, abondent notamment de manière significative et durable les recettes de ces pays⁵. Ils contribuent ainsi à l'investissement public et à la redistribution, facteurs essentiels de réduction de la pauvreté des personnes. L'impôt acquitté par les groupes multinationaux revêt même une importance fondamentale pour les pays les plus pauvres car, contrairement aux pays développés, leurs budgets dépendent largement des recettes de l'impôt sur les sociétés⁶.

Au risque de compromettre cette contrainte budgétaire, les pays en développement recourent pourtant massivement à l'outil fiscal afin d'attirer les opérateurs économiques

¹ Données accessibles à [<https://ourworldindata.org/grapher/total-population-living-in-extreme-poverty-by-world-region>]. L'extrême pauvreté est définie par la Banque mondiale comme le fait de vivre avec moins de 2,15 dollars par jour.

² Selon les estimations de l'ONU, les effets de la pandémie et de la guerre ont entraîné une augmentation nette de 75 millions de personnes vivant sous le seuil d'extrême pauvreté. Par ailleurs, toujours selon l'ONU, en novembre 2022, 37 des 69 pays les plus pauvres du monde étaient « à haut risque ou déjà en situation de surendettement » et un pays à revenu intermédiaire sur quatre présentait « un risque élevé de crise budgétaire » (v. ONU, *Implementation of the Third United Nations Decade for the Eradication of Poverty - Report of the Secretary-General*, A/77/176, 2022 ; ONU, *United Nations Secretary-General's SDG Stimulus to Deliver Agenda 2030*, 2023).

³ V., par exemple, M. KLEIN *et al.*, « Foreign Direct Investment and Poverty Reduction », *World Bank policy research working papers*, n. 2613, 2001.

⁴ Les investissements directs étrangers sont définis comme « les investissements réalisés par une entité résidente d'un pays donné dans le but d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise résidente d'un autre pays et d'exercer une influence significative sur sa gestion » (OCDE, *Panorama des statistiques de l'OCDE 2014 : Économie, environnement et société*, 2014, p. 88).

⁵ M. DURST, *Taxing Multinational Business in Lower-Income Countries: Economics, Politics and Social Responsibility*, Institute of Development Studies, 2019, p. 1, accessible à [<https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20.500.12413/14336>].

⁶ D'une part, la proportion de l'impôt sur les sociétés dans le budget total des pays à revenu faible ou intermédiaire est sensiblement plus élevée que dans les pays développés (v. M. KEEN *et al.*, « corporate taxation in the global economy », *IMF policy papers*, 2019, p. 20) ; d'autre part, le ratio entre recettes fiscales et PIB est bien plus faible dans ces pays (v. M. DURST, *Taxing Multinational Business in Lower-Income Countries: Economics, Politics and Social Responsibility*, *op. cit.*, p. 16).

étrangers. De fait, ces pays ont connu une baisse structurelle de leurs taux d'impôt sur les sociétés au cours des dernières décennies⁷. S'il est banal de constater l'influence de la fiscalité des entreprises sur l'attractivité des États, celle-ci prend un relief tout à fait particulier pour des pays au PIB par habitant encore anémique. Les investissements directs étrangers peuvent en effet susciter un enrichissement substantiel de leurs populations, tandis que leur mise à l'écart des circuits de la globalisation est généralement synonyme d'un marasme économique funeste⁸.

Importance des recettes de l'impôt sur les sociétés et tension entre logiques budgétaire et économique : on le voit, dans ce contexte spécifique aux pays en développement réside toute la portée des règles gouvernant l'imposition des entreprises multinationales. La présente contribution se propose donc de présenter les liens qu'entretiennent ces règles avec la réduction de la pauvreté des personnes dans les pays en développement.

Ces règles puisent leurs sources dans le droit fiscal international⁹. Parmi ces sources, on évoque volontiers les conventions fiscales bilatérales, dont le nombre - environ 3000 actuellement en vigueur - révèle à lui seul l'importance. Ces conventions sont le plus souvent élaborées à partir des modèles publiés par l'OCDE et l'ONU¹⁰. Elles visent notamment à empêcher la double imposition, qui surgit lorsqu'une personne est imposée deux fois à raison du même revenu. Ainsi des situations dans lesquelles la personne, résidente de l'un des deux États contractants, perçoit un revenu prenant sa source dans l'autre État contractant. La convention attribue alors le droit d'imposer ce revenu à l'un des deux États, l'autre renonçant à exercer sa compétence fiscale sur ce même revenu¹¹. La double imposition est un obstacle majeur aux échanges internationaux. Par conséquent, il est de coutume de considérer que la constitution d'un réseau de conventions fiscales par un État est nécessaire à son développement économique¹². Des études empiriques indiquent d'ailleurs l'effet positif de ces conventions sur l'accroissement des investissements directs étrangers, notamment dans les pays à revenu faible ou intermédiaire¹³.

Si elle favorise donc l'attractivité de ces pays, la formation d'un réseau conventionnel provoque néanmoins une diminution de leurs recettes fiscales. En effet, en limitant une partie de leur compétence, les États contractants renoncent à prélever l'impôt sur

⁷ V. D. GUTMANN, « Quelle justice pour les pays en développement dans un monde globalisé ? », *Revue générale du contentieux fiscal*, 2010, n. 2, p. 102.

⁸ V., par exemple, Banque Mondiale, *Pro-Poor Growth in the 1990s: Lessons and Insights from 14 countries*, 2005.

⁹ Généralement défini comme l'ensemble des dispositions de droit fiscal encadrant une situation dotée d'un élément d'extranéité. Sur l'absence de définition consensuelle de la notion de droit fiscal international, v. N. VERGNET, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, LGDJ, coll. Bibliothèque finances publiques et fiscalité, 2020, n. 9 ; 39.

¹⁰ Ces modèles sont communément appelés « Modèle OCDE » et « Modèle ONU ».

¹¹ Cette attribution peut cependant ne pas être exclusive, notamment lorsque les États contractants recourent à la technique de l'imputation pour éliminer la double imposition. D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, 13^{ème} éd., 2022, n. 50.

¹² S. LEDUC, G. MICHIELSE, « Are Tax Treaties Worth It for Developing Economies? », in R. DE MOOIJ, M. KLEMM, M. PERRY (dir.), *Corporate Income Taxes under Pressure: Why Reform Is Needed and How It Could Be Designed*, IMF Books, 2021, p. 139 et s. ; *contra* T. DAGNAN, « The Tax Treaties Myth », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, 1999, n° 4, p. 939-996.

¹³ V. par exemple E. NEUMAYER, « Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? », in K. SAUVANT, L. SACHS, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, 2009, p. 659-684 ; et plus récemment, S. LEE, D. KIM, « The Impact of Tax Treaties on Foreign Direct Investment: The Evidence Reconsidered », 2022, accessible à [https://papers.ssrn.com/abstract=4226574].

certains revenus qu'ils ont, en théorie, vocation à taxer. De ce fait, des chercheurs estiment par exemple qu'en 2011, les conventions bilatérales conclues par les Pays-Bas avec des pays en développement ont engendré des pertes totales de recettes d'environ 771 M€ pour l'ensemble de ces pays¹⁴.

Cependant, plus que les règles conventionnelles, ce sont les effets de la concurrence fiscale qui sont généralement pointés du doigt par les observateurs. Cette concurrence, que les pays en développement se livrent afin d'attirer les entreprises étrangères, gangrènerait leurs politiques fiscales. Les nombreux régimes incitatifs (réductions, exemptions, crédits d'impôt, etc.) adoptés par ces pays aboutiraient à prélever un impôt largement inférieur au « niveau optimal » de taxation¹⁵. L'arbitrage entre recettes fiscales et attractivité auquel sont confrontés les pays les plus pauvres entraînerait une diminution telle de leur capacité financière qu'il a pu être qualifié de « tragique »¹⁶.

Par ailleurs, l'instrumentalisation des règles fiscales par les groupes multinationaux exacerbe l'attrition budgétaire dont souffrent les pays en développement. Une prise de conscience de l'impact néfaste de ce phénomène a certes été amorcée au cours de la dernière décennie¹⁷. Le projet BEPS, développé à partir de 2012 afin de réformer la fiscalité internationale pour lutter contre l'érosion de la base imposable résultant des pratiques des groupes, en porte la trace¹⁸ : conçu par l'OCDE à la demande du G20, ce projet a connu une implication croissante des pays en développement et débouché sur la création, en 2016, d'un « Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20 » (le « Cadre inclusif OCDE/G20 ») qui réunit désormais 143 États. Cependant, la portée de cette ouverture est l'objet de controverses intenses¹⁹.

C'est que les détracteurs de l'« ordre fiscal international » contemporain sont de plus en plus nombreux²⁰. Selon eux, la répartition des droits d'imposition favoriserait les États de l'OCDE. Le projet BEPS, biaisé en faveur de ces derniers, ne remettrait pas en question ce déséquilibre. Aujourd'hui comme hier, les pays en développement se verraient privés de la possibilité d'imposer une partie substantielle des bénéfices des

¹⁴ K. MCGAURAN, « *Should the Netherlands sign tax treaties with developing countries?* », *Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen*, 2013, p. 27, accessible à [https://www.somo.nl/should-the-netherlands-sign-tax-treaties-with-developing-countries/]. Cette estimation ne concerne que les diminutions de recettes fiscales des pays en développement liées à la réduction des retenues à la source prélevées sur les dividendes et les intérêts prévues par les conventions. Une étude similaire estime que, pour les conventions conclues par l'ensemble des pays n'appartenant pas à l'OCDE avec les États-Unis, ces pertes s'élevaient à 1,6 milliard dollars en 2010¹⁴ (M. KEEN *et al.*, « *Spillovers in international corporate taxation* », *IMF policy paper*, 2014, p. 27, accessible à [https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2016/12/31/Spillovers-in-International-Corporate-Taxation-PP4873]).

¹⁵ M. DURST, *Taxing Multinational Business in Lower-Income Countries: Economics, Politics and Social Responsibility*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶ T. DAGAN, « *The tragic choices of tax policy in a globalized economy Tax* », in Y. BRAUNER, M. STEWART, *Law and Development*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 57-73.

¹⁷ V. par exemple, E. CRIVELLI, R. DE MOOIJ, M. KEEN, « *Base Erosion, Profit Shifting and Developing Countries* », *FinanzArchiv / Public Finance Analysis*, vol. 72, 2016, n° 3, p. 268-301.

¹⁸ Le projet BEPS (« *Base Erosion and Profit Shifting* ») contient un certain nombre de mesures visant à limiter les pratiques d'érosion de la base imposable et de transfert des bénéfices des groupes multinationaux. Pour une étude plus détaillée de ces mesures, v., par exemple, A. PERIN-DUREAU, *Précis de droit fiscal international et de l'Union européenne*, LexisNexis, 2022, n. 1098 et s.

¹⁹ V., par exemple, S. FUNG, « *The Questionable Legitimacy of the OECD/G20 BEPS Project* », *Erasmus Law Review*, vol. 10, 2017, p. 76-88.

²⁰ Sur la notion d'« ordre fiscal international », v. notamment R. AVI-YONAH, *International tax as international law*, Cambridge University Press, 2007, p. 3 et s.

entreprises multinationales qui devrait leur échoir²¹. Ces pertes diminueraient drastiquement leur capacité d'investissement et de redistribution, et constitueraient ainsi un obstacle majeur à la réduction de la pauvreté des personnes²².

Ces critiques trouvent un écho croissant parmi les pays en développement. En témoigne une résolution récente de l'Assemblée Générale de l'ONU, adoptée sur proposition d'un groupe d'États africains, qui, après avoir constaté que les pratiques d'optimisation fiscale agressive « port(ent) préjudice aux plus pauvres et plus vulnérables », invite à développer une instance intergouvernementale « plus ouverte » afin de rendre la coopération internationale en matière fiscale « plus inclusive et plus efficace »²³.

Si le lien entre investissements directs étrangers et réduction de la pauvreté dans les pays en développement est clairement établi, on assiste donc à une remise en cause du rôle de la fiscalité internationale dans cette dynamique. Quel est le contenu des règles critiquées ? Pourquoi l'imposition des groupes est-elle considérée comme insuffisante pour contribuer de manière significative à la lutte contre la pauvreté ? Les évolutions en cours amélioreront-elles la situation des pays en développement ? Pour apporter des éléments de réponses à ces questions, nous tenterons d'exposer les carences des règles gouvernant l'imposition des bénéfices réalisés par les entreprises multinationales (I), avant d'analyser les solutions proposées afin d'y remédier (II).

I. Les carences des règles gouvernant l'imposition des bénéfices des entreprises multinationales

À première vue, les règles du droit fiscal international en matière d'investissements directs étrangers sont favorables aux pays en développement. En effet, en théorie du moins, elles permettent à un État d'imposer l'intégralité des bénéfices réalisés sur son territoire.

La réalité est pourtant autre. D'une part, la mise en œuvre de l'attribution de la compétence fiscale sur ces bénéfices s'avère insatisfaisante (A). D'autre part, au sein même de la sphère de leur compétence, les pays en développement ne sont pas assurés de pouvoir les imposer de manière suffisante (B).

A. L'insatisfaisante mise en œuvre conventionnelle du droit d'imposition des États de Source

L'État qui accueille un investissement direct étranger a vocation à imposer l'intégralité des revenus de cet investissement prenant leur source dans son territoire. Ce principe est fondé sur le lien économique unissant le groupe multinational à l'État. En effet, dans la mesure où ces revenus sont générés par l'exploitation de facteurs de production sur le territoire de cet État, la force du rattachement territorial des revenus prime le lien

²¹ V. notamment les analyses empiriques réalisées par A. COBHAM, P. JANSKÝ, « Global distribution of revenue loss from corporate tax avoidance: re-estimation and country results », *Journal of International Development*, vol. 30, 2018, n. 2, p. 206-232.

²² V. E. SAEZ, G. ZUCMAN, *Le Triomphe de l'injustice. Richesse, évasion fiscale et démocratie*, Média Diffusion, 2020, p. 150. Pour un exemple caricatural, v. CH. AID, « Death and taxes: the true toll of tax dodging », Christian Aid Report, 2008, affirmant qu'en l'absence d'évasion fiscale des groupes, « les vies de 350 000 enfants sous l'âge de cinq ans seraient sauvées chaque année ». (pour une critique de cette affirmation, v. M. FORSTATER, « Can Stopping 'Tax Dodging' by Multinational Enterprises Close the Gap in Development Finance », *CGD Policy Paper*, n. 69, 2015, accessible à <https://www.cgdev.org/publication/can-stopping-tax-dodging-multinational-enterprises-close-gap-development-finance>).

²³ Résolution 77/244 de l'Assemblée générale de l'ONU, *Promotion d'une coopération internationale Inclusive et efficace en matière fiscale à l'Organisation des Nations Unies*, A/RES/77/244, 30 décembre 2022.

qu'entretiennent l'entité étrangère du groupe qui perçoit ces revenus et l'État dans lequel elle réside (l'État de résidence). Il s'agit là d'une application du principe de territorialité de l'impôt, qui, comme on le voit, fonde le pouvoir d'imposition de l'État dans lequel les bénéfices du groupe prennent leur source (l'État de source)²⁴. Toute la difficulté réside alors dans la traduction, en droit conventionnel, d'un principe éminemment économique.

Schématiquement, la mise en œuvre de ce principe diffère selon que l'exploitation dans l'État de source est réalisée à travers une société résidente de celui-ci ou non. Lorsque l'entreprise multinationale s'implante sans créer de société locale dotée de la personnalité juridique, l'exploitation est caractérisée par l'existence d'une présence physique suffisante sur le territoire de l'État, telle qu'une succursale, une usine, un chantier, etc.²⁵. Cette forme d'implantation physique – identifiée à travers la notion conventionnelle d'établissement stable – permet en effet de considérer que les bénéfices tirés de l'exploitation prennent leur source dans ce territoire. En revanche, lorsque le groupe crée ou acquiert une société dans l'État de source, la mise en œuvre du principe de territorialité découle de l'indépendance juridique de celle-ci vis-à-vis de sa société mère. La filiale créée ou acquise est en effet soumise à l'impôt sur les sociétés dans l'État de sa résidence à raison des bénéfices qu'elle y réalise²⁶. Son appartenance au groupe est ignorée. Cependant, afin de garantir que ses bénéfices imposables correspondent aux revenus que son activité a effectivement générés sur le territoire de l'État, les transactions que réalise la filiale avec les autres entités du groupe doivent l'être dans des conditions concurrentielles, c'est-à-dire aux conditions qui auraient découlé d'une négociation normale entre entités indépendantes²⁷. Par l'effet de ce principe dit « de pleine concurrence », la contribution de la filiale est rémunérée à sa valeur économique « réelle » : l'État est alors garanti de pouvoir imposer la part des bénéfices qui prend sa source dans son territoire²⁸.

Par ailleurs, l'imposition des bénéfices par l'État de source résulte également de la mise en œuvre de prélèvements fiscaux sur certains paiements, qui prennent la forme de retenues à la source sur le montant brut de ces derniers. La raison en est que de nombreuses formes d'engagement dans l'État de source ne requièrent aucune activité d'exploitation locale de la part du groupe. Tel est notamment le cas de la mise à disposition de capitaux par une entité non-résidente aux filiales résidant dans cet État (apports, prêts, concessions d'actifs incorporels, etc.). L'application du principe de territorialité passe ici par le partage de la compétence fiscale entre l'État dans lequel la

²⁴ Au sujet de ce principe, v. par exemple A. KALLERGIS, *La compétence fiscale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2018, n. 454 et s. Le projet BEPS en a raffermit la portée, qui vise à aligner l'imposition des bénéfices des entreprises multinationales avec les territoires au sein desquels « la valeur est créée ». Sur la notion de création de valeur en droit fiscal international, v. N. VERGNET, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, *op. cit.*

²⁵ Ce principe est décliné aux articles 5 et 7 des Modèles OCDE et ONU.

²⁶ Ce principe dit des « entités séparées » est décliné à l'article 5.7. des Modèles OCDE et ONU.

²⁷ Ce principe est décliné à l'article 9 des Modèles OCDE et ONU.

²⁸ J. WILKIE, « Reflecting on the “Arm's Length Principle”: What is the “Principle”? Where Next? », in W. SCHOEN, K. KONRAD (dir.), *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, Springer, 2012, p. 144. Notons que ce principe, qui répond à la problématique des prix de transfert, constitue une application de la théorie de l'acte anormal de gestion et permet aux États d'empêcher l'érosion de leur base imposable. Son rôle de répartition de l'assiette fiscale entre États ne résulte qu'indirectement de sa mise en œuvre par ces derniers. V. J. WITTENDORFF, *Transfer pricing and the arm's length principle in international tax law*, Kluwer Law International BV, 2010, p. 7. Sur le fait que ce rôle n'a pas été suffisamment étudié, v. J. PELLEFIGUE, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, Paris 2, 2012, p. 12.

filiale débitrice est établie – autrement dit, l'État de source des paiements effectués en rémunération des capitaux – et l'État de résidence de l'entité du groupe qui a mis ces capitaux à disposition. C'est ce partage de compétence que le prélèvement de retenues à la source permet d'assurer²⁹.

On le voit, chaque État a donc vocation à imposer les revenus des investissements directs étrangers puisant leur source dans son territoire. Ce principe reçoit plusieurs justifications. Comme l'a montré Peggy Musgrave, il garantit l'équité entre États importateurs et exportateurs de capitaux dans la mesure où l'imposition à la source « permet à un pays de partager les gains des facteurs de production étrangers opérant sur son territoire, gains qui sont générés en coopération avec ses propres facteurs, qu'il s'agisse de ressources naturelles, d'une main-d'œuvre instruite et/ou bon marché, ou de la proximité d'un marché. »³⁰ D'un point de vue économique, il assure l'efficacité du droit fiscal international en soumettant les investisseurs étrangers au même traitement que les opérateurs économiques nationaux³¹.

Si le principe est clair, sa mise en œuvre s'avère pourtant complexe, comme l'illustrent les divergences entre modèles de conventions fiscales. Ainsi qu'évoqué en introduction, ces modèles servent de point de départ et de cadre aux négociations bilatérales³². Or, tandis que le Modèle OCDE est réputé favoriser les États de résidence, le Modèle ONU, qui est destiné à être utilisé dans le cadre des conventions conclues entre pays développés et pays en développement, attribue une compétence plus large aux États de source. Les divergences entre ces deux modèles se sont accrues au fil des versions successives publiées par les deux organisations, illustrant l'impossibilité d'une mise en œuvre uniforme du principe d'imposition à la source des bénéficiaires des groupes³³. Par exemple, l'actuelle définition de l'établissement stable proposée par le Modèle ONU est moins restrictive que celle donnée par le Modèle OCDE³⁴. De même, les taux de retenues à la source sont laissés à la discrétion des parties dans le Modèle ONU alors qu'ils sont fixés mais ont connu une baisse graduelle dans le Modèle OCDE³⁵. Le champ d'application matériel de ces retenues a par ailleurs été progressivement élargi dans le Modèle ONU³⁶.

En pratique, ces différences dans la mise en œuvre juridique du principe de territorialité sont reflétées dans l'existence de conventions fiscales réduisant drastiquement le pouvoir d'imposition des États de source. Certaines conventions conclues par des pays en développement prévoient notamment un seuil très restrictif de caractérisation de

²⁹ Voir notamment les articles 10.2.a), 11.2 des Modèles OCDE et ONU et 12.2 du Modèle ONU.

³⁰ P. MUSGRAVE, « Sovereignty, entitlement, and cooperation in international taxation », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26, 2000, p. 1341 (« *This permits a country to share in the gains of foreign-owned factors of production operating within its borders; gains which are generated in cooperation with its own factors, whether they be natural resources, an educated and/or low-cost work force, or the proximity of a market* » [traduction libre]).

³¹ W. SCHOEN, « International tax coordination for a second-best world (part I) », *op. cit.*, p. 78 et s.

³² W. SCHOEN, « International Tax Rules for Unruly Times », 2023, p. 16, accessible à [https://papers.ssrn.com/abstract=4515974].

³³ V. S. ANDRE ROCHA, « The Other Side of BEPS: “Imperial Taxation” and “International Tax Imperialism” », in S. ANDRE ROCHA, A. CHRISTIANS (dir.), *Tax Sovereignty in the BEPS Era*, Wolters Kluwer, 2017, p. 179 et s.

³⁴ V. notamment les différences entre les articles 5.3 Du modèle OCDE et du modèle ONU concernant les chantiers et les prestations de service.

³⁵ V. notamment les articles 10, 11 et 12 des Modèles OCDE et ONU.

³⁶ V. notamment les articles 12A et 12B du Modèle ONU.

l'établissement stable³⁷. D'autres suppriment toute retenue à la source sur les sommes versées à des entités non-résidentes³⁸.

On le voit, si l'État de source a vocation à imposer l'ensemble des bénéfices réalisés sur son territoire, l'étendue effective de sa compétence fiscale peut sensiblement varier selon les dispositions de la convention applicable³⁹. Lorsque celle-ci pose des limites excessives à la compétence d'un État, ce dernier se trouve privé du droit d'imposer des revenus dont on pourrait raisonnablement estimer qu'ils prennent leur source dans son territoire. Il y a là quelque chose de difficile à comprendre si l'on considère que la notion de source du revenu est essentiellement économique. C'est que la détermination de cette source passe par l'application de règles dont le contenu prescriptif ne reflète qu'approximativement la réalité économique. Comme l'a écrit avec malice un auteur, « les règles de source sont une merveilleuse chose pour les juristes et qui désespère les économistes »⁴⁰.

Cette difficulté à discerner la source économique des bénéfices est illustrée par les carences des méthodes de détermination des prix de transfert facturés entre entités du groupe. Ces méthodes reposent sur la mise en œuvre du principe de pleine concurrence⁴¹, dont on a vu qu'il permet de mesurer la rémunération « réelle » de la contribution apportée par une entité à l'activité du groupe. En théorie, l'État dans lequel l'entité est établie se voit ainsi attribuer le droit d'imposer la part des bénéfices du groupe générée sur son territoire. Cette analyse est pourtant battue en brèche depuis longtemps⁴². En effet, d'un point de vue économique, l'existence du groupe est justifiée par la supériorité de l'internalisation des fonctions par rapport au recours à un marché concurrentiel⁴³. C'est donc que le bénéfice réalisé par le groupe est *nécessairement* supérieur à la somme de la valeur « de pleine concurrence » des contributions de ses entités⁴⁴. Or, les méthodes de détermination des prix de transfert aboutissent à attribuer une partie substantielle de ces bénéfices résiduels aux entités développant et exploitant

³⁷ À titre d'exemple, la convention entre la Chine et la Mongolie prévoit qu'un chantier ne constitue pas un établissement stable s'il dure moins de 18 mois.

³⁸ Ainsi par exemple de la convention entre l'Île Maurice et le Sénégal qui supprimait toute retenue à la source sur les dividendes, les intérêts et les redevances. Cette convention a été dénoncée par le Sénégal en 2019.

³⁹ C'est donc avant tout au stade des négociations que se joue la délimitation effective de l'étendue de la compétence de l'État de source. Pour un résumé des études empiriques portant sur ces négociations, v. E. ZOLT, « Tax Treaties and Developing Countries: A Better Deal Post-BEPS? », in B. ARNOLD, *Tax Treaties after the BEPS Project, a Tribute to Jacques Sassenille*, Canadian Tax Foundation, 2018, p. 380 et s.

⁴⁰ R. AVI-YONAH, *International tax as international law*, *op. cit.*, p. 38. (« Source rules are a wonderful thing for lawyers and something that causes economists to despair » [traduction libre]).

⁴¹ Ces méthodes sont notamment déclinées dans les « Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert » publiés par l'OCDE (OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2022*, 2022).

⁴² Pour un résumé particulièrement exhaustif de l'évolution de ces critiques depuis l'adoption du principe de pleine concurrence au sein de la Société des Nations à la fin des années 1920, voir S. LANGBEIN, M. FUSS, « The OECD/G20-BEPS-Project and the Value Creation Paradigm: Economic Reality Disemboguing into the Interpretation of the 'Arm's Length' Standard », *The International Lawyer*, vol. 51, 2018, n. 2, p. 259-410.

⁴³ V. l'article séminal en la matière, R. COASE, « The Nature of the Firm », *Economica*, vol. 4, 1937, p. 386-405.

⁴⁴ S. LANGBEIN, « Transaction cost, production cost, and tax transfer pricing », *Tax Notes*, vol. 44, 1989, p. 1400.

les actifs incorporels du groupe⁴⁵. En jouant sur la situation géographique de ces actifs, les groupes peuvent drainer ces bénéfices résiduels vers des juridictions à la fiscalité privilégiée, créant ce qu'un auteur a pu nommer des « revenus apatrides » (« *stateless income* »)⁴⁶.

La valeur de cette critique dépend de l'analyse faite de la création de valeur au sein du groupe. Elle porte à faux si l'on considère que les bénéfices résiduels proviennent effectivement du développement et de l'exploitation des actifs incorporels⁴⁷. L'évolution des méthodes d'application du principe de pleine concurrence vers une analyse détaillée des transactions portant sur ces actifs assure alors une détermination précise de la source de ces bénéfices⁴⁸. En revanche, elle condamne le système actuel si l'on considère que les bénéfices résiduels n'ont en réalité pas d'origine géographique déterminée, qu'ils sont « apatrides ». Les possibilités offertes par la numérisation ont d'ailleurs considérablement renforcé les interrogations quant à l'origine de tels bénéfices⁴⁹.

Sans prétention à l'exhaustivité, ces quelques considérations illustrent les carences des mécanismes conventionnels actuels. Par-delà le principe selon lequel les États de source ont vocation à imposer les bénéfices réalisés par les entreprises multinationales sur leur territoire, l'attribution de la compétence fiscale sur l'ensemble de ces bénéfices n'est pas assurée. Les pays en développement se trouvent alors privés du droit d'imposer une partie substantielle des revenus des investissements directs étrangers. Ces insuffisances sont au cœur des critiques adressées aux règles conventionnelles actuelles : le réseau existant de conventions entraînerait une réduction importante des recettes fiscales et constituerait donc un frein considérable à la réduction de la pauvreté dans ces pays.

Cette réduction n'est pourtant pas seulement le fruit des carences des règles conventionnelles actuelles. En effet, même au sein de la sphère de leur compétence fiscale, les pays en développement n'imposent souvent pas suffisamment les bénéfices des groupes et se voient privés d'une manne budgétaire d'autant plus importante. Ce sont les raisons de ce phénomène qu'il convient maintenant de décrire

B. L'insuffisante imposition des bénéfices des entreprises multinationales par les États de source

Les pays en développement n'imposent en réalité qu'une partie des bénéfices réalisés par les entreprises multinationales qui leur sont dévolus en application des règles conventionnelles. C'est que la délimitation de l'étendue de la compétence fiscale ne préjuge pas de l'imposition effective des bénéfices par l'État de source : au sein de sa

⁴⁵ M. DURST, *Taxing Multinational Business in Lower-Income Countries: Economics, Politics and Social Responsibility*, *op. cit.*, p. 59 et s.

⁴⁶ E. KLEINBARD, « Stateless income », *Florida Tax Review*, vol. 11, 2011, p. 699 et s. L'auteur constate qu'un phénomène similaire est à l'œuvre en matière d'endettement intra-groupe, la rémunération du capital – par définition extrêmement mobile – permettant de diminuer l'assiette fiscale des entités établies dans les États de source.

⁴⁷ La théorie économique va en ce sens, comme l'illustre l'importance des actifs incorporels dans le paradigme O-L-I (« *Ownership – Location – Internalization* »), qui vise à expliquer l'expansion internationale des groupes de sociétés par la théorie des coûts de transaction. V. notamment J. DUNNING, « Toward an Eclectic Theory of International Production: Some Empirical Tests », *Journal of International Business Studies*, vol. 11, 1980, p. 9 et s.

⁴⁸ À cet égard, les règles de détermination du prix de pleine concurrence de ces transactions ont considérablement évolué sous l'influence du projet BEPS, qui leur consacre son « Action 8 », v. OCDE, *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8-10 - Rapports finaux 2015*, 2016.

⁴⁹ V. OCDE, *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1 - Rapport final 2015*, 2017.

sphère de compétence, ce dernier est libre de déterminer le niveau d'imposition des entreprises⁵⁰.

Or, comme nous l'avons vu, les pays en développement recourent massivement à l'outil fiscal afin d'attirer les investisseurs, provoquant une baisse considérable de leurs taux effectifs d'imposition. En effet, non seulement la réduction des taux nominaux de l'impôt sur les sociétés constitue une tendance lourde dans les pays en développement. Mais surtout, l'utilisation d'incitations fiscales - régimes préférentiels dont profitent certains opérateurs - diminue souvent la charge fiscale réelle bien en deçà de ces taux⁵¹. Ces incitations prennent la forme d'exemptions temporaires ou permanentes, de réductions de taux, de crédits d'impôt, d'amortissements accélérés ou de provisions dérogatoires, etc. De nombreux États créent par ailleurs des « zones économiques spéciales » au sein desquelles la charge fiscale est considérablement amoindrie.

Le recours à ces outils est en grande partie imposé par la concurrence à laquelle se livrent les pays en développement, qui aboutit à priver ces pays d'une importante manne fiscale. Cette concurrence est dictée par la mobilité contemporaine des capitaux, qui permet aux opérateurs économiques d'arbitrer entre territoires en fonction de différents paramètres. Pour les pays les plus pauvres, qui disposent en général d'infrastructures rudimentaires, d'une main-d'œuvre peu qualifiée et d'un marché domestique modeste, le levier fiscal apparaît déterminant⁵². Les incitations proposées entraînent alors une « course au moins-disant fiscal » qui réduit la charge pesant sur les investissements directs étrangers à un niveau très inférieur au « niveau optimal » d'imposition d'un point de vue économique et social⁵³.

Cependant, même lorsque l'État de source octroie des avantages fiscaux qui diminuent considérablement ses recettes budgétaires, l'effet incitatif de ces mesures vis-à-vis des entreprises multinationales peut être neutralisé : certes, cet État est libre de déterminer le niveau d'imposition des bénéficiaires qui, réalisés sur son territoire, appartiennent à sa sphère de compétence ; cependant, dans de nombreuses situations, la diminution de la charge fiscale dans l'État de source est compensée par une augmentation corrélative de celle-ci dans l'État de résidence. Ainsi de l'ensemble des situations dans lesquelles le revenu perçu n'est pas exempté par ce dernier, qui accorde seulement un crédit d'impôt égal au montant d'impôt effectivement prélevé par le premier⁵⁴. L'effet incitatif est neutralisé, les recettes fiscales correspondantes étant en quelque sorte transférées de l'État de source vers l'État de résidence⁵⁵. Si l'introduction de crédits d'impôt fictifs permet de mitiger ce résultat en ouvrant droit, dans l'État de résidence, à un crédit au titre d'un impôt qui n'a pas été payé dans l'État de source, ces mécanismes ont fait

⁵⁰ V. A. KALLERGIS, *La compétence fiscale*, *op. cit.*, n. 322 et s.

⁵¹ T. DAGAN, *International tax policy: between competition and cooperation*, Cambridge University Press, 2017, p. 35 et s. L'OCDE a utilement développé une base de données répertoriant les incitations fiscales dans les pays en développement, v. OCDE, *OECD Investment Tax Incentives Database – 2022 Update: Tax incentives for sustainable development*, 2022.

⁵² M. DURST, *Taxing Multinational Business in Lower-Income Countries: Economics, Politics and Social Responsibility*, *op. cit.*, p. 22 et s.

⁵³ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁴ Certains États imposent les sociétés résidentes sur les revenus actifs réalisés à l'étranger tout en accordant un crédit d'impôt égal à l'impôt payé à l'étranger. La plupart des États en font de même pour les retenues à la source prélevées sur les revenus passifs.

⁵⁵ En ce sens, v. le troisième paragraphe des commentaires sur les articles 23A et B du Modèle ONU (ONU, *Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement*, 2021, p. 642, accessible à [https://financing.desa.un.org/un-model-convention]).

l'objet d'une remise en cause progressive par les pays développés⁵⁶. Ainsi également des dispositifs dits de « sociétés étrangères contrôlées », qui permettent à l'État de résidence de la société mère d'imposer les revenus de sa filiale soumise à une fiscalité par trop favorable. Bien que ces dispositifs ne soient en général pas applicables lorsque le régime préférentiel concerne une activité industrielle ou commerciale effective ou lorsque son utilisation par l'opérateur économique n'est pas abusive, ils neutralisent en revanche les conséquences de certaines incitations proposées par des pays en développement qui réduisent la charge fiscale sur les revenus des activités les plus mobiles⁵⁷.

Par conséquent, non seulement les États de source renoncent-ils à une large partie des recettes budgétaires provenant des investissements directs étrangers sous l'effet de la concurrence fiscale, mais, du fait des différents dispositifs appliqués par les États de résidence, ils ne sont pas même garantis de voir ces sacrifices porter leurs fruits.

Comme évoqué en introduction, les recettes des pays en développement sont par ailleurs affaiblies par les pratiques d'érosion de l'assiette fiscale auxquelles se livrent les groupes multinationaux. De fait, ces groupes exploitent « les failles et les différences entre les règles fiscales nationales et internationales » afin de réduire leur charge globale d'impôt⁵⁸. Parce que ces pratiques sont « artificielles », elles diminuent indûment le pouvoir fiscal de l'État de source sur des bénéficiaires qu'il a, en théorie, vocation à imposer en vertu du principe de territorialité⁵⁹.

Parmi les pratiques provoquant une érosion significative de la base imposable des pays en développement, et sans prétendre à l'exhaustivité, citons entre autres le « *treaty-shopping* ». Celui-ci consiste à profiter des dispositions favorables de certaines conventions fiscales, notamment lorsque celles-ci réduisent ou éliminent les retenues à la source. Pour ce faire, les entreprises multinationales structurent leurs investissements de telle manière qu'ils soient réalisés par l'intermédiaire d'entités établies dans des États de résidence ayant conclu des conventions favorables.

L'importance du phénomène de « *treaty-shopping* » est illustrée par la concentration, dans des États aux conventions fiscales avantageuses, de nombreuses entités intermédiaires au travers desquelles les investissements directs étrangers sont réalisés. Par exemple, jusqu'en 2016, une part significative des investissements directs étrangers réalisés en Inde provenait de l'île Maurice⁶⁰. Or la convention fiscale entre ces deux États, signée en 1982, prévoyait notamment une exemption d'imposition à la source des gains en capital⁶¹. De même, 45% des investissements directs étrangers en Ouganda sont actuellement réalisés depuis les Pays-Bas⁶². Ici aussi, la convention fiscale conclue entre

⁵⁶ D. GUTMANN, « Quelle justice pour les pays en développement dans un monde globalisé ? », *op. cit.*, p. 104. Cela alors que l'importance de ces dispositions pour les pays en développement a souvent été soulignée et qu'une récente étude empirique a démontré leur importance pour attirer les investissements directs étrangers (C. AZEMAR, D. DHARMAPALA, « Tax sparing agreements, territorial tax reforms, and foreign direct investment », *Journal of Public Economics*, vol. 169, 2019, p. 89-108).

⁵⁷ À cet égard, v. notamment OCDE, *concurrence fiscale dommageable, un problème mondial*, 1998, p. 45.

⁵⁸ OCDE, *Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20 : Rapport d'étape 2017-2018*, 2018, p. 4.

⁵⁹ Le qualificatif « artificiel » est utilisé par l'OCDE pour caractériser ces pratiques.

⁶⁰ S. LEDUC, G. MICHIELSE, « Are Tax Treaties Worth It for Developing Economies? », *op. cit.*, p. 146.

⁶¹ Un protocole supprimant cette exemption a été conclu par les deux États en 2016.

⁶² S. LEDUC, G. MICHIELSE, « Are Tax Treaties Worth It for Developing Economies? », *op. cit.*, p. 146.

ces deux États est favorable à l'État de résidence dans la mesure où elle élimine toute retenue à la source sur les dividendes versés aux détenteurs de titres de participation.

On l'aura compris, les règles internes et internationales gouvernant l'imposition des bénéfices réalisés par les groupes multinationaux ne sont pas satisfaisantes pour les pays en développement. Non seulement la délimitation conventionnelle de leur compétence fiscale n'est pas adéquate, mais ils ne peuvent pas même imposer suffisamment la part des bénéfices qui leur est dévolue. Le rôle de ces règles dans la réduction de la pauvreté des personnes est donc sérieusement mis en doute. Reste à savoir comment les améliorer.

II. Les solutions pour améliorer la situation des pays en développement

Le recours à de multiples mesures permet d'ores et déjà aux pays en développement d'améliorer leur situation budgétaire (B.). Cependant, une solution unique pour assurer un niveau d'imposition minimum des entreprises multinationales, récemment adoptée par le « Cadre inclusif OCDE/G20 », promet de modifier en profondeur les règles du droit fiscal international gouvernant l'imposition des groupes. À ce titre, elle mérite que l'on s'y attarde (A.).

A. Une solution unique pour assurer un niveau d'imposition minimum des entreprises multinationales

Le développement exponentiel des entreprises multinationales au cours des dernières décennies a conduit des auteurs à rêver une solution « mondiale » unique pour assurer l'imposition suffisante des bénéfices réalisés par celles-ci⁶³. Selon eux, il y aurait là pour les pays en développement un moyen d'éliminer concurrence fiscale et érosion de la base imposable – et d'assurer une augmentation importante de leurs recettes budgétaires, nécessaire à la réduction de la pauvreté.

Or, la coopération internationale semble avoir donné corps à un tel projet à travers l'élaboration d'un système de « règles globales de lutte contre l'érosion de la base d'imposition », ou système « GloBE », qui a pour objectif d'assurer une imposition minimum effective des bénéfices des groupes⁶⁴. Il est constitué d'un ensemble de règles permettant à certains États de prélever un impôt complémentaire lorsque le taux d'imposition effectif des entités du groupe dans un État donné est inférieur à 15%⁶⁵.

⁶³ V. par exemple P. MUSGRAVE, « Sovereignty, entitlement, and cooperation in international taxation », *op. cit.*, p. 1348.

⁶⁴ Ce projet est le « pilier 2 » de la « solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie » adopté par l'ensemble des États membres du « Cadre Inclusif OCDE/G20 » par une déclaration du 8 octobre 2021. Au niveau de l'Union européenne, une directive (directive 2022/2523 du Conseil de l'Union européenne visant à assurer un niveau minimum d'imposition mondial pour les groupes d'entreprises multinationales) qui en adopte les principaux éléments a été publiée le 22 décembre 2022 et doit faire l'objet d'une transposition en droit national au plus tard le 31 décembre 2023. De nombreux autres États ont annoncé leur volonté de mettre en œuvre ces règles. L'architecture du système devrait alors inciter la plupart des pays en développement à adapter leurs règles fiscales pour tenir compte de l'impact du nouveau système (Pour une critique du mécanisme sur lequel repose le système GloBE comme « forçant la main » aux États, v. C. PETERS, « The Legitimacy Of The Oecd'S Work On Pillar Two: An Analysis Of The Overconfidence In A 'Devilish Logic », *Intertax*, vol. 51, 2023, n. 8/9, p. 557 et s. L'auteur va jusqu'à parler de « logique diabolique »).

⁶⁵ Les règles du système GloBE ne s'appliquent qu'aux groupes multinationaux dont le chiffre d'affaires annuel est d'au moins 750 M€. Il ne nous appartient évidemment pas, dans le cadre de cette contribution, de donner une explication détaillée des règles nombreuses et complexes qui composent le système GloBE. Nous nous contenterons d'en décrire – très partiellement – certains aspects. Le lecteur intéressé se reportera utilement au dossier consacré à celles-ci par la revue *Fiscalité Internationale* (E. RAINGEARD DE LA BLETIÈRE *et al.*, « L'impôt minimum mondial (Pilier 2) » (dossier), *Fiscalité Internationale*, 2022, n. 2, p. 22 et s.).

Cet impôt complémentaire est égal au bénéfice de ces entités multiplié par la différence entre 15% et le taux d'imposition effectif de celles-ci. Il correspond donc à un supplément d'imposition qui permet d'assurer que les bénéfices des entités en cause sont imposés au niveau minimum de 15%.

Des règles d'attribution permettent de déterminer quels États prélèvent l'impôt complémentaire. En application de la règle dite « d'inclusion des revenus », c'est l'entité mère ultime du groupe qui paie par priorité cet impôt complémentaire. Si l'État de résidence de l'entité ne prélève pas l'impôt, l'entité mère intermédiaire la plus proche de l'entité mère ultime dans la chaîne de détention doit s'en acquitter, et ainsi de suite en descendant cette chaîne. Si aucun État n'a perçu l'impôt complémentaire en application de cette première règle, une « règle relative aux bénéfices insuffisamment imposés » permet à d'autres États dans lesquelles des filiales du groupe sont établies de le prélever. L'impôt dû peut cependant être supplanté par un « impôt national complémentaire » perçu par l'État dans lequel les bénéfices ont été insuffisamment imposés. Cet impôt doit entraîner leur taxation à un taux effectif minimum de 15%. Lorsque celui-ci est prélevé, l'impôt complémentaire perçu par les autres États s'en trouve diminué d'autant.

Pour les pays en développement, la mise en œuvre du système GloBE se traduira notamment par une réduction de la concurrence fiscale pour attirer les opérateurs économiques étrangers. En effet, les règles GloBE trouvent à s'appliquer chaque fois que, par l'effet des incitations fiscales accordées par un État, le taux d'imposition effectif des bénéfices d'une entité d'un groupe dans celui-ci est inférieur à 15%. Le prélèvement de l'impôt complémentaire par un autre État neutralise donc partiellement l'effet de tels régimes préférentiels. Si ce mécanisme présente des traits similaires aux dispositifs de « sociétés étrangères contrôlées » évoqués ci-dessus, son champ et ses modalités d'application, autant que son adoption uniforme et concertée, en font un redoutable outil de transformation. Par conséquent, nombre de régimes incitatifs sont appelés à disparaître ou à être réformés. Cet effet attendu du projet GloBE est d'ailleurs explicitement revendiqué, comme l'illustre le rapport consacré à cette question par l'OCDE, qui invite à réviser l'ensemble des dispositifs en vigueur⁶⁶. C'est que l'inefficacité économique et le caractère inéquitable de nombreuses incitations fiscales sont pointés du doigt depuis longtemps⁶⁷. Selon l'OCDE, le système GloBE aurait pour effet de les neutraliser et de limiter l'adoption de régimes similaires à l'avenir⁶⁸. Cette neutralisation devrait d'ailleurs souvent résulter de la mise en œuvre de l'impôt national complémentaire. En effet, l'on a vu que celui-ci permet à un État qui perçoit l'impôt complémentaire à raison des bénéfices réalisés sur son propre territoire d'empêcher le prélèvement de ce même impôt par d'autres États. Les pays en développement sont donc fortement incités à adopter un tel impôt, sous peine de voir ces autres États recouvrer les recettes fiscales auxquelles ils ont renoncé. La pression sur les taux

⁶⁶ OCDE, *Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax: Reconsidering Tax Incentives after the GloBE Rules*, 2022, p. 47 et s.

⁶⁷ V., par exemple, ONU, « Tax Incentives and Foreign Direct Investment: a Global Survey », *ASIT Advisory Studies*, vol. 16, 2000, UNCTAD/TIE/IPC/Misc.3, p. 14 et s.

⁶⁸ Il amènerait les pays en développement à utiliser des mécanismes moins onéreux et mieux ciblés. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains crédits d'impôts remboursables se voient accordés un traitement plus favorable dans le calcul du taux effectif d'imposition.

d'imposition effectifs qui résulte de la concurrence entre pays en développement devrait s'en trouver atténuée.

En réalité, les modalités de calcul de l'impôt complémentaire invitent à nuancer ce constat. Un abattement lié à la « substance » de l'activité du groupe dans l'État a notamment été intégré dans les règles GloBE, qui réduit sensiblement l'effet de ces dernières⁶⁹. Son montant est fonction de la présence de salariés et d'actifs corporels dans cet État. Lorsque cette présence augmente, l'impôt complémentaire diminue proportionnellement. Il est dès lors probable que la concurrence fiscale pour attirer des investissements directs étrangers continue en partie à jouer : les pays en développement seront amenés à élaborer des régimes incitatifs reposant sur la création d'emploi et l'utilisation d'actifs corporels. En attirant des investissements, ces régimes provoqueront une augmentation de l'abattement et une diminution de l'impôt complémentaire. Ils neutraliseront alors partiellement l'effet des règles GloBE. Reste à savoir si l'équilibre ainsi atteint entre attractivité économique et réduction des recettes fiscales est satisfaisant pour les pays en développement...

En tout état de cause, le projet GloBE devrait entraîner une atténuation – certes limitée – de la pression exercée par la concurrence fiscale sur les taux effectifs d'impôt sur les sociétés. À cet égard, une augmentation importante des recettes de cet impôt est anticipée : le FMI estime qu'environ 150 milliards dollars supplémentaires seront prélevés chaque année dans le monde⁷⁰. D'autres études ont établi des évaluations relativement similaires⁷¹.

Pourtant, il est peu probable que cette hausse engendre une amélioration significative de la situation budgétaire des pays en développement. La raison en est que ces estimations globales dissimulent de fortes disparités dans la distribution des recettes supplémentaires espérées, et ce malgré la diminution attendue de la concurrence fiscale. Ces disparités tiennent à l'architecture du système mis en place. Comme nous l'avons vu, le système GloBE repose par priorité sur la règle d'inclusion des revenus. Par conséquent, s'il a adopté les règles GloBE, c'est l'État du siège du groupe qui prélèvera l'impôt complémentaire. À l'inverse, les États accueillant les activités de ce groupe auront renoncé à exercer leur compétence fiscale sur ces mêmes bénéficiaires. Une étude réalisée par des chercheurs de l'Observatoire européen de la fiscalité révèle l'ampleur de ces disparités, qui estime qu'environ neuf dixièmes des recettes fiscales supplémentaires seront prélevées par les États-Unis et les États membres de l'Union européenne⁷². La diminution de la concurrence fiscale ne semble pas modifier cet important déséquilibre.

Les détracteurs du système GloBE brandissent d'ailleurs ces disparités : tout en reconnaissant que les règles adoptées réduisent les effets néfastes des pratiques

⁶⁹ V. PERRY, « Pillar 2: tax competition in low-income countries and substance-based income exclusion », *Fiscal Studies*, vol. 44, 2023, n. 1, p. 32 et s.

⁷⁰ FMI, *Fiscal Monitor: Fiscal Policy from Pandemic to War*, 2022, p. 31.

⁷¹ L'OCDE a cependant récemment mis à jour ses estimations, considérant que la réforme entraînera une augmentation annuelle plus élevée des recettes de l'impôt sur les sociétés (220 milliards dollars), v. [<https://www.oecd.org/tax/beps/revenue-impact-of-international-tax-reform-better-than-expected.htm#:~:text=This%20is%20a%20significant%20increase,tax%20component%20of%20Pillar%20Two>].

