

DOSSIER THÉMATIQUE

Neutralité(s) ?

Le conflit de lois en matière de filiation au prisme de la neutralité

♦ Marylou FRANÇOISE

**La neutralité de la Cour de justice de l'Union européenne face aux
« questions de société »**

♦ Louis FEILHES

Notule sur la fin promise du « masculin neutre »

♦ Benjamin MORON-PUECH

**Le risque est-il neutre ? Analyse comparée du devoir de vigilance et
du règlement sur les services numériques**

♦ Riccardo FORNASARI et Rachel GRIFFIN

L'Union européenne, la neutralité et le droit de l'environnement

♦ Ludwig KRÄMER

**Neutralité et maintien de la paix : réflexions sur les fondements d'une
idée reçue**

♦ Philippe LAGRANGE

**La neutralité dans la justice internationale à la lumière des opinions
individuelles de certains juges à la Cour internationale de Justice
dans quelques affaires récentes**

♦ Arnaud DE NANTEUIL

LIBRES PROPOS

**L'affaire *Ruska Federacija* : un petit pas pour l'Union, un grand
bond pour l'Espace Économique européen**

♦ Frederik DE RIDDER

**Réflexions sur la nature du droit d'ester en justice à l'aune du droit
québécois et du droit français**

♦ Sylvette GUILLEMARD

**La doctrine au secours de l'interprétation du droit uniforme : Le
CMR Advisory Council**

♦ Cécile LEGROS

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**

Directeur scientifique : **Fabrice Picod**

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

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

Carla Albanese

Éditrice en chef

Loriane Alem

Éditrice en chef

Anjovi Banerjee

Éditrice

Juliette Fauvarque

Éditrice

Matthieu Tournigand

Éditeur

Matthieu Bessouet

Éditeur

Laura Prat

Éditrice

Morgan de Walsche

Éditrice

Fondateurs

Founders

Éloïse Glucksmann

Luana Piciarca

Auteurs ayant contribué à ce numéro
Contributors to this issue

Frederik De Ridder

*Juriste à la Direction du marché intérieur,
Autorité de surveillance de l'AELE*

Louis Feilhès

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

Marylou Françoise

*Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Université Jean Moulin Lyon 3*

Riccardo Fornasari

*Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Université Paris Dauphine PSL*

Rachel Griffin

*Doctorante,
Sciences Po Paris*

Sylvette Guillemard

*Professeur de droit,
Québec*

Ludwig Krämer

*Ancien fonctionnaire de la DG-ENV de la Commission,
Professeur de droit à l'Université de Brême*

Philippe Lagrange

*Professeur de droit public,
Université de Poitiers (CEOJI UR 21665)*

Cécile Legros

*Professeur de droit privé,
Université de Rouen Normandie (CUREJ UR 4703)*

Benjamin Moron-Puech

*Professeur de droit privé et sciences criminelles,
Université Lumières Lyon 2 (CERCRID et transversales)*

Arnaud de Nanteuil

*Professeur de droit public,
Université Paris-Est Créteil*

Sommaire

Sommaire.....	1
Éditorial.....	3
Le dossier thématique : Neutralité(s) ?.....	5
Le conflit de lois en matière de filiation au prisme de la neutralité	7
La neutralité de la Cour de justice de l'Union européenne face aux « questions de société »	27
Notule sur la fin promise du « masculin neutre »	67
Le risque est-il neutre ? Analyse comparée du devoir de vigilance et du règlement sur les services numériques	69
L'Union européenne, la neutralité et le droit de l'environnement	111
Neutralité et maintien de la paix : réflexions sur les fondements d'une idée reçue	121
La neutralité dans la justice internationale à la lumière des opinions individuelles de certains juges de la Cour internationale de Justice dans quelques affaires récentes.	139
Libres propos	149
L'affaire <i>Ruska Federacija</i> : un petit pas pour l'Union, un grand bond pour l'Espace Économique Européen	151
Réflexions sur la nature du droit d'ester en justice à l'aune du droit québécois et du droit français	165
La doctrine au secours de l'interprétation du droit uniforme : Le CMR Advisory Council.....	185

Éditorial

La neutralité se décline au pluriel :

Neutralité axiologique revendiquée par la doctrine

Neutralité du juge imposée par sa fonction

Neutralité du régulateur déterminante pour sa mission

Neutralité des Nations unies indispensable au maintien de l'ordre juridique des relations internationales.

Plus encore, les acteurs politiques sur la scène internationale et même les législateurs prétendent à la neutralité pour s'en arroger les attributs ou les qualités attribuées.

La neutralité est garante de l'impartialité et de l'objectivité de ceux qui s'en prévalent, fondent ou renforcent leur légitimité. Dès lors, la neutralité est une notion omniprésente voire écrasante. Elle est une construction, parfois un écran, souvent un levier.

Partant, le **Dossier de ce septième numéro de la RDIA** s'ouvre sur une forme interrogative « **Neutralité(s)** ? ». Il interroge la neutralité lorsqu'elle est tenue pour acquise et questionne l'unité de la notion. En effet, la neutralité se révèle souvent être une notion plurielle, mouvante, façonnée par des conceptions du droit et des institutions singulières mais aussi par des choix politiques. Cette série d'articles met en exergue les implicites de la neutralité, la fonction de la neutralité, explore les tensions voire les contradictions qui peuvent en résulter.

Mœurs et société : une neutralité en trompe-l'œil ? Les choix implicites du droit en matière de filiation montrent que la neutralité est loin d'être absolue y compris lorsqu'est en cause la règle de conflit de lois (M. François, « Le conflit de lois en matière de filiation au prisme de la neutralité »). Par ailleurs, la Cour de justice affiche sa neutralité sur les questions de société, ce qui invite à interroger cette prétention à l'aune de sa jurisprudence (L. Feilhès, « La neutralité de la Cour de justice de l'Union européenne face aux "questions de société" »). En ce sens également, en matière linguistique, la question du « masculin neutre » est au cœur d'un contentieux récent devant le Conseil d'État, où se joue l'avenir du langage inclusif face à une conception du masculin présenté comme une norme universelle (B. Moron-Puech, « Notule sur la fin promise du "masculin neutre" »).

Marché et motifs d'intérêt général : une neutralité sous influence ? La gestion des risques, notamment en matière de devoir de vigilance et de régulation des services numériques, est également un terrain où l'objectivité affichée masque en réalité des choix structurants favorisant certaines logiques économiques (R. Fornasari & R. Griffin, « Le risque est-il neutre ? Analyse comparée du devoir de vigilance et du règlement sur les services numériques »). En droit de l'environnement, la neutralité est un équilibre instable entre impératifs écologiques et intérêts industriels au sein de l'Union européenne (L. Krämer, « L'Union européenne, la neutralité et le droit de l'environnement »).

Guerre et paix : Une neutralité sous tension ? Dans le domaine du maintien de la paix, elle est souvent perçue comme un principe fondateur, alors qu'elle résiste mal à l'analyse des pratiques et de leur instrumentalisation par les États (P. Lagrange, « Neutralité et maintien de la paix : réflexions sur les fondements d'une idée reçue »). Enfin, en justice internationale, la Cour internationale de Justice est souvent considérée comme la plus neutre des juridictions, mais une analyse des opinions individuelles met en lumière les limites de cette impartialité et interroge l'influence des appartenances nationales et des contextes politiques sur les décisions judiciaires (A. de Nanteuil, « La neutralité dans la justice internationale à la lumière des opinions individuelles »).

Ce numéro s'achève par un pas de côté avec trois **Libres propos** : l'affaire *Ruska Federacija*, qui marque une évolution dans les rapports entre l'Union européenne et l'Espace Économique Européen, fait l'objet d'une analyse approfondie (F. De Ridder). La question du droit d'ester en justice est examinée sous l'angle du droit comparé entre le Québec et la France (S. Guillemard). Enfin, le rôle de la doctrine dans l'interprétation du droit uniforme est mis en lumière à travers l'étude du CMR Advisory Council (C. Legros).

Bonne lecture !

Carla Albanese
Loriane Alem
Rédactrices en chef

Le dossier thématique : Neutralité(s) ?

Special Feature: Neutrality(ies) ?

Le conflit de lois en matière de filiation au prisme de la neutralité

Par Marylou Françoise

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,

Université Jean Moulin Lyon 3

1. La neutralité a longtemps été au cœur des réflexions théoriques qui ont contribué au développement du droit international privé. Traditionnellement rattachée à la doctrine de Savigny¹, elle est présentée comme l'une des caractéristiques de la règle de conflit de lois : la règle est indifférente quant au résultat au fond. Elle est objective², aveugle³, innocente⁴, incolore⁵. Elle est neutre. La remise en cause de sa neutralité dans les textes modernes - objet d'une réflexion doctrinale dense⁶ - n'est pourtant plus à démontrer. Le contentieux de la filiation est particulièrement symptomatique de ce phénomène, les considérations substantielles en cause influençant la construction et la réalisation de la règle. La récente proposition de règlement européen en la matière alimente à ce titre le débat de la prise en compte des intérêts par la règle de conflit de lois⁷.

2. La règle de conflit est réputée neutre car elle ignore la teneur substantielle de la loi qu'elle désigne. Destinée à élire la loi nationale la plus à même de régir la situation internationale, elle repose sur un élément de rattachement par principe objectif, lequel associe une catégorie juridique à un système législatif. La règle de conflit de lois a en principe une vocation mécanique : le contenu de la loi élue ne doit avoir aucune incidence sur la désignation de la loi applicable. Si la caractéristique de neutralité est toujours enseignée lors de l'apprentissage de la matière⁸, elle est largement remise en

¹ M. F. C. DE SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts, Traité de droit romain*, t. VIII, 1849, trad. Guenoux, 1856 (rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2002, avant-propos H. Synet).

² Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 3e année, tome 2, 1980-1981. 1981, pp. 43-68, spéc. p. 44.

³ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome I, 3^{ème} édition, § 349, p. 401.

⁴ *Ibid*, p. 403.

⁵ Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux du Comité français de droit international privé*, *op. cit.*, p. 46.

⁶ Voir not. G. KEGEL, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 1928, n° 231-232, pp. 203-205 ; H. BATIFFOL, « Aspects philosophiques du droit international privé », *Paris*, Dalloz, 1956 ; du même auteur « Les intérêts de Droit international privé », in A. LÜDERITZ et J. SCHRÖDER (dir.), *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt am Main, Metzner, 1977, pp. 11-21 ; Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux du Comité français de droit international privé*, *op. cit.* ; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984 ; P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, Paris, Vol. 0, n° 2, 1985, p. 5 ; H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse dactyl., Paris II, 1985 ; Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », *Travaux du Comité français de droit international privé*, hors-série, 1988, pp. 79-103 ; A. BUCHER, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 12^e année, 1996, pp. 209-237 ; B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008, p. 43 et s. ; L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *RCADI*, t. 357, 2011, spéc. n° 163 et s., pp. 358 et s. ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, t. 387, 2016, spéc. n° 396 p. 625 ; A. PRAVAZ, *Dialectique des intérêts et globalisation. Étude de droit international privé économique*, Thèse dactyl., Lyon 3, 2023.

⁷ Proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, 7 décembre 2022, COM (2022) 695 final.

⁸ S. CLAVEL, *Droit international privé*, Hypercours, Dalloz, 7^e éd., 2024, n° 23 et s., pp. 17-24 ; S. LAVAL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 11^e éd., 2023, n° 263 et s., pp. 199-204 ; B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 9^e éd., 2022, n° 174, pp. 161-162.

doute dans l'élaboration des règles de conflit de lois contemporaines. L'étude des règles de conflit révèle en effet la prise en compte d'un certain nombre d'intérêts, privés, étatiques, internationaux ou européens, dans leur élaboration. La règle est orientée vers un résultat défini et sa neutralité en pâtit.

3. La neutralité de la règle peut être modulée par différents moyens. La règle peut connaître une influence indirecte des intérêts en cause par le choix d'une loi particulière, tenant à la proximité avec un territoire par exemple. Sa neutralité peut être tempérée par la création d'un rattachement spécifique, voire multiple, trahissant l'attachement de l'État pour l'institution en jeu. La règle peut également poursuivre un objectif substantiel défini – c'est le cas des règles à coloration matérielle – ou encore être directement déjouée par les règles matérielles – c'est le cas des lois de police ou de l'intervention de l'ordre public. Le degré de modulation de la neutralité de la règle de conflit de lois dépendra de la matière en cause et des intérêts spécifiques visés. Le droit de la famille et des personnes est particulièrement touché par cette variation de la neutralité de la règle, multipliant fréquemment les rattachements pour assurer la validité de l'acte concerné ou faisant jouer l'exception d'ordre public international pour écarter le droit étranger contraire aux principes du for.

4. La neutralité, en droit international privé, est en réalité appréhendée comme une notion nuancée dont les variations traduisent la volonté de prise en compte, par le législateur, des intérêts en cause. D'un attribut essentiel de la règle de conflit de lois, elle devient un curseur dont la position révèle la réalisation de politiques législatives. C'est dans cette perspective qu'il est proposé d'étudier l'évolution de la règle de conflit de lois en matière de filiation et, en particulier, la proposition de règlement européen sur la loi applicable, la compétence et la reconnaissance des décisions en la matière⁹.

5. La Commission européenne a publié sa proposition de règlement le 7 décembre 2022 afin de promouvoir la circulation des citoyens et leur famille, garantir les droits fondamentaux des enfants et faciliter l'accès à la justice. Dès sa publication, la proposition a pourtant fait l'objet de vives critiques et oppositions de la part de plusieurs États membres¹⁰. Certaines dispositions proposées par le législateur divisent, au rang desquelles se trouve la règle de conflit de lois applicable à l'établissement du lien de filiation. Directement motivée par l'intérêt supérieur de l'enfant, la règle prévoit un rattachement multiple et alternatif qui a pour effet de favoriser l'établissement du lien de filiation et sa reconnaissance dans les autres États membres. Si la neutralité de la règle est fortement remise en question en faveur des intérêts protégés, elle semble toutefois réapparaître par son indifférence quant au mode d'établissement de la filiation. La règle s'applique indistinctement selon que la filiation soit établie naturellement ou par le biais d'une procréation assistée médicalement ou encore par l'intermédiaire d'une mère porteuse.

⁹ Proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, 7 décembre 2022, COM (2022) 695 final.

¹⁰ Résolution n° 84 (2022-2023), devenue résolution du Sénat le 22 mars 2023 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi

applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, COM (2022) 695 final.

6. La variation de la neutralité dans la construction de la règle de conflit proposée révèle la recherche d'un équilibre difficile à atteindre entre les différents objectifs visés. Il est légitime à ce titre de se demander où et comment placer le curseur de la neutralité pour une prise en compte des intérêts en présence ? Cette question sera envisagée à la lumière du droit de la filiation et de ses évolutions législatives récentes.

7. Pour y répondre, il convient de revenir dans un premier temps sur la fonction de la neutralité dans le conflit de lois de la filiation (I). Ces précisions permettront de mieux comprendre l'instrumentalisation de la neutralité à l'œuvre dans la proposition du règlement européen sur la filiation (II).

I- Le rôle de la neutralité dans le conflit de lois de la filiation

8. La neutralité de la règle de conflit de lois a longtemps été affirmée comme un principe de la méthode conflictuelle classique. Sa pérennité n'a pourtant pas pu échapper aux influences extérieures et la modulation dont elle fait parfois l'objet n'est plus à démontrer (A). La variation de la neutralité paraît tout particulièrement justifiée en matière de filiation (B).

A. Une neutralité variable de la règle

9. La neutralité selon Savigny. La neutralité comme caractéristique de la règle de conflit est issue de la théorie de Savigny, développée au milieu du XIX^e siècle, et reprise et complétée par Étienne Bartin au XX^e siècle. Sans qu'il ne soit nécessaire de revenir sur l'histoire du droit international privé dans l'Europe continentale, il paraît à tout le moins utile de rappeler que la théorie de Savigny concurrence alors le statutisme, lequel visait à délimiter le domaine d'application des règles de droit¹¹. Selon Savigny, il ne s'agissait plus de dire que telle loi s'applique à tels individus à raison de leur domicile sur le territoire, mais de dire que la loi applicable est celle du lieu de domicile des personnes. Il s'agissait ainsi de « déterminer pour chaque classe de rapport de droit le domaine auquel il appartient, c'est-à-dire le siège de rapport de droit »¹². Dotée d'une fonction mécanique, la règle de conflit de lois a vocation à rattacher la situation litigieuse à un ordre juridique. Elle vise la localisation des rapports de droit, tout en restant indifférente aux intérêts des États. La règle de conflit de lois est qualifiée de neutre en ce qu'elle est « dépourvue de tout apriorisme, de tout dogmatisme »¹³. Cette neutralité est traduite par trois caractéristiques : la règle est indirecte, bilatérale et objective. La règle est indirecte car elle ne résout pas le litige au fond ; elle est bilatérale car elle n'a pas vocation à délimiter l'application de la seule loi nationale en cause ; elle est objective car elle ne préjuge pas du résultat obtenu par l'application d'une loi plutôt qu'une autre.

¹¹ Sur la théorie des statuts, voir notamment B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 231 et s. ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 407 et s.

¹² M. F. C. DE SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts, Traité de droit romain*, t. VIII, 1849, trad. Guenoux, *op. cit.*, p. 118.

¹³ Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux du Comité français de droit international privé*, *op. cit.*, p. 44.

La neutralité de la règle de conflit se vérifie dans ces trois attributs. Mais l'étude de la règle appelle également l'étude de sa finalité¹⁴.

10. La prise en compte des intérêts. La question de la neutralité de la règle de conflit est étroitement liée à celle de sa fonction. La doctrine a d'abord rattaché au droit international privé une fonction de répartition des souverainetés¹⁵, puis de droit régulateur d'intérêts¹⁶. Si le droit international privé a certes la vocation générale d'atteindre l'harmonie internationale des solutions et la coordination des systèmes¹⁷, il a pour finalité la réalisation d'intérêts spécifiques. Trois intérêts sont d'abord relevés par Gerhard Kegel : l'intérêt des parties, l'intérêt du commerce international et l'intérêt propre à l'ordre juridique¹⁸. D'autres ont été ajoutés ensuite par la doctrine postérieure : l'intérêt des particuliers et l'intérêt des tiers¹⁹, les intérêts substantiels des parties²⁰, les intérêts de la société internationale²¹, du commerce international²², de la communauté internationale²³, et les intérêts étatiques²⁴. Ces intérêts, dont la pertinence a déjà pu faire l'objet d'études²⁵, illustrent à tout le moins que les règles de conflit « ne sont pas la source de liens purement conceptuels, sans finalité ni souci des valeurs »²⁶. Admettre que la règle de conflit de lois poursuit la réalisation d'intérêts, entraîne corrélativement la remise en cause de sa neutralité.

11. Les variations de la neutralité. Sur ce point, plusieurs acceptions de la neutralité ont pu être retenues par la doctrine, en fonction des intérêts en jeu. L'étude réalisée par Yvon Loussouarn en 1981²⁷ distingue à ce titre les règles grises des règles blanches, en fonction de la portée de la neutralité de la règle. Cette distinction paraît à notre sens pouvoir se rapporter à deux volets de la notion de neutralité : un volet tenant à la construction même de la règle, et un volet tenant à son fonctionnement.

¹⁴ H. BATIFFOL, « Aspects philosophiques du droit international privé » in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 10 n°1, Janvier-mars 1958. pp. 190-194.

¹⁵ B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 35 et s.

¹⁶ *Ibid* et citations. L'auteur présente les œuvres de P.-G. VALLINDAS et W. WENGLER comme précurseurs dans la recherche des principes fondateurs du droit international privé.

¹⁷ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé. Cours général de droit international privé », *RCADI*, t. 327, 2007.

¹⁸ G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 6^{ème} éd., Munich, 1987, p. 81, cité par A. BUCHER, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 12^e année, 1996, pp. 209-237, spéc. p. 214. L'analyse avait déjà été menée par P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, 1928, 9^e éd.

¹⁹ B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 275.

²⁰ P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Revue Droits*, 1985.2, pp. 136 et s., cité par B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n° 102, p. 52.

²¹ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, rééd. 2002, préf. Y. LEQUETTE, n° 102, p. 229.

²² B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 277.

²³ *Ibid*.

²⁴ B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, §162, p. 86.

²⁵ *Ibid*.

²⁶ B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 274.

²⁷ Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux du Comité français de droit international privé*, *op. cit.*, p. 44.

12. La neutralité de construction. La neutralité peut d'abord être perçue dès la construction de la règle de conflit²⁸. Elle vise le caractère d'une règle qui serait imperméable à toute « pénétration des valeurs sociales »²⁹, c'est-à-dire qui serait construite avec une seule vocation mécanique, indépendamment de toute considération des intérêts extérieurs susceptibles d'influencer le choix d'une loi plutôt qu'une autre. La règle serait désincarnée³⁰. Cette version de la neutralité toucherait en réalité le caractère abstrait de la règle. Admettre que la règle de conflit de lois est neutre, c'est donc admettre que la règle est coupée du fond dans sa vocation d'articulation des systèmes. Elle désigne la loi sans considération aucune des intérêts concernés. Or, cette neutralité peut rapidement être remise en cause. Que ce soit par la doctrine³¹, ou l'étude du droit positif, tous deux révèlent que la règle de conflit ne peut pas être désintéressée et que ses manifestations trahissent toujours la prise en compte d'intérêts particuliers par le législateur. Le droit national colore ainsi indéniablement les règles de conflit dans le choix d'un critère de rattachement plutôt qu'un autre. La règle de conflit est instrumentalisée pour l'accomplissement des intérêts en cause, qu'ils soient individuels, étatiques ou supranationaux³².

13. À titre d'exemple, en matière de divorce, la règle de conflit de lois a été transformée au gré des évolutions sociétales et de son acceptabilité par l'État. L'exemple peut être donné de la solution jurisprudentielle belge³³ précédant la loi de 1960 et soumettant la validité du divorce à l'application cumulée des deux lois nationales des époux de nationalités différentes³⁴. Soumettre le prononcé du divorce à l'application cumulative de deux lois trahit la réticence des juridictions pour l'institution. Au contraire, retenir l'application alternative des lois traduit la volonté politique de l'État en faveur de l'institution. À ce titre, la Cour de cassation française a admis en 1922, pour le couple de nationalités différentes, l'application alternative de la loi personnelle des époux³⁵. Le divorce pouvait par conséquent être prononcé à l'encontre de l'époux étranger sur le seul fondement de la loi française, sans égard pour l'interdiction posée par le droit étranger³⁶. Désormais, le règlement Rome III relatif à la loi applicable aux divorces et séparations de corps prévoit, à son article 8, une règle de conflit à rattachements multiples et alternatifs³⁷. Quatre lois potentielles se succèdent pour encadrer le prononcé du divorce. Ces règles viseraient alors à protéger les intérêts de l'État³⁸, mais

²⁸ B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 271. L'auteur retient la phase d'« élaboration » de la règle.

²⁹ Yvon Loussouarn reprenant les propos de Moura Ramos, *in Ibid.*, p. 46.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 49. Yvon Loussouarn se fonde notamment sur la pensée de Savigny, lequel favorisait la loi du domicile et la soumission volontaire des rattachements étrangers aux obligations contractuelles, et sur la pensée de Bartin selon lequel la qualification rendant possible la catégorisation des rapports de droit ne peut se distinguer du droit matériel et de l'esprit qui dicte leur réglementation.

³² Cf *supra* n° 10.

³³ Cour de cassation belge, chambres réunies, *Rossi contre Servais*, 1955.

³⁴ Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 3e année, tome 2, 1980-1981. 1981, p. 52.

³⁵ Cass. civ., 6 juillet 1922, *Ferrari* : *JDI* 1922, p. 514 ; *DP* 1922, 1, p. 137 ; *S.* 1923, 1, p. 3, note LYON-CAEN ; *Rev. DIP* 1922-1923, p. 444, rapp. A. COLIN, note PILLET ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE : *GAJFDIP*, 5e éd., n° 12, p. 103. - Cass. civ., 14 mars 1928 : *JDI* 1928, p. 382 ; *DH* 1928, p. 253 ; *S.* 1929, 1, p. 92 ; *Rev. DIP* 1928, p. 651.

³⁶ H. GAUDEMET-TALLON, « Divorce », Fasc. 547-20, *JCl. Droit international*, 2020 (act. 2023), n° 1 et s. La solution a été par la suite modifiée par l'arrêt Rivière du 17 avril 1953.

³⁷ Règlement (CE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

³⁸ B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 275 et s. Sur les intérêts de l'État.

également les intérêts des individus dans la réalisation de leur liberté au mariage et, corrélativement, leur liberté à y mettre fin³⁹.

14. Ce constat mène à la conclusion qu'aucune règle de conflit n'est véritablement neutre dans sa construction, que « sous l'angle de la mécanicité de la règle de conflit la neutralité de la règle n'existe pas »⁴⁰. Elle cherche inévitablement à remplir une fonction, laquelle dépasse la simple articulation des systèmes.

15. La neutralité de mise en œuvre. La neutralité peut ensuite être perçue dans le fonctionnement de la règle. Elle vise alors la capacité de la règle à échapper à l'influence du fond. Sur ce point, Yvon Loussouarn rappelle l'importance d'effectuer une distinction nette dans le raisonnement du juge dans un contexte international⁴¹ : une première étape doit être dédiée à l'identification de la loi applicable au litige, une deuxième, distincte, doit être dédiée à la recherche de la solution au fond. De cette séparation naît le constat simple selon lequel, puisque le juge ignore le contenu des lois en concurrence, il ne peut choisir la loi qui sera la plus favorable à l'une des parties au litige. La neutralité de la règle de conflit de lois dans sa mise en œuvre est en vérité rendue possible grâce à deux éléments : d'abord parce que la règle souffre déjà d'une certaine tendance au résultat dans sa construction même ; ensuite parce qu'elle est régulièrement assortie d'exceptions.

16. Au titre des exceptions admises à la neutralité de la règle de conflit de lois dans sa mise en œuvre, l'inversion volontaire du juge dans son raisonnement a pu être plusieurs fois révélée, le juge modulant alors la règle de conflit en faveur de l'une des parties⁴². L'attention portée par le juge au résultat obtenu renvoie à la doctrine américaine de la *Proper Law*, laquelle défend une méthode qualitative de détermination de la loi applicable⁴³. Grâce à une analyse concrète de la situation, le juge va appliquer la loi la plus favorable pour répondre aux besoins des parties. Cette méthode impose une analyse factuelle de la situation. La Cour de justice de l'Union européenne a pourtant écarté cette méthode de l'application de la loi la plus favorable, même en faveur d'une partie réputée économiquement la plus faible. Dans un arrêt du 14 septembre 2023⁴⁴, elle retient qu'une « interprétation en vertu de laquelle il serait possible de déroger aux règles de conflit de lois prévues par le règlement Rome I pour déterminer la loi applicable aux contrats de consommation, au motif qu'une autre loi serait plus favorable pour le consommateur, porterait nécessairement une atteinte considérable à l'exigence générale de prévisibilité de la loi et, partant, au principe de sécurité juridique dans les relations contractuelles impliquant des consommateurs »⁴⁵.

D'autres modulations de la neutralité sont pourtant expressément prévues par la règle elle-même. C'est le cas des lois de police et de l'exception d'ordre public international.

³⁹ Article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme et article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁴⁰ Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux du Comité français de droit international privé*, *op. cit.*, p. 44.

⁴¹ *Ibid.*, p. 54.

⁴² *Ibid.*, p. 56. L'auteur donne l'exemple de l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1950 dans lequel le juge a soumis la prescription libératoire à la loi la plus favorable au débiteur.

⁴³ Sur la doctrine de Cavers : Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux du Comité français de droit international privé*, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁴ CJUE, 14 septembre 2023, *Diamond resorts Europe*, aff. C-632/21, ECLI:EU:C:2023:671 : E. 2023. Comm. 414, L. IDOT ; JDI. 2023. 1003, M. FRANÇOISE.

⁴⁵ Point 75 de l'arrêt CJUE, 14 septembre 2023, *Diamond resorts Europe*, *op. cit.*

La loi de police, telle que mentionnée à l'article 3 du code civil⁴⁶, définie par Franceskakis⁴⁷ et reprise par les règlements européens⁴⁸, est une disposition qui s'applique directement et immédiatement dans le litige, indépendamment de la loi normalement désignée par la règle de conflit de lois en raison des intérêts impératifs qu'elle défend. L'exception d'ordre public, admise par la jurisprudence nationale⁴⁹ et les textes européens⁵⁰, est un mécanisme d'éviction de la loi étrangère dont le contenu pourrait porter atteinte aux conceptions fondamentales de l'ordre juridique du for. Bien que ces outils n'interviennent pas au même moment du raisonnement conflictuel, ils dépendent tous deux de la solution au fond du litige et ils imposent au juge d'intégrer dans son raisonnement des considérations substantielles. Par exemple, l'existence d'une législation étrangère permettant un divorce prononcé unilatéralement impose à la juridiction saisie l'analyse du droit étranger et de ses conséquences sur les principes d'égalité entre les époux et des droits au procès⁵¹. Le résultat obtenu par l'application au fond du droit étranger peut perturber la règle de conflit de lois et en moduler son résultat. L'atteinte à la neutralité de la règle de conflit est enfin particulièrement accrue par le phénomène de fondamentalisation des droits et par le développement de l'Union européenne. Le juge saisi du litige est donc régulièrement tenu d'intégrer dans son raisonnement la garantie des droits fondamentaux et les grands principes de l'Union européenne tendant à la réalisation du marché intérieur et de la libre circulation des citoyens⁵². La Cour de justice a, à ce titre et lors d'une procédure d'exéquatur, admis qu'une décision rendue par les juridictions d'un État bien puisse ne pas être exécutée en France pour cause de violation d'un principe de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵³.

17. La neutralité est en définitive un attribut très relatif de la règle de conflit de lois. La règle ne peut pas être neutre lors de sa construction car elle traduit nécessairement l'accomplissement d'une politique législative. Sa neutralité réapparaît lors de sa mise en œuvre, bien qu'elle subisse des perturbations lorsque les intérêts au fond le commandent. Ces variations de la neutralité de la règle de conflit de lois, déjà très marquée en droit de la famille, se justifient particulièrement dans le contentieux du droit de la filiation.

B. Une variation justifiée en matière de filiation

18. Historique. L'évolution dont a fait l'objet la règle de conflit de lois liée à l'attribution de la filiation illustre parfaitement le lien étroit entre la règle et les évolutions politiques et sociétales ; entre la règle et la modulation de sa neutralité. Le point de départ peut être donné par l'arrêt *Fontaine*, rendu en 1938 par la chambre civile

⁴⁶ Alinéa 1 de l'article 3 du code civil : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

⁴⁷ Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes*, Paris, 1958, n° 7 et s.

⁴⁸ Voir notamment les articles 9 du règlement Rome I et 16 du règlement Rome II.

⁴⁹ Paris, 2 février 1956, JCP 56.II.9229 n. P.G.

⁵⁰ Voir notamment les articles 21 du règlement Rome I et 26 du règlement Rome II.

⁵¹ Civ. 1^{re}, 12 juillet 2023, n° 21-21.185.

⁵² Cf *infra* n° 24 et s.

⁵³ En l'espèce, le principe de la liberté d'expression : CJUE, grd. ch., 4 oct. 2024, Real Madrid, aff. C-633/22, ECLI:EU:C:2024:843 ; F. MARCHADIER, *RTD Civ.*, 2024. 853 ; L. PAILLER, *Légipresse* 2024. 605.

de la Cour de cassation⁵⁴. Dans les faits, Adrienne Fontaine, née le 2 mars 1895 à Paris sans que sa filiation ne soit établie à l'égard d'aucun de ses parents, épousait un national britannique et obtenait la nationalité anglaise. Quelques années plus tard, sa prétendue mère la reconnaissait comme sa fille naturelle et demandait l'obtention d'une pension alimentaire. Conformément à la règle de conflit de lois en vigueur, les juges du fond refusèrent de reconnaître la validité de la reconnaissance, la loi anglaise – loi personnelle de l'enfant en cause – ne permettant pas la reconnaissance des enfants naturels. La Cour de cassation cassait l'arrêt du fond, pour défaut de base légale, en retenant la méconnaissance du « droit imprescriptible qu'a une mère française de reconnaître son enfant dans les formes et conditions édictées par la loi française »⁵⁵. Très critiquée⁵⁶, cette décision illustre la perturbation de la règle de conflit de lois par des considérations factuelles, en associant le raisonnement juridique à une solution politique. Deux justifications sont alors avancées par la doctrine sur la remise en cause de la règle de conflit de lois : le souhait politique de protéger les nationaux français⁵⁷ ; ou l'implication de l'ordre public, la reconnaissance de son enfant par une mère s'analysant comme une règle d'humanité et un droit imprescriptible justifiant la mise à l'écart de la loi étrangère⁵⁸. Quoiqu'il en soit, la règle soumettant l'établissement de la filiation à la loi nationale de l'enfant ne pouvait y résister.

19. Une nouvelle interrogation est posée en 1949 à l'occasion d'un conflit mobile. En l'espèce, l'enfant en cause avait changé de nationalité entre le jour de sa naissance et le jour de l'action visant l'établissement de la filiation paternelle. Si la nouvelle nationalité – française – autorisait une telle action, elle était prohibée par la première – italienne – dont l'application était invoquée par le père. Entre simple question de procédure ou véritable symbolique de soumettre l'ensemble des effets de la filiation à la nationalité de naissance, la Cour de cassation retient finalement que la loi applicable doit être celle la plus favorable à l'enfant. Ce principe, plaçant indéniablement l'intérêt de l'enfant au cœur de la construction de la règle, sera finalement balayé par la Cour elle-même dans son arrêt *Henrich* de 1957⁵⁹, puis par la loi du 3 janvier 1972⁶⁰, en faveur d'une règle de conflit plus objective, retenant le critère de la loi de la mère au jour de la naissance.

20. La nouvelle étape que connaît le droit international privé français de la filiation avec la consécration législative des solutions jurisprudentielles n'en connaît pas moins de fortes influences substantielles et politiques. La loi se fait ainsi l'écho des conceptions sociétales et politiques de l'époque en entérinant la distinction jurisprudentielle entre la filiation naturelle de la filiation légitime, y associant à chacune une règle de conflit déterminée. La filiation naturelle est soumise à la loi nationale de l'enfant, la filiation légitime est soumise à la loi des effets du mariage⁶¹. Il faudra finalement attendre 2005⁶² pour que la distinction soit supprimée et que le code civil soumette la filiation à la « loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue,

⁵⁴ Ch. civ., 8 mars 1938, *Dame Fontaine c/ Époux Pulteney* : *Rev. Crit.* 1938. 653, note BATIFFOL ; *DP* 1939. 1.17, note NAST.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006, Dalloz, p. 151 et s.

⁵⁷ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Sirey, Paris, 1948, t. V, n° 1524, p. 480.

⁵⁸ H. MOTULSKY, note, *Rev. Crit.* 1949, p. 68.

⁵⁹ Civ., 22 mai 1957, *Henrich* : *Rev. Crit.* 1957. 466, note BATIFFOL ; *Clunet* 1957. 722, note PONSARD.

⁶⁰ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation : *D.* 1972. 51.

⁶¹ Civ. 4 nov. 1958, *Moens* : *Rev. crit. DIP* 1959. 303, note FRANCESCakis.

⁶² Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

(à) la loi personnelle de l'enfant »⁶³. La règle se fait l'expression de la tendance politique en faveur de la non-discrimination de l'enfant selon sa naissance. La lecture du droit positif actuel permet enfin sans nulle peine de déceler que l'établissement de la filiation doit être favorisé. Cela se perçoit d'abord au niveau de la construction de la règle, l'article 311-17 du code civil prévoyant à ce titre que la reconnaissance est valable « si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ». Cela se perçoit ensuite au niveau de la mise en œuvre, la Cour de cassation considérant la loi étrangère empêchant un enfant d'établir son lien de filiation comme contraire à l'ordre public international français, même s'il n'est démontré aucun lien avec la France⁶⁴.

21. Plus récemment, la saga jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de reconnaissance des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger sur les actes d'état civil français trahit l'incertitude française sur les pratiques étrangères des mères porteuses. D'abord fermement opposée à y reconnaître ne serait-ce que des effets sur le territoire français⁶⁵, la Cour se résout désormais à admettre le lien de filiation du père biologique et l'adoption de l'enfant par le conjoint⁶⁶, et reconnaît qu'une décision étrangère établissant le lien de filiation de l'enfant à l'égard des parents d'intention, sans lien biologique, n'est pas contraire à l'ordre public international français dès lors que le consentement des parties en cause est garanti⁶⁷. L'intérêt supérieur de l'enfant concurrence le principe législatif de l'indisponibilité du corps humain⁶⁸.

22. Les intérêts en matière de filiation. Les raisons qui motivent la modulation de la neutralité de la règle de conflit de lois relative à l'établissement de la filiation sont multiples. La première s'explique par l'objet même de la matière. Les intérêts des personnes privées sont, selon la doctrine, naturellement considérés dans l'élaboration de la règle de conflit, soit qu'elle leur permette de faire un choix⁶⁹, soit qu'elle aboutisse à un résultat qui leur est favorable⁷⁰. La règle en matière de filiation est construite dans un but précis : créer un traitement unitaire pour la filiation et ses effets, autour du « centre de gravité de la matière »⁷¹, l'enfant. La construction et la mise en œuvre de la règle sont donc guidées par l'intérêt de protection de l'enfant, partie réputée socialement plus faible. Autrement dit, la règle doit permettre de faciliter l'établissement du lien de

⁶³ Article 311-15 du code civil.

⁶⁴ Civ. 1^{re}, 16 décembre 2020, n° 19-20.948.

⁶⁵ Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 : P n° 4 ; D. 1991. 417, rapp. CHARTIER, note THOUVENIN ; D. 1991. Somm. 318, obs. AUBERT ; D. 1992. Somm. 59, obs. F. DEKEUWER-DEFOSEZ ; JCP 1991. II. 21752, communic. J. BERNARD, concl. H. DONTENWILLE, et note F. TERRE ; JCP 1992. I. 3547, p. 15, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; RTD civ. 1991. 517, obs. D. HUET-WEILLER.

⁶⁶ Civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, nos 15-28.597, 16-16.901, 16-50.025 et 16-16.455 : v. not. *Dalloz actualité*, 6 juill. 2017, art. T. COUSTET ; D. 2017. 1737, note H. FULCHIRON ; *ibid.* 1727, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENNOIRE ; *ibid.* 2018. 528, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* 641, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *ibid.* 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2017. 482 ; *ibid.* 375, point de vue F. CHENEDE ; *ibid.* 643, *Pratique*, P. SALVAGE-GEREST ; *Rev. crit. DIP* 2018. 143, note S. BOLLEE.

⁶⁷ Civ. 1^{re}, 2 octobre 2024, n° 22-20.883 : D., 2024. 2042, L. BRUNET ; Civ. 1^{ère}, 15 novembre 2024, n° 23.50-016 : *Dalloz actualité*, 26 novembre 2024, art. A. PANET-MARRE.

⁶⁸ Article 16-5 du code civil.

⁶⁹ B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 275.

⁷⁰ S. CLAVEL, *Droit international privé, op. cit.*, n° 37, p. 22. L'auteur retient l'exemple du raisonnement en cascade de la convention de La Haye de 1974 sur la loi applicable aux obligations alimentaires qui vise à favoriser l'octroi de la pension au créancier d'aliments.

⁷¹ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit.*, p. 186.

filiation. Cet intérêt doit toutefois être concilié avec d'autres, comme celui des États. Ainsi, la deuxième raison justifiant l'atteinte à la neutralité par les différentes règles successives tient du lien étroit qui existe entre les constructions sociales de l'État et les questions tenant à la filiation et, plus largement, aux modèles familiaux en expansion. La société a fait l'objet de modifications profondes ces dernières décennies auxquelles le droit ne pouvait rester hermétique. Les règles de conflits ont été adaptées à la multiplication des naissances hors mariage, aux nouvelles formes de conjugalités, aux nouveaux procédés médicaux d'aide à la procréation ou encore au développement des gestations pour autrui. La troisième raison tient de l'expansion de la circulation transfrontières des individus. Les liens sont tissés au-delà des frontières et ils provoquent des confrontations inévitables entre les différentes conceptions et institutions nationales. Partant, les règles et mécanismes de droit international privé jouent tantôt un rôle de lutte contre l'institution étrangère, tantôt de garants pour les principes nationaux. Enfin, la neutralité ne pouvait subsister totalement aux influences supranationales dont est marquée la matière. D'abord sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'enfant s'est fondamentalisé et son intérêt supérieur est désormais consacré⁷². Ensuite sous l'impulsion de l'Union européenne, l'enfant devenu citoyen européen doit circuler librement d'un État membre à un autre⁷³. Les tensions qui entourent la proposition européenne du règlement en matière de filiation illustrent la politisation de la question et le difficile respect de la neutralité dans l'élaboration d'une règle de principe.

II- L'instrumentalisation de la neutralité dans la proposition de règlement

23. L'étude de la proposition européenne de règlement en matière de filiation révèle une règle de conflit nécessairement guidée par les intérêts concernés dans sa construction mais dont le caractère objectif permet d'assurer une neutralité de principe dans sa mise en œuvre (A). Cette construction ne permet toutefois pas d'atteindre l'adhésion générale, certains intérêts n'étant d'apparence pas suffisamment garantis (B).

A. La construction de la règle de conflit de lois dans la proposition

24. Le contexte législatif d'adoption. Afin d'envisager la règle de conflit proposée par l'Union européenne sous l'angle de la neutralité, encore faut-il connaître le contexte de sa construction. La proposition européenne trouve d'abord son origine dans un contexte législatif incomplet. Si les effets relatifs à la filiation ont fait l'objet de plusieurs conventions internationales et de règlements européens visant à unifier les règles de

⁷² À titre d'exemples, en matière de GPA : CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11 et *Labassee c. France*, n° 65941/11 ; Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, demandé par la Cour de cassation française (Demande n° P162018-001) ; CEDH, 31 août 2023, *C. c. Italie*, n° 47196/21.

⁷³ CJUE, 14 décembre 2021, *Panchavero*, aff. C-490/20 : D. 2022. 331, note L. d'AVOUT et R. LEGENDRE, 565, chron. H. FULCHIRON, et 872, obs. M. MESNIL ; *AJ fam.* 2022. 5, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Rev. crit. DIP* 2022. 554, note S. CORNELOUP ; *RTD civ.* 2022. 352, obs. L. USUNIER ; *RTD eur.* 2022. 391, obs. F. BENOIT-ROHMER.

conflit de lois en matière d'obligations alimentaires⁷⁴, de responsabilité parentale et de protection de l'enfant⁷⁵, la question de la loi applicable à l'établissement du lien de filiation demeure régie par les seules règles de conflit internes⁷⁶. Les institutions européennes et internationales ne se sont pourtant pas désintéressées de la thématique. La Cour européenne des droits de l'Homme intervient en effet régulièrement pour contrôler que les dispositions législatives nationales et les juridictions garantissent l'intérêt supérieur de l'enfant au regard notamment de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au droit au respect de la vie privée et familiale. Qu'elle intervienne pour pérenniser la validité d'une adoption⁷⁷, pour consacrer un droit de connaître ses origines⁷⁸ ou un droit de se voir reconnaître un lien de filiation à l'égard de ses parents⁷⁹, la Cour européenne des droits de l'Homme influe sur le droit matériel des États signataires tout en leur laissant une marge d'appréciation sur les questions pour lesquelles il n'existe pas de consensus. L'intervention demeure toutefois casuistique. À l'échelle de l'Union européenne, la filiation relève du domaine des compétences exclusives des États membres et l'harmonisation matérielle est impossible. L'Union ne peut dès lors intervenir qu'indirectement, par une législation périphérique⁸⁰ ou par le contrôle de la Cour de justice. Cette dernière a pu intervenir à ce titre au travers de la notion de *citoyen européen* pour garantir la libre circulation du nom de famille de l'enfant⁸¹ ou, plus récemment, la libre circulation de l'acte de naissance d'un enfant issu d'une procréation médicalement assistée entre deux femmes⁸².

25. Parallèlement à ce cadre ponctuel, incomplet et dont la pertinence a parfois pu être remise en cause⁸³, plusieurs projets sont à l'œuvre⁸⁴, lesquels traduisent l'actualité de la question. Le Conseil de l'Europe travaille à la modernisation de la convention européenne du 15 octobre 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage afin d'adapter le texte aux nouveaux modèles de filiation, tel que la gestation pour autrui⁸⁵, tout en respectant la diversité des législations nationales. Également, la conférence de La Haye a mandaté en mars 2023 la création d'un Groupe de travail sur les questions de droit international privé relatives à la filiation afin d'élaborer une nouvelle

⁷⁴ Règlement (CE) n° 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

⁷⁵ Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

⁷⁶ En droit français, ce sont les articles 311-14 à 311-17 du code civil.

⁷⁷ CEDH, 24 mars 2015, *Zaïet c. Roumanie*, n° 44958/05.

⁷⁸ CEDH, 6 avril 2022, *Scalzo c. Italie*, n° 8790/21.

⁷⁹ Avis consultatif de la CEDH du 10 avril 2019.

⁸⁰ 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.

⁸¹ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539 : *D.* 2004. 1476, note B. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 2004. 192, note P. LAGARDE ; *JDI* 2004. 1225, note S. POILLOT-PERUZZETTO. CJCE, 14 octobre 2008, Grunkin Paul, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559 : *JCP* 2009. 10071, note A. DEVERS ; *Dr. fam.* 2009. Comm. 50, note F. VIANGALLI ; *AJ fam.* 2008. 481, obs. A. BOICHE ; *JDI* 2009. 7, note L. d'AVOUT ; *Europe* 2008. Comm. 397, note F. KAUFF-GAZIN ; *Europe* 2008. Comm. 431, obs. L. IDOT ; *AJDA* 2008. 2327, obs. BROUSSY, DONNAT et LAMBERT ; *D.* 2009. 845, note BOULANGER ; *Rev. crit. DIP* 2009. 80, note P. LAGARDE.

⁸² CJUE, 14 décembre 2021, *Pancharevo*, aff. C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008 : *Dr. fam.* 2022. Comm. 64, note M. ELOFIR ; *RJPF* 2022-3/31, p. 46, note S. GODECHOT-PATRIS ; *D.* 2022. 331, L. d'AVOUT et R. LEGENDRE.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Pour une présentation de ces projets voir F. MARCHADIER, « Le droit international et européen de la famille en devenir », *RTD Civ.* 2023, p. 336.

⁸⁵ Suivi de l'examen de la mise en œuvre de la convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage – STE n° 85, du Bureau du Comité européen de coopération juridique (cdcj-bu), 113e réunion 16-17 mars 2022, pt 9, p. 4.

convention⁸⁶. Les questions relevant de la filiation issue de gestations pour autrui demeurent toutefois sensibles⁸⁷. Parmi ces projets, le plus abouti reste la proposition du règlement du Conseil européen du 7 décembre 2022 lequel propose un cadre relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation.

26. Le contexte sociétal d'adoption. Lors de son discours sur l'état de l'Union en 2020, la présidente de la Commission soulignait l'importance pour un enfant que sa filiation légalement établie dans un État membre puisse être reconnue dans tous les autres États membres⁸⁸. Cette déclaration est d'autant plus importante que les modes de filiation ont aujourd'hui largement évolué et qu'ils font l'objet en Europe d'une grande diversité au niveau des législations nationales⁸⁹. Lorsqu'elles interviennent dans les couples homoparentaux ou monoparentaux, dans les couples dont l'un des parents a fait l'objet d'un changement de sexe à l'état civil, ou qu'elles soient issues d'une procréation médicalement assistée ou d'une gestation pour autrui, les filiations soulèvent de nombreuses difficultés quant à leur reconnaissance au sein de l'État dans lequel elles sont constituées, mais également au sein des États dans lesquels les familles circulent. Les difficultés tenant à l'établissement et la reconnaissance de la filiation entraînent de surcroît des complications au stade des effets qu'elles produisent sur la nationalité, la responsabilité parentale, les obligations alimentaires ou encore l'octroi de prestations sociales⁹⁰. La proposition de règlement s'inscrit de la sorte aussi bien dans la stratégie pour l'égalité des personnes LGBTQI 2020-2025⁹¹ que dans celle sur les droits de l'enfant dans l'Union européenne⁹². Elle vise à lutter contre les discriminations afin de promouvoir la libre circulation des citoyens et des membres de leur famille.

27. Les objectifs de la proposition. Le texte poursuit à ce titre un triple objectif. D'abord, il vise à « renforcer la protection des droits fondamentaux et d'autres droits des enfants dans les situations transfrontières »⁹³. Il rappelle de fait que les droits des enfants sont universels et qu'ils ne devraient souffrir d'aucune discrimination tenant à l'origine de leur filiation et concernant l'ensemble de leurs droits afférents. Le texte vise ensuite à garantir un régime uniforme de la filiation dans l'Union européenne dans le but de permettre la libre circulation des citoyens européens - la non-reconnaissance d'une filiation dans un État membre risquant de déclencher la réticence des individus à se déplacer. Enfin, le texte vise à uniformiser les règles de droit international privé dans une matière qui demeure pour l'heure essentiellement nationale afin de faciliter l'accès

⁸⁶ Voir le Projet sur la Filiation/Gestation pour autrui disponible sur <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

⁸⁷ Voir le rapport du groupe de travail sur la filiation à l'issue de la troisième réunion du 4 au 8 novembre 2024, doc. pré. n° 1b.

⁸⁸ Selon Ursula VON DER LEYEN, « (s)i vous êtes parent dans un pays, vous êtes parent dans tous les pays ».

⁸⁹ Proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, 7 décembre 2022, COM (2022) 695 final, p. 3.

⁹⁰ F. MARCHADIER, « Le droit international et européen de la famille en devenir », *op. cit.*

⁹¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Union de l'égalité : stratégie en faveur de l'égalité de traitement à l'égard des personnes LGBTQI pour la période 2020-2025, COM/2020/698 final.

⁹² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Stratégie de l'UE sur les droits de l'enfant, COM/2021/142 final.

⁹³ Proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, *op. cit.*

à la justice, de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité. La proposition poursuit à cet effet un objectif de réduction des frais engagés et des charges juridiques inhérents aux procédures judiciaires visant la reconnaissance de la filiation imposés dans certains États membres. Pour cela, la proposition adopte une structure spécifique.

28. L'Union n'ayant pas la compétence d'intervenir au moyen de règles matérielles, le choix a été fait d'élaborer un règlement sur le fondement de l'article 81, paragraphe 3 du TFUE afin d'établir des « mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière ». Ces mesures comprennent des règles de détermination de compétence internationale, des règles de conflit de lois et des règles tendant à la reconnaissance des décisions et des actes authentiques en matière de filiation. La proposition porte sur les règles établissant le lien de filiation⁹⁴ et, plus largement, sur « toutes les questions civiles relatives à la filiation dans les situations transfrontières »⁹⁵. Sont toutefois exclues du texte les questions relatives à l'adoption internationale, régies par la convention de La Haye du 29 mai 1993⁹⁶, de même que celles relatives à la responsabilité parentale, aux obligations alimentaires ou à la succession, ces dernières faisant déjà l'objet d'une réglementation européenne. Le règlement propose enfin la création d'un certificat européen de filiation, à l'image de celui qui existe déjà en matière de succession⁹⁷. La proposition ne vise donc pas l'harmonisation matérielle du droit de la filiation, mais des règles uniformes de droit international privé.

29. La règle de conflit de lois et la neutralité. La proposition, d'application universelle⁹⁸, prévoit une règle de conflit de lois à son article 17. Dans un premier paragraphe, elle prévoit que « la loi applicable à l'établissement de la filiation est la loi de l'État dans lequel la personne qui accouche a sa résidence habituelle au moment de la naissance ». Lorsque cette résidence habituelle ne peut pas être identifiée, la loi applicable est celle de l'État de naissance de l'enfant. Le second paragraphe prévoit des critères de rattachement optionnels afin d'établir le lien de filiation à l'égard d'un deuxième parent qui n'aurait pas pu l'être en application de la première loi. Dans ce cas, le deuxième lien de filiation peut être établi en application de la loi nationale de ce deuxième parent, la loi nationale du premier parent, ou encore la loi de l'État de naissance de l'enfant. L'article 18 précise le domaine de la loi, quand les articles 19, 20 et 21 prévoient respectivement les règles d'un conflit mobile, les conditions de validité formelle d'un acte de reconnaissance, et les règles tenant renvoi. L'article 22 prévoit la mise à l'écart de la loi contraire à l'ordre public du for.

30. Ces règles sont, d'apparence, neutres. La neutralité se vérifie en effet à plusieurs titres. D'abord la règle fixée à l'article 17 paragraphe 1 repose sur le critère de rattachement de la résidence habituelle. Ce critère est classiquement retenu en droit international privé européen comme étant « neutre, réaliste et dépourvu de tout

⁹⁴ Article 1 de la proposition.

⁹⁵ Article 3 de la proposition.

⁹⁶ Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

⁹⁷ Règlement (UE) n° 650/2012 du parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

⁹⁸ Article 16 de la proposition.

nationalisme »⁹⁹. Contrairement au critère de nationalité, il repose sur une situation établie et garantissant un degré de proximité certain avec le litige¹⁰⁰. La nationalité n'apparaît qu'à titre subsidiaire, au paragraphe 2, lorsque la loi désignée par le paragraphe 1 aboutit à l'établissement de la filiation à l'égard d'un seul parent. La règle est ensuite neutre car elle ne préjuge pas des circonstances de la naissance. Elle prévoit l'application de la loi de l'État de « la personne qui accouche » et non de la femme ou de la mère. Une telle formulation englobe indistinctement les situations de maternité sans distinction entre les mères d'intention, les mères porteuses, les mères biologiques ou encore les femmes en cours de processus de changement de sexe¹⁰¹. La règle ne distingue pas davantage la situation familiale au sein de laquelle la naissance intervient, qu'il s'agisse d'un couple hétéroparental, homoparental ou monoparental, ni que la naissance ait eu lieu naturellement, au terme d'un processus médical, par l'intervention d'un tiers donneur et/ou d'une mère porteuse¹⁰². La règle porte pourtant en elle les intérêts qui ont guidé son élaboration.

B. Une prise en compte partielle des intérêts en cause

31. Identification des intérêts en cause. La neutralité de la règle de conflit de lois est modulée par l'effet des intérêts qui motivent l'élaboration de la règle. Plus ces intérêts sont nombreux, plus ils sont sensibles, plus le caractère neutre de la règle va s'effacer au profit d'un résultat guidé par le fond. Étudier le degré de neutralité de la règle de conflit de lois dans la proposition européenne de règlement en matière de filiation invite à identifier les intérêts pertinents qui ont justifié son élaboration et sa structure¹⁰³. Parmi eux, quatre intérêts sont aisément identifiables : l'enfant, la société - et plus particulièrement la communauté LGBTIQ - l'Union européenne et les systèmes étatiques.

32. La poursuite des intérêts privés : l'enfant. La Commission européenne place – sans surprise – l'intérêt de l'enfant au centre de la proposition. Dès les premières lignes, il est en effet annoncé que « l'objectif de la proposition est de renforcer la protection des droits fondamentaux et d'autres droits des enfants dans les situations transfrontières, notamment de leur droit à une identité, à la non-discrimination et à une vie privée et familiale, ainsi que de leurs droits successoraux et de leurs droits

⁹⁹ H. FULCHIRON, « Filiation. La proposition de règlement européen sur la filiation : coup de maître ou coup d'épée dans l'eau ? », *JDI (Clunet)*, n° 4, 2023, doct. 7, §33.

¹⁰⁰ CJCE 2 avril 2009, *A.*, aff. C-523/07 : Selon la Cour, pour caractériser la résidence habituelle de l'enfant, « outre [sa présence physique] dans un État membre, doivent être retenus d'autres facteurs susceptibles de faire apparaître que cette présence n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial » ; CJUE 25 novembre 2021, aff. C-289/20 ; CJUE, 1 août 2022, aff. C-501/20.

¹⁰¹ Civ. 1^{re}, 16 septembre 2020, n° 18-50.080 : *AJ fam.* 2020, p. 534, note G. KESSLER ; *Dr. famille* 2020, comm. 146 ; *RTD civ.* 2020, p. 866, obs. A.-M. LEROYER ; *JCP G* 2020, 1164, note L. BRUNET et P. REIGNE. CEDH, 4 avril 2023, *O.H. et G.H. c/ Allemagne*, requêtes n° 53568/18 et 54741/18. H. FULCHIRON, « Filiation. La proposition de règlement européen sur la filiation : coup de maître ou coup d'épée dans l'eau ? », *op. cit.*

¹⁰² H. FULCHIRON, « Filiation. La proposition de règlement européen sur la filiation : coup de maître ou coup d'épée dans l'eau ? », *op. cit.*, §34. L'auteur relève toutefois que le texte se limite au projet parental entre deux parents, ne prenant pas en compte, volontairement ou non, les projets de pluri parentalité.

¹⁰³ B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 43. L'auteur identifie deux étapes dans le raisonnement : l'identification des intérêts présentés et l'examen de leur pertinence dans l'élaboration de la norme.

alimentaires dans un autre État membre, avec pour considération primordiale l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁰⁴. Estimant que deux millions d'enfants seraient aujourd'hui confrontés à des obstacles de reconnaissance de leur filiation dans d'autres États membres, la proposition vise à offrir à l'enfant un espace prévisible et sûr au sein duquel il pourra vivre et circuler sans discrimination faite quant aux origines de sa filiation. À cet effet, elle prévoit une règle de conflit de lois uniforme ayant « pour objectif d'éviter des décisions contradictoires »¹⁰⁵. La règle de conflit participe largement à la protection de l'enfant à plusieurs titres.

33. En premier lieu, il faut noter que la neutralité précédemment exposée de l'article 17 participe à garantir l'égalité entre les enfants et à la lutte contre la discrimination. Cette dernière prévoit en ce sens qu'« étant donné qu'en vertu du droit international, du droit de l'Union et du droit des États membres, tous les enfants ont les mêmes droits, sans discrimination, la proposition régit la reconnaissance de la filiation d'un enfant quelle que soit la manière dont l'enfant a été conçu ou est né, et quel que soit le type de famille de l'enfant »¹⁰⁶. Les références à cet objet sont nombreuses et trouvent leur fondement dans l'article 2 de la Convention des nations unies relative aux droits de l'enfant, dans les articles 3 paragraphe 3, et 5 du TUE et dans les articles 7, 21 et 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰⁷. La neutralité est dans ce cas utilisée pour atteindre la protection de l'intérêt des enfants. En second lieu, la protection de l'enfant résulte de la règle elle-même en ce que sa filiation est en principe facilitée par le choix du rattachement et de ses rattachements alternatifs. D'abord, la résidence habituelle de la personne qui accouche est plus aisée à identifier que certains autres critères parfois retenus, telle que la nationalité de l'enfant à naître¹⁰⁸. Ensuite, parce que la règle favorise l'établissement de la filiation. L'exemple a été donné du cas de gestation pour autrui. La mère porteuse accouchera très probablement dans l'État dans lequel elle réside habituellement et dont la législation permet, en tout état de cause, l'établissement de la filiation à l'égard des parents d'intention¹⁰⁹. Dans les cas où cette résidence serait difficile à identifier, l'article ouvre une option et prévoit la possibilité de retenir la loi de l'État de naissance de l'enfant. Enfin, le second paragraphe de l'article 17 prévoit la possibilité de soumettre la filiation à plusieurs lois lorsque le paragraphe premier n'établit le lien de filiation qu'à l'égard d'un seul parent. Une deuxième loi peut ainsi être appliquée pour assurer le double lien de filiation pour l'enfant. L'option prévue est large pour favoriser l'établissement de ce double lien. Par destination, le règlement sert les intérêts de la famille. La procédure est simplifiée et leur circulation sur les territoires de l'Union européenne est favorisée. L'étude de la règle révèle également que d'autres intérêts sont visés : ceux de la communauté LGBTQ.

¹⁰⁴ Proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 16.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰⁸ Voir par exemple l'article 59 du projet de code de droit international privé français.

¹⁰⁹ C. GONZALEZ BEILFUSS, « La proposition de règlement européen en matière de filiation : analyse liminaire », *RTD Eur.*, 2023, p. 217.

34. La poursuite des intérêts de la société : la communauté LGBTIQ. L'égalité de traitement à l'égard des personnes LGBTIQ et des « familles arc-en-ciel »¹¹⁰ est clairement présentée comme l'un des justificatif et objectif de la proposition¹¹¹. Elle accompagne la stratégie mise en place par l'Union en 2020¹¹² visant à lutter contre les discriminations faites à l'encontre des personnes LGBTIQ¹¹³, à en garantir la sécurité et à promouvoir l'inclusion dans la société. La règle de conflit posée à l'article 17 participe sans équivoque à la réalisation de ces objectifs. En prévoyant une règle unique à toutes les filiations, elle garantit un traitement non discriminatoire des naissances, peu importe le modèle familial dans lequel ces dernières interviennent. En prévoyant une règle additionnelle à son paragraphe 2, la règle rend également possible l'établissement d'un lien de filiation pour le conjoint du même sexe. En effet, l'article 17 prévoit de soumettre le deuxième lien de filiation non établi par la loi principale, à la loi de l'État de nationalité du premier parent pour lequel la filiation a déjà été établie, la loi de la nationalité du deuxième parent, ou la loi de l'État de naissance de l'enfant. Le rattachement multiple, alternatif et facultatif permet d'offrir une option aux parents et de favoriser ainsi l'établissement d'un double lien de filiation maternelle avec le choix, par exemple, d'un accouchement dans un État dont la loi est particulièrement favorable aux couples de même sexe¹¹⁴. À noter que la règle de conflit est d'application universelle et qu'elle permet l'application de la loi d'un État tiers¹¹⁵.

35. La poursuite des intérêts de l'Union européenne. Parallèlement à la garantie des intérêts privés, la proposition présente indéniablement des aspirations plus larges en participant directement au développement de l'espace judiciaire européen. Cet objectif apparaît sans surprise dans les premières lignes de la proposition, lesquelles disposent que « l'Union a pour objectif de créer, de maintenir et de développer un espace de liberté et de justice dans lequel la libre circulation des personnes, l'accès à la justice et le plein respect des droits fondamentaux sont garantis ». Il est rendu possible grâce à plusieurs éléments : l'uniformisation des règles de conflit de lois pour atteindre l'harmonie internationale des solutions, le développement de la confiance mutuelle entre les États membres¹¹⁶ et la liberté de circulation des citoyens européens¹¹⁷. Ces trois facteurs constituent la ligne directrice de la proposition. L'article 17 propose une règle de conflit de lois unique à toutes les juridictions étatiques et prévoit l'application de toutes les lois étatiques européennes et non européennes tout en facilitant la

¹¹⁰ Selon la formule utilisée par la Commission dans sa communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions union de l'égalité : Stratégie en faveur de l'égalité de traitement à l'égard des personnes LGBTIQ pour la période 2020-2025, com/2020/698 final.

¹¹¹ Proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, *op. cit.*, p. 1.

¹¹² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions union de l'égalité : Stratégie en faveur de l'égalité de traitement à l'égard des personnes LGBTIQ pour la période 2020-2025, com/2020/698 final.

¹¹³ Selon la définition donnée par la Commission, l'expression vise « les personnes qui sont attirées par des personnes du même genre qu'elles (lesbiennes, gays) ou de n'importe quel genre (bisexuels); dont l'identité et/ou l'expression de genre ne correspond pas au sexe qui leur a été attribué à la naissance (trans, non binaires) ; qui sont nées avec des caractéristiques sexuelles qui ne correspondent pas à la définition habituelle de l'homme ou de la femme (intersexuées); et dont l'identité ne s'intègre pas dans une classification binaire de la sexualité et/ou du genre (queer) ».

¹¹⁴ Sur ce point, voir également C. GONZALEZ BEILFUSS, « La proposition de règlement européen en matière de filiation : analyse liminaire », *op. cit.*, p. 217.

¹¹⁵ Article 16 de la proposition.

¹¹⁶ Rappelés dans le considérant 35 du préambule de la proposition.

¹¹⁷ Considérant 3 de la proposition.

reconnaissance des décisions intra-européennes¹¹⁸. Le choix d'une règle de conflit de lois unique, sans distinction quant à la nature et le contexte de la filiation, favorise en outre la circulation des citoyens européens, en levant les obstacles liés à la reconnaissance des actes de naissance. Cette règle se fait l'écho de la jurisprudence de la Cour de justice, laquelle a imposé à tout État membre de permettre à l'enfant citoyen européen d'exercer, avec chacune des deux personnes à l'égard desquelles la filiation a été établie, son droit de circuler et de séjourner librement au sein de l'Union en lui octroyant les documents d'identité nécessaires¹¹⁹. Le lien de filiation établi à l'égard de deux femmes ne doit pas y faire obstacle. Si le doute n'existe plus quant à la neutralité nuancée des rattachements en droit international privé européen¹²⁰, ceux retenus par la proposition ne fait pas exception à la règle en poursuivant explicitement la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Cet intérêt doit pourtant se concilier avec ceux des États membres, au risque de ne jamais voir le jour, et ce, même par le jeu d'une coopération renforcée, laquelle doit réunir *a minima* neuf États¹²¹.

36. La prise en compte des intérêts étatiques. Parmi les intérêts traditionnellement pris en compte dans l'élaboration de la règle de conflit de lois, la doctrine s'entend pour dire que les intérêts étatiques y occupent une place évidente¹²². Ces intérêts visent notamment l'importance que donne un État à ses propres normes¹²³, au regard du « but social des lois »¹²⁴ ou des « fins poursuivies »¹²⁵. Lorsque l'objectif visé est particulièrement important, l'intérêt étatique se manifeste au travers des lois de police et de l'exception d'ordre public international¹²⁶ imposant au fond du litige les valeurs matérielles considérées comme nécessaires et supérieures par l'État concerné. La proposition européenne en matière de filiation occupe un terrain particulièrement sensible en offrant une règle de conflit de lois uniforme en matière de filiation. Sur la question de la réception des actes de naissance d'enfants issus de certains modèles familiaux ou procédés de conception, les États membres de l'Union européenne tiennent des positions clivantes¹²⁷. À titre d'exemples, la gestation pour autrui est interdite dans quatorze États membres¹²⁸ et le même nombre refuse de reconnaître un

¹¹⁸ Articles 24 et suivants de la proposition.

¹¹⁹ CJUE, 14 décembre 2021, *Panchavero*, aff. C-490/20, *op. cit.*

¹²⁰ M.-P. WELLER, « Les rattachements dans les conflits de lois », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERRUZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, PIE Peter Lang, 2011, p. 327, spéc. p. 330. L'auteur retient que les critères de rattachement européens visent nécessairement le marché intérieur, l'espace de liberté, de sécurité et de justice ou la protection.

¹²¹ L'article 20 TUE.