⁷² M. BARAKE *et al.*, « Revenue Effects of the Global Minimum Tax: Country-by-Country Estimates », *EU tax Observatory*, 2021, p. 14 et s., accessible à [<https://www.taxobservatory.eu/publication/2938/>].

d'érosion de la base imposable et de transferts de bénéfices, ils affirment qu'elles desservent l'équité interétatique dans la mesure où elles profitent aux États exportateurs de capitaux et non aux États accueillant les investissements directs étrangers⁷³. C'est sur le fondement de telles critiques que le « Cadre inclusif OCDE/G20 » a adopté une règle « d'assujettissement à l'impôt » visant à « protéger l(a) base d'imposition des pays en développement »⁷⁴. Cette règle permet aux États de source de prélever une retenue supplémentaire sur certains paiements intragroupes insuffisamment imposés par l'État de résidence de l'entité bénéficiaire. Elle limite donc la portée de la règle d'inclusion des revenus au profit de ces États de source : une partie des bénéfices sur lesquels les États de résidence des entités mères des groupes auraient pu prélever l'impôt complémentaire aura déjà été soumise à une imposition à la source suffisante.

En conclusion, si le système GloBE conduit à une diminution de la concurrence fiscale et à une augmentation globale des recettes de l'impôt sur les sociétés, il ne modifiera pas significativement la situation budgétaire des pays les plus pauvres : ce sont d'abord les États exportateurs de capitaux qui profiteront de cette hausse. Cette asymétrie est illustrée par l'insistance des pays en développement à adopter la règle d'assujettissement à l'impôt pour équilibrer le partage de l'assiette fiscale résultant du projet GloBE. C'est alors à travers d'autres mesures que ces pays doivent chercher à renforcer l'exercice de leur pouvoir fiscal sur les bénéfices réalisés par les entreprises multinationales.

B. Des solutions multiples pour renforcer la mise en œuvre du principe de territorialité

Plus qu'une solution unique pour résoudre l'ensemble des problèmes liés à l'imposition des bénéfices des groupes, le recours à de multiples mesures - certes plus modestes - permet d'ores et déjà aux pays en développement d'améliorer leur situation budgétaire de manière significative.

Lors de la négociation ou renégociation des conventions bilatérales, les pays en développement doivent notamment s'assurer que les dispositions adoptées ne mettent pas en péril leur compétence fiscale⁷⁵. L'ONU indique par exemple dans son manuel de négociation des conventions entre pays développés et pays en développement que « la décision d'entamer des négociations conventionnelles avec un autre pays ne doit pas être prise à la légère, en particulier pour les pays en développement. La conclusion d'une convention fiscale présente à la fois des avantages et des coûts potentiels pour les pays en développement. Il est donc souhaitable de disposer d'une stratégie globale en matière de conventions fiscales (...) »⁷⁶. Cette stratégie repose en particulier sur l'inclusion de clauses assurant une répartition équilibrée de la compétence fiscale, notamment par le maintien de retenues à la source suffisantes.

⁷³ R. DE LA FERIA, « The Perceived (Un)Fairness of the Global Minimum Corporate Tax Rate », 2022, p. 8, accessible à [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4205720].

⁷⁴ OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – Règle d'assujettissement à l'impôt (Pilier 2)*, 2023 ; sur leur importance pour les pays en développement, v. par exemple South Center, *Statement by the South Centre on the Two Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, 23 juillet 2023, accessible à [https://www.southcentre.int/sc-statement-two-pillar-solution-28-july-2023/].

⁷⁵ Pour un résumé des études empiriques portant sur le résultat des négociations conventionnelles entre pays développés et pays en développement, v. E. ZOLT, « Tax Treaties and Developing Countries: A Better Deal Post-BEPS? », in B. ARNOLD, *Tax Treaties after the BEPS Project, a Tribute to Jacques Sasseville*, Canadian Tax Foundation, 2018, p. 380 et s.

⁷⁶ ONU, *Manuel de négociation des conventions fiscales bilatérales entre pays développés et pays en développement*, 2019, p. 11.

Une telle stratégie de négociation conventionnelle comprend également l'intégration de dispositions limitant les possibilités d'érosion de la base imposable de l'État de source. À cet égard, le projet BEPS a considérablement étoffé les moyens à la disposition des négociateurs. Tel est le cas de la lutte contre les pratiques des entreprises multinationales « visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable »⁷⁷. Le projet a apporté plusieurs modifications à la définition de l'établissement stable contenue dans le modèle OCDE afin de mettre un terme à certaines de ces pratiques⁷⁸. Tel est également le cas de la réduction du « *treaty shopping* », dont nous avons vu qu'il constitue un enjeu majeur pour les pays en développement. Le modèle OCDE a notamment été enrichi d'une clause anti-abus générale dite de « *principal purpose test* » permettant à l'État contractant de refuser un avantage conventionnel lorsque le bénéfice de celui-ci est « l'un des objets principaux » du montage juridique en cause⁷⁹. Bien que ces différentes mesures aient été incorporées dans la version 2017 du modèle OCDE, leur efficacité est limitée par l'impossibilité de les appliquer aux conventions fiscales antérieures. C'est pourquoi elles ont été intégrées dans une convention multilatérale dont l'objet est de modifier ces dernières⁸⁰.

Par ailleurs, nous avons vu que la mise en œuvre du principe de pleine concurrence est essentielle pour assurer le maintien de la base imposable des États de source. Or, à l'instar des règles vues précédemment, la dernière décennie a là aussi été le théâtre d'importantes évolutions. Le projet BEPS a ainsi apporté des modifications substantielles aux règles de détermination des prix de transfert⁸¹. De même, un soutien spécifique a été apporté aux administrations fiscales des pays en développement, notamment par la publication de documents d'aide à la mise en œuvre des règles de prix de transfert et aux formations dispensées aux inspecteurs de ces administrations⁸², dont l'efficacité est bien établie⁸³. Ont enfin été développées des normes en matière de documentation et d'échange d'informations entre administrations fiscales⁸⁴. La mise en

⁷⁷ V. OCDE, *Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable, Action 7 - Rapport final 2015*, 2016.

⁷⁸ Ainsi notamment du recours aux « accords de commissionnaires » ou à la « fragmentation des contrats », v. OCDE, *Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable, Action 7 - Rapport final 2015, op. cit.*, p. 15 ; 39.

⁷⁹ Plus précisément, cette clause permet à un État de refuser un avantage conventionnel lorsque « il est raisonnable de conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était l'un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à moins qu'il soit établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention. »

⁸⁰ Sur le fonctionnement de cette convention, v. D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires, op. cit.*, n. 45. Au 28 août 2023, Cette convention avait été signée par 100 États (v. [<https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/convention-multilaterale-pour-la-mise-en-oeuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-beps.htm>]).

⁸¹ V. OCDE, *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8-10 - Rapports finaux 2015, op. cit.*

⁸² Ainsi des « boîtes à outils » développées par la « Plateforme de collaboration sur les questions fiscales », un groupe de travail constitué par l'OCDE, l'ONU, le FMI et la Banque Mondiale (Plateforme de collaboration sur les questions fiscales, *Boîte à outils pour faire face aux difficultés liées au manque de comparables dans les analyses de prix de transfert*, 2017, accessible à [<http://documents.worldbank.org/curated/en/807791504101477758/Plateforme-de-collaboration-sur-les-questions-fiscales-boite-a-outils-pour-faire-face-aux-difficultés-liées-au-manque-de-comparables-dans-les-analyses-de-prix-de-transfert>]) ; ainsi également du programme « Inspecteurs des impôts sans frontières » créé par l'OCDE et le Programme des Nations Unies pour le Développement.

⁸³ M. DURST, *Taxing Multinational Business in Lower-Income Countries: Economics, Politics and Social Responsibility, op. cit.*, p. 67.

⁸⁴ V. OCDE, *Documentation des prix de transfert et déclaration pays par pays, Action 13 - Rapport final 2015*, 2015.

œuvre de celles-ci constitue d'ailleurs un enjeu majeur pour les pays en développement, qui n'ont pour la plupart pas encore réussi à s'en saisir⁸⁵.

Malgré ces nombreuses évolutions, les voix les plus critiques relèvent que les solutions proposées ne modifient pas la répartition de la compétence fiscale entre États de source et de résidence. Certains auteurs vont alors jusqu'à nier le caractère bénéfique des conventions fiscales⁸⁶. Tout en concédant que l'élimination de la double imposition favorise l'investissement, ils rappellent que celle-ci peut être réalisée par des mécanismes de droit interne, qui permettent par ailleurs aux États de source de préserver l'intégralité de leur compétence fiscale. Dans le prolongement de ces critiques, un système alternatif d'attribution des droits d'imposition entre États est proposé depuis longtemps. Il s'agirait de répartir les bénéfices mondiaux consolidés des groupes entre leurs entités en fonction d'une formule unique basée sur certains éléments peu manipulables tels que les actifs corporels, les salariés ou le chiffre d'affaires⁸⁷.

Cependant, ces critiques et propositions ne semblent pas susciter d'évolutions majeures. En témoigne le nombre relativement faible de conventions dénoncées⁸⁸, la plupart des pays en développement choisissant par ailleurs de renégocier leurs traités plutôt que de mettre fin à toute relation conventionnelle⁸⁹. La quantité de conventions conclues par les pays à revenu faible ou intermédiaire n'a d'ailleurs pas cessé d'augmenter au cours de la dernière décennie⁹⁰. Notons également que les difficultés d'adoption et de mise en œuvre d'un système alternatif d'attribution des droits d'imposition semblent dirimantes, comme le révèlent les dérives successives du « pilier 1 » de la réforme proposée par le « Cadre inclusif OCDE/G20 », qui emprunte à un tel système⁹¹.

Le recours aux multiples solutions déjà proposées, fruits de la coopération internationale en la matière, apparaît donc comme un moyen pragmatique pour les pays en développement d'améliorer leur situation budgétaire en tirant le meilleur parti de l'« ordre fiscal international » contemporain. Par ailleurs, comme le notaient

⁸⁵ OCDE, *G20/OECD Roadmap on Developing Countries and International Taxation: OECD Report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, 2022, p. 21.

⁸⁶ Pour un résumé particulièrement exhaustif des travaux en la matière, v. M. HEARSON, « When Do Developing Countries Negotiate Away Their Corporate Tax Base? », *Journal of International Development*, vol. 30, 2018, n. 2, p. 236.

⁸⁷ Pour un résumé du fonctionnement et des enjeux de ce système alternatif, v. J. ROIN, « Can the Income Tax Be Saved : The Promise and Pitfalls of Adopting Worldwide Formulary Apportionment », *Tax Law Review*, vol. 61, 2007, p. 169 et s.

⁸⁸ Pour un exemple récent, v. la dénonciation par le Burkina Faso de la convention l'unissant à la France. V. RFI, « Ouagadougou dénonce la convention fiscale de non double imposition avec la France », 9 août 2023, accessible à

[\[https://www.rfi.fr/fr/afrique/20230809-ouagadougou-d%C3%A9nonce-la-convention-fiscale-de-non-double-imposition-avec-la-france\]](https://www.rfi.fr/fr/afrique/20230809-ouagadougou-d%C3%A9nonce-la-convention-fiscale-de-non-double-imposition-avec-la-france). Le motif avancé par le gouvernement Burkinabais est celui de la limitation de l'étendue de sa compétence fiscale. Cette dénonciation s'inscrit cependant dans un contexte plus large de dégradation des relations diplomatiques entre ces deux États qu'il ne nous appartient pas de commenter.

⁸⁹ V., M. HEARSON, *Tax treaties in sub-Saharan Africa: a critical review*, Tax Justice Network, 2015, p. 27 et s.

⁹⁰ V. la base de données développée par le Centre International pour la Fiscalité et le Développement : M. HEARSON, *Tax Treaties Explorer* [base de données en ligne], Centre International pour la Fiscalité et le Développement, 2021, accessible à [\[https://www.treaties.tax\]](https://www.treaties.tax). Par exemple, entre 2015 et 2023, cette base de données révèle que 15 nouvelles conventions ont été conclues entre des pays à faibles revenus ou à revenus intermédiaires inférieurs et des pays de l'OCDE.

⁹¹ Pour un regard critique, v. C. SILBERZTEIN, « La localisation du marché peut-elle devenir un facteur de rattachement de l'obligation fiscale ? », *Fiscalité Internationale*, 2019, n. 2, p. 44. Pour une explication technique de ce projet, v. D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, *op. cit.*, n. 757.

récemment des responsables réunis au sein du Forum des Administrations Fiscales Ouest Africaines, c'est par la collaboration aux négociations multilatérales et l'action concertée que ces pays pourront, par incréments, faire évoluer les règles en leur faveur⁹². C'est sûrement ainsi que le droit fiscal international sera le mieux à même de contribuer à la réduction de la pauvreté dans le monde.

⁹² West African Tax Administration Forum, *WATAF - South Centre Joint Special Technical Session On The OECD Two Pillar Solution - Outcome Statement*, 5 juillet 2023, accessible à [<https://wataf-tax.org/2023/08/23/outcome-statement-wataf-south-centre-joint-special-technical-session-on-the-oecd-two-pillar-solutionjuly-4-5-2023/>].

Le surendettement en droit international privé

Véronique Legrand

Maître de conférences HDR en droit privé à l'université de Caen-Normandie

L'ouverture des frontières, la libre circulation des personnes, des marchandises et des biens au sein de l'Union européenne, les flux migratoires, et d'une manière générale la mobilité croissante des personnes à travers le monde sont autant de facteurs qui devraient pousser à envisager le surendettement transfrontalier. Un auteur le soulignait déjà il y a une vingtaine d'années, « *l'insolvabilité internationale n'est plus une mésaventure réservée à l'entreprise* »¹.

Au sein de l'Union européenne, le Règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité² puis le règlement du 20 mai 2015 qui a refondu le texte de 2000³ ont introduit des règles harmonisées de compétence internationale, de conflit de lois et de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière d'insolvabilité. Toutefois, la Commission européenne a laissé chaque État membre libre de mentionner les procédures d'insolvabilité qu'il souhaite soumettre au Règlement dans une annexe A. Ainsi, malgré une définition générale des procédures visées par le texte (Règl. Insolvabilité (refonte) art. 1), les procédures d'insolvabilités auxquelles il s'applique sont celles de l'annexe A (Règl. Insolvabilité (refonte) art. 2 sous 4°).

Or, bien que le considérant 10 du règlement Insolvabilité de 2015 précise que ce texte devrait couvrir les procédures prévoyant « *la décharge ou l'ajustement des dettes des consommateurs [...], notamment en en réduisant le montant, ou en augmentant le délai de paiement* », la France a maintenu le choix d'exclure de son champ d'application ses procédures d'insolvabilité concernant les particuliers⁴.

La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler à propos du règlement du 29 mai 2000 dans un arrêt du 17 mars 2016⁵ : « *les procédures de traitement du surendettement des particuliers ne sont pas au nombre de celles auxquelles s'applique le règlement [...] relatif aux procédures d'insolvabilité* ».

Est-ce à dire que l'on ne se préoccupe pas de la dimension internationale du surendettement des particuliers ?

Une thèse consacrée au surendettement en droit international privé est parue en 2003⁶ et quelques arrêts de la Cour de cassation suffisamment rares pour qu'on les remarque⁷

¹ J.-M. JUDE, « Compétence juridictionnelle en matière de surendettement », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 113.

² Règl. n°1344/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Journal officiel n° L 160 du 30 juin 2000.

³ Règl. n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), Journal officiel n° L141 du 5 juin 2015.

⁴ V. LEGRAND, « Le nouveau règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité transfrontalières et les procédures de surendettement - L'occasion manquée de la France ? », *Dalloz*, 2015, p. 276.

⁵ Cass. 2^{ème} civ., 17 mars 2016, n°14-26868, *Dalloz Actualité*, 29 mars 2016, V. AVENA-ROBARDET, *LAPC*, mai 2016, comm. 99. V. LEGRAND.

⁶ J.-M. JUDE, *Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers*, PUAM 2003, préf. B. Ancel.

⁷ Arrêts cités *infra*.

alimentent le débat. Néanmoins, il faut souligner que les procédures de surendettement en droit français sont essentiellement amiables et font intervenir des organes administratifs, les commissions de surendettement. Peut-être faut-il y voir l'explication du petit nombre d'arrêts de la Cour de cassation.

Toujours est-il que faute de texte communautaire applicable aux procédures de surendettement françaises, il convient de se tourner vers le droit commun. En droit international privé, les règles sont essentiellement jurisprudentielles, il est donc regrettable que le sujet qui nous intéresse soit aussi peu traité par la jurisprudence. L'occasion aurait pu être saisie dans le cadre du projet de codification du DIP. Cependant, force est de constater que le projet de code de droit international privé rendu public le 31 mars 2022⁸ et soumis à consultation jusqu'au 30 novembre 2022 consacre au sein des règles spéciales du livre II un titre V relatif au traitement des entreprises en difficulté mais il n'y a aucune disposition relative au traitement du surendettement des particuliers.

On aurait envie d'en déduire que soit le surendettement est une matière purement interne, mais cela n'est pas réaliste comme en témoignent les décisions qui seront analysées dans les développements qui suivent, soit les règles de droit international privé sont si claires et évidentes qu'elles ne nécessitent aucune codification et ne soulèvent aucun contentieux. Malheureusement lorsque l'on approfondit le sujet, il n'en est rien.

Qu'il s'agisse de l'ouverture en France d'une procédure de traitement du surendettement d'un particulier qui comprend des éléments d'extranéité (I) ou des effets internationaux des procédures de surendettement (II), le droit international privé commun cohabite avec des règles communautaires rendant ainsi les situations assez complexes. Évidemment, cela conduit à s'interroger sur l'opportunité de soumettre le surendettement au Règlement Insolvabilité. Cela a d'ailleurs été souligné par un certain nombre d'auteurs avec plus⁹ ou moins de conviction¹⁰.

I. L'ouverture en France d'une procédure de surendettement international

Toute situation qui comprend des éléments d'extranéité soulève deux questions : celle de la compétence juridictionnelle et celle de la loi applicable. Il en va à priori de même pour une situation internationale de surendettement.

Contrairement aux procédures d'insolvabilité du Code de commerce, la procédure de surendettement ne s'ouvre qu'à l'initiative du débiteur et pas devant un juge mais devant une instance administrative, à savoir, une commission de surendettement.

Le juge joue donc un rôle plus subsidiaire mais il n'est pas absent. Notamment tant le débiteur que ses créanciers peuvent contester les décisions de la commission devant le juge des contentieux de la protection.

⁸https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/projet_code_droit_international_privé.pdf

⁹ V. AVENA-ROBARDET, note précitée ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Les procédures de surendettement et de faillite internationales ouvertes dans la communauté européenne », *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 491 ; J.-M. JUDE, *Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers, passim* ; V. LEGRAND, *op. cit.*, note 4.

¹⁰ Pour un avis plus nuancé : G. KESSLER, « Le surendettement en droit international privé », *Rev. dr. Bancaire et fin.*, 2012, dossier 26 (l'auteur se prononce davantage pour une harmonisation au niveau international).

Compte tenu de cette particularité de la procédure de surendettement, il semble opportun d'envisager les aspects de compétence internationale et de conflit de lois au niveau des commissions de surendettement d'une part et du juge d'autre part.

A. *Les commissions de surendettement dans un contexte international*

1. La compétence internationale des commissions de surendettement

La qualification d'instance purement administrative pour les commissions de surendettement est remise en cause par une partie de la doctrine au regard des pouvoirs conférés aux commissions par les lois du 1^{er} juillet 2010¹¹ et du 18 novembre 2016¹²¹³. Toutefois, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer plusieurs fois qu'une commission de surendettement ne constitue pas un tribunal¹⁴. Dès lors, s'agissant de la compétence des commissions, il n'est peut-être pas pertinent de raisonner en termes de transposition à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne, étant précisé que ce raisonnement a été développé par la Cour de cassation dans les arrêts *Pelassa* et *Scheffel*¹⁵.

À défaut de mobiliser les jurisprudences *Scheffel* et *Pelassa*, quels sont les textes pertinents dans le Code de la consommation ?

En réalité le code de la consommation envisage deux situations : celle du débiteur résidant en France et celle du débiteur français résidant à l'étranger.

Effectivement, l'article R.712-13 du Code de la consommation dispose que, hormis le cas du débiteur français résidant à l'étranger, la commission compétente est celle du domicile du débiteur. Il faut en conclure que chaque fois que le débiteur est domicilié en France, quelle que soit sa nationalité, une commission de surendettement française est compétente.

Parallèlement, lorsqu'un débiteur de nationalité française réside habituellement à l'étranger, l'article R.711-2 lui offre la possibilité de saisir la commission de surendettement du lieu d'établissement de l'un de ses créanciers établis en France.

De ces quelques observations, il s'infère que la compétence internationale des commissions de surendettement est assez étendue. Il n'y a guère que lorsque le débiteur français hors de France est en proie à un surendettement qui a sa source exclusive à l'étranger ou lorsque le débiteur est de nationalité étrangère et qu'il réside hors de France que la situation ne relève pas de leur compétence. On rappellera que dans cette dernière hypothèse, peu importe que le débiteur ait un bien immobilier en France (et

¹¹ L. n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JORF n°0151 du 2 juillet 2010.

¹² L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.

¹³ S. GJIDARA-DECAIX, « Le nouveau visage des procédures de surendettement des particuliers. Présentation de la loi du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation », *Rev. proc. coll.*, 2010, étude 20 ; L. RASCHEL, « Justice du XXI^e siècle : présentation des dispositions relatives au surendettement », *Procédures*, 2017, étude 16 ; V. VALETTE-ERCOLE, « Incidences des nouveaux pouvoirs attribués aux commissions de surendettement », *Contrats, conc. consom.* 2011, alerte 1.

¹⁴ CA Paris, 28 avr. 1993 : JurisData n° 1993-020866 ; Cass. 2^eme civ., 18 déc. 2003, n° 02-04.149, *Contrats Concurrence Consommation*, n°4, 1^{er} Avr. 2005, obs. S. GJIDARA-DECAIX ; CA Angers, 5 juin 2009 : JurisData n° 2009-008851.

¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1959, *Bull.* 1959.I. n° 416 ; Cass. 1^{ère} Civ., 30 oct. 1962, *Bull.* 1962. I. n° 449 ; B. ANCEL ET Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., Dalloz, p. 319.

sans doute une dette d'emprunt liée à ce bien en France). En effet, dans un arrêt du 23 février 1999¹⁶, la Cour de cassation a confirmé l'incompétence de toute commission française à l'égard d'un couple de nationalité zairoise et congolaise domicilié en Suisse mais propriétaire d'un immeuble en France.

En principe, la commission de surendettement examine la recevabilité du dossier puis le cas échéant en fonction de la gravité de la situation, elle va prescrire des mesures de traitement ou un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, ou bien elle va saisir le juge du contentieux de la protection afin qu'il prononce un rétablissement personnel avec liquidation judiciaire (C. consom. art. L712-2.)

Dès lors que la situation présente des éléments d'extranéité, il convient de s'interroger sur la loi applicable, mais aussi sur le périmètre de la procédure quant aux actifs et aux dettes du débiteur.

2. La loi applicable par les commissions de surendettement et le périmètre de la procédure

Une institution administrative étatique ne peut être régie que par la loi qui l'a instituée¹⁷. Il s'ensuit qu'une commission de surendettement appliquera la loi française même si le dossier comporte des éléments d'extranéité. Lorsqu'un débiteur français est domicilié hors de France, cette affirmation est corroborée par l'article L711-2 du Code de la consommation, en vertu duquel « *Les dispositions [du livre VII relatif au traitement des situations de surendettement] s'appliquent également aux débiteurs de nationalité française en situation de surendettement domiciliés hors de France et qui ont contracté des dettes professionnelles et non professionnelles auprès de créanciers établis en France* ».

En application de la loi française, le surendettement est caractérisé par « l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes, professionnelles et non professionnelles, exigibles et à échoir » (C. consom. art. L711-1 al.2).

La situation de surendettement du débiteur fait ainsi l'objet d'une approche globale. Il convient donc d'envisager d'un côté, toutes les charges actuelles et prévisibles et de l'autre, toutes les ressources, qu'elles soient disponibles ou non¹⁸.

Certes, on aurait pu hésiter à inclure dans le périmètre des règles du Code de la consommation des dettes nées de contrats régis par une loi étrangère. Ainsi une réponse ministérielle de 1993 considérait qu'il était inconcevable que la réglementation française puisse s'appliquer à des créanciers étrangers pour des contrats souscrits à l'étranger¹⁹. L'idée sous-jacente étant que de telles créances relevaient de la loi étrangère²⁰.

Néanmoins la Cour de cassation a adopté une autre position et a affirmé l'application de la loi française au titre de *lex fori* ou *lex auctoris*. Elle a d'abord justifié la solution par

¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 23 févr. 1999, *Crédit immobilier de Savoie c/ époux Katala*, D. 1999. 208, note L. CHATAIN et F. FERRIERE, *RTD com.*, 1999. 517, note G. PAISANT.

¹⁷ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. VI, Sirey, 1950, n° 1571 ; V. également G. KESSLER, « Le surendettement en droit international privé », *RD Banc. Et Fin.*, 2012, dossier 26, p. 113.

¹⁸ S. DGIDARA-DECAIX, *JCl. commercial*, Fasc. 1710 : Surendettement des particuliers. – Conditions d'éligibilité au traitement des situations de surendettement, n°38.

¹⁹ Rep. min. n° 23908, JO Sénat Q, 25 Févr. 1993, p. 330.

²⁰ En ce sens L. CHATAIN et F. FERRIERE, *op.cit.*

l'analogie entre procédures de surendettement et procédures de faillite²¹. Mais cette analogie a été discutée, notamment parce que la commission de surendettement n'assure pas une véritable égalité des créanciers²². Certains ont davantage interprété cette solution comme une prise de position vis-à-vis de la législation française sur le surendettement qui serait une loi de police²³. La Cour de cassation a ensuite réaffirmé la même solution sans plus se référer à cette analogie²⁴.

Le passif du débiteur inclut donc toutes ses dettes, quelle que soit leur origine, nationale ou étrangère. La logique voudrait qu'il en soit de même pour ses actifs.

Il faut souligner que c'est le débiteur qui déclare les éléments actifs et passifs de son patrimoine dans sa demande adressée à la commission de surendettement (C. consom. art. L.721-1). Grande pourrait alors être la tentation pour le demandeur d'omettre un bien situé à l'étranger. Une telle hypothèse a été jugée récemment par la Cour d'appel de Douai²⁵. Une commission de surendettement avait imposé un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire à l'égard d'une ressortissante marocaine domiciliée en France. Néanmoins, à la suite de la contestation d'un créancier, l'existence d'un immeuble situé au Maroc et dont la débitrice était propriétaire a été dévoilée. Pour sa défense la débitrice exposait qu'elle ignorait que les actifs situés à l'étranger dussent être inclus dans la procédure ouverte en France. Cet argument a été balayé par la cour d'appel qui a rappelé que le débiteur devait faire état de tous ses actifs, y compris ceux situés dans un autre État et a prononcé la déchéance du bénéfice de la procédure en application de l'article L 761-1 du Code de la consommation.

Ceci ne va pas sans rappeler le principe d'universalité de la faillite en droit international privé et implique que la commission pourra recommander ou imposer en application de la loi française des mesures relativement à des dettes souscrites auprès de créanciers étrangers et à des actifs localisés à l'étranger. Reste qu'il faudra s'interroger sur l'autorité de ces mesures à l'étranger (cf. infra II).

Malgré le rôle central des commissions de surendettement, le juge du contentieux de la protection est susceptible d'être saisi dans plusieurs hypothèses. Il convient donc d'envisager les difficultés susceptibles de se poser dans un contexte international.

B. *Le juge des contentieux de la protection dans un contexte international*

Le juge est susceptible d'intervenir à l'initiative de la commission de surendettement dans un certain nombre d'hypothèses, qu'il s'agisse de suspendre les mesures d'exécution diligentées à l'égard du débiteur avant l'examen de la recevabilité de son dossier (C. consom. art. L.721-4) ou d'ouvrir une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire (C. consom. art. L.724-1). Parallèlement le débiteur ou un de ses créanciers peuvent contester des décisions de la commission.

²¹ Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2001, n° 00-04104, *Bull. civ.* 2001. I. n°210 ; *D. affaires*, 2001. 2412, note C. RONDEY, *Gas. Pal.*, 2002. 1167, note M.-N. JOBARD-BACHELIER ; *LPA* 30 avr. 2002. 18, note N. CAYROL ; *RTD com.*, 2001. 985, note G. PAISANT.

²² En ce sens M.-N. JOBARD BACHELIER, note précitée. Voir également B. SOINNE, « Surendettement et faillite : unité ou dualité des régimes », *LPA*, 22 déc. 1997, p. 5.

²³ G. RAYMOND, « Surendettement - Ressortissants étrangers et surendettement français », *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, Décembre 2005, étude 21.

²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2002, n° 01-04064, *Rev. crit. DIP*, 2003. 113, note J.-M. JUDE.

²⁵ CA Douai, 26 janv. 2023, n° RG 22/00582.

La question de la compétence internationale du juge est donc susceptible de se poser. Il en va de même de la loi applicable.

1. La compétence internationale du juge des contentieux de la protection

Conformément aux jurisprudences *Scheffel* et *Pelassa* précitées, il convient d'étendre l'article R.713-1 du Code de la consommation à l'ordre international.

Le texte prévoit deux chefs de compétence selon que le débiteur est domicilié en France ou qu'il est un Français hors de France. Il s'agit du domicile du débiteur dans le premier cas et du siège de la commission de surendettement dans le second²⁶.

Dans la première hypothèse, si le débiteur est domicilié en France, le juge français est internationalement compétent. Dans la seconde hypothèse, lorsque le débiteur est français et domicilié hors de France, le simple fait qu'une commission de surendettement soit compétente à raison du domicile en France d'un créancier suffit à justifier la compétence internationale du juge français. Autant dire qu'un tel privilège risque de nuire au crédit des Français établis dans un autre État européen. Les créanciers auront peut-être en tête qu'en cas de défaillance, leur débiteur pourra bénéficier d'une procédure de traitement de ses difficultés en France pour peu qu'il ait ne serait-ce qu'un seul autre créancier établi en France et en cas de contentieux, le juge français sera compétent.

Si les procédures de surendettement et plus précisément le rétablissement personnel avec liquidation judiciaire étaient visées par l'annexe A du règlement Insolvabilité de 2015, la solution serait sensiblement différente.

Effectivement, l'article 3.1 du règlement prévoit la compétence des juridictions de l'État membre dans lequel le débiteur a le centre de ses intérêts principaux, étant présumé qu'il s'agit, jusqu'à preuve du contraire, de la résidence habituelle du débiteur. À ce propos, il est intéressant de signaler un arrêt de la Cour de Justice du 16 juillet 2020²⁷ se prononçant sur la localisation du centre des intérêts principaux du débiteur personne physique n'exerçant pas d'activité libérale ou toute autre activité d'indépendant. Précisément la Cour de justice a indiqué que malgré le caractère réfragable de la présomption en vertu de laquelle le centre des intérêts principaux d'un tel débiteur est sa résidence habituelle, cette présomption ne saurait être renversée « *du seul fait que l'unique bien immobilier de cette personne est situé en dehors de l'État membre de résidence habituelle* ». Cette solution est en parfaite adéquation avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui réfute toute possibilité d'ouvrir une procédure de surendettement en France au profit d'un débiteur étranger résidant à l'étranger et qui possède un immeuble en France.

En revanche, le règlement Insolvabilité ne réserve aucun « privilège de juridiction » fondé sur la nationalité du débiteur comme le fait le Code de la consommation. Un Français ayant sa résidence habituelle dans un autre État membre ne pourrait pas bénéficier d'une procédure de surendettement en France du seul fait de l'existence de dettes souscrites auprès de créanciers établis en France. Dans son arrêt du 16 juillet 2020, la Cour de justice a d'ailleurs objecté aux débiteurs qui invoquaient l'existence de

²⁶ C. consom. art. R.713-1 : « *Le juge des contentieux de la protection compétent, en vertu des dispositions de l'article L. 213-4-7 du code de l'organisation judiciaire, est celui du lieu où demeure le débiteur, y compris pour l'application des articles R. 721-5 et R. 722-9* ».

Toutefois, dans le cas prévu à l'article L. 711-2, le juge compétent est celui dans le ressort duquel siège la commission saisie »

²⁷ CJUE, 16 juill. 2020, aff. C.253/19, ECLI:EU:C:2020:585 ; D., 2020. 2104, note J.-L. VALLENS.

la majeure partie de leur passif au Portugal pour justifier la saisine de la juridiction portugaise que la cause de l'insolvabilité ne doit pas entrer en ligne de compte pour apprécier le seul critère du centre des intérêts principaux. Une telle solution a le mérite d'assurer une certaine sécurité juridique des créanciers dans le cadre d'un marché européen du crédit.

En outre, on pourrait concevoir que le tribunal de l'État membre sur le territoire duquel le débiteur à une résidence secondaire puisse ouvrir une procédure dont les effets seraient limités au territoire national. Ce pourrait être le cas d'une résidence de week-end et de vacances en France qui se caractérise par une certaine régularité. En effet, l'article 3.2 du règlement Insolvabilité prévoit que « *Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire* ». Certes, une telle interprétation de la notion d'établissement de l'article 3.2 devrait être confirmée par la Cour de justice car manifestement, ce texte a été conçu pour des débiteurs exerçant une activité professionnelle dont il résulte un état d'insolvabilité. Néanmoins, cette interprétation large du texte permettrait de préserver les intérêts et les prévisions des créanciers locaux des particuliers ayant une résidence secondaire²⁸.

Évidemment, ces remarques ne valent que dans un contexte intracommunautaire. Or force est de reconnaître que la France est une terre d'immigration pour de nombreux étrangers non ressortissants de l'Union. Certains d'entre eux ont gardé des attaches fortes avec leur pays d'origine, et y sont encore propriétaires d'immeubles. Dans de telles hypothèses, c'est le droit international privé commun qui s'applique et la seule résidence en France aura pour effet d'attirer dans la procédure l'immeuble situé à l'étranger avec toutes les difficultés qui peuvent en découler du fait de l'absence de reconnaissance automatique des mesures prises en France²⁹.

S'agissant de la loi applicable, la solution semble évidente.

2. La loi applicable devant le juge des contentieux de la protection

Le juge français appliquera la loi française au titre de loi de la procédure. Cette solution est acquise depuis les arrêts de 2001 et 2002 précités. On ajoutera que cette *lex fori* a un champ d'application très large et englobe l'ensemble des actifs et des dettes du débiteur.

Ce principe subsisterait si le règlement Insolvabilité couvrait les procédures de surendettement. Effectivement, l'article 7.1 du règlement prévoit que « *Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel cette procédure est ouverte [...]* ».

Il faut cependant nuancer ce propos.

D'abord, si le juge français était compétent à raison d'une résidence secondaire du débiteur en France, la loi française n'appréhenderait que les éléments d'actifs et de

²⁸ En ce sens, M.-N. JOBARD-BACHELIER, « L'élaboration d'un régime de surendettement international : emprunts au régime de la "faillite internationale" », *Gaz. Pal.*, 27 févr. 2003, p. 27.

²⁹ V. infra II.

passifs locaux, car il s'agirait d'une procédure de rétablissement personnel purement territoriale.

En outre, le principe d'application de la loi de l'État d'ouverture connaît un certain nombre d'exceptions. Ainsi, l'article 8.1 du règlement Insolvabilité réserve les droits réels d'un créancier ou d'un tiers sur les biens appartenant au débiteur et qui se trouvent sur le territoire d'un autre État membre que celui du lieu d'ouverture de la procédure. La CJUE a interprété cette règle qui existait déjà dans le règlement 1346/2000 à l'article 5.1 et elle a précisé qu'il s'agit d'appliquer au droit réel du créancier ou d'un tiers, la loi de l'État membre sur le territoire duquel le bien qui en fait l'objet est situé³⁰. En tout état de cause, une telle solution aurait l'avantage d'assurer la sécurité juridique des créanciers et, au-delà, de favoriser les relations économiques en favorisant le crédit.

Parallèlement, l'article 10.1 du règlement Insolvabilité prévoit que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre l'acheteur d'un bien n'affecte pas les droits du vendeur fondés sur une réserve de propriété, lorsque ce bien se trouve, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre que l'État d'ouverture. Par conséquent, si les conditions posées par ce texte sont réunies, le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété reste à même d'exercer tous ses droits sur le bien sur le fondement de la loi du contrat qui a institué la clause de réserve de propriété et celle du lieu de situation du bien.

Même si la France se refuse à intégrer les procédures de surendettement dans l'annexe A du règlement Insolvabilité, ces règles pourraient être utilement transposées en droit international privé commun. On regrette d'ailleurs que l'opportunité n'ait pas été saisie par les rédacteurs du projet de code de droit international privé. De telles règles atténueraient l'effet « universel » qui découle d'une procédure de surendettement ouverte en France avec les problèmes d'efficacité à l'étranger qui ne manqueront pas de se poser.

II. L'efficacité internationale d'une procédure de surendettement

Il convient d'envisager deux situations. Assurément, on se soucie de l'efficacité dans un autre État des mesures de traitement du surendettement d'un débiteur décidées en France. Mais il ne faut pas omettre de s'intéresser aux effets en France de mesures prises à l'étranger.

A. Les effets à l'étranger des mesures françaises de traitement du surendettement

Ici encore, il convient de distinguer les mesures prises par la commission de surendettement et celles prises par le juge.

1. Les effets des mesures prises par la commission de surendettement

Si la commission de surendettement déclare la demande du débiteur recevable, sa décision emporte mécaniquement la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci (C. consom., art. L. 722-2).

³⁰ CJUE, 5 juill. 2012, *ERSTE Bank Hungary*, aff. C-527/10, spéc. point 42, *Rev. proc. coll.*, 2015, comm. 182, obs. M. MENJUCQ. Voir aussi M. MENJUCQ, « La situation des créanciers dans le règlement 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité », *RJDA*, n°6/2001, p. 579 et s. spéc. p. 584.

Apparaît ici une première difficulté si le débiteur a des biens à l'étranger et qu'ils font l'objet de saisies par des créanciers locaux. À défaut d'application du règlement Insolvabilité, il est impossible d'envisager une réelle efficacité d'une telle interdiction. En effet, de deux choses l'une, soit le débiteur ne fait l'objet d'aucune mesure de traitement de ses difficultés financières à l'étranger et tant que la mesure française n'est pas pleinement reconnue à l'étranger (en vertu des critères locaux), ses créanciers pourraient profiter de l'aubaine pour saisir les biens qu'il y possède ; soit le débiteur fait l'objet d'une procédure de surendettement à l'étranger et un conflit de procédures semble alors inéluctable avec toutes les difficultés et les risques de blocage que l'on peut en attendre.

La suspension ou l'interdiction dure le temps que la situation du débiteur soit traitée. Dans un premier temps, si la situation n'est pas irrémédiable, la commission va tenter l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement (C. consom. art. L.731-1). Ce plan a la valeur d'un contrat entre les parties.

Dès lors, il s'impose aux créanciers étrangers comme un contrat.

À raison de sa nature particulière et de l'intervention de la commission de surendettement, ce contrat est régi par le droit français. Si le débiteur ne respecte pas ses engagements, le plan devient caduc et les créanciers retrouvent leurs droits de poursuite³¹. Imaginons parallèlement qu'un créancier étranger ne respecte pas le plan... Si le créancier est domicilié dans un État membre, pourrait-on mobiliser le règlement Bruxelles I bis ? Cela semble improbable car bien que le litige porte sur l'exécution d'un contrat, il s'agit d'une action qui dérive de la procédure d'insolvabilité et qui devrait relever du règlement Insolvabilité... mais le surendettement français n'entre pas dans le champ d'application de ce dernier texte. Il faut donc se fonder sur le droit commun et en matière de compétence juridictionnelle les règles sont unilatérales. Le débiteur pourrait alors songer à saisir le juge de l'État de résidence du créancier pour obliger ce dernier à respecter les engagements du plan, à supposer que le juge étranger reconnaisse sa compétence en vertu de ses propres règles. Par souci de commodité, le débiteur voudra sans doute agir en France contre le créancier qui a violé le plan conventionnel mais il devra ensuite obtenir l'exequatur de la décision à l'étranger. Autant dire que la situation est pour le moins compliquée.

En cas d'échec du plan de redressement, la commission peut imposer des mesures³² (C. consom. art. L.731-3) mais en l'absence de système de reconnaissance simplifié tel celui du règlement Insolvabilité, l'efficacité de ces mesures à l'étranger semble fragile. Confrontée à cette difficulté, la Cour suprême allemande, qui devait se prononcer sur la loi applicable au calcul du reste à vivre d'un débiteur domicilié en Allemagne mais percevant une pension de retraite d'un organisme suisse, a considéré que cette mesure relevait du droit allemand. Mais elle a expressément reconnu que cette solution présente

³¹ C. consom., art. R. 732-2. Voir également J. JULIEN, *Droit de la consommation*, 3^e éd., 2019, LGDJ, n° 405 s., p. 589 s.

³² Sur l'ensemble de cette question v. PH. FLORES, « La réforme de la procédure de surendettement du 1^{er} juillet 2010 », *AJ famille*, 2011, p. 10.

un risque d'inefficacité car une exécution forcée en Suisse s'effectuera nécessairement et exclusivement selon les règles locales³³.

Ainsi il faut reconnaître que tant que l'efficacité des mesures décidées par la commission n'aura pas été admise à l'étranger, elles ne peuvent pas empêcher les créanciers d'exercer leurs droits sur les biens du débiteur situés hors de France³⁴.

La commission peut aussi saisir le juge des contentieux de la protection afin qu'un rétablissement personnel avec liquidation judiciaire soit ordonné.

2. Les effets d'un jugement de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire

Le rétablissement personnel avec liquidation judiciaire implique d'appréhender les biens saisissables du débiteur pour les vendre et désintéresser les créanciers.

Sous l'empire du règlement Insolvabilité de 2015, l'article 19 pose le principe selon lequel toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité rendue par une juridiction d'un État membre compétente est reconnue dans tous les autres États membres dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture. Il en découle que le praticien de l'insolvabilité (liquidateur...) pourra exercer dans les autres États membres tous les pouvoirs qui lui sont reconnus par la loi de l'État d'ouverture, étant précisé que les modalités de réalisation des biens du débiteur dépendent de la loi locale³⁵.

Néanmoins, la procédure française de rétablissement personnel n'étant pas au nombre de celles visées par l'annexe A, le droit international privé commun s'applique. Par conséquent, tant que le jugement français n'aura pas reçu l'exequatur en fonction des critères du droit de l'État dans lequel l'exécution est requise, la réalisation par le liquidateur des biens que le débiteur détient à l'étranger est exclue.

On notera en aparté que la faillite civile de l'Alsace-Moselle, inscrite dans le Code de commerce, figure dans l'annexe A. Partant, cette faillite appliquée aux particuliers établis dans ces départements sera pleinement reconnue de l'autre côté de la frontière. À cet égard, il n'est pas rare que des citoyens allemands adoptent une résidence en France pour y bénéficier de la faillite civile qui produira tous ses effets à l'égard de leurs créanciers allemands³⁶. Pour éviter ce type de manœuvre frauduleuse, le règlement Insolvabilité pose le principe selon lequel le centre des intérêts principaux d'un particulier est présumé être sa résidence habituelle à la condition que celle-ci n'ait pas été transférée dans un autre État membre au cours des six mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité³⁷.

Il est prégnant de souligner que l'abstention de la France à introduire les procédures de surendettement des particuliers (à l'exception de la faillite civile) dans le champ d'application du règlement entraîne une inégalité entre consommateurs européens, les

³³ E. KLEIDER, « Procédure d'insolvabilité - La loi applicable au calcul du « reste-à-vivre » lorsque le débiteur personne physique perçoit des revenus d'un organisme étranger, réponse du Bundesgerichtshof allemand », *Rev. des Proc. Coll.*, n° 1, janvier 2020, étude 6.

³⁴ M-N JOBARD-BACHELIER, « Les procédures de surendettement et de faillite internationales ouvertes dans la communauté européenne », *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 491 ; G. KESSLER, « Le surendettement en Droit international privé », *RD bancaire et fin.*, 2012, dossier 26, spéc. p. 114.

³⁵ T. MASTRULLO « Entreprise en difficulté : droit international et européen », *Rép. Droit commercial*, Dalloz, 2018 (actualisation mars 2023), n° 407 et s.

³⁶ V. par exemple Cass. 2^{ème} civ., 9 octobre 2008, n° 07-18.804, Inédit.

³⁷ Règl.n°2015/848, art. 3.1 al 4.

uns bénéficiant de la reconnaissance de plein droit des mesures de désendettement dans tous les États membres, y compris en France, les autres non.

B. *Les effets en France des mesures de surendettement décidées à l'étranger*

À vrai dire, un débiteur français domicilié hors de France pourrait très bien bénéficier de mesures de traitement de son surendettement dans son État de domicile. Ce serait le cas en Allemagne car l'Allemagne a choisi de soumettre les questions relatives à l'insolvabilité transfrontalière des particuliers au règlement Insolvabilité. Les autorités allemandes seraient donc compétentes en raison de la résidence habituelle du débiteur français. Mais les mesures ainsi décidées sont susceptibles de produire des effets en France si le débiteur y possède des biens ou qu'il y a souscrit des dettes. Un Allemand (ou un ressortissant étranger) résidant en Allemagne et faisant l'objet d'une procédure en Allemagne peut également avoir des actifs ou des créanciers en France et la question de l'efficacité en France des décisions allemandes serait gouvernée par le règlement Insolvabilité. Dans toutes ces hypothèses qui sont loin d'être exhaustives mais qui ont en commun de faire intervenir des autorités d'États membres qui ont inscrit leurs procédures d'insolvabilité dans le champ d'application du règlement, les décisions prises bénéficieront du régime de ce texte.

En revanche, chaque fois que les mesures de traitement du surendettement du débiteur proviendront d'un État tiers ou d'un État membre qui, à l'instar de la France, n'a pas soumis ses procédures d'insolvabilité des particuliers au règlement Insolvabilité, c'est le droit international privé commun qui s'appliquera. Il nous faut donc envisager les deux régimes en insistant sur le second qui a vocation à s'appliquer le plus souvent dans la mesure où un certain nombre d'États membres a suivi la position de la France.

1. Le régime de droit commun

En préambule, il convient de rappeler que les mesures de traitement du surendettement ne résultent pas forcément d'un jugement. De même qu'en France la recevabilité du dossier de surendettement par une commission de surendettement emporte automatiquement suspension des mesures d'exécution diligentées contre le débiteur, il existe des principes similaires dans d'autres pays. Or, il a été jugé à propos du dépôt de bilan volontaire d'un débiteur, tel que prévu par le chapitre 11 du code américain de la faillite, que l'absence de décision d'un juge à l'origine de la procédure fait obstacle à son accueil dans l'ordre juridique français par la voie de l'exequatur³⁸.

Parallèlement, si la procédure de surendettement résulte d'un jugement, afin que celui-ci acquière l'autorité de chose jugée et la force exécutoire sur le territoire français, il faut obtenir une ordonnance d'exequatur.

L'autorité de chose jugée permettra au jugement étranger statuant sur le surendettement d'un particulier de déployer ses effets quant au dessaisissement, à l'arrêt des poursuites individuelles, et la suspension des mesures d'exécution tels que prévus par la loi étrangère, tandis que la force exécutoire confèrera au praticien de l'insolvabilité nommé par le jugement étranger le droit de procéder à la vente forcée des biens du débiteur en France³⁹.

³⁸ TGI Paris, 2 févr. 1994, RG 18682/93, *Bidermann-Zylberberg c/ procureur de la République*, cité par H. SYNDET, « Faillite », *Rép. Droit international*, Dalloz, 1998 (actualisation déc. 2020) n°88.

³⁹ H. SYNDET, *op.cit.* n°96

Les conditions d'octroi de l'exequatur résultent de la jurisprudence de la Cour de cassation⁴⁰. Ainsi, pour accorder l'exequatur en l'absence de convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence internationale du juge étranger, la conformité à l'ordre public international de sa décision et l'absence de fraude à la loi. S'ajoute une quatrième condition ; à savoir, l'exequatur ne sera pas accordé si le jugement étranger est inconciliable avec une décision française⁴¹.

S'agissant de la compétence internationale indirecte du juge étranger, depuis un arrêt *Simitch* de 1985, le juge français se contente d'un lien caractérisé entre la situation et le for étranger⁴². On peut imaginer que la résidence habituelle ou le domicile du débiteur à l'étranger suffirait à légitimer la compétence du tribunal étranger. Néanmoins, on peut se poser la question de savoir si cette compétence serait reconnue à l'égard d'un débiteur français domicilié à l'étranger et ayant des créanciers établis en France. L'arrêt *Simitch* avait réservé les cas de fraude et de compétence française exclusive mais on sait que la nationalité française du défendeur ou du demandeur n'est plus considérée comme un chef de compétence exclusive des juridictions françaises⁴³. Quant à la fraude, il faudrait démontrer que le débiteur a cherché à se soustraire à une procédure française pour frauder les intérêts de ses créanciers français.

Parallèlement, concernant la condition relative à l'absence de contrariété avec la conception française de l'ordre public international, il semble acquis depuis un arrêt datant du 20 mai 1967⁴⁴ dont la solution a été reprise en 2000⁴⁵, qu'un jugement étranger prononçant la faillite d'un débiteur non commerçant n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international⁴⁶. Néanmoins on pourrait concevoir qu'une procédure qui n'a pas permis au débiteur de faire valoir ses arguments, ou qui impose un traitement discriminatoire entre les créanciers serait contraire à l'ordre public. Un doute subsiste également dans l'hypothèse où les mesures décidées à l'étranger conduiraient à effacer purement et simplement toutes les dettes du débiteur y compris des dettes d'aliments⁴⁷.

⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 7 janv. 1964, *Munzer*, *Bull. civ.* I, n° 15, *JCP*, 1964. II. 13590, note M. ANCEL, *Rev. crit. DIP*, 1964. 344, note H. BATIFFOL, *JDI*, 1964. 302, note B. GOLDMAN ; Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 1967, *Bachir*, *Bull. civ.* I, n° 277, *Rev. crit. DIP*, 1968. 98, note P. LAGARDE et Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *D.* 2007. 1115, obs. I. GALLMEISTER, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *ibid.* 891, chron. P. CHAUVIN ; *ibid.* 1751, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.*, 2007. 324 ; *Rev. crit. DIP*, 2007. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *JDI*, 2007. 1195, note F.-X. TRAIN.

⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1914, *DP*, 1917. 1. 137, note J. VALERY.

⁴² Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1985, *Rev. crit. DIP*, 1985. 369 ; *Rev. crit. DIP*, 1985. 243, chron. FRANCESCAKIS ; *JDI* 1985. 460, note HUET ; *D.* 1985. 469, note MASSIP ; *D.* 1985. IR 497, obs. AUDIT.

⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2006, n° 04-12.777 ; *Rev. crit. DIP*, 2006. 870, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.*, 2006. 1846, chron. B. AUDIT ; *JCP*, 2006. II. 10134, note P. CALLE ; *LPA*, 22 sept. 2006. 10, note P. COURBE ; *JDI*, 2007. 1377, note CH. CHALAS ; *Gaz. Pal.*, 29 avril-3 mai 2007, n° 119-123, p. 21, obs. M.-L. NIBOYET. Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2007, n°04-14716, *Rev. Crit. DIP* 2007. 610, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2007. 956, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *D.* 2007. 1596, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2548, chron. B. Audit ; *ibid.* 2008. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke

⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 1967, *JDI*, 1967. 629, note J.-D. BREDIN ; *Rev. crit. DIP*, 1968. 87, note CH. GAVALDA.

⁴⁵ Cass. com., 18 janvier 2000, n° 97-11.906, *LPA*, 12 avril 2000. 12, note J.-L. VALLENS.

⁴⁶ M.-N. JOBARD-BACHELIER, « L'élaboration d'un régime de surendettement international : emprunts au régime de la faillite internationale ? », *Gaz. Pal.*, 27 févr. 2003, p. 27.

⁴⁷ Pour un avis contraire M.-N. Jobard-Bachelier, *op. cit.*, pour qui « des mesures d'effacement même général des dettes [...] ne devraient pas pouvoir être écartées au nom de l'ordre public ».

Quant à l'absence de fraude, cela implique de vérifier que la procédure n'a pas volontairement été ouverte à l'étranger pour frauder les droits de certains créanciers.

Enfin, on peut se demander si l'ouverture en France d'une procédure de surendettement ne ferait pas obstacle à la reconnaissance de mesures étrangères portant sur les mêmes biens du débiteur... En effet, dans une telle hypothèse, ne peut-on pas considérer qu'il y a incompatibilité totale avec une décision française⁴⁸ ?

Il est évident que le régime de droit de l'Union est beaucoup plus favorable.

2. Le régime européen

Pour que le règlement Insolvabilité s'applique, encore faut-il que l'État dont le jugement fixant le sort du débiteur est issu ait inscrit ses procédures d'insolvabilité des particuliers à l'annexe A du règlement⁴⁹. C'est le cas de l'Allemagne qui retient d'ailleurs une définition du surendettement similaire à celle du droit français⁵⁰ et des mesures comparables d'effacement des dettes avec le « *Verbraucherinsolvenzverfahren* » (procédure d'insolvabilité des particuliers)⁵¹. Il en résulte qu'une procédure ouverte en Allemagne sera reconnue automatiquement en France en vertu de l'article 19 du règlement. En outre, conformément à l'article 32 du même texte, les décisions relatives au déroulement et à la clôture de la procédure d'insolvabilité ainsi que les décisions qui découlent directement de la procédure et y sont étroitement liées seront exécutées selon le régime simplifié du règlement Bruxelles I bis.

La Belgique, l'Italie, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays bas, pour ne citer que ces États, sont dans la même situation que l'Allemagne.

Néanmoins, il faut se garder de considérer l'inscription systématique des procédures de surendettement des particuliers dans l'annexe A du règlement Insolvabilité comme la solution à toutes les difficultés du surendettement transfrontière. En effet, il n'existe pas de définition européenne de la situation de surendettement. Chaque État membre possède une procédure propre au traitement des situations de surendettement des particuliers. Par conséquent les consommateurs européens seront traités différemment selon l'État membre dans lequel ils ont leur résidence habituelle. En outre le règlement Insolvabilité ne concerne que l'insolvabilité intracommunautaire et ne s'applique donc pas à des situations qui intéressent des débiteurs ayant des intérêts dans des États tiers. Pourtant, l'immigration en provenance de pays de l'est et du sud n'est pas un phénomène marginal et induit inévitablement des situations d'endettement et de surendettement au-delà des frontières de l'UE. Dès lors l'idée d'une codification véritablement internationale pourrait un jour devoir être envisagée⁵².

⁴⁸ En ce sens, à propos de la faillite internationale, H. SYNDET, *op. cit.*, n°89.

⁴⁹ L'Annexe A a été remplacée à plusieurs reprises pour tenir compte de l'inscription de nouvelles procédures par certains États. La dernière version résulte du Règl. n° 2021/2260 du 15 déc. 2021 portant modification du règlement (UE) 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité afin de remplacer ses annexes A et B.

⁵⁰ Loi sur l'insolvabilité allemande, Art. 17.

⁵¹ www.gesetze-im-internet.de/inso/index.html - (BGBl. I S. 2866).

⁵² J.-L. VALLENS ET R. SORIEUL, « Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives ? », *D.*, 2007, p. 1225.

Travail, droit du travail et pauvreté

Pierre-Yves Verkindt

Professeur émérite de l'Université Paris 1 (Panthéon Sorbonne)

Comme l'écrit le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté dans son Rapport d'avril 2023 publié sous l'égide de l'Assemblée générale des Nations Unies¹, la garantie d'emploi qui fait de l'État, l'employeur en dernier ressort, permet de favoriser l'inclusion sociale (« *L'accès à un travail décent permet de générer des revenus et de réduire la pauvreté. Il permet également aux personnes de prendre confiance en elles et de se donner un but* »²), d'assurer l'intégration des personnes les plus défavorisées sur le marché du travail, d'établir un « *stabilisateur automatique pour l'économie* »³, de promouvoir la démocratie locale et de fournir des biens et services que le marché n'est pas capable de procurer. Cette garantie d'emploi -et donc de revenu- déploie ses avantages tant sur le plan de la qualité de la vie des individus que sur celui de la qualité des rapports sociaux. Le Rapport DE SCHUTTER se situe ainsi dans le droit fil des travaux antérieurs de l'ONU et de l'OIT relatifs à la mise en place d'un socle de protection sociale⁴, à la politique de l'emploi⁵ mais il s'inscrit aussi dans la continuité des Objectifs de Développement Durable spécialement l'ODD n° 1 (lutte contre la pauvreté) et l'ODD n° 8 (garantie d'un plein emploi productif et travail décent)⁶. C'est sur cette toile de fond qu'il est possible d'examiner les rapports entre le travail, le droit du travail et la pauvreté, non sans avoir pris conscience que si le lien entre la pauvreté et le travail est une question ancienne à laquelle sont attachés les plus grands noms de la philosophie et des sciences sociales en particulier depuis la période proto-industrielle européenne, l'adjonction d'une référence au droit du travail ajoute un élément de complexité.

Tenter de penser ensemble le travail, le droit du travail et la pauvreté d'une façon qui serait nécessairement à la fois diachronique (chacune des notions connaît de profondes transformations au cours de son histoire et de l'histoire des phénomènes qu'elle nomme) et synchronique (les phénomènes nommés étant en relation à chaque moment de leur histoire) apparaîtra à beaucoup comme une gageure, quand bien même se limiterait-on à la France ou à l'Europe.

L'actualité nous incite pourtant à y revenir modestement que l'on se place à une échelle purement nationale ou à une échelle internationale. En France, le Plan pauvreté de

¹ O. DE SCHUTTER, *La garantie d'emploi comme outil de lutte contre la pauvreté*, Nations Unies, A /HRC :53/53, avril 2023, Conseil des droits de l'homme, LIII^e session consultable et téléchargeable sur le site www.un.org

² *Ibid.*, p. 4

³ *Ibid.* p.8

⁴ P.Y. VERKINDT, *La Recommandation (n° 202) sur les socles de protection sociale (2012) à la lumière de la lutte contre la pauvreté*, RDSS, 2022,471

⁵ Conv. OIT, n°122 (1964)

⁶ Les dix-sept Objectifs de Développement Durable ont été adoptés par les Nations Unies en 2015 (v. www.un.org)

L'automne 2017⁷ faisait déjà de l'accès au travail et à l'emploi une composante essentielle de la lutte contre la pauvreté tandis que le projet de loi pour le plein emploi n°710 déposé au Sénat en juin 2023 en cours de discussion au Parlement renforce largement l'idée selon laquelle le retour à l'activité est à la fois un objectif de politique publique et une condition d'accès aux instruments de la solidarité nationale. En témoigne la proposition de conditionner le bénéfice du Revenu de solidarité active à un contrat d'engagement conditionnant le bénéfice de l'allocation à une « activité » d'au moins quinze heures⁸. Au niveau international, l'éradication de la pauvreté et l'accès à un travail décent sont deux des 17 objectifs de développement durable pour 2030 annoncés par l'Organisation des Nations Unies en janvier 2016 et relayés par un certain nombre d'instruments de l'Organisation Internationale du Travail. S'agissant du droit du travail, il a évidemment partie liée avec le travail dans sa double dimension technique et éthique. Sur le plan technique, les normes qui le composent viennent organiser et par là même, encadrer l'accès à l'emploi et assurer la protection du travailleur dans les différents aspects de son activité. Pour autant, cette seule dimension de la technique juridique ne saurait rendre compte du fait que le droit du travail porte aussi un certain nombre de valeurs. Sur le plan idéologique, l'affirmation de son rôle protecteur mais aussi son histoire et l'image qui s'en évince, de « conquête » de la classe ouvrière ont durablement imprimé les esprits. Néanmoins, l'éthique sociale à l'œuvre dans les normes, objet de la discipline, ne saurait faire oublier qu'elles se sont construites dans le contexte d'une société industrielle et technique dont elles portent les stigmates.

Les rapports entre la pauvreté, le travail et le droit du travail sont marqués par une certaine ambiguïté pour des raisons historiques et philosophiques. Historiques car la mise au travail des pauvres a pu être considérée dans l'Europe préindustrielle comme un outil de lutte contre la pauvreté peu distinguée d'une lutte contre les pauvres, volontiers présentés comme un danger pour la sécurité et la santé de l'ensemble de la population. Au même moment, le capitalisme naissant a besoin de faire du travail une valeur pour satisfaire son besoin de main-d'œuvre et asseoir sa domination. Philosophiques car le travail apparaît dès le XVIII^e siècle comme permettant « l'émancipation et l'enrichissement individuel en augmentant immédiatement la richesse collective »⁹. Il fonde ainsi la propriété pour Locke¹⁰ au tournant des XVII^e et XVIII^e siècles et constitue la source première de richesse pour A Smith¹¹. Il est une nécessité, mais aussi ce qui fait de l'être humain un être historique comme le dira Marx plus tard¹². Entre la fin du XVI^e siècle et le XVIII^e siècle, les raisons historiques et philosophiques s'entremêlent faisant du travail, sur le plan moral de la lutte contre l'oisiveté (considérée

⁷ Sur ce plan, v. le dossier que lui consacre la Revue de droit sanitaire et social n°6/2018 et sur les dispositifs antérieurs RDSS n° 6/2007. Sur les politiques de lutte contre les exclusions et contre la pauvreté, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, LGDJ, 11^{ème} édit. 2021, p. 581.

⁸ Projet de loi n° 170 pour le plein emploi adopté par l'Assemblée nationale le 10 octobre 2023.

⁹ D. MEDA, *Le travail*, PUF, QSJ, 4^{ème} édit, 2011, p. 17.

¹⁰ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, (chap. 5) [1690], Garnier Flammarion, p. 162 et s. Sur l'histoire du travail, parmi de nombreuses références, Coll. (sous la dir. de D. MERCURE, J. SPURK, *Les théories du travail. Les classiques*, Hermann et PU Laval-Québec, 2019 ; v aussi pour une introduction historique au droit du travail, G. AUBIN, J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995 not. le chapitre préliminaire.

¹¹ Sur A Smith, D. MERCURE, in *Les théories du travail. Les classiques*, Hermann et PU Laval-Québec, 2019, p. 103.

¹² K. MARX, *Le Capital* [1867], Livre I, chap VII, Edit sociales, 1977, p. 137 : « Le résultat auquel le travail aboutit préexiste idéalement dans l'imagination du travailleur. Ce n'est pas qu'il opère seulement un changement de forme dans les matières naturelles ; il y réalise du même coup son propre but dont il a conscience, qui détermine comme loi son mode d'action et auquel il doit subordonner sa volonté ».

comme la mère de tous les vices) l'assise philosophique d'un combat contre le vagabondage et la mendicité, sur le plan religieux, à la fois la conséquence d'un péché originel et l'instrument de la rédemption et sur le plan économique le programme de ce qui s'annonce comme le nouvel ordre libéral.¹³

Cette ambiguïté du rapport entre la pauvreté et le travail autorise le développement des discours moralisants sur le travail qui vont jusqu'à voir dans le non-travail, comme on l'entend encore parfois aujourd'hui, un choix de la personne dont la collectivité assumerait *in fine* le coût. Elle frappe aussi le rapport du droit du travail et de la pauvreté, le premier devenant, si l'on n'y prend garde, un ensemble de droits pour ceux qui travaillent par une sorte de répétition de l'effet *Matthieu*¹⁴.

I. Pauvres et travailleurs pauvres dans le Monde et en France : première approche

Pauvreté, extrême pauvreté, exclusion, travailleurs pauvres, travailleurs précaires... et tant d'autres. Autant de mots qui gravitent autour d'un phénomène à la fois mondial et à nos portes¹⁵. La littérature qui le concerne est d'une telle ampleur qu'il ne saurait être question d'envisager ici ne serait-ce qu'une simple recension des ouvrages et articles qui ont pu lui être consacrés. On ne s'y risquera donc pas, limitant le propos à quelques pistes de définitions utiles et à une photographie somme toute assez sommaire de sa dimension.

A. Être pauvre.

M. Messu a bien montré l'impasse d'une définition substantielle de la pauvreté¹⁶ qui n'en reste pas moins une construction théorique qui a des conséquences pratiques. Une recherche dans les principaux dictionnaires montre vite ses limites dans la mesure où domine dans les définitions qui sont données l'idée d'un manque matériel. Ainsi lit-on sous le mot « Pauvreté » au Centre national de ressources textuelles et lexicales¹⁷ : « Indigence, manque de biens, manque des choses nécessaires à la vie. *Grande pauvreté. Une affreuse pauvreté. Tomber dans une extrême pauvreté. Il représenta la pauvreté du pays au Prince. Il y a bien de la pauvreté dans cette Province.* On dit proverbialement, que *Pauvreté n'est pas vice*, pour dire, que pour être pauvre, on n'en a pas moins de mérite, on n'en est pas moins honnête homme. On appelle en termes de dévotion, *Pauvreté Évangélique*, la renonciation volontaire aux biens temporels, suivant le conseil de l'Évangile. Et on appelle *Pauvreté d'esprit*, le détachement entier des biens de la terre. On dit figurément, *La pauvreté de la Langue*, dans le même sens qu'on dit, qu'une langue est

¹³ « Le travail nourrit, le travail punit ». Telle est l'affiche apposée à l'entrée d'une maison de travail obligatoire à Hambourg comme le rapporte B. Geremek (B. GEREMEK, *La potence ou la pitié. L'Europe et les pauvres du Moyen Âge à nos jours*, [1978], Gallimard 1986, p. 274).

¹⁴ L'effet Matthieu, dont la validité scientifique est parfois discutée, est analysé par le sociologue américain R.K. MERTON à la fin des années soixante. Initialement mobilisé en sociologie des sciences pour décrire le fait que les entreprises et universités déjà dominantes dans un secteur voient converger vers elles les ressources (au détriment des organisations moins en vue) renforçant par là même leur domination. Son nom est tiré d'une phrase de l'Évangile de Matthieu (Mt 3.12) : « Car on donnera à celui qui a, et il sera dans l'abondance, mais à celui qui n'a pas on ôtera même ce qu'il a ». Utilisé de façon extensive, il est une autre façon de dire par exemple que les personnes disposant déjà de droits ou d'un statut sont avantagées dans la démarche d'acquisition de droits ou d'avantages complémentaires. Dit autrement, la personne en situation de grande pauvreté et d'exclusion peine à obtenir des droits qui pourtant sont ceux de tout citoyen.

¹⁵ D. CLERC, *La France des travailleurs pauvres*, Grasset, 2008.

¹⁶ M. MESSU, « Est pauvre celui que l'on désigne comme tel », in *Figures et énigme de la pauvreté*, PU Septentrion, 2009, p. 76.

¹⁷ Centre National de Recherches Textuelles et Lexicales (CNRTL, www.cnrtl.fr).

pauvre et pauvreté se dit encore de certaines choses basses & méprisables qu'on dit ou qu'on fait. « *C'est un grand diseur de pauvretés. Cela est d'une grande pauvreté. Quelle pauvreté !* ». De la même manière, la neuvième édition du dictionnaire de l'Académie définit-elle la pauvreté comme l'« *état d'une personne dont les ressources ne couvrent pas les besoins ou fournissent à peine au nécessaire ; absence de biens, de fortune* » ou encore l'« *état de ce qui est insuffisant ; manque d'abondance* » et enfin au sens figuré est-il précisé « *Dans le domaine intellectuel et moral. Médiocrité, défaut de force, d'originalité, d'intérêt* ». Le champ lexical contemporain ainsi que la synonymie du mot pauvreté nous proposent les mots de dénuement, de misère, d'indigence, de pénurie. S'il ne saurait être question de rendre compte ici de l'ensemble de la littérature sur la question de la pauvreté, quand bien même se limiterait-on à l'époque contemporaine, on ne peut s'empêcher de relever que le vocabulaire que la notion draine est particulièrement négatif.

B. *Être travailleur pauvre aujourd'hui dans le monde et en France.*

« *La notion de travailleurs pauvres ne correspond pas à un concept juridique mais à un phénomène sociologique caractérisé par le fait que des personnes, bien que travaillant et percevant une rémunération, bénéficient d'un revenu familial inférieur au seuil de pauvreté* », écrit P. AUVERGNON dans sa présentation de l'ouvrage collectif « *Droit social et travailleurs pauvres* »¹⁸. Selon lui, la réponse que propose le droit du travail à la question du travailleur pauvre est « *ambivalente* ». Surtout et très justement, il relève que l'existence ou, selon les lieux, la réapparition des travailleurs pauvres disent quelque chose des tendances contemporaines de ce droit. Prendre sérieusement en considération ces travailleurs oblige à renouer avec la fonction de protection des travailleurs les plus vulnérables sur le marché du travail¹⁹.

En examinant le phénomène au niveau mondial et à partir des statistiques de l'Organisation internationale du travail²⁰ (ILOSTAT), il apparaît que la problématique des travailleurs pauvres se présente sous un jour différent selon que l'on se place du côté des pays développés ou du côté des autres pays. Dans les premiers, le phénomène est à mettre en lien avec le chômage et en particulier avec le chômage de longue durée. Dans les seconds, la question des travailleurs pauvres se pose surtout en termes de qualité de l'emploi et de revenu décent dans une économie très largement informelle.

Au niveau international, sont des travailleurs pauvres « *les personnes employées qui vivent dans des ménages qui se situent en dessous d'un certain seuil de pauvreté* »²¹. Selon des critères des Nations Unies, sont considérées comme « *extrêmement pauvres* » les personnes qui vivent dans un ménage avec un revenu journalier par personne (per capita) inférieur à 1,90 dollar US. Celles dont le revenu journalier par tête se situe entre 1,9 et 3,10 dollars US sont définies comme « *modérément pauvres* ». Elles sont dites non pauvres lorsque ce même revenu dépasse 3,10 dollars US²². Les chiffres disponibles conduisent à relever au plan mondial plusieurs caractéristiques. En premier lieu, il faut constater d'importantes différences selon les zones géographiques et à l'intérieur de ces zones entre les pays. Ainsi en Afrique, 32,6 % de la population est considérée comme

¹⁸ Coll., *Droit social et travailleurs pauvres*, Bruylant, 2013, 9.

¹⁹ *Ibid.*, p. 43.

²⁰ Désormais OIT.

²¹ <https://ilostat.ilo.org/>

²² V. les estimations mondiales de l'OIT sur l'emploi par classe économique, Spotlight ou Work Statistics, <https://ilostat.ilo.org/>

« extrêmement pauvre », 22, 2 % est « modérément pauvre » et 45,1 % n'est pas pauvre au sens indiqué *supra*.²³ D'une façon globale cependant, les niveaux de pauvreté restent importants dans les pays à faible revenu et où les taux d'informalité sont les plus forts²⁴. En deuxième lieu, si l'on note une diminution du taux de travailleurs pauvres dans la population depuis 2000, il faut malheureusement constater que cette diminution s'est ralentie au cours de ces cinq dernières années. Enfin, outre la diversité selon les pays déjà évoquée, les jeunes apparaissent les plus affectés par la précarité et l'insécurité.

En France, selon les chiffres publiés par l'INSEE²⁵, il y avait en 2019²⁶ 9, 2 millions de personnes vivant en dessous du seuil de pauvreté monétaire et l'organisme estimait à 1, 6 millions le nombre de personnes non repérées²⁷. Le taux de pauvreté calculé à partir des personnes repérées s'établissait à 14,6 % (17 % avec intégration des DOM). Ces chiffres dans leur brutalité méritent d'être complétés sur trois plans. *En premier lieu*, le fait de se situer en dessous du seuil de pauvreté monétaire ne dit rien de l'intensité de la pauvreté. Sur ce point, l'Insee montre qu'en 2019, le revenu médian des personnes situées en dessous du seuil (donc considérées comme pauvres) est de 19,7 % inférieur au seuil lui-même. Ce qui signifie que le revenu médian des personnes dites pauvres est d'un peu plus de 880 euros. *En deuxième lieu*, la situation de pauvreté monétaire ne dit rien non plus de l'ensemble des conditions de vie de la personne. Sur ce point, en 2017, l'Union européenne a élaboré un indicateur de privation matérielle et sociale et selon l'Insee, 13,1 % des Français sont dans cette situation. *En troisième et dernier lieu*, l'analyse de chiffres relatifs aux rapports entre les personnes pauvres et le travail et /ou le chômage laisse apparaître que 38,9 % des chômeurs sont en situation de pauvreté monétaire et qu'entre 6,8 % et 8 % des travailleurs seraient vivraient en dessous du seuil de pauvreté ce qui représente environ 2 millions personnes pouvant être qualifiées de « travailleurs pauvres ». Selon l'Observatoire des inégalités, 1,2 millions de travailleurs vivent avec moins de 918 euros par mois²⁸.

Si l'accès à l'emploi apparaît comme un outil de lutte contre la pauvreté à la fois par le revenu qu'il procure et par la reconnaissance sociale qu'il engendre dans un contexte où la valeur travail reste une donnée importante, force est de constater qu'il ne protège pas toujours de la pauvreté pas plus dans les pays développés que dans les pays émergents. C'est au prisme du droit *du* travail que cette double proposition mérite d'être examinée.

II. Le droit *au* travail, outil de lutte contre la pauvreté

On peut s'en plaindre ou s'en féliciter, on peut chercher ailleurs que dans le travail, les ressources de la justice sociale et de la socialisation²⁹. On peut même renvoyer la « valeur travail » au rang des concepts éculés ou dépassés et, à l'instar de certaines femmes ou certains hommes politiques s'appuyer sur une lecture aussi molle que décontextualisée

²³ En Europe et en Asie centrale, les chiffres sont respectivement de 1,1 %, 1,1 % et 97,8 %.

²⁴ Les déficits de qualité de l'emploi ne se limitent pas à l'insuffisance des revenus mais résultent aussi du manque de protection sociale et de sécurité de l'emploi. L'informalité exerce en effet un impact négatif tant sur les revenus, que sur la santé, la sécurité, et les conditions de travail.

²⁵ Insee.fr/fr/statistiques. Chiffres clés au 12 juin 2023.

²⁶ Soit avant la pandémie.

²⁷ Le seuil de pauvreté monétaire est à 60 % du revenu médian (lequel se montait à 1837 euros par mois) ce qui place le seuil de pauvreté monétaire à 1102 euros/mois pour une personne seule et par exemple à 2314 euros pour un couple avec 2 enfants de moins de 14 ans.

²⁸ Observatoire des inégalités, Mai 2022 ; ATD Quart Monde. En finir avec les idées fausses sur les pauvres et la pauvreté, Ed. de l'Atelier et Ed Quart Monde, 2020, p 44-64.

²⁹ G. VALETTE, *L'allocation universelle d'existence. La protection sociale au XXI^{ème} siècle*, Utopia, 2021.

du *Droit à la paresse* de Lafargue³⁰ ou encore de façon plus sérieuse mais aussi plus radicale critiquer le travail³¹, il est difficile de nier d'une part que le travail est aujourd'hui en crise, et que d'autre part, il demeure l'espoir de beaucoup dans les pays industrialisés mais aussi dans les pays en développement. Comme le rappelait, il y a maintenant dix ans, D. Méda dans une communication à l'Académie des sciences morales et politiques portant sur l'attitude des Français face au travail³², notre concept de travail n'est ni « une catégorie anthropologique » ni un « invariant » mais est tout au contraire le produit d'une histoire et que, s'agissant de l'Europe, cette histoire a agi par sédimentation conduisant à des contradictions au sein même de l'appréhension de la place réelle ou espérée du travail dans la société. Pour autant, il y occupe *encore* une place centrale même si comme l'établissent les enquêtes³³, il est possible de relever d'importantes variations selon les pays et *in fine* une diversité des analyses que semblent confirmer les enquêtes les plus récentes³⁴. Examinée au prisme du droit et du droit du travail en particulier, la question des rapports entre le travail et la pauvreté conduit à interroger les instruments juridiques de politiques d'accès à l'emploi, leurs qualités et surtout leurs capacités à innover.

A. Le droit au travail, un droit fondamental

La tentation est forte d'ajouter un point d'interrogation après la référence à un droit fondamental. Pourtant, l'examen du droit international et du droit constitutionnel français montre que ce droit au travail dispose de bases solides même si, pour l'heure, elles ne se traduisent pas en termes de droit subjectif opposable par les personnes.

Le droit international et le droit européen du travail offrent, sinon des instruments directement opérationnels en matière d'accès à l'emploi, au moins des guides pour l'action dont les différents pays devront (ou pourront selon les cas) s'inspirer dans leurs politiques internes. En droit français, ces dispositions trouvent un soutien puissant dans le Préambule de la Constitution de 1946 même si les politiques de l'emploi peinent à les traduire dans les faits.

1. Le droit international et européen

Si la Constitution de l'Organisation internationale du travail rappelle l'exigence de justice sociale et la volonté de promouvoir un régime de travail réellement humain³⁵ et

³⁰ P. LAFARGUE, *Le droit à la paresse* [1883] réédit. Petite collection Maspéro, 1976.

³¹ G. BOREL, *Le travail histoire d'une idéologie*, Utopia, 2015. Pour une critique radicale, KRISIS, *Manifeste contre le travail*, trad française Edit L. Scheer, 2002 ; G. RENSI, *Contre le travail*, [1923] Allia, 2017.

³² www.academiesciencesmoralesetpolitiques.fr. La communication date de 2013.

³³ D. MEDA, P. VENDRAMIN, *Réinventer le travail*, PUF, Le lien social, 2013.

³⁴ V. le dossier de la Revue *Futuribles*, sept/oct 2023, *Repenser l'avenir du travail* not. J. CLERTE, M. MELENFER, « Le rapport des Français au travail », p. 5 et les références citées.

³⁵ « Attendu qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale. Attendu qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions: par exemple, en ce qui concerne la réglementation des heures de travail, la fixation d'une durée maximum de la journée et de la semaine de travail, le recrutement de la main-d'œuvre, la lutte contre le chômage, la garantie d'un salaire assurant des conditions d'existence convenables, la protection des travailleurs contre les maladies générales ou professionnelles et les accidents résultant du travail, la protection des enfants, des adolescents et des femmes, les pensions de vieillesse et d'invalidité, la défense des intérêts des travailleurs occupés à l'étranger, l'affirmation du principe "à travail égal, salaire égal", l'affirmation du principe de la liberté syndicale, l'organisation de l'enseignement professionnel et technique et autres mesures analogues; Attendu que la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays ; (...) ».

si l'attention de l'Organisation se porte du côté du travail décent tandis que la lutte contre la pauvreté l'objectif de développement durable n° 1 de l'Organisation des Nations Unies ; il faut chercher ailleurs que dans les textes de l'OIT l'idée d'un droit au travail ou d'un droit à l'emploi. C'est ainsi que l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que « *1. Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage* », les points suivants du même article posant le principe à travail égal salaire égal, le droit à « *une rémunération équitable et satisfaisante ... lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale* », l'article 24 prévoyant un droit au repos et à une limitation raisonnable de la durée du travail et des congés payés et l'article 25 affirmant que « *1. Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté (...)* ».

Le Pacte des Nations unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels comporte un article 6 aux termes duquel « *1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit. 2. Les mesures que chacun des États parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales* »³⁶.

En droit européen, la Charte sociale européenne révisée comporte un article 1 selon lequel « *Toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris* » et plusieurs dispositions rappellent le droit à une rémunération équitable, à un travail digne, à une protection sociale et dans l'article 30 un droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, les États s'engageant « *a) à prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille; b) à réexaminer ces mesures en vue de leur adaptation si nécessaire* ».

L'article 15 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000) dispose quant à lui que toute personne « *a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée* ». On remarquera sans doute que la formulation adoptée n'a pas la rigueur de l'affirmation d'un « droit au travail » mais il n'en demeure pas moins qu'après les très programmatiques Charte européenne des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 et Recommandation sur le socle européen des droits sociaux, la Charte adoptée en décembre 2000 par les liens qu'elle affiche avec la Charte sociale européenne, fournit l'assise juridique de la construction d'un droit au travail. Bien plus, la Charte sociale européenne et la Charte des droits fondamentaux de l'Union obligent, et ce n'est pas là leur moindre intérêt qu'elles partagent au demeurant avec le Pacte des Nations Unies sur les droits sociaux, économiques et culturels, à penser le droit au

³⁶ Utilement complété par des dispositions qui portent à la fois sur les conditions de travail et sur la perception d'une rémunération équitable permettant au travailleur de vivre dignement ainsi que sa famille

travail comme composante de la lutte contre la pauvreté et l'exclusion dans ses rapports avec le droit à la santé et à la protection sociale, à la formation, au logement, etc. Il y a en filigrane cette idée que la pauvreté fait système et que la lutte contre la pauvreté doit, de la même manière, être systémique. Il est remarquable que les textes internationaux « rebouclent » ici avec l'expérience de tous les acteurs de la lutte contre la pauvreté : il y a beaucoup d'illusion à croire que l'affirmation d'un droit au travail suffise lorsque la personne vit dans un logement insalubre et précaire, a une santé défaillante et est confrontée en raison de son éloignement géographique du lieu de son travail à la défaillance des services publics³⁷.

2. Le droit constitutionnel français

Si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ignore superbement la question du travail, il n'en va pas de même de celle de 1793³⁸. Après la Révolution de février 1848, le droit au travail est proclamé et le premier projet de Constitution de juin 1848 comporte un article 7 qui dispose « *Le droit au travail est celui qu'a tout homme de vivre en travaillant. La société doit, par tous les moyens productifs et généraux dont elle dispose, et qui seront organisés ultérieurement, fournir du travail aux hommes valides qui ne peuvent s'en procurer autrement* ». Cette formulation ne survivra pas aux critiques³⁹ et à l'échec des Ateliers nationaux. La Constitution de la II^{ème} République adoptée en octobre en gardera d'infimes traces. Dans son Préambule, elle affirme que la République a « *pour base la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre public* » (IV), et qu'elle « *doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail, et mettre à la portée de chacun l'instruction indispensable à tous les hommes ; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler* ». On lit par ailleurs à l'article 13 que « *La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie. La société favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, l'éducation professionnelle, l'égalité de rapports, entre le patron et l'ouvrier, les institutions de prévoyance et de crédit, les institutions agricoles, les associations volontaires, et l'établissement, par l'État, les départements et les communes, de travaux publics propres à employer les bras inoccupés ; elle fournit l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir* ». Entretemps, le droit au travail a disparu par l'effet combiné de la peur du socialisme et d'une défense exacerbée de la propriété et de la liberté dont les libéraux perçoivent bien la contradiction potentielle avec le droit au travail⁴⁰. Il faudra attendre les bouleversements de la seconde guerre mondiale pour voir le Conseil national de la Résistance⁴¹ puis le

³⁷ À propos des textes européens, v. J.M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, Bruylant, 4^{ème} édit. 2021, not. p. 72 et s., S. ROBIN OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, Bruylant, 2016 ; R. TINIÈRE, C. VIAL, (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruylant, 2015, spec. A. FABRE, « La fondamentalisation des droits sociaux en droit de l'Union européenne », p. 163.

³⁸ Art. 17. - Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens. - Art. 18. - Tout homme peut engager ses services, son temps ; mais il ne peut se vendre, ni être vendu ; sa personne n'est pas une propriété aliénable. La loi ne reconnaît point de domesticité ; il ne peut exister qu'un engagement de soins et de reconnaissance, entre l'homme qui travaille et celui qui l'emploie. Par ailleurs l'article 21 dispose que « Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler » et l'article 23 que « La garantie sociale consiste dans l'action de tous, pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits ; cette garantie repose sur la souveraineté nationale ».

³⁹ V par exemple, A. DE TOCQUEVILLE, Discours à l'Assemblée constituante, 12 sept 1848, repris dans *Contre le droit au travail*, Les belles lettres, 2015.

⁴⁰ F. TANGHE, *Le droit au travail entre histoire et utopie*, PU Saint Louis, Bruxelles, 1989.

⁴¹ CNR, *Les jours heureux*, 15 mars 1944 qui propose sur le plan social notamment, « Le droit au travail et le droit au repos, notamment par le rétablissement et l'amélioration du régime contractuel du travail [ainsi

Préambule de la Constitution de 1946, reprendre la question en la replaçant dans le contexte de la démocratie sociale.

Le Préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère celui de la Constitution de 1958 comporte un alinéa 5 dont la première phrase dispose que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». Si un consensus semble désormais établi pour dire que le « droit d'obtenir un emploi » n'est pas un droit subjectif dont chaque personne pourrait revendiquer à titre individuel l'application, il n'en demeure pas moins que l'affirmation d'un tel droit fait peser sur l'État une dette d'action, une obligation d'agir à rebours des thèses du *laissez faire* dont rêvent encore quelques libéraux ou néo-libéraux. Lu aujourd'hui, ce texte qui appartient au bloc de constitutionnalité⁴² prend un relief particulier dans le contexte des normes internationales et européennes. Celles-ci mettent l'accent sur la nécessité de promouvoir l'exigence d'un travail décent⁴³ et d'un revenu permettant à chacun d'accéder aux droits fondamentaux par le travail, de vivre et de faire vivre sa famille dans des conditions compatibles avec l'absolu respect des droits humains.

En droit français, le droit d'obtenir un emploi peut être considéré comme la base constitutionnelle des politiques d'emploi qui se sont succédé depuis plusieurs dizaines d'années. Récemment invoqué devant le Conseil constitutionnel à l'occasion de la loi portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi, le droit à l'emploi n'a cependant pas suffi à convaincre de l'inconstitutionnalité de ce texte. Selon le Conseil en effet, les exigences constitutionnelles des alinéas 5 et 11⁴⁴ du Préambule impliquent « *l'existence d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi* ». Or la loi déferée prévoyait qu'un demandeur d'emploi pouvait être privé du bénéfice de l'assurance chômage s'il avait refusé à deux reprises un emploi à durée indéterminée à l'issue d'un contrat à durée déterminée ou de mission. Le Conseil constitutionnel estime pour sa part que la disposition avait pour finalité d'inciter les travailleurs privés d'emploi à accepter des emplois à durée indéterminée afin de lutter contre la précarité ce qui constituait en soi « un objectif d'intérêt général »⁴⁵ et que l'encadrement des conditions de perte des allocations d'assurance chômage étaient telles qu'elles ne permettaient de voir dans le principe adopté, une atteinte aux droits tirés des alinéas 5 et 11 du Préambule⁴⁶.

Ainsi, comme le montre cette dernière décision, le Préambule malgré le progrès qu'il a représenté et qu'il représente encore ne permet pas d'assurer pour tous les citoyens un véritable droit d'obtenir un emploi. Il n'en demeure pas moins en filigrane des politiques d'emploi contemporaines des plus traditionnelles aux plus innovantes.

qu'un] réajustement important des salaires et la garantie d'un niveau de salaire et de traitement qui assure à chaque travailleur et à sa famille la sécurité, la dignité et la possibilité d'une vie pleinement humaine.

⁴² Cons. const., Déc. 71-44 DC du 16 juill. 1971, in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 20^{ème} édit. 2022, n° 31.

⁴³ V. *supra*.

⁴⁴ La Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence » (Préambule, al. 11).

⁴⁵ Décision n° 2022-844 DC du 15 déc. 2022, § 18.

⁴⁶ *Ibid* § 19 et 20.

B. La garantie d'emploi : une utopie ?

Les politiques de l'emploi⁴⁷ sont traditionnellement appuyées sur une combinaison de leviers juridiques dont seul le dosage varie selon les époques et les options économiques et idéologiques des gouvernements. Certains de ces leviers sont d'ordre financier, d'autres mobilisent des outils propres au droit du travail, d'autres enfin plus innovants font l'objet d'expérimentations mais doivent encore faire la preuve de leur efficacité dans le contexte d'une pensée libérale qui ne leur est guère favorable. Tous visent cependant à des degrés divers des catégories de personnes subissant des situations de vulnérabilité particulières.

Les premiers leviers sont d'ordre financier. Des dizaines de pages ne suffiraient pas à décrire les dispositifs des quarante dernières années permettant des exonérations de cotisations plus ou moins étendues plus ou moins pérennes offertes aux employeurs embauchant des personnes fragilisées dans leur accès à l'emploi (en raison de handicap, de problèmes de santé, de l'âge, de défaut de formation, etc.) ou vivant dans des quartiers, des villes, des régions défavorisées ou confrontées à des difficultés d'emploi. Ces mécanismes sont parfois complétés ou associés à des aides financières ou contributions. Allégeant le « coût du travail », pour reprendre une expression convenue, pour inciter à l'embauche, ils engendrent des effets d'aubaine et pour les organismes sociaux financés par des cotisations assises sur les salaires des déficits qui ne sont pas toujours compensés par l'État. Au surplus, ils provoquent, notamment lorsque la base de l'exonération est la situation territoriale et pour les entreprises qui le peuvent, des mutations géographiques à la recherche de l'implantation la plus favorable en termes d'exonération. Les deuxièmes leviers, parfois associés aux premiers, sont à rechercher dans le Code du travail. La facilitation du recours aux contrats précaires (contrat à durée déterminée ou contrat de travail temporaire), l'encadrement du contrat de travail à temps partiel, la non-comptabilisation de certains de ces contrats dans l'effectif permettant à l'entreprise d'éviter la mise en place d'instances de représentation du personnel ou la mise en œuvre de certains avantages liés à la taille de l'entreprise sont autant de techniques légalisées par le Code du travail pour assurer une flexibilité externe et interne de l'emploi dans l'entreprise. À vrai dire, aucun des instruments du droit du travail n'est sur ce point univoque pour une raison assez simple à percevoir : ce droit du travail est installé dans un système capitaliste imprégné de la doctrine néo-libérale qui tend à présenter l'intervention des pouvoirs publics comme des coûts.

Cependant, à rebours de cette analyse, sont plus récemment réapparues des démarches, sous forme d'expérimentations, se rapprochant sensiblement de l'idée de garantie d'emploi⁴⁸. Parmi celles-ci, l'expérimentation « Territoires zéro chômeur de longue durée »⁴⁹ partant du constat que le chômage de longue durée engendre pour la

⁴⁷ V. le dossier « Chômage et emploi » de la RDSS 2023.387 et s., coll. (dir. A.S. GINON & P.Y. VERKINDT, *Aspects contemporains des politiques d'emploi*, Presses de l'Institut de recherches juridiques de la Sorbonne, à paraître).

⁴⁸ Sur la garantie d'emploi, v. P.R. TCHERNEVA, *La garantie d'emploi. L'arme sociale du Green New Deal*, [2020] La découverte 2021. O. DE SCHUTTER, *La garantie d'emploi comme outil de lutte contre la pauvreté*, Rapport du rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, Assemblée générale des Nations Unies, juin juillet 2023, point 3 de l'Ordre du jour. Une proposition de loi a été déposée à l'Assemblée nationale sous le numéro 4017 tendant à faire de l'État, l'employeur en dernier ressort.

⁴⁹ Pour une présentation plus complète de cette expérimentation issue de la loi n° 2016-231 du 29 févr. 2016 et de la loi n°2020-1577 du 14 déc. 2020, P.Y. VERKINDT, « L'expérimentation Territoires zéro chômeurs de longue durée », Regards EN3S 2019/ 2, p. 41 et s ; ATD QUART MONDE, *Zéro chômeur. Dix territoires relèvent le défi*, Edit de l'Atelier 2019 ; D. LE GUILLOU, *Zéro chômeur*, Edit Quart Monde 2022 ; P.

collectivité des coûts qui vont bien au-delà du seul coût des prestations liées au non-emploi, propose le retour en emploi à des personnes qui en ont été durablement éloignées. L'expérimentation repose sur trois idées. La première est que nul n'est inemployable. La deuxième est que l'argent ne manque pas si l'on considère l'ensemble des coûts directs et indirects du non-emploi qui sont pour l'heure pris en charge par l'État. Enfin, le travail ne manque pas et de nombreux besoins, notamment dans le champ de la transition écologique, ne sont pas satisfaits par le jeu du marché concurrentiel sur un territoire donné. Du point de vue opérationnel, la démarche TZCLD concerne les personnes privées d'emploi depuis au moins un an, volontaires pour rejoindre l'expérimentation. Embauchées par un contrat à durée indéterminée selon une durée du travail choisie par elles pour tenir compte des contraintes de santé et des contraintes familiales qui pèsent sur elles, les salariés et salariées habitent sur le Territoire, support de l'action⁵⁰. L'entreprise qui embauche est une Entreprise à But d'Emploi (EBE) qui peut prendre des formes juridiques variées mais qui entre dans le champ de l'Économie sociale et solidaire et l'activité mise en place doit correspondre à des besoins non satisfaits par le jeu du marché concurrentiel mais utile au territoire et aux populations de ce territoire.

Par rapport aux dispositifs préexistants, l'originalité de l'expérimentation tient au fait que la seule condition d'entrée dans la démarche est d'être volontaire et privé d'emploi depuis un an à l'exclusion de toute autre pratique de sélection. Le contrat est un contrat à durée indéterminée (à la différence des contrats spéciaux des politiques de l'emploi antérieures) rémunéré au SMIC (horaire). Une première vague d'expérimentations avait été lancée à la suite de l'adoption de la loi n° 2016-231 du 29 févr. 2016. Une nouvelle vague a été permise par la loi n°2020-1577 du 14 déc. 2020 non sans que l'expérimentation n'ait fait l'objet entre temps de critiques⁵¹. En 2023, la question est posée d'une nouvelle extension de l'expérimentation. Comme on peut l'imaginer, la philosophie de l'expérimentation s'inscrit en décalage complet avec les outils traditionnels des politiques de l'emploi mais parce qu'elle refuse le principe même de la sélection à l'entrée de la démarche et qu'elle s'installe au plus près des territoires, elle constitue une étape dans l'élaboration d'une garantie d'emploi tout en permettant aux plus pauvres de renouer avec le travail et avec la reconnaissance sociale qui l'accompagne.

III. Travailler mais rester pauvre

Pas plus que la croissance ne vaincra la pauvreté⁵², le travail ne protège pas toujours de la pauvreté. L'Organisation Internationale du Travail le rappelle au niveau international tout autant que l'Insee au plan national⁵³. Il y a à cela une raison aussi simple à exposer que les effets sont difficiles à résoudre.

Dès lors que l'on admet que la pauvreté n'est pas que monétaire, et que, même quand l'argent manque, elle n'est jamais seulement monétaire, il faut bien considérer que les situations de pauvreté sont multifactorielles et qu'en conséquence, si la lutte contre la

GLEMAIN, *Territoires zéro chômeur de longue durée. Une innovation entrepreneuriale*, Apogée, 2022 ; J.C. SARROT, *Repenser l'emploi avec les Territoires zéro chômeur de longue durée*, Les petits matins, 2022.

⁵⁰ Ce territoire *ad hoc* ne doit pas nécessairement correspondre à une circonscription administrative.

⁵¹ Sur ces critiques et leur pertinence, P.Y. VERKINDT, *op cit.*

⁵² O. DE SCHUTTER, *Changer de boussole. La croissance ne vaincra pas la pauvreté*, Les liens qui libèrent, 2023.

⁵³ V. *supra*.

pauvreté a besoin d'un point d'entrée dans le phénomène (le logement, la santé, le travail, la famille, etc.) son éradication nécessite d'agir sur plusieurs leviers dans le même temps. Le constat a été fait de longue date⁵⁴ mais ne suffit pas, semble-t-il, à faire sortir les dispositifs d'action sociale d'un raisonnement encore trop souvent conduit « en silo ».

Les raisons pour lesquelles un travailleur reste pauvre sont sans doute très variées mais peuvent être regroupées en deux catégories. La première regroupe les raisons qui expliquent la faiblesse de revenus. Dans l'économie formelle, il s'agira tantôt de l'insuffisance du salaire (particulièrement significative dans un certain nombre de pays où n'existe pas de salaire minimum) tantôt de l'insuffisance des heures rémunérées⁵⁵. Ainsi en France, le Salaire minimum est un salaire horaire, un salarié payé au SMIC peut avoir un salaire mensuel faible si le nombre d'heures hebdomadaires de travail rémunéré est lui-même faible. Dans les pays où l'économie informelle est dominante, la faiblesse et le caractère aléatoire du revenu de travail sont renforcés par l'absence ou la faiblesse de la protection sociale. Une seconde catégorie de raisons, qui parfois renforcent, parfois sont renforcées par les raisons de la première catégorie, est à mettre en rapport avec la qualité ou l'absence de qualité des conditions matérielles et psychologiques du travail. Travail dégradé, travail dangereux, travail non reconnu alimentent aussi la pauvreté qu'il s'agisse de la pauvreté reproduite de génération en génération ou de la pauvreté qui s'installe à partir d'une perte durable de l'emploi.

Si le principe de la centralité du travail s'est émoussé au fil des années, la reconnaissance dont il est porteur, les liens qu'ils engendrent devraient rester un bon moment encore au cœur de la lutte contre l'exclusion sociale. Bien plus, une expérimentation comme celle de Territoire zéro chômeur donne corps à l'idée que l'emploi peut être abordé comme un commun⁵⁶. *Il ne s'agit plus seulement d'avoir accès à un 'droit à l'emploi' administré par d'autres, mais de produire et de gérer ces emplois collectivement, y compris avec les personnes qui en sont privées durablement et dont l'expérience est indispensable pour parvenir à assurer une place à chacun*»⁵⁷. L'analyse vaut au niveau national comme au niveau mondial et amorce peut-être une sortie des schémas que nous a légués un paradigme du travail hérité de l'époque industrielle.