¹²² G. KEGEL, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 1928, n° 231-232, pp. 203-205 ; H. BATIFFOL, « Les intérêts de Droit international privé », *op. cit.*, p. 20 ; B. CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, 1963, p. 344 : L'auteur retenant l'existence d'intérêts gouvernementaux. B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 275 et s. B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 45. Selon l'auteur, « (...) la nécessité d'identifier le sujet dont émane l'intérêt susceptible d'être pris en considération lors de l'élaboration des règles de droit international privé n'est pas problématique lorsqu'il s'agit de l'intérêt des parties ou de l'intérêt des États (...) ».

¹²³ B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 86 et s.

¹²⁴ A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993-II, tome 239, n°37-38, pp. 71-74.

¹²⁵ B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 276.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 277.

¹²⁷ Sur ce point, voir la présentation de R. LEGENDRE, « Filiation internationale : quelles perspectives en droit européen ? », *AJ Famille*, Février 2024, p. 73 et s. Étude réalisée sur la base de l'étude de droit comparé éditée en mars 2022 sur commande de la Commission : ICF, *Study to support the preparation of an Impact assessment on a possible Union legislative initiative on the recognition of parenthood between Member States*, Final Report.

¹²⁸ Autriche, Belgique, Allemagne, Espagne, Finlande, France, Croatie, Hongrie, Italie, Malte, Lituanie, Portugal, Suède et Slovaquie. *Ibid.*

lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant¹²⁹. Sept États membres prohibent donc sur leur territoire tant les pratiques de gestation pour autrui que la reconnaissance de leurs effets lorsqu'elles sont réalisées à l'étranger¹³⁰. Certaines législations vont même plus loin en pénalisant les nationaux ayant recours à ces pratiques à l'extérieur¹³¹. De même, la procréation médicalement assistée pour les couples de même sexe est prohibée dans quatorze États membres¹³², et cinq États membres l'excluent pour les personnes seules¹³³.

37. L'élaboration d'une règle de conflit de lois commune reposant sur un critère de rattachement neutre - en ce qu'il ne distingue pas le mode de filiation - ne paraît pas devoir aller dans le sens d'une protection des intérêts étatiques. Certes, le projet n'impose pas aux États de modifier leur droit matériel. L'Union n'en a pas la compétence¹³⁴, l'article 81 paragraphe 3 TFUE ne lui octroyant le pouvoir de légiférer en matière familiale qu'au travers de règles d'articulation et de reconnaissance. La proposition rappelle à ce titre que la proposition ne conduira « pas à l'harmonisation du droit matériel des États membres en ce qui concerne la définition de la famille ou l'établissement de la filiation dans les situations nationales »¹³⁵. Le texte prévoit de surcroît à son article 22¹³⁶ la possibilité que la loi étrangère désignée puisse être écartée si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public du juge saisi. Il permet de la sorte à l'État de faire valoir les intérêts qu'ils jugent primordiaux sur son territoire en écartant la loi désignée par la règle. Pourtant, cette possibilité est restreinte par le paragraphe 2 du même article qui soumet l'utilisation de l'ordre public au respect « des droits et principes fondamentaux énoncés dans la charte, et notamment son article 21 relatif au droit à la non-discrimination ». À toutes fins utiles, il convient de rappeler que la Charte prévoit à son article 24 paragraphe 2 que « dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »¹³⁷. Les intérêts étatiques sont par conséquent soumis à l'intérêt supérieur de l'enfant.

38. Cette restriction de l'exception d'ordre public et la neutralité du rattachement paraissent pouvoir justifier la réticence de certains États pour l'adoption de ce texte¹³⁸. Or, dans le contexte de l'Union européenne, la prise en compte des intérêts étatiques

¹²⁹ Belgique, Espagne, Croatie, Hongrie, Irlande, Italie, Lituanie, Luxembourg, Lettonie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Suède. *Ibid.*

¹³⁰ Belgique, Espagne, Croatie, Hongrie, Italie, Lituanie, Portugal, et Suède.

¹³¹ Le 16 octobre 2024, le Sénat italien a définitivement approuvé le projet de loi n° 824 modifiant l'article 12 de la loi n° 40/2004 du 19 février 2004 aux fins d'incriminer le recours à une GPA à l'étranger pour les nationaux italiens.

¹³²¹³² Autriche, France et Portugal pour les couples d'hommes ; Chypre, Bulgarie, République Tchèque, Grèce, Hongrie, Croatie, Italie, Lettonie, Pologne, Roumanie et Slovénie pour tous les couples de même sexe. R. LEGENDRE, « Filiation internationale : quelles perspectives en droit européen ? », *op. cit.*, spec. p. 75.

¹³³ Autriche, République Tchèque, Lituanie, Pologne et Slovénie. *Ibid.*

¹³⁴ Proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Article 22 §1 de la proposition : « L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

¹³⁷ R. LEGENDRE, « Éclairage sur...À propos de la proposition de règlement européen en matière de filiation », *Rev. Crit. DIP*, 2023, p. 495.

¹³⁸ Résolution n° 84 (2022-2023), devenue résolution du Sénat le 22 mars 2023 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, COM (2022) 695 final.

est inévitable. Il ne s'agit pas tant d'établir une hiérarchie entre les intérêts, mais d'en équilibrer la balance pour que chacun puisse être représenté. Il ne s'agit donc pas tant de diminuer la place que tiennent les droits de l'enfant dans le texte, mais de conférer aux États des outils suffisamment efficaces pour préserver leur particularisme. Il pourrait s'agir par exemple d'introduire une règle de conflit spéciale selon le type de procréation. L'atteinte au principe de non-discrimination des enfants pourrait alors être atténuée par le choix d'un critère de rattachement suffisamment objectif tenant à la proximité de la naissance avec l'État d'accueil. Une telle solution aurait le mérite d'éviter les manipulations tendant à faire reconnaître quoiqu'il en coûte la filiation de l'enfant. La solution pourrait également se trouver dans l'admission de l'application des lois de police du for, ou dans l'application sans condition de l'exception d'ordre public du juge saisi. La mise en œuvre de ces dernières serait quoiqu'il en soit soumise à l'appréciation du juge national et des cours européennes¹³⁹.

39. La règle de conflit est particulièrement sensible aux fluctuations sociétales concernant la filiation. L'instrumentalisation de sa neutralité trahit les politiques en jeu : intérêts privés, de l'enfant, de la société, de l'Union européenne et des libertés de circulation, des États. Elle s'analyse dans le même temps comme un instrument de stratégie législative qui invite à s'interroger sur la vocation de la règle de conflit à atteindre des objectifs politiques et sur le degré de modulation envisageable du caractère neutre de la règle dans le respect des intérêts visés. En définitive, la proposition européenne de règlement du 7 décembre 2022 est un bon terrain d'analyse de la neutralité en conflits de lois : le législateur a puisé dans les considérations tant politiques que sociétales pour élaborer une règle de conflit de lois par principe neutre dans son fonctionnement. Il ne peut toutefois demeurer indifférent aux positions étatiques qui fracturent l'Europe sur la question. La prise en compte du résultat matériel dans la mise en œuvre de la règle paraît, pour l'heure, être le prix à payer pour assurer la pérennité du projet.

¹³⁹ La Cour de justice de l'Union européenne au travers de son contrôle des libertés de circulation, la Cour européenne des droits de l'Homme par son contrôle du respect de l'article 8 de la Convention.

La neutralité de la Cour de justice de l'Union européenne face aux « questions de société »

Par 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 (IREDIES)

À l'occasion d'un colloque universitaire organisé par l'Association française de droit constitutionnel¹ pour les cinquante ans de la décision « IVG » du Conseil constitutionnel², certains contributeurs ne passaient pas sous silence l'éléphant au milieu de la pièce : si la portée de la décision « IVG » tient surtout à la distinction des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi, ladite décision portait d'abord sur le contrôle de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse. Le risque était alors pour le Conseil constitutionnel de prendre position sur ce sujet de société et ainsi de compromettre son office de juge de la constitutionnalité des lois³. Au-delà du cas français, il s'en dégagerait une forme de neutralité du juge face à ces questions dites de "société" pour se limiter à traiter la dimension purement juridique du problème soumis. Pour autant, il est évident qu'à travers l'interprétation des textes constitutionnels, les juges constitutionnels sont, d'une manière ou d'une autre, amenés à prendre position sur certains sujets de société⁴. Notamment en interprétant les droits fondamentaux, de manière dynamique ou non⁵, les juges consciemment ou non – accompagnent des évolutions sociétales, voire les encouragent ou les initient, ou au contraire les refrènent ou les entravent⁶. Dans ce contexte, pour les juges souhaitant continuer à renvoyer une

¹ Colloque « Cinquante ans après la décision IVG du 15 janvier 1975 : une jurisprudence en question » organisé par l'Association française de droit constitutionnel, qui s'est tenu le 15 janvier 2025 au Conseil constitutionnel. Dans l'attente de la publication écrite des actes du colloque, voir les contributions orales filmées et accessibles en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/retrouvez-les-interventions-du-colloque-cinquante-ans-apres-la-decision-ivg-du-15-janvier-1975-une>

² Cons. Const., déc. 74-54 DC, du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse (IVG)*.

³ Le Conseil constitutionnel limite ce risque par l'affirmation – largement répétée depuis – selon laquelle « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen » (*ibid.*, csd. 1). Plus récemment, voir Cons. Const., déc. 2023-1053 QPC, 9 juin 2023, *M. Frédéric L. [Interdiction de la filiation entre l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation et le tiers donneur]*, csd. 4.

⁴ Voir not. A. BACHERT et V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Regards étrangers sur le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge constitutionnel sur les "questions de société" », contribution orale au colloque « Cinquante ans après la décision IVG... » préc. Voir également M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Questions de sociétés et "interprétation politique" des droits », *La Revue des droits de l'homme*, 2022, n°21 – accessible en ligne.

⁵ Sur cette thématique, voir D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 13^e éd., 2023, pp. 369 et suivantes ; F. SUDRE *et al.*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 16^e éd., 2023, pp. 239 et suivantes.

⁶ Révélateur de ce débat, voir les déclarations de R. FERRAND devant les commissions des Lois de l'Assemblée nationale et du Sénat le 19 février 2025, à l'occasion de son audition pour sa nomination comme président du Conseil constitutionnel, affirmant que « moins le Conseil constitutionnel est producteur de droit, mieux on se porte », en référence à la reconnaissance d'un principe de « fraternité » en droit constitutionnel français (Cons. Const., déc. 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*, csd. 7).

véritable image de neutralité, des techniques sont utilisées. Les juges constitutionnels⁷ ou suprêmes⁸, mais aussi les juridictions supranationales comme la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH)⁹ ou la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, n'échappent à ces questionnements. Assez étonnamment, à notre connaissance, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas fait l'objet d'analyses portant spécifiquement sur son rapport aux "questions de société", alors même que, à l'évidence, elle n'est pas épargnée par ces considérations. Autrement dit, la Cour de justice tend à se présenter comme neutre face aux questions de société.

Un premier préalable – périlleux¹⁰ – avant de traiter spécifiquement de notre sujet tient en la définition d'une **question de société**. En effet, l'entreprise est délicate tant le concept de « question de société », qui n'existe pas en tant que tel et de manière uniforme dans les motivations des décisions des juges¹¹, est volatile et subjectif. Il serait tentant de le rapprocher de la « question politique »¹². En substance, la question de société serait une sous-catégorie de la question politique, qui aurait pour conséquence un *self-restraint* ou un assouplissement du contrôle opéré par le juge¹³. Il reste que tant l'identification que la spécificité – supposée ou réelle – des questions de société sur l'office du juge restent à déterminer.

Matériellement, la question de société porterait sur des sujets sensibles, polémiques, liés aux mœurs, aux convictions intimes de tout un chacun. Cela renvoie d'abord aux sujets liés à la *bioéthique*, comme la « vie » humaine, avec les questions liées à la fin de vie et de l'euthanasie ou celles liées au début de vie avec l'interruption volontaire de grossesse, ou encore sur l'identité des personnes, notamment sexuelle ou de leur genre. Cela désigne également des questions liées aux mœurs comme l'orientation sexuelle, la constitution du cadre familial – comme le mariage ou la filiation – ou même de non-discrimination entre hommes et femmes ou selon l'origine, la race ou l'ethnie des personnes. La question de société se rapporte aussi aux convictions religieuses dans leur rapport avec l'État et renvoie à des sujets classiques comme le port de signes religieux ou la prise en compte de rites. Enfin, plus récemment, les questions de société se

⁷ En France, en guise d'exemple, voir sur la décision Cons. Const., déc. 2013-669 DC du 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, P. DELVOLLE, « Constitution et Société », *RFDA*, 2013, p. 923 ; B. MATHIEU, « Les « questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G*, 2013, n°22, act. 588.

⁸ Par exemple, concernant la conservation et l'utilisation de gamètes après le décès du donneur, voir CE, 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, req. n° 396848 ; à propos de la fin de vie, voir CE, 24 juin 2014, *Mme Lambert*, req. n°s 375081, 375090 et 37509.

⁹ Récemment, à propos du « devoir conjugal » dans le cadre du mariage au sens du droit civil français, dans son rapport avec le consentement à des rapports sexuels, voir Cour EDH, 23 janvier 2025, *H.W. c. France*, req. n° 13805/21.

¹⁰ Voir A. BACHERT et V. CHAMPEIL-DESPLATS (préc.) qui affirment : « "Questions de société", (...) on va l'entendre dans un sens très large ; on pourrait faire un colloque pendant 15 jours pour savoir ce qu'est une question de société. On va l'entendre de façon assez large comme les questions relatives aux inégalités, aux mœurs, aux sexualités, à la vie, à la mort, ... ».

¹¹ Évoquant largement cette idée, mais uniquement dans le "commentaire officiel", voir Cons. Const., déc. 2013-669 DC du 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Dans une autre mesure, parlant d'un « choix de société » à propos de l'interdiction de la dissimulation intégrale du visage, voir Cour EDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. 43835/11, §153.

¹² Voir C. SAUNIER, La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, États-Unis, France, LGDJ, 2023 ; E. ZOLLER et W. MASTOR, *Droit constitutionnel*, PUF, 3^e éd., 2021, pp. 139 et suivantes.

¹³ C. SAUNIER, *op. cit.* : « La catégorie [des questions de société] désignerait des dispositions législatives dont le contrôle de conformité à la Constitution ne relèverait pas du juge constitutionnel (...). Bien que la reconnaissance d'une question de société n'entraîne pas nécessairement une injusticiabilité absolue du litige mais plutôt un "contrôle à géométrie variable", elle sous-tend l'existence d'une "frontière entre juger et gouverner" qui est également au cœur de la doctrine des "questions politiques" » (p. 349).

rapportent aussi à certains aspects du contentieux climatique, principalement à travers le « droit des générations futures à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé »¹⁴.

Fonctionnellement, la question de société se rattache principalement à des droits fondamentaux « classiques » de première génération, qui se retrouvent dans les catalogues juridiques existants. Il s'agit notamment du droit à la vie, de la dignité humaine, de la protection de la vie privée, dont le droit de se marier et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, la liberté d'expression, la liberté de conviction et de religion ou encore le principe d'égalité et de non-discrimination. Toutefois, contrairement à d'autres problématiques liées aux droits fondamentaux, la question de société implique nécessairement une prudence de la part du juge. Certes, lorsque le juge est confronté à des questions proprement politiques ou excessivement complexes (économiquement ou scientifiquement), une même prudence se manifeste, il fait preuve d'une certaine réserve ou retenue dans son contrôle. De la sorte, le juge caractérise une marge d'appréciation étendue au décideur politique et seules des erreurs manifestes d'appréciation ou des mesures significativement disproportionnées seront sanctionnées. Cependant, cette prudence du juge s'impose presque *objectivement* parce qu'il ne disposerait pas lui-même des informations ou des connaissances pour pouvoir également porter une appréciation sur le sujet. À l'inverse, presque par définition, la question de société appelle plus *subjectivement*, au nom d'une sorte d'éthique¹⁵, cette prudence : dans l'absolu, les personnes siégeant dans la juridiction ont bien leur propre avis sur tel ou tel sujet de société¹⁶, mais ils imposeraient alors, par la voie judiciaire et par l'interprétation de droits fondamentaux, leur propre choix de société. De ce point de vue, on se rapproche bel et bien de la logique des questions politiques, qui conduisent au refus pour le juge de se prononcer.

Toute la subtilité de la question de société, posée à un juge, repose sur cette ambivalence entre sa dimension subjective, personnelle et même intime du sujet *et* sa dimension générale, holistique et « sociétale ». Dans la première dimension, il s'agit d'abord de trancher un sujet qui implique des considérations morales très personnelles : les croyances religieuses et leur expression, le cadre familial, l'identité des personnes, la liberté de disposer de son corps, l'évolution du dérèglement climatique et ses conséquences, etc. Or, dans la deuxième dimension, les réponses à ces questions sont apportées et s'imposent à l'échelle de toute la société. Il en résulte des réactions, souvent viscérales, de personnes qui y voient une manière pour les juges d'imposer leur choix de société à ceux qui n'y adhèrent pas. Dans une moindre mesure, les juges seraient en capacité de remettre en question les choix de société émis par les décideurs politiques. Ce risque est d'autant plus exacerbé par l'instrumentalisation croissante des juges¹⁷ et des recours contentieux pour prendre position sur ces sujets, constituant une forme

¹⁴ Cons. Const., déc. 2023-1066 QPC, 27 octobre 2023, *Association Meuse nature environnement et autres [Stockage en couche géologique profonde des déchets radioactifs]*, csd. 2. Dans le même ordre d'idée, voir Cour EDH, 9 avril 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, req. 53600/20.

¹⁵ Sur cette question, voir L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 3^e éd., 2020, pp. 78 et suivantes.

¹⁶ En ce sens, O. BARRAL, « Il n'existe pas de magistrat neutre », *Les cahiers de la justice*, 2024, p. 593.

¹⁷ Sur cette thématique, voir not. le dossier « Militer par le droit » publié dans *Les cahiers de la justice*, 2024, pp. 553 et suivantes.

« d'activisme judiciaire »¹⁸. Un équilibre doit ainsi être trouvé entre l'interdiction du déni de justice – qui exige une réponse du juge – et le fait que « le juge ne peut pas tout »¹⁹ – qui exige le respect de l'essence même de l'office du juge, distinct de celui de décideur politique.

Face au risque que le juge ne prenne proprement position sur le sujet de société, la technique généralement employée tient dans la mention du « consensus » existant dans la société sur cette question. L'absence d'un consensus suffisant place le juge face à un tel risque et le conduit ainsi à la prudence et la réserve. Son contrôle sera alors excessivement tolérant et permissif, admettant ainsi une marge d'appréciation très étendue au décideur politique. À l'inverse, si le juge estime que le consensus est assez solide, le contrôle pourra plus facilement être méticuleux et exigeant. Ce consensus lui permettra ainsi de se prémunir d'éventuelles critiques d'opportunité concernant sa décision. Le problème se décale alors inévitablement vers la caractérisation de ce consensus « sociétal » qui focalise alors toute la capacité argumentative du juge : est-il convaincant en identifiant ou non un tel consensus à partir de telles ou telles données scientifiques²⁰, économiques, sociologiques, psychologiques ou juridiques ?

La question de société se résume, selon notre proposition, à ces éléments : un problème impliquant l'interprétation de droits fondamentaux, relevant du for intérieur de toute personne et de ses propres convictions et mœurs, mais tout en présentant une dimension holistique, concernant toute la société ; afin de se prémunir d'un « procès en illégitimité », voire de « gouvernement des juges », le juge tranche ces questions en fonction du consensus existant – à ses yeux – à l'échelle de la société pour justifier un contrôle tolérant et permissif ou, à l'inverse, un contrôle exigeant et précis.

Le second préalable pour cette étude est notre postulat selon lequel le juge doit adopter une certaine **neutralité** face au sujet de société. Cette neutralité peut s'apprécier de deux manières, qui ne sont pas nécessairement incompatibles entre elles. Pour la première manière, l'office du juge implique, à nos yeux, n'est pas à trancher la question de société à proprement parler, ni même de formuler un avis sur elle. Pour le dire plus trivialement, le juge n'est pas censé répondre aux questions liées au droit à l'avortement, à la fin de vie, au cadre familial ou à l'expression de conviction religieuse. Il doit simplement s'assurer que les choix et décisions prises par le pouvoir politique sur ces sujets de société respectent les règles de droit applicables, dont les droits fondamentaux. Cette idée d'une « neutralité » du juge face aux questions de société est une fiction – et même une fiction critiquable²¹. Ce serait un postulat calqué sur la sempiternelle image

¹⁸ Voir en matière environnementale J. BETAÏLE, « Les stratégies contentieuses des associations en matière de protection du climat. De l'application du droit à l'activisme judiciaire », in N. KADA (dir.), *Droit et Climat*, Dalloz, 2022, p. 109.

¹⁹ Voir à ce propos A. GOIN et L. CADIN, « Le juge ne peut pas tout », *AJDA*, 2023, p. 2105. Les auteurs évoquent la décision CE, 11 octobre 2023, *Amnesty international France e.a.*, req. n°454836, où le juge administratif affirme que, « en toute hypothèse, il ne lui appartient pas, dans le cadre de [son] office [de juge de la responsabilité administrative], de se substituer aux pouvoirs publics pour déterminer une politique publique ou de leur enjoindre de le faire » (pt. 8), concernant « l'existence d'une pratique généralisée de contrôles d'identité discriminatoires par les forces de police et de gendarmerie ciblant les personnes présentant des caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée, dits "contrôles au faciès" » (pt. 1).

²⁰ Voir L. NAVE, « L'argument scientifique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2023, n°2, p. 384.

²¹ Sur ces questions, voir not. F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2^e éd., 2012, spéc. pp. 33 et suivantes.

du « juge bouche de la loi », interprétant et appliquant le droit dans une action de « connaissance » et presque par une approche mécanique et logique.

Cette fiction est largement critiquée par différents auteurs²² qui invitent à repenser cette figure et cet office du juge. Ceci nous amène à la seconde manière d'apprécier la neutralité du juge. Celui-ci peut être « actif », voire « proactif », lorsqu'il est confronté à une question de société : pour les partisans de cette approche, il doit être non pas seulement le « reflet de leur société, mais parfois même d'être (...) transformateur, d'aller au-devant de certaines revendications ou d'un certain consensus dans le débat de l'opinion publique pour appuyer une forme d'évolution sociale »²³. C'est notamment la figure du « juge-Hercule » théorisée par R. Dworkin²⁴ : le juge ne doit pas redouter de s'engager dans des questions de société, au motif qu'il ne serait pas légitime, compétent ou « armé » pour, ou même qu'il risquerait de substituer sa propre vision morale à la société²⁵. En substance, il ne doit pas ignorer l'état de la société sur tel ou tel sujet et le prendre en compte au moment d'appliquer le droit.

Le modèle de Dworkin n'est pas antinomique d'une neutralité du juge face aux questions de société, dans la mesure où le juge-Hercule doit intégrer les conceptions évolutives de la société, même si elles ne correspondent pas à ses propres convictions et même si elles ne se reflètent pas explicitement dans le droit positif. Il faut dire que l'interprétation dynamique des droits fondamentaux tout comme le recours au « consensus » font sens dans ce paradigme : le juge assume prendre en compte les évolutions sociétales tout en les nuancant lorsqu'elles ne font pas l'objet d'un assez large consensus. De notre point de vue, la neutralité du juge commence toutefois à s'éroder : l'interprétation dynamique peut être vue comme tout à la fois insuffisante ou trop importante ; le consensus est identifié ou rejeté avec trop de facilité. Malgré tout, même en revenant à la perception plus caricaturale du « juge bouche de la loi », de telles critiques pourraient également être émises face à l'immobilisme du juge, à sa déconnexion avec l'état de la société, etc. La critique est, en tout état de cause,

²² Pour exemple, H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Publ. Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005 : « Ni dans l'interprétation des droits ni dans celles des précédents, les juges ne se trouvent confinés dans l'alternative entre un choix aveugle et arbitraire et une déduction "mécanique" à partir de règles pourvues d'une signification prédéterminée. Leur choix est très souvent guidé par le présupposé selon lequel le but assigné aux règles qu'ils interprètent est raisonnable, de sorte que les règlent ne tendant à semer l'injustice ou à porter atteinte aux principes moraux établis » (p. 222).

²³ A. BACHERT et V. CHAMPEIL-DESPLATS (préc.).

²⁴ Voir not. R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 2^e éd., 1984, spéc. pp. 204 et suivantes.

²⁵ *Ibid.* : cette approche « n'implique jamais un choix entre les propres convictions politiques du juge et celles qu'il considère comme étant les convictions politiques de la communauté dans son ensemble. Au contraire, sa théorie identifie une conception particulière de la morale communautaire en tant que décisive pour les questions juridiques ; cette conception tient pour morale de la communauté, la morale politique que présupposent les lois et les institutions de la communauté (...). Il est parfaitement vrai que, dans certains cas, la décision d'Hercule concernant le contenu de cette morale communautaire et, par conséquent, sa décision concernant les droits juridiques sera discutable. Il en sera ainsi chaque fois que l'histoire institutionnelle devra être justifiée en ayant recours à un concept politique contesté, tel que l'équité, le libéralisme, ou l'égalité mais qu'elle n'est pas suffisamment précise pour pouvoir être justifiée par une seule parmi les différentes conceptions du concept (...). Il est, bien sûr, nécessaire qu'Hercule ait une compréhension du concept [comme celui] de la dignité, même s'il dénigre ce concept ; et il acquerra cette compréhension en observant comment ce concept est utilisé par ceux aux yeux desquels il a de l'importance. Si ce concept figure dans la justification d'une série de décisions constitutionnelles, ce doit être qu'il est un concept important dans la rhétorique politique et les débats de l'époque. Hercule trouvera le sens qu'il doit faire sien de ce concept à travers la vie qui est donnée à celui-ci dans ces contextes (...) » (pp. 208-209).

inévitables²⁶. Dans ce contexte, tout l'enjeu tient dans l'utilisation de techniques argumentatives et interprétatives du juge pour afficher ou revendiquer une neutralité face aux questions de société²⁷.

Nous en venons enfin à la **Cour de justice de l'Union européenne**. La « neutralité » de cette juridiction de certaines questions politiques ou économiques a déjà été largement étudiée. Il est évident que la Cour a su faire preuve d'un certain activisme, caractérisé par des interprétations assez extensives du droit de l'Union, pour renforcer son autonomie et sa portée. Nul besoin de rappeler ici des références aussi connues²⁸ que *Van Gend en Loos* sur le principe d'effet direct²⁹, *Costa contre Enel* sur le principe de primauté³⁰, *Simmenthal* sur l'office du juge national³¹ ou encore *Cassis de Dijon* sur la reconnaissance mutuelle³². À chaque fois, la Cour de justice a justifié ces positions par le recours à des méthodes désormais bien établies³³ : littérale, généalogique, systémique ou encore téléologique. La neutralité du juge européen face aux orientations et doctrines économiques est évidemment un sujet à traiter³⁴ – notamment à travers le concept de « Constitution économique »³⁵. Enfin, le positionnement de la Cour face à des « questions politiques », notamment lorsqu'elles se rapportent à la politique étrangère de l'Union, fait l'objet de récentes évolutions³⁶. Il faut enfin y adjoindre les questions de sociétés plus spécifiquement.

²⁶ A. BACHERT et V. CHAMPEIL-DESPLATS (préc.) expliquent ce problème par un « effet *backlash* » notamment sur la place des juges : « il existe une forte corrélation entre le type de positionnement attribué au juge constitutionnel et le jugement qui est porté sur leur pouvoir d'appréciation sur les questions de société. Le débat est faussé : la position qu'on a sur le juge est faussée par le fait que la décision prise nous plaise ou nous déplaise sur un plan axiologique ».

²⁷ Voir H. L. A. HART, *op. cit.* : « (...) les juges peuvent opérer un choix qui n'est ni arbitraire ni automatique ; et, dans ce cas, se déploient souvent des vertus judiciaires caractéristiques dont la convenance particulière à la décision judiciaire explique pourquoi certains se sentent peu disposés à qualifier une telle activité judiciaire de "législative". Ces vertus sont l'impartialité et la *neutralité* dans l'examen des différentes solutions possibles, la prise en considération de l'intérêt de tous ceux qui seront concernés et le souci de déployer quelque intérêt général acceptable comme base raisonnable de décision » (p. 222 – nous soulignons). « Certes, étant donné qu'une pluralité de principes de ce genre est toujours possible, on ne peut démontrer qu'une décision soit la seule correcte ; mais on peut la rendre acceptable en tant qu'elle constitue le produit raisonnable d'un choix averti et impartial » (p. 222 – l'auteur souligne).

²⁸ Voir not. R. LECOURT, « Quel eût été le droit communautaire sans les arrêts de 1963 et de 1964 », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Dalloz, 1991, p. 349.

²⁹ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

³⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

³¹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

³² CJCE, 20 février 1979, *Reue (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

³³ Voir not. J.-A. GUTIERREZ-FONS et K. LENAERTS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2020.

³⁴ A titre d'exemple, voir N. FENNELLY, conclusions sur CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement et Conseil (Publicités du tabac I)*, aff. C-376/98, ECLI:EU:C:2000:324 : « le marché intérieur ne peut être défini de façon simpliste en termes de libéralisation ou de dérégulation » (pt. 83). Le traité ne peut pas se lire comme « une forme de charte libérale qui autoriserait une harmonisation en nivelant par le bas ni même une harmonisation réalisant une sorte de moyenne des niveaux de réglementation nationale préexistantes » (pt. 85). Aussi, « le législateur communautaire 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).

³⁵ Pour exemple, voir L. AZOULAY, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges Antoine Pirovano*, Ed. Frison-Roche, 2003, p. 277 ; C. CAUPA, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Bloomsbury, 2016.

³⁶ Voir not. CJUE, 10 septembre 2024, *KS et KD*, aff. jt. C-29/22 P et C-44/22 P, ECLI:EU:C:2024:725, pt. 113-119, et notamment la note de N. FORSTER, « Les "questions politiques" au cœur du développement de la compétence juridictionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de PESC », *RAE*, 2024, n°3, p. 621.

La Cour de justice n'a jamais vraiment échappé aux questions de société³⁷, surtout récemment, et parfois de manière assez surprenante³⁸. La prise en compte croissante de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, d'abord reconnus comme principes généraux du droit puis consacrés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union, place davantage la Cour de justice devant des problématiques impliquant les questions de société.

Pour autant, la Cour semble être une juridiction éloignée de ces sujets³⁹. Dans une moindre mesure, les questions de société se présentent à elles souvent de manière indirecte. Parmi des exemples flagrants – sur lesquels nous reviendrons, nous pouvons citer : l'autorisation d'abattage rituel au titre de la politique agricole commune⁴⁰ ; le transsexualisme concernant l'égalité entre les hommes et les femmes au travail⁴¹ ou en matière de sécurité sociale à propos de l'octroi d'une pension de retraite⁴² ; le mariage entre personnes de même sexe au titre de la libre circulation des personnes⁴³ ; le recours à la procréation médicalement assistée et le fait d'avoir deux parents d'un même sexe, toujours au titre de la libre circulation des personnes⁴⁴ ; la rémunération du don du sang au titre de la libre circulation des marchandises⁴⁵ ; le refus de soin pour des raisons religieuses à propos du règlement 883/2004⁴⁶ sur la coordination des régimes de sécurité sociale⁴⁷ ; l'interruption volontaire de grossesse au titre de la libre circulation des services⁴⁸ ; ou encore la définition de l'embryon humain concernant les brevets biotechnologiques⁴⁹.

Le dernier exemple sur la définition de l'embryon humain est proprement topique de la grande situation très singulière dans laquelle se retrouve la Cour de justice lorsqu'elle est confrontée à une telle question de société. Un *dictum* de l'arrêt *Brüstle* paraît résumer l'attitude de la Cour : « si la définition de l'embryon humain est un *sujet de société* très *sensible* dans de nombreux États membres, marqué par la *diversité* de leurs valeurs et de leurs traditions, la Cour n'est pas appelée, par le présent renvoi préjudiciel, à aborder des questions de nature médicale ou éthique, mais doit se limiter à une *interprétation juridique* des dispositions pertinentes de la directive » sur les brevets biotechnologiques⁵⁰.

³⁷ La première affaire pouvant s'y rattacher, à nos yeux, serait l'arrêt CJCE, 27 octobre 1976, *Prais c. Conseil*, aff. 130/75, ECLI:EU:C:1976:142, concernant la prise en compte d'« impératifs d'ordre religieux » (pt. 16) dans l'organisation d'un concours de recrutement de la fonction publique européenne.

³⁸ Voir par exemple CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, aff. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480 à propos de l'installation de compteurs électriques excessivement plus haut que d'ordinaire dans un quartier jugé peuplé de « roms » et caractérisant une discrimination fondée sur l'éthnie.

³⁹ En matière d'environnement, voir not. L. NAVEL, « Une "Affaire du Siècle" devant les juges européens est-elle possible ? », *Revue juridique de l'Environnement*, 2022/4, n°47, p. 747 et « Justice climatique : où est donc la cour de justice de l'union européenne ? », *Revue juridique de l'Environnement*, 2024/4, n°49, p. 775. Sur un autre sujet, voir également A. HUSSER, *La situation personnelle dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2024.

⁴⁰ CJUE, 17 décembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, aff. C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031.

⁴¹ CJCE, 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, aff. C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170.

⁴² CJUE, 26 juin 2018, *MB (Changement de sexe et pension de retraite)*, aff. C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492.

⁴³ CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

⁴⁴ CJUE, 14 décembre 2021, *Pancharevo*, aff. C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008.

⁴⁵ CJUE, 9 décembre 2010, *Humanplasma*, aff. C-421/09, ECLI:EU:C:2010:760.

⁴⁶ Règlement 883/2004 du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (*JOCE* 2004, L 166, p. 1).

⁴⁷ CJUE, 29 octobre 2020, *Veselibas ministrija*, aff. C-243/19, ECLI:EU:C:2020:872.

⁴⁸ CJCE, 4 octobre 1991, *Grogan*, aff. 159/90, ECLI:EU:C:1991:378.

⁴⁹ CJUE, 18 octobre 2011, *Brüstle*, aff. C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669.

⁵⁰ *Ibid.*, pt. 30 – nous soulignons.

C'est donc bien une attitude de neutralité que la Cour de justice entend adopter face aux questions de société, comme entendu précédemment. Cette neutralité peut être analysée à travers les techniques particulières utilisées par la Cour et qui diffèrent parfois sensiblement de celles utilisées par les autres juridictions confrontées aux questions de société. Par exemple, la technique de la recherche d'un « consensus » entre les différents États membres sur tel ou tel sujet de société est assez rare dans la jurisprudence de la Cour. Nous nous proposons ici de voir quelles techniques spécifiques la Cour de justice emploie pour revendiquer cette neutralité (I.) puis ensuite les limites de ces techniques (II.).

I. L'existence de techniques affichant une neutralité de la Cour de justice

La neutralité de la Cour de justice face aux questions de société semble reposer essentiellement sur deux ensembles de techniques. Chacune d'elles lui permet de se prémunir d'une appréciation sur les questions de société qui lui serait reprochée ou qui aurait vocation à contester ses décisions. Ces techniques sont celles permettant à la Cour de justice de ne porter sur ces questions qu'une appréciation *médiate* (A.) et *détachée* (B.).

A. La neutralité favorisée par une appréciation médiate des questions de sociétés

L'idée que la Cour ne porte qu'une appréciation *médiate* signifie qu'elle dispose toujours d'un *intermédiaire* entre elle et la question de société. Cet intermédiaire fait donc écran, permettant ainsi à la Cour de conforter sa neutralité. Pour le dire simplement, la Cour de justice est rarement confrontée frontalement à la question de société en elle-même. Il ne lui appartient que très rarement d'y apporter une réponse *directe et immédiate*, au risque ainsi d'être perçue comme ayant pris une position axiologique et morale. Sa réponse est principalement *indirecte* et *médiate*.

Ce caractère médiat de l'appréciation de la Cour est plus facilement admis compte tenu de l'office du juge de l'Union et de certaines facilités qu'il lui octroie pour asseoir sa neutralité. En effet, dans l'ordre juridique de l'Union, la Cour de justice se distingue nettement de la situation dans laquelle sont confrontées les cours nationales (constitutionnelles ou suprêmes) et la Cour européenne des droits de l'Homme. Certes, il est plutôt acquis aujourd'hui que l'office de la Cour de justice s'approche beaucoup

de celui d'un juge d'un juge administratif suprême⁵¹ ou constitutionnel⁵². De même, la Cour de justice est également un juge protecteur des droits fondamentaux, d'autant plus avec la Charte des droits fondamentaux⁵³. Partant, elle ne devrait pas être épargnée par les problématiques liées aux questions de société rencontrées par ces juridictions nationales ou par la Cour EDH. Il nous semble toutefois que l'office de la Cour, malgré ses rapprochements, la préserve de traiter trop directement les questions de société, lui permettant plus aisément d'afficher sa neutralité.

L'office de la Cour de justice pourrait schématiquement se diviser en deux. Pour le premier, elle agit d'abord comme juge de la *légalité* des actes adoptés par les institutions européennes, que ce soit dans le cadre du recours en annulation ou dans celui du renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Pour le second, elle agit comme juge de l'*interprétation* du droit de l'Union, dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation. Ces deux offices placent la Cour de justice dans une situation assez confortable vis-à-vis des questions de société. En effet, il faut d'abord souligner que la Cour « n'est pas un "juge des droits de l'homme" », au sens où son office, même lorsqu'il implique des droits fondamentaux, est « bien différent de celui d'une juridiction qui, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, a pour seule et unique fonction d'assurer une protection effective des droits de l'homme »⁵⁴. La Cour EDH ou même certaines cours constitutionnelles nationales, notamment saisies d'une requête individuelle – comme l'Allemagne ou en Espagne, peuvent être amenées à porter une appréciation, *in concreto* ou *in abstracto* mais bien directement, sur une question de société. À l'inverse, la Cour de justice profite d'une distance ou, plus exactement, d'*intermédiaires* entre elle et le problème de société. Tout au plus, ce n'est que dans le cadre du recours en manquement que la Cour peut déterminer si un État, face à une question de société, a agi en conformité avec le droit de l'Union. La crise de l'illibéralisme croissant dans l'Union européenne, à travers certains États membres assumant une politique illibérale et en rupture avec les valeurs de l'Union⁵⁵, conduit davantage la Cour à se confronter à ces questions de société au titre des recours en manquement⁵⁶. Malgré tout, cette voie de droit demeure assez mal adaptée pour que la Cour assure une protection efficace des droits fondamentaux⁵⁷ et ainsi se confronte aux questions de société. Voyons donc, plus spécifiquement, comment cette appréciation « médiate » sur ces questions résulte à la

⁵¹ Ceci s'illustre notamment à travers sa célèbre expression, issue de l'arrêt CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts*, aff. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, pt. 23, selon laquelle l'« Union européenne est une Union de droit dotée, par le traité FUE, d'un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes des institutions » (pour exemple, CJUE, 14 juillet 2022, *Parlement c. Conseil (Siège de l'Autorité européenne du travail)*, aff. C-743/19, ECLI:EU:C:2022:569, pt. 35). Sur la dimension de « juge administratif », voir B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruylant, 2012 ; A. I. SANTAMARIA DACAL, « Contrôle de légalité de l'administration de l'Union », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, 3^e éd., 2022, p. 167.

⁵² Sur ce point, voir not. P.-E. PIGNARRE, *La Cour de justice de l'Union européenne, juridiction constitutionnelle*, Bruylant, 2021.

⁵³ Voir R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007.

⁵⁴ R. TINIERE et C. VIAL, *Droit de l'Union européenne des droits fondamentaux*, Bruylant, 2023, pp. 154-155.

⁵⁵ Pour exemple, voir S. PLATON, « La démocratie illibérale en droit de l'Union européenne. La question de l'activation juridictionnelle des valeurs de l'Union », in V. BARBE *et al.* (dir.), *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruylant, 2023, p. 109.

⁵⁶ Voir not. l'affaire pendante devant la Cour dite des « valeurs de l'Union » (aff. C-769/22), à propos du recours en manquement introduit par la Commission à l'encontre de la Hongrie concernant ses règles nationales interdisant ou limitant la diffusion de contenu LGBTQ+. Nous y reviendrons.

⁵⁷ Voir not. A. RICHARD, *Procédure en manquement d'État et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruylant, 2021.

fois de son office du juge de la légalité (1.) et du juge de l'interprétation du droit de l'Union (2.).

1. *L'appréciation médiate dans l'office du juge de la légalité*

À travers cet office de juge de la légalité, la Cour est ainsi censée agir comme un juge administratif ou un juge constitutionnel selon la valeur de l'acte de droit de l'Union contesté. Il est vrai que, de ce point de vue, la Cour de justice utilise certaines techniques employées par ces juridictions pour revendiquer une certaine neutralité vis-à-vis des questions de société. La plus évidente d'entre elles tient en la modulation de l'intensité du contrôle juridictionnel exercé selon qu'il existe ou non – aux yeux de la Cour – un consensus. Cette approche n'est évidemment pas spécifique aux questions de société uniquement : elle se présente chaque fois que la Cour reconnaît un « large pouvoir d'appréciation » au décideur politique, notamment le législateur européen, lorsqu'il est amené à opérer des arbitrages complexes de nature politique, économique, scientifique, etc.⁵⁸ Si tel est le cas, seules des erreurs manifestes d'appréciation, de qualification juridique de faits ou de détournement de pouvoir seront sanctionnées par le juge⁵⁹.

Il demeure que cette technique est assez peu employée par la Cour de justice concernant des questions de société... Il faut d'abord évoquer le fait que l'accès au prétoire de la Cour pour la conduire à opérer le contrôle de légalité est particulièrement limité pour les personnes privées – qui pourraient, pourtant, la pousser à prendre position sur des sujets de sociétés⁶⁰. Ensuite, la raison tient à ce que les actes de droit de l'Union européenne contrôlés ne traitent que rarement et directement de telles questions.

Deux raisons nous paraissent surtout expliquer cette situation. En premier lieu, les compétences de l'Union européenne lui permettent difficilement de se saisir de sujets de société : l'article 17 TFUE consacre le principe de neutralité de l'Union européenne vis-à-vis du statut des églises, associations et communautés religieuses dans les États membres ; l'article 168 TFUE n'admet qu'une compétence résiduelle à l'Union en matière de santé publique (pour des sujets liés à la bioéthique par exemple)⁶¹ ; l'article 81 TFUE ne permet à l'Union de légiférer concernant le « droit de la famille ayant une incidence transfrontalière » qu'à l'issue d'une procédure législative spéciale comprenant

⁵⁸ Voir not. L. VALDUGA, « Le juge face au pouvoir discrétionnaire de l'Administration », in L. FEILHES (dir.), *Un droit "administratif" européen ?*, Bruylant, 2022, p. 187.

⁵⁹ Pour exemple, voir CJUE, 28 novembre 2024, *Hengshi Egypt Fiberglass Fabrics et Jushi Egypt for Fiberglass Industry c. Commission*, aff. jt. C-269/23 P et C-272/23 P, ECLI:EU:C:2024:984 : « les institutions de l'Union disposent d'un large pouvoir d'appréciation en raison de la complexité des situations économiques et politiques qu'elles doivent examiner, de telle sorte que le contrôle juridictionnel de ce large pouvoir d'appréciation doit être limité à la vérification du respect des règles de procédure, de l'exactitude matérielle des faits retenus, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation de ces faits, de l'absence d'erreur dans la qualification juridique des faits ainsi que de l'absence de détournement de pouvoir » (pt. 125). Voir également CJUE, 13 mars 2019, *Pologne c. Parlement et Conseil*, aff. C-128/17, ECLI:EU:C:2019:194, pt. 95.

⁶⁰ Sur ce point, en matière de contentieux climatique, voir L. NAVEL, « Justice climatique : où est donc la cour de justice de l'union européenne ? », préc. : « la Cour retient en effet une interprétation si stricte de la double condition d'affectation directe et individuelle prévue par l'article 263 TFUE, que son prétoire leur est en pratique très largement fermé. Contestée, y compris au sein de l'institution judiciaire, cette jurisprudence perdure depuis des décennies et fait aujourd'hui presque figure de dogme. Malgré son caractère peu adapté à la spécificité de la question climatique et, surtout, contraire aux exigences de la Convention d'Aarhus en matière d'accès au juge à laquelle l'Union est partie, la Cour de justice reste inflexible. Elle refuse tout infléchissement sectoriel, cantonné au contentieux relatif à l'action climatique de l'Union » (p. 778).

⁶¹ A ce titre, voir M. FARTUNOVA-MICHEL et B. NABLI, *Droit de l'Union européenne de la bioéthique*, Bruylant, 2021 ; L. CHEVREAU, *Droits fondamentaux et recherches scientifiques portant sur la personne humaine*, thèse dactyl., Paris Cité, 2023, spéc. pp. 91 et suivantes.

un vote à l'unanimité au Conseil ; idem pour des mesures « nécessaire en vue de combattre toute discrimination » selon l'article 19§1 TFUE ; et enfin, l'article 6§1 TUE dispose que, si l'Union européenne « reconnaît » les droits fondamentaux consacrés dans la Charte des droits fondamentaux, ses dispositions « n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union ». Cet état des compétences de l'Union n'a pas empêché l'adoption de certains textes de droit dérivé qui intéressent, plus ou moins clairement, des questions de société et pour lesquels la Cour de justice a été saisie – nous y reviendrons. Mais, pour l'heure, ils demeurent globalement assez rares.

Deux exemples peuvent être évoqués. D'abord, dans une affaire *Pays-Bas contre Parlement et Conseil*⁶², la Cour était saisie d'un recours en annulation contre la directive 98/44 relative au brevet biotechnologique⁶³, et notamment sur son article 5⁶⁴ qui encadre la brevetabilité de produits issus du corps humain. Cette disposition est contestée au regard des principes de dignité humaine et d'intégrité de la personne. La Cour valide toutefois cette disposition en neutralisant l'interférence envisagée avec les deux principes : la directive ne permet pas la brevetabilité du vivant ou de l'être humain, mais uniquement « le résultat d'un travail inventif, scientifique ou technique »⁶⁵ et qui ne soit pas clairement contraire « à l'ordre public ou aux bonnes mœurs »⁶⁶, c'est-à-dire qui renvoie à des « procédés de clonage des êtres humains, [à des] procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain et [à des] utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales »⁶⁷. Autrement dit, le juge « neutralise » le problème, en constatant que la directive « encadre le droit des brevets de façon suffisamment rigoureuse pour que le corps humain demeure effectivement indisponible et inaliénable et qu'ainsi la dignité humaine soit sauvegardée »⁶⁸.

Le second exemple porte sur les arrêts du Tribunal⁶⁹ et de la Cour de justice⁷⁰ concernant le refus de la Commission d'initier une procédure législative après l'Initiative Citoyenne Européenne (ICE) dite « *One of Us* ». L'ICE en question invitait l'Union européenne à renforcer la protection à accorder à la dignité et l'intégrité de l'embryon humain, et, à ce titre, à « interdire et mettre fin au financement des activités qui impliquent la destruction d'embryons humains, en particulier dans les domaines de la recherche, de l'aide au développement et de la santé publique »⁷¹. Derrière l'ICE, se cache en réalité la volonté pour ses signataires que « l'aide financière de l'Union ne doit pas servir, directement ou indirectement, à financer des avortements »⁷². La

⁶² CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, aff. C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523.

⁶³ Directive 98/44/CE du Parlement et du Conseil du 16 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (*JOCE* 1998, L 213, p. 13).

⁶⁴ « 1. Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.

« 2. Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel.

« 3. L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène doit être concrètement exposée dans la demande de brevet ».

⁶⁵ CJCE, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, aff. C-377/98, préc., pt. 75.

⁶⁶ *Ibid.*, pt. 76.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, pt. 77.

⁶⁹ Tr.UE, 23 avril 2018, *One of Us e.a. c. Commission*, aff. T-561/14, ECLI:EU:T:2018:210.

⁷⁰ CJUE, 19 décembre 2019, *Puppinck c. Commission*, aff. C-418/18P, ECLI:EU:C:2019:1113.

⁷¹ *Ibid.*, pt. 13.

⁷² *Ibid.*, pt. 128.

Commission motive son refus notamment sur le fait que « une interdiction de financement de l'avortement pratiqué dans les pays en développement, telle que préconisée par les organisateurs de l'ICE litigieuse, entraverait la capacité de l'Union à atteindre les objectifs fixés en matière de coopération au développement »⁷³. La décision de la Commission est reconnue valide par les juges de l'Union sans difficulté et sans qu'ils aient eu besoin de s'immiscer dans la question de société sous-jacente. D'une part, le contrôle opéré sur le refus de donner suite à une ICE est – surtout – formel de la part du juge : il doit simplement vérifier que la Commission a bien et suffisamment motivé et expliqué son refus⁷⁴. D'autre part, les juges s'appuient sur la référence, opérée par la Commission, aux travaux de l'Organisation mondiale de la santé, selon lesquels « il existe un lien entre les avortements non sécurisés et la mortalité maternelle »⁷⁵ pour considérer comme suffisant le fait que « l'interdiction de financement des avortements entraverait la capacité de l'Union à atteindre l'objectif afférent à la réduction de la mortalité maternelle »⁷⁶ et soit ainsi refusée par la Commission.

En second lieu, les actes de l'Union européenne, faisant l'objet du contrôle de légalité devant le juge de l'Union et qui auraient un lien avec une question de société, s'avèrent rarement exhaustifs et rigides : ils prévoient plutôt un cadre, des principes minimums et communs, sur le sujet en laissant, généralement, une marge d'appréciation pour les États membres. Il revient alors à ces derniers de procéder à certains ajustements ou équilibres, notamment lorsque sont en cause des sujets de société. La Cour de justice doit alors seulement déterminer si les règles fixées à l'échelle européenne permettent aux États membres de répondre à certaines questions de société. Elle, comme le législateur de l'Union, profite alors d'une certaine neutralité vis-à-vis du sujet de société qui, par une logique de subsidiarité, sera traité plus directement par les États membres. Ce renvoi aux autorités nationales est même bienvenu lorsqu'il s'agit pour l'Union de légiférer sur des domaines ne profitant pas d'un consensus suffisamment établi.

L'exemple emblématique concerne le règlement 1099/2009 sur la protection des animaux au moment de leur mise à mort⁷⁷ dans l'arrêt *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen* de la Cour de justice⁷⁸. Le règlement établit le principe selon lequel « les animaux sont mis à mort uniquement après étourdissement » à son

⁷³ *Ibid.*, pt. 26.

⁷⁴ *Ibid.*, pt. 87 et suivants. La Cour confirme l'appréciation du Tribunal selon laquelle « la Commission dispose, dans l'exercice de ce pouvoir [de donner suite à une ICE], d'un large pouvoir d'appréciation » et que par conséquent « la [décision] litigieuse [est] soumise à un contrôle juridictionnel restreint, et non pas à un contrôle complet (...) » (pt. 89). Toutefois, comme l'exige le droit encadrant les ICE, « la Commission est tenue de présenter, au moyen d'une communication, ses conclusions, tant juridiques que politiques, sur l'ICE en cause, l'action qu'elle compte, le cas échéant, entreprendre ainsi que les raisons qu'elle a d'entreprendre ou de ne pas entreprendre cette action » (pt. 91), ce qui implique pour le juge de « vérifier, outre le caractère suffisant de la motivation de la communication litigieuse, l'existence, notamment, d'erreurs manifestes d'appréciation viciant cette communication » (pt. 93). Il s'agit donc d'une manifestation du principe selon lequel « lorsque les institutions de l'Union disposent, comme la Commission en l'occurrence, d'un large pouvoir d'appréciation et, en particulier, lorsqu'elles sont amenées à opérer des choix de nature, notamment, politique et des appréciations complexes, le contrôle juridictionnel des appréciations sous-tendant l'exercice de ce pouvoir doit consister à vérifier l'absence d'erreurs manifestes » (pt. 95).

⁷⁵ *Ibid.*, pt. 40.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Règlement 1099/2009 du Conseil du 24 septembre 2009 sur la protection des animaux au moment de leur mise à mort (JOCE 2009, L 303, p. 1).

⁷⁸ CJUE, 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen*, aff. C-426/16, ECLI:EU:C:2018:335

article 4§1. L'article 4§4 prévoit, néanmoins, que « pour les animaux faisant l'objet de méthodes particulières d'abattage prescrites par des rites religieux, les prescriptions visées au paragraphe 1 ne sont pas d'application pour autant que l'abattage ait lieu dans un abattoir ». Autrement dit, l'étourdissement préalable n'est pas imposé pour des animaux mis à mort dans le cadre de « rites religieux ». La seule condition imposée est que l'animal soit abattu dans un abattoir. La Cour est saisie d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité visant cette disposition, au motif qu'elle porterait atteinte à la liberté religieuse.

La neutralité du juge face à ce sujet de société, impliquant une mise en balance entre respect de pratiques religieuses et protection du bien-être animal, se manifeste de plusieurs manières. D'abord, la Cour de justice adopte une approche très englobante de ce que recouvre la liberté religieuse et – surtout – les « rites religieux » visés dans ce règlement. Elle indique notamment que « l'existence d'éventuelles divergences théologiques »⁷⁹, à propos de « la nature absolue ou non de l'obligation de procéder à l'abattage sans étourdissement préalable des animaux lors de la fête du sacrifice »⁸⁰, « ne saurait, en elle-même, infirmer la qualification en tant que « rite religieux » de la pratique relative à l'abattage rituel »⁸¹. Puis, la Cour caractérise que le seul « obstacle » envisageable à cette liberté religieuse tient dans l'obligation que l'abattage rituel sans étourdissement ait lieu dans un « abattoir », c'est-à-dire un établissement répondant à des « exigences techniques requises » par le droit de l'Union⁸². Or, cette obligation est générale et absolue, et ne vise pas spécifiquement les abattages rituels⁸³. Plus encore, il ne s'agit que d'une exigence fixée « d'un point de vue technique »⁸⁴ - et non liée à des considérations religieuses. De plus, la Cour écarte le fait que cette obligation soit irrégulière compte tenu de la situation factuelle d'un État qui n'aurait pas suffisamment d'abattoirs répondant à ces exigences techniques et « ne fournissent pas une capacité d'abattage suffisante pour répondre à la hausse de la demande de viande halal observée pendant la fête du sacrifice »⁸⁵.

Enfin – et surtout – la Cour considère que, en procédant de la sorte, « le législateur de l'Union a concilié le respect des méthodes particulières d'abattage prescrites par des rites religieux avec (...) la protection du bien-être des animaux lors de leur mise à mort et de la santé de l'ensemble des consommateurs de viande animale »⁸⁶. Autrement dit, en posant le principe de l'étourdissement préalable, tout en admettant une dérogation pour des rites religieux, à la seule condition que la mise à mort soit toujours opérée dans un abattoir agréé, le législateur a évité de trop s'immiscer dans le débat de société évoqué. Comme le prévoit l'article 26§2 du règlement, il revient aux États membres d'appliquer strictement ce cadre ou d'« adopter des règles nationales visant à assurer

⁷⁹ *Ibid.*, pt. 51.

⁸⁰ *Ibid.*, pt. 50.

⁸¹ *Ibid.*, pt. 51.

⁸² *Ibid.*, pt. 65.

⁸³ *Ibid.*, pt. 60.

⁸⁴ *Ibid.*, pt. 58.

⁸⁵ *Ibid.*, pt. 70. La Cour rappelle que « La validité d'une disposition du droit de l'Union s'apprécie, ainsi, en fonction des caractéristiques propres à cette disposition et ne saurait dépendre des circonstances particulières d'un cas d'espèce donné » (pt. 72). Par conséquent, un « problème ponctuel de capacité d'abattage sur le territoire d'une région d'un État membre, lié à la hausse de la demande d'abattages rituels en l'espace de quelques jours à l'occasion de la fête du sacrifice, est la conséquence d'un concours de circonstances internes qui ne sauraient affecter la validité de l'article 4, paragraphe 4, de ce règlement » (pt. 78).

⁸⁶ *Ibid.*, pt. 62.

aux animaux, au moment de leur mise à mort, une plus grande protection que celle prévue par le présent règlement », notamment concernant « l'abattage d'animaux conformément à l'article 4, paragraphe 4 ». En résumé, ce règlement n'apporte pas une réponse définitive et péremptoire sur l'étourdissement préalable des animaux, même au titre de rites religieux. La Cour de justice qui opère le contrôle n'a donc pas vocation – presque naturellement – à s'immiscer dans ce sujet.

2. *L'appréciation médiate dans l'office de juge de l'interprétation du droit de l'Union*

En agissant comme juge de l'interprétation du droit de l'Union, principalement dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en interprétation, la Cour de justice pourrait évidemment être confrontée à des questions de société. Elle pourrait être amenée à assumer une interprétation dynamique du droit de l'Union ou au contraire plus originelle de celui-ci en fonction des évolutions sociétales. Après tout, la Cour EDH, interprétant les – brèves – dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, est presque systématiquement confrontée à cette problématique. Que ce soit pour les droits fondamentaux de l'Union ou pour d'autres dispositions européennes, la Cour de justice ne serait donc pas épargnée.

Il nous semble que si, par certains aspects, l'office de juge de l'interprétation de la Cour la conduit à se confronter à des questions de société – nous y reviendrons, celui-ci la préserve de manière générale et lui permet de conserver une neutralité moins discutable. Deux arguments permettent de l'affirmer.

En premier lieu, la Cour de justice entend circonscrire son interprétation exclusivement au regard du droit de l'Union, voire même au regard d'un unique texte. Il ne s'agit là que de la conséquence du principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, selon lequel les concepts et dispositions de droit de l'Union reçoivent une acception qui leur est propre. Pour être plus explicite, la signification que donne la Cour de justice doit être comprise comme relative.

L'exemple emblématique est – une nouvelle fois – l'arrêt *Bristle* sur la définition de l'embryon humain. Comme l'affirme très explicitement la Cour, celle-ci « n'est pas appelée, par le présent renvoi préjudiciel, à aborder des questions de nature médicale ou éthique, mais doit se limiter à une *interprétation juridique* des dispositions pertinentes de la directive »⁸⁷. L'argument est puissant : il ne s'agit pas d'une définition absolue ou ontologique de l'embryon, mais uniquement de l'embryon humain dans le cadre de la directive sur la brevetabilité de biotechnologie. La position de la Cour est donc nécessairement cantonnée à la directive – et uniquement elle.

Deux autres exemples peuvent être évoqués. Dans l'arrêt *Kalanke*⁸⁸, la Cour était, en un sens, confrontée à la question de la discrimination positive en faveur des femmes en matière d'emploi. Plus exactement, elle devait déterminer si des mesures favorisant spécifiquement les femmes étaient ou non compatibles avec le principe d'égalité entre les hommes et les femmes. Le sujet apparaît clairement lié à une question de société, mais pourtant la Cour de justice revendique une certaine neutralité en s'attachant à son seul office : répondre à cette question dans le cadre de la directive 76/207⁸⁹. Aussi, la

⁸⁷ CJUE, *Bristle*, aff. C-34/10, préc., pt. 30.

⁸⁸ CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, aff. C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322.

⁸⁹ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (*JOCE* 1976, L 39, p. 40).

Cour reconnaît qu'une « règle nationale qui prévoit que, lors d'une promotion, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins bénéficient automatiquement de la priorité dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées, entraîne une discrimination fondée sur le sexe »⁹⁰ qui serait, dans l'absolu, incompatible avec le principe d'égalité. Néanmoins, la directive 76/207 contient une disposition qui « a pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale »⁹¹. La discrimination positive opérée n'est donc plus vue comme une discrimination contraire au principe d'égalité, mais possible comme un moyen pour les femmes « d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes »⁹². Par conséquent, il revient simplement d'opérer un contrôle de proportionnalité concernant la nature et l'importance des mesures de discrimination positive⁹³ – et non de discuter son principe. La Cour ne fait ici que remplir son office : délivrer une interprétation du droit de l'Union.

Le dernier exemple concerne l'arrêt *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*⁹⁴, une nouvelle fois concernant l'abattage rituel. La Cour ne devait pas se prononcer, une fois encore, sur la possibilité de procéder à des rituels qui impliquent la mort de l'animal sans étourdissement préalable. Elle devait simplement déterminer si des viandes d'animaux abattus dans ces conditions pouvaient prétendre à l'appellation « agriculture biologique », telle que prévue dans le règlement 834/2007⁹⁵. La Cour rappelle que l'abattage sans étourdissement préalable pour des rites religieux est bien autorisé, par principe, par le droit de l'Union. Pour autant, concernant la question de l'utilisation de cette appellation, le règlement 834/2007 requiert que « toute souffrance, y compris la mutilation, est réduite au minimum pendant toute la durée de vie de l'animal, y compris lors de l'abattage ». La Cour constate alors, presque objectivement, que l'abattage rituel ne peut pas remplir une telle condition⁹⁶.

En second lieu, la Cour de justice profite opportunément de son office dans le cadre de la procédure préjudicielle. Elle le rappelle de manière constante : saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation, son seul rôle est uniquement de délivrer une interprétation du droit de l'Union afin d'aider le juge national à l'origine du litige à l'appliquer. Par conséquent, il ne revient pas à la Cour de porter une appréciation sur le droit national ou sur le litige *a quo*⁹⁷. Il est habituel – et même normal – que la Cour renvoie au juge

⁹⁰ CJCE, *Kalanke*, aff. C-450/93, préc., pt. 16.

⁹¹ *Ibid.*, pt. 18.

⁹² *Ibid.*, pt. 19.

⁹³ En l'occurrence, la Cour juge la mesure excessive : « une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive » (*ibid.*, pt. 22).

⁹⁴ CJUE, 26 février 2019, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, aff. C-497/17, EU:C:2019:137.

⁹⁵ Règlement n°834/2007 du Conseil du 28 juin 2007 relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques (*JOCE* 2007, L 189, p. 1).

⁹⁶ CJUE, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, aff. C-497/17, préc. : « les méthodes particulières d'abattage prescrites par des rites religieux, qui sont réalisées sans étourdissement préalable et qu'admet l'article 4, paragraphe 4, du règlement n° 1099/2009, n'équivalent pas, en termes de garantie d'un niveau élevé de bien-être de l'animal au moment de sa mise à mort, à la méthode d'abattage avec étourdissement préalable » (pt. 50).

⁹⁷ Pour exemple, voir CJUE, 8 mai 2024, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" (Associations de magistrats)*, aff. C-53/23, ECLI:EU:C:2024:388 : « l'interprétation des dispositions nationales appartient aux juridictions des États membres et non à la Cour, et il n'incombe pas à cette dernière de se prononcer sur

national le soin d'opérer l'appréciation quant à l'application du droit de l'Union, tel qu'interprété par la Cour, dans son litige. Ceci s'applique évidemment lorsque la problématique concerne les questions de société, confortant ainsi sa position de neutralité.

Un exemple emblématique est l'arrêt *Maruko*⁹⁸ à propos des droits reconnus aux couples homosexuels. Une législation allemande applicable à l'époque accordait le bénéfice d'une prestation de survie au titre de la pension de retraite uniquement pour le conjoint survivant, excluant ainsi le « partenaire de vie » survivant. Le fait est que le droit national n'admet pas le mariage entre personnes de même sexe : ces couples ne peuvent s'unir légalement que par un « partenariat de vie ». Il s'agit alors de déterminer si, dans ce couple homosexuel, le partenaire survivant subit une discrimination en se voyant refuser la prestation de survie, pourtant octroyée à un conjoint survivant – c'est-à-dire dans le cadre d'un mariage hétérosexuel. Le problème dériverait alors rapidement vers la question de l'égalité de traitement entre couples hétérosexuels et homosexuels, à travers les unions légales qui leur sont reconnues. Dans cet arrêt, la Cour de justice préfère toutefois « se retrancher derrière le juge national »⁹⁹, en se limitant à indiquer que, dans l'hypothèse où « que la juridiction de renvoi décide que les époux survivants et les partenaires de vie survivants sont dans une situation comparable pour ce qui concerne cette même prestation de survie, une réglementation telle que celle en cause au principal doit en conséquence être considérée comme constitutive d'une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle » selon le droit de l'Union. De la sorte, la Cour se montre « à la fois respectueuse du partage des tâches propre au mécanisme de la question préjudicielle et prudente s'agissant d'une question de société sur laquelle la juridiction communautaire n'a évidemment pas plus de légitimité à se prononcer qu'une juridiction nationale »¹⁰⁰.

Un autre exemple serait l'arrêt *Léger*¹⁰¹ concernant la limitation imposée par le droit français pour que les hommes homosexuels puissent donner leur sang. Ce sujet intéresse effectivement le droit de l'Union puisque la directive 2002/98 « Sang »¹⁰², telle que précisée dans une directive d'exécution 2004/33¹⁰³, prévoit les restrictions pouvant être imposées à des donneurs pour garantir la qualité et la sécurité du sang humain. Plus exactement, il est permis d'exclure de manière temporaire ou permanente des candidats pour le don du sang s'il existe un « risque élevé » que le sang soit contaminé par une maladie infectieuse grave et transmissible par le sang ; et notamment lorsque ce risque résulte du « comportement sexuel » des candidats visés. Sur ce fondement, le droit français considérerait qu'un « homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme » caractérise un candidat au don présentant un risque élevé en raison de son

la compatibilité de normes de droit interne avec les dispositions du droit de l'Union. En revanche, la Cour est compétente pour fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation relevant du droit de l'Union qui permettent à celle-ci d'apprécier la compatibilité de normes de droit interne avec la réglementation de l'Union » (pt. 14).

⁹⁸ CJCE, 1er avril 2008, *Maruko*, aff. C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179.

⁹⁹ B. BERTRAND, « La Cour de justice et l'hypothèse », *CDE*, 2013, n°2, p. 445, spéc. p. 471.

¹⁰⁰ E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT, cité par B. BERTRAND, *ibid.*, p. 471.

¹⁰¹ CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288.

¹⁰² Directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 2003 établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins (*JOCE* 2003, L 33, p. 30).

¹⁰³ Directive 2004/33/CE de la Commission du 22 mars 2004 portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins (*JOCE* 2004, L 91, p. 25).

comportement sexuel – en d'autres termes, un homme ayant des rapports homosexuels est interdit de manière permanente de donner de son sang, parce que considéré comme une personne à risque. La question devient alors assez délicate à trancher : comment ne pas sanctionner une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹⁰⁴ sans compromettre la sécurité des produits sanguins, entendu que plusieurs études scientifiques et documentées confirment que, notamment, « c'est en France que la prévalence du VIH au sein du groupe des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes serait la plus élevée parmi tous les États étudiés »¹⁰⁵ ? Pour conserver une certaine neutralité sur ce point¹⁰⁶, la Cour renvoie au juge national le soin de vérifier plusieurs éléments : la réalité, l'actualité et la pertinence des données avancées sur la situation entre la contamination au sida et les hommes ayant des rapports homosexuels¹⁰⁷ ; si, au regard des évolutions techniques et scientifiques, des « techniques efficaces de détection du VIH pour éviter la transmission aux receveurs d'un tel virus » existent et peuvent conditionner le don¹⁰⁸ ; enfin, s'il n'est pas possible de cibler plus spécifiquement les donneurs à risque, notamment en interrogeant l'état de leur sexualité¹⁰⁹.