⁵⁴ Ce qu'avait établi en son temps, le Rapport Wrésinski au Conseil économique et social *Grande pauvreté et précarité économique et sociale*, 1987, JO du 28 févr. 1987, v aussi CES, *La grande pauvreté. Evaluation des politiques publiques de lutte contre la grande pauvreté*, CES 1995 ; X. GODINOT (dir.), *On voudrait connaître le secret du travail*, Edit.de l'Atelier/Edit Quart Monde, 1995 ; du même auteur *Les travailleurs sous-prolétaires face aux mutations de l'emploi*, Science et service, 1985.

⁵⁵ Les deux facteurs pouvant se combiner.

⁵⁶ « Un commun est une ressource gérée par une gouvernance collective qui en organise les droits d'accès et de propriété entre les parties prenantes et qui vise une exploitation ordonnée de la ressource en permettant sa préservation et sa reproduction sur le long terme » (J.C. SARROT & A. ABJEAN, *Repenser l'emploi*, *op cit*, p. 66).

⁵⁷ *Ibid*, p. 69.

Réflexions autour de la pauvreté en droit international : entre théories de la justice et théories critiques

Edoardo Stoppioni

Professeur de droit public, Université de Strasbourg

Que dit le droit international concernant la pauvreté ? Est-ce qu'il dispose d'outils pour la contrer ? Est-ce qu'il est réellement mobilisé dans l'objectif de son élimination ? La réponse à ces questions est particulièrement complexe, puisque le discours du droit international en la matière est le résultat d'une série de sédimentations et stratifications, qu'il convient de déconstruire.

Un constat s'impose d'emblée : le droit international et les organisations internationales sont fortement présents lorsqu'on s'intéresse à la question de la pauvreté globale. Tout d'abord, pour faire état de la situation de la pauvreté dans le monde, on a l'habitude de se référer aux données collectées par une organisation internationale, la Banque mondiale, qui a proposé des outils chiffrés pour prendre la mesure du phénomène. Ainsi, la Banque a proposé un seuil international d'extrême pauvreté, qui est passé d'un dollar par jour en 1990 à 2,15 dollars en 2022. En application de cet outil, on lit souvent des constats optimistes, montrant que la pauvreté extrême aurait aujourd'hui reculé dans son ensemble, de 36% en 1990 à 9%. Mais, si l'on applique les deux autres seuils de pauvreté proposés par la Banque, pour prendre en compte qu'une famille ne sort pas de la pauvreté dès lors qu'elle dépasse le fameux seuil de 2,15 dollars par jour, on pourrait transformer facilement le 9% en un résultat qui varie entre 25% et 47%¹. Certains historiens de l'économie affirment même que, de nos jours, les inégalités ont atteint leur paroxysme : nous vivons dans un monde où coexistent des personnes qui concentrent un degré de richesse jusque-là impensable, avec d'autres personnes qui en revanche sombrent dans des niveaux de pauvreté jamais connus auparavant². En dépit des critiques et des points de vue divergents à cet égard, une chose est claire : le droit international s'emploie à calculer, chiffrer, comptabiliser la pauvreté. Cette attitude n'est pas anodine et nous allons comprendre d'où elle vient.

Ensuite, si on s'intéresse au corpus du droit international, on pourrait penser à première vue qu'il fait état d'une densité normative suffisante pour s'attaquer au phénomène de la pauvreté. Christine Chinkin a décrit le cadre normatif en place pour réduire la pauvreté, en identifiant différentes tendances³. D'abord, une attitude duale : puisque le droit international est basé sur le principe d'égalité souveraine et de non-intervention, il s'interdit en principe tout jugement de valeur sur la politique interne ou les choix économiques d'autres États ; mais, en raison de ce principe, il a abordé les États comme monolithiques et n'a pas véritablement pris en compte les voix venant des mouvements sociaux. Ensuite, une tendance à la dispersion : les différentes branches du droit

¹ Oxfam, *La pauvreté dans le monde n'est pas une fatalité*, 3 mars 2023, <https://www.oxfamfrance.org/inegalites-et-justice-fiscale/la-pauvrete-dans-le-monde/#:~:text=Il%20y%20a%20près%20de,environ%209%25%20aujourd%27hui>.

² G. CLARK, *A Farewell to Alms: A Brief Economic History of the World*, Princeton, PUP, 2007, p. 3.

³ C. CHINKIN, « The United Nations Decade for the Elimination of Poverty: What Role for International Law? », *Current Legal Problems*, vol. 54(1), 2001, p. 553-589.

international appréhendent chacune le domaine de manière séparée, ce qui implique une décentralisation normative majeure. Différents programmes d'éradication de la pauvreté ont été instaurés sous la houlette de différentes organisations internationales : le PNUD, la CNUCED ou la Banque mondiale. Le droit international du travail avec la protection des droits des travailleurs constitue un pilier fondamental de la réflexion. Mais c'est avant tout le droit international des droits humains qui est décrit comme pouvant constituer un cadre d'analyse pertinent : les traités de protection des droits humains s'appliquent sans discrimination basée sur l'origine ou la classe sociale et prévoient des conditions de protection renforcées pour les groupes les plus vulnérables. Les droits économiques, sociaux et culturels jouent un rôle fondamental dans ce contexte, comme le soulignent les articles 25 de la DUDH et 9 du PIDESC.

Compte tenu de ces constats, il faut reconnaître que, dans son discours, le droit international se drape des meilleures intentions pour lutter contre la pauvreté. Les années 1990 ont vu se multiplier les initiatives dans le cadre de l'ONU : dès 1993, l'Assemblée générale proclame la première décennie pour l'élimination de la pauvreté⁴, en 1997 elle parle de l'élimination de la pauvreté comme d'un « impératif éthique, social, politique et économique pour l'humanité »⁵, à la fin de la décennie, la Commission des droits de l'homme adopte une résolution liant les droits de l'homme et la pauvreté extrême et proclamant haut et fort l'importance de l'indivisibilité des droits humains dans cette optique⁶.

Mais peut-on constater une volonté réelle de lutter contre la pauvreté ou même de questionner les moyens peu fructueux qui ont pu être déployés traditionnellement, pour changer de focale et affronter les problèmes autrement ? Certains, comme Monique Chemillier-Gendreau, ont parlé d'une véritable indifférence du droit international au phénomène de la pauvreté : « Le pauvre n'apparaît pas en droit international comme une catégorie au sein des personnes (...) La pauvreté comme état est en effet relative et instable, puisque l'on peut y tomber ou en sortir (...) Quant à la pauvreté comme résultat d'une relation, c'est un point central que le droit international s'est jusqu'ici refusé à aborder. Il est vrai que l'on se heurte alors à une autre difficulté : faut-il prendre en considération les droits individuels ou collectifs ? »⁷. Comme le droit international aurait tendance à invisibiliser la pauvreté, il a même été affirmé que pour comprendre la situation du pauvre dans l'ordre juridique international aujourd'hui, il ne faut pas tant s'intéresser au « *global poor* » but the *global rich*, and the role of international law in securing privilege »⁸.

On l'aura compris, saisir l'attitude du droit international face à la pauvreté est un travail particulièrement complexe. Il demande d'aller au-delà de certains éléments de discours lénifiants pour identifier les centres névralgiques d'une action insuffisante, qui se révèle problématique, voire moralement inacceptable, selon certains. À cet effet, cet article propose des pistes de réflexion mobilisant une approche interdisciplinaire. La question

⁴ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, n. 48/183 du 21 décembre 1993.

⁵ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, n. 51/178 du 11 février 1997, point n. 3.

⁶ Résolution de la Commission des droits de l'homme, n. 2001/31, « Les droits de l'homme et l'extrême pauvreté ».

⁷ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Droit international et démocratie mondiale – Les raisons d'un échec*, Paris, Textuel, 2002, p. 94.

⁸ M.E. SALOMON, « Poverty, Privilege and International Law: The Millennium Development Goals and the Guise of Humanitarianism », *German Yearbook of International Law*, vol. 51, 2008, p. 39.

de la pauvreté intéresse au quotidien le travail de philosophes, politistes, économistes, souvent réunis autour de réflexions sur la justice globale. Dans ce contexte, différentes approches politiques et visions du monde peuvent être identifiées. Sans prétendre aucunement résoudre ce problème central, ces quelques lignes veulent inciter le lecteur à comprendre comment l'interdisciplinarité peut permettre au juriste internationaliste de mieux comprendre la manière dont la société internationale se saisit de la pauvreté. Le travail de la philosophie politique et des théories de la justice est donc mis en regard avec celui des théories critiques du droit international. Il nous incite d'abord à comprendre la manière dont l'État a été pensé dans ses rapports avec le plus pauvre (I), de questionner le discours de 'développement' qui a été placé au cœur du droit international et qui est devenu un prisme d'analyse totalisant (II). Ensuite, l'approche interdisciplinaire proposée permettra d'explorer une feuille de route alternative, pour repenser les deux principales branches du droit international que l'on a l'habitude d'interroger au sujet de la pauvreté : le droit international économique (III) et le droit international des droits humains (IV).

I. L'État face à la pauvreté, différentes lectures

Pour dresser une cartographie de la place de la pauvreté en droit international, il est tout d'abord important de comprendre comment l'acteur classique du droit international, l'État, a été pensé en relation à ce phénomène. Dans l'histoire, différentes théories de la justice ont attribué à l'État un rôle particulier en relation avec la pauvreté. Puisque le droit international classique s'est développé en liaison étroite avec la pensée libérale⁹, ce lien explique une place plutôt réservée faite à la pauvreté dans son fonctionnement traditionnel (A). Il ne manque pas, en revanche, des lectures alternatives qui appellent à un désengagement total de l'État face à toute politique redistributive (B) ou, au contraire, à penser un État empathique qui s'engagerait bien davantage au soutien du plus pauvre (C).

A. L'État libéral

La pensée libérale s'est largement penchée sur les théories de la justice, afin de théoriser la manière dont une société peut se structurer de manière juste. John Rawls reste un pilier de cet édifice intellectuel : admiré, critiqué ou nuancé, son ouvrage reste le point de départ de bien des théorisations de la justice, y compris en dehors du libéralisme¹⁰. Alors que Rawls a pu proposer sa théorie du « voile d'ignorance » dans un contexte interne, il se trouve dans l'embarras lorsqu'il est question de transposer ces principes dans le contexte de la société internationale, avec ses visions rivales du bien et du juste. Ainsi, quelques années plus tard, Rawls décortique plus précisément cette question. Dans *The Law of Peoples* de 1993, Rawls s'intéresse plus directement aux principes de justice applicables à la société internationale, et il procède à une liste :

- « 1. Peoples are free and independent, and their freedom and independence are to be respected by other peoples.
2. Peoples are to observe treaties and undertakings.
3. Peoples are equal and are parties to the agreements that bind them.
4. Peoples are to observe a duty of non-intervention.

⁹ M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, CUP, 2001.

¹⁰ J. RAWLS, *Théorie de la Justice*, Paris, Seuil, 1987, (traduit par Catherine Audard).

5. Peoples have the right of self-defense but no right to instigate war for reasons other than self-defense.
6. Peoples are to honor human rights.
7. Peoples are to observe certain specified restrictions in the conduct of war.
8. Peoples have a duty to assist other peoples living under unfavorable conditions that prevent their having a just or decent political and social regime »¹¹.

Cette liste est dans l'ensemble une énumération d'idées assez classiques pour l'internationaliste. Dans un premier temps, elle pose le principe basique de souveraineté, rappelle ses déclinaisons dans les principes d'égalité et indépendance des États, de même qu'elle réaffirme le principe *pacta sunt servanda*. Dans un deuxième temps, elle résume les règles fondamentales que la Charte des Nations Unies est venue consacrer, en mettant le recours à la force hors la loi dans la limite du droit de légitime défense (et de l'autorisation par le Conseil de sécurité sur le fondement du chapitre VII, qui ne figure pas en tant que tel dans les principes rawlsiens), ainsi qu'en actant le besoin d'une protection des droits humains également au niveau du droit international. Après avoir rappelé furtivement l'importance de règles qui encadrent la conduite des hostilités, ce que les juristes appelleraient le droit international humanitaire, Rawls termine cette liste par une obligation moins habituelle pour l'internationaliste, une obligation d'assistance en faveur du plus défavorisé.

Comme l'a remarqué James Crawford, ce huitième principe est complexe : « *it exhorts States to discharge their 'duty of assistance' – in his terms – but does not specify how they are to do so: through aid, foreign direct investment, international institutions or trade concessions? Rawls concedes that there is no 'easy recipe' (...) but he then largely departs from the conversation* »¹². Rawls explore quelque peu le contenu de cette idée dans son ouvrage et nous livre des clefs de réflexion : « *Burdened societies, while they are not expansive or aggressive, lack the political and cultural traditions, the human capital and know-how, and, often, the material and technological resources needed to be well-ordered. The long-term goal of (relatively) well-ordered societies should be to bring burdened societies, like outlaw states, into the Society of well-ordered Peoples. Well-ordered peoples have a duty to assist burdened societies* »¹³.

Néanmoins, dans la pensée de Rawls, l'existence d'inégalités importantes n'est pas en soi la cible d'objections majeures, mais se présente presque comme structurelle et inéluctable. Rawls le dit d'ailleurs très clairement dans son ouvrage : « *The Law of Peoples, on the other hand, holds that inequalities are not always unjust, and that when they are, it is because of their unjust effects on the basic structure of the Society of Peoples, and on relations among peoples and among their members* »¹⁴. C'est pourquoi, dans cette optique libérale, il existe des scénarios bien particuliers dans lesquels il est nécessaire d'agir contre la pauvreté : « *if one could show that a deep material inequality among peoples undermined their ability to, say, be considered equals in the negotiation of treaties or tempted peoples to inappropriately intervene in the domestic affairs of other peoples, then that would be a reason—from the standpoint of international justice—for eliminating that inequality. However, this principle must be moderated in light of Rawls suggestions*

¹¹ J. RAWLS, *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press, p. 37.

¹² J. CRAWFORD, *Chance, Order, Chance: The Course of International Law*, Académie de la Haye, 2014, p. 502.

¹³ J. RAWLS, *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press, p. 106.

¹⁴ J. RAWLS, *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press, p. 113.

that both poor and rich well-ordered peoples will be “satisfied” with their political and economic position within the Society of Peoples »¹⁵.

Laissant de côté les multiples critiques adressées à cet ouvrage, on peut se limiter à constater que la théorie libérale de l'État aborde ce devoir d'assistance de manière plutôt restrictive, ce qui pourrait expliquer, d'une certaine manière, la place assez restreinte faite aux obligations de lutte contre la pauvreté dans le cadre de théories de la justice globale de source libérale. Du moins, cette place limitée faite aux obligations d'assistance du *global poor* se reflète dans les pages d'une bonne partie d'internationalistes qui se réclament d'une réflexion libérale sur les relations internationales. Quand on prend l'ouvrage d'Anne-Marie Slaughter, on constate que la pauvreté n'est traitée que sous un angle particulier : la manière dont les ONG actives en la matière la conçoivent.

Ainsi, Slaughter estime que « *NGOs such as Human Rights Watch, Médecins Sans Frontières, or Greenpeace would like to define themselves as “public interest groups”, dedicated to advancing the interests of the poor, the sick, the oppressed, or the earth itself — interests that are un-represented or underrepresented »¹⁶. Mais la manière dont elle considère que les théories libérales des relations internationales doivent fonctionner à leur égard est tout à fait parlante : « *Liberal IR theorists have a quite different response to the market power model, one that cautions against moving too quickly to empower NGOs. Through a Liberal lens, the principal question regarding NGOs pursuing market power and autonomous law-making strategies is which or whose interests they represent. They do not seek to enable States to achieve their long-term interests in the context of a régime born of a pre-existing convergence of those interests, although in many specific cases the interests of some market power NGOs are likely to coincide with the interests of some States. But neither do they place themselves in an automatically adversarial posture toward State policies; indeed, in many cases they may simply be impatient with the slowness or ineffectiveness of well-meaning State regulation. They have a political agenda, in the sense that they seek to promote goals such as environmental protection or labour rights or poverty reduction against what they see as the greed and immorality of entrenched powerful interests. But they seek to block or counter those interests outside of formal political channels, at least at the domestic level »¹⁷.**

Évidemment, le spectre du libéralisme est vaste et comporte toute une série de nuances importantes : des penseurs comme Amartya Sen et Martha Nussbaum ne peuvent sans doute pas être mis dans les mêmes cases intellectuelles que d'autres, comme nous le verrons par la suite. En revanche, la mobilisation de ce paradigme englobant des « *liberal IR theorists* » dans l'optique de Slaughter est en soi particulièrement parlant.

B. L'État minimum

Si, à partir du libéralisme, nous continuons vers la droite notre promenade à travers les différentes théories de la justice, nous trouverons différentes tentatives qui essayent d'expliquer que l'État n'a tout simplement pas à s'inquiéter de la pauvreté.

Dans la vision libertarienne de la société (du moins selon le *right-libertarianism*), il est considéré comme inéluctable qu'il existe des inégalités dans la société¹⁸. Alors, quel doit

¹⁵ M. BLAKE, P. TAYLOR SMITH, « International Distributive Justice », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/international-justice/>.

¹⁶ A.-M. SLAUGHTER, « International Law and International Relations », *RCADI*, vol. 285, 2000, p. 97.

¹⁷ A.-M. SLAUGHTER, « International Law and International Relations », *RCADI*, vol. 285, 2000, p. 116.

¹⁸ B. VAN DER VOSSEN, B. CHRISTMAS, « Libertarianism », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2002, accessible sur <https://plato.stanford.edu/entries/libertarianism/>: « Within philosophical debates over justice, libertarian positions are most controversial in the realm of *distributive* justice. In this context, libertarians

être le rôle de l'État pour les corriger ? Dans cette optique, il est intéressant de se pencher sur la position du philosophe américain, Robert Nozick qui a sans doute donné la réponse la plus extrême à cette question : l'État ne doit absolument pas agir en vue de cette finalité et doit être quasi-inexistant. Dans son *État, anarchie, utopie*, le philosophe théorise un État qui doit respecter au sens le plus large la notion de liberté, il ne doit en aucun cas venir restreindre les droits individuels au nom de l'intérêt général¹⁹.

Ainsi, toute limitation étatique des droits individuels devient injustifiable : qu'il s'agisse des obligations militaires, des restrictions à la consommation ou à la commercialisation des drogues, des limites à la liberté d'expression ou du contrôle des flux migratoires. Dans cette optique, on comprend que toute politique redistributive soit considérée comme contraire au rôle des États, de même que l'action de l'État tendant à corriger les inégalités serait vue comme liberticide. La solidarité n'est acceptable que par forme contractuelle, lorsque l'individu veut aider autrui ; l'État ne saurait spolier quelqu'un de sa richesse, peu important l'objectif poursuivi (fût-ce financer les systèmes de santé ou d'éducation). La fiscalité obligatoire devient donc une injustice inacceptable dans ce modèle anarcho-capitaliste²⁰.

« Le canevas d'utopie que nous avons décrit est équivalent à l'État minimal. [...] L'État minimal nous traite comme des individus inviolés, qui ne peuvent pas être utilisés de certaines façons par d'autres, comme moyens, outils, instruments, ou ressources. [...] Nous traitant avec respect et respectant nos droits, il nous permet individuellement ou avec ceux que nous choisissons, de choisir notre vie et de réaliser nos desseins et notre conception de nous-mêmes, dans la mesure où nous pouvons le faire, aidés par la coopération volontaire d'autres individus possédant la même dignité. Comment un État ou un groupe d'individus ose-t-il en faire plus ? Ou moins ? »²¹

Puisque l'État ne peut intervenir pour entraver les choix économiques individuels, puisque troubler l'harmonie économique spontanée au sein de la société n'est pas une prérogative de l'État, celui-ci n'a pas d'obligation d'agir en matière de lutte contre la pauvreté.

Alors que cette théorie peut sembler une spéculation assez irréaliste, elle ne cesse de teinter les débats politiques actuels. Il suffit de penser au cas argentin, où les arguments de Nozick sont utilisés très régulièrement pour revendiquer des réformes économiques à venir. À tel point que le philosophe du droit Roberto Gargarella a essayé de condamner certaines positions simplistes, prononcées sur cette base : « Nozick, le principal théoricien du libertarianisme, considère que la plus importante défense de la propriété privée (et du capitalisme) jamais produite - celle de Locke - est, par essence, ridicule et insoutenable, et propose de la remplacer par une autre. Une entreprise brillante, si elle est couronnée de succès. Malheureusement, la proposition de Nozick a été littéralement anéantie par les critiques qu'il a reçues, en particulier de la part du philosophe marxiste Gerald Cohen, dans un livre qu'il a dédié au libertarien. Parmi les

typically endorse something like a free-market economy—an economic order based on private property rights, freedom of contract, and voluntary cooperation. Libertarians usually regard contemporary democratic states' redistribution of wealth as an unjustified use of coercion that violates the rights of individuals. The same is true of many forms of economic regulation ».

¹⁹ R. NOZICK, *État, anarchie, utopie*, Paris, PUF, 1988.

²⁰ E. MACK, « Robert Nozick's Political Philosophy », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014, accessible sur <https://plato.stanford.edu/entries/nozick-political/>.

²¹ R. NOZICK, *État, anarchie, utopie*, Paris, PUF, 1988, p. 405.

dizaines de critiques formulées par Cohen, je n'en citerai que quelques-unes : premièrement, le point de départ selon lequel le monde extérieur (c'est-à-dire la terre) "n'appartient en principe à personne" est totalement arbitraire (pourquoi ne pas supposer qu'il "appartient à tout le monde" ?). Deuxièmement, l'idée "je ne fais pas de mal à autrui" est, dans tous les cas, absolument controversée (est-ce que je ne fais pas de mal à mon voisin si je clôture un terrain qui ne m'appartenait pas auparavant, est-ce que je lui rends service lorsque mon voisin vient maintenant travailler sous mes ordres, pourquoi valider l'idée du "premier arrivé, premier servi", etc.) »²².

Bien que celle de Nozick reste une théorie qui pousse très loin de paradigme de prééminence du marché dans la société, les juristes ont longuement questionné l'impact des philosophies néolibérales sur le droit et son fonctionnement²³, notamment en droit international. Ainsi, l'impact de cette idée d'État minimum sur la conception du droit international reste un point central de la théorie critique du droit aujourd'hui.

C. L'État empathique

En revanche, si nous continuons vers la gauche notre promenade autour des manières de concevoir la justice globale, nous trouverons toute une kyrielle de théories qui essaient d'expliquer le besoin d'une interaction croissante entre l'action étatique et les questions d'égalité et de pauvreté.

Tout d'abord, les féministes ayant travaillé sur la notion de vulnérabilité ont permis de faire émerger une idée prolifique, qui mérite davantage d'attention : l'État empathique. Confrontée aux limites posées par le prisme libéral pour penser la posture du plus vulnérable, Martha Albertson Fineman a proposé une théorie de la vulnérabilité « *as an heuristic tool through which to interrogate the core concepts and conclusions of liberal legal and political subjectivity and the structural arrangements they support* »²⁴. Un effort fondamental pour cette nouvelle approche consiste donc à lutter contre une « *neoliberal restrained state ideology, which asserts that the state should privilege liberty in the form of autonomy for the individual and freedom for the market* »²⁵. Bien au contraire, prendre la vulnérabilité au sérieux implique de penser un État empathique, où les « *institutions should operate in ways that do not unduly privilege some, while disadvantaging others. The nature of human vulnerability and the process of building resilience through institutions mandate the state to be active, involved, and responsive* »²⁶.

Dans cette même volonté de théoriser une prise au sérieux des besoins de justice distributive et d'égalité au niveau international, dans un contexte de philosophie politique, Lea Ypi, spécialiste de Kant et de Marx, a façonné une nouvelle thèse de théorie de la justice globale²⁷.

²² R. GARGARELLA, « Minarquismo: una filosofía política fallida », *La Nación*, 11 octobre 2023, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/minarquismo-una-filosofia-politica-fallida-nid11102023/> (notre traduction).

²³ H. BRABAZON, *Neoliberal legality: Understanding the role of law in the neoliberal project*, New York, Routledge, 2016.

²⁴ M. A. FINEMAN, A. Grear, « Introduction: Vulnerability as heuristic—An invitation to future exploration », in *Vulnerability*, Routledge, 2016, p. 13-24.

²⁵ M. A. FINEMAN, A. Grear, *cit.*, p. 24.

²⁶ M.A. FINEMAN, 'The Vulnerable Subject and the responsive State' 60 (2010) *The Emory Law Journal*, 251–75.

²⁷ L. YPI, *Global Justice and Avant-Garde Political Agency*, Oxford University Press, 2012, 226 p.

Lea Ypi commence par nous expliquer que les théories de la justice ont généralement pensé le rôle de l'État face à l'égalité en termes d'étatisme ou de cosmopolitisme. Pour les derniers, dès lors qu'il existe un lien économique suffisamment fort qui unit plusieurs acteurs dans la sphère internationale, des exigences fortes d'égalité s'imposent. Ainsi, dans nos économies mondialisées, il serait impossible de nier un devoir d'assistance au *global poor*. En revanche, pour les étatistes, ce n'est pas la relation économique mais bien plus l'appartenance à une communauté politique qui justifie l'existence de ces obligations, qui sont inéluctablement plus puissantes dans le volet interne que dans le volet externe. Pour Ypi, les deux thèses se traduisent par une forme de myopie : les étatistes surinterprètent l'importance du politique dans les relations internationales et faussent l'importance du facteur économique ; alors que les cosmopolites se focalisent sur la part d'arbitraire qui réside dans ce pouvoir de sélection politique des membres de la relation associative, pour rejeter l'État dans son ensemble et rejeter comme inacceptables tous les moyens dont il dispose (son pouvoir de contrainte, mais aussi le pouvoir d'éduquer au vivre ensemble).

Le cosmopolitisme de Lea Ypi reste une théorie de l'État, qui propose une vision dépassant ces deux théories dont elle essaie de conjuguer les points positifs, afin de façonner un 'cosmopolitisme étatique' : « *Assuming that the statist sufficientarian commitment already has some degree of public purchase in affluent democracies, Ypi rightly notes that it is strategically useful for cosmopolitans to show how such a commitment must eventually lead to a more robust concern for global egalitarianism. If a causal link could be established between relative global deprivation and absolute deprivation, cosmopolitans could make the case for robust global egalitarianism without evoking the arbitrariness of political membership* »²⁸.

Soutenant le besoin d'une lecture stratégique des théories politiques de la justice globale, Lea Ypi dénonce le rôle de certaines structures du droit international contemporain. Elle dresse par exemple une critique philosophique de la manière dont les inégalités de pouvoir dans la négociation constituent un véritable problème dès lors qu'elles se traduisent dans l'encadrement d'actions communes, comme dans le contexte de l'OMC. Ce contexte, avec ses règles de libre-échange, aurait permis la stagnation de l'inégalité et ainsi que l'accélération vers la privation absolue de ressources pour certaines populations²⁹.

En définitive, si l'on se demande quel est le rôle de l'État, acteur classique du droit international, dans la lutte contre la pauvreté, on comprend bien que la réponse n'est pas statique. Selon le positionnement philosophique et politique retenu, on aura une palette de visions différentes, qui peuvent se résumer en un *crescendo*, de l'inaction totale à l'empathie pour le plus vulnérable. Le droit international n'est donc pas un instrument monolithique, mais fera état de discours différents pouvant s'inspirer de ces différents pôles, et qui sont susceptibles d'évoluer à travers l'histoire.

II. Le prisme déformant du développement

Lors des années de la décolonisation, tout un courant doctrinal s'était saisi d'un pan important de la réflexion autour de la pauvreté, sous l'égide de ce que l'on appelait le droit du développement, discipline qui ne connaît plus aujourd'hui le succès qu'elle avait espéré avoir à l'époque : « une nouvelle page du droit international avait été ouverte, il

²⁸ S. NILI, « Statist Cosmopolitanism », *The Review of Politics*, vol. 75(2), 2013, p. 302.

²⁹ L. YPI, *Global Justice and Avant-Garde Political Agency*, cit., p. 122-126

est vrai, il y a près de trente ans avec le prétendu droit du développement. Elle s'est refermée discrètement, mais piteusement. Il s'agissait d'aboutir à des propositions normatives qui induiraient des comportements différents et, en produisant du développement, élimineraient la pauvreté. Pouvait-on débattre doctement de ces normes, de leur force juridique, de leur seuil de normativité, sans se préoccuper davantage des réalisations concrètes ? »³⁰.

En revanche à ce moment précis de l'histoire, une certaine logique de développement s'est bel et bien installée en droit international. Dans un article brillant, Sundhya Pahuja soutient très clairement que « *development is the only language in which the problem of global poverty seems to be thought or addressed in international law and institutions. In other worlds, development as both word and concept has become a proxy for, or synonymous with, the way we talk about questions of material well-being and global inequality* »³¹.

Premièrement, « *the institutionalised discourse of development repeatedly locates the causes of poverty only in local and present causes, and does not – perhaps cannot – take account of international (or global) and historical causes of poverty* »³². Cette analyse appelle deux sortes de clarifications. Les théories critiques du droit international ont, de manière générale, démontré une transformation de la structure discursive du droit international à partir de la guerre froide. À compter de ce moment, le niveau national est conceptualisé comme étant la source de désordre et opposé à un ordre international qui ne fait qu'apporter des solutions à ces désordres³³. Ainsi, la légitimité des structures internationales est portée par ce mantra selon lequel « *anything international is wonderful* », ce qui explique notamment une certaine attitude à l'égard des organisations internationales³⁴. Ainsi, le mouvement TWAIL dénonce plus particulièrement les répercussions de cette posture générale à l'égard du droit international en ce qui concerne la situation de la pauvreté, car cela revient à attribuer la faute de ce fléau à ses victimes, pour dispenser l'ordre international de toute remise en question. Comme le souligne Chimni, « *poverty and inequality are not, in other words, the outcome of problematic indigenous policies alone, but in critical ways are a product of policies prescribed and enforced by international institutions* »³⁵. Aujourd'hui le pauvre n'a pas de dignité juridique particulière aux yeux de la protection du droit international, car il serait le produit de l'ordre interne. Ce raisonnement fait écho à la manière dont on a autrefois traité la question des droits humains en droit international. Pendant longtemps, l'individu a été éclipsé du champ du droit international sous prétexte de son absence de subjectivité juridique dans cet ordre juridique, simple sujet de droit interne devant disparaître derrière l'écran étatique. Or, tout comme on a fini par comprendre que l'on ne pouvait pas laisser exclusivement à l'État l'ensemble de la responsabilité en matière de protection des droits humains, ces doctrines tiers-mondistes nous incitent à

³⁰ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Droit international et démocratie mondiale – Les raisons d'un échec*, Paris, Textuel, 2002, p. 97.

³¹ S. PAHUJA, « The Poverty of Development and the Development of Poverty in International Law », in *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Oxford, 2012, p. 366.

³² S. PAHUJA, « The Poverty of Development and the Development of Poverty in International Law », in *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Oxford, 2012, p. 368.

³³ A. ORFORD, « Locating the International: Military and Monetary Interventions after the Cold War », *Harvard International Law Journal*, vol. 38, 1997, p. 443.

³⁴ J. KLABBERS, « The Life and Times of the Law of International Organizations », *Nord J Intl L*, vol. 70, 2001, p. 287.

³⁵ B.S. CHIMNI, « A Just World Under Law: A view from the South », *American University International Law Review*, vol. 22(2), 2007, p. 199-220.

penser qu'il faudrait franchir le pas et prendre au sérieux également la situation du pauvre dans l'ordre juridique international.

Deuxièmement, « *because in the institutionalised development story, the international causes of poverty are simply not on the table, these stories can't gain any traction in juridical terms* »³⁶. En raison de cette localisation des causes de la pauvreté à l'interne, l'action internationale de lutte contre la pauvreté n'a pas été bâtie sur un changement profond des règles du droit international économique, dans une transformation des règles de *free trade* vers un modèle de *fair trade*, sur un renoncement à certaines dettes, mais bien plus sur l'action de certaines organisations internationales économiques qui ont dicté des modèles de comportement. Leur action a demandé aux pays en développement « *to open up more and more of themselves to transformation by international agencies* »³⁷. Cela apparaît très clairement dans les critiques de l'action de la Banque mondiale, que nous allons aborder par la suite. Mais surtout, cette lecture a permis d'immuniser l'action internationale de la critique: « *international law's structural tendency to localize responsibility to the nation-state also means that when international legal solutions to global poverty are proffered, including human rights based solutions, they do not have any bite between nations, but only within them. In other words, it is difficult, if not impossible to use international law against the international* »³⁸.

Encore une fois, les TWAIL montrent les raisons de cette morphologie juridique. Historiquement, le mouvement tiers-mondiste avait appelé dès la décolonisation à repenser le droit international et ses institutions, qu'il n'avait pas pu contribuer à façonner, précisément à partir de principes basiques de justice. Sornarajah le rappelle très bien : « *A core sense of justice animated the norms that were proposed. The equality of people and the ending of domination of one people by another was the basis of the principle of self-determination. The notion that a people should have prior rights of enjoyment over natural resources and that the exploitation of such resources should not be the preserve of corporations of other states motivated the doctrine of permanent sovereignty over natural resources. The payment of just prices for primary products and the correction of distributive and other structural imbalances were the underlying reasons for the claim for a New International Economic Order. The eradication of poverty, the economic development of underdeveloped states, the granting of aid to the poorer communities, the elimination of hunger and disease became the aims on which the Third World based its alternative order* »³⁹. La pauvreté devenait l'une de ces questions qui avaient été rejetées du périmètre du droit international et que le tiers monde voulait y faire pénétrer par le biais de principes de justice, en appelant à une refondation éthique du droit de la communauté internationale dans son ensemble. Mais ce type de discours est resté sans résultat.

Le constat de Sundhya Pahuja est implacable : happant la question de la pauvreté dans la logique du développement, le droit international la métabolise comme un dysfonctionnement de l'État. Cela explique qu'il ne perçoive qu'une image assez réduite de ses causes ou encore des actions nécessaires pour changer structurellement la situation. Cela lui permet également de « culpabiliser » les États où la situation de pauvreté prolifère, sans réussir à parler véritablement de justice redistributive. Il préfère

³⁶ S. PAHUJA, « The Poverty of Development and the Development of Poverty in International Law », in *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Oxford, 2012, p. 366.

³⁷ S. PAHUJA, « The Poverty of Development and the Development of Poverty in International Law », in *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Oxford, 2012, p. 368.

³⁸ S. PAHUJA, « The Poverty of Development and the Development of Poverty in International Law », in *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Oxford, 2012, p. 369.

³⁹ M. SORNARAJAH, « Power and Justice : Third World Resistance in International Law », *Singapore Yearbook of International Law*, 2006, p. 20.

ainsi déléguer le pouvoir d'action à des organisations internationales dont on ne remettra pas forcément en cause les paradigmes ni les outils d'action.

III. La critique de l'action des organisations internationales

Du point de vue des juristes, alors que le tiers-monde avait essayé, lors de la décolonisation, de faire pénétrer les questions de pauvreté dans l'ordre international en mobilisant les principes de justice, ces espoirs de changement ne se sont pas traduits en une refonte profonde des grands principes du droit international⁴⁰.

En revanche, la philosophie a continué à prôner une lecture critique des structures que le droit international mobilise face aux questions de pauvreté. Le nom du philosophe Thomas Pogge est strictement lié à la critique des institutions internationales économiques et de l'impact néfaste de leurs actions à l'égard du pauvre. L'approche de Pogge, résumée dans son livre *World Poverty and Human Rights* de 2002, innove assurément à plusieurs égards⁴¹. Tout d'abord, Pogge rejette le refus classique de s'intéresser au rôle joué par les institutions internationales dans les questions relatives à la pauvreté mondiale. Au contraire, c'est bien cet angle d'attaque qu'il considère comme prioritaire pour identifier les problèmes réellement posés par les enjeux de pauvreté. Ensuite, la lutte contre la pauvreté ne représente pas simplement une obligation morale non assouvie, mais bien plus l'obligation d'agir contre un mal continu que l'on inflige à toute une partie de la population mondiale, car la pauvreté et les morts qu'elle cause sont également dus à l'action d'un ensemble d'organisations internationales voulues et alimentées par le Nord du monde. À partir de là, Pogge refuse la posture classique qui réduit la pauvreté à un simple état de fait, certes particulièrement grave, qui se trouve dans l'histoire de l'humanité et que l'on peut qu'analyser avec les outils moralement souples de charité et aide d'humanité. Pour Pogge, la pauvreté constitue à ce jour une violation de l'obligation négative de ne pas violer les droits des plus vulnérables, de ne pas causer de dommage à autrui, obligation qui est massivement bafouée au quotidien.

L'objectif de Pogge est de rompre avec les schémas d'impuissance classique. Outre cette reconfiguration de nos obligations morales à l'égard du pauvre, il a également proposé des solutions concrètes intéressantes pour remédier à ces problèmes structurels, notamment en ce qui concerne l'encadrement du financement de la recherche pharmaceutique ou encore la mise en place de mécanismes de taxation au niveau mondial pour l'utilisation des ressources naturelles⁴².

Toutefois, la posture de Pogge a été lourdement critiquée. Laissant de côté plusieurs débats passionnants de philosophie morale et politique⁴³, c'est le débat autour de la causalité qui intéresse le plus le juriste. En effet, plusieurs philosophes ont remis en question les thèses de Pogge, en ce qu'il semble pouvoir imputer des faits très graves et complexes à un ensemble d'organisations internationales agissant de manière éparse. Alan Patten, par exemple, a soutenu que Pogge façonne un ensemble d'attentes morales, selon lesquelles les habitants des nations les plus pauvres seraient titulaires de

⁴⁰ U. ÖZSU, « Neoliberalism and the New International Economic Order: a history of “contemporary legal thought” », *Searching for Contemporary Legal Thought*, 2017, pp. 330-347.

⁴¹ T. POGGE, *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge, Polity Press, 2002, 284 pp.

⁴² T. POGGE, « An Egalitarian Law of Peoples », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 23(3), 1994, pp. 195-224 ; T. POGGE (dir.), *Global Justice*, special issue de *Metaphilosophy*, vol. 32(1-2), 2001.

⁴³ A. JAGGAR (dir.), *Pogge and his critics*, Cambridge, Polity, 2010.

droits et ressources auxquels ils auraient droit dans le cadre d'une justice idéale. Alors qu'il est difficile de remettre en cause que c'est bien cela que les pauvres méritent, Patten considère que la démonstration de la relation causale mérite davantage de réflexion, car on ne peut pas parvenir à affirmer que les nations riches sont à l'origine de la pauvreté si elles ne parviennent pas à mettre en place une justice idéale⁴⁴. Mathias Risse conteste précisément l'idée selon laquelle l'on pourrait affirmer que l'ordre international est la cause principale de la pauvreté, considérant que l'action des organisations internationales présente, à côté de certains problèmes, des bénéfices évidents pour le pauvre et qu'il est difficile d'accepter l'idée de Pogge selon laquelle il serait simple d'imaginer des solutions alternatives permettant de structurer un ordre juridique international fonctionnant autrement⁴⁵.

Face à ces critiques, qui permettent d'ouvrir le débat quant à la potentielle complicité des institutions du droit international dans la subsistance des problèmes de la pauvreté, les doctrines critiques du droit international ont joué un rôle central, en approfondissant cette réflexion du point de vue juridique. Récemment, la doctrine critique a proposé différentes lectures de la manière dont la philosophie néolibérale a coloré le fonctionnement des institutions de Bretton Woods, dont l'agenda politique ne pouvait pas s'entendre comme politiquement neutre. Ces institutions défendraient une certaine vision de l'économie, une centralité du marché, se désintéressant de manière plus ou moins importante des objectifs non-marchands ou des droits économiques et sociaux des plus vulnérables⁴⁶. Dans le cadre des approches TWAIL, Antony Anghie a pu notamment soutenir que le véritable successeur du système de mandats de la Ligue des Nations serait le système de Bretton Woods, dont le fonctionnement aurait été simplement modifié d'un discours basé sur la race à un discours basé sur l'économie⁴⁷.

Plus récemment, le discours critique sur les organisations internationales a été bâti dans une perspective comparative : le travail de Guy Fiti Sinclair a été crucial pour mettre en avant « *continuities and discontinuities in patterns of thought and practice in international governance – from “civilization” to “modernization” to “globalization”; from laissez-faire liberalism to postwar “embedded liberalism” to turn-of-the-century “neoliberalism”; and from “social government” to postcolonial developmentalism to “global governance.” In doing so, it sheds light on the puzzle of apparently contradictory goals and purposes pursued by present-day international organizations, such as the “neoliberal” policy prescriptions of the World Trade Organization, the International Monetary Fund, and the World Bank, on the one hand, and the more socially oriented programs of the ILO and the UN Development Program, on the other* »⁴⁸.

Le travail critique de certains internationalistes qui se sont intéressés de manière monographique au travail d'une organisation internationale spécifique a donné corps à un autre type de lecture de ces critiques, tout aussi éclairante. À ce sujet, on ne peut

⁴⁴ A. PATTEN, « Should We Stop Thinking about Poverty in Terms of Helping the Poor? », *Ethics & International Affairs*, vol. 19(1), 2005, pp. 19-27.

⁴⁵ M. RISSE, « How Does the Global Order Harm the Poor? », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 33(4), 2005, pp. 349-376.

⁴⁶ E. STOPPIONI, « Droits économiques et sociaux et organisations financières et commerciales : repenser les formes d'un silence assumé », *Europe des droits et libertés*, vol. 1, 2020, pp. 109-126.

⁴⁷ A. ANGHIE, *Imperialism, sovereignty and the making of international law*, Cambridge, CUP, 2007, p. 193: « The Mandate System sought to protect previously colonized and dependent peoples, to promote self-government and to integrate them into the international system as sovereign, independent nation-states ».

⁴⁸ G. FITI SINCLAIR, *To Reform the World – International Organizations and the Making of Modern States*, Oxford, OUP, pp. 296-297.

éviter de mentionner le travail de Dimitri van den Meersche qui, dans son ouvrage *The World Bank's Lawyers*, étudie une évolution spectaculaire dans le travail de la Banque mondiale⁴⁹.

Après avoir œuvrée pour la reconstruction, notamment de l'Europe et du Japon, la Banque mondiale transforme à partir des années 1980 sa posture, en entrant dans un tournant néolibéral qui cache derrière l'action pour le développement une vision particulière de celui-ci. Ces transformations sont notamment expliquées sociologiquement, en retraçant les transformations de la *policy* de la Banque mondiale à travers l'action de ses différents vice-présidents. Après le « *liberal legalism* » de Ibrahim Shihata, la banque se transforme sous la direction d'abord de Roberto Dañino puis d'Anne-Marie Leroy. Le premier inaugure un « *cosmopolitan enthusiasm* », qui met fin à la « *political prohibition clause* » de son prédécesseur pour conditionner les prêts à des modifications structurelles fondamentales. La seconde lance désormais un « *firm-style managerialism* » sans précédent, structurant l'action de la banque sur les mantras du management tels que le « *risk assessment* », « *persuasion* » et « *rationalization* ».

La doctrine critique a donc progressivement montré l'impact de ces logiques néolibérales sur le fonctionnement du droit international économique et de son contentieux, ce qui a des implications majeures pour les plus vulnérables⁵⁰.

De manière plus générale, la critique de l'impact de l'action des organisations internationales économiques sur le plus pauvre a intéressé également la pratique institutionnelle. Le rapport de 2018 de Philip Alston, rapporteur spécial sur la pauvreté extrême et les droits de l'homme, s'inscrit dans cette continuité en incitant le FMI à privilégier les plus démunis : « L'extrême pauvreté est abjecte, porte atteinte aux droits fondamentaux et relève d'un choix politique. Le FMI ne doit plus la considérer comme un élément abstrait inscrit comme un autre au bilan. Dans l'esprit qui est actuellement le leur, les membres du personnel du FMI jouent un rôle essentiellement technique, scientifique et apolitique (...) le FMI a été une organisation dotée d'un grand cerveau, d'un ego démesuré et d'une conscience minuscule. S'il tenait sérieusement compte de la protection sociale, plutôt que de prendre des engagements symboliques dans la mise en place de dispositifs de protection sociale minimale, il pourrait montrer qu'il a bel et bien tiré des enseignements de ses erreurs passées »⁵¹.

IV. Les limites du droit international des droits humains

D'un point de vue juridique, le deuxième pilier du droit international que l'on a tendance à interroger concernant les questions de pauvreté est celui des droits humains, afin de comprendre « *how human rights can be used as a tool of legal engineering to alleviate issues of poverty in the short, medium, and long terms* »⁵².

Cette problématique est particulièrement complexe. La critique marxiste des droits humains mettait déjà en avant à quel point ceux-ci ne font que cristalliser les intérêts

⁴⁹ D. VAN DEN MEERSCHE, *The World Bank's lawyers: the life of international law as institutional practice*, Oxford, OUP, 2022.

⁵⁰ E. STOPPIONI, *Le droit non écrit dans le contentieux international économique*, Leiden, Brill, 2022, notamment les chapitres 7 et 8.

⁵¹ *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté*, A/HRC/38/33, 8 mai 2018, §§65 et 72.

⁵² C. CHINKIN, « The United Nations Decade for the Elimination of Poverty: What Role for International Law? », *Current Legal Problems*, vol. 54(1), 2001, p. 553-589.

des structures de pouvoir en place et risquent donc de se révéler superfétatoires pour la périphérie et le plus pauvre. Le jeune Marx le disait déjà : que peut le droit de propriété pour les plus démunis, contraints de cueillir du bois pour se réchauffer ?

Les sciences humaines critiques nous invitent d'emblée à la précaution : les droits humains ne sont pas des outils neutres et dépourvus de toute charge idéologique, de sorte que leur fonctionnement dans le contexte de la pauvreté ne saurait être banal. Bien au contraire, comme l'affirme Boaventura de Sousa Santos, les droits humains ont une texture ouverte et ils peuvent être utilisés à la fois comme un outil d'émancipation ou de domination. Si dans l'histoire les éléments de domination n'ont pas manqué, voire ont pu être prépondérants, on peut penser les droits humains autrement, comme un véritable discours contre le pouvoir. Pour cela, de Sousa Santos invite à une compréhension « multiculturelle » de leur fonctionnement : il faut se départir des réflexes d'eurocentrisme et voir comment le discours sur les droits humains est articulé à différents endroits du monde, en réponse à différents contextes socio-culturels⁵³.

La pauvreté est un point de regard parfait pour comprendre à quel point la vision européenne des droits humains n'est pas la seule clef de lecture possible, bien au contraire.

Françoise Tulkens a pu étudier avec précision la manière dont le pauvre émerge progressivement dans les pages de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a tenté de lui bâtir un certain statut protecteur à partir de la seule boîte à outils dont elle dispose : des droits de première génération⁵⁴. Ainsi, après les réticences initiales, à la suite des affaires russes portant sur la détresse de femmes avec une retraite jamais indexée et contraintes à vivre avec un salaire journalier dérisoire⁵⁵, la Cour a progressivement construit une jurisprudence qui a su se saisir de certains aspects de la question, bien que de manière plutôt réservée, en rattachant des aspects de justice sociale aux droits civils et politiques.

Une histoire totalement différente émerge de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui a progressivement décidé d'émanciper les droits économiques, sociaux et culturels de l'approche classique européenne, en trouvant dans l'article 26 de la Convention une base de protection autonome. Cette posture d'autonomisation de la protection et de justiciabilité complète des droits économiques, sociaux et culturels est particulièrement intéressante, puisqu'elle vient recueillir les fruits d'une évolution importante dans la jurisprudence constitutionnelle de plusieurs pays, ayant opté pour une justiciabilité indépendante de ces droits et ne devant pas être pensés comme hiérarchiquement inférieurs aux droits de première génération (comme dans le cas de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Colombie, d'Afrique du Sud ou de la Cour suprême indienne). Les affaires *Trabajadores de la hacienda Brasil verde* puis, surtout, *Lagos del Campo* ont franchi ce pas et permis à la Cour interaméricaine de se lancer dans la construction d'une liste de droits protégés de

⁵³ B. DE SOUSA SANTOS, « Toward a New Universal Declaration of Human Rights », *Critical Legal Thinking*, 25 janvier 2020, <https://criticallegalthinking.com/2020/01/25/toward-a-new-universal-declaration-of-human-rights-i/>.

⁵⁴ F. TULKENS, « The contribution of the European Convention on Human Rights to the poverty issue in times of crisis », *Cyprus Hum. Rts. L. Rev.*, vol. 2, 2013, p. 122.

⁵⁵ Cour EDH, *Budina c. Russie*, décision du 18 juin 2009, req. 45603/05.

manière autonome sur le fondement de l'article 26⁵⁶. Cette approche, louée par certains, a attiré par ailleurs la critique qui voit ici une lecture trop audacieuse du texte, une liberté poétique que la Cour prend dans une volonté progressiste et qui risque d'ouvrir la porte à des constructions tout aussi audacieuses dans un sens peut-être inverse, cette audace peu rigoureuse serait donc contre-productive pour la protection des droits humains⁵⁷.

Ces avancées montrent que le débat sur la manière dont les droits humains peuvent confronter la pauvreté est loin d'être clos. D'ailleurs, les partisans du Nouvel Ordre Economique International (NOEI) avaient fortement souligné l'importance des droits humains pour parvenir à un ordre juridique international juste à l'égard du pauvre. Sornarajah rappelle à quel point ces réflexions incitaient à dépasser la réflexion en deux générations, pour penser le droit au développement de manière différente : « *Into this debate was injected the so-called third generation rights largely created by the developing states to address poverty and development issues through the medium of human rights. Their structural approach was that the ending of poverty and progress in economic development required changes in the existing economic structures. They articulated group rights such as the right to development and the right to food in order to achieve these objectives* »⁵⁸.

De plus, une réflexion avait été menée quant à la source du contenu de ces droits. Ainsi, toute une partie de la doctrine tiers-mondiste incite à penser que, pour que ces droits humains puissent assumer une fonction d'émancipation, encore doivent-ils être construits par le bas, par les acteurs qui luttent contre la pauvreté, au lieu de venir cristalliser les intérêts politiques de la bourgeoisie. Ainsi, Chimni souligne le besoin de faire germer le discours des droits humains du pauvre dans les mouvements sociaux, pour qu'il puisse devenir un outil de résistance contre les structures de pouvoir qui défendent des intérêts opposés : « *For the language of human rights facilitates in myriad ways the empowerment of the global poor and marginal sections. The social movements, using modern means of communication, have engendered a global human rights consciousness that treats poverty and oppression anywhere as its own concern. On the other hand, the current conflict between international economic law and international human rights law has dictated the need to establish adequate institutional structures to defend the interests of global capital* »⁵⁹.

Ces réflexions sur les droits humains continuent d'animer la réflexion des philosophes. Même en dehors des théories plus radicales, les approches libérales ont pu penser le besoin de restructurer le fonctionnement de la logique des droits pour aider réellement le plus démuné. Ainsi, Amartya Sen et Martha Nussbaum structurent l'approche de « capacités »⁶⁰, pour théoriser un ensemble de capacités qu'il faudrait en tout état de cause garantir à tous les êtres humains dans le monde. Cette liste de dix capacités

⁵⁶ Cour IADH, *Trabajadores de la hacienda Brasil Verde c. Brésil*, arrêt du 20 octobre 2016 ; Cour IADH, *Lagos del Campo c. Pérou*, arrêt du 31 août 2017.

⁵⁷ J. CONTESSÉ, « Conservative governments and Latin America's human rights landscape », *AJIL*, vol.113, 2019, pp. 375-379.

⁵⁸ M. SORNARAJAH, « Power and Justice: Third World Resistance in International Law », *Singapore Yearbook of International Law*, 2006, p. 39.

⁵⁹ B.S. CHIMNI, « A Just World Under Law: A view from the South », *American University International Law Review*, vol. 22(2), 2007, p. 207.

⁶⁰ M. NUSSBAUM, A. SEN (eds.), *Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

universelles aurait pour objectif de pousser les gouvernements à s'engager réellement pour la protection des plus pauvres et rendre concrète la réalisation de cet objectif⁶¹.

V. Conclusion

La pauvreté est un fléau qui suscite l'indignation des uns et l'indifférence des autres. L'ancien rapporteur des Nations Unies sur le droit à l'alimentation, Jacques Ziegler, avait pu souligner avec émoi que la situation désespérée dans laquelle se trouve près d'un neuvième de la population mondiale n'était pas un fait inéluctable, mais bien plus un « crime organisé », une « extermination massive des plus pauvres », qui se retrouvent pris dans les mailles des structures économiques mondiales⁶².

Ainsi, il semble difficile de penser que le droit international soit mobilisé concrètement et avec autant de conviction pour lutter contre ce fléau. Relisant les analyses faites par les internationalistes, il est impressionnant de constater un parallèle clair dans la manière dont le droit international s'intéresse à la pauvreté et à d'autres phénomènes similaires ou connexes, comme celui de la faim. Lorenzo Gradoni, dans un brillant article dénonçant l'hypocrisie de la spectacularisation de la lutte contre la faim en droit international, parvient à des constats très proches de ceux que l'on a pu dresser ici.

Dans les deux cas, un début de réflexion iconoclaste se cristallise lors de la décolonisation. Durant les années 1970, les défenseurs du NOEI étaient parfaitement conscients que pour lutter sérieusement contre la pauvreté et contre la faim dans le monde il allait falloir un effort collectif intense de modification des rapports économiques globaux. Mais, face aux espoirs du NOEI, la révolution néolibérale avançait progressivement dans un tout autre sens, rendant illusoire tout espoir de transformation structurelle⁶³.

Les élans de la communauté internationale au soutien du droit du développement comme du droit international de la sécurité alimentaire ne perdureront pas après la période des Trente glorieuses⁶⁴. La pratique de certains États les plus avancés, ne souhaitant pas mettre en péril leurs propres intérêts économiques et politiques, évolue vers une fragilisation de ces initiatives, qui prennent ainsi une allure cosmétique : « *The idea of a community of nations has little meaning if that situation is allowed to continue, if hunger is regarded as a marginal problem which humanity can live with* »⁶⁵.

À la suite de ces enlisements, le discours du droit international ne cesse d'être rempli de bonnes intentions. Qu'il s'agisse des discours sur la pauvreté ou sur la faim, on a comme une impression de déjà-vu lorsqu'on lit les Objectifs du millénaire de l'ONU⁶⁶, avec l'annonce de grands projets politiques, par rapport auxquels on ne peut que comprendre la déception du représentant brésilien, qui souligne lucidement : « *nous sommes malheureusement obligés d'exprimer notre profonde déception en ce qui concerne les moyens d'exécution.*

⁶¹ M. NUSSBAUM, « Human Capabilities, Female Human Beings », in M. NUSSBAUM, J. GLOVER (dir.), *Women, Culture and Development: A Study of Human Capabilities*, Oxford, OUP, 1995, pp. 61-104; M. NUSSBAUM, « Political liberalism and global justice », *Journal of Global Ethics*, vol. 11(1), 2005, pp. 68-79.

⁶² J. ZIEGLER, *Destruction massive. Géopolitique de la faim*, Paris, Seuil, 2012, p. 23 ss.

⁶³ L. GRADONI, « La spettacolarizzazione della lotta alla fame ovvero l'impotenza delle organizzazioni internazionali di fronte alla sfida della sicurezza alimentare mondiale », in *Il futuro delle organizzazioni internazionali - Prospettive giuridiche*, 2015, pp. 237-279, p. 239.

⁶⁴ L. GRADONI, *cit.*, p. 244.

⁶⁵ P.D. MOYNIHAN, *The United States in Opposition*, in *Commentary*, 1975, p. 90.

⁶⁶ L. GRADONI, *cit.*, p. 249

Nous avons bien progressé vers la mise au point d'un nouveau projet de développement mais nous ne sommes pas parvenus à dûment définir les moyens de l'exécuter. En réalité, le contraste entre le degré d'ambition des objectifs du développement durable et l'absence des moyens d'exécution correspondants est extrême. Tout au long des débats, les moyens d'exécution ont été délibérément édulcorés et réduits à leur plus simple expression »⁶⁷.

Confrontés à des débats sclérosés quant à la place du droit international face à la pauvreté, les internationalistes peuvent faire appel à l'interdisciplinarité. En effet, là où le débat juridique s'arrête très souvent face aux limites de ce qu'on considère comme un droit positif ne pouvant pas permettre de résoudre les problèmes structurels du monde, les philosophes aident à penser en dehors des sentiers battus. Les réflexions de Pogge sur le rôle joué par les organisations internationales économiques dans la pauvreté mondiale, les différentes lectures philosophiques du rôle de l'État face au pauvre, les lectures critiques des droits humains nous incitent à penser que les instruments juridiques peuvent être pensés autrement.

Alors que le droit international a essentiellement analysé le phénomène de la pauvreté sous le prisme déformant du développement, cela ne veut pas dire que ses structures et ses règles ne présentent pas le potentiel pour être pensées et imaginées autrement, comme nous l'ont montré les penseurs du NOEI. Le dialogue interdisciplinaire peut donc encourager l'internationaliste à questionner la manière dont il veut mobiliser ces outils, au service du discours traditionnel d'impuissance ou bien au service d'un changement des mentalités.

⁶⁷ *Rapport du Groupe de travail ouvert de l'Assemblée générale sur les objectifs de développement durable. Additif: explications des positions et réserves concernant le rapport, A/68/970/Add.1, 27 octobre 2014, p. 11.*

Libres propos

Articles

Retour inattendu au droit administratif global

Maxence Chambon

Professeur de droit public, Faculté de droit Université d'Artois

Le droit administratif global n'est plus ce qu'il était.

Le constat est connu, le phénomène est certain : après des débuts tonitruants¹, le droit administratif global s'est essoufflé. La doctrine semble progressivement se désintéresser du paradigme à mesure que les phénomènes administratifs globaux peinent à se multiplier et à se diversifier. Plus encore, le contexte politique et juridique contemporain est à l'évidence bien moins favorable au dépassement des ordres juridiques étatiques². Contrairement à celui qui prévalait lors de la genèse du droit administratif global, le monde westphalien se trouve aujourd'hui conforté dans le sillage de la crise sanitaire mondiale et du retour de la guerre y compris sur le continent européen.

Mais, de même qu'il était imprudent d'annoncer la mort des États au temps de la globalisation triomphante, il le serait tout autant de conclure hâtivement à l'obsolescence du droit administratif global à la moindre preuve de résistance des États. Les canaux de la globalisation construits par les États à partir de la deuxième moitié du XXe siècle dans un souci d'auto-décentrement demeurent nombreux, solides et effectifs. On voit mal en effet comment les centaines de traités d'investissement assortis de leur arbitrage dédié et autonome, l'OMC et le droit qu'elle secrète ou encore l'Union européenne qui n'a pas perdu sa vocation intégratrice pourraient en un tour de main être congédiés par les États prétendant retrouver une puissance inconditionnée et virginale. Tout comme d'autres phénomènes, la globalisation porte en elle un « effet cliquet » qui n'empêche certes pas les États de la modeler, de l'orienter voire de la diriger, mais qui leur interdit de croire, sauf crise majeure, à une véritable restauration de la situation antérieure à la globalisation.

Si l'on adhère à cette analyse, alors il faut admettre que le droit administratif global peut demeurer un objet d'étude pertinent. Il l'est d'autant plus à nos yeux qu'il offre, selon nous, un cadre d'analyse éloquent à des phénomènes récents dont on peut interroger la dimension « administrative » alors même qu'ils ne sont plus le produit, ni d'une coopération entre des collectivités publiques, ni d'administrations transnationales ou globales.

Certains de ces phénomènes potentiellement « administratifs » sont bien connus. Ils résultent de l'action d'organismes transnationaux publics-privés qui, à l'image de l'ICANN³, s'acquittent d'une mission (l'octroi des noms de domaines sur internet) que l'on peut sans excès qualifier d'intérêt général. D'autres le sont moins, ou plutôt sont

¹ B. KINGSBURY, N. KRISCH et R.-B. STEWART, « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, 2005, vol. 68, p. 15 ; S. CASSESE, *Au-delà de l'État*, Bruylant, 2011 ; « Le droit administratif global : une introduction », *Dr. adm.* 2007, ét. 8 ; J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, 3^e éd., 2020.

² V. not., B. BADIE, « Néonationalisme et désordre international », *La vie politique*, 2021, p. 401.

³ Sur cette institution, v. not., A. PELLET, « Les transformations de la gouvernance mondiale », in *L'État dans la mondialisation*, SFDI, colloque de Nancy, Pedone 2013, p. 562 ; « Une gestion privée de l'ordre public de l'internet », in *L'État dans la mondialisation*, SFDI, colloque de Rouen, Pedone 2014, p. 239.

largement étudiés⁴, mais jamais au prisme du droit administratif global. Il s'agit de normes, d'institutions voire de formes de régulation résultant d'organismes privés au premier rang desquels les entreprises multinationales.

L'idée selon laquelle les entreprises seraient une nouvelle source de droit administratif global n'est pas aussi extravagante qu'il n'y paraît. D'une part, l'essor récent et impressionnant de la responsabilité sociale des entreprises (ci-après RSE) provoque une transformation de la notion même d'entreprise, laquelle intègre désormais des considérations sociales, sociétales et environnementales qui ne sont plus étrangères à l'intérêt général ou ont au moins quelque chose à voir avec le Bien commun. D'autre part, certains auteurs avaient, dès l'origine, envisagé que le droit administratif global ne serait pas tant à rechercher dans l'action d'entités publiques transnationales ou globales, mais devrait plutôt être « consacré aux activités administratives internationales émanant d'acteurs privés ou d'une nature hybride (mi-publique, mi-privée). Ce droit pourrait alors être présenté comme un « tiers droit », une *lex administrativa* »⁵.

Contre toute attente, le développement de la RSE semble ainsi offrir l'opportunité de revenir sur le droit administratif global et d'en raviver la flamme. Pour ce faire, il convient de revenir sur les caractéristiques de ce paradigme et d'identifier ce qui constitue, à nos yeux, les défauts de sa conception originelle dans le but de l'en affranchir. C'est à ce prix, celui d'un certain recentrement sur ce qui le caractérise « véritablement », que le droit administratif global demeurera le cadre d'analyse pertinent de certains phénomènes globaux.

Ces écueils qui ne sont pas étrangers à son obscurcissement sont connus. Ils procèdent des deux épithètes dont est affublé ce droit. Après une quinzaine d'années d'existence doctrinale, il n'est en effet toujours pas évident que le droit administratif global soit réellement administratif, ni même global. S'il a été qualifié ainsi, c'est parfois à la faveur de certaines facilités qui nous semblent, sinon absentes, du moins, moins prégnantes dans le cadre de la RSE. Cette pratique peut en effet revendiquer une envergure globale (I), d'une part, et être considérée comme disposant d'une tournure administrative (II), d'autre part.

I. L'envergure globale de la RSE

L'écueil principal, le péché originel du droit – administratif – global, consiste, selon nous, dans sa dimension « englobante » ou « attrape-tout »⁶. C'est peut-être de cette attractivité revendiquée qu'il a initialement puisé sa force et a pu s'imposer comme un paradigme conquérant. Mais c'est sans doute de l'indétermination matérielle qui en

⁴ Tel est le cas de la responsabilité sociale des entreprises. Parmi une littérature abondante, v., A. SUPLOT, « Du nouveau au *self-service* normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in Mélanges Pélissier, Dalloz 2004, p. 550 ; R. FAMILY, « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », *Rec. Dalloz* 2013, p. 1158 ; P. DEUMIER, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *Rec. Dalloz* 2013, p. 1564 ; « L'entreprise comme acteur politique », *Entreprise et histoire*, septembre 2021, n° 104, p. 5 et s.

⁵ C. BORIES, « Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique : tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? A global administrative law ?*, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP, Pedone, 2012, p. 59. C'est l'auteur qui souligne.

⁶ M. XIFARAS, « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *Jus politicum* n°8, 2012.

résulte qu'il tire sa faiblesse⁷. Or, la RSE ne nous semble, de ce point de vue, encourir aucun reproche tant elle apparaît consubstantiellement globale.

Dans sa conception canonique, le droit administratif global vise en effet indifféremment « tantôt les interactions entre globalisation et droit(s) administratif(s) nationaux ; tantôt (...) à qualifier à la fois d'administratifs et de globaux certains acteurs ou certaines normes »⁸. Cette dichotomie se retrouve d'ailleurs dans les « dynamiques normatives »⁹ sur lesquelles s'appuie la doctrine du droit global. Elle privilégie, en effet, alternativement, soit des phénomènes de circulation des normes favorisés par la porosité croissante des ordres juridiques principalement étatiques, soit l'établissement dans certains domaines d'« un *jus commune* universel »¹⁰, ce qui ne l'empêche pas de réunir sous la même bannière ces tendances pourtant si différentes.

Autrement dit, le droit global entend regrouper, d'une part, des phénomènes – généralement d'origine nationale – qui, empruntant les canaux de la globalisation, se situent à l'intersection des ordres juridiques et se bornent à « se jouer » de ces ordres, mais sans jamais rompre avec une logique westphalienne et, d'autre part, des phénomènes véritablement globaux, communs si ce n'est à l'Humanité, du moins à la quasi-totalité des membres de la société internationale, qui du fait de leur universalité se trouvent en surplomb des ordres juridiques étatiques de l'influence desquels ils s'affranchissent cette fois pleinement.

En somme, en saisissant dans le même mouvement des questions de rapports de systèmes et des hypothèses de structuration voire de substantialisation de la sphère internationale, les tenants du *global turn*, confondent le transnational et le global, la globalisation et le global, autrement dit, un processus et son résultat – escompté. Au fond, le qualificatif « global » suggère et accuse le caractère universel de situations qui ne le sont pas ou se bornent seulement à y tendre.

Cette confusion peut être défendue. Elle est toutefois le témoignage de la charge idéologique marquant le plus souvent les doctrines du droit global aspirant à l'avènement d'un droit – administratif – sans l'État¹¹. Mais toute doctrine juridique repose sur un arrière-plan idéologique ; la présente contribution n'a ni la naïveté ni la prétention de faire exception à cette règle.

Il nous semble néanmoins regrettable que, ce faisant, la doctrine du droit global assimile des phénomènes très, voire trop, dissemblables au risque d'en négliger la singularité et de les appréhender de manière forcément approximative. Il paraît en effet difficile de traiter ensemble, et donc en laissant accroire à une sorte d'équivalence entre l'action transnationale de l'administration française et l'arbitrage CIRDI dont certains contrats d'investissement peuvent faire l'objet. Par-delà le constat faiblement dirimant que l'origine de nombre de ces situations se trouvera dans un contrat public

⁷ C. BORIES, « Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique : tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine », *op. cit.*

⁸ C. BORIES, « Droit global, globalisation du droit, droit administratif... De la nécessité de définir un objet d'étude », Journée d'étude de l'AFDA organisée à l'Université Paris Nanterre le 7 décembre 2018, *RFDA* 2019, p. 815.

⁹ *Op. cit.*

¹⁰ *Op. cit.*

¹¹ L. COHEN-TANUGGI, *Le droit sans l'État*, 3^{ème} éd., Quadrige, PUF, 2016.

« international »¹², il reste que, dans le premier cas, il s'agira de droit administratif extraterritorial ou, au mieux, transnational¹³, c'est-à-dire de la projection et éventuellement de la rencontre du droit administratif national avec un ordre juridique étatique étranger¹⁴ posant des problématiques typiques de droit international privé¹⁵, tandis que dans le second, une institution elle-même internationale entendra trancher un litige conçu comme ressortissant aux relations internationales dont la solution s'imposera aux États sans que ceux-ci ne puissent restaurer un quelconque empire sur elle¹⁶.

Dans ces conditions, si le CIRDI peut sans conteste être qualifié d'institution « globale »¹⁷, on voit mal en quoi la désignation du juge – national – compétent et la détermination du ou des droits – nationaux – applicables, fût-ce en fonction de règles de conflits européennes, pourraient être conçues comme des manifestations d'un droit « global ». À l'instar d'une récente affaire relative à un contrat de prestation de service conclu par la Villa Médicis – établissement public français dont le siège est à Rome – avec une société italienne portant accessoirement occupation du domaine public, l'enjeu consistait à donner au droit administratif français et au droit civil italien la part respective qui leur était due eu égard à la configuration de la situation litigieuse sans qu'aucun principe commun ne fût même invoqué¹⁸. Il s'agit ici d'une situation renvoyant à une problématique particulariste, de « gestion de la diversité des droits »¹⁹, indépendamment d'un quelconque droit global.

Il est même possible que la distinction entre ces phénomènes qui, pour être voisins, ne nous semblent pas cousins, permette d'éclairer certaines situations délicates. Il en va ainsi, selon nous, de la question du recours par les personnes publiques à l'arbitrage commercial international. On le sait, cette question, qui s'est stabilisée il y a peu, a donné lieu à de fortes tensions entre, d'une part, la Cour de cassation et la doctrine arbitragiste et, d'autre part, le Conseil d'État et une partie de la doctrine publiciste²⁰. Ces tensions se cristallis(ai)ent à propos de la faculté pour les personnes publiques de recourir à ce type de justice ; les premiers considérant que la dimension « internationale » de l'arbitrage l'emportait sur l'interdiction nationale²¹, les seconds estimant que cette interdiction s'exportait du fait de l'extraction fatalement nationale de l'administration y compris dans la sphère arbitrale.

¹² Sur le caractère large de cette qualification, PH. COLEMAN, *Contrats publics et arbitrage d'investissements*, LGDJ, 2021.

¹³ Sur ces différentes catégories, H. RUIZ FABRI, « Immatériel, territorialité et État », *APD*, 1999, p. 187.

¹⁴ Pour un exemple récent relatif à la Villa Médicis, CE, 25 juin 2021, *Société Mezzji & Fonderia*, *AJDA* 2021, p. 1359 et p. 1785, chron. C. MALVERTI et C. BEAUFILS ; *RFDA* 2021, p. 893, note M. CHAMBON et P. COSSALTER.

¹⁵ Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse, M. Chambon, *Les conflits de lois dans l'espace et le droit administratif*, Mare & Martin, 2016.

¹⁶ C'est notamment le cas des sentences émises par le CIRDI qui, en vertu des articles 53 et 54 de la convention de Washington de 1966, sont directement exécutoires dans le chef des États qui ne peuvent, non plus, les contrôler.

¹⁷ PH. COLEMAN, *Contrats publics et arbitrage d'investissements*, thèse préc.

¹⁸ CE, 25 juin 2021, *Société Mezzji & Fonderia*, préc.

¹⁹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 4^e éd., PUF 2017, t. 1.

²⁰ Pour une présentation de ce conflit, v. notre article, « Renoncer à une guerre picrocholine : retour sur la controverse jurisprudentielle relative au recours par les personnes publiques à l'arbitrage international », *Dr. ad.*, juillet 2016, p. 15.

²¹ Art. 2060 code civil.

Or, ces deux positions peuvent, nous le croyons, être rapportées et mieux comprises à la lumière de la distinction entre le global et le transnational. En effet, les « privatistes » peuvent légitimement promouvoir une appréhension « globale » de l'arbitrage commercial international à la suite de l'impressionnante démonstration du Professeur Gaillard²². Selon lui, la source de la juridicité de cette forme d'arbitrage n'est plus à rechercher, ni dans l'État du siège de l'arbitrage, ni même dans l'État d'exécution de la sentence, mais, dès lors que la quasi-totalité des États reconnaissent désormais cette forme de justice et sont susceptibles de lui prêter leur concours, dans cette « communion » interétatique confinant à l'universel. L'exécution d'une sentence pouvant *a priori* être recherchée partout, alors l'arbitrage commercial international trouve sa juridicité dans un « ordre arbitral » résultant de ce « consensus » étatique, mais détaché de chacun d'eux pris isolément donnant effectivement corps à une source de droit global.

Mais cette situation est-elle vraiment transposable au droit administratif ? Rien n'est moins sûr. Contrairement aux acteurs du commerce international, l'administration – française par exemple – ne possède pas, loin s'en faut, de possessions pouvant faire l'objet d'une exécution forcée partout dans le monde. Une affaire ayant récemment trouvé son point d'orgue en témoigne²³. L'essentiel des avoirs du Syndicat mixte des aéroports de Charente se situent... en Charente imposant à la société requérante de requérir, pour son plus grand malheur²⁴, le juge administratif français pour obtenir l'exécution de la sentence. Or il paraît difficile de prétendre saisir des avoirs français à l'étranger. En effet, les biens de l'administration étatique sont susceptibles de bénéficier de l'immunité d'exécution et, si tel n'est pas le cas des biens des collectivités publiques personnifiées à l'image des établissements publics, dont on pourrait dès lors saisir une créance à l'étranger, il reste qu'eu égard à leur activité, de telles créances seront généralement rares si tant est qu'elles existent.

Dans ces conditions, il ne semble pas excessif de considérer que, tandis que l'arbitrage commercial international peut prétendre à une dimension « globale » lorsqu'il juge les acteurs classiques du commerce international, il demeure une institution limitée à une forme de « transnationalité » lorsqu'il appréhende la situation des personnes publiques comme en témoigne d'ailleurs la logique conflictuelle et donc particulariste qui semble alors l'animer²⁵.

Mais la dimension « globale » de l'action exercée par les entreprises au titre de la RSE ne semble pas, même dans une perspective rigoriste, être aussi douteuse. Cette envergure globale procède tant de son objet que de sa portée. C'est d'autant moins surprenant qu'elle a été conçue dans cette optique.

S'agissant de l'objet de la RSE, les entreprises sont désormais sommées de poursuivre des finalités excédant leur intérêt social strictement entendu. C'est la loi du 27 mars

²² E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *RCADI*, vol. 329, 2007-IV, p. 49.

²³ CE, 17 octobre 2023, Soc. Ryanair Ltd et Airport Marketing Services Ltd, n° 465761

²⁴ Recherchant à obtenir l'*exequatur* de deux sentences de 2011 et 2012, la société s'est vue opposer l'inarbitrabilité du litige par le juge administratif en 2023.

²⁵ Telle est la caractéristique – et la limite aux yeux de la doctrine arbitragiste – de la Convention de New York de 1958, instrument international le plus « universel » en la matière (172 États signataires) qui renvoie pour l'essentiel au droit national applicable (par exemple celui du lieu d'exécution de la sentence s'agissant de la question de l'*exequatur*) le soin d'apprécier l'arbitrabilité du litige.

2017²⁶ qui fait figure ici de saut paradigmatique en étendant le plan de vigilance de l'entreprise aux droits humains, à la santé et à la sécurité des personnes et l'environnement²⁷. Concrètement cela signifie que, désormais, les grandes entreprises²⁸ doivent élaborer une « politique »²⁹ dans ces domaines, c'est-à-dire échafauder un système de défense et de promotion des intérêts sociaux, sociétaux et environnementaux sur lesquels elles pourraient avoir une influence et la rendre publique³⁰. En somme, il est attendu de ces entreprises qu'elles viennent « substantier » les relations commerciales internationales en consacrant, pour ce faire, des principes généraux qui, bien que n'ayant pas nécessairement le même contenu, procèdent et véhiculent des « valeurs » communes voire universelles³¹.

Mieux, ce caractère « matériellement » global de la RSE – la consécration de principes communs – est conforté par la portée « géographiquement » globale que ces principes ont vocation à posséder. L'entreprise étant désormais redevable d'une responsabilité extracontractuelle pour faute en cas de manquement à son devoir de vigilance³² et ce devoir s'étendant, outre à ses activités, aux activités des sociétés qu'elle contrôle et des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie, elle a naturellement recours au contrat avec ses parties prenantes pour se prémunir de tout risque contentieux. Le contrat constitue ainsi un facteur de diffusion de ces principes à l'ensemble du réseau constitué par les relations sociales de l'entreprise. Se formalise alors un système juridique privé qui franchit et s'affranchit des frontières grâce au procédé contractuel dont le caractère extraterritorial est bien plus marqué que celui des lois³³.

Dès lors que l'ensemble des filiales, fournisseurs et sous-traitants des entreprises multinationales sont juridiquement tenus de respecter des principes véhiculant des valeurs universelles de par le monde, il est permis de voir dans ces entités de véritables « législateurs globaux »³⁴ à l'origine d'un véritable droit global. C'est d'ailleurs l'intention qui anime les États lorsqu'ils délèguent ainsi aux acteurs privés le soin de poursuivre de tels « buts monumentaux »³⁵. Ils apparaissent à leurs yeux comme des relais leur permettant d'étendre le champ de ces valeurs à des espaces qui leur échappent et ainsi de généraliser leur application au plan mondial³⁶. Reste alors à déterminer si cette pratique peut être apparentée, peu ou prou, à du droit administratif.

²⁶ Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

²⁷ Art. L. 225-102-4 Code de commerce.

²⁸ Il s'agit des sociétés anonymes employant au moins 5 000 salariés en France, en leur sein ou dans leurs filiales directes ou indirectes, ou 10 000 salariés dans le monde.

²⁹ Le mot est d'ailleurs expressément utilisé par certaines d'entre elles. Pour un exemple, <https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/ferrero-static/globalcms/documenti/4317.pdf>

³⁰ Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont inclus et diffusés dans le rapport annuel de l'entreprise, Art. L. 225-102-4, I Code de commerce.

³¹ A. COURET, « Le nouveau visage de la vie sociétaire », *Rev. soc.*, 2023, p. 508.

³² Art. L. 225-102-5 Code de commerce.

³³ M. BARY, « La contractualisation de la RSE dans les relations d'affaires de l'entreprise », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, Octobre 2018, dossier 39.

³⁴ M. MEKKI, « Contrat et devoir de vigilance », *RLDA*, n° 104, 1^{er} mai 2015.

³⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la *compliance* », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Dalloz, 2017, coll. Thèmes et commentaires, p. 8.

³⁶ M. BARY, « La contractualisation de la RSE dans les relations d'affaires de l'entreprise », *op. cit.*

II. La tournure administrative de la RSE

Si la dimension « globale » du droit administratif global a pu faire l'objet de doutes et de critiques, il en est allé *a fortiori* de même pour son caractère « administratif ». Droit de la puissance publique et du service public, le droit administratif est un droit étatique par excellence tant sa raison d'être consiste en l'administration d'un corps social déterminé par une autorité procédant de lui et destinée à en garantir l'harmonie et la préservation. Autrement dit, il est difficile de concevoir un droit administratif sans une communauté politique dont il convient d'assurer la direction.

Cette analyse n'empêche pas d'envisager l'existence d'un droit administratif « au-delà de l'État » tant qu'il s'épanouit dans une organisation plus ample pour régir un corps social élargi, à l'image du droit administratif européen³⁷. Il est en revanche bien plus difficile d'étendre les catégories du droit administratif au plan mondial, c'est-à-dire indépendamment de tout corps politique constitué et de toute organisation prétendant le diriger.

Dans ces conditions, l'analyse de certains phénomènes juridiques globaux en termes administratifs suppose une telle atténuation des critères habituellement retenus pour identifier un tel droit, qu'il est permis de douter du caractère possiblement administratif du droit global. Il ne peut alors être tout à fait anodin que ces lacunes propres au droit administratif global ne se retrouvent pas avec la même acuité dans le cadre de la RSE. Ce constat autorise et impose de renouveler la tentative de qualification « administrative » du droit global à l'aune de la RSE.

Les doutes quant au caractère administratif du droit administratif global ont été magistralement mis en lumière par le Professeur Plessix³⁸. Il convient de résumer sa démonstration pour vérifier si elle s'applique pleinement à la RSE. À ses yeux, le droit administratif global est un droit trop « primitif » et trop « pauvre » pour être valablement qualifié de droit administratif.

Primitif, il l'est d'abord en ce que le droit administratif global « n'est pas sans évoquer le droit administratif français au stade où il en était au XIXe siècle »³⁹. D'une part, en effet, la « conception subjective »⁴⁰ qui anime le plus souvent le droit global, à l'image du droit des investissements étrangers visant la protection des investisseurs contre toute atteinte à leurs droits essentiellement patrimoniaux n'est pas sans rappeler le droit administratif d'avant le tournant objectiviste qu'il emprunta au début du XXe siècle. D'autre part, le droit administratif global secrétant habituellement un certain nombre de principes seulement « procéduraux »⁴¹ applicables à tout phénomène « administratif » par-delà l'État – comme la transparence, la participation, la motivation ou la redevabilité – il ne serait pas sans rappeler le droit administratif d'avant l'avènement de la justice déléguée reposant entièrement sur la procédure administrative non contentieuse. Enfin, bien que concevant l'idée de puissance publique et donc la

³⁷ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^e éd., 2009 ; J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, 3^e éd., 2022 ; L. FEILHES (dir.), *Un droit « administratif » européen*, Bruylant, 2022.

³⁸ B. PLESSIX, « Le droit administratif dans la globalisation », in M. CHAMBON et P.-M. RAYNAL (dir.), *L'identité de l'État dans la globalisation*, Éd. Université de Cergy-Pontoise / LEJEP, 2022.

³⁹ *Op. cit.*

⁴⁰ *Op. cit.*

⁴¹ *Op. cit.*

différence entre le public et le privé, le droit administratif global distingue ces deux sphères de manière grossière en séparant les actes d'autorité et les actes de gestion comme le faisaient la jurisprudence et la doctrine avant qu'Hauriou démontre la nécessité d'affiner l'analyse⁴².

Pauvre, il l'est ensuite en ce que, contrairement à « tous les droits administratifs nationaux (qui) mettent l'accent sur la spécificité des finalités poursuivies et la singularité des modalités employées par les autorités gouvernementales et administratives », le droit administratif dans la sphère globale serait seulement porteur « d'obligations processuelles » remplaçant les « concepts substantiels » comme l'intérêt général, l'ordre public ou le service public. Dans cette perspective, le droit administratif global recèlerait une « uniformisation et nue standardisation des catégories juridiques censées incarner le droit administratif, qui se réduisent à des obligations comportementales »⁴³.

Nous partageons sans réserve ce réquisitoire sévère, mais lucide. Nous nous interrogeons seulement sur le fait de savoir s'il est en tous points opposable à la RSE eu égard aux récentes évolutions dont elle a fait l'objet. Il nous semble à ce titre que la substantialisation dont ce phénomène est désormais le vecteur fait de ce droit global un droit moins pauvre permettant de penser que cette normativité privée possède à tout le moins une tournure administrative.

Comme nous l'avons évoqué plus haut, les grandes entreprises sont désormais tenues de promouvoir et de défendre des finalités « politiques » et non plus seulement économiques comme les droits humains, la santé, la sécurité des personnes et l'environnement. Quand bien même ces finalités substantielles sont poursuivies, il est vrai, au titre du devoir de vigilance incombant aux entreprises⁴⁴ et pourraient donc constituer un simple habillage substantiel d'une obligation processuelle, il reste que la pratique des entreprises et la doctrine semblent s'accorder pour attribuer une véritable matérialité à ces principes.

Sans être dupe de l'intérêt bien compris que les entreprises peuvent avoir à promouvoir les règles de RSE, il reste qu'elles développent à ce titre des « politiques » foisonnantes et ambitieuses. La société Amazon s'engage, par exemple, « à fournir des produits et services respectueux des droits de l'homme et de l'environnement et à protéger la dignité fondamentale des employés » conformément aux « Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, (à) la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies, (aux) Conventions fondamentales de l'OIT et (à) la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail ». Parmi de nombreux autres engagements, elle prend soin à ce titre de préciser que « la société ne tolère pas le recours au travail des enfants. Les fournisseurs sont tenus d'engager des employés qui ont : i) au moins 15 ans, ii) l'âge de la fin de la scolarité obligatoire ou iii) l'âge minimum pour travailler dans le pays où le travail est effectué, l'âge le plus élevé étant retenu. Les employés âgés de moins de 18 ans (« jeunes travailleurs ») ne doivent pas effectuer de travaux dangereux, notamment ceux susceptibles de nuire à leur santé ou à leur sécurité, ni de travaux qui compromettent leur éducation (par exemple, les quarts de nuit et les heures

⁴² *Op. cit.*

⁴³ *Op. cit.*

⁴⁴ Art. L. 225-102-5 code de commerce.

supplémentaires) »⁴⁵. Dans la même veine, la société Ferrero s'est engagée au-delà des exigences légales à ce que « les nouvelles plantations n'entraînent pas de déforestation ni ne viennent remplacer une zone nécessaire au maintien ou à l'amélioration de forêts à haute valeur de conservation »,⁴⁶ et ce sous contrôle d'un organisme certificateur.

Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que le Code civil précise désormais que l'entreprise est « gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux environnementaux et sociaux de son activité »⁴⁷. Le droit objectif prend ainsi acte de la transformation fonctionnelle de l'entreprise et consacre son évolution conceptuelle⁴⁸. Mais si l'entreprise n'est désormais plus seulement mue par une finalité endogène figurée par son intérêt social puisqu'il lui revient de poursuivre également une finalité exogène renvoyant au bien commun, il nous semble plus difficilement contestable de considérer qu'à la faveur de la RSE, l'ordre public environnemental intègre le contrat de droit privé⁴⁹ et que l'entreprise devient ainsi progressivement « dépositaire d'une certaine conception de l'intérêt général »⁵⁰.

Cette substantialisation du droit global induite par la RSE est d'autant moins anodine qu'elle renvoie en outre à des catégories traditionnelles du droit administratif malgré les spécificités irréductibles qui la distinguent du droit administratif classique.

Ces spécificités sont évidentes. La RSE n'est rien d'autre qu'une réglementation domestique établie par des sociétés privées empruntant pour se diffuser le canal contractuel. Elle n'a aucune vocation à devenir « un système d'allocation et de vérification de compétences »⁵¹ caractéristique de la structure du droit administratif.

Mais si la RSE n'en pas la structure n'en possède-t-elle pas la fonction ou, à tout le moins, ne remplit-elle pas une fonction s'apparentant à l'une des fonctions caractéristiques du droit administratif ? La réponse semble ici moins tranchée tant la RSE comporte une double dimension à la fois réglementaire et disciplinaire.

S'agissant de la dimension réglementaire de la RSE, celle-ci ne doit pas être formellement écartée du seul fait de l'emploi du procédé contractuel. Comme l'affirme F. Rolin, « *du point de vue de la théorie des actes juridiques, fonder la spécificité (de l'acte administratif) sur son unilatéralisme dominant conduit à manquer l'essentiel* »⁵². D'un point de vue matériel, les actes caractérisant selon lui le droit administratif sont notamment des actes fixant des règles de comportement et des actes sanctionneurs. Or ni le caractère domestique des règles de la RSE ni leur diffusion par le canal contractuel n'empêchent les entreprises de prétendre prescrire des comportements, et ce, à des entités toujours plus nombreuses et distinctes d'elles.

⁴⁵ https://sustainability.aboutamazon.com/amazon_supply_chain_standards_french.pdf

⁴⁶ <https://www.nutella.com/int/fr/coulisses-nutella/nos-engagements-durables/huile-de-palme>

⁴⁷ Art. 1833 al. 2 code civil tel qu'issu de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.

⁴⁸ M. TIREL, « Le nouvel intérêt social, un changement de modèle normatif », *APD* 2020/1, p. 537.

⁴⁹ P. LEQUET, *L'ordre public environnemental et le contrat de droit privé*, LGDJ 2022.

⁵⁰ M. TIREL, *op. cit.*

⁵¹ F. ROLIN, « Qu'est-ce qu'un droit administratif ? », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? A global administrative law ?*, *op. cit.*, p. 117, spéc., p. 119.

⁵² *Op. cit.*, p. 121.

Les normes de RSE sont en effet pleines de prescriptions dont le ton impératif employé pour les formuler ne trompe pas. La société Amazon précise ainsi que « Nos fournisseurs sont tenus de respecter les lois applicables en matière de lutte contre la corruption (...) et (qu') ils ne doivent jamais soudoyer un fonctionnaire du gouvernement au nom d'Amazon », que « Les fournisseurs doivent respecter les droits de propriété légaux des individus, des peuples autochtones et des communautés locales, y compris leurs droits publics, privés, communaux, collectifs, autochtones et coutumiers établis sur les ressources naturelles (par exemple, la pêche, les forêts et l'eau). Les fournisseurs ne doivent en aucun cas recourir à l'accaparement des terres ou à l'utilisation illégale de terres ou de ressources naturelles dans notre chaîne d'approvisionnement », mais également qu'« il est interdit aux fournisseurs de se renseigner sur le statut matrimonial, la grossesse ou le statut parental d'un employé »⁵³.

Plus encore, ces prescriptions ne sont pas limitées par l'effet relatif du contrat. Elles sont, bien au contraire, destinées à disposer, si ce n'est d'une portée *erga omnes*, du moins d'une amplitude collective du fait de la conclusion de contrats en chaîne par toutes les parties prenantes de l'entreprise constituant de véritables réseaux contractuels. La société Ferrero précise ainsi que « chaque fournisseur de cacao doit reconnaître » le code de bonne conduite établi par la société, lequel contient « les piliers de son engagement politique en matière de droits humains » et la société Amazon que les normes de RSE qu'elle adopte « s'appliquent à tous les fournisseurs de biens et de services d'Amazon et de ses filiales, y compris les fournisseurs, les vendeurs, les partenaires de vente, les prestataires et les sous-traitants (« fournisseurs ») ». Dans ces conditions, « l'effet horizontal du contrat » octroie, en quelque sorte par construction, une portée « publique » aux règles de la RSE. Le contrat n'est en effet plus « seulement un instrument d'échange économique, il produit des effets normatifs et fixe une réglementation générale et abstraite de la relation contractuelle » devenant ainsi un véritable « instrument de pouvoir »⁵⁴.

Cette analyse semble enfin confortée par la dimension disciplinaire que la RSE est en outre susceptible d'endosser. La responsabilité extracontractuelle de l'entreprise pouvant désormais être engagée pour manquement à son devoir de vigilance⁵⁵ et donc pour n'avoir su garantir le respect des préceptes qu'elle promeut par l'ensemble de ses parties prenantes, la RSE induit la faculté de procéder à des contrôles et l'éventualité d'infliger des sanctions.

Ces contrôles peuvent être réalisés par des organismes tiers⁵⁶ ou par la société donneuse d'ordres elle-même. C'est ainsi que la société Amazon prévoit notamment que « sur demande, les fournisseurs sont tenus de divulguer leurs pratiques d'embauche indirecte et les noms de tous leurs propres fournisseurs, prestataires, sous-traitants, agents de recrutement et intermédiaires impliqués dans la fourniture de biens ou de services à Amazon »⁵⁷.

⁵³ https://sustainability.aboutamazon.com/amazon_supply_chain_standards_french.pdf

⁵⁴ M. MEKKI, « Contrat et devoir de vigilance », *op. cit.*

⁵⁵ Art. L. 225-102-5 code de commerce.

⁵⁶ Par exemple, la société IKEA place sa « politique » de développement durable en ce qui concerne notamment son approvisionnement en bois sous la certification de l'ONG FSC et en collaboration avec la WWF, <https://www.wwf.fr/champs-d'action/foret/gestion-durable/FSC>

⁵⁷ https://sustainability.aboutamazon.com/amazon_supply_chain_standards_french.pdf

Mais surtout, ces contrôles peuvent servir de fondement au prononcé de sanctions, et ce, depuis peu, avec l'assentiment du juge. La même société précise en effet que « Nous nous réservons le droit de suspendre temporairement ou de mettre fin à tout moment à une relation contractuelle en cas de non-respect de nos normes ». Or de telles sanctions, dont l'effectivité reposait essentiellement sur l'influence économique de la société donneuse d'ordres, semblent désormais bénéficier du ressort juridique dès lors que la Cour de cassation a récemment admis qu'un manquement par une partie prenante aux obligations en matière de lutte contre la corruption établies par la société donneuse d'ordres pouvait justifier la résiliation du contrat sans préavis⁵⁸.

Si le contrat peut ainsi octroyer un « effet coercitif »⁵⁹ aux dispositions prescriptives de la RSE concernant une pluralité d'entités au nom de principes supérieurs et communs, alors comment ne pas s'interroger, au moins formellement, sur la vocation des entreprises multinationales à endosser une fonction de police des relations commerciales internationales ? Dans ces conditions, la RSE pourrait bien constituer une expression assez aboutie de droit « administratif » global qui, s'il est sans doute moins pauvre que d'autres branches du droit global, demeure cependant primitif. En effet, la protection de valeurs immanentes plutôt que d'une finalité volontariste davantage à destination du pouvoir qui s'en charge plus que des sujets sur lesquels il s'exerce n'est pas sans évoquer l'ancien droit administratif, le droit administratif d'avant le droit administratif, au temps où il se résumait et se confondait avec la police⁶⁰.

La question revient alors lancinante : est-il pertinent de qualifier la RSE de droit administratif global ? N'est-il pas préférable de rechercher un autre qualificatif plus adapté à sa spécificité ? Peut-être. Mais, dès lors que l'étude de la sphère globale requiert logiquement, sinon de s'affranchir, du moins de ne pas conserver un prisme d'analyse étatique pour appréhender un phénomène qui l'excède⁶¹, n'est-il pas permis de considérer que la RSE « fait office », au plan global, de police « administrative » ? Plus encore, quand bien même il conviendrait de répondre à cette question par la négative, la tentative de qualification n'est pas vaine. Elle a le mérite de mettre au jour la prétention politique animant désormais les entreprises et le chemin qui leur reste à parcourir pour que cette prétention ne soit pas seulement le masque enjôleur du pouvoir considérable qui leur est ainsi abandonné.

⁵⁸ Com. 20 novembre 2019, n° 18-12.817, *D.*, 2020, p. 913, note J.-C. RODA.

⁵⁹ M. MEKKI, *op. cit.*

⁶⁰ B. PLESSIX, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, 2003/2 (n° 38), p. 113.

⁶¹ M. XIFARAS, « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *op. cit.*

Forum non conveniens in the European Union: a proposal using Québec as a case-study

Cécilia Barrette-Leduc,
Avocate, Norton Rose Fulbright

From 1950 to 2022, world trade volumes have grown by 4500%.¹ Businesses increasingly look at foreign markets to expand and people travel more than ever before.² Consequently, civil and commercial disputes inevitably follow that trend,³ making private international law a cornerstone of civil and commercial litigation. In such a context, questions as to where disputes will be litigated arise frequently. Clear and practical jurisdictional rules are therefore essential in the interest of the parties and of good administration of justice.

Among the different approaches to jurisdiction, *forum non conveniens* is a legal doctrine which brings flexibility to private international law jurisdictional rules. Initially developed in Scotland, it eventually spread throughout common law countries and was refined over time, particularly during the second half of the nineteenth century.⁴ However, it has not found a strong footing in civil law countries, which tend to favour legal certainty over flexibility. The European Union (hereinafter the “EU”), which is predominantly composed of civilist member states, is no exception to that. In 2005, in the case *Onusu v Jackson*,⁵ the European Court of Justice (hereinafter the “ECJ” or “the Court”) rejected the argument that *forum non conveniens* could be part of the Brussels framework. Yet, within the EU, some authors denounce the lack of flexibility of the Brussels I *bis*⁶ jurisdictional rules and argue that the rejection of *forum non conveniens* should be reconsidered.⁷

This paper will not attempt to find an interpretation of Brussels I *bis* that may open the door to the integration of *forum non conveniens* in the EU private international law rules. As outlined above, the ECJ has clearly rejected this possibility in *Onusu*. In the absence

¹ ‘WTO | Evolution of Trade under the WTO: Handy Statistics’ <https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/trade_evolution_e/evolution_trade_wto_e.htm>, accessed 6 April 2023.

² The World Bank, ‘International Tourism, Number of Arrivals | Data’ <<https://data.worldbank.org/indicator/ST.INT.ARVL>>, accessed 6 April 2023.

³ Jeffrey Talpis and Shelley L. Kath, ‘The Exceptional as Commonplace in Quebec Forum Non Conveniens Law: Cambior, a Case in Point’ (2000) 34 *Revue juridique Thémis* 761, para 7.

⁴ Ardavan Arzandeh, ‘The Origins of the Scottish Forum Non Conveniens Doctrine’ (2017) 13 *Journal of Private International Law* 130, 3.

⁵ *Case C-281/02 Onusu v Jackson* [2005] ECR I-01383. Hereinafter “*Onusu*”.

⁶ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast). This regulation will be referred to as “Brussels I *bis*” or the “Regulation”.

⁷ See namely Nikoleta Georgakoudi, ‘Les Compétences Exclusives En Matière Civile et Commerciale’ (Université Paris 1 Panthéon Sorbonne 2021) 254; Gilles Cuniberti, ‘Forum Non Conveniens and the Brussels Convention’ (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly* 973 <<https://www.jstor.org/stable/3663407>>; Wendy Kennett, ‘Forum Non Conveniens in Europe’ (1995) 54 *The Cambridge Law Journal* 552, 576 <https://www.jstor.org/stable/4508128?seq=1#metadata_info_tab_contents>; Paul Beaumont, ‘A United Kingdom Perspective on the Proposed Hague Judgments Convention’ (1998) 24 *Brook. J. Int’l. L.* 75.

of significant amendments to Brussels I *bis*, that would be like trying to fit a square peg in a round hole. Rather, positioning ourselves in favour of more flexibility, we will show in this paper why and how the doctrine of *forum non conveniens* should be integrated in the EU private international law rules even though it is not part of the legal tradition of continental Europe. In other words, this is an invitation for the European legislator to consider incorporating *forum non conveniens* in the next amendments to Brussels I *bis*.

First, we will start by explaining in further details the doctrine of *forum non conveniens* and its origins (I). Second, we will look at the history of *forum non conveniens* within the EU, following in particular the adoption of the first iteration of what is now known as Brussels I *bis* (II). Third, we will expand on why the EU should adopt *forum non conveniens* even after the departure of the United-Kingdom, which was strongly in favour of the doctrine, from the EU (III). Fourth, we will examine how it should be integrated in the EU, having due regard to the predominantly civilist tradition of the EU and its Member States. For this purpose, we will use Québec, a civilist jurisdiction which has adopted *forum non conveniens* in 1994, as a case-study, and suggest improvements to its implementation of the doctrine which could benefit the EU (IV).