B. La neutralité confortée par une appréciation détachée des questions de société

En dépit de l'office particulier de la Cour de justice, lui permettant de bénéficier d'intermédiaires entre elle et la question de société, il reste que celle-ci doit parfois lui apporter une réponse ou un début de réponse. Il lui revient alors d'user de certaines techniques visant à afficher et démontrer sa neutralité. Celles-ci peuvent être rattachées à diverses considérations : la limite de la compétence de l'Union en général et de la Cour de justice en particulier pour traiter le choix de société ; l'appréhension « dépassionnée » de la question de société, c'est-à-dire dépouillée de sa dimension axiologique et dans une approche plus objective ; le respect d'une forme de séparation des pouvoirs (ou

¹⁰⁴ Qualification assez aisément opérée par la Cour de justice : CJUE, *Léger*, aff. C-528/13 préc., pt. 49-50.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pt. 43. La Cour expose la position de la Commission sur le sujet, qui elle-même se rapporte à un rapport du Centre européen de prévention et de contrôle des maladies.

¹⁰⁶ *Contra* : A. Husser, *op. cit.*, pp. 157-159 : plutôt qu'un contrôle de proportionnalité – en apparence neutre –, « [ne] serait donc plus visée l'orientation sexuelle en tant que telle, mais plutôt le comportement sexuel de cette personne. Ainsi, l'orientation sexuelle ne serait pas appréhendée de façon univoque, ni réduite à un seul type de comportement sexuel stéréotypé. Elle serait conçue comme recouvrant différents types de comportements sexuels propres à chaque personne, qui se caractériseraient, en l'occurrence, par la fréquence et le caractère protégé des rapports sexuels autant que par la stabilité des relations de la personne » (p. 158).

¹⁰⁷ *Ibid.*, pt. 44.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pt. 63-64.

¹⁰⁹ Le cœur du problème, avancé par le gouvernement et soutenu par la Commission européenne, est que les tests de dépistages du VIH présentent une « fenêtre silencieuse », c'est-à-dire une période pendant laquelle le virus ne peut pas être détecté. C'est pour tenir compte de cette faillibilité des tests de dépistage que le gouvernement français justifie de considérer, dans l'ensemble, les hommes ayant des relations homosexuelles comme des personnes à risque (*ibid.*, pt. 62). Pour la Cour, toutefois, la mesure lui semble assez excessive. Aussi, elle considère que « la juridiction de renvoi doit notamment vérifier si des questions ciblées concernant le délai écoulé depuis le dernier rapport sexuel par rapport à la durée de la "fenêtre silencieuse", le caractère stable de la relation de la personne concernée ou le caractère protégé des rapports sexuels permettraient d'évaluer le niveau de risque que présente individuellement chaque donneur en raison de son propre comportement sexuel » (*ibid.*, pt. 67).

plutôt des rôles) quant à la nature des appréciations portées par le juge ou par des décideurs publics ou des personnes privées ; la prise en compte d'un consensus sur la question, qu'il soit d'ordre politique, économique, social, juridique ou encore scientifique.

Ces techniques sont *in fine* assez connues et ne nous semblent pas particulièrement caractériser la manière dont la Cour de justice entend traiter les questions de société. Dans l'ensemble, la Cour s'emploie à avoir une appréciation détachée et distante. Pour y parvenir, tout en ayant recours aux éléments énumérés précédemment, elle ne fait que *reconnaître* les réponses aux choix de société existants entre les différents États membres et leur accorder le traitement juridique prévu (1.) et, le cas échéant, elle résout le problème de société à travers un test de *non-discrimination* se voulant objectif et neutre (2.).

1. Le détachement par la « reconnaissance »

Cette « reconnaissance » est certainement la technique la plus emblématique. Faisant évidemment écho au principe de reconnaissance mutuelle, il s'agit plutôt d'une manifestation plus large de cette idée selon laquelle une décision politique et juridique ou une situation reconnue légalement dans un État membre doit être « reconnue » par les autres États membres et même par l'Union européenne. La reconnaissance permet ainsi à la Cour de justice de limiter son appréciation non sur le choix de société en tant que tel, mais sur ces effets à l'extérieur du territoire de l'État concerné et à l'échelle de toute l'Union européenne. En dehors d'exemples concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires¹¹⁰ ou sur le regroupement familial de ressortissants d'États tiers¹¹¹, cette technique prospère dans le droit des libertés de circulation et dans le droit de la citoyenneté européenne.

La « reconnaissance » opère d'abord concernant la détermination du champ d'application du droit de l'Union européenne lorsqu'il s'agit de questions de société. La Cour de justice constate ainsi que certains produits ou services sont légalement reconnus dans certains États membres et en tire ainsi les conséquences à l'échelle du marché intérieur. Certains exemples sont relativement connus. Sur les marchandises, la Cour de justice a notamment été amenée à déterminer si des drogues, des animaux ou du sang pouvaient être considérés comme relevant du champ d'application de la libre circulation. La définition de la « marchandise », au sens du traité, se veut

¹¹⁰ Pour un exemple assez parlant, voir CJUE, 5 octobre 2010, *McB.*, aff. C-400/10PPU, ECLI:EU:C:2010:582. Cette affaire porte sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires civiles, liées à la situation matrimoniale et personnelle des individus. Ici, il s'agit d'un couple non-marié qui, finalement se sépare et qui entend obtenir une garde des enfants. Le problème est que, « en droit irlandais, le père naturel n'a pas le droit de garde de son enfant, sauf si ce droit lui est conféré par un accord conclu entre les parents ou par une décision de justice, alors qu'un tel droit de garde appartient d'office à la mère sans qu'il soit besoin de le lui attribuer » (pt. 48). Pour la Cour, il faut « tenir compte, à cet égard, de la grande diversité des relations hors mariage et de celle des relations des parents avec leurs enfants qui en résulte, diversité évoquée par la juridiction nationale dans sa décision de renvoi, qui se traduit par une reconnaissance différenciée de l'étendue et du partage des responsabilités parentales au sein des États membres » (pt. 62). Ceci permet donc à la Cour de conforter la position de l'Irlande.

¹¹¹ Voir par exemple CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. jt. C-356/11 et C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776 : « Compte tenu de l'objectif poursuivi par la directive 2003/86, qui est de favoriser le regroupement familial (...), et de la protection qu'elle vise à accorder aux ressortissants de pays tiers, notamment aux mineurs, l'application de cette directive ne peut pas être exclue du seul fait que l'un des parents d'un mineur, ressortissant de pays tiers, est également le parent d'un citoyen de l'Union, issu d'un premier mariage » (pt. 69).

particulièrement large, de sorte que la qualification dépend parfois de choix opérés par les États membres. Une drogue¹¹² unanimement reconnue illégale dans tous les États membres ne sera pas une marchandise¹¹³, tandis que celle autorisée dans certains le sera¹¹⁴. Des produits issus de sang humain peuvent également être assimilés à des marchandises lorsqu'ils sont « obtenus à partir de dons de sang rémunérés, étant entendu que le remboursement des frais exposés par le donneur pour effectuer le don de sang est également considéré, par [le droit national applicable], comme constituant une rémunération »¹¹⁵. Enfin, l'arrêt *Grogan* est connu puisque la Cour de justice reconnaît que l'interruption volontaire de grossesse constitue un « service » relevant du champ d'application de la libre prestation des services¹¹⁶. Pour cela, elle indique simplement qu'il s'agit d'une « activité médicale », « légalement pratiquée dans plusieurs États membres », « normalement fournie contre rémunération et susceptible d'être pratiquée dans le cadre d'une profession libérale »¹¹⁷. Dans tous ces cas, la Cour garde une distance sur le sujet de société sous-jacent, en ne faisant que reconnaître – voire constater – les choix opérés par les États membres et en tirer les conséquences.

De plus, la technique de la reconnaissance s'applique surtout concernant la libre circulation des citoyens concernant des sujets de société emblématiques comme les personnes transsexuelles, les mariages et unions entre personnes de même sexe ou la reconnaissance de lien de filiation, notamment lorsque les parents légaux sont du même sexe. La position de la Cour de justice est globalement la même à chaque fois : il ne s'agit jamais de discuter des refus de l'État membre d'origine de ne pas reconnaître *en tant que tel* un tel choix de société pour sa propre législation, mais d'empêcher que ce refus ait un *effet* restrictif sur la libre circulation des citoyens. Tel est le cas si cet État d'origine ne *reconnaît* pas la situation personnelle ou familiale, ou son évolution, de l'un de ses ressortissants telle que légalement prévue dans le droit d'un autre État membre.

L'arrêt *Coman* est l'exemple archétypal de cette neutralité par la reconnaissance¹¹⁸. Un ressortissant roumain, durant son séjour en Belgique, se marie avec un ressortissant des États-Unis. Le mariage – entre personnes de même sexe – est célébré à Bruxelles en conformité avec la législation nationale. Le requérant roumain souhaite retourner s'établir en Roumanie avec son conjoint, mais le droit roumain n'admet pas d'union entre personnes de même sexe : aussi, l'État roumain refuse de considérer le « conjoint » comme membre de la famille d'un citoyen européen et susceptible de bénéficier d'un droit de séjour dérivé sur le fondement de l'article 21 TFUE. Ce statut de « membre de la famille » est largement établi dans la directive 2004/38¹¹⁹, qui mentionne le

¹¹² L'enjeu tient surtout, pour la Cour dans la qualification de la drogue comme un « stupéfiant » et qui se trouve ou non dans « dans un circuit strictement surveillé par les autorités compétentes en vue d'être utilisés à des fins médicales et scientifiques » (voir not. CJUE, 16 décembre 2010, *Josemans*, aff. C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774, pt. 36 et 41).

¹¹³ Voir concernant l'héroïne, CJCE, 5 février 1981, *Horvath*, aff. 50/80, ECLI:EU:C:1981:34.

¹¹⁴ Voir pour des produits à base de cannabidiol, CJUE, 19 novembre 2020, *B S et C A [Commercialisation du cannabidiol (CBD)]*, aff. C-663/18, ECLI:EU:C:2020:938. La Cour s'appuie certes sur différentes appréciations scientifiques pour opérer son contrôle (pt. 74), mais elle relève aussi que ce produit est « légalement produit et commercialisé » dans certains États membres (pt. 72).

¹¹⁵ CJUE, 9 décembre 2010, *Humanplasma*, aff. C-421/09, ECLI:EU:C:2010:760, pt. 27.

¹¹⁶ CJCE, 4 octobre 1991, *Grogan e.a.*, aff. C-159/90, ECLI:EU:C:1991:378.

¹¹⁷ *Ibid.*, pt. 18.

¹¹⁸ CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

¹¹⁹ Directive 2004/38/CE du Parlement 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 (*JOCE* 2004, L 158, p. 77), dont l'article 2§2.

« conjoint ». La question fondamentale est alors celle de savoir si « cette notion inclut le ressortissant d'un État tiers de même sexe que le citoyen de l'Union, dont le mariage à ce dernier a été conclu dans un État membre conformément au droit de celui-ci »¹²⁰.

Pour la Cour, le sujet se résout, notamment¹²¹, en interprétant la directive de manière à ce qu'un « un État membre ne saurait invoquer son droit national pour s'opposer à la *reconnaissance* sur son territoire, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, du mariage conclu par celui-ci avec un citoyen de l'Union de même sexe dans un autre État membre conformément au droit de ce dernier »¹²². Elle insiste : « le refus, par les autorités d'un État membre, de *reconnaître*, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, le mariage de ce dernier avec un citoyen de l'Union de même sexe, ressortissant de cet État membre, conclu, lors de leur séjour effectif dans un autre État membre, conformément au droit de ce dernier État » entrave la libre circulation du citoyen¹²³. Enfin, afin de conforter sa neutralité – et même celle du droit de l'Union – sur ce sujet, la Cour affirme que cette obligation de reconnaissance « n'implique pas, pour (...) État membre [d'origine], de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe. Elle est limitée à l'obligation de *reconnaître* de tels mariages, conclus dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, et cela aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union »¹²⁴. De cette manière, la Cour se montre distante tant sur le choix de société de la Roumanie (ne pas admettre le mariage homosexuel) que sur celui de la Belgique (l'admettre).

Cette méthode se retrouve *mutatis mutandis* dans l'arrêt *Pancharevo*¹²⁵ concernant la procréation médicalement assistée (PMA) et ses conséquences sur les liens de filiation entre un enfant et ses deux parents de même sexe. Une ressortissante bulgare, avec sa compagne du même sexe, a légalement recours à une PMA en Espagne pour enfanter. Les autorités espagnoles mentionnent ces deux femmes comme les parents de l'enfant. La ressortissante bulgare demande aux autorités bulgares la délivrance d'un acte de naissance, attestant qu'elle est la mère de cet enfant – ce qui est refusé dans la mesure où, selon le droit bulgare, les parents correspondent forcément à un père et à une mère. Une fois encore, la Cour traite le problème sur le fondement du droit du citoyen européen (tant la ressortissante bulgare que sa fille) : le refus des autorités bulgares de « reconnaître ce lien de filiation »¹²⁶ pourtant « légalement établi »¹²⁷ par l'Espagne entrave leur libre circulation. Une fois encore, la distante est marquée par le fait qu'« une telle obligation n'implique pas, pour l'État membre dont l'enfant concerné est ressortissant, de prévoir, dans son droit national, la parentalité de personnes de même sexe ou de reconnaître, à des fins autres que l'exercice des droits que cet enfant tire du droit de l'Union, le lien de filiation entre ledit enfant et les personnes mentionnées comme étant les parents de celui-ci dans l'acte de naissance établi par les autorités de

¹²⁰ CJUE, *Coman*, aff. C-673/16 préc., pt. 35.

¹²¹ A noter que, dans sa motivation, la Cour accentue sa neutralité avec des techniques évoquées précédemment, notamment celle du juge de l'interprétation du droit de l'Union dans un cadre très spécifique – et dont la portée ne doit pas être exagérée.

¹²² *Ibid.*, pt. 36 – nous soulignons.

¹²³ *Ibid.*, pt. 40.

¹²⁴ *Ibid.*, pt. 45 – nous soulignons.

¹²⁵ CJUE, 14 décembre 2021, *Pancharevo*, aff. C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008. Voir également CJUE, ord., 24 juin 2022, *Rzeczniczka Praw Obywatelskich*, aff. C-2/21, ECLI:EU:C:2022:502.

¹²⁶ *Ibid.*, pt. 49.

¹²⁷ *Ibid.*, pt. 48.

l'État membre d'accueil »¹²⁸. La Cour accentue même sa distance et sa neutralité dans la mesure où elle indique que cette reconnaissance n'est pas un moyen de contester *per se* les règles bulgares, mais s'applique aux « autorités de tout autre État membre »¹²⁹ qui « ont l'obligation de reconnaître ce document »¹³⁰. L'arrêt *Mirin*¹³¹, enfin, repose sur cette méthode concernant la reconnaissance du changement de sexe et de prénom.

2. Le détachement par la « non-discrimination »

Le test de non-discrimination ne semble pas être une « technique » à proprement parler permettant à un juge comme la Cour de justice d'être neutre sur des questions de société. Il s'agit d'un principe général, connecté au principe d'égalité, interdisant que des personnes ou des situations soient traitées défavorablement sur la base d'un critère discriminatoire déterminé – selon les articles 18 et 19 TFUE, la nationalité, le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions religieuses, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Le contrôle de son respect implique alors une analyse *faussement* objective selon laquelle il convient de comparer le traitement des personnes *supposément* placées dans des situations similaires mais différemment traitées en raison du critère discriminant. Nous ne faisons ici que synthétiser le consensus assez large à ce sujet selon lequel ce test d'égalité ou de non-discrimination implique évidemment une appréciation particulière et subjective de la part du juge¹³². Malgré tout, la non-discrimination présente les apparences d'un contrôle objectif et distant quant à certains de choix de société, notamment devant la Cour de justice. Si nous rediscuterons de certains de ces aspects qui, à nos yeux, marquent une neutralité plus fragile du juge, sa logique se veut détachée d'appréciation d'ordre axiologique.

La technique se présente ainsi : la Cour de justice reconnaît l'existence d'un certain traitement juridique, traduisant parfois un véritable choix moral lié à une question de société. La Cour ne remet alors pas en cause ce traitement *en lui-même* mais vérifie qu'il soit appliqué avec une certaine cohérence ou logique, c'est-à-dire d'une manière non discriminatoire. Autrement dit, il s'agit de discuter des conditions d'application d'un traitement, et pas dudit traitement. Cette technique opère, selon nous, principalement lorsque le problème n'implique pas de libertés de circulation. Deux ensembles d'exemples peuvent l'illustrer.

Pour le premier, il s'agit d'appréhension par la Cour de justice de discrimination fondée sur la religion¹³³. La jurisprudence sur le statut confessionnel des entreprises et sur le

¹²⁸ *Ibid.*, pt. 57.

¹²⁹ *Ibid.*, pt. 49.

¹³⁰ *Ibid.*, pt. 50.

¹³¹ CJUE, 4 octobre 2024, *Mirin*, aff. C-4/23, ECLI:EU:C:2024:845 : « s'agissant du refus, par les autorités d'un État membre, de reconnaître le nom d'un ressortissant de cet État, ayant exercé son droit de libre circulation et possédant également la nationalité d'un autre État membre, tel que déterminé dans ce dernier État membre, la Cour a jugé qu'un tel refus est susceptible d'entraver l'exercice du droit, consacré à l'article 21 TFUE, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (...) » (pt. 54). « Une telle entrave est également susceptible de résulter du refus par ces mêmes autorités de reconnaître le changement d'identité de genre opéré en application des procédures prévues à cet effet dans l'État membre dans lequel le citoyen de l'Union a exercé sa liberté de circuler et de séjourner, que ce changement soit lié à un changement de prénom, comme en l'occurrence, ou non (...) » (pt. 55).

¹³² Pour exemple, voir C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité », *RDP*, 1982, p. 295 ; K. LENAERT, « L'égalité de traitement en droit communautaire », *CDE*, 1991, p. 3 ; A. ILIOPOULOU-PENOT, « Principe d'égalité et de non-discrimination », in *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 535.

¹³³ En dehors des exemples évoqués, centrés sur des choix arrêtés par des entreprises (privées), voir CJUE, 2 février 2023, *Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland*, aff. C-372/21, ECLI:EU:C:2023:59 sur

port de signes religieux au travail est peut-être la plus éclairante sur cette technique de neutralité¹³⁴. En préalable, la Cour estime en substance que si l'article 17 TFUE « exprime, certes, la neutralité de l'Union à l'égard de l'organisation par les États membres de leurs rapports avec les églises et les associations ou communautés religieuses », les situations contrôlées concernent les relations de travail au sein d'une entreprise et relèvent ainsi du droit de l'Union, et notamment le principe de non-discrimination¹³⁵.

Pour la première branche, c'est l'arrêt *Egenberger* de la Cour qui, interprétant la directive 2000/78¹³⁶ sur ce point, considère qu'une « entreprise » confessionnelle peut imposer une discrimination « fondée sur la religion ou les convictions [si elle] est subordonnée à l'existence objectivement vérifiable d'un lien direct entre l'exigence professionnelle imposée par l'employeur et l'activité concernée »¹³⁷. La Cour admet ainsi qu'une entreprise puisse choisir ses propres valeurs et convictions religieuses, et ainsi opérer une discrimination cohérente et logique, quant aux personnes travaillant pour elle, fondée sur la religion. Cette discrimination devient incohérente lorsque le « lien direct » avec l'activité est trop ténu, voire artificiel. Dans un arrêt *IR*¹³⁸, par exemple, la Cour indique le licenciement d'une femme travaillant dans le milieu médical, auprès d'une entreprise de foi catholique¹³⁹, simplement parce qu'elle s'est remariée, ne caractérise pas un tel « lien direct »¹⁴⁰.

Pour la seconde branche, il s'agit au contraire d'entreprise souhaitant afficher une image de neutralité, notamment religieuse, et qui impose ainsi des restrictions sur la manifestation de croyances par ses salariés – notamment le port de signes religieux. Dans un arrêt *G4S Secure Solutions*, la Cour considère que « la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse »¹⁴¹ pour une entreprise doit être reconnue comme un objectif légitime, pouvant justifier une discrimination fondée sur la religion. La Cour ne peut ainsi remettre en cause un tel choix, pourvu qu'il soit suffisamment justifié¹⁴² et que, dans ses conséquences, il ne conduise pas à une discrimination incohérente et dépourvue de logique. Plus exactement, la Cour requiert que « cette politique [de

le statut d'Eglise ou de sociétés religieuses en Autriche et leurs avantages financiers au regard d'une discrimination constitutive d'une entrave à la libre prestation de service ou au droit d'établissement.

¹³⁴ Voir sur cette question L. VANBELLINGEN, *La neutralité de l'entreprise face aux expressions religieuses du travailleur*, Bruylant, 2022.

¹³⁵ Voir pour exemple, CJUE, 13 janvier 2022, *MIUR et Ufficio Scolastico Regionale per la Campania*, C-282/19, EU:C:2022:3, pt. 50-51.

¹³⁶ 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).

¹³⁷ CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, aff. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, pt. 63.

¹³⁸ CJUE, 11 septembre 2018, *IR*, aff. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696.

¹³⁹ *Ibid.* : « L'exigence en cause dans l'affaire au principal a trait au respect d'un élément déterminé de l'éthique de l'Église catholique, à savoir le caractère sacré et indissoluble du mariage religieux » (pt. 57).

¹⁴⁰ *Ibid.* : « L'adhésion à cette conception du mariage n'apparaît pas nécessaire pour l'affirmation de l'éthique d'IR compte tenu des activités professionnelles exercées par JQ, à savoir la fourniture, dans le milieu hospitalier, de conseils et de soins médicaux ainsi que la gestion du service de médecine interne dont il était le chef » (pt. 58). De même, « la constatation selon laquelle l'adhésion à cette composante de l'éthique de l'organisation concernée ne saurait constituer, en l'occurrence, une exigence professionnelle essentielle, est corroborée par la circonstance (...), que des postes à responsabilité médicale comportant des fonctions d'encadrement, analogues à celui qui était occupé par JQ, ont été confiés à des employés d'IR n'étant pas de confession catholique et, partant, n'étant pas tenus à la même exigence d'attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique d'IR » (pt. 59 – nous soulignons).

¹⁴¹ CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, pt. 37.

¹⁴² Cf. *infra*.

neutralité] soit véritablement poursuivie de manière cohérente et systématique »¹⁴³ au regard de la restriction de la liberté religieuse. De la même manière, dans son arrêt *Cresco Investigation*¹⁴⁴, la Cour ne remet pas en cause le principe même d'accorder un jour de congé ou une indemnité pour travailler le Vendredi Saint, mais le fait que ce congé soit accordé automatiquement pour les travailleurs ayant une « appartenance *formelle* dudit travailleur à l'une [des églises reconnues] »¹⁴⁵. Pour la Cour, ce régime accorde un traitement discriminatoire pour les autres travailleurs, mais cela octroie un avantage *automatique* à un travailleur – appartenant à une église – « quand bien même il aurait travaillé le Vendredi saint sans avoir ressenti l'obligation ou le besoin de célébrer cette fête religieuse »¹⁴⁶.

Le second ensemble d'exemples se rapporte aux règles de sécurité sociale applicables dans un État membre, mais confrontées à certaines questions de société. La logique est globalement similaire du point de vue de la Cour de justice : il ne s'agit jamais de dénoncer certains choix de société, qui se traduisent dans les régimes sociaux nationaux, mais de vérifier qu'ils soient appliqués de manière cohérente – c'est-à-dire non-discriminatoire. L'un des premiers exemples – à notre connaissance – est l'arrêt *Reina* : un *Land* allemand menait une politique de promotion de la natalité nationale, visant notamment à réduire les IVG. Pour y parvenir, le *Land* accorde un prêt à la natalité... mais uniquement pour les nationaux et non pour les étrangers. La Cour s'abstient de porter une appréciation sur cette politique, pour simplement affirmer que ce type d'avantages sociaux est couvert par le droit de l'Union¹⁴⁷ doit bénéficier « aux ressortissants d'autres États membres dans les mêmes conditions qu'aux ressortissants nationaux »¹⁴⁸. Au-delà, il s'agit surtout de divers avantages sociaux comme l'octroi de pensions de survie pour les conjoints survivants ou sur l'âge de la retraite différent selon les hommes et les femmes.

Ce point concerne d'abord les avantages liés aux couples homosexuels. Nous avons déjà évoqué l'arrêt *Maruko*¹⁴⁹ de la Cour de justice à propos du droit allemand qui conditionne l'octroi d'une pension de survie seulement pour les couples mariés (donc, hétérosexuel) et non pour les « partenaires de vie » (donc, homosexuel). Si la Cour s'était « retranchée » derrière le juge national dans cet arrêt, elle a dû approfondir son appréciation quant au respect du principe de non-discrimination dans ces choix sur le régime de sécurité sociale et l'admission d'un mariage entre personnes de même sexe. Dans son arrêt *Römer*¹⁵⁰, tout en précisant ne pas être compétente pour opérer une telle comparaison, la Cour vérifie si le droit allemand ne tend pas à traiter de manière similaire les couples mariés (et donc hétérosexuels) et les « partenaires de vie » (et donc homosexuels). Aussi, il s'agit de voir si le choix de conditionner uniquement l'octroi d'une pension de retraite complémentaire pour les couples mariés fait sens et trouve une certaine logique ou non¹⁵¹. La Cour procède de la même manière dans son arrêt

¹⁴³ CJUE, 15 juillet 2021, *WABE*, aff. jt. C-804/18 et C-341/19, ECLI:EU:C:2021:594, pt. 68. Idem : CJUE, 28 novembre 2023, *Commune d'Ans*, aff. C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924.

¹⁴⁴ CJUE, 22 janvier 2019, *Cresco Investigation*, aff. C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pt. 46 – nous soulignons.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pt. 50.

¹⁴⁷ A savoir, l'ancien Règlement 1612/68 et son article 7§2 sur la libre circulation des travailleurs.

¹⁴⁸ CJCE, 1982, *Reina*, aff. C-65/81, ECLI:EU:C:1982:6, pt. 17.

¹⁴⁹ CJCE, *Maruko*, aff. C-267/06 préc.

¹⁵⁰ CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, aff. C-147/08, ECLI:EU:C:2011:28.

¹⁵¹ *Ibid.* : des « obligations [matrimoniales] pèsent (...) sur les partenaires de vie comme sur les époux mariés » (pt. 48) et que « ce traitement plus favorable [pour les couples mariés] n'aurait été lié ni aux revenus

*Hay*¹⁵² sur des avantages salariaux prévus dans une convention collective uniquement pour les couples mariés et non pour les « pacsés »¹⁵³ ou dans son arrêt *Parris* sur la rétroactivité des avantages sociaux pour des couples homosexuels reconnus par la loi¹⁵⁴.

La même approche se manifeste concernant le changement de sexe de personne et sur les conséquences à en tirer. Trois arrêts peuvent être évoqués. D’abord, dans l’affaire *KB*¹⁵⁵, il s’agit du refus par l’autorité nationale de reconnaître le changement de sexe d’une personne (devenue de sexe féminin), l’empêchant ainsi de conclure un mariage avec un homme et respectant ainsi l’exigence du mariage entre personnes de sexe différent. Une fois encore, la Cour entend observer les raisons logiques qui justifieraient que le changement de sexe ne soit pas admis et que le mariage soit refusé selon les conditions prévues dans le droit national. Dans son arrêt *Richards*¹⁵⁶, la Cour appréciait les conséquences du changement de sexe d’une personne sur le droit à la retraite prévu dans la législation nationale. En l’occurrence, le droit anglais reconnaît normalement le droit à la retraite à 60 ans seulement pour les femmes. Pour la Cour, cette règle devrait également s’appliquer aux personnes de sexe féminin à l’issue d’un changement de sexe. À défaut, la Cour y voit une discrimination fondée sur le sexe¹⁵⁷. Enfin, dans son arrêt *MB*¹⁵⁸, ce sont les conditions de reconnaissance du changement de sexe qui sont étudiées, toujours dans un cadre spécifique – celui de l’octroi de prestation sociale¹⁵⁹. En l’occurrence, afin de conserver le principe d’un mariage entre personnes de sexe différent, la réglementation nationale n’admettait pas le changement de sexe si la personne concernée était *déjà* mariée. La Cour considère ainsi, au regard des règles de sécurité sociale, cette restriction à la reconnaissance du changement de sexe n’est pas justifiée objectivement¹⁶⁰.

des parties à l’union, ni à l’existence d’enfants, ni à d’autres facteurs tels que ceux relatifs aux besoins économiques du conjoint » (pt. 50).

¹⁵² CJUE, 12 décembre 2013, *Hay*, aff. C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823.

¹⁵³ La Cour précise d’ailleurs que « la circonstance que le PACS, à la différence du partenariat de vie enregistré en cause dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts précités *Maruko* et *Römer*, n’est pas réservé aux couples homosexuels est dépourvue de pertinence et, en particulier, ne change pas la nature de la discrimination à l’égard de ces couples qui, à la différence de couples hétérosexuels, ne pouvaient pas, à la date des faits au principal, légalement contracter un mariage » (pt. 43).

¹⁵⁴ CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, aff. C-443/15, ECLI:EU:C:2016:897 : « le droit de l’Union, et notamment la directive 2000/78, n’obligeait l’Irlande ni à prévoir, avant le 1^{er} janvier 2011, le mariage ou une forme d’union civile pour les couples homosexuels, ni à donner des effets rétroactifs à la loi sur les partenariats civils ainsi qu’aux dispositions adoptées en application de cette loi, ni encore, pour ce qui est de la prestation de survie en cause au principal, à prévoir des mesures transitoires pour les couples de même sexe dont l’affilié aurait déjà atteint l’âge de 60 ans à la date de l’entrée en vigueur de ladite loi » (pt. 60).

¹⁵⁵ CJCE, 7 janvier 2004, *K.B.*, aff. C-117/01, ECLI:EU:C:2004:7.

¹⁵⁶ CJCE, 27 avril 2006, *Richards*, aff. C-423/04, ECLI:EU:C:2006:256.

¹⁵⁷ *Ibid.* : « Contrairement aux femmes dont le genre n’est pas le résultat d’une opération chirurgicale de changement de sexe, qui peuvent bénéficier d’une pension de retraite à l’âge de 60 ans, Mme Richards n’est pas en mesure de remplir une des conditions d’accès à ladite pension, en l’occurrence celle relative à l’âge de la retraite » (pt. 29).

¹⁵⁸ CJUE, 26 juin 2018, *MB* (*Changement de sexe et pension de retraite*), aff. C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492.

¹⁵⁹ *Ibid.* : les questions « portent uniquement sur les conditions d’octroi de la pension de retraite de l’État en cause au principal. Ainsi, la Cour n’est pas saisie de la question de savoir si, d’une manière générale, la reconnaissance juridique d’un changement de sexe peut être subordonnée à l’annulation d’un mariage conclu antérieurement audit changement de sexe » (pt. 27).

¹⁶⁰ *Ibid.* : « L’argumentation du gouvernement du Royaume-Uni, mettant en avant la différence quant à l’état matrimonial de ces personnes, revient à faire de ce dernier l’élément décisif de la comparabilité des situations en cause, alors que l’état matrimonial est en tant que tel (...) non pertinent aux fins de l’octroi de la pension de retraite de l’État en cause au principal » (pt. 45). En effet, « le but de la condition d’annulation du mariage invoqué par ledit gouvernement, à savoir éviter le mariage entre personnes de même sexe, est étranger au régime de cette pension de retraite. En conséquence, ce but n’affecte pas le

À travers ces différents exemples, nous espérons avoir montré comment la Cour entretient une certaine neutralité face aux questions de société, en évitant le plus possible de traiter directement le sujet ou en portant une appréciation particulière d'ordre moral sur elles. Ces techniques de neutralité peuvent apparaître assez redoutables, de sorte que la Cour de justice semble être épargnée des affres des débats et questionnements de société, et des réactions des acteurs extérieurs à ses décisions. Malgré tout, il nous semble que certaines de ces techniques de neutralité présentent des limites, de sorte que la Cour de justice n'est pas absolument épargnée par les problématiques liées aux questions de société.

II. Les limites de techniques ébranlant la neutralité de la Cour de justice

Ces faiblesses ne doivent pas être comprises comme des critiques à l'égard de la Cour de justice qui, comme toute juridiction, doit nécessairement arrêter une appréciation axiologique sur certains sujets, de sorte qu'une neutralité absolue est proprement illusoire et impossible à afficher. Ces limites se manifestent à deux égards et se dissocieraient presque selon une volonté plus ou moins assumée de prendre – à sa mesure – position sur des sujets de société. En premier lieu, il s'agit des cas dans lesquels la Cour porte des appréciations inavouées (ou indirectes) mais bien réelles sur des questions de société (A.). En second lieu, il s'agit des décisions dans lesquelles la Cour assume avancer une certaine appréciation d'ordre axiologique sur l'interprétation et l'application du droit de l'Union (B.).

A. Des appréciations inavouées mais réelles sur les questions de société

La Cour de justice tend à afficher sa neutralité principalement en ne portant pas d'appréciation sur des choix de société. Néanmoins, à certains égards, les réponses du juge de l'Union trahissent presque nécessairement une certaine appréciation axiologique sur la question posée. Les différentes techniques évoquées ont vocation – presque – à dissimuler ces appréciations, mais certaines d'entre elles ne peuvent tout simplement pas être occultées. Tel est le cas particulièrement lorsque la Cour de justice apprécie les motifs légitimes avancés par les États membres ou les personnes privées pour justifier un traitement discriminatoire ou un refus de reconnaissance (1.). Cela se présente également dans les arrêts de la Cour qui, bien que circonscrits à un cadre ou une situation déterminée, la font s'aventurer sur des sujets avec une importante connotation axiologique (2.).

1. *Une appréciation sur les motifs légitimes à la discrimination ou au refus de reconnaissance*

À travers les techniques de la « reconnaissance » et de la « non-discrimination » que nous avons évoquées, la Cour de justice entend conserver une appréciation distante, voire platonique, sur des choix de société. Elle ne tend à vérifier qu'ils ne provoquent

caractère comparable de la situation d'une personne ayant changé de sexe après s'être mariée et celle d'une personne ayant conservé son sexe de naissance et étant mariée, au regard de l'objet et des conditions d'octroi de ladite pension de retraite (...) » (pt. 46).

pas une entrave à la libre circulation – notamment des citoyens européens – ou qu’ils ne constituent pas des discriminations arbitraires ou dénuées de justifications objectives. Ces deux approches pourraient trahir, incidemment, des appréciations morales de la Cour de justice mais la motivation employée nous semble au contraire attester d’une neutralité tangible. Dans l’arrêt *Grogan*, si elle juge que l’IVG constitue un service, elle ne caractérise aucune entrave à la libre prestation dans la mesure nationale interdisant la diffusion d’informations sur l’avortement par une association d’étudiants en médecine¹⁶¹. Dans les arrêts relatifs à l’identité personnelle ou familiale de citoyens européens (*Coman*¹⁶², *Pancharevo*¹⁶³, *Mirin*¹⁶⁴), la Cour insiste sur l’effet restrictif certain qu’aurait le refus de reconnaissance sur la possibilité pour un citoyen de jouir pleinement des droits conférés par le statut de citoyen européen¹⁶⁵. Enfin, la Cour entend opérer un contrôle de proportionnalité se voulant basé sur des considérations objectives, voire scientifiques. Tel est le cas dans l’arrêt *Léger* pour l’exclusion des hommes homosexuels pour le don du sang¹⁶⁶. Affirmer que la Cour conforte sa neutralité avec ces éléments pourrait – évidemment – prêter à débat, mais il nous semble que ce n’est pas sur ces points que cette neutralité peut flancher.

Les difficultés – presque inexorables – pour afficher une neutralité de la Cour sur les questions de société se traduisent dans l’appréciation portée sur les motifs « légitimes » avancés pour refuser la reconnaissance (et donc l’entrave à la libre circulation)¹⁶⁷ ou pour justifier la discrimination¹⁶⁸. Selon une jurisprudence très établie et constante de la Cour de justice, il est généralement possible de déroger à l’interdiction de telles mesures si elles poursuivent un motif légitime et si elles satisfont au test de proportionnalité. Ce cadre peut être fixé dans un texte de droit dérivé – comme la directive 2000/78¹⁶⁹ –, dans les traités¹⁷⁰ ou à travers l’article 52 de la Charte des droits fondamentaux¹⁷¹.

¹⁶¹ CJCE, *Grogan*, aff. C-159/90 préc., pt. 24-27. Pour la Cour, l’absence d’entrave, c’est-à-dire d’effet restrictif sur la libre prestation de service, résulte surtout du fait que « les informations [des associations étudiantes] ne sont pas diffusées pour le compte de l’opérateur économique établi dans un autre État membre (...) » (pt. 26).

¹⁶² CJUE, *Coman*, aff. C-673/16 préc.

¹⁶³ CJUE, *Pancharevo*, aff. C-490/20 préc.

¹⁶⁴ CJUE, 4 octobre 2024, *Mirin*, aff. C-4/23 préc.

¹⁶⁵ La Cour indique que « les droits reconnus aux ressortissants des États membres à l’article 21, paragraphe 1, TFUE incluent celui de mener une vie familiale normale tant dans leur État membre d’accueil que dans l’État membre dont ils possèdent la nationalité, lors du retour sur le territoire de cet État membre, en y bénéficiant de la présence, à leurs côtés, des membres de leur famille » (CJUE, *Pancharevo*, aff. C-490/20 préc., pt. 47).

¹⁶⁶ CJUE, *Léger*, aff. C-528/13 préc., pt. 42-43.

¹⁶⁷ Pour exemple, CJUE, *Coman*, aff. C-673/16 préc. : « conformément à une jurisprudence constante, une restriction à la libre circulation des personnes qui, comme dans l’affaire au principal, est indépendante de la nationalité des personnes concernées, peut être justifiée si elle est fondée sur des considérations objectives d’intérêt général et est proportionnée à l’objectif légitimement poursuivi par le droit national » (pt. 41).

¹⁶⁸ Pour exemple, CJUE, *WABE*, aff. jt. C-804/18 et C-341/19 préc., pt. 60.

¹⁶⁹ Art. 2, §2, b), i) de la directive 2000/78 portant création d’un cadre général en faveur de l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail (préc.).

¹⁷⁰ Ce peut être explicitement (art. 36 TFUE pour les entraves à la libre circulation des marchandises ; l’art. 45§3 TFUE pour les travailleurs ; l’art. 52 TFUE pour le droit d’établissement) ou indirectement par la jurisprudence de la Cour de justice (pour les services, voir pour exemple CJUE, 24 février 2022, *Pharmacie populaire - La Sanvegarde*, aff. jt. C-52/21 et C-53/21, ECLI:EU:C:2022:127, pt. 29 ; pour la non-discrimination en raison de la nationalité, voir pour exemple CJUE, 13 avril 2010, *Bressol e.a.*, aff. C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181, pt. 40-41).

¹⁷¹ CJUE, *Léger*, aff. C-528/13 préc., pt. 55.

Selon sa jurisprudence traditionnelle sur ce point, la Cour de justice assume ne pas porter d'appréciation sur la formulation dudit motif¹⁷². Elle interdit seulement les motifs purement économiques¹⁷³ et qui ne se rattacheraient pas manifestement à l'un des – nombreux¹⁷⁴ – objectifs légitimes reconnus par le droit de l'Union¹⁷⁵. Cette jurisprudence trouve à s'appliquer lorsque le motif légitime est lié à une question de société propre à l'État concerné. On peut mentionner l'arrêt *Schmidberger* concernant l'exercice de la liberté d'expression¹⁷⁶, l'arrêt *Omega*¹⁷⁷ concernant la conception de la dignité humaine, à propos de « l'exploitation commerciale de jeux de divertissement impliquant la simulation d'actes homicides »,¹⁷⁸ et propre à la conception constitutionnelle de l'Allemagne, ou encore les arrêts sur l'identité nationale des États membres, reconnue à l'article 4§2 TUE¹⁷⁹. En d'autres termes, il suffit que le motif avancé se rattache *manifestement* à l'un des objectifs légitimes reconnus en droit de l'Union pour qu'il soit accepté en tant que tel par la Cour, sans qu'elle ait à porter une appréciation à ce sujet.

Cependant, même si des arrêts dans le même sens peuvent se trouver en dehors de sujet lié aux questions de société¹⁸⁰, il nous semble que la Cour de justice porte parfois une appréciation plus franche sur le bien-fondé des motifs invoqués par les États membres. En effet, elle se montre assez attentive et regardante, non pas seulement dans le contrôle de proportionnalité, mais bien dans le caractère légitime dudit motif. Ce faisant, malgré

¹⁷² Concernant la santé publique, voir not. CJCE, 30 novembre 1983, *Van Bennekom*, aff. 227/82, ECLI:EU:C:1983:354, pt. 37. Pour la moralité, voir not. CJCE, 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, aff. 34/79, ECLI:EU:C:1979:295 : « Chaque État membre est en droit d'établir des interdictions d'importation justifiées par des raisons de moralité publique pour l'ensemble de son territoire national, tel qu'il est défini par l'article 227 du traité, quelle que soit sa structure constitutionnelle et l'attribution des compétences législatives en ce qui concerne la matière en question. Le fait qu'existent certaines différences entre les législations en vigueur dans les différentes parties constitutives d'un État membre n'empêche pas, dès lors, cet État d'appliquer une conception unitaire en ce qui concerne les interdictions d'importation appliquées pour des raisons de moralité publique dans les échanges avec les autres États membres » (pt. 16).

¹⁷³ Pour un exemple récent, voir CJUE, 16 octobre 2023, *Autoridade Tributária e Aduaneira (Plus-values sur cessions de parts)*, aff. C-472/22, ECLI:EU:C:2023:880, pt. 37.

¹⁷⁴ La Cour admet que les États membres avancent des motifs légitimes listés dans les articles du traité ou bien se référer à des « exigences impératives » d'intérêt général (selon l'expression issue de l'arrêt CJCE, *Reve (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78 préc., pt. 8).

¹⁷⁵ Pour des exemples dans lesquels des considérations (sous-jacentes) d'ordre économique ont été liées à l'objectif de santé publique, voir CJCE, 28 avril 1998, *Kobll*, aff. C-158/96, ECLI:EU:C:1998:171, pt. 41 ; CJUE, 13 avril 2010, *Bressol*, aff. C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181, pt. 47 et suivants.

¹⁷⁶ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 : à propos d'une manifestation conduisant au blocage d'une autoroute pour alerter sur l'état de l'environnement, la Cour reconnaît que ce droit fondamental est un motif légitime (pt. 78) et que « les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation » à ce sujet (pt. 82). Il ne s'agit donc pas pour la Cour de prendre position sur la légitimité *per se* du rassemblement, de son but et de sa nature. Elle précise que « les autorités nationales, compte tenu du large pouvoir d'appréciation qui doit leur être reconnu en la matière, ont raisonnablement pu considérer que l'objectif légitimement poursuivi par ledit rassemblement ne pouvait pas en l'occurrence être atteint par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires » (pt. 93).

¹⁷⁷ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pt. 32. La Cour précise même : « la représentation d'actes de mise à mort d'êtres humains » et d'une activité de « "jouer à tuer" » (pt. 39).

¹⁷⁹ Voir CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806 sur l'interdiction, dans le nom de famille, de particule "noble" compte tenu, « dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, [de] la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale » qui est vue comme un objectif légitime (pt. 83) ; CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, aff. C-391/09, pt. 86, ECLI:EU:C:2011:291 concernant la typographie de nom de famille, là encore pour des raisons liées à l'identité nationale concernant les aspects de la langue officielle de l'État.

¹⁸⁰ Voir CJUE, 13 juillet 2023, *Xella Magyarországi*, aff. C-106/22, ECLI:EU:C:2023:568, pt. 67 et suivants.

elle, la Cour peut difficilement échapper à des critiques d'ordre axiologique sur les questions de société.

Les cas les plus éloquents renvoient aux arrêts *Coman* et *Pancharevo*. Dans ces arrêts, les États roumains et bulgares justifiaient leur refus de reconnaître, respectivement, le mariage homosexuel conclu en Belgique et le lien de filiation résultant d'une procréation médicalement assistée pour deux femmes en Espagne, par deux motifs : la sauvegarde de l'ordre public et celle de leur identité nationale (article 4§2 TUE). Un auteur avait, assez tôt, envisagé que « la protection d'une structure familiale particulière n'apparaît qu'en négative (...) lorsque, demain peut-être, la CJUE invoquera le respect des identités nationales pour fixer les limites du principe de reconnaissance, dans le prolongement des arrêts *Sayn-Wittgenstein* et *Runevic-Vardyn*. Ainsi, il est possible que la CJUE admette quelque jour que la Hongrie ou la Pologne refusent de reconnaître un mariage homosexuel valablement célébré dans un autre État membre, « au motif qu'une telle reconnaissance heurterait un intérêt fondamental de la société polonaise ou hongroise et qu'elle porterait atteinte à son identité »¹⁸¹. Il n'en fut rien : dans les deux cas, la Cour conclut que la reconnaissance imposée par le droit de l'Union « ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de cet État membre »¹⁸². En effet, pour la Cour, la reconnaissance n'affecte nullement l'ordre public ou l'identité nationale puisqu'elle « n'implique pas, pour ledit État membre, de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe. Elle est limitée à l'obligation de reconnaître de tels mariages, conclus dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, et cela *aux seules fins* de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union »¹⁸³.

La volonté de la Cour de justice est ici de rester neutre sur ce sujet en proclamant que les choix des États d'accueil et des citoyens européens (qui ont conclu un mariage ou ont été reconnus parents homoparentaux d'un enfant) ainsi que ceux des États d'origine (qui refusent de telles situations) sont respectés à égalité. Cependant, quand bien même ce ne serait vraiment pas la philosophie de la Cour de justice, ces décisions semblent accorder une prévalence aux premiers sur les seconds. Les premiers profitent du principe de reconnaissance, tandis que les seconds doivent *nécessairement* et *automatiquement* s'incliner. Une lecture très attentive de la motivation des arrêts de la Cour permet certes de contredire cette vision¹⁸⁴. Cependant, le message subliminal qui s'en dégage est celui d'une forme de reconnaissance « inconditionnelle »¹⁸⁵ de ces questions, interrogeant ainsi la neutralité de la Cour de justice. L'arrêt *Mirin*¹⁸⁶ en est

¹⁸¹ H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », in H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 171, spéc. p. 175.

¹⁸² CJUE, *Coman*, aff. C-673/16 préc., pt. 46 ; CJUE, *Pancharevo*, aff. C-490/20 préc., pt. 56.

¹⁸³ CJUE, *Coman*, aff. C-673/16 préc., pt. 45. Voir dans le même sens CJUE, *Pancharevo*, aff. C-490/20 préc., pt. 57.

¹⁸⁴ Comme évoqué précédemment, la Cour affirme sa neutralité en indiquant que ce dispositif vaut quel que soit les États membres concernés, et uniquement dans des circonstances très particulières liées à l'exercice du droit à la libre circulation.

¹⁸⁵ Voir P. CALLE, « La reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la confiance mutuelle », in *Vers un statut européen de la famille*, *op. cit.*, p. 231 : « Une reconnaissance inconditionnelle porte le risque de perte d'homogénéité des ordres juridiques puisqu'elle leur imposerait l'accueil d'institutions qui y sont inconnues et, éventuellement, contraires à leurs valeurs fondamentales. A l'échelle de l'Union européenne, cela pourrait donner l'impression d'une fongibilité des législations des États membres (...). Quelle est la réelle liberté offerte aux États membres pour organiser leurs modèles familiaux s'ils sont obligés de reconnaître ceux des autres ? » (p. 236)

¹⁸⁶ CJUE, *Mirin*, aff. C-4/23 préc.

une illustration. En l'occurrence, une personne procède à un changement de sexe et de prénom dans un État membre (le Royaume-Uni) et demande à son État d'origine (la Roumanie) de reconnaître et d'enregistrer ces changements d'état civil. Le droit roumain admet une telle reconnaissance mais uniquement par l'intermédiaire d'une procédure juridictionnelle. La Cour de justice considère que cette procédure est susceptible de rendre « pas impossible ou excessivement difficile la mise en œuvre des droits conférés par l'article 21 TFUE et, en particulier, du droit à la reconnaissance de ce changement »¹⁸⁷ et qu'elle s'avère *en elle-même* excessivement contraignante. Le simple fait que les autorités nationales saisies à ce titre puissent exercer une appréciation sur la reconnaissance est inacceptable pour la Cour¹⁸⁸, au point de ne – visiblement – pas pouvoir être justifié d'une quelconque manière¹⁸⁹.

Le remède à cette critique serait alors de s'en tenir à une approche plus classique dans sa forme : la Cour admet la légitimité des motifs avancés (ordre public et identité nationale) et les confronte au test de proportionnalité. La neutralité en sortirait renforcée puisque les deux choix (celui de l'État d'accueil et de l'État d'origine) sont admis comme légitimes et il importe alors de vérifier dans quelle mesure il est possible de les concilier par le test de proportionnalité. Cependant, même dans cette perspective, il nous semble que la Cour de justice n'échapperait pas à des critiques d'ordre moral, en lui reprochant d'avoir été trop tolérante (on dirait presque « libérale ») ou trop stricte (et on dirait alors presque « conservatrice »). À titre d'exemple, à rebours des approches plutôt « libérales » de la Cour sur les questions d'orientation sexuelle et d'identité de genre, elle peut se montrer moins catégorique concernant les convictions religieuses. On se réfère ici à l'arrêt *Veselibas ministrija*¹⁹⁰ concernant le refus de certaines pratiques médicales pour des raisons religieuses. Plus exactement, une personne appartenant aux Témoins de Jéhovah refuse que son enfant reçoive, dans son État d'origine, des soins par transfusion sanguine – parce que contraire à leur conviction religieuse. Il demande alors, conformément aux règles de droit de l'Union européenne pour la prise en charge des coûts de soins de santé transfrontaliers, l'autorisation à son État d'origine de faire soigner son enfant dans un établissement médical d'un autre État membre qui pourra s'abstenir de transfusion sanguine – et donc respecter sa conviction religieuse. Cette autorisation préalable est requise, pour des raisons différentes¹⁹¹, par le règlement 883/2004¹⁹² ou par la directive 2011/24¹⁹³. Dans les deux cas, l'autorisation peut être refusée pour des motifs liés à un « un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale »¹⁹⁴. Pour la Cour, ce motif permet de justifier un refus *systématique* d'autorisation dans le cadre du règlement 883/2004¹⁹⁵ et un refus *individualisé* dans le cadre de la directive 2011/24¹⁹⁶. Il en va de même, en substance, lorsque la Cour

¹⁸⁷ *Ibid.*, pt. 69.

¹⁸⁸ *Ibid.* : « L'existence d'un tel pouvoir d'appréciation est susceptible de conduire à une divergence entre les deux noms et les deux genres donnés à une même personne pour la preuve de son identité ainsi qu'aux sérieux inconvénients d'ordre administratif, professionnel et privé (...) ».

¹⁸⁹ *Ibid.*, pt. 62.

¹⁹⁰ CJUE, 29 octobre 2020, *Veselibas ministrija*, aff. C-243/19, ECLI:EU:C:2020:872.

¹⁹¹ *Ibid.*, pt. 24 et pt. 72-77.

¹⁹² Article 20§2 du règlement 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale préc.

¹⁹³ Article 8 de la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (*JOUE* 2011, L 88, p. 45).

¹⁹⁴ CJUE, *Veselibas ministrija*, aff. C-243/19 préc., pt. 47 et pt. 72.

¹⁹⁵ *Ibid.*, pt. 55.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pt. 84.

de justice apprécie la manière dont des entreprises peuvent ou non légitimement revendiquer leur neutralité religieuse pour imposer des discriminations¹⁹⁷.

Ainsi, bien qu'il soit erroné juridiquement de faire une telle affirmation, il semble que la Cour de justice porte une appréciation plus stricte et sévère quant aux atteintes portées à questions de société liées à l'orientation sexuelle, le cadre familial et l'identité de genre, et plus tolérante pour des atteintes de religion. En somme, elle porte – du moins en apparence – une appréciation sur les motifs avancés et qui rompt avec sa neutralité sur les questions de société.

2. Des prises de position situationnelles mais flagrantes

Notre précédente affirmation serait, à l'évidence, contredite par un argument simple mais efficace : si de telles appréciations existent et peuvent possiblement trahir une faille dans la neutralité, elles doivent rester *cantonnées* et limitées *strictement* au problème contentieux posé. Autrement dit, ce n'est jamais une appréciation générale et absolue qui est portée et si elle doit être évoquée, elle ne peut l'être que dans son contexte très particulier. Dans l'arrêt *Pancharevo*¹⁹⁸, par exemple, le problème porte *uniquement* sur la délivrance d'un acte de naissance, qui n'est requis que pour demander une pièce d'identité pour l'enfant né de PMA. On est donc très loin d'une décision statuant dans son ensemble sur les questions de société sous-jacentes. Dans l'arrêt *Veselības ministrija*¹⁹⁹ évoqué, il ne s'agit pas de réfléchir sur le rapport entre religion et soin de santé, en interdisant ou obligeant de manière générale les systèmes nationaux à évoluer, mais *uniquement* à ce que les soins réalisés à l'étranger pour raisons religieuses soient ou non pris en charge, intégralement ou non, par l'État d'origine. Il en va de même pour l'arrêt *Römer*²⁰⁰ puisqu'il ne s'agit que des conditions d'octroi d'une pension de survie et non de la légalisation généralisée du mariage entre personnes de même sexe.

Cet argument nous paraît véritablement central pour appuyer avec force la neutralité de la Cour de justice face aux questions : même si elle prend, malgré elle ou de manière contrainte, position, ce n'est que dans une situation donnée. La *généralisation* de ces appréciations serait donc malvenue : on ferait ainsi dire quelque chose d'exagéré, sorti de son contexte, à la Cour de justice ; pire, on lui prêterait des discours contradictoires trahissant une forme de partialité²⁰¹. Ce discours biaisé et décontextualisé conduit la Cour de justice ainsi à opérer parfois certaines précisions visant à *cantonner* la portée de ses arrêts et de ses appréciations. Dans l'arrêt *Römer*, par exemple, il a fallu que la Cour précise qu'elle « n'a pas effectué une comparaison *globale* du mariage et du partenariat

¹⁹⁷ La Cour rejette un tel choix qui justifierait des discriminations fondées sur la religion lorsqu'il résulte de « considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client » (CJUE, 14 mars 2017, *Boungaoui et ADDH*, aff. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204, pt. 40). Voir également CJUE, 13 octobre 2022, *S.C.R.L. (Vêtement à connotation religieuse)*, aff. C-344/20, ECLI:EU:C:2022:774, pt. 40.

¹⁹⁸ CJUE, *Pancharevo*, aff. C-490/20 préc.

¹⁹⁹ CJUE, *Veselības ministrija*, aff. C-243/19 préc.

²⁰⁰ CJUE, *Römer*, aff. C-147/08 préc.

²⁰¹ On pense aux arrêts *Zambrano* (CJUE, 8 juillet 2011, aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124) et *MacCarthy* (CJUE, 5 mai 2011, aff. C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277) concernant la détermination de situations purement internes pour la protection de la famille d'un citoyen européen. De prime abord, la Cour serait protectrice des parents d'un enfant européen qui n'aurait pas exercé sa libre circulation (*Zambrano*) et non de l'époux d'une citoyenne européenne qui n'aurait pas non plus exercé cette liberté (*MacCarthy*). C'est évidemment plus complexe que cela et repose sur des différences factuelles entre les deux affaires. Sur ce thème, voir S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *MacCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *RTDE*, 2012, p. 23.

de vie enregistré en droit allemand »²⁰² dans l'arrêt antérieur *Maruko*²⁰³. Dans son arrêt *WABE*²⁰⁴, elle affirme la nécessité de distinguer la situation de l'arrêt *G4S Secure Solutions*²⁰⁵ et *Bougnaoui et ADDH*²⁰⁶ quant à la manière pour une entreprise de revendiquer sa neutralité religieuse. Pour autant, sans aller jusqu'à déformer volontairement la portée des arrêts de la Cour, il faut bien reconnaître que la question des effets des arrêts de la Cour de justice, comme ceux de la Cour EDH, est un sujet parfois juridiquement complexe. Autrement dit, c'est bien le juge qui généralise la portée d'un de ses arrêts – souvent pour des considérations axiologiques plus appuyées, sur lesquelles nous reviendrons.

Si cet argument est primordial et cimente l'image de neutralité de la Cour, il s'apparente à une forme « d'abat-jour » – au sens métaphorique. À travers cette expression, employée surtout pour analyser des fictions littéraires ou cinématographiques, on désigne le fait de mettre en évidence une incohérence, une facilité, une absurdité dans la diégèse de l'œuvre pour assumer à son existence et son caractère perturbant. L'objectif est ainsi de renforcer la suspension consentie de l'incrédulité du lecteur ou du spectateur : l'élément perturbateur est identifié dans la diégèse, son caractère absurde ou incohérent également, et devient ainsi plus acceptable pour continuer à suivre l'histoire²⁰⁷.

Il nous semble que c'est, *mutatis mutandis*, cette même idée qui se manifeste dans les arrêts de la Cour de justice. En effet, certes, la Cour de justice porte une appréciation *circonstanciée, relative, contingente, situationnelle* sur tel ou tel sujet de société ; mais elle porte bel et bien une *appréciation*. Il suffit ainsi de reformuler *a contrario* certains dictums de la Cour de justice pour s'en rendre compte. Dans l'arrêt *Römer*, la Cour « n'a pas effectué une comparaison *globale* du mariage et du partenariat de vie enregistré en droit allemand », mais elle a malgré tout fait une comparaison *ponctuelle* du mariage avec le partenariat de vie²⁰⁸. Dans l'arrêt *MB (Changement de sexe et pension de retrait)*, « la Cour n'est pas saisie de la question de savoir si, *d'une manière générale*, la reconnaissance juridique d'un changement de sexe peut être subordonnée à l'annulation d'un mariage conclu antérieurement audit changement de sexe »²⁰⁹ ; mais il lui faut bien porter une certaine appréciation la conduisant à dire que « la situation d'une personne ayant changé de sexe après s'être mariée et celle d'une personne ayant conservé son sexe de naissance et étant mariée sont (...) comparables ».

²⁰² CJUE, *Römer*, aff. C-147/08 préc., pt. 42 – nous soulignons.

²⁰³ CJUE, *Maruko*, aff. C-267/06 préc.

²⁰⁴ CJUE, *WABE*, aff. jt. C-804/18 et C-341/19 préc., pt. 63 et pt. 66.

²⁰⁵ CJUE, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15 préc.

²⁰⁶ CJUE, *Bougnaoui et ADDH*, aff. C-188/15 préc.

²⁰⁷ Pour un exemple trivial, mais parlant, on pense à la saga *Harry Potter*, autant dans ses livres que dans ses films. Elle place toujours trois même personnes au centre des intrigues, alors même qu'il ne s'agit que d'élèves parmi d'autres. Le fait même que les événements importants de la diégèse n'arrivent qu'à eux – et pas aux autres – pourraient être vu comme absurde (et une forme de facilité d'écriture). Pour l'assumer, dans la fiction, un personnage demande à ces trois protagonistes pourquoi ce sont toujours eux qui sont toujours concernés – ce à quoi ils répondent ne pas savoir et à quel point c'est une situation absurde.

²⁰⁸ Elle précise même que « la comparaison des situations doit être fondée sur une analyse focalisée sur les droits et obligations des époux mariés et des partenaires de vie enregistrés, tels qu'ils résultent des dispositions internes applicables, qui sont pertinents compte tenu de l'objet et des conditions d'octroi de la prestation en cause au principal, et *non pas* consister à vérifier si le droit national a opéré une assimilation juridique générale et complète du partenariat de vie enregistré au mariage » (pt. 43 – nous soulignons).

²⁰⁹ CJUE, *MB (Changement de sexe et pension de retrait)*, aff. C-451/16 préc., pt. 27 – nous soulignons.

Les différents arrêts relatifs à la définition de l'embryon humain par la Cour de justice et au titre de la directive sur les brevets biotechnologiques illustrent assez bien notre propos. La Cour doit établir une telle définition dans son arrêt *Brüstle*²¹⁰ en indiquant – comme nous l'avons vu – sans équivoque qu'elle ne vaut *que* pour la directive en question. La Cour place « l'abat-jour » en affirmant que « si la définition de l'embryon humain est un sujet de société très sensible dans de nombreux États membres, marqué par la diversité de leurs valeurs et de leurs traditions, la Cour n'est pas appelée, par le présent renvoi préjudiciel, à aborder des questions de nature médicale ou éthique, mais doit se limiter à une interprétation juridique des dispositions pertinentes de la directive ». Le résultat est que des auteurs soulignent que « c'est étonnamment à la Cour de justice de l'Union européenne que l'on doit la *seule* définition juridique qui ait été donnée de l'embryon »²¹¹. La Cour a ainsi été obligée de rappeler que cette définition n'a pas vocation à être transposée ou reprise dans d'autres circonstances – ce qu'elle fait dans l'arrêt *Puppinck* à propos de l'ICE « *One of Us* »²¹². Mais ce faisant, la Cour va bel et bien devoir s'avancer sur un sujet qui implique d'aborder « des questions de nature médicale ou éthique ». Dans l'arrêt *Brüstle*, elle considère que « la notion d'« embryon humain » au sens (...) de la directive doit être comprise largement »²¹³ : cela désigne tout ovule humain, fécondé ou non, doit être considéré comme un embryon humain (actuel ou potentiel) pourvu qu'il soit « de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain »²¹⁴. Elle doit à nouveau préciser cette définition dans un arrêt *International Stem Cell*, notamment cette dernière formule (« déclencher le processus de développement »). La Cour précise : « un ovule humain non fécondé doit nécessairement disposer de la capacité intrinsèque de se développer en un être humain »²¹⁵, de sorte que « un parthénote humain, par l'effet de la technique utilisée pour l'obtenir, n'est pas susceptible, en tant que tel, de déclencher le processus de développement qui aboutit à un être humain »²¹⁶.

Au bout du compte, ce sont bien des appréciations, dissimulées sous des abat-jours, mais réelles qui sont portées sur des sujets de société, affectant de manière presque inévitable la neutralité de la Cour de justice.

²¹⁰ CJUE, *Brüstle*, aff. C-34/10 préc.

²¹¹ I. POIROT-MAZERES, v° « Éthique biomédicale. Aspects de droit administratif », *JCI Administratif*, fasc. 224, 2 janvier 2025, §5. Voir également C. MAUBERNARD, « Définition juridique de l'embryon humain », *RAE* 2011, n°4, p. 795 : « La volonté de la Cour de définir la notion d'embryon de manière étendue, celle-ci entraînant à sa suite une interdiction de breveter certaines utilisations, traduit-elle un pouvoir exercé de manière discutable ou, à l'inverse, est-elle susceptible d'aboutir à un plus grand consensus européen ? » (pp. 798-799).

²¹² CJUE, *Puppinck e.a. c. Commission*, aff. C-418/18P, préc. : dans l'arrêt *Brüstle*, « la Cour a relevé que la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (...), dont l'interprétation était en cause dans ledit arrêt, n'a pas pour objet de réglementer l'utilisation d'embryons humains dans le cadre de recherches scientifiques, l'objet de cette directive se limitant au caractère brevetable des inventions technologiques (...). L'arrêt (...) *Brüstle* (...), ne comporte, du reste, aucune appréciation de la Cour selon laquelle des recherches scientifiques recourant à l'utilisation d'embryons humains ne pourraient en aucun cas être financées par l'Union » (pt. 107). La Cour dénonce « une lecture erronée de (...) *Brüstle* » en extrapolant la définition de l'embryon (pt. 108).

²¹³ CJUE, *Brüstle*, aff. C-34/10 préc., pt. 34.

²¹⁴ *Ibid.*, pt. 36.

²¹⁵ CJUE, 18 décembre 2014, *International Stem Cell*, aff. C-364/13, ECLI:EU:C:2014:2451, pt. 28.

²¹⁶ *Ibid.*, pt. 33.

B. Des appréciations axiologiques davantage assumées

La neutralité de la Cour de justice n'est pas forcément une fin en soi et il peut lui arriver, de manière assez nette, de prendre en compte des considérations d'ordre moral ou axiologique pour trancher certaines questions, parfois liées à des questions de société. En d'autres termes, la Cour assume de prendre une certaine position, de provoquer une évolution, au nom de certaines valeurs. Évidemment, tout ceci s'opère à travers une argumentation juridique, censée servir de vernis à la neutralité du juge. Mais, contrairement à toutes les autres techniques évoquées, il s'agit davantage de justifier une position, une appréciation, qui n'irait pas de soi, que de prétendre à une totale neutralité. Nous faisons ici référence à la technique classique de l'interprétation dynamique (1.). Il en résulte, de manière plus générale, que la neutralité de la Cour de justice face aux questions de société est ajustée au regard d'une Union européenne se caractérisant comme une « Union de valeurs » (2.).

1. *Des interprétations dynamiques assumées du droit de l'Union*

Avant même de théoriser l'idée d'une union de valeurs, il faut plus simplement analyser les arrêts de la Cour de justice dans lesquels, à l'instar de ses homologues nationaux ou à Strasbourg, le juge assume une certaine interprétation constructive parce que dynamique des textes européens. Exploitant les potentialités offertes par ses techniques classiques d'interprétation, la Cour de justice peut ainsi justifier d'étendre la portée et la signification littérale de certaines dispositions. Ce peut être par une méthode dite « généalogique », en tenant compte de l'intention des rédacteurs de l'acte, mais surtout par les méthodes « téléologiques » et « systémiques ». Il s'agit ainsi d'assumer une interprétation particulière du texte compte tenu de ses objectifs, de sa finalité ou bien de sa place dans le système global du droit de l'Union européenne. Cette attitude n'est évidemment pas propre à la jurisprudence relative aux questions de société et elle se manifeste dans quasiment tous les domaines du droit de l'Union²¹⁷. Rapportée aux questions de sociétés, cette position de la Cour de justice peut se traduire de trois manières.

En premier lieu, la jurisprudence de la Cour peut retenir une approche plus englobante et dynamique de discriminations prohibées par le droit de l'Union. Le juge de l'Union considère les principes de non-discrimination ou d'égalité de traitement, en tant que tels ou concrétisés dans des dispositions plus spécifiques, interdisent « non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité des bénéficiaires des régimes de sécurité sociale, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat »²¹⁸. Par cette interprétation d'ordre finaliste, la Cour permet ainsi d'appréhender des discriminations directes ou indirectes compte tenu de leur effet réel. Logiquement, lorsque le critère discriminant se rapporte au sexe, à l'orientation sexuelle ou aux

²¹⁷ Pour un exemple, sur l'interprétation de l'article 50 TUE les conditions de retrait d'un État membre, voir CJUE, 10 décembre 2018, *Wightman*, aff. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 : « lors de l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union, il y a lieu de tenir compte non seulement des termes de celle-ci et des objectifs qu'elle poursuit, mais également de son contexte ainsi que de l'ensemble des dispositions du droit de l'Union. La genèse d'une disposition du droit de l'Union peut également revêtir des éléments pertinents pour son interprétation » (pt. 47).

²¹⁸ Par exemple, de manière générale, CJUE, 18 décembre 2014, *Larcher*, aff. C-523/13, ECLI:EU:C:2014:2458, pt. 31.

convictions religieuses des personnes, la Cour se montre ainsi plus ouverte pour interdire des traitements discriminatoires.

Cette interprétation finaliste de la non-discrimination, permettant une conception extensive des critères interdits, se manifeste notamment vis-à-vis des directives européennes prévoyant des mesures générales de lutte contre les discriminations²¹⁹. Ces interprétations évolutives résultent de l'évolution du contexte normatif mais aussi social dans lequel la Cour statue. Dans son arrêt *Defrenne*, la Cour défend une interprétation restrictive du traité relatif à l'égalité entre les hommes et les femmes en droit du travail, tout en assumant que celle-ci est liée à son « époque »²²⁰. Puis, dans ses arrêts *Bilka* et *Dekker*, elle avalise la portée plus large à retenir de ce principe de non-discrimination, fondé sur le traité²²¹ ou tel que prévu par la directive 76/207²²². La portée de cette jurisprudence sera même amplifiée avec les arrêts *Mangold*²²³ et *Kücükdeveci*²²⁴, concernant la directive 2000/78, où la Cour considère que ce texte concrétise le principe général de non-discrimination – et justifiant ainsi une interprétation plus extensive de ses dispositions. C'est donc dans cette perspective que la Cour a pu considérer que « des déclarations suggestives d'une politique d'embauche homophobe [qui] n'émanent pas d'une personne ayant la capacité juridique de définir directement la politique d'embauche de l'employeur concerné ou encore de lier ou de représenter cet employeur en matière d'embauche » peuvent malgré tout être considéré comme à l'origine d'une discrimination à l'embauche fondée sur l'orientation sexuelle au sens de la directive 2000/78²²⁵.

Il nous semble toutefois que ce sont deux arrêts qui marquent le mieux cette interprétation dynamique de la non-discrimination pour des questions de société. Nous avons déjà évoqué l'arrêt *Kalanke* sur la discrimination positive des femmes à l'embauche : la Cour, interprétant la directive 76/207, admet le principe de discrimination positive pour les femmes, mais compte tenu de l'un de ses objectifs (« promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes »)²²⁶.

²¹⁹ Voir notamment : directive 76/207 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (préc.) ; Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*JOCE* 2000, L 180, p. 22) ; Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (préc.).

²²⁰ CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne*, aff. 149/77, ECLI:EU:C:1978:130 : plus exactement, la Cour indique la discrimination envisagée aux « relations de travail » entre les hommes et les femmes ne pouvait pas « à l'époque des faits » être directement interdite par le droit de l'Union (pt. 30-32). La Cour note néanmoins que cette position aura vocation à évoluer, notamment compte tenu de l'adoption de la directive 76/207 ainsi que d'une résolution du Conseil de 1974 sur le programme de politique sociale de la Communauté (pt. 17-18).

²²¹ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84, ECLI:EU:C:1986:204, pt. 36.

²²² CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, aff. C-177/88, ECLI:EU:C:1990:383, pt. 12.

²²³ CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, pt. 74-76.

²²⁴ CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, pt. 21.

²²⁵ CJUE, 23 avril 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, aff. C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, pt. 41. Pour la Cour, le fait que « l'employeur n'a pas clairement pris ses distances avec les déclarations concernées, tout comme la perception du public ou des milieux concernés, constituent des éléments pertinents dont l'instance saisie peut tenir compte dans le cadre d'une appréciation globale des faits » (pt. 41). Dans le même sens, CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, aff. C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397.

²²⁶ CJCE, *Kalanke*, aff. C-540/93 préc., pt. 17-18. Elle indique que la directive « autorise des mesures nationales dans le domaine de l'accès à l'emploi, y compris la promotion, qui, en favorisant spécialement

L'autre arrêt, particulièrement important, est rendu dans l'affaire *P. c. S. et Cornwall County Council*²²⁷. La question est simple : « le licenciement d'une personne du fait de son état de transsexuel ou en raison d'une opération de conversion sexuelle [constitue-t-elle], aux fins de la directive [76/207], une discrimination fondée sur le sexe »²²⁸ ? Rappelant que « la directive n'est ainsi que l'expression, dans le domaine considéré, du principe d'égalité qui est l'un des principes fondamentaux du droit communautaire »²²⁹, elle indique que son « champ d'application ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe »²³⁰. De la sorte, cela lui permet d'affirmer que « lorsqu'une personne est licenciée au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération »²³¹. On le voit bien, la neutralité de la Cour de justice n'est pas absolue, mais elle s'affirme à travers une interprétation volontairement dynamique de la discrimination prévue dans la directive 76/207. Autrement dit, la Cour assume de prendre position sur la situation de personnes transsexuelles.

En deuxième lieu, et dans la suite directe de nos propos précédents, la Cour assume de prendre position sur certains sujets de société compte tenu de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union. L'arrêt *P. c. S.* le montre bien : la discrimination infligée à une personne parce qu'étant transsexuelle doit être interdite compte tenu de la protection de la dignité et de la liberté (personnelle) qui s'impose en droit de l'Union. L'approche ici est davantage celle d'une méthode d'interprétation systémique : la Cour vérifie que le droit de l'Union s'applique de manière cohérente, voire harmonieuse, avec d'autres règles de l'ordre juridique, et évidemment ses droits fondamentaux²³². C'est ainsi que la quasi-totalité²³³ des arrêts que nous avons évoqués jusqu'ici traite d'une manière ou d'une autre des droits fondamentaux : le respect de la dignité humaine pour la définition de l'embryon dans l'arrêt *Brüstle*²³⁴ ; le respect de la vie privée et familiale dans les arrêts relatifs aux mariages entre personnes de même sexe, au transsexualisme²³⁵ ou à l'homoparentalité²³⁶ ; le respect des convictions religieuses pour les affaires de port de signes religieux dans les entreprises²³⁷ ; des

les femmes, ont pour but d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes » (pt. 19).

²²⁷ CJCE, *P. c. S. et Cornwall County Council*, aff. C-13/94 préc.

²²⁸ *Ibid.*, pt. 14.

²²⁹ *Ibid.*, pt. 18.

²³⁰ *Ibid.*, pt. 20.

²³¹ *Ibid.*, pt. 21.

²³² Les arrêts précédents sur la discrimination s'inscrivent évidemment dans cette lignée, mais – en étant faussement pointilleux – pourraient plus se rattacher au principe d'égalité et de non-discrimination, qui serait moins un droit fondamental, un droit subjectif lié à la personne humaine, et un principe général du droit.

²³³ Dans ces cas, nous retombons alors « simplement » sur le respect des principes d'égalité et de non-discrimination, détachés de la Charte des droits fondamentaux : voir CJUE, *Hay*, aff. C-267/12 préc. ; CJUE, *Parris*, aff. C-443/15 préc.

²³⁴ CJUE, *Brüstle*, aff. C-34/10 préc., pt. 32-34.

²³⁵ CJUE, *Mirin*, aff. C-4/23 préc., pt. 62 et suivants.

²³⁶ CJUE, *Pancharevo*, aff. C-490/20 préc. : « Dans la situation faisant l'objet du litige au principal, le droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 7 de la Charte ainsi que les droits de l'enfant garantis à l'article 24 de celle-ci, notamment le droit à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale dans tous les actes relatifs aux enfants ainsi que celui d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sont fondamentaux » (pt. 59).

²³⁷ CJUE, *G4S Secure Solution*, aff. C-157/15 préc., pt. 27-28.

articles 20 et 21 de la Charte sur les principes d'égalité et non-discrimination pour les personnes homosexuelles²³⁸.

Pour ne citer que l'arrêt *Coman*, la Cour rappelle que le refus de reconnaissance du mariage, non content d'être une entrave à la libre circulation du citoyen et de ne pas pouvoir être pleinement justifié, n'est pas davantage respectueux du « droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 7 de la Charte est fondamental »²³⁹. Faisant sienne l'appréciation portée sur ce point par la Cour EDH, la Cour indique que « la relation entretenue par un couple homosexuel est susceptible de relever de la notion de « vie privée » ainsi que de celle de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation »²⁴⁰. En un sens, le potentiel « manque de neutralité » de la Cour que nous avons envisagé plus haut se justifierait davantage au nom de la protection des droits fondamentaux.

En dernier lieu, au-delà des questions de discriminations ou de droits fondamentaux, la Cour procède également à des interprétations dynamiques d'autres dispositions de droit de l'Union, liées à des questions de société. Le cas le plus éloquent porte sur la protection du bien-être animal. Ce principe est bien reconnu à l'article 13 TFUE, mais porte évidemment sur une question de société évidente liée à l'alimentation, à l'exploitation des animaux. Sur ce sujet, la Cour de justice peut légitimement s'affirmer comme pionnière dans la prise en compte (dynamique et croissante) du bien-être animal²⁴¹. Tel fut le cas à propos des cas sur les abattages rituels déjà évoqués. Au titre du règlement 1099/2009, elle avait indiqué dans son arrêt *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen*²⁴² le principe d'une dispense d'un étourdissement préalable des animaux pour leur mise à mort pour des raisons religieuses. Toutefois, elle n'était pas confrontée directement à la question de savoir si cette dérogation pouvait être écartée : autrement dit, un État peut-il régulièrement imposer un étourdissement préalable, y compris pour des rites religieux, et au nom de la protection du bien-être animal ? Elle l'est et elle y répond d'une manière très méticuleuse dans son arrêt *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*²⁴³.

Dans cet arrêt, la Cour constate que le règlement laisse bien la possibilité de prendre des mesures plus protectrices pour les animaux. Partant, l'État peut – en théorie – imposer l'étourdissement préalable pour des rites religieux et écarter l'exception prévue pourtant en ce sens dans le règlement. Une approche très *neutre* du problème conduirait ainsi la Cour à appréhender avec une certaine sévérité les dérogations apportées par les États membres – et qui, en plus, portent atteinte à la liberté religieuse, protégée par l'article 10 de la Charte. Il n'en est rien et la Cour au contraire valide la volonté d'un État de vouloir protéger davantage le bien-être animal, même si c'est au prix d'interférences avec la liberté religieuse. L'arrêt déploie toutes les techniques évoquées : limitant son appréciation au seul problème posé, apposant un « abat-jour » sur la question, s'appuyant sur des arguments et données scientifiques, la Cour ne peut que

²³⁸ CJUE, *Léger*, aff. C-528/13 préc., pt. 48-51.

²³⁹ CJUE, *Coman*, aff. C-673/16 préc., pt. 48.

²⁴⁰ *Ibid.*, pt. 49.

²⁴¹ Pionnière à la lecture de l'arrêt Cour EDH, 13 février 2024, *Executief van de Moslims van België et autres c. Belgique*, n°16760/22, dans lequel la Cour EDH doit se prononcer – pour la première fois – sur la protection du bien-être animal (§92) et reprend presque *in extenso* le raisonnement de la Cour de justice dans l'arrêt CJUE, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, aff. C-336/19 préc.

²⁴² CJUE, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen*, aff. C-426/16 préc.

²⁴³ CJUE, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, aff. C-336/19 préc.

constater « l'évolution des valeurs et des conceptions, sur les plans tant *sociétal* que normatif, dans les États membres »²⁴⁴ sur le bien-être animal. Elle affirme alors que « dans un contexte en évolution sur les plans tant *sociétal* que normatif, qui se caractérise (...), par une *sensibilisation croissante* à la problématique du bien-être animal, le législateur [national] a pu adopter, à l'issue d'un vaste débat organisé à l'échelle de la [région], [la règle nationale] en cause au principal, sans excéder la marge d'appréciation que le droit de l'Union confère aux États membres quant à la conciliation nécessaire entre l'article 10 (...) de la Charte et l'article 13 TFUE »²⁴⁵. La neutralité de la Cour pourrait surtout s'affirmer en ce qu'elle insiste sur le débat, ouvert et pluraliste, organisé par le législateur national pour parvenir au meilleur équilibre possible. Ce débat est pourtant marqué par ces évolutions sociétales sur le bien-être animal, que la Cour fait siennes.

L'autre domaine qui appellerait une approche similaire serait celui du droit de l'environnement et de la protection du climat. Le conditionnel s'impose cependant. En effet, contrairement aux autres questions de société évoquées, le consensus est que la Cour de justice ne délivre pas une jurisprudence *dynamique* sur la protection du climat. Pour l'heure, il n'existe pas d'arrêt affirmant l'évolution des valeurs et des conceptions, sur les plans tant *sociétal* que normatif, dans l'Union pour la protection du climat et pour l'environnement. La Cour traite ces thèmes d'une manière « excessivement » classique, en se montrant assez peu encline à des évolutions de sa propre jurisprudence ou de l'interprétation de règles et principes européens²⁴⁶ et se repose particulièrement sur les juridictions nationales²⁴⁷. Cependant, nul doute que la Cour sera amenée à prendre position plus clairement à ce sujet²⁴⁸.

2. Une neutralité ajustée à une « Union de valeurs » dans l'Union européenne

Les propos qui précèdent laisseraient finalement à remettre en cause le postulat même de cette contribution : bien que la Cour de justice utilise des techniques en ce sens, peut-on malgré tout parler d'une « neutralité » face aux questions de société ? La Cour ne pourrait être neutre puisque systématiquement confrontée à un choix cornélien : confirmer par le droit une évolution sociale en adaptant l'interprétation à avoir du droit de l'Union ou au contraire l'ignorer, voire même la contester. La Cour conserve une distance sur le sujet, évite de s'en saisir trop frontalement, appose autant d'abat-jours que possible, elle ne serait pas neutre – ou, plus exactement, elle ne pourrait pas se prétendre neutre. Au bout du compte, elle devra trancher²⁴⁹.

²⁴⁴ *Ibid.*, pt. 77 – nous soulignons.

²⁴⁵ *Ibid.*, pt. 79 – nous soulignons.

²⁴⁶ Sur les conditions d'accès d'associations environnementales au juge de l'Union, voir CJUE, 25 mars 2021, *Carvalho e.a. / Parlement et Conseil*, aff. C-565/19P, ECLI:EU:C:2021:252 ; sur l'effet direct (refusé) de la directive Air (2008/50/CE) pour engager la responsabilité de l'État, voir CJUE, 22 décembre 2022, *Ministre de la Transition écologique et Premier ministre (Responsabilité de l'État pour la pollution de l'air)*, aff. C-61/21, ECLI:EU:C:2022:1015 ; sur l'intangibilité de l'autorité de la chose jugée empêchant la communication d'informations liées à la protection de l'environnement, voir CJUE, 23 novembre 2023, *Right to Know*, aff. C-84/22, ECLI:EU:C:2023:910.

²⁴⁷ Pour exemple, CJUE, 19 décembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, aff. C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114. Voir notamment P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, Bruylant, 4^e éd., 2020, pp. 231 et suivantes : faisant un bilan de l'état du cadre juridictionnel applicable à la protection de l'environnement et du climat devant le juge de l'Union, l'auteur conclut : « il résulte la confirmation que le système juridictionnel de l'Union requiert bien, comme la Cour de justice ne manque pas une occasion de le rappeler, l'étroite coopération des juridictions nationales » (pp. 247-258).

²⁴⁸ Voir L. NAVEL, « Justice climatique : où est donc la cour de justice de l'union européenne ? », *op. cit.*

²⁴⁹ On rappellera ici les affaires liées au statut légal des couples homosexuels en Allemagne : dans son arrêt *Maruko* (aff. C-267/06 préc.), la Cour évite soigneusement d'entamer un début de comparaison avec les

A nous lire, la tendance de la Cour de justice serait plutôt d'accompagner certaines de ces évolutions sociales, surtout celles liées à l'intimité de la personne ou à sa situation personnelle²⁵⁰ (son orientation sexuelle, son identité de genre, sa structure familiale). Ce mouvement – très grossièrement résumé – s'expliquerait aisément à travers le « dialogue des juges » que la Cour entretient avec les juridictions nationales, mais surtout avec la Cour EDH pour interpréter les droits fondamentaux de l'Union. Qu'il s'agisse d'affirmer que les couples homosexuels sont protégés par le droit de mener une vie familiale²⁵¹, que la personne transsexuelle a le droit de voir son changement reconnu et protégé par l'État²⁵², que les convictions religieuses recouvrent « tant le *forum internum*, à savoir le fait d'avoir des convictions, que le *forum externum*, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse »²⁵³, etc. Ce pourrait être à la fois une forme de neutralité (la Cour ne faisant qu'acter ces interprétations particulières et les faire siennes comme le demande l'article 52 de la Charte), soit la manifestation d'une appréciation propre à la Cour (elle adhère et souscrit à l'interprétation dynamique de la Cour EDH ou, au contraire, s'en détache²⁵⁴).

Il nous semble que c'est davantage « l'Union de valeurs » que caractérise l'Union européenne, comme complément ou comme l'autre face de « l'Union de droit ». L'expression n'est pas employée dans la jurisprudence de la Cour, ni même par les avocats généraux²⁵⁵, mais par plusieurs auteurs de doctrine traitant surtout²⁵⁶ des droits fondamentaux²⁵⁷ ou de la bioéthique²⁵⁸ dans l'Union européenne. Elle désigne à nos yeux parfaitement la manière dont il faut appréhender la neutralité de la Cour de justice face aux questions de société. En effet, tout particulièrement à l'heure actuelle, il ne fait aucun doute que le droit de l'Union véhicule des valeurs, telles qu'exposées à l'article 2 TUE ou dans les clauses d'intégration des articles 7 et suivants du TFUE. L'affirmation et la place croissante de ces valeurs biaisent nécessairement les appréciations opérées par la Cour. A défaut, on serait alors face à une forme de paradoxe : lorsque le juge interprète et applique un acte juridique chargé axiologiquement, exprime-t-il également une opinion d'ordre moral ? Le juge qui applique les droits fondamentaux peut-il rester

couples mariés (pt. 72), elle doit finalement s'y atteler un minimum dans son arrêt *Römer* (aff. C-147/08 préc.).

²⁵⁰ Voir sur cette question A. HUSSER, *La situation personnelle dans la jurisprudence de la Cour de justice*, *op. cit.* : l'auteur analyse d'autres situations que nous n'avons pas traitées ici, comme la prise en compte de cette situation personnelle au titre de la politique d'asile ou concernant l'éloignement des personnes du territoire de l'Union.

²⁵¹ CJUE, *Coman*, aff. C-673/16 préc., pt. 50.

²⁵² CJCE, *P. c. C. et Cornwall County Council*, aff. C-13/94 préc., pt. 16.

²⁵³ CJUE, *G4S Secure Solution*, aff. C-157/15 préc., pt. 28.

²⁵⁴ Pour un exemple où la Cour de justice se démarque de la Cour EDH concernant les rapports entre le mariage et le transsexualisme : CJUE, *MB (Changement de sexe et pension de retraite)*, aff. C-451/16 préc., pt. 47.

²⁵⁵ N'y faisant qu'une référence très brève : G. PITRUZZELLA, concl. CJUE, 8 décembre 2022, Google (Déréférencement d'un contenu prétendument inexact), aff. C-460/20, ECLI:EU:C:2022:271, pt. 31.

²⁵⁶ Voir également J.-Y. CARLIER, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *JDE*, 2020/4, n°268, p. 173 ; K. LENAERTS et J.-M. BINON, « L'État de droit en tant que composante de l'identité de l'Union comme ordre juridique commun », in A. KORNEZOV *et al.* (dir.), *La justice en transition : vers une union européenne solidaire et durable*, Bruylant, 2025, p. 17, spéc. pp. 19 et suivantes ;

²⁵⁷ R. TINIÈRE et C. VIAL, *Droit de l'Union européenne des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 21 et suivantes.

²⁵⁸ M. FARTUNOVA-MICHEL et B. NABLI, *Droit de l'Union européenne de la bioéthique*, *op. cit.*, pp. 75 et suivantes.

neutre devant des évolutions sociales ? La Cour de justice, pour les questions de société mais même au-delà²⁵⁹, n'échappe pas à ces questions.

Il en résulte que la neutralité – revendiquée – de la Cour de justice, pour être véritablement comprise, doit être envisagée de manière relative, compte tenu de cette « Union de valeurs ». En somme, lorsque l'interprétation dynamique de la Cour repose surtout sur la référence à des valeurs – qui dépassent le contenu matériel des droits fondamentaux, peut-on vraiment remettre en doute sa volonté d'être neutre ? Un *dictum* de l'arrêt *P. c. C. et Cornwall County Council* nous semble, là encore, en être l'exemple : « tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger »²⁶⁰. Si ces deux valeurs (la dignité et la liberté) ont un sens, alors il est assez logique et même « normal » que la Cour opère une telle interprétation dynamique. Un autre exemple concerne les restrictions de port de signes religieux imposées par une entreprise. La Cour exige une démonstration suffisamment étayée de la nécessité pour l'entreprise de « mener une politique de neutralité » et de cantonner la restriction aux signes religieux qui nuiraient *effectivement* à cette neutralité. La Cour justifie cette attention portée sur l'entreprise parce qu'elle « est inspirée par le souci d'encourager par principe la *tolérance* et le *respect*, ainsi que l'*acceptation* d'un plus grand degré de *diversité* et d'éviter un détournement de l'établissement d'une politique de neutralité au sein de l'entreprise au détriment de travailleurs observant des préceptes religieux imposant de porter une certaine tenue vestimentaire »²⁶¹.

Cette « Union de valeurs » nous semble véritablement survenir à partir du moment où les principes qu'elle véhicule (la non-discrimination, l'égalité, le respect des droits fondamentaux) ne sont plus appréhendés comme des *moyens* au service de la construction du marché commun, de la libre circulation des personnes ou encore pour faire accepter le principe de primauté du droit de l'Union par les juridictions constitutionnelles nationales. Ces valeurs deviennent des *fins en soi*, se suffisent à elle-même et doivent être garanties pour ce qu'elles sont²⁶². Il est évidemment impossible d'identifier un moment où cette concrétisation de l'état de droit devient palpable, mais c'est bien cette dynamique qui s'observe dans les différents arrêts et exemples évoqués. Ces valeurs ne sont alors plus seulement des paramètres, des éléments à prendre en compte, parmi d'autres : elles constituent le paradigme axiologique, les prémisses fondamentales de l'ordre juridique de l'Union.

Sans tomber dans une forme de *jusnaturalisme* déguisé, force est d'admettre qu'elles peuvent, voire doivent, conduire et justifier des interprétations dynamiques du droit de l'Union. Dans une moindre mesure, elles atténuent les arguments visant à remettre en question la neutralité de la Cour de justice : si la décision est contestée, c'est peut-être alors plutôt les valeurs ou leur manifestation qui le sont. Ce n'est malheureusement pas un cas d'école au regard de l'épanouissement (inquiétant) des régimes illibéraux en Europe, qui assument cette remise en cause de ces valeurs de l'Union. C'est, à nos yeux,

²⁵⁹ On pense surtout à une éventuelle doctrine économique de la Cour de justice, qui ne doit pas moins interpréter des règles qui traduisent globalement une certaine doctrine économique – l'ordolibéralisme. La Cour est-elle neutre économiquement, ou adhère-t-elle à cette doctrine, ou encore entend-elle l'édulcorer ?

²⁶⁰ *Ibid.*, pt. 22.

²⁶¹ CJUE, *S.C.R.L. (Vêtement à connotation religieuse)*, aff. C-344/20 préc., pt. 41 – nous soulignons.

²⁶² Pour le principe d'égalité, voir S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999, pp. 33 et s. Pour le principe de non-discrimination, voir E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, 2006, pp. 200 et s.

l'un des enjeux majeurs de l'arrêt (à venir) *Commission c. Hongrie (Valeurs de l'Union)* (affaire C-769/22) : la Cour doit déterminer si des mesures nationales hongroises interdisant la diffusion de contenu à teneur LGBTQ+ ne constitue *qu'une* violation de la directive 2010/13 sur les services de médias audiovisuels, *qu'une* violation de la Charte des droits fondamentaux, à savoir ses articles 1^{er}, 7, 11 et 21²⁶³ ; ou en réalité également une violation de l'article 2 TUE *per se* et donc une violation des valeurs de l'Union. En tout état de cause, il ne s'agit là que de nouvelles illustrations de cette problématique de la neutralité de la Cour de justice face aux questions de société.

²⁶³ Respectivement : dignité, vie privée, liberté d'expression, non-discrimination.

Notule sur la fin promise du « masculin neutre »

Par Benjamin Moron-Puech

Professeur de droit privé et sciences criminelles,

Université Lumières Lyon 2 (CERCRID et transversales)

Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Le 20 décembre 2024, le Conseil d'État refusait, dans une affaire que j'avais provoquée, de prendre au sérieux le projet égalitaire sous-tendant le langage inclusif et affirmait une fois de plus que l'interdiction de « l'écriture inclusive » ne posait à ses yeux aucune difficulté au regard du principe d'égalité, mais aussi de la liberté d'expression et du droit au respect de la vie privée des femmes et des personnes non-binaires ou agencées¹. À l'occasion, il maintenait son utilisation de guillemets entourant l'adjectif inclusif, pour bien montrer le rejet du concept, soucieux de ne pas accréditer la thèse combattue par le Conseil d'État, à savoir l'absence d'enjeux juridiques d'égalité ou d'inclusion. Le « masculin neutre », c'est-à-dire la prétention de la classe nominale / genre grammatical masculin à être un genre neutre, était bien préservée.

Cette fois, cependant, pour sauver la circulaire attaquée – une circulaire visant à interdire l'enseignement du langage inclusif lors du parcours des élèves de la maternelle à la terminale, mais aussi dans l'ensemble des discours et des actes de ces personnels –, le Conseil d'État dut non seulement mettre à mal trente-cinq années d'efforts du Conseil de l'Europe pour lutter contre un langage non sexiste², comme cette haute juridiction administrative l'avait déjà fait en 2019³, mais aussi s'asseoir sur l'obligation qui lui est faite de renvoyer à la Cour de justice toute question d'interprétation pouvant se poser dans un contentieux relevant du droit de l'Union européenne. En effet, dans l'arrêt de 2024 précité, les personnes requérantes – car n'en déplaît au Conseil d'État qui invisibilise la personne mineure autrice du recours en parlant du « requérant », il y avait bien deux personnes : le parent et son enfant – soulevaient l'existence de problèmes d'interprétation du droit de l'Union, dès lors que la circulaire précitée avait une incidence sur plusieurs enjeux relevant ce droit. D'une part, l'égalité homme / femme sur le lieu de travail et d'autre part, la circulation de la jeunesse européenne, dont une partie vient en France apprendre la langue française *via* le programme Erasmus+. Le Conseil d'État a néanmoins préféré balayer ces arguments, sans aucune argumentation, en se contentant de clamer « l'absence de difficultés sur l'interprétation du droit de l'Union européenne » ; *imperatoria brevis*. Il n'est pas certain, toutefois, que le Conseil d'État ne doive à terme « manger son chapeau » si la « Cour européenne des droits de l'homme », qui ne manquera pas d'être saisie de ce contentieux, en vient à dire qu'en ne motivant pas le refus de renvoi de la question préjudicielle, le Conseil d'État a

¹ CE, B. C. et A. D. c/ ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports, 20 déc. 2024, n°s 474812 et 487671, inédit mais avec communiqué de presse du Conseil : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/l-interdiction-de-recourir-a-certains-elements-de-l-ecriture-inclusive-notamment-le-point-median-pour-l-enseignement-est-legale>.

² Le point de départ du « langage non sexiste » remonte à la source suivante : Comité des Ministres, *Recommandation sur l'élimination du sexisme dans le langage*, 21 févr. 1990, n° R(90)4.

³ CE, GISS et Fourtic, 28 févr. 2019, n° 417128, inédit ; décision là encore par nous provoquée.

méconnu le droit à un procès équitable, et que ladite Cour lui enjoint de réexaminer l'affaire et de procéder à un renvoi, ainsi qu'elle l'a déjà fait par le passé pour d'autres pays que la France⁴.

Néanmoins, pour qui connaît les pratiques langagières européennes, on peut comprendre cette hésitation du Conseil d'État à accepter que le contentieux ne sorte de France, qui se veut la mère-patrie du français. En effet, une telle déterritorialisation du contentieux sur la langue française aurait pu conduire le ministère de l'éducation nationale, en charge de l'éducation du « bon français », à se voir contredire par les instances européennes qui, elles, n'ont pas tant de difficulté à reconnaître le langage inclusif et à lutter contre le masculin générique par toute une série de stratégies. Ces dernières années, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont ainsi produit de très nombreux guides, parfois réédités, autour du langage non sexiste / inclusif / etc⁵. Or, même si les juridictions européennes sont généralement plus réservées que les autres institutions européennes sur ce sujet⁶, elles sont nécessairement influencées par ce bouillonnement réflexif autour de la soumission du langage aux contraintes de l'égalité, conformément à l'approche intégrée de l'égalité (*gender mainstreaming*) qui s'est imposée depuis les années 90 en droit international et qui veut que l'on prenne en compte l'égalité des genres dans toutes les politiques publiques, y compris les politiques linguistiques. En outre, ces juridictions statuent en tenant compte des pratiques d'autres pays, de sorte que sur une question intéressant la francophonie, il faut non seulement regarder ce que fait la France, mais aussi la Belgique, la Suisse (pour le Conseil de l'Europe), le Luxembourg, etc., lesquels sont bien moins hésitants que la France à remettre en question l'hégémonie du masculin générique. Dès lors, laisser la question de l'interdiction française du langage inclusif décidée par la Cour de justice de l'Union européenne c'était assurément prendre le risque que celle-ci y trouve quelque chose à redire.

La décision *Mousse*, rendue par la Cour de justice de l'Union européenne quelques jours après la décision du 20 décembre 2024 précitée, montre toute la clairvoyance du Conseil d'État. Dans *Mousse*, en effet, la Cour de justice décide de déclarer illégale la collecte systématique des mentions de civilité « Monsieur » et « Madame » par la SNCF, car non nécessaire à ses yeux. Pour la Cour, en effet, « une solution praticable et moins intrusive semble exister, dès lors que l'entreprise concernée pourrait opter, à l'égard des clients qui ne souhaitent pas indiquer leur civilité ou de manière générale, pour une communication reposant sur des formules de politesse génériques, inclusives »⁷. Oui, on a bien lu : une « communication inclusive », soit celle-là même que le Conseil d'État refuse, tant pratiquement que conceptuellement, en mettant systématiquement entre guillemets le mot *inclusif*.

Pour cette raison, il nous semble évident que, tôt ou tard, la France devra évoluer sur la question du « masculin neutre » et, comme pour hier la notion d'identité de genre si honnie, c'est bien le droit international qui aura été le principal levier d'évolution.

⁴ I. MICHALIS, « Passer par Strasbourg pour aller à Luxembourg ? Note sous Cour EDH, 14 mars 2023, Géorgiou c/ Grèce, n° 57378/18 », *RDLF*, 2023, chron. n° 28.

⁵ V. sur ce point notre contribution à paraître « Droit européen et encadrement du langage inclusif », in I. PINGEL et E. STOPPIONI, *Contentieux de l'Union européenne et diversité linguistique : enjeux de justice*, Pedone, 2025.

⁶ *Ibid.*

⁷ CJUE, *Mousse*, 6 janv. 2023, aff. C-394/23, n° ECLI:EU:C:2025:2, §40 ; *adde* §57.

Le risque est-il neutre ? Analyse comparée du devoir de vigilance et du règlement sur les services numériques

Par Riccardo Fornasari et Rachel Griffin¹

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Université Paris Dauphine PSL

Doctorante à Sciences Po

Depuis plusieurs décennies, le risque est le prisme à travers lequel une partie importante des sciences sociales aborde les défis posés par les transformations sociales². Cette perspective a profondément influencé l'approche des « États régulateurs » à l'époque contemporaine, qui appréhendent de nombreuses problématiques sociales, politiques et/ou économiques, comme des « risques » à gérer³. D'un côté, les buts des régimes de régulation et les responsabilités des autorités publiques sont souvent conçus en termes de protection de la population face à des risques divers (financiers, sanitaires, crime et terrorisme...). De l'autre, l'État s'appuie de plus en plus souvent sur les systèmes de gestion des risques au sein des entreprises (*enterprise risk management* ou ERM⁴) comme outil de régulation⁵, en imposant à ces dernières l'obligation d'évaluer des risques (plutôt imprécisément définis) et de mettre en place des mesures de mitigation du risque pour protéger la population au sens large. Cette approche est devenue de plus en plus omniprésente dans de divers champs de la régulation⁶. Cela comprend, notamment, deux domaines qui ont une importance stratégique cruciale pour l'Union européenne (UE) : la gouvernance de la durabilité et des droits humains dans les chaînes de valeur mondialisées⁷ et la régulation des grandes entreprises numériques⁸.

En ce qui concerne le premier de ces domaines, il y a une prolifération des réglementations concernant un devoir de vigilance des sociétés qui dirigent les chaînes de valeur (entreprises donneuses d'ordre)⁹. Ces réglementations essaient de répondre à l'évolution, dans la longue durée, des activités de production et de commercialisation

¹ L'autrice remercie le Project Liberty Institute et le Weizenbaum Institute for the Networked Society pour le financement de cette recherche

² U. BECK, *La société du risque*, Paris, Flammarion, 2008 [1992] ; P. O'MALLEY, « Governmentality and Risk », in J. Zinn (ed.), *Social Theories of Risk and Uncertainty: An Introduction*, Hoboken, New Jersey, Blackwell, 2008, pp. 52-75.

³ J. BLACK, « The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom », *Public Law*, 2005, p.512.

⁴ M. POWER, « The risk management of nothing », *Accounting, Organizations and Society*, 2009, p. 849 ; I. LANDAU, *Human Rights Due Diligence and Labour Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 46 et s.

⁵ Le risque est normalement considéré comme une possibilité externe, mais calculable, qui doit ainsi être prise en considération. Il présente une double facette, car il peut à la fois entraîner des conséquences négatives, ainsi que des opportunités.

⁶ M. POWER, *The Risk Management of Everything*, London, Demos, 2004.

⁷ Pour une analyse des différentes régulations européennes des chaînes de valeur v. J. SALMINEN, M. RAJAVUORI, et K.H. ELLER, « Global Value Chains as Regulatory Proxy: Transnationalizing the Internal Market Through EU Law », in A. BECKERS, H.-W. MICKLITZ, R. VALLEJO, P. LETTO-VANAMO (ed.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, Londres, Hart, 2024, pp. 367 et s.

⁸ Ce domaine comprend - entre autres - la régulation de la protection des données, la gestion des contenus en ligne et la régulation des logiciels IA : v. R. GELLERT, *The Risk-Based Approach to Data Protection*, Oxford, OUP, 2020, 302 p. ; G. DE GREGORIO et P. DUNN, « The European risk-based approaches: Connecting constitutional dots in the digital age » (2022) *Common Market Law Review*, 2022, n° 59(2), p.473 ; M.E. KAMINSKI, « Regulating the Risks of AI », *Boston University Law Review*, 2023, n° 103, p.1347.

⁹ Pour une synthèse v. I. LANDAU, *op. cit.*, pp. 112 et s.

au niveau global, et surtout aux atteintes graves¹⁰ envers les droits humains et l'environnement¹¹ qui découlent de ces activités. La loi française de 2017¹² a mené la danse dans le passage du droit souple au droit dur en la matière, suivie par des lois nationales d'autres États européens ; finalement, au début de l'année 2024, un accord a été trouvé au niveau de l'UE sur la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (CSDDD)¹³, qui doit être transposée dans tous les États membres avant juillet 2026 et qui sera applicable à partir de 2027¹⁴.

Brièvement, la loi et la directive visent à lutter contre les violations des droits humains et de l'environnement dans les chaînes de valeur des grandes multinationales. Ces atteintes sont souvent commises par des sous-traitants, fournisseurs ou d'autres acteurs économiques : il peut donc être difficile d'attribuer une responsabilité directe à l'entreprise qui dirige et contrôle la chaîne de valeur¹⁵. Afin d'attribuer une

¹⁰ La loi française sur le devoir de vigilance de 2017 qualifie ces violations de « atteintes graves », la CSDDD de « incidence négative ». Dans le texte de l'article, les deux expressions seront utilisées d'une façon interchangeable.

¹¹ Sur les différents textes qui consacrent un devoir de vigilance environnementale v. M. DE PINIEUX, « Le devoir de vigilance environnementale des entreprises et ses cinquante nuances de vert », *Justice et Cassation*, 2024, p. 45 et s. Évidemment, il ne s'agit pas des seuls textes qui visent à transformer les activités des entreprises afin de les rendre plus durables. Un autre texte fondamental est, par exemple, la CSRD (Directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises), sur laquelle v. B. PARANCE, « La directive CSRD, nouveau modèle du reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », *JCP E*, 2 février 2023, p. 22 et s.

¹² Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

¹³ Directive (UE) 2024/1760 du Parlement Européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859. Pour une présentation du texte v. B. LECOURT, « Le devoir de vigilance des sociétés en matière de droits de l'homme et d'environnement consacré par la directive du 13 juin 2024 », *Rev. sociétés*, 2024, pp. 687 et s. Au moment où nous rendons la dernière version de ce manuscrit, la Commission Européenne a publié une proposition de modification de plusieurs textes adoptés dans le cadre du Pacte vert, parmi lesquels la CSDDD (Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2006/43/EC, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements, 26 février 2025, COM(2025) 81 final). Si adoptée en l'état, la directive modifierait certaines obligations clés de la CSDDD, en les rendant encore moins contraignantes pour les entreprises assujetties. Cependant, il nous paraît que l'analyse critique que nous développons dans cet article, au-delà des aspects techniques concernant ces modifications, serait tout autant pertinente.

¹⁴ Même si ces dates pourraient être respectivement reportées d'un an, v. la Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directives (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards the dates from

which Member States are to apply certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements, 26 février 2025, COM(2025) 80 final.

¹⁵ La CSDDD a retenu, dans sa dernière version, la notion de chaîne d'activité, au lieu de celle de chaîne de valeurs (adoptée dans les versions précédentes), parce que le périmètre de la directive avait été restreint, en excluant notamment certaines activités de la partie aval, et limitant d'une façon importante le devoir de vigilance des acteurs financiers. La chaîne d'activités est définie (art. 3, al. 1, lett. g) comme : « les activités des partenaires commerciaux en amont d'une entreprise en lien avec la production de biens ou la prestation de services par cette entreprise, y compris la conception, l'extraction, l'approvisionnement, la fabrication, le transport, l'entreposage et la fourniture de matières premières, de produits ou de parties de produits et le développement du produit ou du service; et

ii) les activités des partenaires commerciaux en aval d'une entreprise en lien avec la distribution, le transport et le stockage d'un produit de cette entreprise, lorsque les partenaires commerciaux exercent ces activités pour l'entreprise ou au nom de l'entreprise, et à l'exclusion de la distribution, du transport et du stockage d'un produit soumis au contrôle des exportations au titre du règlement (UE) 2021/821 du Parlement européen et du Conseil ou au contrôle des exportations d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, une fois que l'exportation du produit est autorisée. » On remarquera également que la loi de 2017 limite le devoir de vigilance aux relations commerciales établies, alors que la directive n'intègre pas cette notion. Sur le périmètre d'application de la loi française de 2017 v. D. GALLOIS-COCHET, « Le périmètre du devoir de vigilance », in S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 45 et s.

responsabilité juridique aux grandes entreprises multinationales - déjà souvent perçues comme ayant une responsabilité morale d'empêcher de telles violations dans leurs chaînes de valeur¹⁶ - la loi française de 2017 et la CSDDD établissent un devoir de vigilance. En effet, elles obligent les grandes entreprises multinationales¹⁷ à identifier, évaluer et atténuer les risques de violations des droits humains, des travailleurs et les atteintes à l'environnement et au climat liées à leurs chaînes de valeur¹⁸, y compris les actions de leurs filiales, fournisseurs et sous-traitants¹⁹. La CSDDD prévoit un devoir de vigilance (art. 5) qui se concrétise dans des obligations détaillées concernant l'identification des risques (art. 8), la prévention et l'atténuation des incidences négatives

¹⁶ La perception répandue que les grandes entreprises multinationales tiennent une responsabilité morale pour les violations de droits humains et les atteintes environnementales liées à la production et l'échange dans leurs chaînes de valeur a déjà donné naissance à pléthore de codes de conduite, systèmes de certification, engagements volontaires et lignes directrices non-contraignantes. Cela comprend des principes généraux, comme les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations unies (UNGPs), ainsi que des cadres sectoriels : I. LANDAU, *op. cit.* ; A. DUVAL, « Ruggie's Double Movement: Assembling the Private and the Public Through Human Rights Due Diligence », *Nordic Journal of Human Rights*, 2023, pp. 279 et s. ; J. BLACK, « 'Says who?' liquid authority and interpretive control in transnational regulatory regimes », *International Theory*, 2017, n° 9(2), pp.286-310; J. URIBE, « Governing on par with states: Private power and practices of political normalisation », *Review of International Studies*, 2024. La CSDDD tire de l'inspiration de ces cadres de droit souple, mais représente « a triple movement forward: from voluntary due diligence rules to mandatory ones; from mere reporting to due diligence duties; from national and sectoral initiatives to a general European framework » : R. FORNASARI et V. MACCARRONE, « Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence and Its Limitations: The Persistence of Unequal Exchange », in A. Bieler & V. Maccarrone (eds.), *Critical Political Economy of the European Polycrisis*, à paraître, Cheltenham, Edward Elgar.

¹⁷ Concernant la loi française, l'art. L. 225-102-4, I du Code de commerce prévoit que le devoir s'applique à : « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ». Le champ d'application de la CSDDD, qui a été considérablement restreint dans le texte final, est le suivant : « La présente directive s'applique aux entreprises constituées en conformité avec la législation d'un État membre et qui remplissent l'une des conditions suivantes :

a) l'entreprise a employé plus de 1 000 salariés en moyenne et a réalisé un chiffre d'affaires net de plus de 450 000 000 EUR au niveau mondial au cours du dernier exercice pour lequel des états financiers annuels ont été adoptés ou auraient dû l'être;

b) l'entreprise n'a pas atteint les seuils visés au point a), mais est la société mère ultime d'un groupe qui a atteint ces seuils au cours du dernier exercice pour lequel des états financiers annuels consolidés ont été adoptés ou auraient dû l'être;

c) l'entreprise a conclu des accords de franchise ou de licence dans l'Union en échange de redevances avec des entreprises tierces indépendantes ou est la société mère ultime d'un groupe qui a conclu de tels accords, lorsque ces accords garantissent une identité commune, un concept commercial commun et l'application de méthodes commerciales uniformes, et lorsque ces redevances ont atteint plus de 22 500 000 EUR au cours du dernier exercice pour lequel des états financiers annuels ont été adoptés ou auraient dû l'être, et à condition que l'entreprise ait eu un chiffre d'affaires net de plus de 80 000 000 EUR au niveau mondial au cours du dernier exercice pour lequel des états financiers annuels ont été adoptés ou auraient dû l'être ou qu'elle soit la société mère ultime d'un groupe ayant eu un tel chiffre d'affaires. » Une étude a souligné qu'elle s'appliquera à 0,5% des sociétés de l'UE, v. EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE, *Overview of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, 2024 <https://corporatejustice.org/publications/overview-of-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive-advancing-corporate-responsibility/>, [consulté le 07 décembre 2024]. En outre, la directive s'applique aussi aux entreprises des pays tiers qui dépassent certains seuils de chiffre d'affaires net générés dans l'UE, qui font partie d'un groupe qui, sur une base consolidée, a atteint ce seuil, ou qui ont obtenu un certain montant en redevances (art. 2, al. 2).

¹⁸ I. LANDAU, « Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance », *Melbourne Journal of International Law*, 2019, pp. 221-222 ; L. D'AMBROSIO, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures », *Droit et société*, 2020, p. 638.

¹⁹ La loi de 2017 restreint le devoir de vigilance aux partenaires avec lesquels des relations commerciales établies sont entretenues, alors que la directive n'a finalement pas adopté cette notion. La CSDDD définit un partenaire commercial comme une entité :

i) avec lequel l'entreprise a conclu un accord commercial en rapport avec les activités, produits ou services de l'entreprise ou auquel elle fournit des services conformément au point g) (« partenaire commercial direct »); ou

ii) qui n'est pas un partenaire commercial direct, mais qui exerce des activités commerciales liées aux activités, produits ou services de l'entreprise (« partenaire commercial indirect ») (art. 3, lett. f) CSDDD).

potentielles (art. 10), et la suppression des incidences négatives réelles (art. 11). En cas de manquement à ces obligations, les autorités de contrôle peuvent imposer des sanctions (art. 24, 25 et 27) et les victimes peuvent demander une indemnisation (art. 29). De plus, la directive prévoit l'obligation (art. 22) d'adopter et de mettre en œuvre un plan de transition pour l'atténuation du changement climatique (l'inexécution de cette obligation ne peut être sanctionnée qu'à travers les sanctions administratives, la responsabilité civile est donc exclue²⁰).

En ce qui concerne la régulation des grandes entreprises numériques, avec le règlement relatif à un marché unique des services numériques (DSA) de 2022, l'UE avait déjà établi des obligations similaires pour certaines grandes plateformes numériques²¹. Plus précisément, ces obligations sont réservées aux *very large online platforms* (VLOPs) avec plus de 45 millions d'utilisateurs mensuels dans l'UE (art. 33). Celles-ci - presque toutes gérées par des entreprises multinationales de « big tech » - doivent mettre en place des procédures d'évaluation annuelle des risques liés à leurs activités (arts. 34-35). Dans ce cadre, le DSA définit des domaines de risque très larges et très flous : la diffusion de contenus illicites ; les droits fondamentaux ; le discours civique, les processus électoraux et la sécurité publique ; les violences sexistes, la santé publique et des mineurs, et le bien-être physique et mental des personnes (art. 34(1)). Les VLOPs doivent évaluer ces risques au moins tous les ans et adopter des mesures « raisonnables, proportionnées et efficaces » pour atténuer les risques qu'elles ont identifiés (art. 35(1)). Les évaluations de risque et les mesures de mitigation sont contrôlées par les auditeurs indépendants (art. 37) et, finalement, par la division numérique (DG Connect) de la Commission européenne (art. 56(2)).

Il est intéressant de constater que, dans ces deux domaines d'importance stratégique – les violations des droits humains et les impacts écologiques de la production mondialisée ; la plateforme des médias et de la communication – qui sont tous les deux caractérisés par des transformations profondes et des conflits politiques aigus dans le contexte de la polycrise actuelle²², l'UE a choisi une réponse régulatoire très similaire. Dans les deux cas, elle crée de nouvelles obligations de gestion du risque pour les entreprises, qui sont considérées comme les sujets les plus aptes à identifier et gérer les risques liés à leurs activités entrepreneuriales. Ces procédures de gestion des risques sont soumises au contrôle, en dernière instance, des autorités publiques. Néanmoins, les entreprises concernées disposent forcément d'une marge de manœuvre importante pour décider elles-mêmes comment définir, évaluer et gérer les risques.

Il est alors pertinent de questionner les effets de cette approche sur la régulation et, par conséquent, sur les activités que celle-ci est censée encadrer. En effet, par ce biais, les législateurs et les autorités de régulation délèguent la poursuite de leurs buts aux entreprises. Les systèmes et ressources d'ERM, qui existent déjà au sein des entreprises,

²⁰ V. art. 29 de la CSDDD. La CSDDD ne semble pas être en mesure de répondre aux critiques qui ont été formulées concernant les limitations de la vigilance climatique : J. DEHM, « Beyond Climate Due Diligence: Fossil Fuels, 'Red Lines' and Reparations », *Business and Human Rights Journal*, 2023, pp. 151 et s.

²¹ Le DSA vise à établir un cadre complet de la régulation des plates-formes numériques et crée de nouvelles obligations liées à la transparence (arts. 15, 40, 42), au contrôle de contenus illégaux (arts. 9, 16) et aux droits de consommateurs (v. généralement les arts. 14-28) pour toutes les plateformes qui hébergent et distribuent des contenus de leurs utilisateurs. Cependant, les obligations les plus élaborées - y compris les obligations de gestion des risques sur lesquelles nous nous concentrons ici - sont imposées exclusivement aux « plateformes très grandes » (« very large online platforms » ou VLOPs) avec plus de 45 millions d'utilisateurs européens (art. 33).

²² A. TOOZE, « Defining polycrisis - from crisis pictures to the crisis matrix », *Chartbook 130*, 24 juin 2022, <https://adamtooze.substack.com/p/chartbook-130-defining-polycrisis> [consulté le 6 décembre 2024].

sont réagencés pour servir à des fins publiques²³. Cependant, ces systèmes et techniques de gestion des risques ont initialement été conçus pour faciliter et sécuriser l'accumulation du capital²⁴ : peuvent-ils vraiment être redirigés vers des buts différents ?

Alors que l'effet de neutralité est l'un des produits du langage du droit et des pratiques des juristes²⁵, dans cet article, nous nous intéressons à l'effet de neutralité produit par le discours et les techniques de gestion de risque dans ces deux domaines. Le discours du risque, et les techniques d'évaluation qui s'appuient traditionnellement sur les calculs de probabilité et les indicateurs standardisés et quantitatifs²⁶, évoquent des idées de neutralité et d'objectivité. Comme l'a montré une longue tradition de recherches en sociologie et études de sciences et de technologie, ces techniques de régulation sont étroitement liées avec des modes de gouvernementalité fondés sur les connaissances des experts²⁷ et des professionnels spécialisés (comme des fonctionnaires, des auditeurs et des boîtes de conseils), plutôt que sur la participation publique²⁸. Or, cette approche, sous couvert de l'apparente neutralité, n'est pas sans effets, ni sur la façon dont ces enjeux contemporains sont construits dans leurs causes et dans leurs conséquences, ni sur la façon dont le législateur doit les aborder²⁹. La gestion des risques liés aux activités des grandes entreprises multinationales est très loin d'être politiquement neutre, car elle présuppose la continuation de ces activités et de l'accumulation des profits par ces entreprises, bien que ces processus soient fortement contestés par les mouvements sociaux et politiques poursuivant des modes de production plus durables et égalitaires.

Nous présentons ici une analyse comparée de deux régimes régulateurs présentés comme des mesures phares (tant au niveau national qu'europpéen) afin de réaliser les « transitions jumelles » écologiques et numériques³⁰. Cette analyse comparée permet de déceler des similitudes et divergences dans la délégation de la gestion des risques et ses conséquences juridiques, mais aussi dans la manière dont le législateur européen aborde de grands problèmes politiques de notre époque et les limites des réponses envisageables. Notre analyse du DSA et du devoir de vigilance pourrait donc être d'une pertinence plus large, car cette approche régulatoire se répand de plus en plus dans la régulation des nouvelles technologies (comme l'IA³¹), des impacts environnementaux

²³ La doctrine a souligné l'analogie entre devoir de vigilance et normes de management des risques, v. P. LEQUET, « La vigilance par le management des risques : illustration de la rationalité de la compliance », in S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 137 et s.

²⁴ J. BLACK, « Forms and Paradoxes of Principles-Based Regulation », *Capital Markets Law Journal*, 2008, p. 444.

²⁵ P. BOURDIEU, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales. De quel droit ?*, 1986, p. 5.

²⁶ Bien qu'il soit devenu beaucoup plus courant au sein des entreprises de définir des risques d'une façon plus qualitative et de s'appuyer sur une gamme de techniques d'évaluation plus large, la conception des risques comme objectifs et calculable retient toujours une grande influence discursive et idéationnelle : L. AMOORE, *The Politics of Possibility: Risk and Security Beyond Probability*, Durham, North Carolina, Duke University Press, 2013.

²⁷ B. PARANCE, « Introduction », in B. PARANCE (dir.), *Santé et environnement. Expertise et régulation des risques*, Paris, CNRS Éditions, 2017, p. 11 et s. Souligne la complexité du rôle des experts dans le système juridique.

²⁸ P. O'MALLEY, *op. cit.* ; L. AMOORE, *op. cit.* ; B. WYNNE, « Risk and Environment as Legitimatory Discourses of Technology: Reflexivity Inside Out? », *Current Sociology*, 2002, n° 50(3), p.459 ; D. BIGO, « Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease », *Alternatives*, 2002, n° 27, p.63.

²⁹ I. LANDAU, *op. cit.*, pp. 46 et s.

³⁰ Or, en vue de la consommation énorme d'énergie et de ressources des infrastructures numériques, et la nature très spéculative de leurs contributions envisagées à la transition écologique, la notion des « transitions jumelles » qui se renforcent mutuellement reste largement aspirationnelle : J.S. CARBONELL, *In search of the twin transition: the limited performativity of the « green and digital » transitions in the European automotive industry*, European Commission, 2024, JRC139578 ; P. SCHÜTZE, « The Problem of Sustainable AI: A Critical Assessment of an Emerging Phenomenon », *Weizenbaum Journal of the Digital Society*, 2024, n° 4(1).

³¹ M.E. KAMINSKI, *op. cit.*

et de nombreux autres domaines. Alors que, dans le champ du numérique, nous nous concentrerons sur le DSA, qui est directement applicable en France en tant que règlement européen, en matière de vigilance, nous examinerons à la fois la loi française de 2017 et la directive européenne. En effet, la directive européenne prend explicitement comme modèle la loi française (en plus de la loi allemande de 2021³²). En outre, les premières décisions en matière de devoir de vigilance ont été rendues par les Cours françaises et éclairent comment celui-ci est aujourd'hui appliqué et comment il sera probablement amené à l'être après la transposition de la directive.

L'approche juridique conçoit ces questions comme des risques, comporte une neutralisation des enjeux politiques sous-jacents et porte à considérer comme des *a priori* les structures socio-économiques actuelles (I). Il en découle que les régimes consacrés par les législateurs sont limités et, donc, peu susceptibles de porter à des transformations structurelles (II).

I. Risque et neutralisation des enjeux socio-économiques

Le langage du risque, qui pourrait paraître anodin, structure en réalité la conception des problématiques politiques et l'approche du législateur. D'abord, il présente des conséquences négatives pour les droits d'humain, pour l'environnement ou pour d'autres intérêts communs comme exogènes aux actions des sociétés assujetties à la régulation : ces enjeux deviennent des problèmes que celles-ci doivent prendre en charge, plutôt que des conséquences directes de leurs activités économiques (A). Ce faisant, le langage du risque porte à réifier le système socio-économique existant : la gestion des risques est comprise comme un procédé technique, qui demande des solutions techniques et incrémentales, plutôt que de grandes réformes structurelles (B). Par ces deux biais, cette approche régulatoire obscurcit des conflits idéologiques et politiques autour des activités des grandes entreprises et limite fortement les réponses que le droit pourrait y apporter.

A. Le risque comme outil d'externalisation des incidences négatives

Les régulations que nous nous attelons à analyser visent à limiter les atteintes envers les droits humains produites par les sociétés au cours de leurs activités au sens large. Cependant, présenter ces problèmes comme des risques produit une externalisation des causes de ces atteintes, qui sont conçues comme externes aux pratiques des multinationales. Cet effet d'externalisation est produit tant par le devoir de vigilance que par la régulation des services numériques.

L'élan pour l'adoption de la loi française³³, ainsi que de plusieurs autres lois nationales qui ont ensuite influencé la CSDDD, trouve ses racines dans le désastre du Rana Plaza

³² Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2959) (« Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz » ou LkSG).

³³ L'histoire de cette loi est retracée dans G. DELALIEUX, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés multinationales : parcours d'une loi improbable », *Droit et société*, 2020, n°3, pp. 649 et s.

en 2013, où plus de mille travailleurs, principalement des femmes, ont perdu la vie en fabriquant des vêtements de marques occidentales célèbres. Similairement, l'adoption du DSA a suivi ce qui est parfois nommé le « techlash » : une montée de soucis et de débats publics autour des grandes plateformes numériques. Celles-ci font l'objet de débats qui les qualifient souvent d'acteurs irresponsables et beaucoup trop puissants³⁴. Ces plateformes sont régulièrement accusées d'avoir causé ou contribué à des problèmes aussi divers que la polarisation politique et la renaissance globale de l'extrême-droite, l'effondrement financier du journalisme ou les crises de santé mentale parmi les adolescents. Les obligations de vigilance et de gestion des risques visent alors à répondre aux problèmes sociaux causés par ces grandes entreprises, en obligeant celles-ci à prendre en charge les externalités socio-économiques de leurs activités.

Pour cette raison, il est surprenant de constater que ces réglementations, à travers le paradigme du risque, portent à réguler ces enjeux comme des phénomènes que les entreprises rencontrent, plutôt que comme des phénomènes qu'elles produisent. Plus spécifiquement, présenter ces atteintes graves comme des risques, que les sociétés devraient identifier et prévenir, produit un effet d'externalisation des causes de ces risques. Les grandes entreprises ne sont plus la cause de ces problèmes, mais leur solution ; plutôt qu'être considérées responsables des conséquences néfastes de leurs activités, elles sont présentées comme des protecteurs du bien commun, qui garderaient la population au sens large à l'abri des risques externes³⁵. Cette opération sémantique produit d'importantes conséquences juridiques : ces atteintes, endogènes aux pratiques des sociétés, sont présentées et, surtout, régulées comme exogènes. Il y a donc un hiatus entre les réglementations adoptées et les prémisses qui ont porté à leur adoption.

La conception des risques comme des problèmes externes est un élément intégral des systèmes de gestion des risques, sur lesquels les obligations établies par le CSDDD et le DSA se basent. Dans les standards de l'Organisation mondiale de standardisation, qui définit des critères et des procédures pour la gestion de risque pour les entreprises (sans distinction ni de filière ni de taille), le « risque » est défini comme l'impact de l'incertitude sur les objectifs d'une organisation³⁶. Par conséquent, dans les processus d'identification, d'évaluation et de mitigation des risques, les objectifs commerciaux de l'entreprise concernée « sont effectivement une entrée exogène dans le modèle, avec la conséquence qu'il est difficile d'utiliser un tel modèle pour mettre en cause les objectifs eux-mêmes »³⁷. Le devoir d'atténuer les risques liés à la poursuite des objectifs entrepreneuriaux présuppose que ces objectifs soient en soi acceptables ; il est donc nécessaire d'identifier et de gérer des imprévus qui pourraient produire des incidences négatives, sans pour autant devoir cesser ces activités, ou les modifier en profondeur.

Cette conception du risque a intégré les réglementations ici analysées et détermine donc leurs structures et leurs approches. La CSDDD, la loi française et le DSA visent à encadrer et diriger les activités des sociétés selon les valeurs que les législateurs voudraient promouvoir. Cependant, elles essaient de le faire en prescrivant des modifications mineures, sans exiger de changements fondamentaux aux activités de ces entreprises, ni réaliser des réformes plus structurelles des marchés dans lesquels elles opèrent. Cette

³⁴ R. GRIFFIN, « Public and private power in social media governance: multistakeholderism, the rule of law and democratic accountability », *Transnational Legal Theory*, 2023, n° 14(1), pp.46-89.

³⁵ J. URIBE, *op. cit.*

³⁶ ISO, *Management du risque — Lignes directrices*, ISO 31000:2018, 2023, <https://www.iso.org/fr/standard/65694.html> [consulté le 29 novembre 2024].

³⁷ M. POWER, « The risk management of nothing », *op. cit.*, p.854 [traduit par les auteurs].

approche porte à considérer que les effets néfastes de leurs activités sont des problèmes auxquels elles doivent s'attaquer, plutôt que des conséquences dont elles sont responsables.

En ce qui concerne le devoir de vigilance, ce processus d'externalisation se réalise en deux temps : la construction de la violation des droits humains et environnementale comme risque, et l'établissement d'un devoir de vigilance comme remède pour faire face à ce risque et, donc, prévenir, mitiger ou mettre un terme aux incidences négatives potentielles ou avérées. Certes, il y a un élargissement de la responsabilité des sociétés donneuses d'ordre³⁸, mais les remèdes sont conceptualisés à partir de la possibilité de la société d'influencer les activités des fournisseurs et sous-traitants, et d'empêcher les violations des droits humains de leur part, plutôt qu'en prenant en considération le rôle structurel des entreprises.

La loi de 2017 force les sociétés assujetties « à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »³⁹. La prévention des atteintes découle de l'identification des risques qui pourraient porter à ces atteintes. Le terme « risque » est employé à maintes reprises⁴⁰ afin de spécifier la structure et les objectifs du plan de vigilance. Le tribunal judiciaire de Paris, dans la première décision sur le fond qui a fait application de la loi de 2017, souligne l'importance cruciale de la cartographie des risques⁴¹ dont les « résultats conditionnent les étapes ultérieures et donc l'effectivité de l'ensemble du plan »⁴².

Une analyse analogue peut être faite de la CSDDD : le « devoir de vigilance en matière de droits de l'homme et d'environnement fondé sur les risques » (art. 5) se base sur le recensement et l'évaluation des « incidences négatives réelles et potentielles découlant de leurs propres activités ou de celles de leurs filiales et, lorsqu'elles sont liées à leurs chaînes d'activités, de celles de leurs partenaires commerciaux » (art. 8). Le lien avec la dimension managériale de la gestion du risque est explicitement assumé, car le devoir de vigilance doit être intégré dans les politiques et les systèmes de gestion des risques de l'entreprise (art. 7) - qui sont surtout conçus, comme nous avons discuté dans l'introduction, pour gérer des risques externes aux buts commerciaux de l'entreprise. Selon la nature et l'auteur de ces incidences négatives, les entreprises peuvent calibrer les mesures de prévention (art. 10) et de suppression (art. 11). En outre, elles peuvent hiérarchiser les incidences négatives - c'est-à-dire, en aborder certaines et pas d'autres - en échappant à toute responsabilité (art. 9).

Néanmoins, les recherches sur la conception des chaînes de valeur montrent que les dynamiques endogènes aux relations et processus de production créés et gérés par les grandes entreprises multinationales sont cruciales en ce qui concerne les violations de

³⁸ Une doctrine autorisée a souligné depuis longtemps que la responsabilité limitée des sociétés réduit l'effectivité de la responsabilité civile, car elle permet d'externaliser les conséquences néfastes de leurs activités, H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, « Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts », *Yale Law Journal*, 1991, pp. 1879 et s.

³⁹ Art. L. 225-102-4, I du Code de commerce.

⁴⁰ Le terme revient cinq fois dans l'article L. 225-102-4 du Code de commerce.

⁴¹ TH. BONNEAU et L.-M. PILLEBOUT, « Le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité », *Rev. des sociétés*, 2024, p. 22 et s. ; E. SCHLUMBERGER, « Devoir de vigilance : les enseignements d'une première condamnation », *BJS*, mars 2024, pp. 20 et s.

⁴² TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827, *JCP G* 2024. 85, note J.-B. BARBIERI ; *BJT*, janv. 2024, n° BJT203c0, note B. DELMAS ; *Dalloz actualité*, 19 déc. 2023, note C. MICHON et A. STEVIGNON.

droits humains, les conditions de travail et les impacts environnementaux⁴³. Premièrement, il est souvent affirmé qu'il serait irréaliste, voire impossible de contrôler les effets néfastes qui se produisent dans des chaînes de valeur où il y a des milliers de participants. Cependant, il a été démontré que, dans ces chaînes, ce ne sont pas les échanges marchands qui prévalent, mais la planification⁴⁴. En d'autres termes, les entreprises qui dirigent la chaîne ont une planification directe des fournitures, une vision sur les prix, les coûts de production, la gestion des résidus et le traitement des déchets⁴⁵. Par exemple, le système dit de *open cost*⁴⁶ permet cette planification accrue : celui-ci est réalisé grâce à des pratiques contractuelles et permet à l'acheteur d'avoir une vision complète des coûts de la production et, donc, aussi des marges du fournisseur. Deuxièmement, les recherches empiriques ont montré que les violations sont souvent rendues inévitables à cause des prix exigés par les entreprises qui dominent la chaîne, qui ne permettent pas aux sous-traitants de mettre en place de meilleures conditions de travail ou des mesures de protection environnementale⁴⁷. En effet, bien que les acheteurs puissent prescrire des standards au sujet de la durabilité, des conditions de travail et du respect de droits d'humains dans les contrats ou les codes de conduite, les demandes des acheteurs eux-mêmes (concernant les prix, les délais de livraison et/ou la quantité des ordres) rendent souvent impossibles de respecter ces standards⁴⁸. Les atteintes environnementales et les violations des droits sont donc intrinsèquement liées à l'objectif primordial de telles entreprises : minimiser les coûts et maximiser les profits, un objectif que l'évaluation des risques par ces entreprises elles-mêmes est peu capable de remettre en cause.

L'importance des pratiques d'achats dans la production des incidences négatives que la directive vise à prévenir et à endiguer est, en creux, reconnue par la CSDDD elle-même. Le considérant 46, concernant les obligations de prévention et d'atténuation, mentionne explicitement le rôle crucial des pratiques d'achats dans les violations non seulement

⁴³ J. HICKEL, C. DORNINGER, H. WIELAND ET I. SUWANDI, « Imperialist appropriation in the world economy: Drain from the global South through unequal exchange, 1990–2015 », *Global Environmental Change*, mars 2022 ; J. HICKEL, M. HANBURY LEMOS, et F. BARBOUR « Unequal exchange of labour in the world economy », *Nature Communications*, n° 15, 2024, 6298 ; J. ALTHOUSE, L. CAHEN-FOUROT, B. CARBALLA-SMICHOWSKI, C. DURAND, et S. KNAUSS, « Ecologically unequal exchange and uneven development patterns along global value chains », *World Development*, 2023, n° 170.

⁴⁴ C. DURAND et W. MILBERG, « Intellectual monopoly in global value chains », *Review of International Political Economy*, 2019, pp. 408 et ss. ; A.B. BERNARD et T.C. FORT, « Factoryless Goods Producing Firms », *American Economic Review*, 2015, n°105(5), pp. 518 et s. ; I. SUWANDI, *Value Chains. The New Economic Imperialism*, New York, Monthly Review Press, 2019, pp. 30-31 ; C. DURAND, *Techno-féodalisme. Critique de l'économie numérique*. Paris, Zones La Découverte, 2020, pp. 170-171 ; C. RIKAP et C. DURAND, « Capitalism in the Age of Intellectual Monopoly. » *IT for Change. State of Big Tech*. 2023, <https://projects.itforchange.net/state-of-big-tech/state-of-big-tech-capitalism-in-the-age-of-intellectual-monopoly/>

⁴⁵ B. SELWYN, « Poverty chains and global capitalism », *Competition & Change*, 2019, pp. 81-82.

⁴⁶ I. SUWANDI, *op. cit.*, pp. 120, 134-135, 139.