I. The Doctrine and its Origins

Forum non conveniens is a discretionary tool which allows a competent court to decline jurisdiction in favour of a better suited one in view of the specific circumstances of the case. In practice, courts that choose to apply the doctrine tend to stay proceedings until the court in a better position to hear the dispute finds itself competent.⁸ Consequently, this mechanism has the effect of ensuring that the dispute is heard by the most appropriate court in the circumstances of the case, while making sure that the court applying *forum non conveniens* does not lose competence by officially declining jurisdiction before it is established elsewhere. The purpose is therefore to exercise discretion to find the forum “in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice.”⁹ However, it is worth emphasising that the court ruling on the *forum non conveniens* plea does not have to find itself an inappropriate forum, it simply has to conclude that the other forum is clearly more appropriate.¹⁰

This practice began in the Scottish courts around the seventeenth century with the doctrine of *forum non competens*.¹¹ This doctrine allowed Scottish courts to “decline to hear a case even when jurisdiction was otherwise proper”¹² in the interests of justice. However, it seems that *forum non competens* was used in cases regarding questions of

⁸ Trevor C Hartley, ‘The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws’ (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly* 813 <<https://www.jstor.org/stable/3663399>>; Kennett (n 7) 555; Arzandeh (n 4).

⁹ *Spiliada Maritime Corps v Consulex Ltd* (1987) LAC.

¹⁰ Chilenye Nwapi, ‘Re-Evaluating the Doctrine of Forum Non Conveniens in Canada’ (2013) 34 *Windsor Review of Legal and Social Issues* 59 <<https://advance.lexis.com/document/?pdmfid=1505209&crd=30ff32bc-f49b-4881-b867-2f08ee3d1556&pddocfullpath=%2Fshared%2Fdocument%2Fanalytical-materials-ca%2Furn%3AcontentItem%3A5HSF-4DV1-F06F-22M8-00000-00&pdcontentcomponentid=281462&pdteaserkey=sr1&pdicf>>.

¹¹ It is worth noting that it is disputed whether *forum non competens* truly is the conceptual ancestor of *forum non conveniens*, but this seems to be the dominant view. See Arzandeh (n 4) 9.

¹² Ronald A Brand and Scott R Jablonski, ‘Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements’ 7 <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195329278.001.0001>>.

existence of jurisdiction, contrary to *forum non conveniens* which relates to the *exercise* of existing jurisdiction.¹³

The doctrine then evolved in a series of cases of the second half of the nineteenth century¹⁴ and started taking the shape of what we now know as *forum non conveniens*.¹⁵ In 1873, in *Macadam v Macadam*,¹⁶ the Scottish courts formally recognized this transformation by emphasising that the question raised by the case “was not [so] much one of jurisdiction as of *forum competens* or *conveniens*”, which led to the transition to the more accurate expression *forum non conveniens*.¹⁷ In *Sim v Robinow*,¹⁸ the Court further defined the scope of the doctrine by stating that a mere balance of inconvenience was insufficient to warrant its application. Rather, as stated by Lord Kinnear in his *dictum* summarising 30 years of developments of this Scottish procedural device, the *forum non conveniens* plea “can never be sustained unless the Court is satisfied that there is some other tribunal, having competent jurisdiction, in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and for the ends of justice”.¹⁹

After some reluctance,²⁰ it was only at the beginning of the twentieth century that *forum non conveniens* was formally introduced in England. In 1925, the House of Lords recognised the doctrine in the iteration proposed by Lord Kinnear in *Les Armateurs Français*.²¹ The English courts then used a two-step test to limit the scope of the judges’ discretion and determine whether the *forum non conveniens* plea should be granted: “(1) whether continuing the action before the English courts would be “vexatious or oppressive” to the defendant or an abuse of process and (2) whether a stay would cause injustice to the plaintiff”.²² This constituted a very heavy burden for the defendant.

The test was then relaxed in 1978 in the House of Lords’ decision in *MacShannon v Rockware Glass*:²³

(a) the defendant must satisfy the court that there is another forum to whose jurisdiction he is amenable in which justice can be done between the parties at substantially less inconvenience or expense, and (b) the stay must not deprive the

¹³ Arzandeh (n 4).

¹⁴ *Clements v Macanlay* (1866) 4 M 583; *Longworth v Hope* (1865) 3 M 1049; *Macadam v Macadam* (1873) 11 Sess Cas 860; *Sim v Robinow* (1892) 19 R 665.

¹⁵ Arzandeh (n 4).

¹⁶ (1873) 11 Sess Cas 860.

¹⁷ *Macadam v Macadam* (1873) 11 Sess Cas 860 (n 14) 861.

¹⁸ (1892) 19 R 665.

¹⁹ *Sim v Robinow* (1892) 19 R 665 (n 14) 668.

²⁰ Ironically, *forum non conveniens* was dismissed for a very long time by English law as “a civil law principle of Scots law” until it was finally incorporated into English law in *Spiliada Maritime Corps v Consulex Ltd* (1987) LAC (n 9). See JP McEvoy, ‘International Litigation- Canada, Forum Non Conveniens and the Anti-Suit Injunction’ [1995] Advocates’ Q 1.

²¹ *Les Armateurs Français* [1926] SC 13. *Forum non conveniens* was first discussed in an English decision from a court of first instance in *Logan v Bank of Scotland & Others (No 2)*, [1906] 1 KB 141 (EWCA). However, the doctrine only received a seal of approval in 1925 with a decision from the House of Lords, the highest court in England at the time, in *Les Armateurs Français*.

²² Anna Conley, ‘Harmonizing Jurisdiction in Transnational Cases: A Deep Comparative Inquiry’ (McGill University 2011) 107 <http://digitool.library.mcgill.ca/R/?func=dbin-jump-full¤t_base=GEN01&object_id=104704>.

²³ [1978] 2 W.L.R. 362 (UKHL).

plaintiff of a legitimate personal or juridical advantage which would be available to him if he invoked the jurisdiction of the English court.²⁴

However, the court would not refuse a stay merely because of the loss of the plaintiff's juridical advantage if it was convinced that substantial justice would be done in the available appropriate forum.²⁵

This approach was then confirmed in *Spiliada*,²⁶ which further clarified the scope of *forum non conveniens* in English law and established factors which the court must consider to assess and compare the appropriateness of each forum. To the preexisting considerations established in *McShannon*, including the convenience of the parties, witnesses, likelihood of multiplicity of proceedings, and whether the plaintiff would be deprived of a legitimate advantage, the House of Lords added the following factors: the governing law, the parties' place of business, the location of the occurrence of an alleged tort, whether there is a pending action before a foreign court,²⁷ a comparison of the costs of litigating abroad and in England, and the different limits on liability available in England compared to those available in the alternative forum.²⁸ These factors are meant to help the court determine the forum with the most "real and substantial connection" to the dispute.²⁹ If the test shows that a more appropriate forum exists, the court will generally stay its proceedings in favor of the foreign court, but it may decide that "there are circumstances by reason of which justice requires that a stay should nevertheless not be granted".³⁰

II. History of *Forum Non Conveniens* within the EU

In 1968, the six Member States of the European Economic Community (hereinafter the "EEC") decided to conclude a convention on the topics of jurisdiction and enforcement of judgements in civil and commercial matters. Thus, the Brussels Convention³¹ was created. It was then revised in 2000 and became the Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.³² In 2012, Brussels I was recast and became the Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast).³³

Given that most EU Member States did not have *forum non conveniens* in their judicial tradition, the Brussels Convention in its different iterations was (and remains) silent about this procedural device. In keeping with the civil law tradition, the Member States

²⁴ *McShannon v Rockware Glass Ltd*, [1978] 2 WLR 362 (UKHL). Hereinafter "*McShannon*".

²⁵ *Spiliada Maritime Corps v Consulex Ltd* (1987) LAC (n 9).

²⁶ *ibid*. See also Paul Beaumont, 'Forum Non Conveniens and the EU Rules on Conflicts of Jurisdiction: A Possible Global Solution' (2018) N° 3 *Revue critique de droit international privé* 447, 449.

²⁷ In this paper, "third state court" and "foreign court" will be used interchangeably to designate the court of a state outside the EU.

²⁸ Conley (n 22) 109.

²⁹ *ibid*.

³⁰ *Spiliada Maritime Corps v Consulex Ltd* (1987) LAC (n 9).

³¹ Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters (Consolidated version) - 1968 Brussels Convention 1968. Hereinafter the "Brussels Convention".

³² This regulation is known and will be referred to in this paper as "Brussels I".

³³ This is the version of the regulation that this paper focuses on and is referred to as the "Brussels I *bis*" regulation or simply the "Regulation".

opted for a rule of *lis pendens* to deal with cases of parallel proceedings. This rule is however significantly narrower in scope than *forum non conveniens*, which is much more than a simple solution to avoid irreconcilable judgements, as we will establish hereinafter.

In the absence of any guidance from the ECJ on the applicability of *forum non conveniens* in the framework of the Brussels Convention prior to 2005, English courts considered that *forum non conveniens* was not inconsistent with EU law where the alternative forum was a third state court.³⁴ Accordingly, in 1991, the Court of Appeal of England and Wales declined jurisdiction in favour of Argentinian courts, which had been found to be the more appropriate forum in the circumstances of the *Re Harrods* case.³⁵ As such, the English courts found that the applicability of *forum non conveniens* in cross-border disputes as under national law had been unchanged by their accession to the EU in 1972³⁶ (then the EEC) and the Brussels Convention.

The ECJ had a different opinion. As previously mentioned, the European Court of Justice abruptly put an end to this English jurisprudence in 2005 in *Owusu*. In that case, the claimant, Mr. Owusu, had rented a Jamaican villa from Mr. Jackson, one of the defendants. Both were nationals of the United Kingdom. During his stay in Jamaica, Mr. Owusu sustained serious injuries as a result of an accident whereby he struck his head against a submerged sand bank while diving in the sea. He therefore brought an action in tort in the United Kingdom against Mr. Jackson as well as several Jamaican companies as owners or operators of the beach where the accident took place. The defendants requested the application of the *forum non conveniens* doctrine, claiming that the case was more closely connected to Jamaica and that the Jamaican courts were more suitable in the circumstances, namely in regard of the interests of all the parties and the ends of justice. The English Court of Appeal stayed its proceedings and requested a preliminary ruling on the question of the consistency of *forum non conveniens* with the Brussels Convention regime.

The ECJ answered by formally excluding *forum non conveniens* from the European judicial system in situations analogous to the facts of the case. In short, the Court held that the Brussels Convention precluded the court of a Member State from declining the jurisdiction it had by virtue of Article 2 of the Brussels Convention³⁷ in favour of a third state court on the ground that it would be a more appropriate forum in which to try the action. The ECJ argued that Article 2 of the Brussels Convention was mandatory in nature. As such, the jurisdiction it granted could only be derogated from in the situations expressly provided for in the Convention itself. Given the silence of the Brussels Convention on the question of *forum non conveniens*, the mandatory rule of Article 2 could therefore not be circumvented with the *forum non conveniens* exception. Consequently, the ECJ significantly restricted the application of *forum non conveniens* in

³⁴ *In Re Harrods (Buenos Aires) Ltd* [1991], 3 WLR 397 (C.A.); Ronald A Brand and Scott R Jablonski, 'Ch. 2: The United Kingdom', *Forum Non Conveniens* (Oxford University Press 2007) 27.

³⁵ *In Re Harrods (Buenos Aires) Ltd*. [1991], 3 WLR 397 (C.A.) (n 34).

³⁶ 'Into Europe - UK Parliament' <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/tradeindustry/importexport/overview/europe/>> accessed 8 April 2023.

³⁷ Now Article 4 Brussels I *bis*.

the United Kingdom³⁸ and Ireland, and closed the door to any possibility to integrate *forum non conveniens* in EU law.³⁹

III. Why should *Forum Non Conveniens* be Part of EU Private International Law Rules of Jurisdiction?

Despite the ECJ's 2005 ruling, this section intends on showing why *forum non conveniens* is a useful and powerful doctrine in and of itself. The purpose of this section is therefore to convince the skeptics that *forum non conveniens* could have an important role to play in European private international rules and could have a beneficial impact on their application. First, we will look at the need for more flexibility and a close connection with the forum in the European jurisdiction rules (A). Second, we will turn to the legal gaps that currently exist under Brussels I *bis*, leading to courts which only have a very tenuous link with the case to be forced to hear it in the absence of any option to decline competence in favour of a more appropriate forum (B). Third, we will discuss the positive effects that *forum non conveniens* could have on forum shopping in the EU (C).

A. Flexibility and Close Connection to the Forum

While we may see *Owusu* as a reflection of the resistance of civil law to the introduction of common law doctrines such as *forum non conveniens* in EU law, the landscape is changing. In recent years, voices have been raised to denounce the rigidity of the jurisdictional rules of the Brussels I *bis* framework.⁴⁰ Indeed, we must admit, as had been observed by Lord Goff in *Airbus v Patel*,⁴¹ that the rigidity of the traditional civil law jurisdictional rules sometimes lead to unwelcome practical results.⁴²

The connection of the dispute with the forum is starting to become a concern in international litigation. We can observe, in the last decades, a slow move by some Member States towards readings of their own national jurisdictional laws as requiring more proximity with the dispute.⁴³ Already in 1991, in a commercial case opposing a Cypriot company controlled by English shareholders and a Turkish-owned bank with several branches worldwide, including in Germany, the German Supreme Court added to its interpretation of §23 ZPO the requirement of a “sufficient connection with Germany”.⁴⁴ In the specific circumstances of the case, this requirement was not met and the court declined jurisdiction. Although the court did not use *forum non conveniens*

³⁸ However, since Brexit, that is no longer the case as the United Kingdom is no longer bound by the ECJ and its judgements.

³⁹ Pascal de Vareilles-Sommières, ‘Part III The *Owusu* Case: The Rejection of the “Forum Non Conveniens”’, *Forum Shopping in the European Judicial Area: Forum Shopping in the European Judicial Area* (2007) 103.

⁴⁰ See namely Georgakoudi (n 7) 254; Beaumont (n 7) 76; Cuniberti (n 7).

⁴¹ *Airbus v Patel* [1998] 2 WLR 686, [1998] 2 All ER 257 (UKHL).

⁴² “A civilian mind assumes that the need to have discretion to decline to exercise jurisdiction must be because the country has over broad, or exorbitant, rules of jurisdiction. However, it may simply be the case that it is impossible to devise rules of jurisdiction which will always lead to an appropriate court hearing that case. Even the archetypically fair jurisdiction rule, the domicile of the defendant . . . can lead to an inappropriate forum.”: Beaumont (n 7) 76.

⁴³ “In Germany it has been possible to observe the growth of an acceptance of the need for there to be a real connection between the court and the dispute, rather than the mere mechanical fulfilment of the conditions set out in the Code of Civil Procedure. [...] The French courts have also, occasionally, declined jurisdiction on the basis that another court would be a more suitable forum.”: Kennett (n 7) 570.

⁴⁴ *BGH*, 2 July 1991 (*XIth Civil Senate*), 115 BGHZ 90. See also Kennett (n 7) 572; Conley (n 22) 166.

strictly speaking, since it integrated flexibility through statutory construction, this case shows the necessity for courts to restrain their jurisdiction where a rigid interpretation of the rules would cause them to hear cases which are only tenuously connected to the country.

Similarly, French and Belgian rules of jurisdiction have been interpreted by national courts so as to ensure a close link (*connexité*) between the court and the dispute.⁴⁵ In 1985, the French *Cour de cassation* approved a lower court's refusal to exercise jurisdiction where an artificial link with France had been created by assigning rights to a French company to evade the jurisdiction of the "natural judge" in the United States.⁴⁶ In 1987, the Court of Appeal in Paris also applied *forum non conveniens* to decline jurisdiction in favour of an Italian court, "better placed than the French judge to rule on the temporary measures" that had been requested.⁴⁷ This has been interpreted as mirroring the French requirement that there must be a clear connection between the state of origin and the dispute for recognition of foreign decisions.⁴⁸ More recently, in 2009, two French cases,⁴⁹ where the *prior tempore* rule was put aside to recognize final American judgements, have been seen as a step towards recognition of *forum non conveniens*.⁵⁰

In the Netherlands, Article 429 c (2) of the Dutch Code of Civil Procedure codified the principle underlying *forum non conveniens* by making provisions for situations where "the petition is insufficiently connected with the legal environment of the Netherlands".⁵¹

These examples show that some Member States are internally starting to recognise the challenges created by their rigid rules of jurisdiction and that one way to solve these issues is to ensure that only disputes sufficiently connected to the forum may proceed there. As put by Nwapi:

In a world of increasing cross border transactions, disputes connected with multiple jurisdictions will increasingly arise. It is better to authorize a clearly inappropriate forum to decline jurisdiction in favour of an appropriate forum than to compel a forum seized of jurisdiction to hear the dispute regardless of whether it is a clearly inappropriate forum.⁵²

⁴⁵ Kennett (n 7) 573. Referring to *Cour d'Appel Chambéry, 13 June 1989, Roth v Syndicat de copropriétaires de l'Immeuble Saint-Georges I et II Clunet 1991, 149 (note A Huet); Tribunal de commerce Liège, 6 January 1986, Annales de la Faculté de Droit de Liège 1986 275.*

⁴⁶ *Cass civ 24 November 1987, Rev crit 1988, 364 (note G Droz), Clunet 1988, 793 (note E Loquin).* Reported in Kennett (n 7) 574–575.

⁴⁷ *14 December 1987 (JDI 1989, p 96).* For a brief discussion of this case and its impact, see Conley (n 22) 163.

⁴⁸ *Cass civ 6 February 1985, Clunet 1985, 460 (note A Huet).* Reported in Kennett (n 7) 575.

⁴⁹ *Civ 1re, 16 déc 2009, n° 08-20305, D 2010 156, obs I Gallmeister; Civ 1re, 30 sept 2009 (4 arrêts), D 2010 58, note B Audit; Rev crit DIP 2010 133, note H Gandemet-Tallon; RTD com 2010 460, obs P Delebecque.*

⁵⁰ Rebecca Legendre, 'À Propos de l'application Du Règlement Bruxelles II Bis Dans Les Relations Avec Les États Tiers' [2021] *Revue critique de droit international privé* 146 <<https://www-dalloz-fr.docelec-u-paris2.idm.oclc.org/documentation/Document?id=REVDIP/CHRON/2021/0112>>.

⁵¹ Kennett (n 7) 570–571.

⁵² Nwapi (n 10) 19.

If that is true under national law, why would it be any different for cross-border litigation falling under the framework of Brussels I *bis*, which has been elaborated on the basis of national legal traditions?

Related to this, there is a general trending desire for more flexibility. Illustrating this phenomenon, plaintiffs, Advocates General, and Member States themselves have started bringing discussions related to *forum non conveniens* to the ECJ.⁵³ Even the European Court of Justice has shown some openness towards more flexibility in the case *Ivenel v Schwab*,⁵⁴ where the Court interpreted the Brussels Convention in a way that would avoid an “inappropriate” result.⁵⁵ While this case is not very recent and the recast of the Brussels Convention has solved the issue with the provision in question by incorporating specific rules to protect employees, it is evidence of the need for flexibility in some cases to render justice. Similarly, in the aftermath of *Owusu*, the European Communities Parliament released a Resolution suggesting the possibility for a Member State to stay its proceedings if a third country court would be better placed to hear a given case.⁵⁶

This push towards more flexibility is also visible in different forms outside of civil and commercial disputes. In Germany, there has been, over the last decades, an increasing openness for a more flexible application of the rules in family law cases, namely in the fields of adoption and child custody.⁵⁷ Similarly, in a family law case before the French Court of Appeal and confirmed by the *Cour de cassation* in 2020, a solution similar to *forum non conveniens* was applied.⁵⁸ In this case, the wife introduced divorce proceedings before a French court in October 2017. On appeal, the husband challenged the French courts’ jurisdiction claiming that he had himself introduced divorce procedures before a Moldovan judge in June 2017, who had pronounced their divorce in December of the same year. The French Court of Appeal therefore declined competence in favour of the Moldovan judge, reasoning that the case had a stronger connection with Moldova than with France, especially considering the Moldovan procedures introduced prior to the French ones. While the *Cour de cassation* did not comment on the Court of Appeal’s use of a *forum non conveniens*-like device, this case constitutes evidence of the increasingly open mindset of civilian judges in some Member States to find flexible solutions that respond better to the needs of the case they have to decide.⁵⁹

⁵³ See *Case C-328/12 Ralph Schmid (acting as liquidator of the assets of Aletta Zimmermann) v Lilly Herte* [2013] ECR I. In this case, as reported by Advocate General Sharpston in paragraph 42 of her Opinion, the Government of Germany put forward a similar argument as the one pleaded by the UK in *Owusu*. *Forum non conveniens* was also brought up by a defendant in *Case C-489/14 A v B* [2015] ECR 559. This was reported by Advocate General Cruz Villalón in paragraphs 35 to 38 of his Opinion in this case. For a case in which the principles of *forum non conveniens* are discussed in the context of parental responsibility (thereby applying the Brussels II framework), see paragraphs 50 to 64 of Advocate General Melchior Wathelet’s Opinion in *Case C-478/17 IQ v JP* [2018] ECR 552.

⁵⁴ *Case C-133/81 Ivenel v Schwab* [1982] ECR 189.

⁵⁵ Kennett (n 7) 575.

⁵⁶ European Parliament Resolution of 7 September 2010 on the Implementation and Review of Council Regulation (EC) No. 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 2009/2140(INI), Available at [Http](http://www.europarl.europa.eu/press.do):

⁵⁷ Kennett (n 7) 570. See also *Oberlandesgericht Frankfurt, Zeitschrift für Standesamtswesen 1975, 98*; *OLG Frankfurt, 15 November 1982, IPRax 1983, 294*.

⁵⁸ 24 juin 2020, - *Cour de cassation (Civ 1re) - Pourvoi n° 19-11714 et 19-11870*.

⁵⁹ « Une telle solution témoigne, en définitive, que la nécessité de trouver des solutions pertinentes au conflit de procédures parallèles ne saurait se ramener à l’application mécanique d’un critère temporel ou proximaliste. » : Legendre (n 50).

Most significant in that regard is Brussels II *ter*,⁶⁰ which incorporates *forum non conveniens*-like principles to matrimonial matters and parental responsibility in Articles 12 and 13. Inspired by Articles 8 and 9 of the Hague Convention of 1996 on protection of children,⁶¹ these provisions establish a mechanism of transfer of jurisdiction to a judge which has a particular connection with the child and is as such better positioned to make a decision in the case and assess the best interests of the child.⁶² However, Article 12 Brussels II *ter* goes one step further than traditional *forum non conveniens*: where the judge finds that another court would be more appropriate, it stays its proceedings and either (1) invites the parties to introduce proceedings before the better placed court within a specific timeframe, or (2) asks the other judge directly to exercise its competence.⁶³ The provision also establishes clear and exhaustive criteria to determine the circumstances in which such a mechanism can be triggered.⁶⁴ This process may be initiated either by a party, by the judge competent on the substance of the case, or upon the request of another Member State's judge estimating it is in a better position to hear the case.⁶⁵ It is also worth noting that this mechanism coexists with *lis pendens*,⁶⁶ thereby proving that flexible devices can be integrated without denaturing traditional civil law rules and principles.

While it does not constitute *forum non conveniens* strictly speaking, but rather the introduction of flexibility through cooperation between Member State courts, this solution reflects the fact that it may be desirable to build more flexibility into jurisdictional rules.⁶⁷ However, considering that Articles 12 and 13 Brussels II *ter* are rarely employed, we may wonder if this approach to the integration of flexibility is sufficient. Judges may be comfortable to contact their counterpart in a neighbouring Member State with which they have more in common, such as culture, and language. Yet, contacting a judge in another Member State without prior contact may be significantly harder and may constitute an obstacle to the implementation of the objectives of the measure. That being said, we must acknowledge that this task may not always fall on judges and that parties may introduce procedures in a better suited forum themselves.

Nevertheless, in light of these challenges in the application of judicial cooperation,—which while a significant step forward, seems insufficient to soften rigid jurisdictional rules—we contend that an appropriately framed *forum non conveniens* doctrine would more soundly meet the needs for flexibility in civil and commercial matters. This is especially true in view of the fact that in civil and commercial matters, judges are not united by the overarching principle of the best interest of children. As

⁶⁰ Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast). Hereinafter “Brussels II *ter*”.

⁶¹ Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. Hereinafter the “Hague Convention of 1996”.

⁶² Article 12(1) Brussels II *ter*. See also Georgakoudi (n 7) 189.

⁶³ *ibid*.

⁶⁴ Article 12(1), (4) and (5) Brussels II *ter*. See also *ibid* 189, 505.

⁶⁵ *ibid* 503.

⁶⁶ Article 20 Brussels II *ter*.

⁶⁷ Georgakoudi (n 7) 190, 503. « L'introduction d'un mécanisme inspiré de la technique de forum non conveniens en matière de protection des mineurs est révélatrice de la nécessité de rendre plus souples les conditions de mise en œuvre des règles de compétence internationale. » : *ibid* 544.

such, a more passive, yet flexible, mechanism like *forum non conveniens* may be more appropriate.

Analogous to Brussels II *ter*, Regulation 650/2012 on succession⁶⁸ also incorporates in its Article 6 a possibility for the normally competent judge to decline jurisdiction in favour of the judge of the Member State of the applicable law chosen by the deceased if that court is better placed in the circumstances.

Even, the Brussels I *bis* framework is not foreign to a certain degree of flexibility. Indeed, the wording of Articles 33(1) (2) and 34(1) (2) Brussels I *bis* regarding the rule of *lis pendens* already suggests that the EU rule is more flexible than the strict *prior tempore* rule. Indeed, these provisions use the verb “may”, which implies some discretion, as opposed to the prescriptive “must” or “shall”. Of course, this opening for more flexibility can only be applied where a third state’s tribunal is seized before a Member State’s court is. While this is far from the level of flexibility which *forum non conveniens* provides, it shows some openness from the EU towards more discretion, necessary to mitigate the occasional unwanted results caused by the strict application of rigid jurisdictional rules.

All this is evidence of the need for more flexibility for jurisdictional rules in Europe. In light of the above, the EU seems ripe to reconsider its position on *forum non conveniens* and to introduce more flexibility into its jurisdictional rules. As Kennett summarised it,

“The seeds of the development of forum non conveniens principles are present here in various guises—whether as the requirement of a “sufficient connection” with the forum, counterbalanced by a concern that a denial of justice must nevertheless be avoided; or as a decision that the “natural forum” for the dispute should not be fraudulently avoided; or even as a belief that the good administration of justice is a principle as well worth pursuing as the need for legal certainty.”⁶⁹

B. *Current Legal Gaps*

Brussels I *bis* is silent on certain cases of parallel proceedings with a third state court. Articles 33 and 34 Brussels I *bis* exclusively apply to cases where the jurisdiction of the Member State is based on Articles 4 or 7 to 9 Brussels I *bis* (concurrent jurisdiction) and where the third state court was first seized, thereby applying the *prior tempore* rule. But what if a Member State court was seized first on the basis of a concurrent ground of jurisdiction and a third state court was seized second on the basis of what would be, in intra-EU cases, an exclusive ground of jurisdiction, such as the location of immovable property in a dispute over rights *in rem*?

This situation is what led the Court of Appeal (England and Wales) in *Onusu* to ask the ECJ whether a declination of competence on the basis of *forum non conveniens* would be possible in cases where a third state judge had an exclusive jurisdiction, as would be understood in an intra-EU case pursuant to Article 24 Brussels I *bis*. The Court did not

⁶⁸ Regulation (EU) No 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession. Hereinafter the “Regulation 650/2012”.

⁶⁹ Kennett (n 7) 575. Indeed, it is worth noting that recital 16 of Brussels I *bis* expressly refers to the importance of a close connection between the dispute and the forum as a core principle, and recital 23 mentions the relevance flexibility.

answer this question because it went beyond the particular case which it had to decide. Consequently, the question of the possible applicability of the *forum non conveniens* doctrine in EU law in such circumstances remains.⁷⁰

Nonetheless, the case shows that *forum non conveniens* could provide a much-needed solution to remedy this gap in Brussels I *bis*, which, according to Prof. L. Usunier, has not been excluded by the ECJ in *Owusu*.⁷¹ In fact, some authors consider that where the jurisdiction of a foreign court would be based on a ground of exclusive jurisdiction under Brussels I *bis* if the dispute were between two Member States, an exceptional application of *forum non conveniens* is warranted in so far as it does not result in a denial of justice.⁷² Besides, this solution would implement the principle established in recital 24 of Brussels I *bis* which states that considerations of proper administration of justice should include “whether the court of the third State has exclusive jurisdiction in the particular case in circumstances where a court of a Member State would have exclusive jurisdiction.”

However, others argue that such a situation requires the application of the reflex effect of exclusive jurisdiction.⁷³ This theory posits that jurisdiction should be declined in favour of a third state in the same circumstances as those provided for in intra-EU relations and under the same restrictions and conditions.⁷⁴ While this theory was developed for cases of exclusive jurisdiction, it may be expanded to other situations that warrant declination of jurisdiction in favour of another Member State’s court pursuant to Brussels I *bis*.⁷⁵ In other words, where Brussels I *bis* provides that the court should decline competence in favour of the court of another Member State, the judge should decline competence in favour of the court of a third state.

However, according to Georgakoudi, this should not be done automatically. Rather, declining jurisdiction on the basis of the reflex effect theory should be done only after an examination of the circumstances is properly carried out, as third states do not

⁷⁰ Georgakoudi (n 7) 276.

⁷¹ Laurence Usunier, ‘La Régulation de La Compétence Juridictionnelle En Droit International Privé : Étude de Droit Comparé En Matière Civile et Commerciale’ (2006) 344 ss. <<http://www.theses.fr/2006PA010283>>.

⁷² Christelle Chalas, ‘L’exercice Discrétionnaire de La Compétence Juridictionnelle En Droit International Privé’ (2000) pt 621; Hélène Gaudemet-Tallon, ‘Les Frontières Extérieures de l’espace Judiciaire Européen : Quelques Repères’, *Liber Amicorum Georges A. L. Droz* (1996) 95–96; Richard Fentiman, ‘Ousting Jurisdiction and the European Conventions’ (2000) 3 Cambridge Yearbook of European Legal Studies 107, 107 ss. <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S152888700000375X/type/journal_article> accessed 8 April 2023; Georgakoudi (n 7) 531–532.

⁷³ See namely Georgakoudi (n 7); Pierre Gothot and Dominique Holleaux, *La Convention de Bruxelles Du 27 Septembre 1968: Compétence Judiciaire et Effets Des Jugements Dans La CEE* (Jupiter, 1985) pt 142; Gaudemet-Tallon (n 72) 95 and 99; Chalas (n 72) pt 620 ss.; Arnaud Nuyts, *L’exception de « forum Non Conveniens » : Étude de Droit International Privé Comparé* (Bruylant L, 2003) pt 188 ss.; Usunier (n 71) pt 405 ss.; M Fallon, ‘L’applicabilité Du Règlement Bruxelles I Aux Situations Externes Après Pavis 1/03’, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l’honneur de H. Gaudemet-Tallon* (Dalloz, 2008) 241; Y Loussouarn, P Bourel and P De Vareilles-Sommières, *Droit International Privé* (10th ed., Précis Dalloz 2013) 776–777; H Gaudemet-Tallon and ME Ancel, *Compétence et Exécution Des Jugements En Europe* (LGDJ 2018) pt 100; P Mayer and V Heuzé, *Droit International Privé* (12th ed., LGDJ 2019).

⁷⁴ Georgakoudi (n 7) 268.

⁷⁵ *ibid.*

benefit from the mutual trust that Member States place in each other and do not share common rules as within the EU.⁷⁶

Yet, the reflex effect theory has been recognised for Brussels I *bis* provisions by the English High Court in 2012 in *Ferrexpo*.⁷⁷ This case concerned a dispute regarding shares of a Ukrainian mining company. The London High Court had competence based on Article 2 Brussels I,⁷⁸ but a prior action had been filed in Ukraine. This led the defendants to claim that the English courts should decline jurisdiction on the basis of the reflex effect of Article 22(2) Brussels I,⁷⁹ which granted exclusive jurisdiction to the Ukrainian courts as the seat of the company which had taken the disputed decisions, and Article 28.⁸⁰ The English judge welcomed the defendants' plea and declined jurisdiction by acknowledging the reflex effect of the exclusive jurisdiction of the Ukrainian courts.

While this decision is significant for the theory of reflex effect, EU law is currently silent⁸¹ on the possibility of applying it.⁸² In the absence of any acknowledgement from the ECJ on reflex effect, *forum non conveniens* could be a useful tool to bridge the gap stated above. Although some prioritise the adoption of the reflex effect of the Brussels I *bis* provisions on declination of competence to solve the issues outlined in this section⁸³ and we agree that it constitutes a viable alternative, we argue that the flexibility provided by *forum non conveniens* would be welcome in such circumstances.

The reflex effect theory is designed to mirror solely the effect of the provisions of Brussels I *bis* which lead to a Member State court declining competence in favour of another in an extra-EU context. Consequently, taking the example of the exclusive grounds of jurisdiction established by the Regulation, only those listed in Article 24 Brussels I *bis* would trigger the possibility for the Member State court, pursuant to the reflex effect theory, to decline jurisdiction in favour of the third state court which would have exclusive jurisdiction if it were in the EU. Therefore, if the foreign court could exercise exclusive jurisdiction based on a ground that exists under its national law but that cannot be found in Article 24 Brussels I *bis*, the reflex effect theory would not apply. If in addition to that, the third state court was seized after a Member State court was seized on the basis of a concurrent ground of jurisdiction (for example, the domicile of the defendant) for the same dispute, Article 33 Brussels I *bis* would not apply either. As a result, we would find ourselves in a situation where parallel proceedings would be unavoidable, and the risk of irreconcilable judgements would be

⁷⁶ *ibid* 281, 290, 298.

⁷⁷ *Ferrexpo AG v Gilson Investments Ltd & Ors*, [2012], EWHC 72. See also Christelle Chalas, 'Forum (Non) Conveniens in England. Past, Present, and Future' [2019] *Revue critique de droit international privé* 898 <<https://www.dalloz-fr.docelec-u-paris2.idm.oclc.org/documentation/Document?id=REVDIP/CHRON/2020/0160>>.

⁷⁸ Now Article 4 Brussels I *bis*.

⁷⁹ Now Article 24 Brussels I *bis*.

⁸⁰ Now Article 30 Brussels I *bis*.

⁸¹ However, the reflex effect theory was taken into account to a very limited extent in the recast of Brussels I, but only for parallel proceedings. As such, it does not cover the situations outlined in this section. See Georgakoudi (n 7) 288.

⁸² *ibid* 10. Note however that divergent arguments have been formulated on the openness of the ECJ to receive reflex effect as an applicable theory in EU law in relation to *Opinion 1/03 Competence of the Community to conclude the new Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* [2006] ECR I-01145. See Georgakoudi (n 7) 278 ss.

⁸³ See note 73 for the list of some proponents of this solution.

high. While the reflex effect theory would not be able to solve such a situation, *forum non conveniens* would.

Indeed, *forum non conveniens* would empower the Member State judge to look at the particular situation of the case, including the fact that the foreign judge will find itself exclusively competent on the basis of its national law, to decide whether the risk of irreconcilable judgements warrants that it declines jurisdiction. After all, “the European law of jurisdiction cannot be constructed only as an intra-European law and must be adapted to the possible jurisdiction of the courts of third States”.⁸⁴ *Forum non conveniens* would therefore be the most versatile, yet reliable, way to ensure that the EU does not isolate itself from the rest of the world with its rules of jurisdiction, but rather that it undertakes to collaborate, while taking due account of the fact that the principle of mutual trust cannot be applied to a foreign court in the same way as within the EU.

Certainly, reflex effect would ensure a very uniform application of the strict rules already set in Brussels I *bis* to extra-EU disputes. However, as we have shown, it has the disadvantage of being so rigid that it does not provide a complete solution that may be applied to all situations. *Forum non conveniens*, on the other hand, has the flexibility that reflex effect theory lacks. However, this flexibility is not unbound and could be constrained to a certain extent, as we will show in the next section,⁸⁵ thereby safeguarding both the objectives of legal certainty and flexibility in the application of jurisdictional rules.

Lastly, *forum non conveniens* could also prove useful where *lis pendens* does not apply because its requirements are not met, but the cases are clearly connected. That may be the case when two actions are introduced before two different jurisdictions, and the parties are not exactly the same, or the cause of action slightly differs from one action to the other. To achieve the purpose of efficiency and a proper administration of justice, it may be best for the two cases to be heard in the same jurisdiction, which would be able to join the two cases together if it wishes to do so. According to the Québec Court of Appeal, *forum non conveniens* may be used as a tool in such situations, where there is no perfect *lis pendens*, to make sure that both cases are heard by the same court, the one which is more closely related to the dispute.⁸⁶

C. Positive Effects on Forum Shopping and Proper Administration of Justice

According to some authors, Brussels I *bis* as it currently stands “promotes ‘forum shopping’ as it allows the claimant to sue the defendant in a court in which the defendant could otherwise not be sued.”⁸⁷ Arguably, that is true of any system of alternative jurisdictional rules. While some see forum shopping as an act by which a plaintiff is merely availing himself of the benefits of jurisdictional rules to choose the

⁸⁴ Free translation : « le droit européen de la compétence ne saurait se construire seulement comme un droit intra-européen, et doit justement s’adapter à l’éventuelle compétence des juridictions d’États tiers » : François Mailhé, ‘L’organisation de La Concurrence Internationale Des Juridictions : Le Droit de La Compétence Internationale Face à La Mondialisation Économique’ (2013) pt 525 <<http://www.theses.fr/2013PA020063/document>>.

⁸⁵ See How should *Forum Non Conveniens* be Integrated to EU Private International Law?

⁸⁶ *Garantie, compagnie d’assurance de l’Amérique du Nord c Gordon Capital Corporation, 1995 CanLII 4686 (QC CA)*. See also Sylvette Guillemard, Alain Prujiner and Frédérique Sabourin, ‘Les Difficultés de l’introduction Du Forum Non Conveniens En Droit Québécois’ (1995) 36 Collection de Droit 913, 943.

⁸⁷ Franco Ferrari, ‘“Forum Shopping” Despite International Uniform Contract Law Conventions’ (2002) 51 The International and Comparative Law Quarterly 689, 690.

forum that will be most advantageous to him, most contend it is illegitimate as it is an unfair practice that should be discouraged.⁸⁸ We side with the latter group for the reasons explained henceforth.

In any case, to understand forum shopping and its impact, we must distinguish between mere forum “selection”, within the plaintiff’s rights, and forum shopping, which encompasses the previously mentioned element of unfairness.⁸⁹ In other words, it is natural for the plaintiff to seek the forum which will best serve his or her interests.⁹⁰ The concept of forum shopping acknowledges that and consequently targets behaviours that go further than the simple exercise of a legitimate choice: it occurs when the plaintiff abuses of this ability to make a choice by choosing a forum which has no real or substantial connection to the dispute, to the detriment of the defendant.

Forum shopping causes a number of negative consequences. First, and probably most obvious, is the unfairness it creates towards defendants. Indeed, plaintiffs will tend to select the forum which gives them the greatest advantage in terms of conflict of law norms and procedural rules, among other significant factors.⁹¹ A choice of jurisdiction will therefore be unfair when, for example, it artificially creates a link with a jurisdiction to secure these advantages.⁹² Another example of forum shopping which may potentially lead to unfair consequences is where all material facts of a dispute take part in a state (state A) and yet, a ground of jurisdiction allows another state (state B) to have jurisdiction. If the statute of limitations for the kind of action in question is shorter in state A such that the time to introduce an action has run out, but the action would not be time barred in state B and the plaintiff avails himself of this advantage, this may be considered unfair to the defendant.⁹³

Second, this practice causes a lack of efficiency (1) for the courts which have to hear a dispute because it was selected for strategic reasons although it is only loosely connected to the dispute, and (2) for the parties. Indeed, courts may be overburdened by cases which are only tenuously related to their jurisdiction and that would be better adjudicated elsewhere.⁹⁴ This has important impacts on taxpayers, who must suffer the burden of the unnecessary strain on their justice system and of the additional expenses this creates.⁹⁵

For the parties, such an abuse in the selection of a forum to hear the case may have a negative impact on efficiency of the case, which is tied to the principle of administration of justice, stated namely in recital 24 Brussels I *bis*. Indeed, forum selection may have the effect of creating unnecessary costs or delays.⁹⁶ These may range

⁸⁸ Markus Petsche, ‘What’s Wrong with Forum Shopping? An Attempt to Identify and Assess the Real Issues of a Controversial Practice’ (2011) 45 *The International Lawyer* 1005, 1006.

⁸⁹ *ibid* 1008.

⁹⁰ Nwapi (n 10) 19.

⁹¹ Petsche (n 88) 1011–1012.

⁹² See for example *Cass. civ. 24 November 1987, Rev. crit. 1988, 364 (note G. Droz), Clunet 1988, 793 (note E. Loquin)* (n 46).

⁹³ Petsche (n 88) 1012. This is essentially the same situation as in *Case C-264/22*. Such a scenario however implies that there would not be uniform rules for the selection of applicable law, which means that the selection of the court to hear the case would have an impact on the rules applicable to determine the applicable law.

⁹⁴ Petsche (n 88) 1010.

⁹⁵ *ibid*.

⁹⁶ *ibid* 1015.

from complications in the obtention and the examination of relevant evidence to additional obstacles in the recognition and enforcement of the decision. On this last point, enforceability of the judgement obtained in a forum only tenuously linked to the dispute where the defendant does not have any asset may be rendered difficult where the forum choice is perceived by the enforcement court as unfair or against public policy.⁹⁷ Such cases may in fact create additional costs and lead to unenforceable judgements. Put simply, “if the plaintiff succeeds in securing the expected advantage and if this advantage is “excessive,” then this may ultimately work to the plaintiff’s detriment,”⁹⁸ thereby seriously harming the principles of efficiency and sound administration of justice. Conversely, proximity of the forum to the dispute “enhances speed and cost-effectiveness of the process.”⁹⁹

Furthermore, regarding proper administration of justice, Brussels I *bis*’s current approach to parallel proceedings, while highly predictable, can be easily manipulated by filing negative declaratory actions in a chosen forum before the other party can file suit.¹⁰⁰ Following the rule in Articles 29 and 33 Brussels I *bis*, the court first seized would carry on with the hearing of the case. Rigid *lis pendens* rules such as these, combined with forum shopping, therefore encourage parties to take part in a race to the courtrooms in an attempt to file suit first and have their preferred forum hear the case.¹⁰¹

As Hartley put it:

“The arbitrary criterion of being first seised decides the whole issue. The Convention system therefore encourages well-advised, but unscrupulous, parties to win the race to the court house by commencing proceedings at the first hint of a dispute, often choosing a court precisely because it is *inappropriate*, though inappropriate in a way that advantages them”.¹⁰²

As a result, strict *prior tempore* rules may also encourage parties to maliciously take advantage of slow-moving courts by rushing to introduce proceedings in such a jurisdiction in an attempt to block proceedings in any other state or Member State.¹⁰³ Plaintiffs may find considerable strategic advantages from having the procedures dragged over a long period of time; for example, possible patent-infringers may bring proceedings for a declaration of non-liability in Italy, known for its slow proceedings,¹⁰⁴ allowing them to block infringement actions against them for years.¹⁰⁵ Such a behaviour obviously has great detrimental impacts on the other parties to the dispute and on the courts,¹⁰⁶ which are further delayed by an encumbrance of cases barely related to their

⁹⁷ *ibid* 1016, 1026.

⁹⁸ *ibid* 1016.

⁹⁹ *ibid* 1023.

¹⁰⁰ Beaumont (n 26) 453.

¹⁰¹ Conley (n 22) 112.

¹⁰² Hartley (n 8) 816.

¹⁰³ *ibid*.

¹⁰⁴ In fact, this tactic is commonly known as the “Italian Torpedo”. See *ibid* 817; *Case C-116/02, Gasser v MISRAT* [2003] ECR I-14693; *Case C-159/97 Trasporti Castelletti v Hugo Trumpy* [1999] ECR I-1597.

¹⁰⁵ Hartley (n 8) 817.

¹⁰⁶ It is worth noting that excessive delays to be heard by a court may raise questions of human rights. See Article 6(1) of the European Convention on Human Rights: Council of Europe. “Convention for the

jurisdiction. This undoubtedly negatively affects the proper administration of justice. As such, “Italian torpedoes”, facilitated by a strict application of the first-to-file rule as seen namely in *Gasser*,¹⁰⁷ constitute undesirable results which could be mitigated by an appropriately framed adoption of the doctrine of *forum non conveniens*.

In short, by allowing courts to examine their connection to the dispute, *forum non conveniens* would greatly mitigate the negative effects of forum shopping and the first-to-file rule and discourage plaintiffs from exercising their freedom of choice in an abusive way.¹⁰⁸ This would be beneficial for the parties, the courts, and the general efficiency of cases. Furthermore, as we will show in the next section, the application of *forum non conveniens* would not deprive plaintiffs of their legitimate juridical advantage to select the forum in which to introduce their claim, since this would be taken into account in the court’s assessment. In so far as *forum non conveniens* intends on curtailing forum shopping—and not forum selection—legitimate choices by plaintiffs should not be impacted by the introduction of the doctrine.

IV. How should *Forum Non Conveniens* be Integrated to EU Private International Law?

Now that we have established that the inclusion of *forum non conveniens* in the European space of justice would be beneficial because it would provide some much-necessary flexibility, it would bridge some current legal gaps, and would have positive effects on forum shopping and administration of justice, we must turn to how to implement this doctrine. Throughout the common law jurisdictions, different approaches have been adopted overtime.¹⁰⁹ However, we suggest that we rather turn our attention across the pond, to Québec, a civil law jurisdiction that adopted *forum non conveniens* in 1994.

Given the similarities of Québec’s civil law with that of continental European countries which follow the civil law tradition—namely France, from which much of Québec’s substantive law draws—we argue that the analysis of the province’s application of *forum non conveniens* is extremely relevant. As such we see Québec as a case-study, an example for how the European space of justice should incorporate the doctrine into its rules on jurisdiction without compromising the civil law essence of most of the Member States’ legal systems and of Brussels I *bis*.

In this section, we will therefore look at how *forum non conveniens* was implemented in Québec to add flexibility to the traditional civil law jurisdictional rules in force until 1994, thereby showing that *forum non conveniens* is not fundamentally incompatible with civil law. For that purpose, we will first explain the necessary criteria for the exercise of the *forum non conveniens* discretion in Québec, emphasising the essential role played by the criterion of exceptionality in a civil law jurisdiction (4.1). We will then address

Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.” Council of Europe Treaty Series 005, Council of Europe, 1950 1950.

¹⁰⁷ *Case C-116/02, Gasser v MISRAT* [2003] ECR I-14693 (n 104).

¹⁰⁸ Gerald Goldstein, ‘Forum Non Conveniens En Droit Civil’ [2016] *Revue critique de droit international privé* 51 <https://www.dalloz-fr.docelec-u-paris2.idm.oclc.org/documentation/Document?ctxt=0_YSR0MD1MZSBGb3J1bSBub24gY29udmVuaWVucyBlbiBkcm9pdCBjaXZpbMKneCRzZj1zaW1wbGUtc2VhcmNo&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTH Cp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBh>.

¹⁰⁹ Nwapi (n 10); Genevieve Saumier, ‘Forum Non Conveniens: Where Are We Now?’ (2000) 12 *Supreme Court Law Review*; Arzandeh (n 4); Conley (n 22); Ronald A Brand and Scott R Jablonski, ‘Ch. 4: Canada’, *Forum Non Conveniens* (Oxford University Press 2007).

the concerns raised by the ECJ in *Overseas* from the perspective of Québec's version of *forum non conveniens* to show that if properly codified, this doctrine could be successfully implemented within the Brussels framework without disrupting fundamental civil law rules and principles (4.2). Lastly, we will draw from Québec's experience with *forum non conveniens* to make a proposal for the EU, including the successful aspects of the doctrine and suggesting improvements (4.3).

A. Québec as a Case-Study

1. Criteria for the Application of *Forum Non Conveniens* in Québec

Forum non conveniens was codified and integrated in Québec private international law in Article 3135 of its Civil Code:¹¹⁰

“Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may, exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another State are in a better position to decide the dispute”.

The provision clearly highlights four essential cumulative criteria which can trigger the possibility of using *forum non conveniens*:¹¹¹ (1) Québec courts must have jurisdiction, (2) one of the parties must request the application of *forum non conveniens* to the case, (3) the foreign forum has to be clearly more appropriate, and (4) the situation must be exceptional.