⁴⁷ M. ANNER, « Squeezing Workers' Rights in Global Supply Chains: Purchasing Practices in the Bangladesh Garment Export Sector in Comparative Perspective », *Review of International Political Economy*, 2019, p. 320 et s. ; S.S. BHATTACHARJEE ET A. KHAMBAI, *Unbearable harassment. The fashion industry and widespread abuse of female garment workers in Indian factories*, avril 2022, Business and Human Rights Resource Centre, disponible à https://media.business-humanrights.org/media/documents/2022_GBVH_Briefing_final_je2K7Ei.pdf [consulté le 5 décembre 2024] ; BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, « Who pays for the crisis? Purchasing practices analysis », 12 décembre 2024, <https://www.business-humanrights.org/en/from-us/briefings/who-pays-for-the-crisis-purchasing-practices-analysis-december-2024-wpftc/>, [consulté le 16 décembre 2024].

⁴⁸ M. ANNER, *op. cit.*, p. 320 et s. ; G. LEBARON, R. EDWARDS, T. HUNT, C. SEMPÉRÉ, ET P. KYRITSIS, « The Ineffectiveness of CSR: Understanding Garment Company Commitments to Living Wages in Global Supply Chains », *New Political Economy*, 2021, pp. 99 et s.

des droits des travailleurs, mais aussi des droits de l'homme et de l'environnement⁴⁹. Le considérant 54, relatif à la suppression des incidences négatives réelles, est analogue. Le considérant 47, qui concerne uniquement les produits agricoles et alimentaires, va encore plus loin, en mentionnant les enjeux des prix et des rapports de pouvoir dans la filière⁵⁰. Cependant, le législateur européen n'a pas su tirer les conséquences de ces analyses concernant les causes de ces violations. En effet, il n'y a pas d'articles clairs et spécifiquement contraignants qui s'attachent aux transformations des pratiques d'achats afin de limiter les violations des droits des travailleurs et de l'environnement⁵¹. En effet, la directive prévoit que pour prévenir ou atténuer les incidences négatives potentielles (art. 10.2.d) et pour supprimer des incidences négatives réelles (art. 11.3), les entreprises doivent, le cas échéant, et selon les besoins : « apporter les modifications ou améliorations nécessaires au plan d'entreprise, stratégies globales et activités de l'entreprise, y compris les pratiques en matière d'achat, de conception et de distribution ». Cependant, ces mesures font partie d'une longue liste, dont la force contraignante est moindre, d'autant plus que l'évaluation de la situation, ainsi que le choix des mesures appropriées sont laissées à la discrétion des entreprises.

L'externalisation des risques pourrait sembler moins présente dans le DSA, dont l'article 34(1) précise que les VLOPs doivent évaluer et atténuer « tout risque systémique au sein de l'Union découlant de la conception ou du fonctionnement de leurs services et de leurs systèmes connexes, y compris des systèmes algorithmiques, ou de l'utilisation faite de leurs services ». Il est donc clair que l'évaluation des risques doit comprendre les risques créés par l'opération de ces entreprises et par leur manière de concevoir et d'opérer leurs produits techniques. Cependant, les VLOPs disposent forcément d'une discrétion très large en interprétant et en priorisant les domaines du risque – qui sont nombreux et très vaguement définis – précisés dans l'article 34(1)⁵². Leurs intérêts et impératifs commerciaux les pousseront très probablement à concevoir ces risques comme exogènes.

⁴⁹ Le texte du considérant est le suivant : « le cas échéant, les entreprises devraient adapter leurs plans d'entreprise, leurs stratégies globales et leurs activités, y compris les pratiques en matière d'achat, et élaborer et appliquer des politiques d'achat qui contribuent à garantir des salaires et des revenus décents à leurs fournisseurs et qui n'encouragent pas des incidences négatives potentielles sur les droits de l'homme ou l'environnement. (...) En outre, en partageant mieux la valeur tout au long de la chaîne d'activités, les pratiques responsables en matière d'achat ou de distribution contribuent à lutter contre le travail des enfants, qui apparaît souvent dans des pays ou territoires où le niveau de pauvreté est élevé. »

⁵⁰ « La lutte contre les pratiques d'achat préjudiciables et contre les pressions exercées sur les prix des producteurs, en particulier à l'égard des petits opérateurs, revêt une importance accrue en ce qui concerne les ventes de produits agricoles et alimentaires. Afin de remédier aux déséquilibres de pouvoir dans le secteur agricole, de garantir des prix équitables à tous les maillons de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et de renforcer la position des agriculteurs, les grands transformateurs et grands détaillants de produits alimentaires devraient adapter leurs pratiques d'achat, et élaborer et appliquer des politiques d'achat qui contribuent à garantir des salaires et des revenus décents à leurs fournisseurs. En ne s'appliquant qu'à la conduite commerciale des plus grands opérateurs, c'est-à-dire ceux qui ont réalisé un chiffre d'affaires net de plus de 450 000 000 EUR au niveau mondial, la présente directive devrait bénéficier aux producteurs agricoles dont le pouvoir de négociation est plus faible. En outre, étant donné que les entreprises constituées en conformité avec la législation d'un pays tiers sont également soumises à la présente directive, cela permettrait de protéger les producteurs agricoles de l'Union de la concurrence déloyale et des pratiques préjudiciables des opérateurs établis non seulement à l'intérieur, mais aussi à l'extérieur de l'Union. »

⁵¹ Sur les causes de cette exclusion v. K.H. ELLER, « Pricing and Distribution in Global Value Chain Regulation », *Leiden Journal of International Law*, 2025, pp. 10 et s.

⁵² R. GRIFFIN, « What do we talk about when we talk about risk? Risk politics in the EU's Digital Services Act », *DSA Observatory*, 2024, <https://dsa-observatory.eu/2024/07/31/what-do-we-talk-about-when-we-talk-about-risk-risk-politics-in-the-eus-digital-services-act/> [consulté le 29 novembre 2024].

Par exemple, la « dissémination de contenus illégaux » ou les « violences sexistes » pourraient être conçues comme des problèmes causés par des actions malveillantes de la part des utilisateurs individuels, qui doivent alors être surveillés par les plateformes afin d'empêcher de telles conduites⁵³. Au contraire, à partir d'une perspective systémique, la prédominance de comportements en ligne classés comme sexistes, agressifs et/ou illégaux pourrait s'analyser moins comme une série d'actions individuelles, et plus comme la conséquence prévisible de la création d'espaces de communication en ligne qui permettent des interactions interpersonnelles à grande échelle, sans investir suffisamment dans des mesures pour empêcher le harcèlement entre utilisateurs. De plus, chaque aspect de la conception et de la mise en œuvre de ces plateformes est optimisé pour maximiser la collection de données et la rentabilité des publicités ciblées, plutôt que pour créer des espaces sûrs et inclusifs. Car ces entreprises cherchent à minimiser les coûts de la modération des contenus, les équipes responsables travaillent généralement non seulement dans des conditions pénibles, mais manquent systématiquement de temps et des ressources nécessaires pour mener à bien leur travail (surtout dans les pays classés comme des marchés non prioritaires, car moins riches et, donc, moins attractifs en tant que cibles de la publicité)⁵⁴. D'ailleurs, au-delà de la modération de contenus, des chercheurs indépendants⁵⁵ et internes aux VLOPs⁵⁶ ont identifié beaucoup de changements techniques qui pourraient rendre plus difficile le harcèlement entre utilisateurs ou la diffusion de contenus illégaux⁵⁷. Souvent ces mesures, qui sont pourtant bien connues, ne sont pas mises en place par les plateformes, car elles risquent de restreindre le niveau d'engagement et d'interaction sur les réseaux et, donc, de baisser la collection de données personnelles et l'engagement avec les publicités⁵⁸. Même les entreprises de « big tech » qui disposent d'énormes ressources financières cherchent à minimiser autant que possible leurs investissements dans la modération et d'autres aspects de « trust and safety »⁵⁹. Au fond, le modèle économique et la gouvernance des plateformes sont guidés par la maximisation des revenus et la

⁵³ C'est une conception très courante dans le domaine de « trust and safety », qui comprend à la fois le travail des professionnels au sein des entreprises de plateformes lié à la sûreté des utilisateurs et la prévention des comportements nuisibles, frauduleux ou dangereux, ainsi que les recherches scientifiques sur ce travail. Par exemple, l'issue inaugurale du *Journal of Online Trust & Safety* précise que « Trust and safety is the study of how people abuse the internet to cause real human harm, often using products the way they are designed to work » : E. CRYST, S. GROSSMAN, J. HANCOCK, A. STAMOS et D. THIEL, « Introducing the Journal of Online Trust and Safety », *Journal of Online Trust and Safety*, 2021, n° 1, pp.1-2.

⁵⁴ S.T. ROBERTS, *Behind the Screen: Content Moderation in the Shadows of Social Media*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 292 p. ; R. JEREZA, « 'I'm not this Person': Racism, content moderators, and protecting and denying voice online », *New Media + Society*, 2022, n° 26(8), pp.4454-70; S. AHMAD et M. GREB, « Automating social media content moderation: implications for governance and labour discretion », *Work in the Global Economy*, 2022, 2(2), pp.176-198.

⁵⁵ NEELY CENTER, *Introducing the Neely Center Design Code for Social Media*, USC Neely Center Newsletter, 2023, <https://uscneelycenter.substack.com/p/introducing-the-neely-center-design> [consulté le 29 novembre 2024].

⁵⁶ K. HAO, « How Facebook got addicted to spreading misinformation », *MIT Technology Review*, 2021 <https://www.technologyreview.com/2021/03/11/1020600/facebook-responsible-ai-misinformation/> [consulté le 29 novembre 2024].

⁵⁷ Par exemple, on pourrait apporter des changements aux algorithmes de recommandation pour organiser les contenus selon d'autres critères que l'engagement, ou mettre en place des restrictions sur la possibilité de contacter d'autres utilisateurs inconnus

⁵⁸ K. HAO, *op. cit.* ; M. BERGEN, « YouTube Executives Ignored Warnings, Letting Toxic Videos Run Rampant » *Yahoo Finance*, 2019) <https://finance.yahoo.com/news/youtube-executives-ignored-warnings-letting-090026613.html?guccounter=1> [consulté le 11 janvier 2023] ; J.B. MERRILL et W. OREMUS, « Five Points for Anger, One for a 'Like': How Facebook's Formula Fostered Rage and Misinformation », *The Washington Post*, 2021 <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/10/26/facebook-angry-emoji-algorithm/> [consulté le 2 décembre 2024].

⁵⁹ R. GRIFFIN, « Procedural Fetishism in the Digital Services Act » à paraître dans *European Journal of Legal Studies*, 2024.

minimisation des coûts. De ce point de vue, la prédominance des contenus nuisibles paraît donc comme une conséquence endogène de ce modèle.

Sur la base du texte du DSA, cet aspect pourrait certainement être pris en considération : les plateformes ne doivent-elles pas gérer et atténuer les risques créés par leurs pratiques commerciales et par leur manque d'investissement dans les mesures de sécurité ? Cependant, si l'on ne réfléchit pas aux interprétations possibles de ces articles d'une manière abstraite, mais plutôt en considérant le contexte de leur mise en œuvre par des institutions avec leurs propres intérêts et préconceptions, il paraît fort improbable que les conceptions des risques comme des problèmes endogènes aux opérations des VLOPs soient mises en œuvre. La gamme d'interprétations possibles de l'article 34 est presque infinie (par exemple, quel problème dans la gouvernance des plateformes ne pourrait pas être conçu en termes d'impacts sur les droits fondamentaux⁶⁰ ?) Les VLOPs devront donc forcément faire beaucoup de choix en sélectionnant, définissant et hiérarchisant les risques ainsi que les mesures d'atténuation. Cette discrétion très large accordée aux entreprises ne peut pas être évitée ; elle est une caractéristique fondamentale de cette approche régulatrice qui s'appuie sur les devoirs de gestion du risque par les entreprises assujetties⁶¹. En exerçant cette discrétion, il est évidemment peu probable que les VLOPs favorisent les conceptions du risque qui impliquent des investissements massifs de ressources ou des changements importants dans leur mode de fonctionnement. La première conception des risques comme des problèmes externes à gérer, qui sont causés surtout par des utilisateurs et d'autres tiers malicieux et qui ne nécessitent donc que d'ajustements ou d'intensifications des systèmes de surveillance et de modération déjà existants, est beaucoup plus attractive. Cette tendance est déjà très visible dans les premiers rapports sur leurs systèmes de gestion de risque que les VLOPs ont dû publier à la fin de 2024, qui mettent une forte emphase sur la vigilance qu'elles tiennent à exercer envers les « bad actors » externes qui cherchent à abuser leurs plateformes⁶².

En outre, cette conception des risques pourrait également convenir aux intérêts et aux priorités de la DG Connect et d'autres autorités de régulation. Cette première a déjà indiqué que son application du DSA portera autant que possible sur le dialogue avec les VLOPs et les engagements volontaires de la part des entreprises, plutôt que sur une stratégie plus combative qui pousserait les entreprises peut-être à évaluer la contribution

⁶⁰ R. GRIFFIN, « Rethinking rights in social media governance: human rights, ideology and inequality », *European Law Open*, 2023, n° 2(1).

⁶¹ J. COHEN et A.E. WALDMAN, « Introduction: Framing Regulatory Managerialism as an Object of Study and Strategic Displacement » *Law & Contemporary Problems*, 2023, n° 86.

⁶² V. par exemple Google, *Report of Systemic Risk Assessment*, 2024, https://storage.googleapis.com/transparencyreport/report-downloads/dsa-risk-assessment-2023-8-28-2023-8-28_en_v1.pdf [consulté le 4 février 2025] ; Meta, *Regulation (EU) 2022/2065 Digital Services Act (DSA) Systemic Risk Assessment and Mitigation Report for Facebook*, 2024, https://scontent-fra5-2.xx.fbcdn.net/v/t39.8562-6/468433223_2965672840272736_5366479269132269710_n.pdf?_nc_cat=109&ccb=1-7&_nc_sid=b8d81d&_nc_ohc=QgEjeUx0HIUQ7kNvgG3uneJ&_nc_zt=14&_nc_ht=scontent-fra5-2.xx&_nc_gid=Acp7ark44-KHexQuVQ3TPrd&oh=00_AYCisu3GbQ1ueX_sGLpNZ9BEG5vwbftT9C-zBenDmdt5wu&oe=67A7D825 [consulté le 4 février 2025].

J. ALBERT, « DSA risk assessment reports: A guide to the first rollout and what's next », *DSA Observatory*, 9 décembre 2024, <https://dsa-observatory.eu/2024/12/09/dsa-risk-assessment-reports-are-in-a-guide-to-the-first-rollout-and-whats-next/> [consulté le 11 décembre 2024].

de leurs pratiques commerciales et modèles économiques aux risques identifiés⁶³. D'ailleurs, une conception des risques systémiques comme des problèmes exogènes, exigeant davantage de surveillance et de modération, peut être pratique pour les autorités publiques cherchant à exercer plus de contrôle sur les contenus et la communication en ligne, en poussant les VLOPs à ajuster leurs systèmes de modération (une tendance qui a déjà été constatée dans le cadre de l'application du DSA⁶⁴).

Le niveau d'effectivité de la CSDDD pourra également être apprécié seulement après sa transposition dans les ordres juridiques nationaux, quand la jurisprudence aura clarifié les notions, souvent vagues, utilisées dans le texte de la directive. S'il est théoriquement possible que les entreprises s'engagent en profondeur à respecter les devoirs établis par la directive, il apparaît peu probable que les entreprises décident, malgré le risque de perte de parts de marché, de modifier en profondeur et de manière effective leurs modèles économiques (et encore plus improbable en raison de la stratégie d'influence exercée au niveau national et européen par les associations d'entreprises afin de minimiser les coûts de la CSDDD pour le secteur privé⁶⁵). Un rôle important sera joué par les autorités de contrôle nationales qui seront investies des compétences prévues par la directive : la typologie d'autorité, ses moyens et sa « culture » détermineront leur approche à la vigilance⁶⁶.

En somme, en songeant à la définition des risques non seulement comme un exercice d'interprétation abstraite, mais dans le contexte du cadre institutionnel dans lequel ces textes seront interprétés, la tendance à l'externalisation des risques semble très présente dans le DSA, ainsi que dans la CSDDD et dans la loi française de 2017. Si cette conception des risques comme des problèmes exogènes est certes justifiée selon la perspective individuelle et managériale de l'entreprise, elle mérite par contre d'être questionnée lorsqu'elle est adoptée comme logique systémique de la régulation⁶⁷. Est-on vraiment en train de parler de « risques », plutôt que des conséquences endogènes aux mécanismes socio-économiques sur lesquels les chaînes de valeur et les plateformes numériques ont été bâties ? La prise de conscience relative à ces problèmes aurait pu porter à aborder ces questions comme la conséquence des activités des entreprises assujetties. En revanche, approcher ces enjeux comme des risques détourne l'attention et présente ces dégâts comme une réalité extérieure. Cela ne concerne pas que les entreprises au niveau individuel, mais affecte aussi la perspective macro. En effet, la

⁶³ R. WEZENBEEK, « Opening keynote - The European Commission and the DSA », DSA and Platform Regulation Conference, Amsterdam, 2024, <https://dsa-observatory.eu/the-dsa-and-platform-regulation-conference-2024/> [consulté le 2 décembre 2024].

⁶⁴ P. LEERSEEN, « Jawboning and lawboning: comparing platform-state relations in the US and Europe », Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 2024 <https://observatoriolegislativocele.com/jawboning-and-lawboning-comparing-platform-state-relations-in-the-us-and-europe/> [consulté le 2 décembre 2024].

⁶⁵ Business & Human Rights Resource Centre, « Briefing: How German Members of the European Parliament are adopting the demands of the business lobby for the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive », 24 janvier 2023 <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/briefing-how-german-members-of-the-european-parliament-are-adopting-the-demands-of-the-business-lobby-for-the-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive/> [consulté le 10 mars 2025] ; S. MUNDY, « Landmark EU legislation hangs in the balance », 14 février 2024 <https://www.ft.com/content/05bf9f3d-90db-4aed-b925-b8664529cda5> [consulté le 10 mars 2025].

⁶⁶ Y. BENRAHOU, « Préserver la supervision publique de l'anticorruption », Note #36 de l'Observatoire de l'éthique publique, 1^{er} février 2024, <https://observatoireethiquepublique.com/assets/files/propositions/notes/note-36.pdf> [consulté le 16 décembre 2024].

⁶⁷ P. BARRAUD DE LAGERIE, E. BETHOUX, A. MIAS et E. PENALVA-ICHER, « La mise en œuvre du devoir de vigilance : une managérialisation de la loi ? », *Droit et société*, 2020, pp. 699 et s. mettent en lumière les risques de « managérialisation » de la loi de 2017.

suite logique de cette approche est la consécration du système socio-économique actuel, vers laquelle nous tournons notre attention.

B. Le risque comme outil de réification du système socio-économique

Concevoir ces enjeux comme des risques conduit à ne pas questionner les réalités socio-économiques sous-jacentes et, par ricochet, à sous-estimer, voire à effacer, le rôle du droit dans leur construction. Premièrement, la gestion des risques est fondée sur le principe d'efficacité économique et cherche à minimiser les coûts découlant de l'application de la régulation. Deuxièmement, elle est comprise comme un domaine scientifique, technique et objectif, plutôt que comme un champ de conflits politiques, distributifs et idéologiques. Par ces deux biais, les structures socio-économiques actuelles sont réifiées et transformées en un *a priori*, qui n'est pas remis en cause⁶⁸.

D'importantes conséquences juridiques en découlent, limitant les solutions qu'on peut apporter à ces problèmes⁶⁹. Le DSA et le devoir de vigilance adressent directement des problèmes structurels de notre temps. Cependant, comme il n'y avait pas de volonté ni de consensus suffisant⁷⁰ pour modifier les relations socio-économiques qui les produisent, les législateurs ont adopté des mesures qui essaient d'intégrer ces préoccupations dans la conduite des acteurs sociaux, sans pour autant imposer un changement de paradigme⁷¹. Les obligations de gestion du risque constituent donc le résultat d'un double mouvement juridique : la régulation intègre les préoccupations liées aux conséquences néfastes de certaines activités, mais en même temps ferme l'espace des possibles, en évacuant ainsi la possibilité de mettre en question cet ordre.

En effet, si les risques liés à une activité doivent être gérés par les entreprises, on présuppose que ces activités continueront à avoir lieu⁷² : pour autant que des procédures de vigilance et de gestion des risques ont été établies, « tout modèle d'affaires et toutes pratiques commerciales sont acceptables »⁷³. En outre, les risques doivent être gérés avec le moins de conséquences possibles pour la rentabilité. Cette évaluation des coûts

⁶⁸ D.J. KARP, « Business and Human Rights in a Changing World Order: Beyond the Ethics of Disembedded Liberalism », *Business and Human Rights Journal*, 2023, pp. 135 et s.

⁶⁹ V. *infra* II ; J. COHEN, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

⁷⁰ Le problème relatif à la construction d'un consensus large a guidé Ruggie dans l'élaboration de la notion de devoir de vigilance, v. A. DUVAL, *op. cit.*

⁷¹ Comme il a été affirmé par rapport au devoir de vigilance : « Consequently, the performance of due diligence rituals is capable of simultaneously engendering corporate responsiveness to human rights values over time, even as it entrenches a problematic status quo that has allowed TNCs to engage in extractive models of operations to the detriment of rights-holders around the globe. This latter impact follows from the fact that mHRDD could very well function as a smokescreen that legitimizes such extractive business, by allowing TNCs to shield themselves behind an air of compliance with due diligence obligations. » C.O. LICHUMA, « Mandatory Human Rights Due Diligence (mHRDD) Laws Caught Between Rituals and Ritualism: The Forms and Limits of Business Authority in the Global Governance of Business and Human Rights », *Business and Human Rights Journal*, 2024, p. 5.

⁷² J.-B. BARBIERI, « Le pouvoir (très) restreint du juge des référés en matière de devoir de vigilance », *JCP E*, 2023, n° 12-13, p. 34, souligne, par rapport à la loi française, que : « le législateur n'a pas imposé une responsabilité directe mais seulement l'obligation pour les entreprises d'édicter un plan prévoyant la minimisation des risques posés. Il pourrait donc paraître hasardeux de considérer que le juge a le pouvoir de faire cesser les comportements liés aux activités de l'entreprise, uniquement parce qu'elles n'ont pas prévu un plan suffisant pour mitiger leurs risques. »

⁷³ S. DEVA, « Mandatory human rights due diligence laws in Europe: A mirage for rightsholders? », *Leiden Journal of International Law*, 2023, pp. 404 et s.

et bénéfiques des mesures d'atténuation est fondamentale au processus de gestion des risques au sein des entreprises. Un principe axiomatique de l'activité entrepreneuriale étant qu'il est nécessaire d'assumer des risques afin de dégager des profits, les processus de ERM ne visent pas à éliminer les risques, mais à trouver un équilibre entre les effets négatifs potentiels et les coûts de leur prévention⁷⁴. Aussi, la gestion du risque dans la régulation publique se construit sur le principe d'efficacité, ciblant l'utilisation la plus efficace des ressources par les autorités de régulation⁷⁵, ainsi qu'une réduction des obligations imposées aux entreprises au strict minimum nécessaire pour protéger le public⁷⁶. Pour justifier l'approche régulatrice qui délègue la gestion des risques aux entreprises, on affirme traditionnellement que celles-ci ont plus de connaissances de leurs opérations que les autorités publiques et peuvent donc adapter la mise en œuvre des devoirs en fonction de leurs situations spécifiques. Cela permet d'achever les buts de la régulation plus efficacement qu'avec des règles standardisées⁷⁷. Par conséquent, une caractéristique clé de la régulation par la gestion des risques est qu'elle cherche à minimiser autant que possible la perturbation des activités ou de la rentabilité des grandes entreprises.

D'ailleurs, le discours et les techniques de gestion du risque s'appuient traditionnellement sur les connaissances techniques - produites soit par la recherche scientifique,⁷⁸ soit par les professionnels.⁷⁹ La régulation à travers le risque favorise donc les modes de gouvernementalité où les experts sont chargés d'évaluer des indices et d'identifier des solutions techniques pour gérer les risques dans l'intérêt collectif. Cette tendance contribue directement à l'effet dépolitisant de la régulation, ainsi qu'à la réification des structures politiques et économiques existantes, notamment pour deux raisons.

En premier lieu, les modes de gouvernance fondés sur le recours à l'expertise plutôt que sur la participation publique obscurcissent la nature fondamentalement politique et contestée des questions concernant la gouvernance des chaînes de valeur et des plateformes numériques. Celles-ci sont présentées comme des problèmes techniques qui doivent être évalués par les experts selon les évidences scientifiques, afin d'identifier les meilleures solutions dans l'intérêt de la population au sens large. De cette manière, le devoir de vigilance et les normes sur les risques systémiques dans le DSA présupposent implicitement que les intérêts et les valeurs menacés, ainsi que les fins poursuivies par les systèmes de gestion des risques, sont déjà clairs et acceptés par tous. Cependant, il n'existe pas de solutions objectivement correctes à ces problèmes. Pour ne mentionner que quelques exemples concrets par rapport au DSA, qu'est-ce qu'un bon ou mauvais état du « discours civique » ? Quel est le meilleur équilibre entre la protection des mineurs, des contenus pour adultes, la protection de la vie privée et la

⁷⁴ L. AMOORE, *The Politics of Possibility: Risk and Security Beyond Probability*, Durham, North Carolina, Duke University Press, 2013, 232pp. ; M. POWER, « The risk management of nothing », *op. cit.*

⁷⁵ J. BLACK, « The Emergence of Risk-Based Regulation », *op. cit.*

⁷⁶ Cette approche s'appuie souvent sur des évaluations des coûts et bienfaits d'une régulation, conçus surtout en termes économiques et quantitatifs : I. KAMPOURAKIS et K.H. ELLER, « Quantifying 'Better Regulation' », *Verfassungsblog*, 2022 <https://verfassungsblog.de/quantifying-better-regulation/> [consulté le 23 octobre 2024] ; F. PASQUALE, « Power and Knowledge in Policy Evaluation: From Managing Budgets to Analyzing Scenarios » *Law & Contemporary Problems*, 2023, n° 86.

⁷⁷ K.A. BAMBERGER, « Technologies of Compliance: Risk and Regulation in a Digital Age » *Texas Law Review*, 2010, n° 88, p. 609 ; J. BLACK et A. MURRAY, « Regulating AI and Machine Learning: Setting the Regulatory Agenda », *European Journal of Law & Technology*, 2019, n° 10(3).

⁷⁸ U. BECK, *op. cit.*

⁷⁹ L. AMOORE, *op. cit.*

liberté d'expression ? Dans le contexte du devoir de vigilance, à quel point les consommateurs du Nord global devraient-ils payer plus cher pour leurs biens de consommation afin que les conditions de travail soient améliorées dans le Sud global ? Bien évidemment, il n'y a pas de consensus social ni de preuves scientifiques sur les réponses les plus appropriées à donner à ces questions : elles impliquent d'importants conflits d'intérêts et d'idéologies. L'approche régulatrice qui les conçoit comme des problèmes techniques qui peuvent être gérés par les experts du secteur privé dans l'intérêt de tout le monde obscurcit systématiquement les conflits politiques⁸⁰.

En deuxième lieu, cette dépolitisation n'est pas seulement trompeuse ; elle a aussi des conséquences concrètes pour la mise en œuvre et les résultats des régimes de régulation. Notamment, cette approche régulatrice, qui privilégie le recours à l'expertise plutôt que la participation publique, contribue à une dynamique d'élitisme qui rend plus difficile toute contestation des décisions des entreprises et des autorités publiques par les parties prenantes. La production, la collection et l'évaluation des preuves, ainsi que l'évaluation des techniques de gestion des risques, nécessitent non seulement de connaissances spécialisées qui sont largement réservées aux élites, mais aussi de ressources matérielles dont la distribution est très inégalitaire. Par conséquent, beaucoup d'études sociologiques et juridiques ont observé que les débats politiques autour de la régulation des risques, ainsi que les processus institutionnels de gestion des risques, sont influencés d'une manière disproportionnée par les entreprises régulées et/ou par d'autres groupes bien dotés en ressources financières du secteur privé. Ces acteurs ont plus de possibilités de produire et de mobiliser des évidences et des connaissances savantes afin de soutenir les stratégies de gestion du risque qu'ils privilégient⁸¹.

Bien sûr, d'autres groupes et communautés concernés peuvent critiquer et contester la manière dont les grandes entreprises identifient et gèrent les risques et proposer leurs propres visions. Les textes sur le devoir de vigilance ainsi que le DSA accordent une grande importance à ces avis techniques et indépendants, qui sont censées informer la gestion des risques non seulement en fournissant des informations sur les impacts négatifs actuels ou potentiels, mais aussi en surveillant l'application des régulations par les entreprises et les autorités publiques et, si nécessaire, les tenant pour responsables (soit à travers la critique publique et la pression politique, soit à travers des procédures juridiques). Par exemple, le « *stakeholder engagement* » a traditionnellement joué un rôle important dans les processus de vigilance sur les droits humains et l'environnement. Et cela, même si l'idée que les grandes entreprises doivent écouter les communautés concernées par leurs activités et ajuster leurs procédures de gestion de risque en fonction des avis de ces dernières a été fortement critiquée, car elle ignore « le déséquilibre de pouvoir, d'informations et de ressources entre les entreprises et les titulaires des droits »⁸². L'implication des parties prenantes est souvent présentée

⁸⁰ B. WYNNE, « Risk and Environment as Legitimatory Discourses of Technology: Reflexivity Inside Out? », *Current Sociology*, 2002, n° 50(3), p.459.

⁸¹ J. ADEKOLA, *Power and Risk in Policymaking: Understanding Public Health Debates*, Berlin, Springer Nature, 2020 ; W. BOYD, « De-Risking Environmental Law », *Harvard Environmental Law Review*, 2024, n° 48, p. 153 ; v. aussi une discussion des capacités disproportionnées des entreprises de produire des évidences scientifiques favorisant leurs positions (bien que non spécifiques à la régulation par le risque) dans J. URIBE, *op. cit.*

⁸² S. DEVA, *op. cit.*, p. 400, (traduit par les auteurs) ; v. aussi B. DVOSKIN, « Representation Without Elections: Civil Society Participation as a Remedy for the Democratic Deficits of Online Speech Governance », *Villanova Law Review*, 2022, n° 67 ; R. GRIFFIN, « Public and private power in social media governance: multistakeholderism, the rule of law and democratic accountability », *Transnational Legal Theory*, 2023, n° 14(1), p.46.

comme un moyen de garantir une vigilance effective, et cela est explicitement consacré non seulement par la loi de 2017, mais aussi par la CSDDD (art. 13)⁸³. Cette approche a également influencé la conception de la gestion des risques dans le DSA, dont le considérant 90 précise explicitement que les VLOPs doivent « mettre à l'essai leurs hypothèses auprès des groupes les plus affectés par les risques et les mesures prises »⁸⁴. Plus généralement, dans la régulation du numérique, il y a traditionnellement des liens étroits entre les organisations de la société civile (surtout celles spécialisées dans les « droits numériques » et la liberté de l'expression), les grandes entreprises et les autorités de régulation⁸⁵. Dans ce contexte, il est largement accepté que la consultation avec la société civile ainsi que les recherches et la critique indépendante doivent jouer un rôle important dans la gestion des risques systémiques⁸⁶.

Cependant, l'importance que cette approche régulatrice accorde à l'expertise technique pourrait rendre la participation et le contrôle indépendant non seulement plus difficiles, mais encore plus inégalitaires. En général, parce que ce genre de régime de régulation valorise les évidences et les connaissances dites « techniques », il est souvent nécessaire pour d'autres acteurs de présenter leurs idées ou critiques dans des termes techniques et « objectifs » afin d'être perçus comme autorisés⁸⁷. Cette dynamique ne se limite pas à la production des évidences scientifiques. Par exemple, le langage juridique des droits humains – sur lequel le devoir de vigilance, ainsi que le DSA, s'appuient pour conceptualiser des problèmes sociaux disparates – est lui aussi technique et sa maîtrise est largement réservée aux professionnels⁸⁸. Par conséquent, les associations et les communautés disposant de moins de ressources auront généralement plus de difficultés à participer aux discours savants autour de la gestion des risques⁸⁹. En même temps, les organisations avec suffisamment de ressources et de liens dans ces espaces d'experts seront encouragées à présenter leurs interventions dans des termes dépolitisés⁹⁰, afin de maximiser les chances qu'elles soient écoutées par les VLOPs et les autorités de régulation.

⁸³ En effet, l'absence d'implication des parties prenantes, ainsi que l'imposition de normes, valeurs et standards du Nord global dans les États du Sud global sont à la base des critiques de ceux qui dénoncent la dimension néocoloniale du devoir de vigilance, v. D. BOSE, « Decentring Narratives around Business and Human Rights Instruments: An Example of the French Devoir de Vigilance Law », *Business and Human Rights Journal*, 2023, n° 1, p. 18 et s. ; C. OMARI LICHUMA, « Harmonization Pains but Stakeholders' Gain: The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive and its Implications for the Meaningful Engagement Provisions of Member States with a Due Diligence Law », *VerfBlog*, 2024 available at: <https://verfassungsblog.de/harmonization-pains-but-stakeholders-gain/> [consulté le 5 décembre 2024].

⁸⁴ Cependant, la loi n'explique jamais comment les « groupes les plus affectés par les risques » devront être identifiés - une opération qui présuppose, logiquement, qu'il est déjà clair (ou qu'il peut être établi selon des critères claires) quels sont les risques et comment ils touchent de différents groupes. Dans ce sens, même les processus de consultation prescrit par le DSA sont eux aussi envisagés dans un cadre fortement dépolitisé, ou une contestation de la nature des risques ou des buts de la régulation n'entre pas en considération : v. R. GRIFFIN, « What do we talk about », *op. cit.*

⁸⁵ B. DVOSKIN, « Representation without elections » *op. cit.* ; R. Caplan, « Networked Platform Governance: The Construction of the Democratic Platform », *International Journal of Communication*, 2023, n° 17.

⁸⁶ GLOBAL NETWORK INITIATIVE & DIGITAL TRUST & SAFETY PARTNERSHIP, « European Rights & Risks 2024: Stakeholder Engagement Forum Event Summary », 2024, <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/GNI-DTSP-Forum-Summary.pdf> [consulté le 3 décembre 2024].

⁸⁷ U. BECK, *op. cit.* ; W. Boyd, *op. cit.*

⁸⁸ DA. KENNEDY, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Hoboken, New Jersey, Princeton University Press, 2018, 312pp. ; B. DVOSKIN, « Expert Governance of Online Speech », *Harvard International Law Journal*, 2023, n° 64.

⁸⁹ R. GRIFFIN, « Public and Private Power », *op. cit.*

⁹⁰ P. LEERSSEN, « Outside the Black Box: From Algorithmic Transparency to Platform Observability in the Digital Services Act », *Weizenbaum Journal of the Digital Society*, 2024, n° 4(2).

La conception des conflits politiques en termes de gestion des risques, ainsi que la délégation de leur gestion aux entreprises, limitent donc dès le début les problématiques qui peuvent être posées et les solutions qui peuvent être apportées au sujet des chaînes de valeur et des plateformes. Les détails de leur construction et de leur fonctionnement peuvent être mis en cause afin de mieux atténuer des risques spécifiques. Cependant, d'autres questions – par exemple : ces activités servent-elles au bien commun ? Représentent-elles une utilisation convenable des ressources ? Devraient-elles être structurées d'une manière tout à fait différente ? – sont systématiquement exclues, car ces questions fondamentales sur les buts et les justifications des activités économiques ne se prêtent pas à être discutées en termes de gestion des risques⁹¹.

En ce qui concerne la loi française sur le devoir de vigilance, une preuve de ce manque de capacité transformatrice est la consécration, de la part du tribunal judiciaire de Paris, de la perspective selon laquelle le devoir de vigilance mettrait à la charge des sociétés des « buts monumentaux »⁹². Cette affirmation souligne que le Tribunal inscrit le devoir de vigilance dans la logique de la *compliance*⁹³ : il ne s'agit pas d'attribuer aux entreprises la responsabilité pour les atteintes qui découlent de la structure du système socio-économique dont elles profitent, mais de leur demander des efforts afin d'atteindre un objectif qui serait hors de portée⁹⁴.

La limitation de l'imagination régulatrice est également très visible dans les discours savants autour du DSA et de son application : certaines questions sont absentes des débats. Les plateformes assujetties au DSA sont définies comme des services numériques qui hébergent des contenus fournis par leurs utilisateurs et les diffusent au public⁹⁵. Les débats publics autour du règlement se sont typiquement concentrés sur des questions liées à la gouvernance des communications et des contenus médiatiques partagés sur ces plateformes (par exemple, la désinformation, les propos haineux, le journalisme, etc.) Or, les enjeux sociopolitiques posés par ces services ne se limitent pas à la distribution d'informations. Les plateformes numériques ne sont pas des espaces immatériels où les informations circulent librement, mais des infrastructures et des activités économiques matérielles, dont l'opération continue nécessite une quantité

⁹¹ B. WYNNE, *op. cit.* ; J. WILSDON et R. WILLIS, *See-through Science: Why public engagement needs to move upstream*, Demos, 2004 <https://demos.co.uk/wp-content/uploads/files/Seethroughsciencefinal.pdf> [consulté le 23 octobre 2024]. Dans d'autres domaines tels que la régulation chimique ou environnementale, il arrive parfois que la gestion des risques par les autorités publiques sert à justifier l'interdiction complète de certains produits ou de certaines activités : v. M.E. KAMINSKI, *op. cit.* Cependant, cette approche est beaucoup moins pertinente dans les régimes comme le DSA ou la CSDDD qui délèguent la gestion des risques aux entreprises. En effet, les entreprises vont rarement ou jamais produire des évaluations des risques qui concluent qu'elles doivent cesser complètement des activités rentables.

⁹² Formule élaborée, notamment, par Marie-Anne Frison-Roche, v. par exemple M.-A. FRISON-ROCHE, « Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la compliance », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Les buts monumentaux de la compliance*, Paris, Dalloz et JoRC, 2022, pp. 21 et s., et reprise par le tribunal judiciaire de Paris, v. ordonnance (référé) TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53942 et TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53943, *JCP G*, 2023, act. 373, note M. HAUTEREAU-BOUTONNET et B. PARANCE ; *D.*, 2023. 1000, note G. LERAY et P. ABADIE ; *JCP E* 2023, 1086, note J.-B. BARBIERI. Dans la décision *La Poste*, le Tribunal parle d'« objectif monumental », v. TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827, *cit.*

⁹³ A. VAUCHEZ et C. VINCENSINI, « Compliance. La division public-privé du travail régulateur », in A. VAUCHEZ (dir.), *Le moment régulateur. Naissance d'une contre-culture de gouvernement*, Paris, Presses de Sciences po, 2024, pp. 320 et s.

⁹⁴ M. HAUTEREAU-BOUTONNET et B. PARANCE, « Prudence dans l'analyse du premier jugement sur le devoir de vigilance des entreprises ! - À propos du projet pétrolier en Ouganda et Tanzanie des filiales de TotalEnergies », *JCP*, 2023 n° 12, act. 373.

⁹⁵ Cette définition des plateformes en ligne est établie dans l'Article 3(i) du DSA. Les obligations de gestion de risque sur lesquelles nous nous concentrons ici s'appliquent exclusivement aux plateformes en ligne selon cette définition qui compte plus de 45 millions d'utilisateurs mensuels actifs dans l'UE : v. Article 33 DSA.

remarquable de travail et de ressources. Dans ce sens, les VLOPs assujetties au DSA sont également des entreprises donneuses d'ordre dans le sens de la CSDDD⁹⁶ : elles planifient et structurent les systèmes de production en impliquant beaucoup d'autres entreprises et travailleurs, ainsi que l'extraction de ressources et d'importants impacts environnementaux.

Quelques exemples permettent d'illustrer ce fait. Premièrement, comme l'ont montré plusieurs recherches empiriques, la modération des contenus et la production des outils IA⁹⁷ exigent beaucoup de travail - typiquement répétitif et ennuyeux, parfois très stressant ou même traumatisant - afin d'évaluer des contenus, d'étiqueter les données, etc⁹⁸. Pour minimiser leurs coûts et de maximiser leur flexibilité, les VLOPs externalisent une grande partie de ce travail à des sous-traitants dans le Sud global, où les conditions de travail sont généralement précaires et pénibles⁹⁹. Deuxièmement, le modèle commercial des VLOPs implique non seulement de connecter les utilisateurs les uns avec les autres, mais surtout d'offrir à d'autres entreprises des services qui leur permettent d'atteindre leurs consommateurs - soit à travers la publicité ciblée (dans les cas des réseaux sociaux et des moteurs de recherche), soit en vendant des produits directement à travers la plateforme (dans les cas des boutiques d'applications ou les marchés d'*e-commerce*)¹⁰⁰. En fournissant cette infrastructure nécessaire pour d'autres entreprises, les grandes plateformes exercent donc beaucoup de pouvoir dans la régulation et la structuration de leurs activités commerciales - de la même manière que les entreprises donneuses d'ordre planifient les activités des autres entreprises dans d'autres secteurs¹⁰¹. Troisièmement, l'opération de ces infrastructures numériques - basées sur le stockage, l'analyse et la circulation mondiale des volumes stupéfiants de données - exige des ressources matérielles colossales : énergie pour alimenter les

⁹⁶ S. AHMAD, « Who moderates my social media? Locating Indian workers in the global content moderation practices », in C. Strippel, S. Paasch-Colberg, M. Emmer, & J. Trebbe (eds.), *Challenges and perspectives of hate speech research*, Berlin, Boehland & Schremmer Verlag, 2023, pp. 111-125.

⁹⁷ Les logiciels d'IA sont beaucoup utilisés par les grandes plateformes pour la modération et la curation des contenus, ainsi que pour les nouvelles fonctionnalités d'IA générative - récemment devenues omniprésentes, parce qu'elles sont vues par les entreprises de « big tech » comme l'actuelle technologie phare dont il faut dominer le marché à tout prix.

⁹⁸ S. ROBERTS, *op. cit.* ; S. AHMAD, *op. cit.* ; S. AHMAD & M. GREB, *op. cit.* ; C. LE LUDEC, *Des humains derrière l'intelligence artificielle. La sous-traitance du travail de la donnée entre la France et Madagascar*, Institut Polytechnique de Paris, 2024 <https://hal.science/tel-04605206/> [consulté le 3 décembre 2024].

⁹⁹ Par exemple, à la suite des tentatives de syndicalisation par les modérateurs travaillant pour un sous-traitant de Meta au Kenya, Meta a déplacé ces opérations vers d'autres pays : J. HENDRIX, J. OYANGE ODHIAMBO, S. KGOMO et R. MATHENGE, « Checking on the Progress of Content Moderators in Africa », *Tech Policy Press*, 2024 [consulté le 3 décembre 2024]. Cette flexibilité, qui limite sévèrement le pouvoir de négociation des travailleurs, représente un des grands avantages de l'externalisation du travail pour les multinationales. Par ailleurs, la minorité de modérateurs qui sont employés dans les pays du nord global sont typiquement des migrant.es, qui ont également relativement peu de pouvoir de négociation dans le marché de travail : S. AHMAD et M. GREB, *op. cit.* ; PURPLE CODE, « With Aida Eyvazzadeh and Sakine M. Bozorg », Purple Code, 2024 <https://purplecode.org/?podcast=with-aida-eyvazzadeh-and-sakin-m-bozorg> [consulté le 3 décembre 2024].

¹⁰⁰ COHEN, *op. cit.* ; N. SRNICEK, *Platform Capitalism*, London, Polity, 2016, 120pp.

¹⁰¹ Les standards détaillés et exigeants imposés par Apple pour toutes les applications distribuées sur son App Store en matière de vie privée et de modération de contenus en sont un bon exemple : T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 2018 ; J. VAN HOBOKEN et R. Ó FATHAIGH, « Smartphone platforms as privacy regulators », *Computer Law & Security Review*, 2021, n° 41, 105557.

serveurs¹⁰², eau pour les refroidir¹⁰³, métaux et minéraux pour produire les chips et les appareils (dont les processus de production demandent à leur tour énormément d'énergie et d'eau¹⁰⁴). La consommation de ressources par les nouveaux systèmes d'IA avancée suscite de plus en plus d'attention médiatique et de contestation par des mouvements sociaux¹⁰⁵, mais ne devrait pas obscurcir le fait que la plupart des impacts environnementaux de l'infrastructure numérique sont produits par les technologies les plus établies et répandues, telles que l'analyse de données à grande échelle par les grandes plateformes globales¹⁰⁶.

En raison de leur définition très large, les domaines du risque mentionnés dans l'article 34(1) du DSA sont théoriquement capables de prendre en compte une gamme énorme de problèmes structurels liés aux opérations des grandes plateformes, y compris des questions sur les conditions de travail et les impacts environnementaux. Par exemple, les droits fondamentaux doivent comprendre les droits des travailleurs ; la santé et la sécurité publique sont bien évidemment fortement impactées par les changements climatiques. Cependant, les « risques systémiques » ont jusque-là généralement été interprétés – non seulement par les VLOPs, mais également par les autorités de régulation, les chercheurs et les experts de la société civile¹⁰⁷ – d'une manière très circonscrite, restreinte à des problèmes et solutions liés à la gouvernance de l'information et des contenus¹⁰⁸, et capables d'être abordés grâce à des ajustements dans les systèmes de modération et de curation que les VLOPs ont déjà mis en place.

En effet, non seulement les VLOPs eux-mêmes, mais aussi les autorités publiques et la communauté d'experts autour du DSA semblent être coincées dans une conception du risque qui se borne à des problèmes et solutions susceptibles d'être abordés sans mettre en cause les modèles d'affaires des VLOPs, ni les relations de production sur lesquelles ces modèles se basent. Cette façon étroite de penser les risques peut être expliquée par les deux tendances dépolitisantes que nous avons déjà analysées dans cette partie. D'abord, la délégation de la gestion des risques aux VLOPs rend presque impossible toute conception du risque systémique qui mette en cause leur rentabilité ou leurs modèles commerciaux. Ensuite, le discours de la gestion des risques et la valorisation

¹⁰² The Economist, « Big tech's great AI power grab », *Economist*, 2024, <https://www.economist.com/business/2024/05/05/big-techs-great-ai-power-grab> [consulté le 3 décembre 2024].

¹⁰³ P. LI, J. YANG, M.A. ISLAM et S. REN, « Making AI Less 'Thirsty': Uncovering and Addressing the Secret Water Footprint of AI Models », arXiv, 2024 <https://doi.org/10.48550/arXiv.2304.03271> [consulté le 3 décembre 2024].

¹⁰⁴ J.C. HESS, *Chip Production's Ecological Footprint: Mapping Climate and Environmental Impact*, Interface, 2024 <https://www.interface-eu.org/publications/chip-productions-ecological-footprint> [consulté le 3 décembre 2024].

¹⁰⁵ G. LIVINGSTONE, « 'It's pillage': thirsty Uruguayans decry Google's plan to exploit water supply », *The Guardian*, 2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/jul/11/uruguay-drought-water-google-data-center> [consulté le 3 décembre 2024].

¹⁰⁶ The Economist, *op. cit.*

¹⁰⁷ B. BOTERO ARCILA, « Systemic Risks in the DSA and its Enforcement », DSA Decoded, 2024, <https://www.dsadecoded.com/systemic-risks-in-the-dsa-and-its-enforcement> [consulté le 3 décembre 2024].

¹⁰⁸ Quelques experts ont discuté de la possibilité que les Articles 34-35 pourraient obliger les VLOPs à intégrer la mitigation de leurs impacts environnementaux dans leurs systèmes de gestion des risques systémiques : R. GRIFFIN, *Climate Breakdown as a Systemic Risk in the Digital Services Act*, Hertie School Centre for Digital Governance, 2023, <https://www.hertie-school.org/en/news/detail/content/climate-breakdown-as-a-systemic-risk-in-the-digital-services-act> [consulté le 3 décembre 2024] ; SACHVERSTÄNDIGENRAT FÜR VERBRAUCHERFRAGEN, *Plattformökonomie und nachhaltiger Konsum*, SVRV, 2024 <https://www.svr-verbraucherfragen.de/plattformoekonomie-und-nachhaltiger-konsum-svrv-uebergibt-und-veroeffentlicht-policy-brief/> [consulté le 3 décembre 2024]. Il s'agit pourtant d'une perspective pour le moment minoritaire.

des connaissances scientifiques, professionnelles et « objectives », rendent difficile d'avancer des argumentations ouvertement politiques qui adressent le modèle productif, l'organisation du travail ou l'utilisation des ressources dans l'économie numérique.

Une autre argumentation potentielle pour justifier l'exclusion de ces questions du champ du DSA pourrait être l'existence de la CSDDD¹⁰⁹ – qui s'appliquera aussi (dès 2027) aux VLOPs en tant que grandes entreprises multinationales, si elles remplissent les conditions prévues par l'article 2. Théoriquement, en parallèle avec leurs obligations d'évaluer et de gérer les risques systémiques prescrites par le DSA, ces entreprises doivent mettre en place des systèmes de vigilance pour identifier et empêcher les violations de droits humains et de travailleurs ainsi que les incidences négatives sur l'environnement. La CSDDD vise beaucoup plus explicitement ce genre de questions, ce qui pourrait peut-être justifier leur exclusion *de facto* de l'application des obligations de gestion des risques, selon le DSA.

Est-ce que les nouveaux devoirs de vigilance peuvent restreindre la consommation de plus en plus gigantesque de l'eau et de l'énergie impliquée par les infrastructures numériques des VLOPs, ou garantir de meilleures conditions de travail chez leurs sous-traitants ? La CSDDD est peu à même de mitiger ces risques aussi dans le domaine des services numériques. En effet, même si l'élargissement aux entreprises extra-européennes représente certainement une avancée majeure¹¹⁰, la directive ne paraît efficace ni pour améliorer considérablement les conditions de travail, par exemple en imposant le versement d'un salaire décent aux travailleurs impliqués au long de la chaîne de valeur, ni pour limiter l'exploitation des ressources naturelles¹¹¹. Beaucoup d'études sur les processus de vigilance au sein des entreprises ont montré qu'ils sont peu susceptibles de mettre en cause les stratégies des grandes entreprises, leur consommation de ressources ou leurs pratiques de sous-traitance, mais servent plutôt à légitimer ces pratiques¹¹². En appliquant le nouveau devoir de vigilance, autant que les obligations de gestion des risques systémiques, les entreprises de « big tech » pourront soutenir des conceptions du risque dépolitisées, qui exigent des ajustements techniques et incrémentaux, plutôt que des changements remarquables de stratégie.

Nous avons tenté de démontrer que concevoir ces enjeux comme des risques produit un effet de neutralisation à la fois sur le rôle de ceux qui sont assujettis à la règle et sur la façon de concevoir le système socio-économique. Une fois que les atteintes graves ont été conçues comme exogènes au système de production et circulation actuel, ce même système devient un *a priori* que le droit ne devrait pas remettre en cause. Dès lors,

¹⁰⁹ Sauf dans les cas où une règle est *lex specialis* par rapport à une autre, ces arguments s'appuient normalement sur des raisonnements d'opportunité qui relèvent d'une appréciation politique. On peut remarquer qu'il s'agit d'une technique argumentative assez répandue : il ne serait pas opportun d'appréhender un certain problème dans un certain champ du droit, car une autre branche serait plus à même de s'y attaquer efficacement. Il n'en reste pas moins que, aussi en raison de la fragmentation des savoirs, il n'est pas garanti que le problème sera abordé par d'autres experts dans cet autre champ. S'opposant à une pensée dialectique de la totalité, il s'agit là d'une démarche typique de la pensée libérale, qui fragmente et cloisonne à la fois les objets d'étude et les perspectives des savants. V. G. LUKACS, *Histoire et conscience de classe*, Paris, Éd. Minuit, 1973 ; I. WALLERSTEIN, *The Modern World-System IV: Centrist Liberalism Triumphant, 1789-1914*, Berkeley et Los Angeles, University of California Press, 2011, pp. 219 et s.

¹¹⁰ S. SCHILLER, « La directive sur le devoir de vigilance. Appréciation du champ d'application, des obligations imposées et des sanctions au regard de la loi française », *JCP E*, 2024, n° 27, p. 16 et s.

¹¹¹ R. FORNASARI et V. MACCARRONE, *op. cit.*

¹¹² I. LANDAU, *op. cit.* ; S. DEVA, *op. cit.* ; A. DUVAL, *op. cit.* ; R. FORNASARI et V. MACCARRONE, *op. cit.*

la nature et l'efficacité des régimes juridiques en ressortent affaiblies. C'est à l'analyse des conséquences juridiques de cette approche que nous nous attellerons.

II. Risque et incapacité transformatrice du devoir de vigilance et du DSA

L'encadrement des violations des droits humains et de l'environnement comme risques détermine la structure de la réglementation, ainsi que les remèdes consacrés par celle-ci. L'approche par le risque implique une procéduralisation qui relègue le droit au rôle de méta-régulation : les autorités publiques et les parties prenantes externes ne peuvent que veiller à ce que les entreprises régulées suivent des procédures de gestion de risque, mais ces dernières retiennent la discrétion de décider des résultats de ces procédures (A). Cela implique également des limitations importantes concernant l'efficacité des remèdes prévus en cas de violation des obligations, ce qui réduit encore davantage la capacité transformatrice de ces normes (B).

A. La prédominance de la procédure sur les résultats

L'approche régulatrice qui délègue la gestion des risques aux entreprises est souvent nommée « méta-régulation »¹¹³. Ce terme fait référence à la dynamique selon laquelle les législatures et les autorités publiques ne régulent pas les activités commerciales d'une façon directe (par exemple, en fixant des seuils maximaux de pollution, des salaires minimaux, des mesures de sécurité obligatoires, des pratiques commerciales interdites...), mais obligent les entreprises assujetties à établir leurs propres systèmes et standards pour appréhender ces problématiques. Les autorités publiques doivent surveiller ces systèmes de régulation privés afin d'en assurer l'efficacité. Cette surveillance indirecte se concentre surtout sur les procédures créées par les entreprises pour établir et appliquer les standards, plutôt que sur les contenus des standards eux-mêmes ou les résultats qu'ils produisent.

Cette approche de la part des régulateurs entraîne également des conséquences pour l'approche poursuivie par les entreprises ciblées. En effet, celles-ci sont davantage motivées à appliquer le devoir de vigilance et de gestion des risques à travers le prisme des coûts potentiels d'éventuelles sanctions juridiques. Selon l'analyse éclairante de Michael Power, les organisations sont généralement motivées par les « risques secondaires » qui les menacent au cas où leurs systèmes de gestion de risque devaient être jugés insuffisants, plutôt que par les « risques primaires » qu'elles sont censées gérer¹¹⁴. Si les autorités de régulation évaluent essentiellement les procédures internes de gestion des risques (par exemple, les indicateurs utilisés pour mesurer la pollution), plutôt que leurs conséquences externes (par exemple, la quantité de pollution émise), les entreprises vont logiquement se concentrer sur la documentation qui démontre

¹¹³ J. BLACK, « The Emergence of Risk-Based Regulation », *op. cit.* ; CH. PARKER, « Meta-Regulation: Legal Accountability for Corporate Social Responsibility », in D. MCBARNET, A. VOICULESCU, T. CAMPBELL (eds.), *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 209

¹¹⁴ M. POWER, « The risk management of nothing », *op. cit.*

qu'elles ont suivi des procédures correctes, plutôt que sur l'atteinte du résultat, afin de minimiser le « risque secondaire » de conséquences juridiques. En effet, dans les sphères du devoir de vigilance sur les droits humains et l'environnement¹¹⁵, ainsi que dans la gouvernance des plateformes et la mise en œuvre du DSA¹¹⁶, des experts ont déjà constaté une tendance à se concentrer sur les procédures plutôt que sur les résultats dans les évaluations du risque et l'application des mesures d'atténuation. Les entreprises établissent des procédures bureaucratiques internes élaborées afin de documenter qu'elles ont pris en considération les risques, que leurs décisions se fondent sur les données, les évidences scientifiques et les « best practices » reconnus, qu'elles ont coché toutes les cases. Ainsi, elles peuvent montrer qu'elles sont toujours en train de réfléchir à des risques et de les atténuer - un processus d'amélioration sans fin¹¹⁷, dont les résultats ultimes sont secondaires¹¹⁸.

Cette critique de la procéduralisation a été adressée de longue date au devoir de vigilance en matière de droits humains¹¹⁹, et s'applique aussi par rapport aux devoirs de vigilance consacrés par la loi de 2017 et la CSDDD, ainsi qu'à la gestion des risques systémiques sur la base du DSA. D'abord, elle permet aux entreprises de faire de l'application de la loi une *performance*, mettant en exergue l'apparence d'activité plutôt que les résultats concrets. Par exemple, elles peuvent établir de la « paperasse » et d'autres processus « cérémonieux » pour signaler leur engagement aux autorités publiques et aux autres acteurs concernés¹²⁰, dont les effets sur les pratiques commerciales sont pourtant minimaux¹²¹. Elles peuvent également favoriser les conceptions du risque, les indicateurs et les mesures d'atténuation qui sont les plus « auditables », car plus faciles à documenter et à vérifier¹²² (par exemple, parce qu'ils sont simples, standardisés et/ou quantitatifs), même s'ils ne sont pas les plus pertinents¹²³. Ensuite, bien que cette procéduralisation ne puisse pas effacer les choix substantifs sur le bilan entre les différents intérêts, valeurs et priorités dans la gestion des plateformes et des chaînes de valeurs, elle peut effectivement les obscurcir. Si l'emphase est toujours sur la procédure, il est plus aisé d'éviter, dans la documentation des systèmes de gestion des risques et dans les débats publics autour de la régulation, une discussion explicite des décisions substantielles et de leurs coûts, leurs bénéfices et leurs effets distributifs. Ces décisions sont donc plus difficiles à surveiller et à contester pour les autres acteurs concernés.

¹¹⁵ P. BARRAUD DE LAGERIE, « L'arbre des litiges à la loupe. La fabrique de la première décision de justice sur le devoir de vigilance des multinationales », à paraître dans *Politix*, 2025, p. 15 ; M. ARCHER, *Unsustainable: Measurement, Reporting, and the Limits of Corporate Sustainability*, New York, NYU Press, 2024 ; R. MARES, « 'Respect' Human Rights: Concept and Convergence », in Robert C. Bird, Daniel R. Cahoy et Jamie Darin Prekert (eds.), *Law, Business and Human Rights: Bridging the Gap*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, p.43.

¹¹⁶ A.E. WALDMAN, « Privacy Law's False Promise » *Washington University Law Review*, 2020, n° 97(3), p.773 ; D. KELLER, « The Rise of the Compliant Speech Platform », *Lawfare*, 2024, <https://www.lawfaremedia.org/article/the-rise-of-the-compliant-speech-platform> [consulté le 4 décembre 2024].

¹¹⁷ Cette valorisation de l'amélioration continue est évidente dans la décision *La Poste* en matière de vigilance, où le juge a exclu la commination d'astreinte en raison des efforts continus de la Poste, v. TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827, *cit.*

¹¹⁸ M. ARCHER, *op. cit.*

¹¹⁹ C. PARKER, *op. cit.* ; I. LANDAU, *op. cit.*, pp. 238-239.

¹²⁰ Le manque de transparence rend plus facile la compliance cosmétique I. LANDAU, *op. cit.*, p. 237.

¹²¹ I. LANDAU, *op. cit.* ; A.E. WALDMAN, *op. cit.* ; v. aussi L. EDELMAN, *Working Law: Courts, Corporations and Symbolic Civil Rights*, Chicago, University of Chicago Press, 2016.

¹²² Cette large liberté de choix sur les mesures à mettre en œuvre est par exemple explicitement consacrée par les articles 10 et 11 de la CSDDD.

¹²³ M. POWER, *The Audit Society: Rituals of Verification*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

Pour partie, cette dynamique de procéduralisation est une fonction de la délégation de la responsabilité aux entreprises – qui, comme nous avons discuté ci-dessus, est fondée sur le principe qu’elles connaissent mieux leur propre activité que les autorités publiques et qu’elles peuvent donc décider plus efficacement de la manière de gérer les risques¹²⁴. Cependant, la procéduralisation est également liée à la nature dépolitisante de la régulation par la gestion des risques et aux cadres institutionnels de leur mise en œuvre – surtout en ce qui concerne la forte dépendance sur les connaissances des spécialistes professionnelles en gestion des risques, comme les auditeurs et les sociétés de conseil¹²⁵.

Le rôle important de ces derniers est typique dans les systèmes de l’ERM, ainsi que dans la régulation par le risque dans de nombreux domaines. En ce qui concerne le devoir de vigilance, les engagements volontaires de vigilance sur les droits humains et les atteintes environnementales ont déjà créé « une industrie spécialisée croissante d’auditeurs privés, boîtes de conseil, et experts »¹²⁶ qui fournissent non seulement les ressources et les connaissances nécessaires aux entreprises multinationales afin qu’elles puissent démontrer leurs engagements, mais aussi la légitimation essentielle des experts externes qui confirment qu’elles ont suivi les « best practices » reconnus. L’institutionnalisation de ces processus de vigilance volontaire à travers les textes contraignants sur le devoir de vigilance a renforcé la demande de tels services. En parallèle, les pressions croissantes (réputationnelles et médiatiques, ainsi que politiques¹²⁷) sur les grandes entreprises numériques ont déjà donné naissance à un écosystème vivant d’entreprises privées qui offrent des services de « trust and safety »¹²⁸. Avec l’introduction du DSA (et d’autres régulations similaires relatives à d’autres contextes), cet écosystème est en train de se développer considérablement¹²⁹. Jusque-là, les VLOPs ont surtout engagé les « big four », qui dominent les marchés de l’audit et du conseil, pour les audits exigés par l’article 37 DSA, ainsi que pour orienter leurs systèmes de gestion du risque d’une manière plus générale¹³⁰. Cependant, de plus en plus d’entreprises de sous-traitance, de conseil et de logiciels spécialisées dans ce secteur sont créées (comme Tremau, une société de conseil parisienne spécialisée dans le DSA et la correspondante réglementation britannique des plateformes, fondée par d’anciens étudiants de Sciences Po qui ont travaillé pour le ministère du numérique français)¹³¹.

Cette dépendance des experts externes peut effectivement introduire un troisième niveau de méta-régulation : « la responsabilité de réguler les droits humains » - ou d’autres domaines politiques, comme la gestion des plateformes numériques, la pollution ou la consommation de ressources - « est d’abord sous-traitée par les États

¹²⁴ V. *infra* IB. V. aussi K.A. BAMBERGER, *op. cit.* ; K. YEUNG et L.A. BYGRAVE, « Demystifying the modernized European data protection regime: Cross-disciplinary insights from legal and regulatory governance scholarship », *Regulation & Governance*, 2022, n° 16, p.137.

¹²⁵ Y. BENRAHOU, *op. cit.*

¹²⁶ A. DUVAL, *op. cit.*

¹²⁷ N. MARCHAL, E. HOES, K.J. KLÜSER, F. HAMBORG, M. ALIZADEH, M. KUBLI et C. KATZENBACH, « How Negative Media Coverage Impacts Platform Governance: Evidence from Facebook, Twitter, and YouTube », *Political Communication*, 2024.

¹²⁸ T. BERNARD, « The Evolving Trust and Safety Vendor Ecosystem », *Tech Policy Press*, 2023, <https://www.techpolicy.press/the-evolving-trust-and-safety-vendor-ecosystem/> [consulté le 23 octobre 2024].

¹²⁹ D. KELLER, « Compliant Speech Platform », *op. cit.*

¹³⁰ A. HOHLFELD, « DSA: Risk Assessment & Audit Database », 2024, <https://docs.google.com/spreadsheets/d/12hJWpCFmHJMQLz1qkd6OgGsMW82YcsWgJHxD7BHVps/edit?gid=0#gid=0> [consulté le 5 décembre 2024]; v. aussi P. TERZIS, M. VEALE et N. GAUMANN, « Law and the Emerging Political Economy of Algorithmic Audits », *FAccT ’24: Proceedings of the 2024 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2024, pp.1255-1267.

¹³¹ T. BERNARD, *op. cit.*

aux entreprises et puis sous-traitée à nouveau à d'autres acteurs privés »¹³². Nous avons déjà examiné la manière dont cette conception de la gestion des risques comme problème technique dépolitise des enjeux pourtant fondamentaux et limite la possibilité de réformes structurelles¹³³. Ici, il est important de souligner que cette sous-traitance de l'application de la loi aux experts externes renforce davantage sa procéduralisation. En effet, les auditeurs et les boîtes de conseils n'ont aucun désir de se présenter comme prenant des décisions politiques et contestables sur l'organisation de la production économique, ce qui pourrait engendrer non seulement des controverses, mais potentiellement des risques légaux (s'il est établi que leurs décisions en matière de gestion des risques ont causé des dommages concrets). Par conséquent, en évaluant l'application des obligations prévues par les textes, en conseillant les entreprises régulées et en développant des standards et des « best practices », ces fournisseurs de services ont une forte incitation de mettre l'emphasis sur les procédures et leur documentation, plutôt que sur les décisions concrètes¹³⁴.

Cette procéduralisation peut atteindre des degrés différents ; l'application de ces textes de la part des Cours, ainsi que des autorités administratives, déterminent l'équilibre finalement retenu. Cependant, en ce qui concerne la loi de 2017, les premières applications confirment pleinement les craintes ci-dessus exprimées. La loi accorde une place centrale à la cartographie des risques et au plan de vigilance qui en découle. Cette centralité est même accrue par le tribunal judiciaire de Paris (qui a désormais la compétence exclusive en la matière¹³⁵), qui affirme que l'objet de l'obligation des entreprises est la vigilance, et non les activités des entreprises¹³⁶. Il s'ensuit que les demandes des parties, ainsi que le contrôle du juge, n'ont pas directement pour objet les atteintes graves, mais l'adéquation des mesures mises en place par la société afin de prévenir, mitiger ou mettre un terme à ces risques¹³⁷. L'attention accordée au plan de vigilance crée des frontières étanches entre ce plan et la conduite des sociétés, et porte le juge à considérer que les obligations des parties portent sur le plan, et non sur la conduite effective¹³⁸.

Cet aspect procédural avait atteint son paroxysme dans les premières ordonnances du tribunal judiciaire de Paris¹³⁹, qui avaient été, à juste titre, critiquées par la doctrine¹⁴⁰.

¹³² A. DUVAL, *op. cit.*, p. 287.

¹³³ V. *supra* I.B.

¹³⁴ M. POWER, *The Audit Society*, *op. cit.*; M. POWER, *The Risk Management of Everything*, *op. cit.*; D. KELLER, « Compliant Speech Platform », *op. cit.*

¹³⁵ V. l'art. 56 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, qui a créé l'article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire, qui prévoit « le tribunal judiciaire de Paris connaît des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du code de commerce ».

¹³⁶ TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827, *cit.*

¹³⁷ J.-B. BARBIERI, « Le pouvoir (très) restreint du juge des référés en matière de devoir de vigilance », *JCP E*, 2023, n° 12-13, pp. 32 et s. ; E. SCHLUMBERGER, *op. cit.*, pp. 20 et s.

¹³⁸ A. DANIS-FATOME et T. SACHS, « La quête d'un devoir de vigilance effectif : la voie contentieuse s'ouvre (enfin !) », *Rec. Dalloz*, 2024, p. 1556.

¹³⁹ Ordonnance (référé) TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53942 et TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53943, *JCP G*, 2023, act. 373, note M. HAUTEREAU-BOUTONNET et B. PARANCE ; *Rec. Dalloz*, 2023, 1000, note G. LERAY et P. ABADIE ; *JCP E* 2023, 1086, note J.-B. BARBIERI.

¹⁴⁰ V. par exemple B. PARANCE et J. ROCHFELD, « Discussions sur les conditions des actions en conformité au devoir de vigilance - À propos de l'ordonnance du tribunal judiciaire de Paris du 6 juillet 2023 », *JCP G*, 20 nov. 2023, pp. 1980 et s. ; M. HAUTEREAU-BOUTONNET et B. PARANCE, « Prudence dans l'analyse du premier jugement sur le devoir de vigilance des entreprises ! - À propos du projet pétrolier en Ouganda et Tanzanie des filiales de TotalEnergies », *JCP*, 2023 n° 12, act. 373 ; A.-M. ILCHEVA, « Devoir de vigilance : décryptage des premières décisions de la chambre 5-12 de la Cour d'appel de Paris », *Dalloz actualité*, 1^{er} juillet 2024.

Ces décisions, brièvement et schématiquement, affirmaient que l'assignation en justice devait introduire les mêmes demandes déjà présentées dans la mise en demeure. Selon cette interprétation, la mise en demeure était une étape essentielle pour composer le conflit entre les parties : par conséquent, elle devait indiquer toutes les demandes de la future assignation¹⁴¹. De plus, certaines de ces ordonnances énonçaient que la mise en demeure et l'assignation doivent avoir pour objet le dernier plan de vigilance, ce qui aurait pu engendrer un cercle kafkaïen qui aurait privé de toute effectivité la loi¹⁴². La Cour d'appel de Paris¹⁴³ a censuré ces ordonnances, réaffirmant que la société doit rechercher la collaboration des parties prenantes lors de la rédaction du plan : la mise en demeure ne saurait se substituer à cette phase précontentieuse. En outre, la Cour a statué qu'il n'est pas nécessaire de transmettre une nouvelle mise en demeure à chaque fois que le plan est modifié. Cependant, les décisions accordent une importance capitale à la procédure, en exprimant une déférence¹⁴⁴ envers les entreprises¹⁴⁵, qui sont élevées au rang d'acteurs primaires de la régulation¹⁴⁶. En effet, au lieu de se concentrer sur les dommages, les juges se concentrent sur l'adéquation du plan de vigilance et son éventuelle modification. Le Tribunal affirme que l'injonction ne peut contenir des mesures spécifiques que l'entreprise devrait adopter, car celles-ci relèvent de la compétence de l'entreprise elle-même¹⁴⁷.

¹⁴¹ Ordonnance TJ Paris, 6 juill. 2023, n° 22/03403, *JCP*, 2023. 1314, note B. PARANCE et J. ROCHFELD ; *D. actualité*, 13 juill. 2023, obs. J.-B. BARBIERI et A. TOUZAIN ; *Rev. sociétés*, 2023. 793, obs. A. DANIS-FATOME et N. HOFESCHIR ; *D.* 2024. 990, obs. G. LERAY et V. MONTEILLET. Une position analogue avait été exprimée dans Ordonnance (référé) TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53942 et TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53943, cit. Pour une critique v. M. HAUTEREAU-BOUTONNET et B. PARANCE, *op. cit.* ; A.-M. ILICHEVA, « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz actualité*, 13 avril 2023.

¹⁴² Ordonnance TJ Paris, 30 nov. 2021, n° 20/10246 ; TJ Paris, 1^{er} juin 2023, n° 22/07100, *Dalloz actualité*, 23 juin 2023, obs. J.-B. BARBIERI et A. TOUZAIN ; *D.*, 2024. 990, obs. G. LERAY et V. MONTEILLET.

¹⁴³ V. les trois décisions rendues sur les affaires *Total climat*, *EDF* et *Suez*, C. app. Paris, pôle 5 - ch. 12, 18 juin 2024, n° 23/14348 ; C. app. Paris, pôle 5 - ch. 12, 18 juin 2024, n° 21/22319 ; C. app. Paris, pôle 5 - ch. 12, 18 juin 2024, n° 23/10583, *Dalloz actualité*, 1^{er} juillet 2024, note A.-M. Ilcheva. TJ Paris, 30 nov. 2021, n° 20/10246 ; TJ Paris, 1^{er} juin 2023, n° 22/07100, *Dalloz actualité*, 23 juin 2023, obs. J.-B. BARBIERI et A. TOUZAIN ; *D.*, 2024. 990, obs. G. LERAY et V. MONTEILLET.

¹⁴⁴ Il s'agit d'une « déférence judiciaire aux structures symboliques », v. P. BARRAUD DE LAGERIE, « L'arbre des litiges à la loupe. La fabrique de la première décision de justice sur le devoir de vigilance des multinationales », *op. cit.*, p. 22 ; L. EDELMAN, *Working Law: Courts, Corporations and Symbolic Civil Rights*, Chicago, University of Chicago Press, 2016, pp 168 et s.

¹⁴⁵ E. SCHLUMBERGER, *op. cit.*, p. 22. Ce passage de la décision *La Poste* confirme la déférence du juge envers les entreprises : « La loi instaure ainsi un contrôle judiciaire sur l'intégration au plan de mesures concrètes, adéquates et efficaces en cohérence avec la cartographie des risques. En cas de manquement à cette obligation, elle lui donne le pouvoir d'enjoindre à la société d'élaborer, dans le cadre du processus d'autorégulation des mesures de sauvegarde que cette dernière doit définir en association avec les parties prenantes ainsi que des actions complémentaires plus concrètes et efficaces en lien le cas échéant avec un risque identifié. Mais cette disposition ne saurait conduire le juge à se substituer à la société et aux parties prenantes pour exiger d'elles l'instauration de mesures précises et détaillées. Pour prendre l'exemple discuté par les parties de la nécessité d'instaurer dans les contrats de sous-traitance une clause systématique de résiliation de plein droit lorsque le prestataire recourt au travail illégal, il n'est pas sans intérêt de relever que selon une coupure de presse produite par la partie demanderesse, certains travailleurs « sans-papiers » ont pu continuer à travailler sur un site après la résiliation du contrat d'une première entreprise sous-traitante qui les employait. Déterminer s'il est plus vertueux de résilier le contrat de sous-traitance dès le premier manquement constaté ou plus efficace de prévoir un système de pénalités avec mise en demeure relève d'une discussion stratégique dépassant très largement l'office du juge. Elle se rapporte au contraire à une démarche d'analyse des facteurs de risque qui doit être effectuée en association entre l'entreprise et les parties prenantes afin d'élaborer raisonnablement une mesure efficace pour éviter ou limiter le risque. » TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827, cit.

¹⁴⁶ P. BARRAUD DE LAGERIE, « L'arbre des litiges à la loupe. La fabrique de la première décision de justice sur le devoir de vigilance des multinationales », *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁷ TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827, cit. La doctrine avait déjà remarqué que deux options s'ouvraient au juge en cas de violation : « quelle peut être sa marge de manœuvre s'il constate l'insuffisance du plan ? Deux réponses sont envisageables. Il peut d'abord se cantonner à inciter l'entreprise à modifier son plan de

Deuxièmement, une analyse analogue peut être faite de la CSDDD, qui structure les obligations des parties, ainsi que les remèdes, par rapport à l'adéquation des mesures de vigilance. La responsabilité est établie sous la condition qu'il y eût eu une violation des articles 10¹⁴⁸ et 11¹⁴⁹, qui prévoient des obligations au cas où la vigilance permettrait de détecter une incidence négative. La CSDDD accorde une place fondamentale à la cartographie des risques et à la procédure pour les identifier. En ce qui concerne les mesures adéquates pour les prévenir ou les faire cesser, une marge d'autonomie extrêmement ample est laissée aux sociétés. Même si la version finale a éliminé les *safe harbours* qui étaient prévus grâce aux clauses contractuelles¹⁵⁰, il n'en demeure pas moins que toute une série des mécanismes relevant du droit des contrats et qui prévoient des mécanismes d'audit¹⁵¹ restent en place : la responsabilité peut être établie seulement en cas de manquement fautif à ces obligations. Il est donc à craindre que les pratiques de vigilance deviennent surtout des procédures visant à prévenir des assignations potentielles, plutôt que des pratiques visant effectivement à mettre fin aux incidences négatives dans les chaînes de valeur¹⁵².

D'ailleurs, le rapport entre vigilance et indemnisation des dommages est un point de tension depuis la conception du devoir de vigilance comme méthode de gouvernance globale des chaînes de valeur. Cela est démontré par le débat entre John Ruggie et John Sherman III, d'un côté, et Robert McCorquodale et Johnathan Bonnitcha, de l'autre. Ces derniers affirment qu'il y avait une ambiguïté au cœur des UNGPs, car le concept de devoir de vigilance indiquerait à la fois un processus et un standard pour s'acquitter de la responsabilité¹⁵³. En revanche, John Ruggie et John Sherman III¹⁵⁴ considèrent que cette duplicité est inexistante : le devoir de vigilance est la méthode qui permet à la société de découvrir si elle a été ou est impliquée dans des incidences négatives ; la responsabilité, en revanche, est liée au rôle causal qu'elle joue dans l'incidence négative,

vigilance non conforme éventuellement sous astreinte. C'est ainsi privilégier le mécanisme d'autodiscipline. Il peut ensuite enjoindre avec précision à l'entreprise des mesures concrètes destinées à corriger le plan de vigilance. Cette seconde lecture du rôle du juge, soutenue par les associations soulève de nombreuses questions : d'abord l'incertitude de la compétence et du temps disponible du magistrat pour connaître en détail la stratégie de l'entreprise et les moyens d'influer sur celle-ci. Ensuite le principe de liberté de gestion pourrait se dresser face à une intrusion du juge. » G. LERAY, « Contentieux climatique et devoir de vigilance », *Rev. soc.*, 2023, 10, pp. 601 et s.

¹⁴⁸ Obligation de prévenir une atteinte grave.

¹⁴⁹ Obligation de mettre fin à une atteinte grave.

¹⁵⁰ N. BUENO et F. OEHM, « Conditions of Corporate Civil Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Restrictive, but clear? », *VerfBlog*, 28 mai 2024, <https://verfassungsblog.de/conditions-of-corporate-civil-liability-in-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive/> [consulté le 11 décembre 2024].

¹⁵¹ Les limitations des audits dans le domaine du devoir de vigilance ont été mises en évidence d'un point de vue théorique et pratique, v. P. BARRAUD DE LAGERIE, *Les patrons de la vertu. De la responsabilité sociale des entreprises au devoir de vigilance*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2019, pp. 171 et s. ; J. NOLAN, N. FRISHLING, « Human rights due diligence and the (over) reliance on social auditing in supply chains », in S. DEVA, D. BIRCHALL (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Edward Elgar, Northampton, pp. 120 et s. G. DELALIEUX, « Quelques considérations prospectives sur l'effectivité présumée de la loi 'Devoir de vigilance des firmes multinationales' », in S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, Paris, LexisNexis, 2019, p. 34 souligne que la loi française contribue à légitimer des pratiques déjà existantes, qui se sont montrées inefficaces, plutôt que de développer des modèles alternatifs.

¹⁵² Cette possibilité paraît conforté par les analyses socio-économiques, qui ont démontré que la gestion des risques comporte souvent un glissement de la gestion des risques primaires (les impacts de la société sur les tiers et l'environnement) à la gestion des risques secondaires (les conséquences négatives, de nature juridique ou économique pour la société), v. M. POWER, *The Risk Management of Everything*, *op. cit.*

¹⁵³ J. Bonnitcha, R. McCorquodale, « The Concept of « Due Diligence » in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights », *European Journal of International Law*, 2017, pp. 899 et ss.

¹⁵⁴ J. RUGGIE, J.F. SHERMAN, III, « The Concept of « Due Diligence » in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale », *European Journal of International Law*, 2017, pp. 927-928.

non à la façon dont la vigilance a été réalisée¹⁵⁵. La vigilance serait donc une méthode pour découvrir les violations, non une condition de la responsabilité. Force est de constater que les textes de droit dur qui ont consacré le devoir de vigilance s'écartent de la position de Ruggie et Sherman, et conditionnent la réparation des dommages au manquement fautif au devoir de vigilance. Encadrer les violations des droits humains comme risque systémique, exogène aux pratiques des multinationales, facilite cette procéduralisation. En effet, dans cette perspective, il est logique de considérer que la société ne peut être tenue pour responsable que des impacts qu'elle aurait dû détecter et, par conséquent, prévenir ou faire cesser.

Troisièmement, le DSA est généralement vu comme caractérisé par une emphase sur la procédure plutôt que la substance¹⁵⁶. C'est aussi le cas - jusqu'à un certain point - dans le cadre de la gestion des risques systémiques, où la documentation des procédures d'évaluation, ainsi que la surveillance des VLOPs par les auditeurs privés, jouent un rôle crucial¹⁵⁷. Notre analyse a, jusqu'ici, montré que ces aspects tendent à pousser les VLOPs vers une emphase sur les procédures d'évaluation et de documentation, plutôt que vers les mesures concrètes à mettre en place ou l'équilibre à trouver parmi différents risques et priorités.

Cependant, il est également important de remarquer que le cadre institutionnel du DSA accorde une discrétion importante aux autorités de régulation dans le développement de standards plus concrets, détaillés et substantiels, par exemple en ce qui concerne la définition des risques spécifiques et/ou les mesures appropriées pour les atténuer¹⁵⁸. Cela engage surtout la Commission (représentée par la DG Connect), qui est responsable de la surveillance des VLOPs et des décisions sur l'adéquation (ou non) de leur gestion des risques¹⁵⁹. Le Comité européen des services numériques (une nouvelle institution créée par le DSA, qui représente les autorités de régulation responsables de tous les États membres¹⁶⁰) pourra également jouer un rôle important. Le Comité peut non seulement rédiger ses propres rapports sur les « risques systémiques les plus importants et récurrents » et les façons convenables de les atténuer¹⁶¹, mais peut aussi participer (avec la Commission) au développement des codes de conduite sur la bonne gestion des risques. Par exemple, il peut fournir des lignes directrices et sélectionner les parties prenantes qui devraient participer à la rédaction des codes¹⁶². Dans ce contexte, de nombreux chercheurs et organisations de la société civile ont remarqué que la Commission et le Comité pourraient éventuellement exercer beaucoup d'influence sur

¹⁵⁵ J. Ruggie, J.F. Sherman, III, « The Concept of « Due Diligence » in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale », *European Journal of International Law*, 2017, pp. 927-928.

¹⁵⁶ R. GRIFFIN, « Procedural Fetishism in the Digital Services Act », *op. cit.*

¹⁵⁷ D. KELLER, « Compliant Speech Platform », *op. cit.*

¹⁵⁸ La Commission a déjà publié des lignes directrices sur la gestion des risques liés à la désinformation électorale, et mène actuellement un processus de consultation sur les lignes directrices sur les risques à la sûreté des mineures : « Guidelines for providers of VLOPs and VLOSEs on the mitigation of systemic risks for electoral processes », European Commission Press Corner, 2024, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/guidelines-providers-vlops-and-vloses-mitigation-systemic-risks-electoral-processes> [consulté le 23 octobre 2024] ; « Commission launches call for evidence for guidelines on protection of minors online under the Digital Services Act », European Commission Press Corner, 2024, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-launches-call-evidence-guidelines-protection-minors-online-under-digital-services-act> [consulté le 23 octobre 2024].

¹⁵⁹ Art 56(2) du DSA.

¹⁶⁰ V. art. 61-63 du DSA.

¹⁶¹ Art. 35(2)(a) du DSA.

¹⁶² Art. 45 DSA ; v. R. GRIFFIN, « Codes of Conduct in the Digital Services Act: Functions, Benefits & Concerns », *Technology & Regulation*, 2024, pp.167-187.

la manière dont les VLOPs gèrent les risques systémiques et sur les compromis et la hiérarchisation entre de différents risques : non seulement en publiant des principes et des lignes directrices explicites, mais aussi en indiquant, d'une façon plus implicite ou informelle, qu'il vaudrait mieux d'implémenter certaines mesures de gestion du risque afin de minimiser les possibilités de faire l'objet d'investigation ou d'encourir une amende¹⁶³.

Cette ambiguïté est bien élucidée par la procédure d'exécution à l'encontre de TikTok lancée en avril 2024. Il s'agissait d'une nouvelle version de l'application, « TikTok Lite », qui était conçue pour utiliser moins de capacités de stockage et de transferts de données, mais qui avait également introduit de nouveaux systèmes de gamification où les utilisateurs seraient récompensés pour tout engagement avec l'application avec des « points » (qui pourraient, finalement, être échangés contre des récompenses financières)¹⁶⁴. Avant le lancement de TikTok Lite en Europe, la DG Connect a lancé une procédure d'enquête à l'encontre de TikTok pour d'éventuelles violations des articles 34 et 35 : plus précisément, du devoir de produire une évaluation des risques avant de lancer de nouvelles fonctionnalités qui pourraient avoir un « impact critique » sur les risques systémiques. Cet impact critique potentiel concernait le programme de récompense, que la DG Connect jugeait apte à encourager des comportements addictifs de la part des utilisateurs (surtout des mineurs) et, par conséquent, à avoir des effets nuisibles à leur santé mentale¹⁶⁵. Quelques mois après le lancement de l'enquête, la DG Connect a annoncé que TikTok s'était engagé volontairement à ne pas lancer cette version de TikTok Lite dans l'UE et que la Commission avait accepté ces engagements en tant qu'obligations juridiques et clôturé l'enquête¹⁶⁶ (procédure permise par l'article 71 du DSA).

En effet, dans ce cas, il s'agissait formellement d'une question de procédure : TikTok avait échoué à fournir une évaluation des risques avant le lancement d'un nouveau service et à documenter qu'elle avait pris des mesures adéquates pour atténuer les risques pertinents. En même temps, les déclarations officielles de la DG Connect et les propos des commissaires responsables dans le cadre du lancement et de la clôture de l'enquête laissent effectivement peu de doute sur le fait que la Commission avait des attentes spécifiques non seulement sur les procédures que TikTok aurait dû suivre, mais aussi sur le fond des risques pertinents (liens éventuels entre la gamification et les comportements addictifs), ainsi que sur la manière appropriée de les gérer (ne pas déployer de telles fonctionnalités, au moins à l'égard des utilisateurs mineurs). Selon les mots grandiloquents du commissaire (à l'époque) du marché intérieur, Thierry Breton,

¹⁶³ D. KELLER, « Compliant Speech Platform », *op. cit.* ; « Civil society open letter to Commissioner Breton », Article 19, 2023, <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2023/10/Civil-society-open-letter-to-Commissioner-Breton.pdf> [consulté le 23 octobre 2024] ; P. LEERSSEN, « Jawboning and lawboning: comparing platform-state relations in the US and Europe », CELE, 2024, <https://observatorielegislativocele.com/jawboning-and-lawboning-comparing-platform-state-relations-in-the-us-and-europe/> [consulté le 4 décembre 2024].

¹⁶⁴ Représentation en France de la Commission européenne, « TikTok Lite : la Commission ouvre une procédure formelle et suspend leur programme de « récompenses » face au risque d'addiction des jeunes », Commission européenne, 2024 https://france.representation.ec.europa.eu/informations/tiktok-lite-la-commission-ouvre-une-procedure-formelle-et-suspend-leur-programme-de-recompenses-face-2024-04-22_fr [consulté le 4 décembre 2024].

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ EUROPEAN COMMISSION, « TikTok commits to permanently withdraw TikTok Lite Rewards programme from the EU to comply with the Digital Services Act », European Commission Press Corner, 2024 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2227 [consulté le 4 décembre 2024].

« nous avons obtenu le retrait permanent du programme TikTok Lite Rewards, ce qui aurait pu avoir des conséquences très addictives »¹⁶⁷. En effet, dans le cadre d'une question – l'utilisation des réseaux sociaux par les enfants – devenue une priorité réglementaire pour beaucoup de gouvernements et de figures politiques européens, qui cherchent souvent à augmenter leur capital politique grâce à des initiatives réglementaires liées à la protection des mineurs¹⁶⁸, il semble que les obligations procédurales de gestion de risque aient été instrumentalisées par la Commission afin d'inciter une VLOP à capituler face à ses attentes concrètes sur la manière dont les risques devraient être compris et gérés.

Cette analyse comparée du DSA et des deux textes sur le devoir de vigilance indique que la régulation par le risque implique une forte tendance à la procéduralisation, qui permet aux entreprises régulées de minimiser les coûts et les troubles liés à l'application de ces normes ; ainsi, elle favorise les procédures formelles et cosmétiques, plutôt que les changements substantiels dans les opérations de ces entreprises. En même temps, cela ne reste qu'une tendance : ces résultats ne découlent pas d'une façon automatique mais dépendent largement du cadre institutionnel de la mise en œuvre de ces textes et, surtout, de la motivation et des possibilités concrètes que les autorités publiques auront de contraindre les entreprises assujetties à prendre également en considération, dans leurs procédures de gestion des risques, les aspects substantiels. Néanmoins, la tendance vers la procéduralisation va de pair avec une construction plutôt restrictive des régimes de responsabilité, qui sera l'objet de la dernière partie.

B. L'insuffisance des solutions apportées par la mise en œuvre des régimes de responsabilité

L'externalisation et la réification que nous avons examinées mettent, non seulement, au centre la procédure des systèmes de gestion de risque, mais impliquent aussi une élaboration très restrictive des régimes de responsabilité ouverts aux victimes et aux autorités de contrôle afin de contraindre les entreprises à exécuter les obligations prévues par les textes¹⁶⁹. D'abord, les schémas de méta-régulation – qui délèguent la régulation aux entreprises en prescrivant des procédures de gestion de risque qu'elles doivent mettre en place, et laissent donc à celles-ci une grande marge de manœuvre pour définir, évaluer et hiérarchiser les risques d'une manière qui minimise les coûts et les perturbations de leurs activités – rendent beaucoup plus difficile toute contestation de ces procédures par d'autres parties prenantes. Comme nous allons le montrer, cela limite aussi la possibilité d'établir la responsabilité des entreprises. En outre, ces régimes de responsabilité ne permettent, en tout cas, pas de remettre en cause les structures socio-économiques qui causent les incidences négatives. Ces limitations sont évidentes à la fois dans le domaine de la vigilance et des services numériques : au-delà des

¹⁶⁷ REPRESENTATION EN FRANCE DE LA COMMISSION EUROPEENNE, « Digital Services Act : retrait permanent de TikTok Lite Rewards au sein de l'Union européenne », Commission européenne, 2024 https://france.representation.ec.europa.eu/informations/digital-services-act-retrait-permanent-de-tiktok-lite-rewards-au-sein-de-lunion-europeenne-2024-08-05_fr [consulté le 5 décembre 2024].

¹⁶⁸ A. MARWICK, J. SMITH, R. CAPLAN et M. WADHAWAN, « Child Online Safety Legislation (COSL) - A Primer », Center for Information Technology Policy, Center for Information, Technology and Public Life & Sanford School of Public Policy, 2024 <https://citap.pubpub.org/pub/cosl/release/5#chilling-effects-on-information-access-and-free-expression> [consulté le 5 décembre 2024].

¹⁶⁹ V. supra I.

spécificités propres à chaque domaine, la même approche, qui part du risque, produit des effets analogues en termes d'(in)capacité transformatrice des régimes juridiques.

La responsabilité civile (et l'injonction qui, dans notre optique, peuvent être traitées d'une façon conjointe) est le remède principal pour sanctionner le manquement au devoir de vigilance. Dans le cas français, l'article L. 225-102-5 du code de Commerce prévoit que : « dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ». On peut aisément constater les implications de cette formulation : ce ne sont pas les dommages causés par les entreprises au cours de leurs activités qui sont sanctionnés, mais bel et bien les manquements au devoir de vigilance, dans les cas où il est démontré que ces manquements ont causé des dommages¹⁷⁰. L'analyse littérale des règles ne laisse que peu d'espace pour une interprétation différente : l'article L. 225-102-5 prévoit la responsabilité seulement dans les cas de manquement aux obligations de vigilance. Il s'ensuit que le demandeur doit démontrer que, si le devoir de vigilance avait été respecté, le dommage ne se serait pas vérifié¹⁷¹.

Le lien direct entre risque et devoir de vigilance porte à limiter le périmètre d'action du juge, qui doit se limiter à contrôler le respect du devoir de vigilance et, le cas échéant, enjoindre à la société de le respecter. En tout cas, cela exclut la remise en cause du modèle socio-économique sous-jacent, ainsi que la possibilité d'enjoindre la société à mettre en place des mesures de vigilance spécifiques. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *EDF* illustre ce phénomène : alors que les demandeurs avaient demandé la suspension du projet de construction d'éoliennes, les juges ont affirmé que les demandes (conservatoires, en l'espèce) devaient porter sur le devoir de vigilance lui-même, et non sur le projet économique de la société¹⁷². En outre, dans l'affaire *La Poste* le tribunal judiciaire de Paris a affirmé que les obligations en matière de vigilance ne doivent pas porter atteinte au secret des affaires, l'entreprise ne peut donc pas être contrainte de révéler ses sous-traitants¹⁷³. En raison de l'asymétrie informative, ainsi que l'importance de la transparence pour une vigilance effective, on peut aisément mesurer comment cette affirmation réduit la possibilité de contester les pratiques des entreprises.

Une constatation analogue peut être faite en analysant la CSDDD : son périmètre d'application, ainsi que la façon dont sont conçues les responsabilités civile et administrative, sont limités. D'abord, la définition de l'« incidence négative » est partielle¹⁷⁴, en raison du fait que la liste des droits protégés est lacunaire : par exemple, ni la Déclaration Universelle de Droits Humains, ni la Convention EDH ne sont mentionnées¹⁷⁵ ; en outre la formule « abus d'un droit », utilisée pour qualifier une

¹⁷⁰ A. DANIS-FATOME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p. 1610 et s. ; T. SACHS et CH. CLERC, « Controverse : Le devoir de vigilance à la croisée des chemins ? », *Rev. droit du travail*, 2022, p. 352 et s.

¹⁷¹ S. SCHILLER, « Synthèse introductive », in S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, Paris, LexisNexis, 2019, p. 9.

¹⁷² C. app. Paris, pôle 5 - ch. 12, 18 juin 2024, n° 21/22319, D. actualité, 1er juillet 2024, note A.-M. Ilcheva.

¹⁷³ TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827, *cit.*

¹⁷⁴ G. HOLLY, « The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive/ Maximising Impact Through Transposition and Implementation », The Danish Institute for Human Rights, 2024, <https://www.humanrights.dk/publications/eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive-maximising-impact-through>, [consulté le 19 novembre 2024].

¹⁷⁵ Cette limitation n'est pas justifiée. En comparaison, les UNGPs protègent tous les droits humains, N. MEYER et C. PATZ, « Dividing the Indivisible: Human Rights under the EU Corporate Sustainability Due

violation, se prête à des interprétations controversées et risque de relever le seuil pour retenir une incidence négative¹⁷⁶. Finalement, l'exclusion de certaines activités économiques, comme la gestion des déchets, de la notion de « chaîne d'activités », crée des vides de protection, surtout en ce qui concerne l'environnement¹⁷⁷.

L'article 29 de la CSDDD prévoit la responsabilité civile des entreprises dans les cas où un manquement intentionnel ou par négligence aux devoirs de vigilance cause des dommages aux personnes. La rédaction finale de cet article est pour le moins décevante. D'abord, la responsabilité n'est pas objective, mais construite sur la faute. Donc, les victimes devront démontrer non seulement que l'entreprise a violé les obligations prévues aux articles 10 et 11, mais aussi que ces violations ont été causées intentionnellement ou par négligence. Ensuite, la responsabilité peut être établie à condition qu'il y ait eu une violation des articles 10 et 11, qui prévoient des obligations dans les cas où une atteinte devait être raisonnablement détectée au cours de la vigilance. Par conséquent, le demandeur doit démontrer un lien de causalité entre le manquement (fautif) au devoir de vigilance et le dommage qu'il a subi, ce qui sera souvent fort difficile. Enfin, l'article consacre la causalité tripartite, en distinguant entre incidences négatives causées par les entreprises, incidences négatives auxquelles les entreprises ont contribué, et incidences négatives auxquelles les entreprises sont liées. Il s'agit d'une distinction qui avait été créée par les UNGP et qui sert à déterminer quels préjudices doivent être indemnisés par l'entreprise : l'article exclut la responsabilité au cas où « le dommage n'a été causé que par ses partenaires commerciaux dans sa chaîne d'activités »¹⁷⁸. Cela risque de rendre complètement inefficace la directive, vu que la grande majorité des violations sont réalisées dans les pays du Sud global : les entreprises donneuses d'ordre ne seront qu'indirectement liées à ces violations et, donc, ne seront pas obligées de réparer le préjudice. En outre, la directive ne prévoit pas d'action collective, mais seulement la possibilité, pour les syndicats et les organisations non gouvernementales, d'agir dans l'intérêt d'une personne spécifique¹⁷⁹. Elle reste donc ancrée dans la perspective individuelle de la responsabilité, qui ne paraît pas à la hauteur des problématiques structurelles, telles que les dégradations environnementales ou les violations des droits des travailleurs.

La procéduralisation de la vigilance, ainsi que la nature vague et contestée des intérêts et des valeurs qu'elle est censée prendre en compte, constituent des entraves pour les

Diligence Directive », *VerfBlog*, 1^{er} juin 2024, <https://verfassungsblog.de/dividing-the-indivisible-human-rights-under-the-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive/>, [consulté le 19 novembre 2024].

¹⁷⁶ N. BUENO, N. BERNAZ, G. HOLLY, O. MARTIN-ORTEGA, « The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise », *Business and Human Rights Journal*, 2024, pp. 2-3.

¹⁷⁷ V. ROUAS, J. OTTEN et D. TORÁN, « From Paper to Practice: Moving to a Coherent Implementation of the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive's Environmental and Climate Obligations », *VerfBlog*, 10 juin 2024, <https://verfassungsblog.de/from-paper-to-practice-csddd-implementation>, [consulté le 19 novembre 2024].

¹⁷⁸ De laquelle découlent des obligations différentes pour les entreprises, v. les Principes 13 et 19.

¹⁷⁹ V. art. 29, al. 3(d) : des conditions raisonnables soient en place pour permettre à toute personne prétendument lésée d'autoriser un syndicat, une organisation non gouvernementale de défense des droits de l'homme ou de protection de l'environnement ou une autre organisation non gouvernementale et, conformément au droit national, les institutions nationales de défense des droits de l'homme établies dans un État membre à engager des actions pour faire respecter les droits de la personne prétendument lésée, sans préjudice des règles nationales de procédure civile; un syndicat ou une organisation non gouvernementale peut être autorisé en vertu du premier alinéa du présent point à condition de satisfaire aux exigences prévues par le droit national; ces exigences peuvent inclure le fait de maintenir une présence permanente à titre propre et, conformément à ses statuts, de ne pas s'engager à titre commercial ou de façon uniquement temporaire dans l'application des droits protégés en vertu de la présente directive ou des droits correspondants en droit national ».

demandeurs. En effet, en vue de la discrétion interprétative très large accordée aux entreprises, il est difficile de prouver non seulement qu'une entreprise a manqué à ses obligations, mais aussi qu'il existe un lien de causalité entre ce manquement aux procédures de vigilance et l'existence des dommages. Ces difficultés, ainsi que la marge de manœuvre accordée aux entreprises, rendent plus facile pour ces dernières non seulement d'obtenir gain de cause devant les Cours, mais aussi d'entraver effectivement les litiges en créant d'énormes coûts pour les (potentiels) demandeurs ou en retardant les litiges sur le fond.

Dans ce cadre, les articles 10 et 11 de la CSDDD, qui déterminent les obligations de prévention et de cessation des incidences négatives, présentent plusieurs possibilités de contournement que les entreprises peuvent exploiter. Il est notamment possible de citer trois exemples : les entreprises peuvent atténuer les incidences négatives au lieu de les prévenir ou d'y mettre fin (article 10, paragraphe 1) ; s'il n'est pas possible de prévenir, d'atténuer ou de mettre fin à toutes les incidences négatives en même temps, les entreprises peuvent donner la priorité à certaines d'entre elles en fonction de leur gravité et de leur probabilité (article 9) ; les entreprises peuvent décider de ne pas mettre fin à la relation contractuelle qui entraîne l'incidence négative, si les incidences négatives découlant de la suspension ou de la cessation de la relation pourraient être plus graves que celles découlant de la poursuite de la relation (article 10, paragraphe 6). Ces règles prévoient une marge d'appréciation discrétionnaire pour les entreprises, qui risque de retarder l'engagement réel avec les incidences négatives. De plus, ces règles feront certainement l'objet de discussions longues et coûteuses (et l'entreprise bénéficiera d'une plus grande information et d'une connaissance approfondie du contexte) lorsque les parties prenantes essayeront de se prévaloir des remèdes (responsabilité civile et sanctions administratives), ce qui entravera la force de dissuasion de la directive.

Finalement, la CSDDD prévoit un système de contrôle administratif, géré par des autorités de contrôle au niveau national « chargées de surveiller le respect des obligations prévues dans les dispositions du droit national adoptées en application des articles 7 à 16 et de l'article 22 » (art. 24). Cette prévision est inspirée par la loi allemande de 2021¹⁸⁰ et, en raison aussi de l'entrée en vigueur récente de ce dernier texte, il est encore trop tôt pour dire si elle pourra être efficace. Selon l'autorité choisie au niveau national, la vigilance sera interprétée soit comme une forme de *compliance*, qui doit être contrôlée selon le schéma de l'audit, soit une pratique visant à transformer les comportements des entreprises pour prévenir et mettre fin aux incidences négatives. Les articles de la CSDDD sont très vagues en ce qui concerne les pouvoirs (art. 25) et les sanctions que les autorités peuvent imposer (art. 27). Elles pourront mener des enquêtes concernant les obligations créées par la directive et surveiller la conception et l'adoption du plan de transition climatique. En cas de non-respect des obligations, les autorités pourront imposer des sanctions, y compris pécuniaires, ordonner la cessation de la violation et adopter des mesures provisoires¹⁸¹. Selon la formule retenue au

¹⁸⁰ Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, v. note 31.

¹⁸¹ V. art. 25, al. 5 : « dans l'accomplissement de leurs missions, les autorités de contrôle disposent au moins du pouvoir :

a) d'ordonner à l'entreprise :

i) de cesser les infractions aux dispositions du droit national adoptées en vertu de la présente directive, par l'accomplissement d'une action ou la cessation d'un comportement ;

ii) de s'abstenir de réitérer le comportement en cause ; et

iii) le cas échéant, d'apporter une réparation proportionnée à l'infraction et nécessaire pour y mettre un terme ;

b) d'imposer des sanctions conformément à l'article 27 ; et

moment de la transposition, on pourra déterminer si les autorités pourront enjoindre au respect des mesures de vigilance appropriée à une entreprise défaillante ou si, comme l'a considéré le Tribunal de Paris dans la décision *La Poste*, seule l'entreprise peut choisir le contenu de son plan¹⁸². L'approche des autorités aura une importance cruciale, surtout en ce qui concerne la vigilance climatique, vu que la responsabilité civile ne pourra pas être actionnée en cas de violation de l'article 22. En outre, elles pourront jouer un rôle fondamental en cas de dommage environnemental : en effet, l'article 29 lie la recevabilité de l'action à l'atteinte à un droit ou intérêt d'une personne morale ou physique : par conséquent, le préjudice écologique (consacré en France aux articles 1246 et suivants du Code civil) paraît exclu¹⁸³.

Le système des remèdes et de surveillance envisagé par le DSA est plutôt différent ; cependant, comme nous allons le montrer, la délégation de la gestion des risques aux entreprises entraîne des problèmes similaires, notamment en ce qui concerne la procéduralisation et la grande discrétion accordée aux VLOPs, qui rendent très difficile tout effort pour démontrer qu'elles ont manqué à leurs obligations. En général, la surveillance par les autorités publiques et les sanctions administratives sont les voies principales pour la mise en exécution des obligations prévues par le DSA. Ces compétences sont partagées entre les autorités nationales des États membres et la Commission (représentée dans ce cadre par la DG Connect)¹⁸⁴ ; en ce qui concerne la gestion des risques systémiques, la Commission a la compétence exclusive d'appliquer les articles concernés, mais doit exercer cette compétence en consultation avec le Comité européen des services numériques¹⁸⁵. Ce dernier doit aussi surveiller la gestion des risques par les VLOPs et publier des rapports annuels sur ce sujet¹⁸⁶. La responsabilité civile joue un rôle secondaire, mais néanmoins potentiellement important, dans l'application d'autres règles du DSA, comme les articles établissant les droits des utilisateurs. L'article 54 prévoit que les personnes ayant subi des dommages causés par une violation du DSA peuvent assigner l'entreprise responsable selon les procédures nationales ; dans ce cadre, il est également possible de mandater des associations à représenter les demandeurs¹⁸⁷, y compris à travers les actions collectives¹⁸⁸, comme prévu aussi par la CSDDD (art. 29, al. 3, lett. d).

Cependant, il est peu probable que la responsabilité civile puisse trouver une application dans le cadre des articles sur la gestion des risques systémiques, qui seront donc mis en application exclusivement par la Commission. Cette exclusion présumée de la responsabilité civile dans le cadre de la gestion des risques résulte directement de la nature vague, discrétionnaire et procédurale de ces obligations. Selon l'analyse de Martin

c) d'adopter des mesures provisoires en cas de risque imminent d'atteinte grave et irréparable ».

¹⁸² TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827, cit.

¹⁸³ V. Rouas, J. Otten et D. Torán, « New Wine in Old Bottles: Environmental and Climate Aspects of the EU's Corporate Sustainability Due Diligence Directive », *VerfBlog*, 10 juin 2024, <https://verfassungsblog.de/from-paper-to-practice-csddd-implementation>, [consulté le 19 novembre 2024] ; N. Bueno et F. Oehm, op. cit.

¹⁸⁴ V. généralement art. 56 DSA. Brièvement, la Commission a la compétence exclusive pour l'application du chapitre III, section V du DSA (les articles s'appliquant exclusivement aux VLOPs). En ce qui concerne le reste du DSA, les autorités nationales ont la compétence exclusive pour l'application à l'encontre des plateformes plus petites, mais pour les VLOPs cette compétence est partagée avec la Commission.

¹⁸⁵ V. *supra* II.A.

¹⁸⁶ V. *supra* II.A.

¹⁸⁷ Art. 86 du DSA.

¹⁸⁸ Cette option devrait être facilitée par la Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (Directive sur les actions représentatives).

Husovec, expert du DSA, « ce système est un outil réglementaire basé sur le dialogue entre plusieurs parties, qui accorde une large discrétion aux entreprises ainsi qu'à la Commission en tant qu'autorité exécutive »¹⁸⁹ ; par conséquent, ces articles ne créent pas, en faveur des individus, d'attentes spécifiques suffisamment claires et sans condition pour être justiciables¹⁹⁰. Une application directe des articles 34 et 35 par des demandeurs privés semble donc être presque complètement exclue¹⁹¹.

Pourtant, l'interprétation des articles 34 et 35 pourrait jouer un rôle secondaire (et, potentiellement, être stratégiquement mise en cause) dans des litiges liés à d'autres aspects du DSA. Cela est notamment envisageable sur la base de l'article 40(4), dans le cadre de l'accès de chercheurs indépendants aux données internes des VLOPs. Cet article autorise exclusivement l'accès pour « des recherches contribuant à la détection, au recensement et à la compréhension des risques systémiques dans l'Union tels qu'ils sont énoncés à l'article 34, paragraphe 1, ainsi qu'à l'évaluation du caractère adéquat, de l'efficacité et des effets des mesures d'atténuation des risques prises en vertu de l'article 35 ». La décision d'une VLOP ou d'une autorité de régulation¹⁹² de refuser l'accès, au motif que les recherches concernées ne porteraient pas sur les risques systémiques, pourrait être contestée devant les tribunaux. Cela permettrait aux chercheurs de mettre en cause la définition des risques systémiques et les mesures d'atténuation selon les articles 34 et 35. Cependant, ce genre de contestation « indirecte » des articles 34 et 35 concernerait surtout les aspects techniques de la gestion des risques (tels que la production et l'évaluation des évidences scientifiques), plutôt que les choix plus ouvertement politiques : un tel litige pourrait donc peut-être permettre aux parties prenantes de contraindre les VLOPs à prendre en compte un risque particulier, mais ne pourrait pas déterminer la manière dont elles évaluent et gèrent ce genre de risque. On peut en déduire que les possibilités restreintes pour la contestation de la gestion des risques systémiques par les individus et les associations devant les Cours renforcent le caractère procédural et dépolitisé de cette approche réglementaire, ainsi que la grande marge de manœuvre dont profitent les VLOPs.

En revanche, en ce qui concerne l'application des articles 34 et 35 par les autorités publiques, l'autorité étendue accordée à la Commission (et, jusqu'à un certain point, au Comité européen des services numériques¹⁹³) semble créer une dynamique très différente par rapport à la souplesse du contrôle administratif en matière de vigilance, ci-dessus analysée. En effet, le chapitre IV, section 4 du DSA attribue à la Commission des pouvoirs extensifs de surveillance, de contrôle et d'interprétation à l'encontre des VLOPs. En plus, comme nous l'avons déjà argumenté, la Commission et le Comité ont beaucoup de possibilités de produire des lignes directrices officielles, ainsi que de s'exprimer d'une manière plus informelle, sur la bonne gestion des risques

¹⁸⁹ M. HUSOVEC, *Principles of the Digital Services Act*, Oxford, Oxford University Press, 2024, 512pp., p.431 (traduit par les auteurs).

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ Selon l'analyse d'Husovec, une responsabilité civile n'est pas impensable dans les cas basés sur des violations des articles 34-35 qui ont été définitivement établies par une décision de la Commission, afin de récupérer des dommages aux individus entraînés par ces violations ; mais même dans ce cas, la nature vague et discrétionnaire des articles poserait de grandes entraves pour une argumentation qu'elles créent des droits justiciables pour les individus. V. *id.*, p. 433.

¹⁹² Les demandes de données doivent d'abord être approuvées par les autorités nationales compétentes pour l'application du DSA (v. arts 40(8)-(9) DSA), mais peuvent aussi être contestées par les VLOPs concernées (v. art 40(5)).

¹⁹³ V. *supra* II.A.

systémiques¹⁹⁴. Par conséquent, des experts et des organisations de la société civile ont exprimé des préoccupations à cet égard, car l'application des articles 34 et 35 pourrait accorder aux autorités publiques un pouvoir important d'imposition de leurs attentes concernant la manière dont les plateformes doivent gérer les risques systémiques (ce qui limiterait la discrétion accordée aux VLOPs¹⁹⁵).

Certes, ce cadre institutionnel qui permet une surveillance proactive par les autorités publiques, investies d'un large pouvoir discrétionnaire sur l'interprétation et l'application de la loi, représente une différence importante entre le DSA et la CSDDD. Néanmoins, nous croyons que leur approche similaire de méta-régulation pourrait entraîner des dynamiques analogues, qui limitent les possibilités de sanctions juridiques. En effet, la nature vague et procédurale des obligations imposées aux VLOPs par les articles 34 et 35 créera beaucoup d'opportunités pour ces entreprises de contester les décisions de la Commission sur les potentielles violations¹⁹⁶. Le DSA (ainsi que son règlement jumeau sur la compétition dans les marchés numériques, le DMA¹⁹⁷) a déjà produit plusieurs litiges dans lesquels les VLOPs ont mis en cause l'application de la loi par la Commission¹⁹⁸. Jusque-là, ces litiges ont surtout concerné les décisions sur le champ d'application du DSA (par exemple, la désignation des VLOPs¹⁹⁹ ou la (non-)application des devoirs de transparence²⁰⁰). Cela résulte effectivement du fait que celles-ci ont été les premières décisions sur la mise en œuvre du DSA ; il est probable que, dans des litiges à venir, les décisions de la Commission portant sur l'interprétation et les effets substantiels du texte seront mises en cause à leur tour.

Dans le cadre de tels litiges, les VLOPs auront deux avantages structurels. D'abord, ces entreprises disposent des ressources financières considérables, qui garantissent évidemment des avantages importants sur le plan juridique (avocats de renom, capacités à soutenir le contentieux dans le temps, etc.). Ensuite, les articles 34 et 35 accordent intentionnellement une grande marge de discrétion aux VLOPs. Dès lors, une VLOP qui souhaiterait contester une décision de la Commission affirmant que la VLOP n'a pas respecté ses obligations ne devra pas démontrer ni que la manière qu'elle a choisie de gérer les risques est l'interprétation correcte du DSA, ni que l'interprétation soutenue par la Commission n'est pas admissible, mais seulement que sa manière de gérer les risques constitue *une* manière acceptable d'interpréter ses obligations. Rappelons que les articles 34 et 35 mentionnent de nombreux domaines de risque et de potentielles mesures de mitigation, qui ne sont pas seulement vagues, complexes et contestés en soi, mais aussi souvent contradictoires (par exemple, les mesures pour atténuer les risques liés aux contenus illégaux posent des risques à la liberté d'expression et à d'autres droits fondamentaux). La hiérarchisation des risques implique donc des choix difficiles avec beaucoup de réponses plausibles. Il semble alors que, dans les cas où les VLOPs ont fait un effort minimal pour réaliser une évaluation du risque rationnelle et pour indiquer

¹⁹⁴ V. *supra* II.A.

¹⁹⁵ D. KELLER, « Compliant Speech Platform », *op. cit.* ; P. LEERSSEN, « From Jawboning to Lawboning », *op. cit.*

¹⁹⁶ Les décisions de la Commission dans ce contexte peuvent faire l'objet d'un contrôle par le Cour de justice de l'UE selon les articles 263, 265 et/ou 267 du Traité sur le fonctionnement de l'UE ; v. HUSOVEC, *op. cit.*

¹⁹⁷ Règlement (UE) 2022/1925 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (règlement sur les marchés numériques) (« DMA »).

¹⁹⁸ Pour un résumé v. L. WEIGL et A. GUZIK, « In Brussels We Trust? Exploring Corporate Resistance in Platform Regulation », *Law, Innovation & Technology*, n° 17(2).

¹⁹⁹ Affaire T-348/23 *Zalando v. Commission* (Recours introduit le 27 juin 2023).

²⁰⁰ Affaire T-367/23 *Amazon Services Europe v. Commission* (Recours introduit le 5 juillet 2023).

quelques mesures de mitigation, consistant simplement à « cocher les cases » procédurales attendues par le DSA²⁰¹, il sera difficile, voire impossible pour la Commission, de démontrer que les VLOPs sont défaillantes.

En outre, nous pointons à nouveau le fait que les possibilités de contestation juridique de l'application de la loi ne s'imposent pas seulement à travers les décisions finales des tribunaux ; elles ont aussi des impacts plus diffus et subtils sur la manière dont les autorités de régulation (et d'autres parties prenantes) approchent l'application de la loi. Premièrement, la possibilité que chaque décision de la Commission puisse être contestée par les VLOPs concernées, entraînant des coûts et délais importants, incite la DG Connect à se concentrer sur les interprétations du DSA qu'il juge soit moins susceptibles d'être contestées par voie légale (par exemple, parce qu'elles impliquent moins de coûts ou de perturbations pour les VLOPs), soit plus faciles à défendre devant les Cours (par exemple, parce qu'il y a beaucoup de preuves et/ou un large consensus soutenant ces interprétations). Ces deux incitations auront généralement les mêmes effets : elles vont favoriser les interprétations plus conservatrices et moins contestées du DSA, qui sont largement acceptées par les experts – y compris les experts du secteur privé, souvent engagés directement par les VLOPs ou bénéficiant d'étroits liens avec celles-ci²⁰² – et qui auront tendance à impacter le moins les opérations des VLOPs.

Deuxièmement, la possibilité de contestation de ses décisions sur l'application du DSA pourrait servir comme une incitation pour la DG Connect à s'appuyer moins sur les procédures d'enquête formelles et les décisions officielles de non-respect des articles 34 et 35, et plus sur les négociations informelles avec les VLOPs visant à encourager les engagements volontaires de leur part. Cette dernière approche est déjà clairement envisagée par les dispositions pertinentes du DSA, dans lesquelles les sanctions formelles sont effectivement présentées comme un dernier recours pour les cas où le dialogue et les compromis avec les VLOPs ont échoué. Une VLOP menacée par une enquête peut d'abord offrir des engagements volontaires, qui pourraient être acceptés et transformés en obligations légales par la Commission (art. 71)²⁰³. Ensuite, avant d'imposer une sanction formelle, la Commission doit communiquer ses conclusions à la VLOP concernée et lui expliquer comment le manquement aux obligations pertinentes pourrait être rectifié ; si la VLOP s'engage dans ce sens, l'enquête peut simplement être clôturée (art. 73). À cet égard, le DSA semble s'inspirer de la théorie de « régulation responsive », selon laquelle les autorités publiques doivent d'abord essayer d'achever leurs buts à travers le dialogue et les relations collaboratives avec les entreprises, en se réservant la possibilité d'adopter les sanctions coercitives seulement si celles-ci s'avèrent nécessaires²⁰⁴. Cette approche consensuelle, qui va souvent de pair avec les approches réglementaires fondées sur la gestion des risques et la méta-régulation, tendent pour des raisons évidentes à favoriser une manière d'appliquer la loi qui est plutôt compatible avec les intérêts des entreprises et qui est donc capable d'attirer leur consentement et de minimiser la probabilité de contestation par voie légale. En outre,

²⁰¹ Il est frappant que jusque-là, la procédure d'application des articles 34-35 qui a avancé le plus loin - celle au sujet de TikTok Lite, que nous avons discutée *supra* dans la partie IIA - s'agissait d'un cas où la VLOP concernée n'avait même pas fait ce minimum d'effort pour suivre les procédures prescrites par l'article 34.

²⁰² Au sujet de l'influence disproportionnée des grandes entreprises sur la production et la validation des évidences, ainsi que la production de consensus dans les communautés savantes sectorielles, v. *inter alia* J. URIBE, *op. cit.* ; J. ADEKOLA, *op. cit.* ; W. BOYD, *op. cit.* ; P. TERZIS, M. VEALE et N. GAUMANN, *op. cit.*

²⁰³ Cette procédure a déjà été utilisée pour clôturer l'enquête lancée à l'encontre de TikTok en avril 2024, v. *supra* IIA.

²⁰⁴ I. AYRES et J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

cette incitation à l'application du DSA à travers le dialogue informel et les engagements volontaires rend l'application du règlement beaucoup moins transparente et plus difficile à contrôler et à contester par d'autres parties.

En somme, nous avons montré que les caractéristiques structurelles de la régulation à travers les obligations de gestion de risque rendent très difficile toute contestation des décisions des entreprises, en limitant fortement les possibilités pratiques d'imposer la responsabilité civile, ainsi que les sanctions administratives. La loi française et la directive sur le devoir de vigilance, bien qu'ambitieuses dans leurs objectifs, risquent d'avoir des effets mitigés : l'attention accordée à la procédure plutôt qu'aux résultats, ainsi que les limites des remèdes accordés aux victimes, risquent de favoriser une application « cosmétique » de ces textes. Par ailleurs, bien que le DSA crée des possibilités importantes pour la Commission d'imposer aux VLOPs sa conception de la gestion des risques, ces possibilités sont néanmoins limitées par un cadre institutionnel qui privilégie structurellement les conceptions plus conservatrices et moins politiquement contestables, qui sont en dernière instance compatibles avec les modèles d'affaires actuels et les intérêts des VLOPs.

Conclusion

Dans la CSDDD comme dans le DSA, le législateur européen vise, explicitement, à encadrer et diriger les activités des entreprises multinationales les plus importantes afin de poursuivre des objectifs qui relèvent de l'intérêt général (durabilité, sûreté publique, protection des droits humains, etc.). Ces projets de régulation interviennent dans un contexte marqué par des changements plus larges dans les stratégies géoéconomiques adoptées par l'UE, comme par d'autres pays (le retour de la politique industrielle, le protectionnisme, pour ne mentionner que ces exemples²⁰⁵), qui sont vus par certains comme des signes d'une césure ou d'un changement fondamental par rapport à l'époque néolibérale²⁰⁶. Dans ce contexte, ces nouveaux régimes de régulation, qui essaient de forcer les entreprises les plus puissantes à internaliser et à poursuivre des valeurs collectives, pourraient être interprétés comme une ébauche de transformation. En effet, dans la représentation néolibérale, le rôle de l'État est (théoriquement) restreint à la mise en place et à la protection des institutions de marchés, en prenant une position neutre vis-à-vis des résultats de la compétition marchande²⁰⁷. En revanche, ces nouvelles régulations visent à diriger activement les activités des grandes entreprises pour atteindre des buts politiques²⁰⁸. Dans ce cadre, les devoirs de gestion des risques

²⁰⁵ Ce que certains auteurs interprètent comme formes de capitalisme étatique, v. I. ALAMI et A.D. DIXON, *The Spectre of State Capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2024.

²⁰⁶ « The Post-Neoliberal Moment », The Syllabus, <https://www.the-syllabus.com/ts-spotlight/post-neoliberal-moment> [consulté le 6 décembre 2024].

²⁰⁷ I. KAMPOURAKIS, « Public purpose and private accumulation in the EU green industrial plan », présenté au colloque *The Digital and Green Transitions: Twins in Tension*, Erasmus University, Rotterdam, 27 September 2024. En effet, même cette posture de neutralité n'implique pas une démise de la régulation publique, mais une approche particulière qui se met en retrait par rapport aux résultats.

²⁰⁸ *Ibidem*.

servent comme un outil essentiel pour contraindre les entreprises à internaliser ces buts et valeurs, et d'ajuster leurs activités en conséquence²⁰⁹.

Cependant, l'analyse présentée ici indique qu'en même temps qu'elles tentent de fonctionnaliser l'activité des entreprises pour atteindre des buts politiques, ces régulations maintiennent un engagement illusoire à la neutralité. Dans un certain sens, cette apparente neutralité est inhérente au langage du risque, ce qui est à la base un groupe de techniques conçues pour analyser les problèmes selon les indices objectifs afin de trouver des solutions optimales selon la perspective coût-avantage. En effet, le discours de la gestion des risques conçoit les problématiques liées aux impacts environnementaux de la production mondialisée et à la domination des grandes plateformes numériques comme des problèmes techniques, dont les solutions peuvent être identifiées plus efficacement par les experts du secteur privé. En raison de la délégation de la régulation aux entreprises assujetties, cette approche régulatoire se borne dès le début à des réformes incrémentales, qui sont non seulement acceptables pour les entreprises ciblées, mais conçues pour en minimiser les coûts et les impacts sur le commerce et la production. Il en résulte que l'encadrement des problématiques environnementales, sociales et politiques comme des risques porte à structurer les régimes juridiques d'une façon probablement inefficaces : d'un côté, les obligations des entreprises se concentrent sur la procédure plutôt que sur les résultats à atteindre (ce qui entrave aussi la contestation politique ouverte de ces pratiques) ; de l'autre, en raison de la discrétion accordée aux entreprises et la valorisation de l'expertise du secteur privé, même les remèdes consacrés par les textes, déjà fort limités, sont difficiles à mettre en œuvre. Plus fondamentalement encore, on pourrait soutenir que ces régulations sont construites selon l'approche et les modes de régulations propres du néolibéralisme : plutôt qu'une rupture marquant l'avènement d'une époque « post-néolibérale », elles semblent donc installer une continuité, visant à stabiliser et maintenir les pouvoirs et les profits des grandes entreprises pendant une période de crise structurelle.

En ce qui concerne la régulation des impacts sociaux et environnementaux dans les chaînes de valeur, ainsi que les enjeux sociopolitiques posés par la plateformes, le « risque » ne représente pas qu'un langage pour concevoir ces problématiques ; de plus, la gestion du risque n'est pas qu'une seule approche régulatoire pour les aborder. En effet, on aurait pu aborder ces enjeux cruciaux à partir d'une approche différente. En raison des défauts de la régulation par le risque que nous avons analysés dans cet article, une réponse à la hauteur des enjeux structurels dans ces deux domaines exigerait d'autres approches, qui mettent au centre l'économie politique de cette structure socio-économique et la limitation du pouvoir que ces entreprises exercent aussi sur les droits humains²¹⁰. S'il s'agit de risques exogènes, il devient primordial de les identifier et la sanction ne peut concerner que ceux qui auraient dû être raisonnablement identifiés, sans pour autant imposer un changement profond de l'organisation économique qui produit ces dommages. En revanche, si les risques sont considérés comme endogènes aux stratégies économiques et juridiques de ces sociétés, alors il serait plus important de leur attribuer la responsabilité de ces dommages, plutôt que de leur demander d'être

²⁰⁹ A. DUVAL, *op. cit.* ; B. CHRISTOPHERS, « Climate Change and Financial Instability: Risk Disclosure and the Problematics of Neoliberal Governance », 2017, *Annals of the American Association of Geographers*, 2017, n° 107(5), p. 1108.

²¹⁰ D. BIRCHALL, « Corporate Power over Human Rights: An Analytical Framework », *Business and Human Rights Journal*, 2021, pp. 42 et s.

vigilant par rapport à ces risques. En outre, il conviendrait d'élaborer des règles qui puissent modifier la structure même de ces structures socio-économiques²¹¹.

Quelques exemples, qui, bien évidemment, n'ont aucune prétention d'exhaustivité, peuvent illustrer les voies alternatives que le législateur aurait pu emprunter. On aurait pu viser directement et d'une façon contraignante les pratiques d'achats des sociétés multinationales, que les recherches démontrent être un élément crucial des violations des droits humains, des travailleurs, ainsi que de la destruction de l'environnement, l'épuisement des ressources et la réduction de la biodiversité²¹². Dans le cadre de la CSDDD, la publication de lignes directrices de la part de la Commission, qui devraient prévoir aussi « les mesures appropriées pour adapter les pratiques d'achat » (art. 19) pourrait clarifier le sujet, par exemple en prescrivant explicitement que les entreprises donneuses d'ordre doivent payer un prix qui met leurs sous-traitants dans la condition de garantir des salaires et des conditions de travail dignes²¹³, veillant à ce que cela n'aille pas simplement augmenter les profits des intermédiaires. Cependant, ces lignes directrices (qui devraient être publiées au plus tard en 2027) ne sont pas contraignantes et visent à apporter un soutien aux entreprises concernant la manière dont elles doivent s'acquitter de leurs obligations (considérant 66). Pour prévenir la dégradation environnementale, on aurait pu proposer un système de comptabilité en nature qui limite la déprédation des ressources de l'environnement et des systèmes biophysiques, afin d'en respecter le temps de rénovation²¹⁴. Pour ce faire, il serait toutefois nécessaire de caractériser les dommages qui se produisent dans les chaînes de valeur en tant qu'un effet endogène, et non simplement comme une conséquence inattendue qui doit être palliée par la société.

De la même manière, la régulation des plateformes numériques aurait pu les concevoir comme des structures et des relations de production qui ont été élaborées par des entreprises afin de maximiser leurs profits et qui pourraient, donc, être structurées d'une manière différente. Comme nous l'avons montré, l'opération de ces plateformes implique aussi l'externalisation du travail à travers des chaînes de valeur mondiales et l'imposition des conditions de travail pénibles pour maximiser le contrôle et minimiser les coûts, ainsi qu'une forte consommation de ressources et pollution²¹⁵. La régulation de ces infrastructures ne doit pas forcément se borner à une meilleure gestion des contenus dans le cadre des systèmes de production déjà existants. Elle pourrait en revanche viser aussi les relations de pouvoir qui traversent ces systèmes : par exemple, en régulant les prix et les conditions de travail, ainsi que les possibilités de syndicalisation pour les travailleurs, dans les services de modération des contenus sous-

²¹¹ Comme il paraît le préfigurer le considérant 3 de ladite directive : « Dans sa communication du 14 janvier 2020 sur une Europe sociale forte pour des transitions justes, la Commission s'est engagée à moderniser l'économie sociale de marché de l'Europe pour réussir une transition juste vers la durabilité, en veillant à ce que personne ne soit laissé pour compte. La présente directive contribuera aussi à l'élaboration du socle européen des droits sociaux, qui fait la promotion des droits garantissant des conditions de travail équitables. Elle fait partie des politiques et stratégies de l'Union relatives à la promotion du travail décent dans le monde, y compris dans les chaînes de valeur mondiales, comme indiqué dans la communication de la Commission du 23 février 2022 sur le travail décent dans le monde. »

²¹² V. *supra* I.A.

²¹³ Sur le lien très étroit entre les salaires bas et les violations des droits humains v. G. LEBARON, « Wages: An Overlooked Dimension of Business and Human Rights in Global Supply Chains », *Business and Human Rights Journal*, 2021, pp. 1 et s.

²¹⁴ C. DURAND et R. KEUCHEYAN, *Comment bifurquer. Les principes de la planification écologique*, Paris, Éditions La Découverte, 2024, pp. 92 et s. ; A. RAMBAUD et C. FEGER, « Une brève introduction au modèle CARE et à la comptabilité écosystème-centrée », *Horizons publics*, 2022, pp. 50 et s.

²¹⁵ V. *supra* I.B.

traités ; en interdisant certains systèmes technologiques jugés trop nuisibles à l'environnement (comme certains outils d'IA générative).

Or, le législateur européen avait même envisagé, pendant les négociations qui ont porté à l'adoption du DSA, la possibilité d'interdire tout court le ciblage des publicités basé sur la surveillance et les profils personnalisés. Il s'agit en effet du modèle sur lequel se basent de nombreuses VLOPs, notamment celles fournissant les moteurs de recherche ou les réseaux sociaux (la plupart des autres étant des plateformes d'e-commerce), et qui a été fortement critiqué depuis plusieurs perspectives²¹⁶. Sans entrer dans le fond de ces débats, cette proposition démontre qu'il est théoriquement possible, dans la régulation des plateformes, de délaissier les approches qui mettent au centre la gestion incrémentale du risque et qui privilégient recours à l'expertise et adopter des positions, justifiées sur la base de l'intérêt commun, qui interdisent tout simplement une pratique considérée nuisible (il s'agit, d'ailleurs, d'une approche qui a également été proposée dans le contexte des impacts environnementaux des chaînes de valeur)²¹⁷. Dans cet exemple, la proposition d'interdire la publicité ciblée a, après une campagne de lobbying très intense de la part des VLOPs, finalement été rejetée par le Parlement (et remplacée, dans le texte final du DSA, par un encadrement de la publicité ciblée beaucoup plus limité²¹⁸)²¹⁹. En dernier ressort, les entraves à une telle approche ne sont pas conceptuelles, mais matérielles, et dépendent du pouvoir politique des entreprises régulées.

Pour conclure, l'analyse présentée dans cet article suggère que, pour s'attaquer efficacement à ces enjeux essentiels, il est nécessaire de vouloir transformer la réalité économique sous-jacente²²⁰ et, donc, les structures juridiques qui la rendent possible²²¹. Au lieu de faire de l'entreprise le sujet de l'auto-régulation à travers l'instrumentalisation d'une pratique managériale, il serait nécessaire de mobiliser le pouvoir de la puissance publique.

²¹⁶ Par exemple, des chercheur.ses et associations ont argumenté que ce modèle de financement des plateformes de communication en ligne menace la vie privée, qu'il crée des incitations pour les conflits et les médias de basse qualité, et/ou que la curation des contenus selon leur utilité en tant que véhicule pour publicité renforce systématiquement les stéréotypes et l'exclusion des perspectives minoritaires : v. par exemple S. VAIDHYANATHAN, *Antisocial Media: How Facebook Disconnects Us and Undermines Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2018 ; M. LANDWEHR, A. BORNING et V. WULF, « The High Cost of Free Services: Problems with Surveillance Capitalism and Possible Alternatives for IT Infrastructure », *LIMITS '19: Proceedings of the Fifth Workshop on Computing within Limits*, 2019, p. 3 ; R. GRIFFIN, « The Law and Political Economy of Online Visibility: Market Justice in the Digital Services Act », *Technology & Regulation*, 2023, p.69.

²¹⁷ J. DEHM, *op. cit.*

²¹⁸ V. arts. 28(2) et 26(3), DSA.

²¹⁹ Corporate Europe, « How corporate lobbying undermined the EU's push to ban surveillance ads », Corporate Europe, 2022 <https://corporateeurope.org/en/2022/01/how-corporate-lobbying-undermined-eus-push-ban-surveillance-ads> [consulté le 6 décembre 2024].

²²⁰ M. LEITE, « Beyond Buzzwords: Mandatory Human Rights Due Diligence and a Rights-Based Approach to Business Models », *Business and Human Rights Journal*, 2023, p. 197 et s.

²²¹ B. CHOUDHURY, « Corporate Law's Threat to Human Rights: Why Human Rights Due Diligence Might Not Be Enough », *Business and Human Rights Journal*, 2023, p. 180 et s.

L'Union européenne, la neutralité et le droit de l'environnement

Par Ludwig Krämer,

Ancien fonctionnaire à la direction générale de l'environnement de la Commission européenne,

Professeur de droit à l'Université de Brême

La présente contribution se propose de discuter la poursuite d'une politique de neutralité de l'Union européenne (UE) dans le domaine de l'environnement. Cette approche peut surprendre à première vue, étant donné que la « neutralité » est avant tout associée à des situations de conflits armés, et la relation entre l'Homme et son environnement n'est pas définie comme celle de deux parties en guerre. Cependant, la situation entre les sociétés humaines, notamment européenne et nord-américaine, a changé au cours des siècles : tandis que, jadis, il importait de protéger l'être humain contre la nature (animaux, inondations)¹, il s'agit, à présent, de protéger la nature, y compris le climat, contre l'activité humaine. En effet, la situation est, au 21^e siècle, marquée par trois grands défis environnementaux, à savoir le changement climatique, la perte de la biodiversité et la pollution, causée par l'activité anthropique. « Neutralité » dans ce conflit signifie donc avant tout un comportement humain qui a pour objectif de ne pas nuire davantage à l'état de l'environnement.

Les trois problèmes mentionnés relatifs à l'environnement ont une dimension planétaire. Néanmoins, la présente contribution se limite à décrire les efforts juridiques (et politiques) de l'Union européenne (UE) afin de parvenir à une neutralité. En effet, une description des activités au niveau mondial exigerait une présentation dans un ou plusieurs livres entiers.