On the first criterion, as per the nature of *forum non conveniens*, Québec courts cannot decline to exercise jurisdiction where they do not have jurisdiction to begin with. An assessment of private international law rules of jurisdiction is therefore necessary before any *forum non conveniens* argument can be analysed by the court.¹¹²

Second, one of the parties needs to invoke *forum non conveniens*. This is generally done by the defendant, as the plaintiff had the leisure of choosing which court would hear its claim. However, the importance of this criterion lies in the fact that, contrary to the *forum non conveniens*-inspired mechanism found in Brussels II *ter*,¹¹³ the court may not raise the doctrine of its own motion. We think this is appropriate in the circumstances: while in the framework of Brussels II *ter* the best interests of the child must be at the center of all concerns, which justifies the possibility for the judge to suggest that the case be heard in a better suited forum, in civil and commercial matters, where the parties are free to choose any court to hear their action, it should be the responsibility of the parties to claim that *forum non conveniens* should be applied.

The third criterion is where the analysis intensifies: the defendant must show that the foreign forum, which should hear the case, is clearly more appropriate.¹¹⁴ This is the very essence of *forum non conveniens*: if the defendant does not convince the court that the other forum is in a better position to render justice, it will not decline jurisdiction

¹¹⁰ Civil Code of Québec RLRQ CCQ-1991.

¹¹¹ This is also affirmed by doctrine. See Guillemard, Prujiner and Sabourin (n 86) 931; Talpis and Kath (n 3).

¹¹² Saumier (n 109) 131–132.

¹¹³ Article 12 Brussels II *ter*.

¹¹⁴ *Spar Aerospace Ltd v American Mobile Satellite Corp*, [2002] 4 SCR 205 [78]; *Lamborghini (Canada) inc c Automobili Lamborghini SPA*, 1996 CanLII 6047 (QC CA) [19]; *Groupe SNC-Lavalin inc c Siegrist*, 2020 QCCA 1004 [121]; *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v Cassels Brock & Blackwell LLP*, [2016] 1 SCR 851 [52]; Brand and Jablonski, ‘Ch. 4: Canada’ (n 109) 85; Nwapi (n 10) 1.

because the mere fact that the Québec courts have jurisdiction assumes that they are able to hear the case.¹¹⁵ The foreign forum must therefore stand out as compared to the Québec courts:¹¹⁶

He or she [the defendant] must show, not that the alternative forum is "comparable" with the domestic forum, but that it is better in material respects, after all relevant circumstances are weighed. In the words of LeBel J., [Justice on the Supreme Court of Canada] "[i]t is not a matter of flipping a coin."¹¹⁷

Consequently, where the foreign forum is equally appropriate, but nothing tips the scale in its favour, Québec courts will reject the *forum non conveniens* plea and exercise jurisdiction.¹¹⁸

This criterion is also the evidence that contrary to what some civil lawyers fear,¹¹⁹ the discretion exercised by the judge seized of a *forum non conveniens* question is not unfettered. In fact, it is very clearly framed by the following jurisprudential factors, best expressed in the *Lexus Maritime* case:

The parties' residence, that of witnesses and experts;
 the location of the material evidence;
 the place where the contract was negotiated and executed;
 the existence of proceedings pending between the parties in another jurisdiction;
 the location of Defendant's assets;
 the applicable law;
 advantages conferred upon Plaintiff by its choice of forum, if any;
 the interest of justice;
 the interest of the parties;
 the need to have the judgment recognized in another jurisdiction.¹²⁰

Other factors, such as the residence of legal counsel, the abusive character of the litigation, the best interest of the child,¹²¹ and principles of civil procedure, including proportionality,¹²² have also been taken into consideration by Québec courts in past cases. This list is therefore non-exhaustive, and none of these factors is determinative.¹²³

This list takes account of a number of important concerns in civil law jurisdictions. The fourth factor considers whether other actions are pending elsewhere so as to avoid

¹¹⁵ *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 SCR 205 (n 114) para 78; *Lamborghini (Canada) inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*, 1996 CanLII 6047 (QC CA) (n 114) paras 67–68.

¹¹⁶ *Groupe SNC-Lavalin inc. c. Siegrist*, 2020 QCCA 1004 (n 114) para 121.

¹¹⁷ Nwapi (n 10) 98.

¹¹⁸ *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 SCR 205 (n 114) para 79; Talpis and Kath (n 3) para 183.

¹¹⁹ Conley (n 22) 180; Kennett (n 7) 555. This also seems to have been a concern which motivated the decision in *Owusu*.

¹²⁰ *Oppenheim forfait GmbH c. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001 (QC CA) 7–8.

¹²¹ Talpis and Kath (n 3) paras 97–103.

¹²² *SNC-Lavalin Group inc c. Ben Aïssa*, 2019 QCCS 465 [213].

¹²³ *Groupe SNC-Lavalin inc. c. Siegrist*, 2020 QCCA 1004 (n 114) para 120; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 SCR 205 (n 114) para 71; *Oppenheim forfait GmbH c. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001 (QC CA) (n 120) 8; Nwapi (n 10) 74.

parallel proceedings and/or irreconcilable judgements, a concern shared by the EU in Brussels I *bis*.¹²⁴

The fifth factor, the location of the defendant's assets, somewhat relates to the tenth factor in this list (the need to have the judgment recognized in another jurisdiction), and is meant to ensure that the efficiency goals of *forum non conveniens* are not circumvented by overly complex enforcement proceedings in a different state than the one that issued the judgement. That is not to say that the state in which the defendant has assets will automatically be deemed to be most appropriate: this criterion must simply be assessed to gain a wholistic understanding of the situation and make a decision that will best serve the interests of all parties involved throughout the proceedings.

The seventh factor importantly considers the advantage conferred upon the plaintiff by its choice of forum. As a result, it recognises the right of the plaintiff to select the court to hear the dispute. As previously mentioned, it is natural for a plaintiff, when given the opportunity, to choose the forum which presents the most advantages to them.¹²⁵ This factor therefore gives due weight to this advantage in so far as it is legitimate, thereby protecting plaintiffs while restricting illegitimate forum shopping.

The eighth factor, the interest of justice, is a typical civil law factor, which allows the consideration of public policy interests and sound administration of justice.¹²⁶ Such a factor would therefore allow a court to give due weight to important principles like legal certainty or the protection of a weaker party.

Together, these factors allow the court to paint an accurate picture of the situation, taking account of the different perspectives of the parties as well as the interests of justice, to come to a decision about the appropriateness of the foreign forum.

Fourth, the criterion of exceptionality is unique to Québec's *forum non conveniens doctrine* as it does not exist under traditional common law.¹²⁷ This particular feature of Québec's *forum non conveniens doctrine* truly makes it stand out and is arguably one of the reasons why this common law procedural device was successfully integrated in the jurisdiction's civil law system. While *forum non conveniens* is a discretionary measure with which common law courts are familiar, the exceptionality requirement introduced in Québec's version of the doctrine frames the discretion which can be used by the court to make a decision and limits it to only a handful of situations.¹²⁸ As summarised by Talpis and Castel in *Reform of the Civil Code*, "The starting point should be the principle that the plaintiff's choice of forum should only be declined exceptionally, when the defendant would be exposed to great injustice as a result."¹²⁹

¹²⁴ Recital 21 Brussels I *bis*.

¹²⁵ See

Positive Effects on Forum Shopping and Proper Administration of Justice.

¹²⁶ Indeed, it does not exist under traditional common law. See Georgakoudi (n 7) 254.

¹²⁷ Genevieve Saumier, 'Forum Non Conveniens: Where Are We Now?' (2000) 12 Supreme Court Law Review 121, 129.

¹²⁸ Louise Lussier, 'L'exercice De La Competence Juridictionnelle Internationale Des Tribunaux Au Quebec: Une Crise Des Valeurs? Commentaire Sur Spar Aerospace Itee C. American Mobile Satellite Corp' (2005) 50 McGill Law Journal 417, para 71.

¹²⁹ Jeffrey Talpis and Jean-Gabriel Castel, 'Interpreting the Rules of Private International Law', *Reform of the Civil Code* (1993) 55.

The importance of this criterion in Québec's *forum non conveniens* was also emphasised in *Spar Aerospace*, where the Supreme Court of Canada established that exceptionality also serves the principles of certainty and efficiency, thereby avoiding to compromise comity, order and fairness, which are principles at the heart of private international law.¹³⁰ In other words, by framing the doctrine of *forum non conveniens* with the principle of exceptionality, Québec's iteration of the doctrine ensures that the flexibility it provides is only used in the cases where it is truly necessary and that declining jurisdiction in favour of another state does not become commonplace. This criterion is therefore essential in mitigating any harm, actual or perceived, that could be done to legal certainty by the incorporation of flexibility to civil law inspired jurisdictional rules. As such, codifying exceptionality among the requirements for the application of *forum non conveniens* is a solution which should be considered by the European legislators to integrate the doctrine to EU private international law, while preserving the core objectives underlying Brussels I *bis*.

2. Critique of *Owusu* in Light of Québec's *Forum Non Conveniens* Doctrine

We may wonder if *Owusu* would have resulted in such an absolute rejection of *forum non conveniens* had the ECJ properly understood the doctrine, its function, and its compatibility with civil law when properly framed, as evidenced by the Québec experience. In this section, we will therefore examine some of the main arguments raised by the Court in *Owusu* to reject *forum non conveniens* from the European space of justice and assess whether an approach like the one taken by Québec could alleviate some of the concerns of the ECJ and negate arguments hostile to the doctrine.

One of the main arguments of the ECJ is that the legal protection of persons established in the Brussels Convention would be undermined because a defendant would be unable to reasonably foresee before which courts he or she might be sued.¹³¹ We can therefore read between the lines that the ECJ reasoned that refusing to recognise *forum non conveniens* is necessary to protect defendants.¹³² This argument blatantly misunderstands the mechanism and purpose of *forum non conveniens*, for it is the defendant himself who applies for a stay by introducing a *forum non conveniens* plea.¹³³ In fact, refusing to recognise *forum non conveniens* means that a case may be tried before a court only tenuously connected to the dispute. This is significantly more unforeseeable for the defendant than any court that can be qualified as “clearly more appropriate”. With its ruling in *Owusu*, the court has therefore achieved the opposite result it was seeking.

Moreover, in the context of the *Owusu* case, this argument flies in the face of reason; the defendant requested to be sued in the place where the tort occurred rather than his home jurisdiction. Considering that this would constitute a valid jurisdictional ground under Brussels I *bis*,¹³⁴ can it really be said that granting the *forum non conveniens* request would jeopardize legal certainty? Clearly the answer must be no.¹³⁵

¹³⁰ *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 SCR 205 (n 114) para 83.

¹³¹ *Owusu* [42].

¹³² Hartley (n 8) 827.

¹³³ *ibid*; Cuniberti (n 7) 977; Conley (n 22) 243.

¹³⁴ Article 7(2) Brussels I *bis*.

¹³⁵ Cuniberti (n 7) 977.

The Court also argued that given that not all Member States accept the doctrine of *forum non conveniens*, recognising the possibility for those who have it to apply it would jeopardize uniform application of the rules of jurisdiction.¹³⁶ While some argue that this argument is weak because the ECJ did not explain why such a situation would be a bad thing,¹³⁷ we take a different approach. Indeed, the purpose of this paper is not to make an argument in favour of allowing Member States which have *forum non conveniens* as part of their national law to apply it in the EU context. Rather, we argue that the EU as a whole could benefit from the integration of the doctrine in the Brussels framework because it is valuable in and of itself. Consequently, this argument is entirely irrelevant, since following our proposition, all Member States would be entitled to apply *forum non conveniens* pursuant to EU law.

Lastly, the ECJ emphasised in this decision the mandatory nature of Article 2 of the Brussels Convention.¹³⁸ This is where Québec's approach to *forum non conveniens*, more sensitive to legal certainty concerns, comes into play. As explained above, the exceptionality criterion would ensure that the EU would get the best of both worlds: the principle would remain that grounds of jurisdiction such as the one established in Article 4 Brussels I *bis* are mandatory, but the introduction of *forum non conveniens* on an exceptional basis would provide European courts with some flexibility where there is a clearly more appropriate forum. Consequently, legal certainty would be preserved, as the civil law inspired rules found in Brussels I *bis* would remain and would not be derogated from in the overwhelming majority of cases. Only when it is truly necessary, namely to achieve the objectives of sound administration of justice and efficiency which underlie Brussels I *bis*, would the rule be derogated from using a properly framed *forum non conveniens* exception.

Furthermore, the Court's arguments create the impression that recognizing *forum non conveniens*, which introduces discretion into jurisdictional rules, would be unheard of in the framework of the Brussels Convention. However, as previously mentioned, this would be an inaccurate reflection of European law: Articles 30, 33, and 34 Brussels I *bis* introduce some discretion into the rules on parallel proceedings through its use of the term "may".¹³⁹ Jurisdiction is therefore not mandatory in all circumstances.¹⁴⁰ If unconstrained discretion is one of the Court's main concerns with regard to *forum non conveniens*, why would it not be possible to frame this discretion using strict criteria, as the European legislator did in Section 9 of Brussels I *bis*?

Finally, although this was not raised by the ECJ as an argument against *forum non conveniens*, we believe it is relevant to emphasise that the doctrine as adopted by Québec is entirely compatible with its pre-existing *lis pendens* rules, which are for all intents and purposes, essentially identical to those established under Brussels I *bis*. In fact, we argue that in cases of parallel proceedings, *forum non conveniens* could correct the overly strict *lis pendens* rules where the forum first seized is inappropriate to hear the dispute. In such a situation, the court second seized would stay its proceedings in accordance with the *lis pendens* rule, giving an opportunity to the first court to rule on its competence. Where

¹³⁶ *Owusu* [43].

¹³⁷ Hartley (n 8) 827.

¹³⁸ Now Article 4 Brussels I *bis*.

¹³⁹ Cuniberti (n 7) 975.

¹⁴⁰ *ibid*.

the requirements of *forum non conveniens* are met, the first court would decline jurisdiction in favour of the second. Both legal doctrines could therefore work hand in hand.

Thus, *forum non conveniens* would not hinder the application of *lis pendens*; rather, it would play a complementary role by correcting unfair or inefficient results of its application. Case in point: Québec illustrates perfectly how *lis pendens* and *forum non conveniens* are reconcilable within the same legislative framework. Furthermore, as the Québec experience shows, the addition of *forum non conveniens* to civil law rules of jurisdiction does not sacrifice the rules on *lis pendens*: both have been used concurrently in Québec disputes since 1994.

B. *A Proposal for the EU*

Considering the above, we propose that the EU adopt the doctrine of *forum non conveniens* on essentially the same terms as Québec did in 1994, as this is now a tried-and-true method. We will highlight some of the more fundamental criteria and suggest that the jurisprudential teachings of Québec courts should be integrated in the EU's codification of *forum non conveniens* to ensure simple, clear, and uniform application of the rule throughout the EU and to preserve to a greater extent the principle of legal certainty, thereby alleviating the concerns of some continental European civil lawyers (4.2.1). Furthermore, we think that the EU should learn from the experience of Québec with *forum non conveniens* and from its mistakes. Consequently, we will suggest some improvements to ensure that the EU's version of *forum non conveniens*, should it choose to adopt it, would be state-of-the-art (4.2.2).

1. What Should the EU Take from the Québec Model?

First, considering the ECJ's concern for the protection of defendants, evidenced in *Onvsu*, we suggest that the EU take inspiration from Québec by clearly establishing that *forum non conveniens* can only be requested by the parties. Without the court being able to raise this exception itself, the judge's power as well as the number of cases in which *forum non conveniens* might be brought forward would be limited and the parties would be able to choose whether they want to avail themselves of the protection of legal certainty and foreseeability of the forum in which they may be sued.¹⁴¹

Given that the plaintiff has the benefit of choosing the forum before which to introduce the proceedings, it would be highly surprising that a request for *forum non conveniens* would be introduced by them. If they decided to sue the defendant elsewhere, they could simply discontinue the proceedings and introduce a new claim in a second forum. This principle therefore mainly benefits the defendants. However, we would argue against using the term “defendant” in the wording of the criterion so as not to limit the possibility of raising *forum non conveniens* solely to this category of parties: for example, third parties in an action on a warranty or guarantee may want to benefit from the flexibility of the doctrine. The term “parties” therefore more adequately encompasses all stakeholders that may have an interest in requesting *forum non conveniens*, thereby ensuring that the flexibility objective which underlies this doctrine is fulfilled to the greatest extent possible.

¹⁴¹ Indeed, there is no reason why the parties—or more accurately in the circumstances of a *forum non conveniens* plea the defendant—should be prohibited from waiving this protection. See Gilles Cuniberti, ‘Current Developments - Private International Law’ (2005) 54 Int'l. & Comp. L.Q. 973, 977.

Second, we believe that the exceptionality criterion is the key to a successful implementation of the doctrine of *forum non conveniens* in civil law legal traditions. As such, we would advise the EU to follow Québec's steps and codify this important requirement which frames the scope of the flexibility that may be introduced into the jurisdictional rules. This would also make the introduction of *forum non conveniens* within the framework of Brussels I *bis* coherent with how flexibility was integrated in Brussels II *ter*.¹⁴² Rather than giving discretion to the judge, as it would be done in common law jurisdictions, the codification of the exceptionality requirement would bring flexibility in clearly defined circumstances to be interpreted by the judge, a more familiar framework for civil law practitioners.

This criterion also has a crucial function because it narrows down significantly the instances in which this mechanism may be used, which works towards ensuring legal certainty while introducing some margin of manoeuvre for courts which are only loosely connected to the dispute. Consequently, framing *forum non conveniens* in such a way represents a compromise between the benefits provided by flexibility, as highlighted in this paper, and the protection of civil law's core principles. Furthermore, the ECJ would certainly have to interpret what "exceptional" should mean in EU law, but with a narrower margin of appreciation than under traditional common law, Member State courts would be able to apply the doctrine in a more uniform way.

To that end, as has been suggested by some authors to improve the application of the exceptionality criterion in Québec,¹⁴³ some situations could be subtracted from the possibility of applying *forum non conveniens* to ensure that the exceptional nature of the doctrine is preserved. This could be the case for judgements which would not be enforceable in the EU if they were rendered by an alternative court, cases where there is a valid, exclusive, freely negotiated choice of court agreement selecting an EU court, and situations where jurisdiction was established to protect certain persons, such as weaker parties.¹⁴⁴ *Forum non conveniens* could also be unavailable when the court has exclusive jurisdiction, such as for disputes on rights in *rem* in immovable property.¹⁴⁵

Third, we recommend codifying the "clearly more appropriate forum" criterion as well as the relevant factors for the assessment of this step of the test. For this criterion, the EU could have a choice to make: it could adopt the "clearly more appropriate"

¹⁴² Estelle Gallant, 'Le Forum Non Conveniens de l'article 15 Du Règlement Bruxelles II Bis' [2017] *Revue critique de droit international privé* 464 <<https://www-dalloz-fr.doclec-u-paris2.idm.oclc.org/documentation/Document?id=REVDIP/CHRON/2017/0225>>.

¹⁴³ It is worth noting that some authors argue that the application of Québec's version of the *forum non conveniens* doctrine is not as consistent with its codification as it should, leading to the court declining jurisdiction in more cases than one would expect considering the exceptionality criterion. See Talpis and Kath (n 3); Guillemard, Prujiner and Sabourin (n 86) 948; Goldstein (n 108) 11. The overuse of *forum non conveniens* in Québec can be explained by the important influence of common law jurisdictions on the province, given its geographical position, surrounded by common law provinces that have been using and applying *forum non conveniens* for years: see Nwapi (n 10) 72. Nevertheless, more recent jurisprudence seems to be more respectful of the exceptional nature of *forum non conveniens*: see Goldstein (n 108) 12. In any case, the circumstances in Europe would be very different, and it is unlikely that so much influence of the common law would permeate EU law. It would however be up to the European legislator and the ECJ to define "exceptional" consistently with principles of EU law and the Brussels I *bis* framework. It is also for this reason that we make suggestions for a greater protection of the exceptional nature of *forum non conveniens* in Europe, should it be adopted using these criteria, than what has been seen in Québec since 1994.

¹⁴⁴ See Brussels I *bis* Section 3 for matters relating to insurance, Section 4 for consumer contracts, and Section 5 for individual contracts of employment. See also Talpis and Kath (n 3) para 156.

¹⁴⁵ Beaumont (n 26) 454.

criterion, as Québec did, or choose the “clearly inappropriate forum”, as in Australia.¹⁴⁶ The distinction between these two different thresholds is major. As previously explained, the “clearly more appropriate” criterion looks at the appropriateness of the foreign forum compared to that of the forum seized, which is assumed to be appropriate. As such, the foreign forum must, on the whole, present an advantage or a particular connection with the dispute which prevails over the forum selected by the plaintiff. It is therefore a comparison exercise.¹⁴⁷ On the other hand, the “clearly inappropriate” threshold looks at the forum seized and asks whether it is so clearly inappropriate that the case should be tried elsewhere. As defined by Nwapi, a proponent of this method:

[A] forum is clearly inappropriate when, due to practical difficulties that render adjudication of the suit there cumbersome, clumsy and awkward, justice in the case cannot reasonably be expected to be served there. Where justice can be served, but it is only that another forum is merely less cumbersome, clumsy and awkward, or, to use the traditional language, clearly more appropriate, a stay should not be granted.¹⁴⁸

As such, the “clearly inappropriate forum” test gives greater deference to the plaintiff’s choice of forum, while placing a heavier burden of proof on the moving party, generally the defendant.¹⁴⁹ This alternative may therefore be a compromise between legal certainty and protection of the plaintiff’s forum selection, and flexibility.

However, we wish to highlight that this test sets such a high threshold that it may not even be capable of producing the benefits of introducing more flexibility into the rules of jurisdiction which we have mentioned. As an example, let us take the *Owusu* case: could it be said that in the circumstances of the case, the English courts were *clearly inappropriate*? Almost all factors pointed to Jamaica as the more appropriate forum, and considering the English rules of procedure and evidence, trying the case in England would have been extremely burdensome. That being said, it is not evident to us that this case would necessarily lead to a conclusion that the English courts were *clearly inappropriate*, warranting the application of the Australian form of *forum non conveniens*. An interpretation of the case may suggest that it would merely be less cumbersome to litigate in Jamaica compared to England.

If it is questionable whether *forum non conveniens* can apply to the *Owusu* case, which seems to be the best candidate for the doctrine, we may wonder in what case *forum non conveniens* would be used. We therefore think that this threshold excessively burdensome to achieve the objectives of flexibility highlighted in this paper. Such a high threshold also seems unnecessary if the exceptionality criterion is adopted, which would already set a limit to the use of *forum non conveniens*. While adopting the “clearly inappropriate” criterion would constitute a step forward in the EU context, we believe it would be unsatisfactory, which is why we recommend the “clearly more appropriate forum” test.

Regarding the factors for the court to assess the appropriateness or inappropriateness of a forum, we think that, contrary to Québec, the EU should lay out an exhaustive list

¹⁴⁶ This is the approach favoured by Nwapi (n 10).

¹⁴⁷ Goldstein (n 108) 9.

¹⁴⁸ Nwapi (n 10) 16.

¹⁴⁹ Ronald A Brand and Scott R Jablonski, ‘Ch. 6: Similarities and Differences in Common Law Forum Non Conveniens Doctrine’, *Forum Non Conveniens* (Oxford Uni, Oxford University Press 2007) 102.

of factors in a provision which would frame the judge's analysis. This approach seems to us more in line with EU law and the ECJ's concerns regarding the discretion required to exercise *forum non conveniens* and will ensure a more uniform and predictable application of the doctrine. Framed this way, *forum non conveniens* would more closely resemble the provisions of Brussels I *bis* on *lis pendens*, which are familiar to the courts in the EU. This list could even hierarchise the factors to ensure that the assessment would assign more weight to the aspects which are considered crucial under EU law, such as the interests of justice¹⁵⁰ and the juridical advantages granted by the plaintiff's choice of forum. The European legislator could also add factors that would uniquely fit into the Brussels framework. For example, due weight could be given to the consideration of whether the ground for jurisdiction chosen by the plaintiff is based on one of the grounds created to protect weaker parties to ensure that the objective of protection of those parties are still preserved.¹⁵¹ Similarly, a factor could be included to take account of the potential loss of the advantage of the facilitated procedures of recognition and enforcement of judgements within the EU if the alternative forum is in a third state. This would however only be a material concern where enforcement would take place in Europe,¹⁵² and could therefore be connected to the factor considering the location of the defendant's assets or the one on the plaintiff's juridical advantages.

2. What Should be Improved in the Québec's Version of *Forum Non Conveniens* for Europe?

While the "clearly appropriate forum" criterion should already implicitly assess this, we believe that it may be worth taking inspiration from the traditional common law definition of *forum non conveniens* and add the criterion that an alternative forum must exist.¹⁵³ This may seem self-evident, but the purpose of this criterion is to make sure that there is *prima facie* another competent court which may hear the case;¹⁵⁴ a theoretical possibility is therefore insufficient to ground a *forum non conveniens* plea.¹⁵⁵ Thus, this should be assessed upfront.¹⁵⁶ This criterion may also address issues related to statute of limitations, given that if the claim would be statute barred in the alternative forum, we may not consider it an available alternative forum.¹⁵⁷ It would also constitute a further protection for the plaintiff against denials of justice, since it would force the seized court to examine whether justice could truly be rendered elsewhere.

On this last point, the risk of denial of justice would also be greatly mitigated by the introduction of a clear requirement that the court *stays* its proceedings until the

¹⁵⁰ Interests of justice could even include some overriding public interest concerns, such as environmental protection and human rights, where those issues may arise in civil and commercial matters. See Talpis and Kath (n 3) para 208.

¹⁵¹ See Brussels I *bis* Section 3 for matters relating to insurance, Section 4 for consumer contracts, and Section 5 for individual contracts of employment. This would be relevant if the use of *forum non conveniens* was not otherwise excluded for jurisdiction based on the special status of those weaker parties, as suggested above.

¹⁵² Cuniberti (n 7) 979.

¹⁵³ *Amchem Products Incorporated v British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 SCR 897; *Spiliada Maritime Corps v Consulex Ltd (1987) LAC* (n 9); Nwapi (n 10) 5.

¹⁵⁴ Talpis and Kath (n 3) para 23; *Spiliada Maritime Corps v Consulex Ltd (1987) LAC* (n 9).

¹⁵⁵ Nwapi (n 10) 17.

¹⁵⁶ Talpis and Kath (n 3) para 169.

¹⁵⁷ Nwapi (n 10) 17.

alternative forum has ruled on its competence. Consequently, given that the court chosen by the plaintiff would remain seized of the case, if for any unforeseen reason the alternative forum finds that it does not have jurisdiction, the case pending before the first court, which has already found itself competent as part of the *forum non conveniens* analysis, can resume. While this is how *forum non conveniens* is applied by courts in practice, we believe that it would be best, to ensure certain and uniform application throughout the EU, to clearly indicate that where a request for *forum non conveniens* is granted, the procedures should be stayed. Only when the alternative forum has asserted jurisdiction may the first court decline jurisdiction and dismiss the case. Through this mechanism, we can then be sure that justice will be rendered.

However, to remain coherent with the Brussels framework and allow the parties to initiate proceedings in another Member State where its courts would be more appropriate, an exception to the rules on parallel proceedings would have to be made.¹⁵⁸ Indeed, as it currently stands, Article 29 Brussels I *bis* would require the second court seized to stay its proceedings of its own motion. Given that this would defeat the purpose of the *forum non conveniens* mechanism, an exception would have to be introduced to allow the court of the second Member State seized to examine its jurisdiction where the first court stayed its proceedings in application of *forum non conveniens*. A similar exception would also have to be added to the provisions on parallel proceedings in related actions and to parallel proceedings where the court first seized is located in a third state.

Lastly, we believe it would be necessary for the European legislator, should it choose to integrate *forum non conveniens* into the Brussels I *bis* framework, to include the requirement that this procedural device be raised at the same time as any other challenge on the jurisdiction of the court.¹⁵⁹ This is essential to guarantee that the goal of ensuring greater efficiency for the proceedings is safeguarded. Indeed, the appropriateness of the forum is a preliminary question which should be addressed first in a case. It may even be raised subsidiarily alongside a challenge of jurisdiction based on the grounds set forth in Brussels I *bis*. As such, any party wishing to request the application of *forum non conveniens* should do so promptly, and certainly within the time limit awarded for any other jurisdictional challenge.

In conclusion, we have shown that the Brussels I *bis* framework could benefit from more flexibility in the form of the adoption of the *forum non conveniens* doctrine. Such an approach would be coherent with the objectives of Brussels I *bis*, as it would ensure that disputes are closely connected with the forum hearing the case, thereby increasing efficiency, and ensuring the sound administration of justice. *Forum non conveniens* could also be used as a tool to bridge some of the current legal gaps in relation to parallel proceedings with third states, in place of the reflex effect as suggested by some authors. The doctrine can also have important positive impacts on forum shopping, as it discourages plaintiffs from exercising their right to choose the forum before which to introduce the case in an abusive manner and can correct inappropriate forum selections. It also has an important role to play in the sound administration of justice

¹⁵⁸ Cuniberti (n 7) 979; Jonathan Harris, 'Stays of Proceedings and the Brussels Convention' (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly* 933, 938 <<https://www.jstor.org/stable/3663404>>.

¹⁵⁹ Guillemard, Prujiner and Sabourin (n 86) 935.

by preventing the courts from becoming overburdened with cases barely connected to their jurisdiction.

Considering those major advantages, we have therefore suggested that the European legislator adopt the doctrine of *forum non conveniens*, inspired by Québec's iteration of this procedural device. However, since the doctrine was adopted in 1994, authors have been able to identify some deficiencies in its codification. We have therefore suggested remedies to these issues. As such, our recommendation is that *forum non conveniens* should be added to the provisions of Brussels I *bis* and include the following criteria: (1) the seized court must have jurisdiction, (2) there is another available forum which has *prima facie* jurisdiction, (3) *forum non conveniens* is requested by one of the parties, (4) the alternative forum is clearly more appropriate having regard to codified factors which have been mentioned,¹⁶⁰ and (5) this procedural device may only be used exceptionally.

While there may be some opposition in Europe to this proposition, it may be worth noting that Québec courts had also rejected *forum non conveniens* in the 1970s before its legislative adoption in 1994 on essentially the same grounds as the ECJ in *Onvsu*.¹⁶¹ Overtime, *forum non conveniens* has made its way into Québec civil law and today, lawyers and judges alike are familiar with its application. This shows, as we have argued, that when properly framed and codified, this doctrine can be harmoniously integrated into civil law legal systems and provide it with much-needed flexibility. Besides, the codification of *forum non conveniens* as we suggest it would not provide discretion strictly speaking—or at least as understood in common law—but rather a margin of appreciation in interpreting criteria set by a provision, which is more consistent with the civil law tradition.

Some purists may argue that a codification of *forum non conveniens* as we suggest it would go against the very essence of the device of a discretionary nature. While that may be true, our aim here was to show how the EU could integrate more flexibility into its jurisdictional rules without sacrificing the principles which are dear to the EU in general and to the civil law Member States. Consequently, whether we can still call the doctrine “*forum non conveniens*” or not is beside the point.

Finally, we would like to point out that Québec is not the only civil law jurisdiction which has introduced more flexibility in its rules of jurisdiction: Japan has a somewhat similar mechanism—the doctrine of exceptional circumstances.¹⁶² This may therefore constitute a further source of inspiration for the EU in an attempt to allow some flexibility to enter the rules of jurisdiction of the Brussels I *bis* framework.

¹⁶⁰ See Criteria for the Application of *Forum Non Conveniens* in Québec.

¹⁶¹ Guillemard, Prujiner and Sabourin (n 86) 927.

¹⁶² Goldstein (n 108).

Le principe de légalité criminelle dans le droit de l'Union européenne. Un bref aperçu de la jurisprudence.

Joaquim Gaye,
Doctorant à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Principe cardinal de l'État de droit, la légalité se retrouve dans des matières impliquant les conséquences les plus graves, sur un plan patrimonial — en droit fiscal, ou sur un plan individuel — en droit pénal. Ce principe est aussi fondamental en droit de l'Union européenne, bien qu'il prenne une forme quelque peu différente de celle du droit français, qu'il convient d'explicitier et au sujet de laquelle ces lignes se proposent de dissenter.

Fondée sur le droit à la sûreté tel qu'il est établi par les articles 2 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, la légalité criminelle commande que *la répression¹ relève du monopole de la Loi*. Plus prosaïquement, elle affirme qu'une personne « ne peut être puni[e] pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi »². La Chambre criminelle, à plusieurs reprises, a ainsi affirmé que « les juges répressifs ne [pouvaient] prononcer une condamnation que si le fait poursuivi [constituait au moment de sa commission] une infraction punissable »³.

En le formulant en ces termes, la France a fait le choix d'une conception dite « formelle »⁴ du principe de légalité.

En droit de l'Union, le principe siège à l'article 49§1 de la Charte des droits fondamentaux qui stipule que *nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international*. Au-delà de la lettre *formelle* des textes et par l'intermédiaire de la Cour de justice, la légalité criminelle en droit de l'Union prend une acception principalement *qualitative*⁵.

Les incriminations doivent être assez claires pour permettre au justiciable de déterminer « à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »⁶ ; en d'autres termes, la norme pénale doit être prévisible et accessible, afin

¹ Répression entendue *stricto sensu*, c'est-à-dire « l'incrimination des faits délictueux, la poursuite de leurs auteurs et l'infliction des peines » (cf. Association HENRI CAPITANT, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, dir. G. CORNU, 9e éd., P.U.F./Quadrige, 2011, V° « RÉPRESSION », 2).

² Art. 111-3 C. pén.

³ Cass. crim. 24 novembre 1993, pourvoi n°93-82.160 ; Crim. 07 décembre 2010, pourvoi n°10-83.902.

⁴ G. TAUPIAC-NOUVELLE, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, thèse, Université Toulouse I-Capitole, Institut Universitaire Varenne, *Thèse*, 2011, n°233, p. 223.

⁵ Cf. G. TAUPIAC-NOUVELLE, *thèse*, précit., n°233, p. 223. L'autrice renvoie au n°59 (p. 73) et à la thèse de PASCAL BEAUVAIS (P. BEAUVAIS, *Le principe de légalité pénale dans le droit de l'Union européenne*, thèse dactyl., Paris X, 2006, p. 230 et 237). Reprenant les termes de P. BEAUVAIS, G. TAUPIAC-NOUVELLE évoque *une approche qualitative* de la légalité. Cf. CJUE, 05 décembre 2017, *M.A.S.*, aff. C-42_17, point 55 ; CJUE, 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15, point 162 ; CJCE, 03 juin 2008, *Intertanko e.a.*, aff. C-308/06, point 70.

⁶ CJUE, 10 novembre 2011, *Özlem Garenfeld*, aff. n°C-405/10, JCP 2011, n°1293, note F. PICOD. Cf., précédemment, CJCE, 03 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c/ Leden van de Ministerraad*, aff. C-303/05 ; CJCE, 12 décembre 1996, *Procédures pénales c/ X*, aff. C-74/95.

d'informer le citoyen européen — où qu'il soit sur le territoire de l'Union — de la conduite qu'il doit adopter et des risques encourus par lui s'il la viole.

Il y a ici, du moins semble-t-il, une différence avec la finalité du principe telle que l'entend le droit pénal français. Historiquement, la légalité fut en effet pensée comme une arme contre l'arbitraire et a exprimé un combat contre les vellétés despotiques du souverain⁷, royal ou républicain.

La négation française de l'arbitraire devient — en droit de l'Union — une garantie, un droit, accordé(e) aux citoyens des États membres d'être informés de la teneur, du contenu précis(e) des législations pénales. Ce contraste n'est, toutefois, pas antagoniste ou contradictoire. De fait, est qualifiée d'arbitraire la décision qui est prise sans « [appliquer] une règle existante » ou celle qui est « [soumise] aux caprices de [son détenteur] »⁸ ; prise en l'absence de règle ou de norme ; capricieuse : une décision arbitraire est une décision *imprévisible*.

S'il est possible de confronter et d'accorder légalité en droit interne et légalité en droit de l'Union, la confrontation de la légalité criminelle qualitative de la Cour de justice avec les instruments d'harmonisation des législations pénales⁹ en droit dérivé révèle toutefois un certain paradoxe. En effet, lesdits instruments — quoique rédigés de façon détaillée¹⁰ et reflétant, de ce fait, la conception formelle de la légalité — n'en demeurent pas moins des « règles minimales »¹¹, que les droits nationaux tendent à retranscrire « littéralement »¹², sans autres précisions ni approfondissements, car les États membres n'en ressentent pas le besoin.

L'harmonisation promue par le droit dérivé satisfait-elle, par conséquent, les exigences de la Cour de justice en matière de légalité ? Il semble en effet que le caractère minimal des incriminations de droit dérivé et leurs retranscriptions subséquentes, nécessaires à la politique de coopération judiciaire en matière pénale, conduisent les juridictions des États à interroger la Cour sur le point de savoir si elles satisfont à l'interprétation de l'article 49§1 de la Charte des droits fondamentaux¹³.

Une telle problématique met en lumière le dilemme auquel la Cour de Justice nous semble être confrontée ; tiraillée entre la garantie des droits et libertés fondamentales ; l'effectivité des sanctions incriminées en droit dérivé, fruits de la politique pénale de l'Union et l'harmonisation des législations pénales nationales. Ces différents objectifs forcent la Cour de Justice à rechercher un équilibre souvent difficile à atteindre entre légalité criminelle et harmonisation, parfois au détriment de la première.

⁷ Exprimé, notamment, par les lettres de cachet de l'Ancien Régime (voir sur ce point, J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, GF, 2006, p. 26-27).

⁸ Association HENRI CAPITANT, G. CORNU, ouvrage préc., V^o « ARBITRAIRE ». Rappelons, par la même occasion, que la prévisibilité des incriminations n'est pas inconnue en droit interne. En effet, le Conseil constitutionnel a dégagé de la légalité criminelle l'obligation pour le législateur de « définir les éléments constitutifs [d'une infraction] en des termes clairs et précis » (*cf.* Conseil constitutionnel, 18 janvier 1985, décision n^o84-183 DC, considérant 12).

⁹ *Cf.* art. 82 et 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁰ *Cf.* D. FLORE, *Droit pénal européen*. Les enjeux d'une justice pénale européenne, Bruylant, 3e éd., 2022, n^o609, p. 416.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ V. récemment, CJUE, 24 juil. 2023, aff. C-107/23, PPU [*Lin*], points 100 et s., spéc. points 108 à 118 ; CJUE, 10 juin 2020, aff. C-634/18, *Jl*, points 31 et s.

C'est cette tentative d'équilibre que nous proposons d'étudier, en abordant la légalité criminelle dans le droit dérivé et l'harmonisation des législations pénales (I) et en la confrontant à la jurisprudence de la Cour de justice (II).

I. La légalité formelle et l'harmonisation des législations

Pour peindre le portrait de la légalité formelle en droit dérivé (B), il nous faut tout d'abord tisser la toile du rapprochement ou de l'harmonisation des législations en droit pénal. Quelle en est la définition ? Quels en sont les enjeux (A) ?

A. Dynamiques et finalités de l'harmonisation des législations pénales.

Le droit pénal de l'Union européenne¹⁴ est fondé sur l'article 67§3 et le chapitre 4 du titre V du TFUE¹⁵. L'harmonisation (ou le rapprochement) des législations couvre des faits d'une gravité particulière à « dimension transfrontière », tels que la criminalité organisée, le trafic des êtres humains ou le terrorisme¹⁶. Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ce droit faisait souvent l'objet de décisions-cadres¹⁷. Il prend, depuis, la forme de directives¹⁸ adoptées dans les domaines évoqués¹⁹.

L'harmonisation a pour objectif général la fondation et la sauvegarde de l'espace de liberté de sécurité et de justice ainsi que celles du marché intérieur²⁰. Ces espaces doivent assurer aux citoyens de l'Union leur libre circulation ainsi que celle des biens, des marchandises et des services. La réalisation de ces objectifs commande un degré important — si ce n'est maximal — de cohésion normative entre ordres juridiques.

Plus précisément, l'harmonisation en droit de l'Union répond à deux finalités. Strictement entendue, l'harmonisation correspond à la méthode du *rapprochement des législations*. Dans une acception plus large toutefois, elle s'entend également de la coordination — il faut entendre « la gestion de l'exercice simultané des compétences normatives » — opérée entre les ordres juridiques des États membres en conséquence du rapprochement. Le mandat d'arrêt européen est l'instrument titulaire de cette coordination²¹.

Nous sommes face à un phénomène mu par les mêmes dynamiques ; celles qui s'efforcent de parfaire le processus d'intégration et le bon fonctionnement de l'Union²², de coordonner (ou gérer) les compétences simultanément exercées par les États

¹⁴ Voir sur ce point, A. HUET & R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, P.U.F., *Thémis Droit*, 3e éd., 2005, n° 89 et s., p. 151 et s. ; A. HUET, « Droit pénal », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2010, n°1 à 8 et n°40 et s. ; D. FLORE, *Droit pénal européen...*, précit.

¹⁵ Les articles 82 à 86 du TFUE.

¹⁶ Cf. article 83 du TFUE.

¹⁷ Voir la liste dressée par A. HUET (*op. cit.*, n°16 à 20).

¹⁸ Cf. A. HUET, *op. cit.*, n°42 à 57.

¹⁹ Art. 83§1 TFUE.

²⁰ Cf. art. 3§2 et 3 TUE.

²¹ V. Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen.

²² Elles assurent l'effectivité de la libre circulation des services, des capitaux et des personnes. Elles garantissent le bon fonctionnement du marché intérieur et de l'espace de liberté de sécurité et de justice.

membres et de réaliser des objectifs de justice matérielle propres²³. Ces intérêts, en constante interaction, semblent parfois en contradiction, paraissent instables.

D'un point de vue purement pénal, il s'agit, dans un premier temps, d'assurer aux normes élaborées une effectivité adéquate. Pour atteindre cet objectif, les sanctions attachées aux incriminations doivent être certaines afin de renforcer « [leur] pouvoir d'intimidation »²⁴. Cet intérêt est, cependant, mis en porte-à-faux par le caractère minimal de l'harmonisation des législations pénales, qui résulte du respect de la souveraineté des États membres.

Ainsi, malgré une intégration accrue, comme en témoigne l'émergence d'incriminations pleines — *i. e.*, *la définition des éléments constitutifs d'une infraction, l'établissement de sa peine et de son quantum* —, il n'est pas question d'aller au-delà des termes de l'article 82 du TFUE : un *rapprochement minimal des dispositions législatives et réglementaires*.

Le degré minimal se comprend aisément. La répression des infractions est un attribut régalié et un domaine dans lequel l'égoïsme est de mise²⁵. Les États sont ainsi réticents face à une mise en commun de leur souveraineté²⁶ qu'ils peuvent considérer comme une perte.

Il s'agit de ménager ces « réticences »²⁷ et les États membres, attachés à leurs prérogatives. À titre d'exemple, les articles de la décision-cadre 2004/757/JAI, relative aux éléments constitutifs d'infractions dans le domaine du trafic de drogue, précisent qu'il revient à chaque État membre de « prendre les mesures nécessaires » pour s'assurer que les comportements et les sanctions visés par la directive fassent l'objet d'incriminations ou soient inscrits dans la loi.

B. *Traces de la légalité formelle en droit pénal matériel dérivé.*

Malgré le caractère « minimal » de l'harmonisation, « les dispositions [des instruments] sont [souvent] (...) rédigées de façon (...) précise et nuancée »²⁸, court-circuitant — semble-t-il — le besoin d'une transposition plus approfondie. Daniel Flore remarque ainsi que l'harmonisation des législations « dépasse bien souvent le simple établissement de normes minimales »²⁹ et établit « de véritables normes de références »³⁰. Nous y décelons l'acceptation formelle de la légalité criminelle.

²³ À titre d'exemple, la directive 2017/541 du Parlement et du Conseil du 15 mars 2017, relative à la lutte contre le terrorisme, a été adoptée dans le but exprès de « lutter contre le terrorisme », établit « un cadre juridique commun à tous les États membres » (cons. 3). V. aussi le considérant 6 de la directive. Il s'agit, afin de tenir compte de « l'évolution des menaces terroristes » (cons. 6), de « rapprocher encore, dans tous les États membres, les définitions d'infractions terroristes » (*ibid.*).

²⁴ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 25e éd., 2017, n°105, p. 102.

²⁵ Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection des incapables*, thèse, Paris II, Dalloz, *Bibliothèque de droit international privé*, 1976, n°293, p. 223.

²⁶ Cf. L. DUBOIS & C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, *Domat droit public*, 6e éd. 2012, n°133, p. 81. Notons toutefois que cette réticence n'a pas empêché le rapprochement des instances pénales (en témoigne la naissance du Parquet européen (v. D. SIMON, « Acte de naissance du Parquet européen », *Europe* 2020, n°11, p. 1).

²⁷ L. DUBOIS & C. BLUMANN, *op. cit.*, n°137, p. 84-87.

²⁸ D. FLORE, *Droit pénal européen...*, précit., n°609, p. 416.

²⁹ D. FLORE, *Droit pénal européen*, précit., n°609, p. 416.

³⁰ *Ibid.*

Nous prendrons comme exemples la décision-cadre 2003/568/JAI du 23 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé et la décision-cadre 2008/841/JAI du 24 octobre 2008 relative à la criminalité organisée.

Les articles 2 et 4 de la décision-cadre du 23 juillet 2003 disposent respectivement des comportements incriminés au titre de la corruption dans le secteur privé et des peines de prison passibles lorsque les infractions visées sont constituées. Y est incriminée la corruption tant active (article 2§1, a) que passive (article 2§1, b)³¹. Les incriminations sont similaires, si ce n'est dans leur rédaction, du moins dans leur esprit, à celles existant aux articles 445-1 et suivants du Code pénal.

La décision-cadre du 24 octobre 2008 définit l'association de malfaiteurs aux articles 2 (*éléments constitutifs*) et 3 (*peines encourues*). À l'instar de la décision-cadre sur la corruption, la définition et l'incrimination sont exhaustives, contrairement à l'association de malfaiteurs, incriminée aux articles 450-1 et suivants du Code pénal.

Voyons plutôt :

« le fait pour toute personne de participer activement, d'une manière intentionnelle et en ayant connaissance soit du but de l'activité générale de l'organisation criminelle, soit de son intention de commettre les infractions en cause, à ses activités criminelles, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, en recrutant de nouveaux membres, ainsi que par toute forme de financement de ses activités, en sachant que cette participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de cette organisation »³².

L'article 1er, al. 1, quant à lui, définit une organisation criminelle comme une « *association structurée, établie dans le temps, de plus de deux personnes agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel* ». À l'instar de l'incrimination de l'association de malfaiteurs, on constatera la précision de la définition, contrairement à celle de la bande organisée de l'article 132-71 du Code pénal.³³

Nous l'avons dit, la légalité formelle correspond à l'exigence d'inscrire les incriminations dans un texte de loi. L'essor du droit pénal dérivé a permis de donner corps à cette acception, *a fortiori* quand les comportements visés par les textes de droit dérivé font l'objet d'incriminations pleines. Ce qui est le cas des décisions-cadres citées en exemple.

Les définitions, les incriminations visent, englobent tous les comportements susceptibles de constituer des faits de corruption ou une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle ayant l'intention de commettre des infractions et toutes les personnes « [participant activement] »³⁴ à l'activité criminelle en connaissance de cause.

Toutefois, les décisions adoptées restent tributaires de la portée limitée du rapprochement des législations ; elles demeurent des minima législatifs et il appartient

³¹ A titre comparatif, l'incrimination de droit dérivé est tout aussi exhaustive que celle de l'article 445-1 du Code pénal.

³² Décision-cadre du 24 octobre 2008, article 2, a).

³³ *Contra*, Conseil constitutionnel, 02 mars 2004, n°2004-492. La décision concernait l'adéquation de la loi n°2004-204 du 09 mars 2004 (dite « Perben II ») avec le principe de légalité.

³⁴ Art. 2, a).

aux États membres de renforcer leur ossature, ce qui — nous le verrons — force la Cour de justice à intervenir.

II. La légalité qualitative dans la jurisprudence de justice.

Un aspect important dans la jurisprudence de la Cour de Justice en fait de légalité criminelle est l'équilibre délicat qu'elle essaye de maintenir entre les différents intérêts en jeu dans le droit pénal dérivé. Avant de l'exposer (B), il convient, toutefois, de préciser ce que recouvre la conception qualitative de la légalité dégagée par elle (A).

A. La légalité qualitative dans la jurisprudence.

Nous l'avions dit en introduction, le droit pénal de l'Union ne se contente pas de la seule acception formelle du principe de légalité. Les instruments de droit pénal dérivé — et leurs transpositions nationales — sont soumis, par le truchement du contrôle interprétatif de la Cour de justice, à des exigences de prévisibilité de la règle de droit exprimées par le principe de légalité. Il s'agit là de l'acception *qualitative* de la légalité.