Neutralité climatique

L'objectif de neutralité climatique

La politique de protection de l'environnement est ancrée dans les traités de l'Union européenne depuis 1987², ceux-ci établissant une compétence partagée entre l'Union et ses États membres. Basée sur des programmes d'action environnementale³, elle visait en particulier la protection de la nature, ainsi que la lutte contre la pollution et le changement climatique⁴. Les actes de droit dérivés de l'Union sont normalement adoptés, sur proposition de la Commission, à la majorité qualifiée du Conseil et du Parlement européen.

Depuis les années 1980, les scientifiques mettaient en garde contre un changement climatique causé par les émissions de gaz à effet de serre, notamment le dioxyde de carbone, qui provoquerait une augmentation des températures sur terre et des anomalies de temps considérables telles que des inondations, des sécheresses, une augmentation du niveau des océans, des intempéries etc). La politique réagissait. En 1992, une convention-cadre internationale était adoptée sous les auspices des Nations

¹ Malgré le fait que déjà Horatius Flaccus avertissait : « Naturam expellas per furcam, tamen usque recurrit ».

² Actuellement, article 3 Traité sur l'Union européenne (TUE) et articles 191 à 193 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

³ Le premier programme d'action environnementale date de 1973, JOUE 1973, C 112, p.1 ; actuellement, le 8^e programme d'action environnementale (2022-2030) est en vigueur, Décision 2022/591, JOUE 2022, L 114, p.22.

⁴ À noter toutefois, que seul le changement climatique exigeait, selon l'article 191 TFUE, une « lutte » de la part de l'UE.

Unies, qui invitait les États à prendre des mesures pour stabiliser la concentration des gaz à effet de serre dans un niveau non-nuisible. Cependant, il s'avéra vite que ces dispositions étaient insuffisantes. Un protocole, adopté à Kyoto en 1997 et une conférence à Copenhague en 2009 ne parvenaient pas à restreindre les émissions globales des gaz à effet de serre de manière significative. Finalement, un autre protocole de la convention-cadre, l'Accord de Paris, était adopté en décembre 2015 et ratifié par 194 États.

Cet Accord prévoyait comme objectif une limitation de la hausse des températures sur terre à 2°C par rapport aux niveaux préindustriels et obligeait les parties à poursuivre les efforts pour limiter l'élévation de la température globale à 1,5°C⁵. Cela exigerait, selon les stipulations de l'Accord, d'atteindre « un équilibre entre les émissions anthropiques par les sources et les absorptions anthropiques par les puits de gaz à effet de serre au cours de la deuxième moitié du siècle »⁶.

L'Union européenne, incitée aussi par le Royaume Uni, joignait très vite la lutte contre le changement climatique : la Commission européenne adoptait une première communication sur le changement climatique en 1989⁷. L'Union conclut fidèlement la convention-cadre, le Protocole de Kyoto et l'Accord de Paris⁸, et fixa successivement l'objectif de stabiliser les émissions de gaz à effet de serre jusqu'à l'année 2000, de diminuer ces émissions de huit pour cent jusqu'à 2012 et de 20 pour cent jusqu'à 2020. En 2016, elle décida de diminuer ses émissions de gaz à effet de serre de 40 pour cent en 2030.

La première stratégie de la Commission « relative à l'adaptation au changement climatique »⁹ se limitait à proposer l'objectif de réduction des émissions jusqu'à 2030 (40%). C'est seulement en 2016, suite à l'adoption de l'Accord de Paris, que la Commission commença à mentionner la neutralité climatique de l'Union, se fondant sur l'Accord de Paris qui fixait pour objectif la neutralité climatique dans la deuxième moitié du 21^e siècle¹⁰. Cette nouvelle stratégie de la Commission esquissait l'impact de l'Accord de Paris sur les activités de l'Union et annonçait une série d'initiatives législatives et politiques. La communication était suivie d'une communication en 2018 qui décrivait, en ce qui concerne le changement climatique, la vision de la Commission pour 2050¹¹. Se basant sur un rapport du groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), établi sous l'égide des Nations Unies, la Commission déclarait : « Pour parvenir à une limitation de hausse des températures à 1,5°C, il faudra parvenir à la neutralité carbone (zéro émissions de CO₂) à l'échelle planétaire vers 2050 et à la neutralité pour tous les autres gaz à effet de serre plus tard au cours du siècle ». Cette approche était répétée avec force par la communication de la Commission de 2019 sur le pacte vert pour l'Europe¹².

Le Parlement européen et le Conseil soutenaient l'approche de la Commission en adoptant, en 2021, sur sa proposition, le règlement 2021/1119 sur le changement

⁵ Accord de Paris, article 2.

⁶ *Ibidem*, article 4.

⁷ Commission, Communication : L'effet de serre et la Communauté, COM(89) 656.

⁸ Décision 94/69, JOUE 1994, L 33, p.11 (convention-cadre) ; décision 2002/358, JOUE 2002, L 130, p.1 (Protocole de Kyoto) ; décision 2016/1841, JOUE 2016, L 282, p.1 (Accord de Paris).

⁹ Commission, COM (2013) 216.

¹⁰ Commission, Communication: L'après-Paris: évaluation des implications de l'accord de Paris, COM (2016) 110.

¹¹ Commission, Communication: Une planète propre pour tous. Une vision européenne stratégique à long terme pour une économie prospère, moderne, compétitive et neutre pour le climat, COM (2018) 773

¹² Commission, COM (2019)640.

climatique, qui portait l'objectif de la neutralité climatique de l'Union dans son titre¹³. Ce règlement, adopté sur base de l'article 192 al.1 TFUE, prévoyait que l'Union doit réduire ces émissions de gaz à effet de serre de 55 pour cent en 2030, comparées aux émissions de 1990. En ce qui concerne la stratégie à long terme, l'article 2 contenait une obligation juridique quant aux émissions en 2050, stipulant : « L'équilibre entre les émissions et les absorptions des gaz à effet de serre réglementées dans le droit de l'Union à l'échelle de l'Union est atteint dans l'Union d'ici à 2050 au plus tard, les émissions nettes se trouvant ainsi ramenées à zéro d'ici à cette date... ».

De plus, cette loi européenne sur le climat indiquait expressément dans son article 2, que l'obligation de réduire les émissions de gaz à effet de serre constituait une obligation collective de l'Union et non une obligation des États membres¹⁴. Les États membres étaient obligés, en vertu du règlement 2018/1999¹⁵, d'adopter en 2024 et mettre à jour tous les dix ans, des « plans nationaux intégrés en matière d'énergie et de climat » (PNEC). Le règlement 2021/1119 charge la Commission d'examiner, à partir de 2023, les progrès réalisés dans la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Cet examen doit porter sur le progrès de l'Union, mais aussi sur les progrès réalisés par les États membres individuellement. Lorsque la Commission estime que les progrès de réduction réalisés par un État membre sont insuffisants, elle peut lui adresser des recommandations. L'État membres doit réagir à ces recommandations. Lorsqu'il ne les suit pas, il est tenu de se justifier.

En 2024, la Commission a suggéré, dans une communication, un objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre en 2040 de 90 pour cent par rapport à 1990¹⁶. Elle a annoncé des propositions d'amendements législatifs correspondants, estimant que de nouvelles mesures d'accompagnement pour atteindre cet objectif seraient nécessaires¹⁷.

La mise en œuvre de la politique de neutralité climatique

La fixation juridique de la neutralité climatique de l'Union pour 2050 et l'objectif intermédiaire d'une réduction des émissions de gaz de 55 pour cent en 2030 par rapport à 1990 ne constituent pas une orientation nouvelle de la politique de l'Union. En effet, déjà les différents actes législatifs concernant le changement climatique adoptés par l'Union avant 2021 visaient des réductions ; ils ont simplement été adaptés à ces nouveaux objectifs, le pacte vert pour l'Europe de 2019¹⁸ servant comme orientation stratégique. Au total, avant et après 2021, un nombre très considérable d'actes législatifs visant la réduction des émissions de gaz à effet de serre et la neutralité climatique ont

¹³ Règlement 2021/1119 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique (« loi européenne sur le climat »), JOUE 2021, L 243, p.1.

¹⁴ Dans sa réunion du 23/24 octobre 2014, le Conseil européen avait déterminé que les obligations de réduction des émissions devait être une obligation collective, mais non pas une obligation incombant aux États membres individuels, voir Conseil européen, Conclusions de la réunion des 23 et 24 octobre 2014, section 2.1, document EUCO 169/14.

¹⁵ Règlement 2018/1999 sur la gouvernance de l'union d'énergie et de l'action pour le climat, JOUE 2018, L 328, p.1.

¹⁶ Commission, Communication: Garantir notre avenir. Objectif climatique de l'Europe pour 2040 et la voie vers la neutralité climatique à l'horizon 2050 pour une société durable, juste et prospère, COM (2024) 63.

¹⁷ *Ibidem*, annexe. Ces objectifs et mesures seraient : (1) Un système énergétique résilient et décarboné pour nos bâtiments, nos transports et notre industrie ; (2) Une révolution industrielle axée sur la compétitivité fondée sur la recherche et l'innovation, la circularité, l'utilisation efficace des ressources, la décarbonation industrielle et la fabrication de technologies propres ; (3) Des infrastructures d'approvisionnement, de transport et de stockage de l'hydrogène et du CO² ; (4) Réduction accrue des émissions dans l'agriculture ; (5) La politique climatique en tant que politique d'investissement ; (6) Équité, solidarité et politique sociale au cours de la transition ; (7) Des partenariats et une diplomatie climatique de l'UE pour encourager la décarbonation au niveau mondial ; (8) Gestion des risques et résilience.

¹⁸ Commission, COM (2019) 640.

été adoptés par l'Union dans les domaines de l'énergie, du transport, de l'industrie, des produits, de l'économie circulaire, de l'infrastructure, de l'investissement, du financement, des subventions et des aspects sociaux. Ces actes ne seront pas énumérés en détail dans cette contribution. La plupart de ces actes ont été adoptés sur base de l'article 192 al.1 TFUE, donc à la majorité qualifiée du Conseil. Les tentatives de recours visant à faire appliquer la règle de l'unanimité¹⁹, ont été rejetés par la Cour de justice.²⁰

La limitation de l'augmentation de la température globale à 1,5°C ou 2°C au-dessus des niveaux préindustriels est encouragée par l'Union européenne, ce qui se manifeste par la conclusion de l'Accord de Paris. Pour atteindre la neutralité climatique en 2050, l'Union ne fixe pas elle-même une limitation de l'augmentation de la température au sein de l'Union, mais se limite à prévoir des réductions des émissions de gaz à effet de serre. Ceci étant, la Commission indique, qu'en 2023, les températures au niveau global ont augmenté de 1,48°C par rapport au niveau préindustriel²¹. Le GIEC indique, dans son rapport de 2023 sur le changement climatique, que la température globale moyenne était, entre 2011 et 2020, 1,09°C plus élevée qu'entre 1850 et 1900. Vu les émissions actuelles, le GIEC estime que les températures seront, en 2050, à 2,8°C au-dessus du niveau préindustriel²².

Au niveau global, les émissions de gaz à effet de serre sont passées de 32,7 MtCO₂eq. en 1990 à 53,0 MtCO₂eq. en 2023. Les émissions de l'Union descendaient en même temps de 4,87 MtCO₂eq. à 3,22 MtCO₂eq., ce qui constitue 6,1 pour cent des émissions globales²³.

En 2023, les États membres présentaient leurs projets de PNEC pour s'adapter aux exigences de la réduction de 55 pour cent des émissions de gaz à effet de serre en 2030, les PNEC définitifs n'étaient à soumettre qu'en juin 2024 ; ils n'ont pas encore fait l'objet d'une publication et d'une évaluation. La majorité des États membres ont fixé un objectif national de neutralité climatique en 2050²⁴. La Commission a évalué les projets²⁵ et constaté que la réduction des émissions de gaz à effet de serre en 2023 était de 32,5 pour cent et atteindrait, avec la réalisation des mesures prévues dans les PNEC, 51 pour cent par rapport à 1990²⁶. Les objectifs d'augmenter la part des énergies renouvelables (39,3 pour cent au lieu de 45 pour cent), l'efficacité énergétique (consommation de 814,3 Mteq. au lieu de 763 Mteq.) ainsi que la diminution des subventions pour les combustibles fossiles ne seront pas atteints en 2030. La

¹⁹ Voir article 192 al.2 TFUE: «le Conseil, statuant à l'unanimité... arrête... (c) les mesures affectant sensiblement le choix d'un État membre entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique ».

²⁰ CJUE, aff. C-5/16, Pologne c. Parlement européen et Conseil, ECLI:EU:C:2018:483 (création d'une stabilité de réserve dans le cadre de la directive 2003/87). Des affaires concernant la base juridique correcte concernant les émissions CO₂ des voitures (règlement 2023/851 ; aff. C-771/23) et l'établissement d'un fonds social pour le climat (règlement 2023/955 ; aff. C-444/23) sont en cours.

²¹ Commission, COM (2023) 796.

²² GIEC, Changement climatique 2023. Rapport de synthèse, section 2. Genève 2023.

²³ Voir edgar.jrc.ec.europa.eu/report_2024 (consulté 24 septembre 2024). En 2023, les émissions (en MtCO₂eq.) de la Chine étaient 15.493 (en 1990 388), France 385,5 (533,0), Allemagne 681,8 (1235,8), Inde 4.133,5 (1383,0), Japon 10411,0 (1387,2), Russie 2672,0 (3065,7) et États Unis 5960,8 (6209,3).

²⁴ Commission, State of the Energy Union 2023 Report, SWD (2023) 646, p.6. Finlande prévoyait la neutralité climatique pour 2035, Allemagne et Suède pour 2045. Aucune date n'était établie par Belgique, Bulgarie, Croatie, Czechie, Malte, Pays Bas, Pologne et Roumanie.

²⁵ Commission : Réduction à l'échelle de l'UE des projets mis à jour de plans nationaux en matière d'énergie et de climat, COM (2023) 796. Les PNEC de la Belgique, Irlande et Lettonie n'étaient pas évalués, parce qu'ils avaient été soumis en retard. L'Autriche, Bulgarie et Pologne n'avaient pas soumis de projets de PNEC.

²⁶ Commission, Rapport sur l'état énergétique 2024 de l'Union, COM (2024) 404, p.9. En 2023, la Commission avait estimé la réduction en 2030 à 45-50 pour cent, voir Commission, SWD (2023) 646, p.9.

Commission a donc adressé des recommandations détaillées aux différents États membres, en vue de l'adoption définitive des PNEC²⁷.

La neutralité climatique en 2050 est un objectif de l'Union européenne, mais seulement indirectement un objectif de l'Accord de Paris. Malgré les prévisions de la Commission pour 2030, qui laissent prévoir une réduction d'émissions moins grande que consentie par l'Union, il n'est pas exclu que l'objectif intermédiaire de 2030 et aussi l'objectif de 2050 –émissions nettes zéro des gaz à effet de serre – sera atteint. En effet, les incertitudes sont simplement trop grandes. Elles concernent les développements et innovations technologiques – par exemple la fusion nucléaire ou l'utilisation de l'hydrogène - les changements du comportement humain - p.ex. la consommation de viande ou le stockage souterrain des gaz à effet de serre - ou encore l'influence de facteurs extérieurs – p.ex. une autre pandémie ou l'impact de l'intelligence artificielle. Cependant, la probabilité que des événements qui ont pour conséquence un ralentissement significatif des émissions globales se réalisent ou diminuent de manière importante et continuent le niveau des émissions de gaz à effet de serre de l'UE, n'est pas grande. Ce serait presque un miracle !

La résistance aux mesures visant à diminuer davantage les émissions est grande à l'intérieur de l'Union, et semble augmenter. Les arguments des partis politiques d'extrême droite, qui nient le changement climatique et/ou ses causes anthropiques, et les intérêts des groupes concernés – agriculteurs, industries de transport (voitures, avions), propriétaires ou locataires d'habitations, forces sociales – l'emportent souvent dans les discussions publiques concernant la réponse à apporter au changement climatique. Le principe « Nimby »²⁸ joue un rôle croissant dans les négociations et décisions de l'Union ainsi que des États membres concernant le changement climatique.

A cela s'ajoute que la réduction des émissions de gaz dans l'Union entre les trente ans de 1990 à 2020 s'élevait à un peu plus que 20 pour cent, donc moins d'un pour cent par an. Réduire les émissions jusqu'à 2030 de 55 pour cent exige une réduction d'environ trois pour cent par an ; la réduction de 90 pour cent entre 2030 et 2040 exigerait une réduction annuelle de 3,5 pour cent. Les réductions concerneront, dans l'avenir, davantage des domaines ou activités où une réduction est peu évidente, comme le transport, les bâtiments, l'agriculture, ou la digitalisation. A cela s'ajoute que la discussion politique sur les réductions d'émissions nécessaires, préférables ou les moins coûteuses, les comparaisons, le calcul des effets des mesures et de leur efficacité manquent trop souvent de transparence. Elles ne sont pas compréhensibles pour le grand public. La conséquence en est que la discussion du changement climatique devient fréquemment une discussion d'experts, ce qui, à son tour, facilite le populisme. Une telle évolution s'observe dans tous les États membres de l'Union, quoiqu'à des intensités différentes ; aucun État membre n'a échappé complètement à cette évolution, dont on ne sait pas dans quelle mesure elle influencera les discussions ou décisions futures sur la neutralité climatique de l'Union.

La proclamation de l'objectif de neutralité climatique par l'UE et son ancrage dans un règlement juridiquement contraignant permettrait quand-même de réunir tous les États membres sous le toit des mesures communes visant à atteindre cet objectif, même les États membres dont les gouvernements avaient des réserves quant à l'existence ou la

²⁷ Voir p.ex. Recommandation 2024/611 adressée à la France, JOUE L 2024/611 du 7 mars 2024 (24 recommandations) ; Recommandation 2024/612 adressée à l'Allemagne, JOUE L 2024/612 du 7 mars 2024 (25 recommandations).

²⁸ Nimby (not in my backyard – pas dans mon jardin) désigne une attitude qui oppose toute mesure qui pourrait affecter les conditions de vie d'un individu ou d'un groupe et propose que la mesure, si jamais elle devait être prise, soit prise ailleurs.

dimension du changement climatique. Les années à venir montreront, dans quelle mesure les arguments scientifiques – le rapport le plus récent du GIEC donne des preuves scientifiques irréfutables quant à l'existence et la relevance du changement climatique global – seront suivis par des actions d'ordre juridique, économique et politique.

Juridiquement – mais non pas politiquement – l'argument selon lequel l'Union n'émet que quelques six pour cent des émissions de gaz à effet de serre et que ses mesures n'influencent donc guère le climat global, ne pèse pas lourd. En effet, un tel argument néglige que la politique nationale climatique d'un État contribue à influencer le climat global. Laisser de côté les contributions des États, qui n'atteignent pas un certain seuil d'émissions, signifierait que seuls les grands émetteurs de gaz à effet de serre – Chine, États-Unis, Russie etc -, qui, ensemble n'émettent même pas la moitié des émissions de gaz, décideraient sur les mesures à prendre. Une telle approche contredit le principe de la souveraineté des États et le principe du droit international public, qui attribue une voix à chaque État. Cela aboutirait à une dominance globale de ces quelques États.

Dans toute la discussion sur la limitation de l'augmentation des températures de 1,5°C ou 2,0°C jusqu'à 2050, on a tendance à oublier la réaction du climat lui-même. En effet, on ignore quel impact cumulatif l'augmentation actuelle des températures et les effets irréversibles qui se sont déjà manifestés jusqu'à présent – comme la disparition des glaciers ou l'augmentation des niveaux des océans – auront sur le climat en général. Pourtant, il est sûr que les températures - globales et en Europe - auront augmenté en 2050, indépendamment de la question de savoir si l'Union a ou non atteint la neutralité climatique.

En conclusion, tout ce qu'on peut dire sur la neutralité climatique de l'UE, envisagée pour 2050, est que l'Union est sur la voie, mais que des efforts juridiques, économiques et sociaux²⁹ considérables seront nécessaires, pour l'atteindre.

La neutralité, la biodiversité et la lutte contre la pollution

L'introduction du terme « neutralité » dans le secteur de la biodiversité et la lutte contre la pollution se prêtent également aux discussions dans les enceintes internationales de l'environnement. En effet, la Conférence des Parties de la convention des Nations Unies de 1994 sur la lutte contre la désertification adoptait, en 2017, une décision concernant un « Cadre stratégique 2018-2030 sur la lutte contre la désertification³⁰. La décision visait à encourager les Parties de la convention à arriver, jusqu'à 2030, à la « neutralité en termes de dégradation des terres »³¹. En d'autres termes, la décision visait un arrêt de la désertification en 2030.

L'Union concluait la convention sur la désertification en 1998³², mais ne transposait pas ses dispositions dans le droit de l'Union. En 2018, la Cour des comptes de l'Union adoptait un rapport, qui attirait l'attention sur l'accélération considérable de la désertification dans l'Union, en particulier au Portugal, en Espagne, Italie, Grèce, Chypres, Malte, Bulgarie et Roumanie. La Cour recommandait que l'Union adopte une stratégie et une législation spécifique pour lutter contre la désertification et la

²⁹ Parlement européen. Position en vue de l'adoption du règlement relatif à la restauration de la nature, Document 2022/0195(COD) du 27 février 2024, considérant 23 et article premier.

³⁰ Nations Unies, UNCCD, Décision 7/COP 13 : Cadre stratégique 2018-2030 sur la lutte contre la désertification.

³¹ Ce terme était défini dans le cadre de la convention comme « un état où la quantité et la qualité des ressources terrestres nécessaires au maintien des fonctions et services écosystémiques et au renforcement de la sécurité alimentaire restent stables ou augmentent au sein d'écosystèmes et d'échelles spatio-temporelles spécifiques ».

³² Décision 98/216, JOUE 1998, L 83, p.1.

dégradation des terres³³. La réponse de la Commission restait vague, malgré le fait qu'elle acceptait ces recommandations. D'ailleurs, sa proposition d'un règlement sur la restauration de la nature de 2023 ne mentionne pas la désertification³⁴.

Dans son avis sur cette proposition, le Parlement européen se référait – il est vrai, de manière mutilée – à la stratégie des Nations Unies sur la désertification et demandait un ajout à l'article premier du règlement, selon lequel le règlement avait également pour objectif « la neutralité des terres dégradées ». Le Conseil acceptait cet ajout³⁵, mais ni les dispositions du règlement définitif 2024/1991 ni ses considérants ne faisaient une mention quelconque des Nations Unies, de la convention ou de la désertification. Les termes « neutralité » et « dégradation des sols » n'étaient pas définis. La seule référence aux sols dégradés se trouvait dans l'article 14 al.9 du règlement, qui demande aux États membres d'établir des synergies entre différents plans nationaux - concernant le changement climatique, la prévention des catastrophes, la stratégie à long terme, et la neutralité en matière de dégradation des sols.

Pour le reste, le règlement vi – avec nombreuses périodes de transition et de dérogations - la restauration des habitats et zones « qui ne sont pas en bon état ». Il exige en principe une restauration de 30 pour cent de tels habitats jusqu'en 2030, 60 pour cent jusqu'en 2040 et 90 pour cent jusqu'en 2050. Une fois un bon état d'un habitat ou d'une zone atteint, les États membres devront empêcher sa détérioration significative.

Le système installé par le règlement 2024/1991 ne se laisse pas qualifier comme aspirant à une neutralité de l'activité humaine, ni vis-à-vis du phénomène de la désertification ni vis-à-vis de la nature ou la biodiversité en général. En effet, les États membres décident eux-mêmes, quelle zone naturelle ou agricole, terrestre ou marine tombe sous le champ d'application du règlement, quelle zone n'est pas en bon état ou quelle mesure de restauration est suffisante pour rendre une zone en un bon état. Théoriquement, la Commission pourrait entamer des actions selon l'article 258 TFUE contre un État membre, qui ne respecte pas les obligations découlant du règlement 2024/1991 ; mais le caractère vague des définitions et des dérogations et exceptions prévus dans le règlement lui-même³⁶, rendent de telles démarches plus que invraisemblables.

Cela d'autant plus que, la relation entre l'activité humaine et la biodiversité n'est jamais stable. Les changements démographiques, les nouvelles technologies, l'urbanisation progressive, l'amélioration constante des infrastructures de transport, d'énergie et d'autres secteurs, l'utilisation de produits chimiques etc. exercent une influence sur la biodiversité et rendent une « neutralité » - un standstill -entre l'activité humaine et la biodiversité impossible. Par exemple, la construction du canal de Suez avait pour conséquence une invasion de nombreuses espèces aquatiques dans la Méditerranée, l'Atlantique et la mer du Nord, ce qui ne peut être révisé. L'invention du moteur et le développement de la chimie transforment continuellement la relation entre la société

³³ Cour des comptes de l'UE : La lutte contre la désertification dans l'UE : le phénomène s'aggravant, de nouvelles mesures s'imposent. Rapport spécial 33/2018. Luxembourg 2018.

³⁴ Commission, COM (2023) 304.

³⁵ Règlement 2024/1991 relatif à la restauration de la nature, JOUE L 2024/1991 du 29 juillet 2024, article premier : « Le présent règlement établit des règles visant à... (b) réaliser les objectifs généraux de l'Union ... de neutralité en matière de dégradation des sols ».

³⁶ Le règlement 2024/1991 contient les possibilités de dérogation et exception éventuelles suivantes, quelquefois accompagnées de conditions supplémentaires : - pour les types d'habitats très communs et répandues ; - un État membre estime qu'une restauration n'est pas possible ; - les catastrophes naturelles ; - lorsqu'un plan ou projet d'intérêt public majeur existe ; - une action d'un pays tiers ; - pour réaliser une installation de production d'énergie à partir de sources renouvelables ; projets de la défense nationale.

humaine et la nature. Il est donc logique que les différents essais de l'Union européenne afin d'arrêter la perte de la biodiversité³⁷ échouent.

Les stratégies et mesures de l'Union pour combattre la pollution environnementale visaient un environnement de pollution zéro et exempt de substances toxiques³⁸ ; la vision pour 2050 était que « la pollution de l'air, de l'eau et des sols est réduite à des niveaux qui ne sont plus considérés comme nuisibles à la santé et aux écosystèmes naturels »³⁹. Cette fixation à une pollution zéro pour la santé humaine et l'environnement pourrait de nouveau faire penser, que l'objectif de la politique anti-pollution de l'Union serait la neutralité des mesures : une pollution zéro permettrait à l'Homme de vivre en harmonie avec la nature, et aux écosystèmes naturels d'évoluer sans influence négative des émanations humaines.

Cependant, tel n'est pas le cas. Dans le droit de l'Union, « pollution » signifie une action – telle qu'une émission ou un rejet – qui est susceptible de porter atteinte à la santé humaine ou à la qualité de l'environnement⁴⁰. Tant que l'émission respecte les limites fixées par la législation ou une autorisation, elle ne constitue pas une « pollution ». Ainsi par exemple, les émissions des voitures ne sont pas qualifiées de « pollution », tant qu'elles respectent les limites adressées par les normes d'émission législatives pour véhicules⁴¹. En conséquence, le plan d'action sur la pollution zéro de la Commission mentionné⁴² vise un renforcement des normes législatives d'émission ou de concentration de substances dans l'air, l'eau et les sols ou concernant la réduction du bruit. La constatation que seul le dépassement d'une autorisation qualifie une émission comme « pollution » est confirmée par le plan d'action de la Commission pour les produits chimiques, qui prévoit une interdiction des substances chimiques dangereux pour l'Homme ou pour l'environnement, à moins qu'elles ne soient essentielles pour la société humaine⁴³. La politique de l'Union dans le domaine des pesticides agricoles suit la même philosophie : on limite leur utilisation, sauf si l'utilisation est indispensable - et ce sont les milieux agricoles qui décident, si tel est le cas.

De nouveau donc, une « pollution zéro » ou « un environnement exempt de substances toxiques » ne signifie pas que les activités humaines vis-à-vis de l'environnement aboutissent au standstill et que l'on puisse parler d'une sorte de trêve ou de neutralité dans ces relations. La contamination de l'environnement par les émanations – émissions, rejets - continue plutôt, jusqu'à 2050 et au-delà.

³⁷ Commission, COM (98) 42 ; Décision 1600/2002, JOUE 2002, L 242, p.1, article 6 ; Commission, COM (2006) 216, COM (2010) 4 et COM (2011) 244 ; Décision 1386/2013, JOUE 2013, L 354, p.171, sections 20 et 28.

³⁸ Décision 2022/591 relatif à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2030, JOUE 2022, L 95, p.114, article 2 al.2(d) ; Commission, Communication: Cap sur une planète en bonne santé pour tous : Vers une pollution zéro dans l'air, l'eau et les sols, COM (2021) 400. La communication de la Commission « Stratégie pour la durabilité dans le domaine des produits chimiques. Vers un environnement exempt de substances toxiques », COM (2020) 667, parlait d'un « degré zéro de pollution chimique de l'environnement ».

³⁹ Commission, COM (2021)400. La décision 2022/591 ne visait des actions que jusqu'à 2030.

⁴⁰ Voir déjà la définition de pollution dans l'article premier, lettre (e) de la directive de 1976 sur le déversement de substances dans le milieu aquatique, JOUE 1976, L 129, p.23 ; plus récemment Directive 2010/75 concernant les émissions industrielles, JOUE 2010, L 334, p.10, article 3 no.2, modifiée par Directive 2024/1785, JOUE L 22024/1785 du 15 juillet 2024.

⁴¹ Évidemment, cette terminologie ne prend pas en considération, qu'aussi une multiplicité d'émissions « légales » peut avoir comme conséquence une détérioration de l'environnement. La terminologie actuelle montre ainsi son origine anthropique.

⁴² Commission, COM (2021) 400.

⁴³ Commission, COM (2020) 667.

Le principe de non-régression dans le droit de l'environnement n'aboutit pas à une autre conclusion. Ce principe émergent dans le droit international public⁴⁴ interdit des mesures qui aboutissent à un état de l'environnement qui est pire que celui sans la mesure. Ainsi, il assure, que la qualité de l'environnement est en amélioration constante et ne se détériore pas.

Cependant, une interdiction de détériorer l'environnement n'est pas la même chose qu'une neutralité concernant les atteintes à l'environnement. De plus, un principe général de non-régression ne se trouve ni explicitement ni implicitement dans le droit de l'Union. Seuls deux actes législatifs de l'Union abordent la question de la non-régression, à savoir la directive-cadre sur les eaux⁴⁵ qui établit comme un des objectifs de la directive d'empêcher la détérioration des eaux, et le règlement sur la restauration de la nature qui exige des États d'assurer, une fois qu'un bon état d'un habitat ou d'une zone est atteint, que ce bon état ne se détériore pas de nouveau⁴⁶. Pour le reste, le droit de l'environnement de l'Union contient de nombreux exemples de la détérioration du statut de l'environnement par des dispositions ultérieures moins strictes⁴⁷.

Il s'avère donc que les efforts politiques - et partiellement aussi juridiques- afin d'arrêter la perte de la biodiversité et d'arriver à une « pollution zéro » de l'Union se distinguent clairement d'une neutralité quelconque de l'Union vis-à-vis de l'environnement. Les deux démarches font plutôt partie de la politique de l'Union concernant l'environnement, qui cherche à éviter ou minimiser des conséquences négatives pour l'environnement venant des activités économiques et sociales.

Conclusion

L'évocation de la neutralité dans le domaine de l'environnement est apparue dans l'Union européenne à travers les discussions environnementales internationales. Dans le domaine du changement climatique, l'objectif d'atteindre des émissions nettes zéro en 2050 a servi pour convaincre tous les États membres de travailler vers un remplacement des énergies fossiles par des énergies renouvelables, ainsi que de réduire toutes les émissions de gaz à effet de serre. La date de 2050 les oblige à planifier cette transition vers une société sans carbone et à accepter des objectifs intermédiaires. Leur accord sur l'objectif de neutralité en 2050 est facilité par le fait que la réduction des émissions de gaz est fixée comme une obligation collective de l'Union, mais non pas des États individuellement.

Il est trop tôt pour sérieusement affirmer que l'Union atteindra la réduction des émissions nette de gaz à effet de serre en 2050, d'une part, parce que les réductions atteintes jusqu'en 2024 sont relativement faciles à réaliser, d'autre part, parce que les objections à des mesures efficaces par les secteurs concernés – agriculture, transport, bâtiment – augmentent et sont davantage susceptibles d'influencer les décisions politiques nécessaires.

⁴⁴ Voir M.Prieur-G.Sozzo : La non-régression dans le droit de l'environnement. Bruxelles 2012.

⁴⁵ Directive 2000/60 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, JOUE 2000, L 327, p.1, article 4 al.1 ; les articles 4 al.5 et 4 al.7 prévoyaient de larges possibilités de régression.

⁴⁶ Règlement 2014/1991 (n.xxx), article 4(11).

⁴⁷ À titre d'exemple, on mentionne la classification des installations de production d'énergie à partir de sources renouvelables comme étant d'intérêt public majeur par rapport à la protection d'un habitat naturel, l'abandon de fixer des normes d'émission pour les substances dangereuses (directive 2000/60, article 16), l'abandon des fixer de valeurs de concentration concernant certains polluants dans l'air (directive 2004/107, JOUE 2005, L 23,p.3), la réduction des paramètres pour mesurer la qualité des eaux de baignade de 19 à 2 (directive 2006/7 JOUE 2006, L 64, p.37) ou la suppression du cormoran de la liste des oiseaux particulièrement protégés (directive 97/49, JOUE 1997, L 223, p.9).

Il est par contre plus qu'évident que l'Union européenne n'atteindra pas une sorte de neutralité à l'égard de la biodiversité, dans le sens, que la perte de la biodiversité sera arrêtée. Ni les mesures concernant la restauration de la nature, ni les objectifs de travailler vers une pollution zéro de l'environnement, ni encore les efforts dans quelques États pour proclamer des droits de la nature elle-même, ne sont susceptibles d'instituer un maintien de la biodiversité au niveau actuel.

Neutralité et maintien de la paix : réflexions sur les fondements d'une idée reçue

Par Philippe Lagrange

Professeur de droit public à l'Université de Poitiers, Centre d'étude et de coopération juridique interdisciplinaire, CEOJI UR 21665

Avril 1994, aéroport militaire de Melsbroek, Belgique, devant les caméras et photographes, plusieurs commandos parachutistes belges, rapatriés du Rwanda contre leur gré, lacèrent leurs bérets bleus à coup de baïonnettes. Écœurés d'avoir dû assister aux prémices d'un génocide avec l'ordre formel de ne rien tenter pour l'empêcher, alors même qu'ils avaient perdu dix des leurs pris à partie par les milices interahamwe, ces Casques bleus ne savent pas encore que leur geste restera comme le symbole de l'échec de la volonté affichée de neutralité et d'impartialité des forces de maintien de la paix. Une politique de neutralité plus fantasmée qu'avérée et bien difficile à garantir sur le terrain, mais aux effets délétères et qui a sans doute en l'espèce, alliée à un manque de courage politique des grandes puissances, conduit à faciliter la mort de plusieurs centaines de milliers de Rwandais et à écorner durablement l'image de l'Organisation des Nations Unies (ONU). Une politique de neutralité qui sera pourtant réaffirmée par la résolution 929 (1994) du Conseil de sécurité, autorisant le déploiement d'une force multinationale pour engager au Rwanda une opération « de caractère strictement humanitaire », habilitée à user de tous les moyens nécessaires en vertu du Chapitre VII, mais devant néanmoins être « menée de façon impartiale et neutre »¹. Mais de quelle neutralité parle-t-on ? Et peut-on réellement envisager de concilier la philosophie irriguant ce principe avec les objectifs du maintien de la paix ?

Posons d'emblée les termes du débat : la neutralité du maintien de la paix est un mythe, un poncif, une image d'Épinal encore parfois véhiculée dans quelques productions scientifiques², et ce compris lorsque l'on se limite à faire référence à la première génération des opérations qui la mettent en œuvre³. Maintien de la paix et neutralité sont antinomiques et l'ont toujours été, du moins selon l'acception qui est généralement faite de ce dernier terme par les acteurs onusiens du maintien de la paix, ce compris lorsqu'il est dissocié de la notion d'impartialité. Il faut en effet distinguer la neutralité et

¹ S/RES/929 (1994) du 22 juin 1994, Paragraphe 6 du Préambule : « Notant l'offre faite par des États Membres de coopérer avec le Secrétaire général pour atteindre les objectifs des Nations Unies au Rwanda (S/1994/734) et soulignant le caractère strictement humanitaire de cette opération, qui sera menée de façon impartiale et neutre et ne constituera pas une force d'interposition entre les parties ».

² V. Ch.-Ph. DAVID et O. SCHMITT, *La guerre et la paix : approches et enjeux de la sécurité et de la stratégie*, Paris, Presses de Sciences po, 2020, 4^e édition, Chapitre 2 : les soldats de la paix, p. 378 : « Il faut bien rappeler que les conditions strictes auxquelles s'astreignaient les soldats de la paix garantissaient, dans une certaine mesure, le "succès" d'une opération : l'ONU n'intervenait qu'une fois conclu un cessez-le-feu entre États, avec leur consentement et selon le principe d'une neutralité et d'une impartialité exemplaires ».

³ La doctrine identifie généralement trois générations d'opérations de maintien de la paix, parfois cinq. V. K. M. KENKEL, « Five generations of peace operations: from the "thin blue line" to "painting a country blue" », *Revista Brasileira de Política Internacional*, 56/1, 2013, pp. 122-143.

l'impartialité des opérations de maintien de la paix (OMP) puis des opérations de paix⁴ de la neutralité des États qui interviennent au sein de ces dernières ou de la neutralité et de l'impartialité des acteurs de l'humanitaire qui les accompagnent généralement. Les questions de sémantique, comme souvent, s'avèrent ici particulièrement essentielles.

S'agissant du maintien de la paix d'abord, il faut l'envisager comme la mission première des Nations Unies, son objectif principal, sa raison d'être. Comme le rappelle Georges Abi-Saab, « toute action prise dans le cadre des Chapitres 6 et 7 (sans oublier 8 sur les accords régionaux) peut se réclamer du maintien de la paix *stricto sensu* ; et tout acte pris dans le cadre de la Charte en général peut ultimement le faire *lato sensu* »⁵. Aussi, et dans la perspective de satisfaire à sa fonction principale de maintien de la paix *lato sensu*, l'une des plus importantes techniques empiriques que l'ONU a pu développer demeure celle des opérations de maintien de la paix qui, en l'absence d'un fondement juridique précis dans la Charte, a pu connaître d'importantes évolutions qui n'ont pas été sans conséquence sur les réponses que l'Organisation est en mesure d'apporter aux nouvelles formes de menaces contre la paix. *Stricto sensu*, une opération de maintien de la paix se définit comme une action initiée par l'Organisation des Nations Unies (Conseil de sécurité ou Assemblée générale) et se traduisant par le déploiement sur le territoire d'un ou plusieurs États de contingents de Casques bleus fournis par les États membres volontaires, dirigés par le Secrétariat général et financés par l'Organisation. Ces opérations sont normalement guidées par trois principes fondamentaux, la « Sainte-Trinité du maintien de la paix »⁶ : le consentement des parties à la présence des Casques bleus, l'impartialité de ces derniers et la non utilisation de la force, sauf en cas de légitime défense ou d'obstruction à l'exercice du mandat⁷. Il s'agit en effet de maintenir et non d'imposer la paix, ce qui implique l'accord des parties en présence, qui devraient en théorie avoir conclu un cessez-le-feu préalable et ne jamais considérer les Casques bleus comme des parties au conflit, au risque de remettre en cause leur présence. Historiquement pensés comme intangibles, ces principes ont eu, en raison de l'évolution même des conflits contemporains, à connaître quelques tempéraments pour pouvoir parfois substituer au maintien de la paix une forme d'imposition de celle-ci ou, pour reprendre la terminologie de l'Organisation, rendre le maintien de la paix plus « robuste ». Face à l'évolution des conflits et aux atteintes de plus en plus accrues à l'encontre des civils, va en effet se développer une nouvelle génération d'OMP, dont la caractéristique principale est de ne plus être systématiquement déployées avec le consentement de toutes les parties en présence et de devoir en conséquence utiliser la force en dehors des seules situations de légitime défense, notamment pour instaurer un environnement permettant de faciliter l'accès humanitaire aux organismes en charge de cette mission. Une évolution qui ne saurait non plus rester sans conséquence sur le respect du second des principes : celui d'impartialité, qu'on l'associe ou non à la notion de neutralité.

Neutralité et impartialité sont en effet deux concepts indifféremment utilisés dans la plupart des contextes, mais qui présentent des différences significatives lorsqu'on les

⁴ Selon la nouvelle formulation un temps privilégiée par l'Organisation des Nations Unies.

⁵ V. G. ABI-SAAB, « La deuxième génération des opérations de maintien de la paix. Quelques réflexions préliminaires », *Le Trimestre du Monde*, n° 20, 1992/IV, p. 87.

⁶ « The Holy Trinity of peacekeeping ». A. J. BELLAMY, P. D. WILLIAMS and S. GRIFFIN, *Understanding Peacekeeping*, Cambridge, Polity Press, 2nd Edition, 2010, pp. 173-174.

⁷ V. *supra* les *Principes et orientations des Opérations de maintien de la paix des Nations Unies*, dits « Doctrine Capstone », Département des opérations de maintien de la paix, 18 janvier 2008, pp. 34-39.

emploie dans le cadre du maintien de la paix ou de l'action humanitaire. Au sens commun, la neutralité renvoie à l'état d'une personne qui reste neutre, qui s'abstient de prendre parti, de s'engager d'un côté ou de l'autre ou, autrement dit, à un état de non-engagement ou d'absence de position sur un sujet particulier. Pour la plupart des dictionnaires, le terme de neutralité renvoie à ceux d'impartialité et d'objectivité. Ce terme est également toujours associé à la neutralité de l'État dans le cadre d'un conflit : « état d'une nation qui ne participe pas à une guerre »⁸. Selon le *Dictionnaire de droit international public*, la neutralité se définit ainsi comme la « situation d'un État qui, en présence d'une guerre entre deux ou plusieurs États, s'abstient d'assister l'un ou l'autre des belligérants et conserve à leur égard une attitude d'impartialité »⁹ ; l'impartialité s'analysant comme la « conduite que doit tenir un État neutre envers les États belligérants en les traitant d'une manière égale, sans accorder à l'un des avantages qu'il refuse à l'autre »¹⁰. Le droit de la neutralité a été codifié dans les Conventions de La Haye de 1907, qui précisent qu'en contrepartie de cette forme d'abstention, les belligérants doivent respecter l'intégrité territoriale de l'État neutre et ne pas en faire un théâtre d'opérations militaires ou une base arrière.

Neutralité et impartialité sont également deux notions consubstantielles en droit international humanitaire, même si plus nettement distinguées. Pour les acteurs de l'humanitaire qui acceptent d'inscrire leur action dans la lignée des sept principes fondamentaux adoptés en 1965 par le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge¹¹, l'impartialité et la neutralité doivent être dissociées. La neutralité y est définie comme suit : « Afin de garder la confiance de tous, le Mouvement s'abstient de prendre part aux hostilités, et en tout temps, aux controverses d'ordre politique, racial, religieux et idéologiques ». Quant à l'impartialité, il est précisé que : « Le Mouvement ne fait aucune distinction de nationalité, de race, de religion, de condition sociale et d'appartenance politique. Il s'applique seulement à secourir les individus à la mesure de leur souffrance et à subvenir par priorité aux détreesses les plus urgentes ».

La perception du principe de neutralité dans une perspective humanitaire implique donc de proposer une aide humanitaire aux personnes qui en ont besoin sans considération des opinions politiques, religieuses ou idéologiques du groupe auquel elles appartiennent, en s'abstenant de prendre part aux hostilités qui les affectent. En vertu de ce principe, les blessés, les malades et le personnel sanitaire sont neutres. Ce qui implique que les acteurs du Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (ci-après la Croix-Rouge), eux-aussi, soient neutres. Conçu pour justifier des interventions dans un environnement de guerre à une époque où l'assistance humanitaire n'était pas développée et où elle pouvait dès lors être interprétée comme favorisant une partie au détriment d'une autre, le principe de neutralité génère aujourd'hui un certain nombre de dilemmes. Notamment, la conception de la neutralité retenue par la Croix-Rouge emporte deux conséquences. Cette dernière considère d'abord que sa neutralité ne lui permet pas de s'immiscer dans les affaires intérieures d'un État. Cela signifie – et c'est fondamental – que l'institution n'intervient qu'avec l'accord de l'État et dans le respect

⁸ « Neutralité » in *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*.

⁹ J. SALMON (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 738.

¹⁰ *Ibid.*, p. 562.

¹¹ Humanité, impartialité, neutralité, indépendance, volontariat, unité et universalité. Proclamés par la XX^{ème} Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Vienne, 1965), ces sept principes fondamentaux ont été révisés à l'occasion de l'adoption des statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, lors de la XXV^{ème} Conférence internationale de la Croix-Rouge (Genève, 1986).

de sa souveraineté. La Croix-Rouge considère ensuite que sa neutralité lui interdit de divulguer ce qu'elle constate à d'autres institutions que les autorités de l'État responsable, y compris lorsque ce qu'elle découvre s'analyse en de graves violations du droit international humanitaire ou du droit international des droits de l'homme. La Croix-Rouge applique ainsi la parabole des « trois petits singes » : elle ne voit rien, n'entend rien et ne dit rien. Une telle perception du principe de neutralité s'explique par les effets que la Croix-Rouge lui reconnaît : la garantie de l'impératif d'efficacité.

La perception humanitaire du principe d'impartialité participe de la même logique, en ce qu'elle signifie que l'aide humanitaire devrait être accessible à toutes celles et ceux qui en ont besoin, quelles que soient leur origine ethnique, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur race ou leur religion, sans autre considération que l'urgence du besoin et la gravité de la situation des victimes. L'impartialité repose donc elle aussi sur deux piliers : la non-discrimination dans l'attribution de l'aide et l'adéquation de cette aide aux besoins.

Déjà significative, la différence entre neutralité et impartialité s'avère encore plus appuyée dans le domaine du maintien de la paix, du moins dans son approche contemporaine¹². Relevons d'abord que la neutralité du maintien de la paix ne se confond pas avec la neutralité des États qui interviennent à ce titre. Si nombre d'États fournisseurs de contingents de Casques bleus se révèlent être des États neutres et si leur neutralité permanente peut parfois constituer un atout¹³, nulle obligation de ce type n'a jamais été exigée dans l'établissement des forces de maintien de la paix. Et ce même si, initialement, les grandes puissances étaient volontairement et systématiquement exclues de ce type d'opérations, de manière à les empêcher de faire prévaloir leurs propres intérêts dans le règlement de conflits gérés par les Nations Unies¹⁴. De la même façon, si la neutralité permanente des États contributeurs ne saurait constituer une obligation pour participer à une OMP, un minimum de neutralité par rapport à la crise faisant l'objet du déploiement de Casques bleus a toujours été implicitement exigé des États possiblement contributeurs, à l'exception des opérations menées à Chypre et au Liban.

Constatons ensuite que neutralité et impartialité apparaissent comme deux concepts volontairement dissociés par les instances onusiennes¹⁵. Ainsi que le souligne le « Rapport Hippo », dernière mouture de la réflexion officielle des Nations Unies en matière de maintien de la paix, « être impartial ne signifie pas être neutre et ne revient pas à traiter toutes les parties de la même façon, en toutes circonstances et à tout moment, alors que, dans certains cas, les parties ne se situent pas sur un pied d'égalité,

¹² V. *Principes et orientations des Opérations de maintien de la paix des Nations Unies*, op. cit., p. 36, note 22 : « L'impartialité et la neutralité (avec l'humanité et l'indépendance) sont deux des principes fondamentaux de l'action humanitaire, bien qu'ils aient une signification différente dans le contexte humanitaire. Il est indispensable de tenir compte de cette distinction afin d'éviter les malentendus ».

¹³ V. A. RAYROUX, « L'interventionnisme comme stratégie de défense. La neutralité active de l'Irlande et le maintien de la paix », *Études internationales*, Vol. 51, n° 2, été 2020, pp. 363-388, spécialement, p. 383, à propos de l'importance sur le plan opérationnel de la neutralité permanente de l'Irlande lors de l'opération Eufor Tchad/République centrafricaine, « dont il fallait impérativement faire la démonstration qu'elle n'était pas qu'un principe théorique défini et promu à Dublin ».

¹⁴ Cette règle a connu des exceptions : compte tenu de leur grande connaissance du terrain, le Royaume-Uni a pu contribuer à la Force des Nations Unies chargée du maintien de la paix à Chypre (UNFICYP) déployé en mars 1964, tandis que la France participait au déploiement de la Force intérimaire des Nations Unies au Liban (FINUL) à partir de mars 1978.

¹⁵ V. D. DONALD, « Neutrality, Impartiality and UN peacekeeping at the Beginning of the 21st Century », *International Peacekeeping*, Vol. 9, n° 4, 2002, pp. 21-38.

l'une étant de toute évidence l'agresseur et l'autre la victime »¹⁶. Rappelant le Rapport Brahimi¹⁷, à l'origine de la première évolution des principes directeurs du maintien de la paix, le Rapport Hippo s'inscrit dans la logique d'une évolution politique et sémantique ayant conduit à privilégier l'impartialité au détriment de la neutralité. Selon la doctrine Capstone, qui demeure la référence principale des principes et orientations des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, visant l'impartialité comme deuxième « principe de base du maintien de la paix » : « Une opération de maintien de la paix des Nations Unies doit s'acquitter de son mandat sans faveur envers ni préjudice à l'égard de l'une ou de l'autre des parties. L'impartialité est essentielle pour préserver le consentement et la coopération des principales parties. Pour autant, elle ne doit pas se confondre avec la neutralité ou l'inaction. Le personnel œuvrant dans une opération de maintien de la paix des Nations Unies doit rester impartial dans ses relations avec les parties au conflit. Toutefois, ceci ne signifie pas qu'il doit rester neutre dans l'application du mandat de la mission. La nécessité d'être équitable envers toutes les parties ne peut pas justifier l'inaction face à des comportements clairement nuisibles au processus de paix. Tout comme un bon arbitre est impartial mais siffle les fautes, une opération de maintien de la paix ne peut pas fermer les yeux sur les actions d'une quelconque partie qui viole les termes d'un accord de paix ou les normes et les principes internationaux qu'une opération de maintien de la paix des Nations Unies est censée faire respecter »¹⁸.

Pour comprendre l'évolution qui a conduit d'une volonté affichée d'affirmation d'une forme de neutralité et d'impartialité dans le maintien de la paix, à une dissociation des deux concepts pour ne plus privilégier que le dernier, il apparaît nécessaire de revenir sur les origines des opérations de maintien de la paix (I), puis sur les raisons politiques et stratégiques qui ont conduit à en repenser les fondements (II), jusqu'à remettre en cause la philosophie même de la « Sainte Trinité » dans toutes ses composantes (III), y compris donc la neutralité qui, à bien des égards, s'analyse comme une notion par essence étrangère à cette pratique.

I. Du mythe de la neutralité absolue dans le maintien de la paix primitif

Les opérations de maintien de la paix sont le fruit de l'opposition Est-Ouest et constituent une conséquence de l'ordre bipolaire, puisqu'il s'agissait, par leur intermédiaire, de prévenir l'extension de la guerre froide, par le jeu d'interventions et de contre-interventions de l'ONU dans les conflits locaux et régionaux, pour les résoudre ou du moins les « neutraliser » internationalement¹⁹. D'origine coutumière, ces opérations représentent aussi une conséquence logique d'un usage abusif de leur droit de veto par les grandes puissances : devant leur incapacité à agir face au blocage du

¹⁶ Rapport du Groupe indépendant de haut niveau chargé d'étudier les opérations de paix des Nations Unies, intitulé « Unissons nos forces pour la paix : privilégions la politique, les partenariats et l'action en faveur des populations », 16 juin 2015, A/70/95-S/2015/446, § 126, p. 53. Recommandations pour partie reprises par le Rapport du Secrétaire général du 2 septembre 2015, *L'avenir des opérations de paix des Nations Unies : application des recommandations du Groupe indépendant de haut niveau chargé d'étudier les opérations de paix*, A/70/357-S/2015/682.

¹⁷ Rapport du groupe d'études sur les opérations de paix de l'Organisation des Nations Unies, 20 août 2000, A/55/305-S/2000/809.

¹⁸ *Principes et orientations des Opérations de maintien de la paix des Nations Unies*, op. cit., p. 34.

¹⁹ V. la théorie de la neutralisation internationale : Dag Hammarskjöld, *Introduction au rapport annuel du Secrétaire général sur le travail de l'Organisation*, 16 juin 1959, 15 juin 1960, AG, 15^e session, suppl. n° 1, A/4390, Add. 1.

canal de Suez en 1956, le Canadien Lester Pearson a alors, avec l'appui du Secrétaire général Dag Hammarskjöld, imaginé cette forme d'action, présentant le grand avantage de ménager les susceptibilités. L'objectif principal de ces opérations était du reste également de limiter les interventions de police unilatérales, effectuées en dehors de l'ONU, au motif que celle-ci, bloquée par un veto, ne pouvait agir²⁰. Les premières OMP, dites de la première génération, visaient en conséquence exclusivement à empêcher la reprise des hostilités suite à un conflit armé international, voire non international « internationalisé ». Les missions assignées aux Casques bleus étaient des missions militaires de type classique, calquées sur le modèle développé pour la première Force d'urgence des Nations Unies en Égypte (FONU I) en 1956 et consistant à surveiller le retrait des forces en présence et à assurer le respect des lignes de cessez-le-feu, en maintenant une zone tampon et une force d'interposition entre les belligérants.

Cette finalité restreinte et ce fondement conjoncturel expliquent l'empirisme des quatre principes directeurs, ni codifiés, ni inscrits dans la Charte, censés alors les guider. Le premier principe consistait en l'obligation, pour une opération de maintien de la paix, d'être subordonnée à l'accord des parties, ainsi qu'à un cessez-le-feu préalable²¹. Ces opérations ne devaient être, en théorie, entreprises qu'avec l'assentiment des pays hôtes et des parties intéressées, impliquant que celles-ci s'engagent à ne plus se battre et donc qu'elles aient conclu un cessez-le-feu préalable et que plus aucun combat n'ait lieu. Il ne devait s'agir en effet d'imposer la paix, mais bien de la maintenir, ce qui supposait qu'elle ait préalablement été établie. Le deuxième principe directeur exigeait que ces opérations fussent toujours demeurer neutres et impartiales, condition indissociable de l'accord des parties. Comme le relevait George Abi-Saab : « En tant que telles, les opérations de maintien de la paix ne devaient, non seulement en droit mais également dans les faits, préjuger en rien les droits, les prétentions et les positions (juridiques ou politiques) des parties. En d'autres termes, elles devaient rester radicalement séparées du règlement substantiel du contentieux qui sous-tend le conflit. Sinon, la partie qui verrait sa position juridique ou politique affaiblie par l'opération ferait obstacle à son déploiement »²². Le troisième principe, découlant naturellement des deux précédents, imposait à toute opération de ce type une finalité non coercitive. Cette condition constituait alors la conséquence logique de la neutralité et de l'impartialité proclamées. Il s'agissait de missions de police et non de guerre, il n'y avait pas d'adversaire désigné. L'objectif était d'éviter le recours à la violence. Aussi l'usage des armes n'était-il envisageable qu'en cas de légitime défense. Mais, même dans ce cas, la riposte devait rester graduée et proportionnée à la menace. De ce fait, les Casques bleus n'étaient initialement dotés que d'un armement léger. Enfin, le quatrième et dernier principe prévoyait qu'une opération de maintien de la paix devait rester une opération temporaire et subsidiaire. Mesure plus diplomatique que militaire, le maintien de la paix ne devait apparaître comme un substitut au but ultime que restait un règlement négocié dans les meilleurs délais²³.

²⁰ Sur les opérations de maintien de la paix de l'ONU durant la période bipolaire, on pourra se reporter à J. BALLALOU, *L'ONU et les opérations de maintien de la paix*, Paris, Pedone, 1971, 239 p.

²¹ Sur ce principe et sa portée, v. Ph. MANIN, *L'Organisation des Nations Unies et le maintien de la paix. Le respect du consentement de l'État*, Paris, L.G.D.J., 1971, 343 p.

²² G. ABI-SAAB, « La deuxième génération des opérations de maintien de la paix. Quelques réflexions préliminaires », *op. cit.*, p. 89.

²³ V. B. FOUCHER, « Les opérations de maintien de la paix : bilan et interrogations », *Le Trimestre du Monde*, n° 20, 1992/IV, pp. 100-101.

Le principal critère tenait à l'époque à ce que ces opérations devaient rester à la fois non contraignantes et non coercitives, puisque relevant avant tout du règlement pacifique des différends. Dès leur origine, ces opérations ont du reste été fondées sur une ambiguïté juridique qui leur sera longtemps préjudiciable et qui explique, pour une large part, la teneur des principes directeurs les gouvernant. Le maintien de la paix constituait alors une fausse activité opérationnelle, qui ne relevait strictement ni du Chapitre VII, ni du Chapitre VI, sorte de substitut à la sécurité collective, fondamentalement différent du système de contrainte prévu par la Charte et fondé sur un Chapitre « six bis » ou « six et demi » selon l'expression de Dag Hammarskjöld. Ne pouvant être considérées comme relevant des « mesures collectives » des articles 41 et 42 de la Charte, mais plutôt comme constituant des « mesures [...] d'ajustement pacifique » de l'article 14, puisqu'elles avaient été arrêtées par l'Assemblée générale, ces opérations de maintien de la paix ne pouvaient ni être imposées aux parties ni, dès lors, recourir à la force, devant au contraire toujours agir de manière impartiale à défaut d'être absolument neutres²⁴.

Le mythe de la neutralité est né et s'est nourri de cette ambiguïté originelle en soutenant et renforçant les principes du consentement et du non recours à la force. Il est également né d'une confusion quant à la signification des termes « neutralité » et « impartialité », qui a amené praticiens et théoriciens à confondre ces deux termes dans l'acception qu'ils souhaitaient en avoir²⁵. Ce mythe est enfin né d'une mauvaise interprétation des propos du Secrétaire général Dag Hammarskjöld dans son *Deuxième et dernier rapport concernant le plan pour une Force internationale d'urgence des Nations Unies demandée par l'Assemblée générale dans sa résolution du 4 novembre 1956*. Le paragraphe 8 de ce rapport précise que : « Une analyse plus poussée de la conception de la force internationale des Nations unies, fondée sur ce que l'Assemblée générale a dit dans sa résolution à ce sujet, indique que l'Assemblée entend que la force soit de nature temporaire, la durée de sa mission étant déterminée par les besoins résultant du présent conflit. Il est, d'autre part, évident que l'Assemblée générale, en se référant dans sa résolution du 5 novembre 1956 à sa résolution du 2 novembre, a voulu se réserver la détermination pleine et entière des tâches de cette force et de la base juridique sur laquelle elle devra se fonder dans l'accomplissement de sa mission. *Il ressort du mandat qu'il n'existe pas la moindre intention d'influer par la constitution de cette force sur l'équilibre militaire dans le conflit actuel ni, par conséquent, sur l'équilibre politique concernant les efforts en vue de régler le conflit.* Par conséquent, l'Assemblée générale n'a pas par l'institution de la force pris

²⁴ V. en ce sens *Deuxième et dernier rapport du Secrétaire général concernant le plan pour une Force internationale d'urgence des Nations Unies demandée par l'Assemblée générale dans sa résolution du 4 novembre 1956 (A/3276)*, § 9, p. 4 : « Étant donné qu'elle opérerait conformément à une décision prise en vertu des dispositions de la résolution intitulée "L'Union pour le maintien de la paix", la force, si elle était constituée, serait limitée dans ses opérations, en ce sens que l'assentiment des parties intéressées serait requis conformément aux règles généralement reconnues du droit international. Bien que l'Assemblée générale soit habilitée à constituer la force avec l'assentiment des parties qui fourniraient des unités, elle ne pourrait pas demander que la force soit stationnée ou qu'elle opère sur le territoire d'un pays donné sans l'assentiment du gouvernement de ce pays [...] ».

²⁵ V. D. DONALD, « Neutrality, Impartiality and UN peacekeeping at the Beginning of the 21st Century », *op. cit.*, pp. 21-38 et surtout D. DONALD, « Neutral Is Not Impartial: The Confusing Legacy Of Traditional Peace Operations Thinking », *Armed Forces & Society*, Vol. 29, n° 3, Spring 2003, p. 415 : « *At the same time, for over forty years, practitioners and theorists alike have seen impartiality and neutrality as synonymous, without understanding the subtle distinction between them. In fact, they are not true synonyms* ». « En même temps, depuis plus de quarante ans, praticiens et théoriciens confondent impartialité et neutralité, sans comprendre la subtile distinction qui les sépare. En réalité, il ne s'agit pas de véritables synonymes » ; « notre trad. ».

position à l'égard d'objectifs autres que ceux qui ont été nettement et pleinement énoncés dans sa résolution du 2 novembre 1956 »²⁶.

C'est sur le fondement de ce rapport que des auteurs comme Nicholas Tsagourias et Nigel D. White ont pu considérer que : « *Secretary-General Hammarskjöld was instrumental in establishing the basis of UN PKOs and so his depiction of the nature and function of UNEF is part of UN peacekeeping doctrine. First, he made clear the neutrality of the force, there being "no intent in the establishment of the Force to influence the military balance in the present conflict and, thereby, the political balance affecting efforts to settle the conflict"* »²⁷. En réalité, le terme « neutralité » n'apparaît nulle part dans les résolutions de l'Assemblée générale ayant permis la constitution de la Force d'urgence des Nations Unies, qu'il s'agisse de la résolution 997 (ES-I) du 2 novembre 1956, de la résolution 998 (ES-I) du 4 novembre 1956 ou de la résolution 1000 (ES-I) du 5 novembre 1956. Le terme n'apparaît pas non plus dans les rapports du Secrétaire général pas plus que dans le Règlement de la Force d'Urgence des Nations Unies du 20 février 1957²⁸.

Au demeurant, une neutralité « absolue » ou « parfaite » au sens du droit international classique²⁹ n'aurait eu aucun sens au regard des objectifs de la FUNU qui étaient bien d'empêcher que les hostilités reprennent. Nulle idée d'abstention ou d'inaction dans le mandat de la FUNU, mais bien celle d'une présence dissuasive, pouvant justifier de s'affranchir d'une neutralité absolue pour intervenir en cas de violation du cessez-le-feu. Sans que cette intervention se fasse en revanche en violation du principe d'impartialité, entendu comme une obligation active de traiter les parties à un conflit de manière égale et juste, sans favoritisme ni préjugé à l'égard de l'une ou de l'autre. L'impartialité, contrairement à la neutralité, implique nécessairement de devoir décider pour agir : l'impartial agit, le neutre s'abstient de le faire. Et c'est bien en ce sens qu'il fallait entendre la neutralité du maintien de la paix primitif, non comme une neutralité absolue, mais bien comme une neutralité active, indissociable de la logique d'impartialité. En témoigne le Rapport du Secrétaire général sur l'application de la résolution 425 (1978) du Conseil de sécurité, précisant en son paragraphe 4 que : « Bien que le contexte général de la FINUL ne soit pas comparable à celui de la FUNU et de la FUNUOD, les principes directeurs établis pour ces opérations qui se sont révélés satisfaisants, sont jugés appropriés aux fins de leur application pratique à la nouvelle Force. Ces principes directeurs sont, *mutatis mutandis*, les suivants : [...] d) La Force recevra des armes de caractère défensif. Elle ne devra faire usage de la force qu'en cas de légitime défense. La légitime défense comprendrait la résistance à toute tentative de l'empêcher par la Force de s'acquitter de ses fonctions conformément au mandat du Conseil de sécurité. La Force partira de l'hypothèse que les parties au conflit prendront

²⁶ *Ibid.*, § 8, p. 4, « souligné ajouté ».

²⁷ « Le Secrétaire général Hammarskjöld a joué un rôle déterminant dans la mise en place des opérations de maintien de la paix des Nations Unies. Sa description de la nature et de la fonction de la FUNU fait donc partie de la doctrine du maintien de la paix des Nations Unies. Premièrement, il a clairement indiqué le principe de la neutralité de la force, en précisant qu'« il n'y a aucune intention, dans la mise en place de la Force, d'influencer l'équilibre militaire dans le conflit actuel et, par conséquent, l'équilibre politique affectant les efforts pour régler le conflit » ; « notre trad. ». N. TSAGOURIAS and N. D. WHITE, *Collective Security. Theory, Law and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 257. V. également N. TSAGOURIAS, « Self-Defence, Protection of humanitarian values and the Doctrine of impartiality and neutrality in Enforcement mandates », in M. WELLER, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 399.

²⁸ ST/SGB/UNEF/1 du 20 février 1957.

²⁹ J. SALMON (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 738 : « Neutralité absolue : Comportement d'un État entièrement conforme aux principes d'abstention et d'impartialité ».

toutes les mesures nécessaires pour assurer l'observation des décisions du Conseil de sécurité ; e) Dans l'accomplissement de ses fonctions, la Force agira avec une totale impartialité [...] »³⁰.

Héritières de l'Organisme des Nations Unies chargé de la surveillance de la trêve (ONUST) et du Groupe d'observateurs militaires des Nations Unies dans l'Inde et le Pakistan (UNMOGIP), rapidement reprises en main par le Conseil de sécurité, les treize opérations de maintien de la paix « armées » de la première génération, réellement déployées avec le consentement des quelques parties en présence, d'une philosophie et d'un fonctionnement assez basiques, pouvaient en effet partir « de l'hypothèse que les parties au conflit prendr[ai]ent toutes les mesures nécessaires pour assurer l'observation des décisions du Conseil de sécurité », qu'elles n'auraient pas à intervenir ou faire usage de leurs armes et pourraient dès lors s'inscrire dans une neutralité active de principe.

Neutralité active qui trouvera néanmoins ses limites dès 1960 avec la crise au Congo et l'échec de l'ONUC (Organisation des Nations Unies au Congo puis Opération des Nations Unies au Congo à partir de 1963). Lancée dans un environnement déchiré par la guerre, sans qu'ait été garanti l'assentiment de toutes les parties, l'Opération des Nations Unies au Congo obtiendra d'ailleurs que son mandat soit élargi par la résolution 169 (1961) du 24 novembre 1961, autorisant le Secrétaire général à utiliser la force dans la mesure requise pour expulser les mercenaires qui avaient contribué à la sécession du Katanga. Ayant perdu toute neutralité, les Casques bleus y perdront également près de 240 des leurs, ainsi que leur Secrétaire général, disparu dans un « accident » d'avion. Avec l'ONUC, disparaissait aussi le mythe de la neutralité du maintien de la paix à partir du moment où plusieurs des parties à la crise cessaient de voir dans les Casques bleus et l'Organisation qu'ils représentaient des acteurs neutres et impartiaux. Mais comment rester neutre et impartial lorsque, comme le soulignait un responsable américain comparant la crise congolaise au jeu de croquet dans Alice au pays des merveilles, « les boules sont des hérissons qui saisissent chaque occasion pour ne pas rouler et s'enfuir, et les maillets des flamants roses qui, à chaque coup, interrompent la partie en tournant la tête pour se quereller avec les joueurs »³¹ ?