La Cour de justice a, par exemple, affirmé dans deux affaires qui concernaient la transposition d'une directive 90/270/CEE³⁵, que le « principe de la légalité des délits et des peines, et plus généralement le principe de la sécurité juridique, [s'opposaient] à ce que des poursuites pénales soient engagées du fait d'un comportement dont le caractère répréhensible ne [résultait] pas *clairement* de la loi »³⁶. En cas de textes tirés d'une transposition, le principe de légalité oblige, par ailleurs, « la juridiction nationale [à] assurer [son] respect lors de l'interprétation, à la lumière du texte et de la finalité de la directive, du droit national adopté en vue d'exécuter celle-ci »³⁷. La Cour considère aussi que le texte transposé ne saurait être la base d'une responsabilité pénale s'il présente un caractère « vague »³⁸ ou abstrait.

La Cour considère au surplus, qu'à l'instar du principe de prévisibilité et de précision de la loi pénale, l'interdiction d'incriminations *ex post*³⁹ est « inhérente »⁴⁰ à la légalité. À titre d'exemple, dans l'arrêt *M.A.S.*, la Cour a affirmé qu'« un juge [ne pouvait pas], au cours d'une procédure pénale, soit sanctionner (...) un comportement qui n'était pas interdit (...) avant la commission de l'infraction reprochée, soit aggraver »⁴¹ la peine encourue.

La légalité qualitative découle, somme toute, du principe de sécurité juridique ou, du moins, en est-elle l'expression en droit pénal⁴². En adoptant cette acception, la Cour de justice s'inspire expressément de celle dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment dans l'arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni* du 29 avril 1979, qui

³⁵ Concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation. Pour être tout à fait précis, la Cour de justice analyse à l'aune de la légalité des délits et des peines, la détermination ou l'aggravation de la responsabilité pénale résultant de la transposition en droit italien de la directive.

³⁶ CJCE, 12 déc. 1996, *Procédures pénales c/ X*, aff. jointes C-74/95 et 129/95, points 2, al. 2 et 25.

³⁷ CJCE, 12 déc. 1996, *Procédures pénales c/ X*, aff. jointes C-74/95 et 129/95, points 2, al. 3 et 25.

³⁸ CJCE, 12 déc. précit., points 30-31.

³⁹ Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale (matérielle).

⁴⁰ CJUE, 05 décembre 2017, *M.A.S.*, aff. C-42_17, point 58. V. préc. CJUE, 8 septembre 2015, *Tarrio*, aff. C-105/14, point 53.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² G. TAUPIAC-NOUVELLE, *op. cit.*, n°60, p. 74.

avait affirmé que « la loi [devait être] suffisamment accessible ⁴³ » et énoncée « avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite »⁴⁴, de sorte qu'il puisse « disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné »⁴⁵ et « être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁴⁶.

Dans une perspective de construction de l'Espace de liberté de sécurité et de justice et en tant qu'« expression particulière du principe général de sécurité juridique »⁴⁷, le principe de légalité est garant de la libre circulation, notamment des personnes en ce qu'il leur permet de « [connaître] les règles qui [leur] sont applicables »⁴⁸ et « [de] fonder en toute confiance [leur] action sur celles-ci »⁴⁹ où qu'elles se trouvent sur le territoire de l'Union. La Cour veille toutefois à ce que la légalité n'entrave pas sa bonne marche.

B. *L'équilibre recherché par la Cour de justice.*

La Cour de justice doit s'assurer que l'effectivité du droit dérivé, notamment des mesures de lutte contre la criminalité internationale ou des sanctions⁵⁰ ne soit pas réalisée aux dépens du respect des droits fondamentaux. Deux arrêts, du 11 juin 2020 (CJUE, 11 juin 2020, aff. C-634/18 ; v. *Europe* 2020, n°251, p. 19-20, note V. Michel) et, plus récemment, du 23 juillet 2023 (CJUE, 24 juillet 2023, aff. C-107/23) permettent, à notre sens, d'exposer l'équilibre recherché par la Cour de Justice.

Dans la première espèce, était examinée la décision-cadre 2004/757/JAI, du 25 octobre 2004, portant sur les incriminations et les sanctions minimales dans le domaine du trafic de drogue⁵¹ et sa transposition par la Pologne. L'un des enjeux de l'affaire portait sur le caractère strict ou plastique des termes « grandes quantités de drogue », inscrits à l'article 4§2, a) de la décision-cadre et facteur d'aggravation de la peine encourue (v. art. 4§1, alinéa 2), tel que mis en œuvre par l'article 62§2 de la loi polonaise *concernant la lutte contre la toxicomanie* ; la juridiction de renvoi cherchait à savoir si, en paraphrasant les termes de la Cour de Justice, le principe de légalité criminelle s'opposait à une transposition de l'article 4§2, a) de la décision-cadre 2004/757 laissant l'interprétation de la notion de « quantité *importante* de produits stupéfiants ou de substances psychotropes »⁵² aux juridictions nationales.

⁴³ CEDH, 29 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, cons. 49.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ CJUE, 28 mars 2017, *Rosneft*, point 162 et CJCE, 03 juin 2008, *Intertanko*, point 70.

⁴⁸ J-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, *Cours. Droit public*, 6e éd. 2010, p. 509, in, G. TAUPIAC-NOUVELLE, *op. cit.*, n°59, p. 73.

⁴⁹ *Loc. cit.*

⁵⁰ C'est le cas dans l'arrêt *Rosneft* dont les faits portent sur les sanctions prises en réaction à l'invasion de l'Ukraine par la Fédération de Russie en 2014.

⁵¹ Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil, du 25 octobre 2004, concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue.

⁵² Ces termes sont ceux de l'article 62§2 de la loi concernant la lutte contre la toxicomanie mettant en œuvre l'article 4§2, a) de la décision-cadre du 25 octobre 2004.

De prime abord ces termes, transposant presque littéralement la circonstance aggravante incriminée à l'article 4§2, a) de la décision-cadre — cette dernière évoque de « *grandes quantités de drogue* » — apparaît vague et peu propice à faire l'objet d'une quelconque incrimination, *a fortiori* d'une circonstance aggravante.

Comment, alors, expliquer que les termes « quantité importante de produits stupéfiants ou de substances psychotropes » — fussent-ils interprétés de manière uniforme par les juridictions nationales — soient en adéquation avec la légalité criminelle, telle qu'elle est entendue par la Cour de justice ?

Pour la Cour, le principe de légalité doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas « à ce qu'un État membre qualifie d'infraction pénale la détention d'une quantité importante de produits stupéfiants ou de substances psychotropes tant à des fins de consommation personnelle qu'à des fins de trafic de drogue, tout en laissant l'interprétation de la notion de *quantité importante de produits stupéfiants ou de substances psychotropes* à l'appréciation des juridictions nationales, au cas par cas, pour autant que cette interprétation soit raisonnablement prévisible »⁵³.

C'est le sens de la solution dégagée dès 1996 dans l'affaire *Procédures pénales c/ X* : « [qu'il appartenait aux juridictions nationales d'assurer le respect [dudit] principe lors de l'interprétation, à la lumière du texte et de la finalité de la directive, du droit national adopté en vue d'exécuter celle-ci ». Elle souligne le rôle clef que doivent jouer les juridictions nationales dans le respect du principe de légalité et, par conséquent, la prévisibilité des solutions.

Plus récemment dans un arrêt du 24 juillet 2023⁵⁴, qui a fait l'objet d'une étude dans la revue *Europe* en novembre dernier⁵⁵. Il fallait concilier l'application des politiques de l'Union, en l'espèce la lutte contre la fraude à la TVA et la protection des intérêts financiers de l'Union⁵⁶, et le respect des droits fondamentaux des personnes mises en cause dans ou condamnées à la suite d'une procédure pénale.

En l'espèce, des individus condamnés pour fraude fiscale ont déposé des recours en annulation, après que deux arrêts de la Cour constitutionnelle de Roumanie ont invalidé les dispositions pénales applicables quant à la prescription, notamment parce qu'elles violaient le principe de légalité. Les juridictions roumaines (la Cour d'appel de *Braşov*) ont interrogé la Cour de justice sur le point de savoir si, compte tenu de l'atteinte aux intérêts de l'Union, elles étaient tenues d'appliquer la jurisprudence constitutionnelle invalidant les dispositions pénales, alors même qu'elle risquait de faire tomber des procédures engagées impliquant directement des atteintes aux intérêts de l'Union. Elles interrogent la Cour, de surcroît, sur le point de savoir si laisser inappliquées des dispositions portant atteinte auxdits intérêts était contraire au principe de légalité et si elles pouvaient faire jouer l'application rétroactive *in favorem*.

⁵³ CJUE, 11 juin 2020, aff. C-634/18, point 51.

⁵⁴ CJUE, 24 juillet 2023, aff. C-107/23, PPU, *Lin*, points 100 et s., spéc. points 108 à 118, V. P. BONNEVILLE, C. GÄNSER et A. ILJIC *AJDA* 2023, chron., p. 1545 s. ; P. GUEDON, *Droit fiscal*, n° 35, 31 août 2023, act. 317.

⁵⁵ V. M. ABENHAÏM, « Primauté du droit de l'Union : où en est le “pluralisme constitutionnel” après l'arrêt *Lin* ? », *Europe*, n°11, novembre 2023, *Étude*, p. 7 à 11.

⁵⁶ La directive PIF et sa transposition.

La Cour considère que les juridictions d'un État membre « ne sont pas tenues de laisser inappliqués les arrêts de la Cour constitutionnelle de cet État membre invalidant la disposition législative nationale (...) en raison d'une atteinte au principe de légalité »⁵⁷, en ce qui concerne ses exigences relatives à « la prévisibilité et à la précision de la loi pénale »⁵⁸ et ce, même si « un nombre considérable d'affaires pénales, y compris des affaires relatives à des infractions de fraude grave portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, seront clôturées »⁵⁹.

Reprenant les motivations qu'elle avait développées — notamment dans l'arrêt M.A.S.⁶⁰, elle se fonde sur les conceptions de l'État membre qu'elle « [incorpore] »⁶¹, ou qu'elle assimile aux conceptions de la légalité qu'elle tire de la Charte des droits fondamentaux.

Elle estime par ailleurs que l'application rétroactive *in favorem* ne peut pas avoir, en l'espèce, pour effet de mettre à mal des procédures portant directement sur des atteintes aux intérêts de l'Union. Ce qui la pousse à séparer, au sein du principe de légalité, le « standard » de prévisibilité et de précision et celui de l'interdiction d'incriminations *ex post*, aux motifs qu'une telle interdiction « doit être considérée comme étant de nature à compromettre la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union ».⁶²

La position de la Cour n'est pas contradictoire — ce qu'elle rappelle elle-même⁶³—, puisqu'en l'espèce l'application *in favorem*, portant seulement sur des questions de prescription générale, n'est qu'une question de procédure⁶⁴. Dans ces circonstances, les intérêts de l'Union l'emportent⁶⁵.

En conclusion, nous tenions à relever la difficulté de l'exercice attenté par la Cour. Celui-ci est double. Avec l'interprétation du droit (pénal) dérivé, elle doit en réalité s'assurer que les intérêts de l'Union sont protégés, elle doit aussi garantir le respect des droits fondamentaux et des grandes libertés, en particulier la liberté de circulation. Le concept de sécurité juridique, sous la forme du principe de légalité des délits et des peines, se révèle alors d'une importance singulière.

Pour résoudre l'équation posée, elle s'appuie souvent — et à raison — sur les concepts (et leurs interprétations) dégagés par les juridictions des États membres⁶⁶. Enfin, loin du paradoxe et du dilemme initiaux, tout porte plutôt à croire qu'elle cherche à bâtir de véritables principes européens de droit pénal général⁶⁷.

⁵⁷ CJUE, 24 juillet 2023, aff. C-107/23, PPU, *Lin*, dispositif et v. point 118.

⁵⁸ CJUE, 24 juillet 2023, précit., dispositif et v. point 116.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ CJUE, 05 décembre 2017, précit., points 51 à 58.

⁶¹ M. ABENHAÏM, « Primauté du droit de l'Union... », art. précit., n°3

⁶² CJUE, 24 juillet 2023, précit., dispositif et v. point 123.

⁶³ Cette position était déjà la sienne dans l'arrêt *Tarrico*, précit., v. points 55-56.

⁶⁴ M. ABENHAÏM, « Primauté du droit de l'Union... », art. précit., n° 3, p. 8.

⁶⁵ Cf. CJUE, 24 juillet 2023, précit., point 123.

⁶⁶ En témoignent les motivations de l'arrêt *Lin* (not. les points 108 à 110 et 115 à 123) ; V. M. Abenhaïm, « Primauté du droit de l'Union... », *eod. loc.*

⁶⁷ En témoignent la série d'arrêts rendus sur l'interprétation du principe *non bis in idem* en septembre et octobre 2023 : CJUE, 14 sept. 2023, aff. C-27/22, *Volkswagen Group Italia, Europe* n°11, Novembre 2023, comm. 363, obs. D. SIMON ; CJUE, 14 sept. 2023, aff. C-55/22, *NK c/ Bezirkshauptmannschaft Feldkirch*,

Europe n°11, Novembre 2023, comm. 364, obs. C. GRUDLER ; CJUE, 21 sept. 2023, aff. C-164/22, *Juan*, *Europe*, n°11, Novembre 2023, comm. 365, F. GAZIN ; CJUE, 14 sept. 2023, aff. C-820/21, *Vinal*, *Europe* n°11, Novembre 2023, comm. 366, V. BASSANI-WINCKLER.

La recherche à l'école doctorale

Research at the Graduate School

La compétence des Tribunaux arbitraux *ad hoc* de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer. Étude des exceptions d'incompétence dans l'arbitrage Annexe VII

Lyna Maaziz

Docteure de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Enseignant-chercheur contractuelle, Université Paris-Panthéon-Assas, résidente à Galatasaray Üniversitesi (GSÜ)

La Convention des Nations unies sur le droit de la mer (CNUDM) est la « Constitution pour les océans ». Elle institue un ordre juridique à part entière qui relève du droit international public, et résulte de l'expression de la volonté des États parties. Négociée puis adoptée par l'engagement unique, les droits et libertés reconnus dans la Convention sont également contraignants pour les États qui l'ont ratifiée. Le système de règlement des différends figurant à la Partie XV complétée par les Annexes V, VI, VII et VIII, constitue une constellation de procédures consentie par les parties à l'instrument en amont de la naissance de litiges, conformément à la juridiction obligatoire.

Par l'effet de l'engagement unique, la CNUDM constitue un engagement juridictionnel. Cet instrument scelle l'échange des consentements des États parties, qui ont accepté les procédures de règlement des différends figurant dans la Partie XV. L'article 286 est la clause compromissoire contenue dans l'engagement juridictionnel, qui permet aux parties à un différend en cas de survenance d'un litige de recourir à l'une des procédures de la constellation CNUDM, à la seule initiative du demandeur. Il n'est pas exigé que les parties s'accordent sur la saisine, y ayant consenti en amont conformément à la juridiction obligatoire, les demandeurs détiennent donc un droit unilatéral d'initier les procédures par voie de requête. Les parties à la Convention, en ratifiant la CNUDM, ont investi les organes de règlements des différends listés à l'article 287 d'un titre leur permettant d'exercer leur pouvoir juridictionnel. Pour recourir à la CIJ, au TIDM, ou aux Tribunaux arbitraux spéciaux de l'Annexe VIII, la seule ratification ne suffit pas à conférer le pouvoir juridictionnel puisqu'il faut en outre faire une déclaration en application de l'article 287, paragraphe 1, désignant la procédure de leur choix, ce qui n'est pas le cas pour l'arbitrage de l'Annexe VII, procédure de règlement par défaut de la Convention.

Dès lors que l'arbitrage de l'Annexe VII est caractérisé par sa nature obligatoire, une procédure peut être initiée unilatéralement par le demandeur sans recueillir le consentement de l'État défendeur au moment de l'introduction de la requête. Certains États, essentiellement les parties défenderesses, soulèvent alors automatiquement des exceptions préliminaires en vue de faire obstacle au déroulement de la procédure arbitrale. Celles-ci visent la suspension, et même la clôture de la procédure arbitrale. Pour ce faire, les défendeurs ont recours à plusieurs dispositions de la Convention, notamment celles de la section 1 de la Partie XV qui donnent priorité aux mécanismes diplomatiques de règlement des différends (article 281), ainsi qu'aux procédures extérieures à la Convention (article 282) ; ou encore celles de la section 3 qui mettent en œuvre des limitations (article 297) et des exceptions facultatives (article 298) à la compétence pour des catégories spécifiques de litiges. L'ensemble de ces stratégies a pour but de mettre en échec l'arbitrage de l'Annexe VII en se concentrant très

précisément sur la question de la compétence. Celle-ci constitue alors un enjeu crucial du sujet, au cœur de la présente étude. Si les Tribunaux arbitraux de l'Annexe VII se déclaraient systématiquement incompétents, faisant droit dans toutes les affaires aux exceptions d'incompétence, alors que dans plusieurs cas d'espèce celles-ci sont soulevées sans être convaincantes, il y aurait lieu de questionner l'utilité de l'arbitrage *ad hoc*. Ne serait-il pas surprenant, voire contraire à l'esprit du texte, qu'une procédure obligatoire de règlement des différends, qui plus est le mode de règlement par défaut s'appliquant en l'absence de déclaration des parties en faveur de ce mécanisme, ne permette de régler aucun des litiges concernant l'interprétation ou l'application de la Convention ? Ceci signifierait qu'en raison des différents aménagements prévus dans le texte, la solution de compromis à laquelle est parvenue la Troisième Conférence des Nations unies sur le droit de la mer a abouti à un mode de règlement mort-né. Or, les développements démontrent que tel n'est pas le cas. Ils mettent en évidence que, dans le respect des règles de compétence de la Convention, l'arbitrage *ad hoc* est une procédure à part entière, qui fonctionne et qui représente un moyen pour les parties de résoudre leurs différends portant sur les dispositions de la CNUDM, conformément à l'objectif qui est visé par cette thèse.

Les Tribunaux arbitraux *ad hoc*, constitués conformément à l'Annexe VII CNUDM, sont habilités à exercer leur pouvoir juridictionnel parce que les États parties ont consenti à la Convention, formant ainsi un engagement juridictionnel. Par l'échange des consentements, les parties à la CNUDM ont conféré un titre de compétence aux Tribunaux arbitraux *ad hoc*. Lorsqu'ils n'y sont pas habilités, les Tribunaux arbitraux de l'Annexe VII ne peuvent exercer leur pouvoir juridictionnel, le titre de compétence n'est pas illimité. Ainsi, en cas de concurrence des procédures, l'engagement juridictionnel de la CNUDM tend à proscrire les recours parallèles, parfois au détriment de l'arbitrage *ad hoc*, à d'autres occasions à son avantage. La première partie de la thèse est ainsi consacrée à la juridiction dans l'arbitrage *ad hoc* : identification et délimitation du titre de compétence des Tribunaux arbitraux. L'engagement juridictionnel, ainsi que la clause compromissoire, délimitent le champ dans lequel pourra être exercé le pouvoir juridictionnel par les Tribunaux arbitraux *ad hoc*. D'après l'article 286, la compétence des Tribunaux arbitraux *ad hoc* s'étend à « tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention qui n'a pas été réglé par l'application de la section 1 », dans la limite des limitations et des exceptions facultatives des articles 297 et 298 toutefois puisque la disposition précise « sous réserve de la section 3 ». L'engagement juridictionnel énumère l'ensemble des conditions et des modalités d'exercice du pouvoir juridictionnel. La seconde partie de cette thèse est alors dédiée à la compétence dans l'arbitrage *ad hoc* : l'appréciation des facteurs de la compétence permettant l'exercice du pouvoir juridictionnel. Tribunaux arbitraux *ad hoc*, se livrent alors à un examen au cas par cas, en vue de déterminer si les affaires portées devant eux entrent dans leur champ de compétence. Lorsque c'est le cas, ils sont alors en mesure d'exercer le pouvoir juridictionnel qui leur a été conféré par les parties à la Convention, afin de trancher le cas d'espèce. En application de la compétence de la compétence, la faculté de se prononcer sur l'étendue du domaine de compétence appartient aux Tribunaux, ils se prononcent eux-mêmes sur leur propre aptitude à connaître du différend. La vérification des conditions de compétence permet de déterminer si, en conséquence, les Tribunaux arbitraux de l'Annexe VII sont ou non compétents pour régler les litiges qui leur auront été soumis par les parties au différend. L'examen consiste notamment à vérifier les conditions de compétence : *ratione materiae* – qui concerne tout litige relatif à

l'interprétation ou à l'application de la CNUDM, *ratione personae* – les parties au différend doivent non seulement être des États¹, et également des parties à la Convention, et *ratione temporis* – la cristallisation des litiges doit être postérieure à la date d'entrée en vigueur de la Convention entre les deux parties au différend, bien que ceux-ci puissent trouver leur source dans des événements antérieurs.

La méthode suivie dans les chapitres de la thèse consiste d'abord à identifier le droit applicable, à partir des sources conventionnelle, coutumière, jurisprudentielle et doctrinale du droit international public. Lorsque l'état du droit concernant les questions soulevées est clarifié, par un travail de définition et d'étude de la pratique contentieuse généraliste, celui-ci est étudié conjointement aux dispositions de la CNUDM. Puis, les ordonnances et sentences arbitrales des Tribunaux arbitraux de l'Annexe VII sont examinées au regard du corpus de règles retenu au préalable, admettant aussi des comparaisons avec d'autres procédures. Le raisonnement mené s'articule selon les étapes du syllogisme : majeure (droit applicable au thème étudié), mineure (analyse des ordonnances et sentences arbitrales de l'Annexe VII), conclusion personnelle argumentée sur le raisonnement des Tribunaux arbitraux *ad hoc* relatif à leur compétence et au traitement des exceptions d'incompétence.

Afin de mener cette entreprise à bien, l'étude de la pratique contentieuse internationale est essentielle. En tout état de cause, les sentences des Tribunaux arbitraux *ad hoc* de la CNUDM, rendues à l'occasion de litiges autant divers par leurs objets que fascinants par leur complexité, sont au cœur même de la discussion, et pas uniquement celles relatives aux exceptions préliminaires. En effet, lorsque certaines exceptions d'incompétence ne présentent pas un caractère exclusivement préliminaire, leur examen est joint à la procédure sur le fond, aussi il est indispensable de considérer plusieurs sentences arbitrales consacrées au fond. En outre, les ordonnances de procédure des Tribunaux constitués conformément à l'Annexe VII contiennent des développements importants, notamment sur la question de la bifurcation, à rapprocher des règlements d'arbitrage arrêtés par les Tribunaux arbitraux eux-mêmes. Les ordonnances rendues par le TIDM en prescription de mesures conservatoires sur le fondement de l'article 290 paragraphe 5, en raison de l'examen de la compétence *prima facie* des Tribunaux arbitraux en attente de constitution, présentent un grand intérêt. Une large place est accordée dans cette thèse aux décisions de justice rendues par les organes généralistes de règlement des différends internationaux : la CPJI, la CIJ et le TIDM, et dans une moins grande mesure aux juridictions pénales internationales et communautaires. L'institution et le mode de fonctionnement de l'OMC fait l'objet d'une analyse approfondie en raison de la négociation et de l'adoption de l'Accord de Marrakech suivant le principe de l'engagement unique, aboutissant à un paquet. Pour bien comprendre l'arbitrage de l'Annexe VII, et la logique d'ensemble de la Convention, il y a également lieu de se référer à de nombreuses reprises aux dispositions de celle-ci, non seulement procédurales – contenues dans la Partie XV, et les annexes V, VI, VII et VIII, mais aussi matérielles. Les travaux préparatoires de la Convention se révèlent d'une grande aide pour cerner au mieux l'intention des rédacteurs ainsi que les différents débats qui ont animé les cycles de négociation de la Convention, reflétant ainsi les concessions et les compromis qui transparaissent dans le texte final. Pour appréhender

¹ La présente étude ne concerne que l'arbitrage interétatique, même si l'article 13 de l'Annexe VII prévoit que « [l]a présente annexe s'applique *mutatis mutandis* à tout différend mettant en cause des entités autre que les États Parties », Article 13 de l'Annexe VII, CNUDM.

la, ou les, pratiques des États, la consultation des déclarations de ceux-ci au moment de la signature, de l'adhésion ou de la ratification de la Convention s'avère utile, en particulier celles faites en application de l'article 298. Concernant les États qui font défaut aux procédures arbitrales de l'Annexe VII, faute de conclure ou de comparaître, il est approprié de se référer en l'absence de mémoires et de conclusions, aux déclarations publiques et communiqués médiatiques autant qu'aux échanges diplomatiques. Enfin, dans cette thèse, la doctrine est régulièrement invoquée à l'appui des arguments développés.

Récemment, la non-participation de grandes puissances telles que la Chine dans l'affaire *Mer de Chine méridionale (Philippines c. Chine)* et la Russie dans l'*Arbitrage relatif à l'Arctic Sunrise* (Royaume des Pays-Bas c. Russie) a fait peser des incertitudes sur la disposition de l'arbitrage *ad hoc* à s'imposer dans la réalité comme le mode de règlement obligatoire et par défaut que les rédacteurs de la Convention avaient prévu. La faculté d'adaptation des Tribunaux arbitraux de l'Annexe VII à ces situations a autant permis de surmonter les difficultés rencontrées dans les cas d'espèces, qu'à convaincre la communauté internationale de l'intérêt de ce mécanisme.

L'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois

Yoann Pré

Docteur de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, qualifié aux fonctions de maître de conférences

La doctrine a érigé, dès la deuxième moitié du XXe siècle, la protection des légitimes prévisions des parties au rang d'impératif essentiel de la discipline. L'emploi du terme d'« impératif » n'était d'ailleurs, et ne demeure pas anodin. Il place ce principe directeur au cœur des enjeux théoriques de la matière.

La nécessité de préserver les prévisions légitimes des parties découle directement du principe général de sécurité juridique. La sécurité juridique intéresse naturellement toutes les branches du droit, mais cette considération est particulièrement prégnante en droit international privé. Les pérégrinations internationales des parties peuvent en effet les plonger dans une forme d'imprévisibilité, renforcée par la concurrence des ordres juridiques. La règle de conflit de lois se doit alors de désigner, dans la mesure du possible, la norme qui est la plus conforme à ce que les parties avaient pu légitimement prévoir. Tel est le cas lorsqu'une norme spécifique a modelé leur comportement. Cette préoccupation implique également d'évincer la loi désignée par la règle de conflit du for lorsque son application est de nature à causer la surprise – induite – des parties.

Avant que le projet de code de droit international privé français du 31 mars 2022 ne vise directement les attentes légitimes des parties, ce concept n'avait jamais été consacré par un mécanisme juridique autonome en droit des conflits de lois (en dehors de la règle de conflit elle-même). Du reste, la notion n'a jamais été réellement définie, malgré l'emploi répété que la doctrine a pu en faire afin d'expliquer notamment la méthode de la reconnaissance des situations, le renvoi fonctionnel, l'autonomie de la volonté, ou encore l'exception d'erreur excusable.

Dès l'introduction de la thèse, l'emploi du terme de prévision, d'attente, de croyance, d'espérance, de confiance ou encore d'expectative légitime est examiné en droit interne, international et européen. Il en résulte que ces mots sont interchangeables dès lors que les attentes sont effectivement légitimes. La théorie de l'apparence et la bonne foi justifient par exemple la légitimité des prévisions de *errands* en droit interne comme en droit international privé. Il apparaît également que la teneur des droits en cause peut induire des attentes légitimes chez les justiciables, notamment lorsque leurs espérances sont fondées sur la protection et la primauté des droits fondamentaux. Enfin, la plupart des branches du droit interne, européen et international ont consacré une forme d'exception procédurale, jurisprudentielle ou matérielle afin d'accréditer l'erreur excusable des parties, au nom de leur confiance ou de leurs attentes légitimes. Le vocable est propre à chaque discipline, mais l'intention est toujours la même. Il s'agit de remettre en cause le droit applicable lorsqu'il place les parties dans une forme d'insécurité juridique de manière induite.

La thèse propose donc de consacrer l'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois à travers une « exception de légitimes prévisions » qui énumère les cas dans lesquels elle est amenée à intervenir. Afin d'y parvenir, la première partie de la thèse s'emploie à élucider le rôle et la place de *l'impératif* en théorie

générale des conflits de lois. Puis une seconde partie confronte les méthodes traditionnelles de la discipline à l'avancée moderne des règlements européens et du droit des conflits de lois américain, hollandais, belge et suisse afin d'affiner le mécanisme juridique proposé.

Avant cela, la thèse justifie son champ d'études, limité au droit des conflits de lois. La distinction fondamentale entre les fonctions du conflit de lois et du conflit de juridictions se matérialise par une certaine inflexibilité des règles de compétence internationale directe vis-à-vis des exceptions fondées sur des principes et non des règles, tels que le principe général de sécurité juridique ou la protection des légitimes prévisions. Surtout, l'effet normatif des lois étatiques justifie de tenir compte du droit sur lequel les parties ont modelé leur comportement pour en juger de manière adéquate en droit international privé. La compétence internationale n'a pas la même influence sur le fond des droits en cause. Enfin, la matière de la reconnaissance et des effets des jugements étrangers a connu des avancées telles en droit français et européen qu'il ne semble pas opportun de développer une nouvelle théorie des légitimes prévisions dans ce domaine. Le conflit de juridiction reste toutefois constamment présent dans les développements, en appui aux réflexions et exemples pensés en droit des conflits de lois.

Première partie : le rôle et la place de l'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en théorie générale des conflits de lois

Le premier titre de cette étude s'intéresse au champ alloué aux intérêts publics en théorie générale des conflits de lois. Il s'agit d'avoir une approche d'abord négative du jeu des attentes légitimes en droit des conflits de lois, en miroir du rôle alloué aux considérations d'ordre public dans cette matière. En effet, la défense des attentes légitimes est traditionnellement rattachée à la notion « d'intérêts privés », qui s'opposent en théorie générale aux intérêts publics. Cette démarche hérite de la pensée déductive de Batiffol, selon laquelle les objectifs assignés aux mécanismes du conflit de lois visent à satisfaire les intérêts publics, privés et ceux de la société internationale. Une fois l'étendue des intérêts publics définie, l'on peut théoriquement dessiner une cartographie des zones non investies par les intérêts privés et, partant, l'impératif de protection des attentes légitimes.

Quelques désordres apparaissent cependant. D'abord, l'application des lois de police étrangères ne poursuit pas la défense de l'intérêt des États étrangers, mais plutôt la recherche d'une forme de coordination des ordres juridiques ou de prévisibilité juridique. En effet, les règles françaises, européennes et internationales n'imposent pas au juge français d'appliquer les normes impératives des ordres juridiques dont la loi n'est pas compétente. Si l'on éloigne l'idée de courtoisie internationale ou de coordination formelle des ordres juridiques, la prise en compte des lois de police étrangères répond tout au plus au souci de garantir une forme de continuité de traitement juridique pour les parties. Le principe de cohérence ne résiste pas davantage à cette analyse, bien qu'il soit invoqué au soutien de la protection des liaisons systématiques entre les normes d'un ordre juridique et à l'intérêt de l'État. Ces liaisons correspondent aux liens d'interdépendance qui existent entre les règles de matières différentes dans un droit. Par exemple, les règles en matière de succession tiennent compte des règles existantes en matière de liquidation du régime matrimonial, afin de calculer les droits patrimoniaux et successoraux du conjoint survivant. La cohérence d'ensemble des lois correspond à une politique législative de l'ordre juridique dont elles

émanent. Or, les qualifications de droit international privé peuvent « découdre » ce que la loi étrangère avait conçu comme un ensemble en appliquant des lois différentes à ces deux questions. Ainsi, en rendant applicables des lois d'ordres juridiques différents à deux questions liées, le droit international privé peut dévoyer le sens des lois désignées. Pour autant, l'intérêt des États ne justifie pas à lui seul la remise en cause de la solution illogique, incohérente, voire absurde à laquelle les qualifications du for peuvent conduire. Les attentes légitimes fournissent toutefois un prisme d'analyse adéquat pour s'éloigner de ces solutions.

Une première incursion des attentes légitimes se laisse en effet observer au sein du domaine traditionnellement conçu comme celui des intérêts publics. La thèse propose d'employer la notion d'« attentes négatives » pour justifier l'éviction de la loi étrangère lorsque le traitement conflictuel opéré par le for est de nature à surprendre les parties, sans leur prêter de croyances uniques et précises quant au droit applicable. Pour reprendre l'exemple du dévoiement des lois étrangères, l'on peut songer au cas où la loi applicable au régime matrimonial prévoit que les droits patrimoniaux du conjoint survivant seront principalement octroyés au titre de la succession. Si la loi applicable à la succession dispose, à l'inverse, que les intérêts patrimoniaux du conjoint survivant seront pris en charge par la liquidation de la communauté de biens, ces droits ne seront jamais calculés dans les dimensions que chacune des lois, prises dans leur intégralité, aurait prévues. Cette hypothèse, assez ancienne du reste, demeure d'actualité en raison des dispositions internes de droits étrangers, que les instruments modernes du droit des conflits de lois n'ont toujours pas réglé. La solution offerte par le droit des conflits de lois ne peut être imaginée par le conjoint survivant, qui compte davantage sur le résultat matériel fourni par l'une ou l'autre des deux lois que sur l'application rigoureuse – souvent inconnue – des règles de conflit. Du reste, aussi bien le testateur que le conjoint survivant ignorent potentiellement la règle de conflit du for tant qu'une action en justice n'a pas été intentée, puisque les juridictions de plusieurs ordres juridiques peuvent être compétentes de manière concomitante. Il est à noter à ce titre qu'une clause de choix de la loi ou d'élection de for ne pallie pas nécessairement cette insécurité juridique puisque les avancées du droit de l'Union dans le domaine sont ignorées par un grand nombre d'États tiers.

Le deuxième titre de l'étude identifie les principes directeurs qui participent à l'édition des règles de conflit de lois au nom des intérêts privés. À l'analyse, ces principes visent à répondre à l'objectif central de prévisibilité juridique, qui se divise selon une acception objective et subjective. Dans sa dimension objective (ou « post-normative » en doctrine, c'est-à-dire lorsque les parties ont pris connaissance de la règle de conflit du for), la prévisibilité juridique est assurée par l'application rigide du droit applicable, afin de donner crédit aux anticipations – conscientes – des parties. Mais la concurrence des ordres juridiques réduit l'utilité de cette acception en droit international privé, puisque les juridictions de plusieurs ordres juridiques peuvent être en concurrence et que le droit applicable dépend de leurs règles de conflit de lois.

La dimension subjective (ou « ante-normative » en doctrine, c'est-à-dire lorsque les parties n'ont pas consulté en amont la règle de conflit du for) vise les attentes naturelles – voire « instinctives » – des parties. Cette vision a inspiré les théories et méthodes récentes du droit international privé, comme la méthode de la reconnaissance par exemple, qui donne foi aux attentes des parties, qui peuvent avoir ignoré le droit applicable, lorsqu'un acte juridique valablement constitué à l'étranger ait « cristallisé »

ces représentations. Selon les aspirations des auteurs, une acception de la prévisibilité sera favorisée au détriment de l'autre. La tradition civiliste priorise l'emploi de règles claires, accessibles et intelligibles pour garantir la prévisibilité objective, mais le droit international privé doit se montrer plus flexible.

La notion de légitimes prévisions fournit à ce titre un équilibre adéquat. L'étude de la prévisibilité juridique, conçue en doctrine comme le vecteur de la garantie des légitimes prévisions, invite en effet à l'examen de la notion de croyances légitimes. En se fixant pour programme de préserver la prévisibilité du droit applicable, l'objectif confine en réalité à s'assurer que les parties pourront anticiper le droit applicable et, l'ayant consulté, compter sur son application systématique par le for une fois les juridictions de celui-ci saisies. Mais, lorsque cette opération n'est pas possible, l'application du droit désigné par la règle de conflit du for ne doit pas remettre en cause les prévisions légitimement fondées sur l'application d'une autre loi. La garantie d'une certaine sécurité juridique commande également d'éviter que les parties soient surprises par l'application du droit désigné par la règle de conflit lorsque, pour des raisons légitimes, elles ne pouvaient pas s'attendre à la solution qui en découle (notion d'attentes négatives). Naturellement, cette lecture implique de définir le sens du mot « légitime ».

La thèse établit dans un premier temps que la légitimité n'est pas une qualité intrinsèque. Une prévision ou une attente n'est légitime que si elle est considérée comme telle par l'autorité qui en juge. Aussi, une conception nécessairement objective – ou abstraite – des attentes légitimes doit prévaloir sur l'approche concrète des attentes, et s'appuie sur le standard de la personne raisonnable. À l'image de certains procédés du droit interne, c'est donc à l'aune du standard de « la personne honnête, droite et avisée » qu'il faut évaluer les prévisions des parties.

Un certain nombre de conflits entre les prévisions nées de conceptions différentes de la prévisibilité peuvent être résolus au moyen de la condition de légitimité. La thèse distingue à ce titre la *légitimité verticale* et la *légitimité horizontale* des prévisions des parties. La légitimité verticale vise les exigences de l'État requis à l'égard des attentes prétendues des parties. Les normes internationalement impératives ou les valeurs fondamentales du for, ainsi que celles de l'ordre juridique ayant effectivement influé sur le rapport de droit doivent être prises en compte dans l'évaluation de la légitimité des attentes. L'observation d'une loi de police étrangère, dont le rapport de droit entre dans le champ d'application, ou la conformité des attentes à l'ordre public international du for confortent la légitimité verticale des prévisions.

La légitimité « horizontale » vise la valeur qu'ont les prévisions invoquées par l'une ou l'autre des parties du point de vue unique de leurs représentations respectives du droit applicable. L'un des éléments caractéristiques de cette légitimité réside dans la communauté des prévisions. Si la prévision invoquée émane d'un accord entre les parties par exemple, il sera difficile pour l'une d'elles de prétendre que l'application de la loi choisie la surprend indument.

Dans certains cas, les prévisions ante-normatives ont davantage de poids que les prévisions post-normatives. Par exemple, l'époux qui modifie unilatéralement l'équilibre de sa relation juridique avec son épouse, en allant se marier avec une seconde à l'étranger, ne pourra pas légitimement prétendre qu'il croyait que les effets du second mariage seraient reconnus par le for au détriment de la première épouse si son statut personnel prohibe la polygamie. Bien que la règle de conflit de lois du for soit accessible

aux parties et qu'elle désigne, par hypothèse, une loi étrangère permissive, la défaillance de la condition de mutualité des attentes empêche que les effets de la seconde union soient opposables à la première. Les attentes de l'époux, considérées comme raisonnables du point de vue conflictuel, ne sont pas légitimes sur le plan vertical non plus si le statut étranger viole l'ordre public international du for. La thèse envisage l'ensemble des cas où le prisme de la prévisibilité ne suffit pas à fournir une solution au conflit de lois et déploie la condition de légitimité selon le prisme vertical, horizontal et même « oblique », afin de fournir une réponse adéquate aux cas de conflits de prévisions et partant, de prévisibilité.

Un certain nombre d'exemples jurisprudentiels sont exploités afin de rendre compte de l'inanité de certains critères de rattachement retenus par les règles de conflits de lois applicables en France. À titre d'exemple, l'on peut citer le cas d'un enfant né en France d'une femme devenue française après la naissance de l'enfant et dont l'action en recherche de paternité à l'égard du père français ne sera pas régie par le droit français. En matière réelle mobilière, on observe que le don litigieux de tableaux, réalisé à l'étranger, entre ressortissants étrangers, sera jugé en France sous l'égide du droit français, seulement parce que les tableaux y ont été déplacés temporairement pour leur revente. La banque suisse, auprès de laquelle une cliente française remet sciemment un chèque barré, conformément au droit suisse, ne pourra pas se retourner contre cette dernière à cause du droit français, déclaré applicable. Les exemples sont ainsi déclinés en matière réelle, successorale, familiale, contractuelle, délictuelle et en droit des assurances afin que les enseignements tirés puissent être systématisés en droit des conflits de lois.

Le contenu des prévisions se décline également selon deux acceptions des attentes raisonnables des parties. Les prévisions « conflictuelles » renvoient aux représentations mentales que se font les parties de l'applicabilité du droit. Il s'agit indirectement de prévisions sur la règle de conflit. Les prévisions « substantielles » tiennent quant à elles compte du contenu des droits en conflit. La solution offerte par la loi applicable importe alors davantage que le procédé qui permet d'y parvenir. La thèse démontre que la prévisibilité juridique requiert d'inclure les attentes substantielles dans la protection des légitimes prévisions des parties, alors que ces représentations sont traditionnellement exclues du jeu conflictuel en théorie générale.

L'étude se confronte également à la notion glissante de « parties » qui s'oppose juridiquement à celle de « tiers », tout en concluant que les prévisions des tiers doivent nécessairement être prises en considération par celle des parties au stade de l'étude de la légitimité des prévisions.

Enfin, la thèse démontre, sur le plan théorique, que l'impératif de protection des légitimes prévisions des parties permet de réaliser la *synthèse* des objectifs poursuivis par la discipline. Grâce au concept de légitimité « verticale » des prévisions, il est tenu compte des intérêts publics, dont les normes de commandement peuvent avoir modelé le comportement, voire les prévisions conflictuelles et substantielles des parties. En outre, l'étude de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui et l'émergence d'un droit « à deux vitesses » dans ce domaine mettent en exergue les limites du raisonnement finaliste classiquement fondé sur l'existence d'une société internationale à part entière. La prise en compte du seul franchissement de la frontière au nom de l'internationalité de la situation ne suffit plus à légitimer la reconnaissance de situations violant les normes impératives de l'ordre juridique requis. Le prisme des légitimes

prévisions des parties permet de trouver des solutions plus équilibrées, à la croisée des chemins entre intérêt des parties et intérêts des États.

Cette partie consacrée à la philosophie du droit des conflits de lois fournit l'assise théorique permettant d'envisager la consécration méthodologique de l'impératif de protection des légitimes prévisions des parties.

Seconde partie : la mise en œuvre méthodologique de la protection des légitimes prévisions des parties

Le premier titre de cette seconde partie étudie les principales méthodes juridiques du droit des conflits de lois qui ont été présentées en doctrine comme visant à garantir la protection des légitimes prévisions des parties.

Certaines de ces méthodes s'inscrivent dans un raisonnement conflictuel, visant à déterminer un droit applicable. L'autonomie de la volonté, qui permet aux parties de choisir le droit applicable par le biais d'une clause de choix de la loi, est souvent présentée comme l'une des meilleures garanties de sécurité juridique. Or, on observe qu'en matière contractuelle, la faculté offerte aux parties de choisir le droit applicable a entraîné la multiplication des lois de police visant à contrebalancer cette liberté. Par ailleurs, les lois de police ne sont pas toujours prévisibles. Un maître d'œuvre étranger pourra être surpris par l'application impérative de certaines dispositions de la loi française régissant la sous-traitance alors même qu'elles ne concernent pas directement l'ouvrage situé en France.

Les lois de police ne sont pas non plus toujours adaptées à la protection de certains intérêts légitimes, tels que ceux des particuliers, devenus franchisés, et qui ne bénéficient pas du régime juridique protecteur des parties faibles. Ces franchisés ne peuvent invoquer les dispositions protectrices des règlements européens en matière de clause d'élection de for et de choix de la loi en raison du contrat de franchise qui les contient et qui leur a justement conféré la qualité de professionnels. À certains égards, l'autonomie de la volonté ne préserve pas non plus l'intérêt de parties « faibles » en matière familiale, malgré le recours récurrent des règlements européens à cet outil. En effet, les mesures de précaution prises en droit interne n'ont pas toujours été transposées en droit international privé. Surtout, l'autonomie de la volonté peut être considérée comme un pis-aller quand le législateur y a recours en dépit d'une règle de conflit de lois adéquate, ce dernier pensant à tort que les parties n'auront qu'à recourir à la faculté de l'*optio* ou de la *professio juris* pour s'assurer une forme de sécurité juridique. Cependant, la plupart des justiciables, même avertis, ne s'emparent que très rarement de cette faculté (ou du moins en pleine conscience). L'autonomie de la volonté peut en outre contribuer à créer des incohérences dans les lois choisies, menant parfois à la nullité de l'obligation souscrite dans le même contrat. La clause de choix de la loi, notamment en matière extracontractuelle, peut également ne pas être reconnue à l'étranger, ce qui est particulièrement dommageable pour la sécurité juridique lorsque le rapport de droit qu'elle encadre y produit finalement ses effets.

Le renvoi est le deuxième outil auquel la doctrine et la jurisprudence prêtent traditionnellement la vertu de coordonner les ordres juridiques, notamment afin de préserver une forme de prévisibilité juridique. En réalité, sauf les rares cas où le renvoi fonctionnel, guidé par l'objectif de validation des situations juridiques (renvoi *in favorem*) s'avère réalisable, le renvoi-coordination ne fait qu'agencer les ordres juridiques de

manière formelle, sans apporter de réelle plus-value pour la sécurité juridique préjudiciaire. En effet, la prévisibilité n'est acquise, en matière de renvoi, qu'une fois que les parties ont saisi l'une des juridictions compétentes pour trancher leur conflit.

Troisièmement, s'agissant des méthodes érudant le raisonnement conflictuel, la méthode de la reconnaissance rencontre certains écueils, dont la théorie de l'erreur excusable pâtit également. Les deux méthodes poursuivent un objectif matériel qui ne satisfait pas nécessairement le test de « légitimité » des prévisions, notamment lorsque l'intérêt des tiers n'est pas respecté. Elles présupposent toutes deux l'apparence ou « la cristallisation » des attentes des parties par le biais d'un acte juridique. Or, il est nécessaire de tenir compte des attentes légitimes des parties qui naissent par la seule intervention de l'effet de la loi. Par exemple, la célébration d'un mariage sous la forme privée à l'étranger n'implique pas nécessairement la production d'un acte d'état civil permettant la reconnaissance, bien qu'il mérite dans certaines conditions davantage cette reconnaissance que ceux réalisés en fraude des droits nationaux impliqués. La matière délictuelle est également très largement ignorée par les deux méthodes alors que l'existence d'une relation contractuelle entre les parties peut très largement induire une apparence trompeuse sur le droit qui serait naturellement applicable à leurs obligations légales respectives.

Le second titre envisage d'employer le mécanisme de la « clause d'exception » issue des règlements européens, afin de pallier les écueils rencontrés par les techniques traditionnelles du droit des conflits de lois. Une première étape de l'analyse consiste à étudier la notion de proximité sur laquelle ces clauses sont fondées. La clause d'exception permet d'appliquer le droit qui entretient les liens les plus étroits avec le litige en lieu et place du droit désigné par la règle de conflit lorsqu'il n'est pas « proche » du rapport de droit. Cependant, la notion de liens plus étroits n'est pas explicite. Les magistrats en font un emploi mesuré, sans doute trop mesuré, après avoir été critiqués dans les prémisses de l'adoption des premières conventions et règlements européens qui contenaient des clauses d'exception. L'analyse des jurisprudences française, suisse, hollandaise et belge permet d'observer que le dévoiement des clauses d'exception par les juges correspond en réalité à un impératif de justice qui est conforme aux légitimes prévisions des parties. Afin d'enrichir et de préciser les liens les plus étroits dans l'usage des clauses d'exception, et d'encadrer leur jeu au bénéfice des justiciables et des acteurs de la justice, une *exception de légitimes prévisions* est proposée selon quatre règles détaillées. Chacune des règles de l'exception de légitimes prévisions est explicitée afin de correspondre à un cas d'étude, un type d'attente légitime. La sécurité juridique objective est ainsi renforcée pour ne pas tomber dans les errements de la casuistique, dont les juges sont parfois accusés en France et à l'étranger. La sécurité juridique subjective est garantie par un emploi réel et efficace du mécanisme d'exception, rendu possible par la désignation explicite des cas de mise en œuvre.

L'expérience américaine achève de convaincre de l'utilité de cette exception, les États-Unis ayant connu, à travers le *Restatement (Second)* du droit des conflits de lois, une expérimentation judiciaire d'un mécanisme d'exception entre autres fondé sur la protection des attentes légitimes, et ce depuis plus d'un demi-siècle. La thèse prend cependant le parti de conserver une approche plus rigide que l'outil américain, compte tenu de la tradition civiliste des ordres juridiques français et européens (continentaux) et des moyens mis à disposition des magistrats. Ces derniers, tout comme nombre des acteurs juridiques, ne peuvent pas reproduire le raisonnement intégral en matière de

légitimes prévisions dans chaque cas donné. Il est donc nécessaire de pouvoir se rapporter utilement et efficacement au texte pour déterminer le champ de la règle de conflit et de son exception. La prévisibilité juridique préjudiciaire et post-normative en ressort ainsi grandie, tout en permettant l'existence d'une *exception* au nom de l'impératif – réputé comme premier – de la justice du droit des conflits de lois.



ED9

École doctorale de droit international,
droit européen, relations internationales
et droit comparé



12 place du Panthéon

75005 Paris www.u-paris2.fr