Loin de la relative simplicité du déploiement d'une force d'interposition dans le cadre d'une crise interétatique aux parties clairement identifiées et respectueuses de l'autorité morale des Nations Unies, ces dernières intervenaient au Congo dans une crise interne, complexe, elle-même décomposée en sous-crisis aux acteurs multiples et préfigurant en quelque sorte l'environnement post guerre froide qui allait permettre l'évolution vers une seconde génération des opérations de maintien de la paix et l'abandon de la neutralité au profit de la seule impartialité.

³⁰ Rapport du Secrétaire général sur l'application de la résolution 425 (1978) du Conseil de sécurité, S/12611 du 19 mars 1978, § 4.

³¹ Cité in P.-M. DURAND, « Leçons congolaises. L'ONUC (1960-1964) ou "la plus grande des opérations" : un contre-modèle ? », *Relations internationales*, n° 127, juillet-septembre 2006, pp. 53-54.

II. De la neutralité à l'impartialité : les opérations de la deuxième génération

Fruits de la guerre froide, les OMP vont profiter de la désidéologisation des relations internationales pour connaître un développement quantitatif et qualitatif considérable et évoluer de l'opération de maintien de la paix classique, présentant surtout un rôle d'interposition entre deux adversaires, à des opérations dites de la « deuxième génération », au sein desquelles les missions vont se diversifier dans une perspective « multidimensionnelle ». Le propre des opérations de la seconde génération demeure en effet de faciliter le rétablissement et la consolidation de la paix et, si nécessaire, d'aider à une reconstruction de l'État lorsque celui-ci n'a pas résisté aux événements³². Ces objectifs impliquent une grande diversité de missions : assistance humanitaire, déminage, assistance aux réfugiés et déplacés, maintien de l'ordre (aide à la réforme du secteur de la sécurité), désarmement-démilitarisation-réinsertion des combattants (« processus DDR »), assistance administrative et judiciaire (réorganisation de la police et de l'armée et mise en place d'institutions de gouvernance durable), promotion et protection des droits de l'homme, voire assistance électorale (restauration de l'état de droit et mise sur pied d'institutions démocratiques).

Qualifiées aussi d'opérations « polyvalentes » par Boutros Boutros-Ghali, ces opérations, généralement créées sur le fondement du Chapitre VII, restent non coercitives et continuent de s'inscrire dans le respect des trois principes directeurs, avec de significatives évolutions néanmoins. La principale d'entre elles touche précisément à la logique de neutralité qui disparaît au profit de celle d'impartialité. Deux raisons expliquent cette évolution conceptuelle. La première tient à l'aspect multidimensionnel des missions dévolues aux Casques bleus à partir des années 90. S'il reste possible de s'inscrire dans une logique de neutralité lorsqu'il s'agit simplement de s'interposer entre les parties à un conflit, cela devient beaucoup plus compliqué lorsque la mission implique d'apporter une assistance humanitaire aux populations civiles et plus encore de s'investir dans le « nation building ». Dans ces hypothèses, et même lorsque l'intervention se veut absolument désintéressée, elle ne saurait rester neutre. D'une part, l'action humanitaire se traduit toujours par la rencontre entre un droit humanitaire de portée universelle, une action humanitaire fondée sur des principes universels et des particularismes culturels. D'autre part, les acteurs humanitaires comme les Casques bleus ou les intervenants de la composante civile des OMP vont eux-mêmes nécessairement apporter leur propre culture, leurs valeurs, leurs croyances religieuses et leur idéologie politique et, ainsi, influencer plus ou moins fortement les victimes qu'ils viennent sauver. Comme le souligne Marion Harroff-Tavell, le travailleur humanitaire est porteur d'au moins trois identités qui peuvent interroger les individus qu'il vient assister. C'est d'abord un acteur de l'humanitaire, dont l'éthique implique normalement le respect d'un certain nombre de principes tels que ceux d'impartialité, de solidarité et d'humanité. C'est ensuite un travailleur humanitaire qui appartient à une institution qui possède elle-même sa propre éthique qu'il se doit de respecter. C'est enfin un individu, avec sa propre identité nationale, des convictions morales, une perception personnelle de la justice et du religieux. Autrement dit, c'est un individu avec ses propres valeurs, sa

³² Sur ces concepts, voir B. BOUTROS-GHALI, *Agenda pour la paix*, A/47/277 (1992), p. 48, § 20 et *Supplément à l'Agenda pour la paix*, A/50/60 (1995), pp. 20-23, §§ 47-56.

propre culture qui, elle aussi, va entrer en concurrence avec celle de ses hôtes³³. Tout cela se produisant dans le contexte d'un monde où nombre de collectivités humaines se sentent menacées dans leur identité, leur langue, leurs traditions, leur religion et voient dans la mondialisation une culture occidentale « dominante ».

La deuxième raison de l'évolution tient en la nature des conflits au sein desquels ces nouvelles opérations vont se multiplier. La fin de la logique des blocs va amener les Nations Unies à de plus en plus s'impliquer dans des situations essentiellement internes de guerre civile, dans lesquelles ses forces vont se trouver confrontées à des factions ou autres groupes armés non étatiques se révélant parfois mieux équipés et plus lourdement armés et dont le comportement n'apparaît en rien comparable à celui des armées régulières d'un État, en ce qu'ils n'hésitent pas à s'en prendre régulièrement aux populations civiles et à entraver l'action des organismes humanitaires, considérant que porter secours à un groupe de population donné est contraire aux objectifs de guerre de l'une ou l'autre des parties. Plus largement, ces mouvements n'ont généralement aucun intérêt à ce que se dessine une solution politique au moment de l'intervention de l'ONU et sont dès lors très souvent hostiles à son ingérence dans le conflit. Dans ces conditions, toute logique de neutralité parfaite conduit à maintenir le *statu quo* et peut amener à avantager le fort face au faible, au détriment de la population civile, à l'instar de ce qui a longtemps prévalu en ex-Yougoslavie³⁴.

La réponse de l'Organisation à cette nouvelle problématique va d'abord rester mesurée en ce qu'elle va certes doter les opérations confrontées à ce genre de situation d'un mandat les autorisant à recourir à la force, mais à des fins limitées et non pour imposer la paix à des parties qui n'en voulaient. La force de protection des Nations Unies en ex-Yougoslavie (FORPRONU), créée par le Conseil de sécurité en février 1992³⁵, verra ainsi sa mission initiale étendue à la protection militaire de la fourniture de l'aide humanitaire, notamment par les résolutions 752 du 15 mai, 758 du 8 juin, 761 du 29 juin, 764 du 13 juillet, 769 du 7 août, 775 du 28 août et 776 du 14 septembre 1992. La présence des forces de l'ONU ne permettra cependant pas d'empêcher les massacres et les déplacements massifs de population ni de réduire la violence des combats. Du reste, face à l'hostilité de toutes les parties en présence, le Conseil de sécurité devra, par sa résolution 807 (1993) du 19 février 1993, décider du renforcement de l'armement de la FORPRONU pour lui permettre de riposter plus efficacement en situation de légitime défense. Ce faisant, l'ONU va accepter de s'inscrire dans une logique lui imposant d'autoriser l'usage de la force non plus seulement pour faciliter les secours mais encore pour protéger les victimes, passant de la doctrine de la neutralité à celle de l'impartialité.

C'est cependant la crise au Rwanda, échec collectif des Nations Unies, qui va véritablement justifier et accélérer la révolution conceptuelle. Le 20 avril 1994, tandis que les massacres se trouvaient presque à leur paroxysme au Rwanda, le Secrétaire général va soumettre trois options au Conseil de sécurité : soit le retrait total de la MINUAR ; soit la poursuite d'une mission réduite à 270 hommes, qui assurerait simplement la protection du Représentant spécial du Secrétaire général, chargé d'une mission de bons offices entre les parties ; soit, enfin, un renforcement important des

³³ M. HARROFF-TAVELL, « La diversité culturelle et ses défis pour l'acteur humanitaire », *Cultures & Conflits*, n° 60, 2005, pp. 67-68.

³⁴ V. C. GRAY, « Bosnia and Herzegovina: Civil War or Inter-State Conflict? Characterization and Consequences », *British Yearbook of International Law*, 1996, p. 190.

³⁵ S/RES 743 (1992) du 21 février 1992.

effectifs de la MINUAR, ainsi que de sa mission, avec, notamment, la possibilité de recourir à la force sur le fondement du Chapitre VII, afin d'obliger le FPR et le gouvernement intérimaire à conclure un accord de cessez-le-feu³⁶. Or, par sa résolution 912 du 21 avril 1994, le Conseil de sécurité, tout en condamnant les violences commises contre les populations civiles et les membres de la MINUAR, décidait certes de maintenir une présence de l'ONU au Rwanda, mais, rendu prudent par l'expérience somalienne, choisissait, à l'unanimité, la solution intermédiaire préconisée par Boutros Boutros-Ghali. Environ 440 Casques bleus étaient alors maintenus au Rwanda pour « agir comme intermédiaire[s] entre les parties pour essayer d'obtenir leur accord de cessez-le-feu, [...] faciliter la reprise des opérations de secours humanitaires, suivre l'évolution de la situation au Rwanda et faire un rapport à ce sujet »³⁷. Tout juste de quoi faire de l'ONU un simple spectateur. Ce désengagement de l'ONU, à un moment crucial de la crise, découlait du retrait unilatéral du contingent belge après l'assassinat de dix de ses Casques bleus et, plus largement, de l'inefficacité avérée de la MINUAR, prise au dépourvu face à ce déchaînement de violence.

Considérée par l'opinion mondiale comme un abandon moral et politique, cette passivité apparaît, avec le recul, comme une faute majeure de la part du Conseil de sécurité. Il semble en effet que, au tout début des massacres, la MINUAR, si elle en avait eu les moyens juridiques et matériels, ainsi que la volonté politique, aurait pu utilement freiner le développement de l'hystérie collective, avant qu'elle n'atteigne un point de non-retour. Confronté à la violence des massacres, le commandant de la MINUAR avait en effet fait valoir qu'il ne pouvait agir sans un nouveau mandat du Conseil de sécurité et sans un renforcement conséquent de ses effectifs militaires. En vertu du principe de neutralité entendu strictement, employer la force pour protéger les populations exigeait en effet le vote d'une nouvelle résolution par le Conseil de sécurité. Cependant, qui aurait osé reprocher aux Casques bleus présents au Rwanda d'avoir utilisé leurs armes pour mettre un terme à une situation intolérable au regard du droit international et qui menaçait de dégénérer en véritable génocide ? Certainement pas les pays non alignés qui, justement, partisans d'un accroissement notable des effectifs de la MINUAR, s'opposaient à New York aux États-Unis, militant, eux, pour un retrait total.

Prétendant tirer les leçons de cet échec, le Rapport Brahimi va redéfinir les principes fondamentaux du maintien de la paix en considérant que l'impartialité, et non la neutralité³⁸, devait désormais être entendue comme signifiant « l'adhésion aux principes de la Charte », considérant que « lorsqu'une partie à un accord de paix en viole les clauses de façon claire et irréfutable, le fait pour l'ONU de continuer à accorder le même traitement à toutes les parties risque, au mieux, de compromettre l'efficacité de l'Organisation, et, au pire, de la rendre complice du crime. Rien n'[ayant] été plus préjudiciable à la réputation et à la crédibilité de l'ONU en matière de maintien de la paix au fil des années 1990 que sa réticence à distinguer entre la victime et son agresseur »³⁹. Cette logique sera reprise par la doctrine Capstone spécifiant, au titre du principe d'impartialité, que « la nécessité d'être équitable envers toutes les parties ne peut pas justifier l'inaction face à des comportements clairement nuisibles au processus

³⁶ S/1994/470.

³⁷ S/RES/912, paragraphe 8 du dispositif.

³⁸ *Rapport du groupe d'études sur les opérations de paix de l'Organisation des Nations Unies*, op. cit., § 48 : « Le Groupe d'étude convient que l'accord des parties locales, l'impartialité et la limitation de l'emploi de la force aux cas de légitime défense demeurent les principes de base du maintien de la paix ».

³⁹ *Ibid.*, Résumé, p. X.

de paix. Tout comme un bon arbitre est impartial mais siffle les fautes, une opération de maintien de la paix ne peut pas fermer les yeux sur les actions d'une quelconque partie qui viole les termes d'un accord de paix ou les normes et les principes internationaux qu'une opération de maintien de la paix des Nations Unies est censée faire respecter »⁴⁰. Logique encore précisée par le Rapport Hippo, fondamentalement rédigé dans la perspective de mieux protéger les populations civiles et selon lequel : « On entend par impartialité l'adhésion aux principes consacrés par la Charte et aux objectifs d'un mandat qui repose sur ces principes. Sur le terrain, l'impartialité d'une mission se juge par sa détermination à réagir équitablement aux actions de différentes parties en fonction de la nature de l'action en question et non de la partie qui l'a commise. Les missions devraient protéger les civils indépendamment de l'origine de la menace. Elles devraient engager tous les acteurs à respecter les droits fondamentaux de la population locale et des combattants, quelle que soit leur affiliation. Elles devraient s'efforcer de trouver des solutions politiques qui tiennent compte des intérêts et des griefs légitimes de chacune des parties et de l'ensemble de la société »⁴¹.

A en croire la doctrine onusienne, l'impartialité se traduirait donc comme une obligation active de traiter les parties à un conflit de manière égale et juste, là où la neutralité apparaîtrait comme une obligation passive d'abstention au sein du conflit dans les limites imposées par les belligérants. Selon Hitoshi Nasu, bien que la différence entre impartialité et neutralité apparaisse des plus confuses et ténue, l'impartialité viserait fondamentalement la substance des actions. Elle découlerait de la vision qu'ont les populations locales, les parties au conflit et la communauté internationale de l'opération. Si les Casques bleus devaient simplement favoriser une partie, la logique de l'impartialité ne serait pas satisfaite. Elle le serait en revanche en cas de respect strict du mandat donné, ainsi qu'en cas d'action visant à garantir le respect des principes de la Charte⁴². Comme le relèvent Nicholas Tsagourias et Nigel D. White, si ces pétitions de principe et cette volonté de passer de la neutralité à l'impartialité ont pu théoriquement donner aux forces de maintien de la paix une plus grande marge d'intervention à l'encontre des opposants au processus de paix et les moyens d'éviter de se trouver de nouveau passives face à de potentielles violations des principes fondamentaux du droit international, leur traduction sur le terrain n'a pas toujours été à la hauteur des attentes, conduisant encore trop souvent les Casques bleus à rester inactifs face à des actes de violences à l'encontre de civils⁴³. Autant de situations qui ont préparé le terrain des opérations de maintien de la paix de la troisième génération.

⁴⁰ *Principes et orientations des Opérations de maintien de la paix des Nations Unies*, op. cit., p. 34.

⁴¹ *Rapport du Groupe indépendant de haut niveau chargé d'étudier les opérations de paix des Nations Unies*, intitulé « Unissons nos forces pour la paix : privilégions la politique, les partenariats et l'action en faveur des populations », op. cit., § 126, p. 53.

⁴² H. NASU, *International Law on Peacekeeping: A study of Article 40 of the UN Charter*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 156.

⁴³ N. TSAGOURIAS and N. D. WHITE, *Collective Security. Theory, Law and Practice*, op. cit., p. 258.

III. De l'impossible neutralité du maintien de la paix « robuste » : les opérations de maintien de la paix de la troisième génération

Ainsi que nous l'avons déjà envisagé, dans un monde en constante mutation, l'ONU est de plus en plus impliquée dans de nouvelles formes de conflictualités, intégrant de multiples acteurs dont certains s'avèrent peu enclins à accepter un règlement politique du conflit et à respecter les normes de base du droit international, faute de les connaître ou parce qu'elles les limitent dans leurs activités parfois plus criminelles que politiques.

C'est dans ce contexte et pour répondre à ces nouvelles contraintes qu'est né le maintien de la paix « robuste »⁴⁴. Les opérations décidées dans cette perspective demeurent multidimensionnelles, mais le Chapitre VII est ici invoqué pour permettre si nécessaire d'imposer la paix à certains des protagonistes de la crise. Les Casques bleus disposent en conséquence d'une habilitation à « user de tous les moyens nécessaires », y compris la coercition militaire, en dehors de situations de légitime défense et conformément à ce que prévoit leur mandat.

Ce durcissement de l'intervention onusienne peut naître d'une évolution des circonstances ayant présidé à la création de l'opération. Dans un certain nombre d'hypothèses, le Conseil de sécurité s'est en effet vu contraint d'autoriser des forces de maintien de la paix à employer tous les moyens nécessaires en cours de mission. Première du genre, l'Opération des Nations Unies au Congo (ONUC) a ainsi obtenu que son mandat soit élargi par la résolution 169 (1961) du 24 novembre 1961, autorisant le Secrétaire général à utiliser la force dans la mesure requise pour expulser les mercenaires qui avaient contribué à la sécession du Katanga. Quarante ans plus tard, la Mission des Nations Unies au Congo (MONUC) va également bénéficier d'un élargissement de son mandat par la résolution 1493 (2003) du 28 juillet 2003, l'autorisant « à prendre les mesures nécessaires, dans les zones de déploiement de ses unités armées et, pour autant qu'elle l'estime dans les limites de ses capacités, afin [...] d'assurer la protection des civils et des agents humanitaires sous la menace imminente de violences physiques ; et de contribuer à l'amélioration des conditions de sécurité dans lesquelles est apportée l'aide humanitaire ». Même chose pour la Force intérimaire des Nations Unies au Liban (FINUL), force de maintien de la paix traditionnelle s'il en est, qui a été autorisée par la résolution 1701 (2006) du 11 août 2006 « à prendre toutes les mesures nécessaires dans les secteurs où ses forces sont déployées et, quand elle le juge possible dans les limites de ses capacités, [...] à protéger le personnel, les locaux, les installations et le matériel des Nations Unies, à assurer la sécurité et la liberté de mouvement du personnel des Nations Unies et des travailleurs humanitaires et, sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement libanais, à protéger les civils exposés à une menace imminente de violences physiques ».

Le Conseil de sécurité semble cependant désormais privilégier la constitution de forces des Nations Unies dotées *ab initio* d'un mandat « robuste » et autorisées à cette fin, en vertu du Chapitre VII, à employer tous les moyens nécessaires pour réaliser tout ou partie de celui-ci. Historiquement, la première opération de ce genre a été l'Opération

⁴⁴ V. le Rapport du Groupe d'étude sur les opérations de paix de l'Organisation des Nations Unies, *op. cit.*, p. X, les *Principes et orientations des Opérations de maintien de la paix des Nations Unies*, *op. cit.*, p. 37 et J. COULON et A. NOVOSSELOFF, *La paix par la force ? Pour une approche réaliste du maintien de la paix « robuste »*, Athéna Éditions, Québec, 2011.

des Nations Unies en Somalie II (ONUSOM II)⁴⁵ qui s'est traduite par un échec, notamment en raison du retrait des États-Unis dont les troupes étaient censées appuyer et protéger cette opération de la troisième génération. Il a fallu attendre six ans pour que le Conseil de sécurité ose reconduire l'expérience en créant la Mission des Nations Unies en Sierra Leone (MINUSIL)⁴⁶, puis, cinq ans plus tard, l'Opération des Nations Unies en Côte d'Ivoire (ONUCI)⁴⁷. C'est la même logique qui conduira le Conseil à adopter sa résolution 1590 (2005) créant la Mission préparatoire des Nations Unies au Soudan (MINUS) et la dotant d'un mandat « robuste » l'autorisant, en vertu du Chapitre VII, « à intervenir dans les secteurs où ses forces seront déployées et dans la mesure où elle jugera que ses moyens le lui permettent pour protéger le personnel, les locaux, installations et matériels des Nations Unies, assurer la sécurité et la libre circulation du personnel des Nations Unies, des agents humanitaires, [...] et, sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement soudanais, protéger les civils sous menace imminente de violence physique ».

À partir de 2009, cette logique va s'accélérer avec l'octroi systématique d'une autorisation d'employer tous les moyens nécessaires à toutes les opérations de maintien de la paix créées dans un contexte de tensions vives, avec pour principale perspective de leur permettre de protéger les civils. Il en sera ainsi de la Mission des Nations Unies en République centrafricaine et au Tchad (MINURCAT), instaurée par la résolution 1861 (2009) pour intervenir en République centrafricaine au Tchad et, au besoin, dans l'ensemble de la sous-région ; de la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo (MONUSCO) qui, installée pour remplacer la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo (MONUC), obtiendra l'autorisation d'employer tous les moyens nécessaires par la résolution 1925 (2010), puis le droit de mener des opérations offensives donné par la résolution 2098 (2013) prévoyant à cette fin la création d'une brigade d'intervention ; de la Force intérimaire de sécurité des Nations Unies pour Abyei (FISNUA) créée par la résolution 1990 (2011) pour maintenir la paix dans la région d'Abyei, objet de vives tensions entre le Soudan et la République du Soudan du Sud et dont le mandat concerné par une telle autorisation sera élargi par la résolution 2104 (2013) à la protection des civils menacés de violences physiques ; de la Mission des Nations Unies au Soudan du Sud (MINUSS) définie par la résolution 1996 (2011) pour intervenir au Soudan du Sud et dont le mandat sera lui aussi élargi à la protection des civils menacés de violences physiques par la résolution 2109 (2013) ; ou encore de la Mission multidimensionnelle intégrée des Nations Unies au Mali (MINUSMA) créée pour remplacer la MISMA (S/RES/2085) au Mali et dotée d'un mandat « robuste » par la résolution 2100 (2013).

Peut-on encore, dans ces conditions, invoquer les trois principes fondamentaux du maintien de la paix et, notamment celui d'impartialité ? Difficilement, tant les conflits d'aujourd'hui n'ont plus rien de commun avec ceux prévalant majoritairement du temps de la guerre froide, époque où ces principes ont été adoptés. Le consentement des principales parties, par exemple, suppose que celles-ci soient clairement identifiées et ouvertes à des négociations permettant d'obtenir un accord formel au déploiement et surtout au maintien de l'opération. Les formes de conflictualité modernes avec leurs

⁴⁵ S/RES/814 du 26 mars 1993.

⁴⁶ S/RES/1270 du 22 octobre 1999.

⁴⁷ S/RES/1528 du 27 février 2004.

multiples groupes armés aux objectifs mal définis et aux chaînes de commandement mal assurées compliquent singulièrement l'application de ce principe. Dans ce contexte, le consentement se résume désormais souvent à celui du pays hôte. Considérant ainsi que certains États Membres, dont plusieurs des principaux fournisseurs de contingents, estimaient que les principes fondamentaux du maintien de la paix « étaient dépassés et devaient être revus »⁴⁸, le rapport Hippo a proposé de faire évoluer le principe de consentement des parties en mettant l'accent sur la nécessité du consentement politique du pays hôte et en prenant acte de la pratique du Conseil de sécurité qui n'hésite plus à déployer ou maintenir des Casques bleus en l'absence d'accord de paix inclusif entre tous les acteurs d'une crise interne : « Le "consentement des principales parties" était sans équivoque quand les soldats de la paix intervenaient dans un conflit interétatique ou dans une guerre civile entre des acteurs clairement identifiés en vue de faire respecter un cessez-le-feu ou un accord de paix. Dans les contextes actuels de gestion des conflits, où les affrontements se poursuivent et opposent plus que deux parties, il peut être difficile, pour des raisons pratiques, d'obtenir le consentement de parties autres que le gouvernement. Certes, le consentement du gouvernement est clairement essentiel au déploiement d'une mission, et il devrait s'exprimer avec davantage de vigueur. Un des objectifs principaux des missions reste toutefois d'obtenir et de conserver le consentement des autres parties, dans la mesure du possible »⁴⁹.

Ainsi que le souligne Corinne Bara, « cette situation a suscité des inquiétudes quant au fait que l'ONU pourrait être centrée sur les États, soutenir des régimes autoritaires ou se montrer trop indulgente face aux violations des droits humains commises par les gouvernements, de peur de perdre leur consentement – une crainte qui n'est pas sans fondement à la lumière de l'expulsion récente de la MINUSMA au Mali »⁵⁰. Décider d'une opération de maintien de la paix sans l'accord de toutes les parties revient surtout à remettre en question la philosophie même du maintien de la paix et à accepter de compromettre le respect des deux autres principes fondamentaux. Comme le rappelle la doctrine Capstone : « Faute de consentement, une opération de maintien de la paix des Nations Unies court le risque de se voir impliquée dans le conflit et de s'éloigner de sa vocation première qui est de maintenir la paix »⁵¹. Sans le consentement de toutes les parties, difficile de ne pas favoriser l'une au détriment de l'autre ou des autres ; impossible en tout cas d'agir dans le respect de la stricte égalité des combattants sans prise en compte de la légitimité de leur combat. En les excluant du processus de paix, en les ostracisant, l'ONU en vient nécessairement à faire de ces parties des adversaires et à perdre toute neutralité et impartialité à leur égard. Comment en effet ne pas nécessairement entrer en conflit avec des parties dont le consentement à l'intervention n'a pas été donné ? C'est le principe même du non recours à la force sauf en cas de légitime défense ou de défense du mandat qui est ici entièrement à reconsidérer. A partir du moment où le mandat vise plus ou moins spécifiquement des parties au conflit dont on n'a pas voulu chercher à obtenir le consentement et à l'encontre desquelles l'emploi de tous les moyens nécessaires a été autorisé « pour prévenir toute tentative de troubler le processus de paix, pour protéger les civils en cas de menace imminente d'atteinte à

⁴⁸ *Rapport du Groupe indépendant de haut niveau chargé d'étudier les opérations de paix des Nations Unies, intitulé « Unissons nos forces pour la paix : privilégions la politique, les partenariats et l'action en faveur des populations », op. cit., § 124, p. 52.*

⁴⁹ *Ibid.*, § 127, p. 53.

⁵⁰ C. BARA, « Le maintien de la paix des Nations Unies », *Politique de sécurité : analyses du CCS*, n° 330, Octobre 2023, p. 3.

⁵¹ *Principes et orientations des Opérations de maintien de la paix des Nations Unies, op. cit., p. 35.*

l'intégrité physique des personnes ou pour aider les autorités nationales à maintenir l'ordre public »⁵², l'on admet nécessairement de basculer du maintien à l'imposition de la paix, quelles que soient les précautions sémantiques prises par ailleurs. Il ne faut certes « jamais confondre le maintien de la paix robuste avec l'imposition de la paix, telle qu'elle est définie au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, bien que sur le terrain il puisse y avoir des similitudes entre les deux »⁵³. Sur le terrain en effet et en termes d'impartialité, les Casques bleus dotés d'un mandat coercitif vont nécessairement s'affirmer comme une partie prenante au conflit à l'égard des parties dont le consentement n'a pas été obtenu à défaut d'avoir été recherché. Agissant en soutien d'une des parties et ayant de ce fait perdu leur impartialité, les Casques bleus vont apparaître comme des belligérants, voir s'accroître les risques d'atteintes à leur sécurité et devoir s'équiper d'un armement conséquent, avec le risque d'induire un processus d'escalade militaire. Comme le soulignait Serge Sur, « ceci souligne un risque permanent de dérive au cœur même des opérations, dérive d'une logique d'apaisement, d'interposition neutre et impartiale vers une logique de combat, et de combat contre un adversaire désigné. Cette dérive met en cause une contradiction dédoublée de la neutralité vers l'engagement d'abord, d'une approche politique vers une approche militaire ensuite. Le sentiment prévaut que la possibilité de telles évolutions n'est ni prévue ni maîtrisée, plaçant les opérations dans un constant porte-à-faux »⁵⁴.

Ce constant porte-à-faux est bien celui prévalant en République Démocratique du Congo, avec la MONUC⁵⁵ puis la MONUSCO⁵⁶ qui se sont engagées dans un véritable conflit avec plusieurs groupes armés non étatiques, dont le M23, en soutien des autorités congolaises. Un conflit qui a sans doute atteint son paroxysme avec l'offensive du 25 octobre 2013, lors de laquelle des moyens militaires considérables ont été engagés, associant la brigade de la force d'intervention de la MONUSCO. Jugés partiaux, les Casques bleus de la MONUSCO n'ont pourtant pas obtenu des Nations Unies, faute d'une volonté en ce sens des États membres, les moyens de véritablement assurer la protection des populations civiles pourtant confrontées à des exactions de grande ampleur. En juillet 2022, des manifestants ont alors, en réaction, pris d'assaut le siège de la MONUSCO à Goma, conduisant à la signature, en novembre 2023, d'un accord de retrait progressif de la MONUSCO et démontrant, si besoin était, l'ambivalence constante dans laquelle se situent les forces de maintien de la paix de par l'insuffisance de leurs moyens, mais également de par leur statut et les principes directeurs qui les gouvernent.

Honorées en 1988 du prix Nobel de la paix, venant de célébrer leur soixante-quinzième anniversaire, ayant vu plus de deux millions d'hommes et femmes provenant de plus de cent trente États servir sous leur bannière et ayant perdu en soixante et onze missions près de quatre mille trois cents d'entre eux, les opérations de maintien de la paix de

⁵² *Ibid.*, p. 37.

⁵³ *Ibid.*, p. 38. V. à cet égard, S. Sheeran pour qui c'est bien le respect des trois principes fondamentaux, y compris le non usage de la force sauf en cas de légitime défense qui seul permet de distinguer une opération de maintien de la paix d'une opération autorisant des États à recourir à la force au titre de l'imposition de la paix. S. SHEERAN, « The Use of Force in United Nations Peacekeeping Operations », in M. WELLER, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 357.

⁵⁴ Serge SUR, « Leçons de terrain » in J. COT, *Opérations des Nations Unies. Leçons de terrain. Cambodge, Somalie, Rwanda, ex-Yugoslavie*, Paris, Fondation pour les Études de Défense/La Documentation française, 1995, p. 381.

⁵⁵ Créée par la résolution 1279 (1999) du 30 novembre 1999.

⁵⁶ Créée par la résolution 1925 (2010) du 28 mai 2010.

L'ONU méritent mieux que cette triste débâcle initiée par le renvoi de la MINUSMA et confirmée par cette fin programmée de la MONUSCO⁵⁷. Alors que les Nations Unies n'ont lancé aucune nouvelle opération de maintien de la paix armée depuis 2014, le maintien de la paix semble être revenu à son point de départ : la rivalité entre les grandes puissances limite de nouveau la capacité du Conseil de sécurité à maintenir la paix et la sécurité internationales conformément à la lettre de la Charte et il serait dès lors opportun de repenser entièrement le maintien de la paix, en l'affranchissant définitivement de principes désuets, impossibles à respecter et producteurs d'effets délétères. Ne pas s'y résoudre serait accepter de cautionner le travail de sape des institutions multilatérales et des grands principes du droit international hérités de la Seconde Guerre mondiale entrepris par certains dirigeants internationaux de premier plan, dont le maintien de la paix n'est qu'un élément parmi d'autres. Face aux défis qui s'annoncent pour la société internationale, les Nations Unies, soutenues en cela par les petites et moyennes puissances, ne peuvent plus rester neutres et doivent au contraire affirmer sans relâche leur singularité et le caractère essentiel de leurs activités.

⁵⁷ Corollaire du principe du consentement des parties, le retrait négocié d'une opération de maintien de la paix a formellement été initié dans le cadre de la FUNU elle-même, avec la demande de retrait effectuée par l'Égypte, en 1967, afin de pouvoir déclencher les hostilités avec Israël. En juillet 2008, le Conseil de sécurité a mis fin au mandat de la Mission des Nations Unies en Éthiopie et en Érythrée (MINUEE), en réponse à un refus de consentement non formalisé expressément, mais matérialisé dans les faits par les restrictions draconiennes imposées à la MINUEE par l'Érythrée et notamment le blocage de son approvisionnement en carburant.

**La neutralité dans la justice internationale à la lumière des opinions
individuelles de certains juges de la Cour internationale de Justice dans
quelques affaires récentes.**

Par Arnaud de Nanteuil

Professeur de droit public à l'Université Paris-Est Créteil

S'il est une qualité que l'opinion publique peine à attribuer à la justice internationale, à tort ou à raison, c'est bien celle de la neutralité : qu'il s'agisse des cours régionales, singulièrement en Europe, de la Cour pénale internationale ou de l'arbitrage d'investissement. Même dans des cercles qui ne semblent pas immédiatement militants, l'on peut ainsi reprocher à la Cour européenne des droits de l'homme de s'immiscer dans des choix de société¹, à la Cour pénale internationale de pratiquer le « deux poids, deux mesures »² ou à l'arbitrage d'investissement de n'être qu'un outil au service du grand capital ne faisant pas grand cas des préoccupations d'intérêt général censément incarnées par les États³. Les réactions ici évoquées ne sont pas appuyées sur le droit : elles sont plutôt le reflet de considérations politiques et pour ces raisons elles doivent être analysées avec la plus grande précaution. Mais il est un fait tout de même indiscutable, c'est que la justice internationale est au service d'un droit international qui, s'il repose sur le consentement d'États souverains, est évidemment marqué par l'histoire et les rapports de force. De ce point de vue, l'on ne peut ignorer qu'il fut au départ un droit d'inspiration occidentale et qu'il est encore marqué par cet aspect⁴.

Toutefois, ces critiques, quelles qu'en soient la portée et la pertinence, sont essentiellement dirigées contre des juridictions régionales ou spécialisées, mais elles demeurent très largement retenues lorsqu'il est question de la Cour internationale de Justice. Les raisons principales tiennent sans doute à ce que la Cour est saisie de questions peut-être moins immédiatement polémiques et dont les enjeux pratiques pourraient sembler éloignés des considérations quotidiennes des citoyens. Mais l'on peut se demander si ce particularisme relatif de la CIJ n'est pas en train de s'estomper, à la faveur (ou à la défaveur) de certaines affaires récentes ayant conduit, ou sur le point de conduire, la Cour à se prononcer sur des sujets sur lesquels l'opinion publique

¹ Pour ne prendre qu'un seul exemple, l'arrêt très symbolique rendu par la CEDH le 9 avril 2024 (n°53600/20) condamnant la Suisse pour inaction climatique a été fraîchement accueilli par la population dont une écrasante majorité (60%) juge la cour illégitime à se prononcer sur ces questions. V. E. FELLE, « Les suisses boudent l'arrêt de la CEDH sur le climat », *Le Matin*, 12 juin 2024.

² V. par exemple H. EL KAROUI, « Le droit international et l'Occident », *L'Opinion*, 25 novembre 2024. On ne commentera pas ici la réaction de B. Netanyahu à la suite de l'émission d'un mandat d'arrêt à son encontre par la CPI, qualifiant celle-ci de cour « antisémite » tant elle est navrante. Mais elle en dit long sur le niveau d'instrumentalisation politique d'un défaut, réel ou supposé, de neutralité.

³ V. notamment D. BOYD, *Pollueurs payés : les conséquences catastrophiques du règlement des différends entre investisseurs et États sur l'action climatique et environnementale et sur les droits humains*, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 13 juillet 2023, Résolution A/78/168, 13 juillet 2023.

⁴ V. en particulier E. TOURME-JOUANNET, *Le droit international libéral-providence, Une histoire du droit international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2011.

mondiale est très largement mobilisée : la guerre en Ukraine⁵, le comportement israélien dans la bande de Gaza⁶, les conséquences du réchauffement climatique⁷... Ce n'est certes pas la première fois que la Cour est saisie de sujets sensibles, loin s'en faut. Les dossiers dont elle connaît, à la fois dans le cadre de sa mission contentieuse aussi bien que dans un cadre consultatif, sont souvent porteurs d'un enjeu politique majeur. Mais rarement la Cour n'a été saisie au même moment d'autant d'affaires ultra-sensibles et cette conjonction de demandes de différentes natures pourrait bien constituer une sorte de test ultime pour sa neutralité.

Il faut dire ici que la neutralité n'est pas véritablement un concept juridique, lorsqu'il se rapporte à une juridiction. En droit international, la seule occurrence du terme se rencontre dans le droit du recours à la force, et désigne la situation d'un État qui ne souhaite pas prendre part à une guerre (soit dans un contexte donné, soit de manière générale et définitive) ou même prendre position dans les points de vue exprimés par les belligérants : l'État neutre est alors tenu à un devoir d'impartialité et d'abstention⁸. S'agissant d'une juridiction, on pourrait donc opérer un rapprochement avec le devoir d'impartialité, qui est explicitement formalisé tant la justice impartiale est indissociable de la valeur suprême qu'est l'État de droit⁹. L'impartialité, a-t-il été écrit, constitue le prolongement de la neutralité lorsqu'il est question d'une prise de décision ou d'une action concrète : la neutralité est une posture générale, qui se traduit par l'impartialité lorsqu'une décision doit être prise¹⁰. Dans le domaine de la justice, l'impartialité se résume donc à l'absence de parti-pris et l'absence de prise en compte de toute considération extra-juridique dans l'établissement d'une décision. Il s'agit, bien entendu, d'un idéal pratiquement impossible à atteindre en réalité. Mais l'objectif de la justice est d'y tendre, et jusque-là la Cour internationale de Justice s'y est plutôt réussie¹¹. La question qui se pose est alors celle de savoir si le maintien de cette posture est envisageable, au regard des possibles pressions et enjeux auxquels la Cour se trouve soumise dans le cadre de certaines affaires.

La question se rapporte en grande partie, même si elle ne s'y réduit pas, à celle de l'indépendance des juges qui est certes garantie statutairement mais peut se heurter à certaines limites. Il est certain que cette indépendance ne peut être totale, en raison généralement de paramètres sociologiques voire psychologiques très difficilement mesurables. Dans un monde imparfait, il est sans doute difficile de garantir une indépendance pure et totale même si dans la pratique, les juges ressortissants d'un État

⁵ CIJ, *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie)*, introduite le 27 février 2022. L'arrêt dont il est ici question est l'arrêt du 2 février 2024, exceptions préliminaires.

⁶ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël)*, requête introduite le 29 décembre 2023 ; Ordonnances du 26 janvier 2024 (mesures provisoires) ; ordonnance du 28 mars 2024 ; ordonnance du 24 mai 2024 ; Procédure consultative sur les *Obligations d'Israël en ce qui concerne la présence et les activités de l'Organisation des Nations Unies, d'autres organisations internationales et d'États tiers dans le Territoire palestinien occupé et en lien avec celui-ci*, demande déposée le 23 décembre 2024.

⁷ Procédure consultative relative aux *Obligations des États en matière de changement climatique*, demande déposée le 12 avril 2023.

⁸ V. P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 17e éd., 2024, p. 751.

⁹ C. KESSÉDJIAN, « Le tiers impartial et indépendant en droit international, juge, arbitre, médiateur, conciliateur, Cours général de droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international* tome 403, 2020, pp. 53-645, spéc. pp. 109 et s.

¹⁰ M. HARROFF-TAVEL, « Neutralité et impartialité. De l'importance et de la difficulté, pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, d'être guidés par ces principes », *International Review of the Red Cross*, Volume 71, n°780, 1989, pp. 563 – 580.

¹¹ Cela ne signifie pas que les autres juridictions évoquées y aient échoué. Cette discussion supposerait un débat en profondeur pour chacune d'entre elles, et même presque pour chacune des affaires qui leur ont été confiées.

n'ont pratiquement jamais fait montre d'une quelconque allégeance ou manque d'indépendance par rapport à leurs autorités gouvernementales. Mais certains cas récents attirent tout de même l'attention, dans le cadre d'affaires particulièrement délicates sur le plan politique et idéologique et donc dans lesquelles le rôle du droit international, plus important que jamais, risque toujours d'être teinté de considérations extra-juridiques. L'on pense en particulier à la Russie et à Israël, dont les juges ont adopté un comportement qui s'éloigne assez sensiblement de toute considération de neutralité, en particulier à travers leurs opinions dissidentes. La question est classique, et loin d'être inédite, mais la pratique de ces opinions devant certaines juridictions, en permettant d'identifier la conviction de chacun des juges, révèle souvent des partis pris et préjugés qui ne sont pas franchement le signe d'une véritable neutralité. Mais c'est aussi cette impossible neutralité individuelle qui rend d'autant plus nécessaire le recours à la collégialité. Le problème réapparaît toutefois dans les opinions individuelles que les juges peuvent être autorisés à publier et qui traduit en règle générale un point de vue différent, même s'il n'est pas toujours incompatible, avec celui de la majorité. Le phénomène a déjà été largement étudié mais il mérite que l'on s'y arrête dans le cas de deux affaires particulièrement sensibles dont la Cour internationale de Justice a été saisie récemment, concernant respectivement la guerre en Ukraine et à Gaza¹². Dans l'un et l'autre cas, si la décision de la Cour semble précisément marquée par une certaine indépendance grâce à la collégialité, les opinions individuelles de certains juges laissent apparaître un évident manque de neutralité, que seule une analyse juridique détaillée permet de mettre en lumière (I). Cette situation pose en réalité la question de savoir si la composition actuelle des formations de jugements de la Cour permet d'assurer une réelle neutralité ou si des évolutions ne seraient pas envisageables (II).

I. Opinion dissidente et opinion politique

L'on voudrait ici tester, à partir de deux exemples particuliers, l'intuition suivant laquelle le juge ressortissant d'un État ou désigné en qualité de juge *ad hoc* par un État peut avoir tendance à privilégier les intérêts de cet État. Sans doute ce constat est-il erroné pour l'écrasante majorité des juges dont les qualités personnelles permettent de garantir le plus haut degré d'indépendance et de neutralité. Mais tel n'est pas toujours le cas. Les raisons peuvent être très différentes, comme le montrent les exemples de l'opinion individuelle du juge russe dans l'affaire opposant l'Ukraine à la Fédération de Russie (A) et de celle de l'opinion du juge *ad hoc* nommé par Israël dans l'affaire qui l'oppose à l'Afrique du Sud au sujet de la guerre de Gaza (B).

A. L'opinion du juge Gevorgian dans l'affaire Ukraine c. Russie

Dans un arrêt rendu le 2 février 2024, la Cour internationale de Justice retenait sa compétence pour connaître des réclamations ukrainiennes présentées contre la Fédération de Russie, sur le fondement de l'article IX de la Convention pour la

¹² Sur les opinions séparées, v. notamment Catherine KESSEDJIAN, *Le tiers impartial et indépendant en droit international, juge, arbitre, médiateur, conciliateur*, op. cit. pp. 510 et s., et les références citées.

prévention et la répression du crime de génocide signée en 1948. La Cour, faut-il rappeler, faisait également droit à l'une des objections préliminaires russes, ce qui suppose d'entrer un tant soit peu dans le détail de la décision pour mieux comprendre l'enjeu de l'opinion individuelle exprimée.

Le contexte de l'affaire est bien entendu celui de la guerre d'agression engagée par la Russie contre l'Ukraine le 24 février 2022, en parfaite illégalité internationale¹³. Mais tel n'est pas directement l'objet du contentieux devant la Cour internationale de Justice. Faute d'un consentement général à la compétence de la Cour, l'Ukraine n'a en effet eu d'autre choix que d'agir sur le fondement de la seule convention entre les deux États comportant une clause compromissoire et présentant un lien avec le différend, la convention de 1948. Dans ce contexte, l'État ukrainien articulait essentiellement deux reproches à l'égard de la Russie, au fondement de deux demandes distinctes : il reprochait d'abord à la Russie d'alléguer la commission d'actes de génocide dans certains territoires de l'est de l'Ukraine, aujourd'hui occupés par l'armée russe ; il alléguait ensuite que la Russie, en formulant une allégation de génocide, avait méconnu la convention de 1948. Par la première demande, l'Ukraine ne cherche donc pas à engager la responsabilité de la Russie mais vise seulement à obtenir une déclaration de la Cour attestant de l'absence d'actes de génocide. Pour cette raison, la Cour a considéré qu'il existait bien un différend entre les deux États et qu'elle avait compétence pour en connaître¹⁴. S'agissant en revanche du second aspect de la demande, la Cour a considéré que, même à ce que la mauvaise foi de la Russie soit établie dans ses reproches de génocide, ces seules allégations ne constitueraient pas un manquement à la convention de sorte que sa compétence ne peut être retenue. Il faut rappeler en effet qu'au stade de la compétence, et lorsqu'elle est saisie sur le fondement d'une clause compromissoire, la Cour examine si une violation *prima facie* de la convention semble établie : dès lors que cette violation peut être écartée, la compétence doit l'être également.

C'est donc sur le premier aspect de la décision qu'il faut ici se concentrer, puisque c'est lui qui cristallise le désaccord entre la majorité (écrasante) de la Cour et le juge russe, ce dernier étant le seul à avoir voté systématiquement contre l'ensemble du dispositif, parfois seul contre l'ensemble des autres. Ce n'est pas là une circonstance suffisante pour questionner sa neutralité, mais elle a tout de même de quoi alerter. Et l'examen de l'opinion individuelle exprimée ne fait que renforcer ce sentiment d'un jugement partial, qui n'est pas seulement le fruit d'une différence de perception, qui existe naturellement en droit, mais plutôt d'une approche biaisée.

La question principale en l'espèce était celle de l'existence d'un différend, condition essentielle à l'établissement de la compétence de la Cour. Celui-ci se définit classiquement comme « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »¹⁴. Le juge Gevorgian rappelle d'ailleurs à juste titre que, dans la jurisprudence de la Cour, ce différend n'existe qu'en cas de points de vue « nettement opposés » reposant sur la pleine connaissance de la position d'une partie par l'autre¹⁵. Mais il reproche précisément à la Cour de n'avoir pas établi une telle opposition, l'arrêt

¹³ Sur l'illicéité de l'action russe, v. notamment nos analyses dans « La guerre en Ukraine et le droit international public. Quelques réflexions à la lumière de l'ordonnance de la Cour internationale de Justice du 16 mars 2022 », *Journal du droit international (Clunet)*, 2022(3), pp. 721-748.

¹⁴ CPJI, *Affaire des concessions de Mavrommatîs en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, arrêt du 30 août 2024.

¹⁵ Opinion Dissidente du juge Gevorgian, § 5.

sur la compétence ne s'appuyant que sur deux déclarations de l'État russe, insuffisantes à ses yeux pour fonder la base d'un différend, la Cour n'ayant jamais dans son histoire fait reposer un différend sur « de telles déclarations » qu'il considère comme « vagues ». Mais cette analyse ne peut résister à un examen dépassionné des faits : la position dissidente ainsi exprimée n'est donc pas une divergence d'interprétation, elle est teintée de partialité.

Les deux déclarations dont il s'agit sont en effet à la fois évidemment imputables à des personnes s'exprimant au nom de l'État russe et sans la moindre ambiguïté quant à leur contenu. Sur le premier point, il s'agit d'une part d'un discours à la nation de V. Poutine lui-même, président de la Fédération, et d'autre part d'un discours du représentant de la Russie auprès des Nations unies devant l'Assemblée générale. Il n'est donc pas raisonnablement contestable que de telles prises de positions sont imputables à l'État russe. Que la Cour internationale de Justice n'ait jamais identifié un différend sur la base de telles déclarations est un argument d'une grande faiblesse pour justifier l'impossibilité de le faire en l'espèce : la Cour n'est aucunement liée par les précédents. On sait en outre qu'elle a déjà identifié dans une telle déclaration politique unilatérale un engagement international juridiquement contraignant¹⁶. Dans ces conditions, il n'est évidemment pas contestable que de telles déclarations expriment une position de l'État susceptible — comme telles de constituer la base d'un différend au sens où l'entend la jurisprudence internationale. Du côté de l'Ukraine ensuite, le juge Gevorgian reproche à la Cour de s'être appuyé essentiellement sur une déclaration du 26 février rejetant catégoriquement les allégations de génocide, quelques heures avant le dépôt de la requête, ne laissant pas à la Fédération de Russie le temps d'y répondre. On ne s'attardera pas sur cet aspect pour rappeler que cette déclaration n'est pas la seule, loin s'en faut, dans laquelle l'Ukraine a fermement démenti l'existence d'actes génocidaires et ce depuis 2014¹⁷. En outre, il est de jurisprudence constante qu'un différend peut se déduire du silence de l'une des parties face à des accusations proférées à son égard et ne nécessite pas une opposition *expressis verbis*¹⁸. En l'occurrence, tout dans le comportement de l'Ukraine laisse entendre un rejet de ces accusations, rejet qui fut d'ailleurs formalisé à plusieurs reprises. L'opposition entre les thèses en présence est donc une évidence dont la réalité ne peut être contestée de bonne foi.

Sur le second point, l'examen des termes employés ne laisse pas exactement une impression de « vague ». La raison principale tient au fait qu'accuser un autre État de génocide ne constitue pas le moins du monde une accusation au contenu incertain. Si l'on accepte que les mots aient un sens, et notamment en droit, l'emploi de ce terme ne peut être que pleinement délibéré et viser une situation très particulière. Le génocide tient une place très particulière dans le droit international : il constitue le « crime des crimes »¹⁹ et « se singularise par la réprobation particulière et l'opprobre qu'il suscite »²⁰. Contrairement au crime contre l'humanité ou le crime de guerre qui disposaient d'une assise coutumière en 1945 permettant la poursuite de dirigeants nazis par le tribunal de

¹⁶ CIJ, *Essais nucléaires* (Australie c. France), arrêt du 20 décembre 1974, not. §§ 36-46.

¹⁷ V. l'arrêt de la Cour, § 48.

¹⁸ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt du 11 juin 1998, Rec., p. 315, § 89 ; l'expression est reprise dans l'arrêt *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Gambie c. Myanmar ; 7 États intervenants), arrêt du 22 juillet 2022, Rec. p. 477, § 75 ; v. également *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt du 1^{er} avril 2011, Rec. p. 84, § 30.

¹⁹ Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Jean-Paul Akayezu*, ICTR 96-04, jugement prononçant la sentence, 2 octobre 1998, § 8.

²⁰ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Radislav Krstic*, IT-98-33, jugement de la chambre d'appel du 19 avril 2004, § 36.

Nuremberg, le crime de génocide fut créé de toutes pièces après la seconde guerre mondiale pour combler un vide juridique créé par la créativité criminelle du régime hitlérien, malheureusement réitérée depuis²¹. Au demeurant, les réactions politiques à l'annonce du dépôt d'une requête par l'Afrique du Sud contre l'État d'Israël créé précisément dans le prolongement de la Shoah, reprochant à ce dernier de se rendre coupable d'actes génocidaires n'a pas manqué de soulever un certain émoi, quelle qu'en soit la sincérité²². Dans ce contexte, il n'est pas possible de soutenir qu'accuser, à deux reprises et par des canaux totalement officiels, un État de génocide constitue une accusation « vague ». Un tel terme ne peut être employé à la légère dans les relations internationales et il dispose d'une signification précise.

Il apparaît donc que la position exprimée par le juge dissident ne résiste absolument pas à l'analyse. Mais, comme il a déjà été évoqué, il ne s'agit pas d'une simple divergence d'interprétation qui peut bien entendu exister et donne en règle générale son sens aux opinions individuelles. Il s'agit d'une position qui ne peut être objectivement justifiée : elle repose sur des postulats erronés et des considérations fausses. La seule explication qui peut en être donnée est donc celle d'un défaut de neutralité face à une question qui engageait sans doute trop un ressortissant russe proche d'un pouvoir que l'on sait peu accommodant avec les esprits libres pour pouvoir attendre une approche réellement indépendante de cette problématique complexe.

B. *L'opinion du juge Barak dans l'affaire Afrique du Sud c. Israël*

La position exprimée par le juge *ad hoc* Barak dans l'affaire opposant l'Afrique du Sud à Israël au sujet des actions de ce dernier dans la bande de Gaza se présente sous des atours différents car la question de la neutralité ne se pose pas dans les mêmes termes. Sans doute le contexte est-il différent : à la suite des abominables attaques du 7 octobre en territoire israélien par le Hamas, Israël a engagé une guerre à Gaza, qui semble sans limite. Se fondant sur la dimension *erga omnes* de la convention sur le génocide, l'Afrique du Sud a engagé une procédure contre l'État israélien devant la Cour internationale de Justice, fondée sur des allégations de violation de la convention. A l'heure où nous écrivons, la Cour n'a pas jugé sa compétence établie : tout au plus a-t-elle retenu sa compétence *prima facie* pour prononcer des mesures conservatoires²³. Mais cette seule compétence *prima facie* (qui, faut-il le rappeler, est sans préjudice de sa décision finale sur l'existence ou non de sa compétence pour connaître du fond de l'affaire) a donné lieu à une opinion dissidente du juge *ad hoc* désigné par Israël. La lecture attentive de cette opinion ne laisse pas du tout la même impression que celle du juge Gevorgian marquée par une mauvaise foi caractérisée. Mais elle comporte plusieurs signes évidents d'un manque de neutralité lié davantage à la situation objective et à l'impossibilité, sans

²¹ A. LEMASSON, P. TRUCHE, P. BOURETZ, « Justice internationale pénale : crimes », *Répertoire Dalloz Droit international*, 2023, §§ 33-34.

²² V. la session de questions au gouvernement du 17 janvier 2024 au cours de laquelle le ministre français des Affaires étrangères S. Séjourné a répondu que « *accuser l'État juif de génocide, c'est franchir un seuil moral* » et que l'on « *ne peut exploiter la notion de génocide à des fins politiques* », Assemblée Nationale, XVI^e Législature, Session ordinaire de 2023-2024, <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2023-2024/premiere-seance-du-mercredi-17-janvier-2024>.

²³ Pour des premières réflexions sur ces ordonnances, v. A. DE NANTEUIL, « Du génocide et de son (risque d')instrumentalisation. Réflexions sur les ordonnances en indication de mesures provisoires dans l'affaire Afrique du Sud c. Israël », *Journal du droit international (Chunet)*, 2024/2, pp. 931-949.

doute, pour un juge tel qu'A. Barak d'aborder une situation porteuse d'un tel enjeu politique et idéologique avec la distance nécessaire.

Son opinion s'ouvre en effet par quelques « remarques d'ordre autobiographiques » qui sont aussi poignantes qu'elles sont préoccupantes²⁴. Le juge Barak y indique en effet ni plus ni moins être rescapé de la Shoah et livre un témoignage bouleversant auquel personne ne peut rester insensible. Mais c'est, précisément, ce qui peut déranger. Comment penser qu'un homme ayant traversé ce qui fut sans aucun doute la pire tragédie du 20^e siècle pour les populations civiles soit en mesure de juger sereinement une accusation de génocide formulée à l'encontre de l'État d'Israël ? En positionnant son opinion dans ce contexte, vis-à-vis duquel encore une fois l'on ne peut que montrer le plus profond respect, le juge Barak ne se positionne pas en droit mais dans un contexte bien plus vaste mêlant l'Histoire tragique et l'expérience personnelle. Il est vrai qu'aucun droit ne peut être détaché du contexte politique ou social dans lequel il a été élaboré – surtout pas le droit international et encore moins peut-être celui qui fut développé dans les années suivant la seconde guerre mondiale. Mais la règle de droit se doit précisément d'être la plus neutre possible dans son application, et singulièrement en droit international où elle correspond à « ce qui est commun » à l'humanité dans sa diversité²⁵.

Or, dans l'interprétation de la compétence *prima facie* de la Cour, le juge Barak propose un raisonnement en partie tronqué, sans doute précisément en raison d'une implication trop personnelle dans le contexte général de l'affaire. Sa position est en effet fondée essentiellement sur l'absence d'intention de commettre un génocide, qui empêcherait à ses yeux l'existence d'un risque suffisant de violation de la convention de 1948 et donc écarterait la compétence de la Cour, même *prima facie*²⁶. Quelle que soit la vérité sur ce point, cette approche est en réalité réductrice car elle consiste à limiter l'obligation posée par la convention de 1948 à une interdiction de commettre un génocide. Or, ce texte ne se borne pas à cela : les États ont ainsi l'interdiction de perpétrer ou de se rendre complices d'un acte de génocide (article III), mais ils sont également tenus de prendre les mesures nécessaires pour punir les coupables d'actes de génocide (article V), sont limités dans leurs facultés d'accorder ou de refuser l'extradition des prévenus (article VII), ou sont encore tenus de prendre toutes les mesures qu'ils jugent appropriées pour prévenir la commission du crime (article VIII). Or, la compétence de la Cour établie par les ordonnances l'est pour ces différents aspects et non exclusivement pour examiner une possible violation de l'article III. L'intention faisant prétendument défaut est pertinente uniquement pour l'obligation de ne pas commettre un génocide mais elle s'analyse différemment au sujet des autres comportements. En particulier, la question de l'adoption de mesures de prévention peut se poser (article VIII) et les faits sont suffisants à établir une compétence *prima facie* – dont il faut encore rappeler qu'elle ne préjuge en rien de la compétence sur le fond – sans qu'il soit nécessaire d'établir une intention de la part du gouvernement israélien de commettre un génocide.

Si l'on peut souscrire à certaines affirmations du juge Barak, notamment lorsqu'il rappelle que « chaque soldat israélien porte, dans son paquetage, les règles du droit international » et qu'il affirme, avec une sincérité que rien ne permet de questionner, être personnellement affecté par « les vies innocentes perdues dans ce conflit » tout en

²⁴ Opinion dissidente du juge Barak sous l'ordonnance du 26 janvier 2024, §§ 3-8.

²⁵ Nous empruntons l'expression à J. VERHOEVEN, « Considérations sur ce qui est commun: cours général de droit international public (2002) », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, tome 334, 2009, 434 p.

²⁶ Opinion dissidente du juge Barak, §§ 29-31.

affirmant que le droit humanitaire constitue le seul cadre juridique dans lequel la situation devrait être examinée²⁷, rien de tout cela n'est de nature à écarter la pertinence de la convention sur le génocide à ce stade de la procédure, quelle que soit la décision de la Cour sur sa compétence et sur le fond. Le juge Barak reconnaît d'ailleurs lui-même indirectement que sa position ne peut être entièrement neutre lorsqu'il écrit que « [l]'idée qu'Israël soit aujourd'hui accusé de commettre un génocide m'est très pénible, à titre personnel » et qu'il estime nécessaire de préciser que « [j]'ai été désigné par Israël ; je ne suis pas agent de cet État »²⁸. En s'exprimant ainsi, le juge Barak semble assumer l'existence d'un problème que l'on peut essayer d'explorer plus avant.

II. Opinions dissidentes, collégialité et neutralité

Ce qui pose question dans les situations brièvement décrites est en réalité tout simplement la pertinence de la présence d'un juge de la nationalité d'un État partie au litige devant la Cour au sein de la formation de jugement. On sait que cette présence n'est pas systématique par la force des choses, car la Cour n'est composée que de quinze juges. C'est précisément le but de l'institution du juge *ad hoc* d'offrir aux États dont aucun juge ne serait ressortissant de désigner une personnalité pour siéger. C'est l'article 31 du Statut qui aborde la question, non sans avoir rappelé d'ailleurs que « [l]es juges de la nationalité de chacune des parties conservent le droit de siéger dans l'affaire dont la Cour est saisie » : le Statut confirme donc bien la possibilité qu'un juge ressortissant d'un État puisse participer à la formation de jugement en charge d'un litige impliquant cet État. Mais il va plus loin encore en prévoyant que dans le cas où la Cour ne compte pas de juge de la nationalité de l'une ou des deux parties, celles-ci peuvent désigner une personnalité de leur choix pour siéger en qualité de juge²⁹. Il n'est certes pas nécessaire ni systématique en pratique que les parties se trouvant dans une telle situation désignent un juge de leur nationalité. Mais c'est évidemment une possibilité qui leur est offerte. En toute hypothèse, cette institution repose tout de même sur un postulat étonnant : le fait de ne compter au siège de la Cour aucun juge de sa nationalité constituerait pour un État un désavantage – entendu par rapport aux États qui comptent l'un de leurs ressortissants au sein de la Cour. C'est là une affirmation étonnante au regard du principe d'indépendance, qui devrait postuler que la nationalité d'un juge est indifférente à sa manière de juger un contentieux impliquant deux États.

L'analyse des deux opinions dissidentes ci-dessus vient toutefois démontrer l'exact inverse. L'examen attentif de deux positions exprimées par deux juges dans ces affaires particulièrement sensibles vient en effet prouver ce qui pouvait sembler n'être qu'une intuition, à savoir que leur jugement est très nettement influencé par des considérations personnelles qui n'ont rien à voir avec le droit. C'est précisément ce qui est problématique et qui devrait peut-être conduire à une réflexion sur la possible inversion du principe proclamé par le Statut de la Cour : au fond, on peut se demander s'il ne serait pas plus logique de postuler que le juge ressortissant d'un État ne peut être

²⁷ *Ibid.* §§ 11, 23 et 26.

²⁸ *Ibid.* §§ 47 et 49.

²⁹ Art. 31 : « 2. Si la Cour compte sur le siège un juge de la nationalité d'une des parties, toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge. Celle-ci devra être prise de préférence parmi les personnes qui ont été l'objet d'une présentation en conformité des Articles 4 et 5. 3. Si la Cour ne compte sur le siège aucun juge de la nationalité des parties, chacune de ces parties peut procéder à la désignation d'un juge de la même manière qu'au paragraphe précédent ».

membre de la formation de jugement en charge d'une affaire dans laquelle son État de nationalité est impliqué en tant que partie. Une telle solution serait-elle toutefois excessive, puisqu'elle conduirait à l'inverse à faire peser sur le juge national un soupçon de partialité systématique. En outre, au-delà des exemples sans doute un peu caricaturaux qui viennent d'être pris, le juge d'un État est probablement le mieux placé pour en connaître le fonctionnement, les contraintes, et plus généralement la politique, qui sont autant d'éléments permettant en certains contextes de mieux appréhender une méconnaissance alléguée du droit international.

Sans doute le phénomène de défaut de neutralité mériterait-il une approche plus fine et plus systématique mais les quelques lignes qui précèdent montrent qu'il existe. Sans doute n'est-il pas nouveau et, assurément, c'est bien lui que vient tenter de contrecarrer la collégialité : l'accumulation des subjectivités permet, en principe, de parvenir à des solutions dans lesquelles les affinités personnelles se fondent. Le problème vient de ce que, ainsi qu'il a été évoqué plus haut, la Cour internationale de Justice est probablement aujourd'hui l'une des juridictions les moins exposées aux critiques politiques et idéologiques, sans doute précisément parce qu'elle dégage une forme d'image de neutralité. Par sa composition, par les sujets qu'elle aborde et par son approche stricte des questions de compétence, elle a su se préserver des reproches adressés aux autres cours ou tribunaux. Certaines de ses décisions ont certainement provoqué des réactions contrastées par le passé, mais pour des raisons juridiques – ce qui n'est généralement pas le cas des critiques adressées à la Cour pénale internationale ou aux tribunaux arbitraux notamment – et les cas sont particulièrement rares : l'arrêt rendu en 1966 dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* fait encore aujourd'hui figure d'exception à cet égard, et les critiques ne s'articulent pas autour d'un grief de défaut de neutralité³⁰.

En résumé donc, il apparaît que la collégialité inhérente à toute juridiction joue encore globalement son rôle au sujet de la Cour internationale de Justice pour offrir les garanties de neutralité attendues de la jurisprudence internationale. Les positions individuelles de certains juges en certaines affaires posent ensuite la question d'une neutralité personnelle : celle-ci ne saurait exister dans une forme pure, tout individu étant quoi qu'il arrive marqué par un biais cognitif et une certaine forme de subjectivité. Mais ce biais peut prendre, comme en attestent les deux exemples évoqués, une dimension toute particulière qui confine alors au défaut de neutralité. La Cour, sans doute, y est attentive. Mais à l'heure où l'opinion publique mondiale et, plus tristement encore, la politique de certains des États les plus puissants, semblent animées par les passions et le culte de l'immédiateté, le maintien d'une justice internationale neutre constitue sans aucun doute l'un de nos acquis les plus précieux, et l'un des derniers fondements de l'équilibre précaire construit depuis 1945, aujourd'hui plus que jamais menacé. La neutralité n'est donc pas un simple slogan, elle est aussi un besoin vital pour l'humanité lorsqu'elle est appliquée à la justice internationale.

³⁰ CIJ, *Sud-Ouest africain (2^e phase) (Éthiopie c. Afrique du Sud, Libéria c. Afrique du Sud)*, arrêt du 18 juillet 1966, *Rec.* p. 6. Pour le dire rapidement, les deux États demandeurs estimaient que l'Afrique du Sud méconnaissait les obligations de son mandat sur certains territoires du Sud-Ouest africain, y pratiquant notamment une politique d'Apartheid. Ils ne réclamaient donc pas une réparation mais une déclaration obligeant l'Afrique du Sud à mettre un terme à ses pratiques. Dans un arrêt de 1962, la Cour rejeta les exceptions préliminaires soulevées par l'Afrique du Sud et confirma donc sa compétence (par une majorité très courte faut-il préciser, l'arrêt ayant été adopté uniquement grâce à la voix prépondérante du président). Mais dans l'arrêt de 1966, elle rejeta les demandes sans même les examiner au fond, jugeant que les demandeurs manquaient de *locus standi* et que leurs demandes étaient donc irrecevables, alors même que la question n'avait pas été soulevée devant elle. Cet arrêt est peut-être encore aujourd'hui le seul de la Cour ayant donné lieu à des réactions virulentes parfaitement exceptionnelles dans l'histoire de la CIJ, v. G. FISCHER, « Les réactions devant l'arrêt de la Cour internationale de Justice concernant le Sud-Ouest africain », *AFDI* 1966, pp. 144-154.

Libres propos

Articles

L'affaire *Ruska Federacija* : un petit pas pour l'Union, un grand bond pour l'Espace Économique Européen

Par Frederik De Ridder¹

Juriste à la Direction du marché intérieur de l'Autorité de surveillance de l'AELE

Introduction

Dans l'affaire *I.N. en présence de Ruska Federacija*² (ci-après « *Ruska Federacija* »), la Cour de Justice de l'Union européenne (« CJUE ») applique les enseignements de sa jurisprudence antérieure dans l'affaire *Petruhhin*³ à une affaire impliquant un ressortissant islandais. Il s'agit donc d'un petit pas pour l'Union européenne (« l'Union »). Toutefois, pour l'Espace Économique Européen (« EEE »), il s'agit d'un véritable bond, dans la mesure où la CJUE fait le lien entre d'une part les libertés de circulation, qui font partie de l'Accord EEE⁴, et d'autre part les accords internationaux que l'Islande, la Norvège et/ou le Liechtenstein ont conclus avec l'Union, en dehors de l'Accord EEE. En faisant ce lien, la CJUE rappelle que l'Accord EEE est un accord d'association approfondie, fondé sur des valeurs partagées avec l'Union et une identité européenne commune. La CJUE confirme donc que, même s'ils ne sont pas membres de l'Union, la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein sont étroitement associés au projet européen.

Le caractère novateur de cette affaire réside dans la lecture de l'Accord EEE à la lumière des autres accords internationaux conclus entre, d'une part, l'Union et ses États membres et, d'autre part, (certains) des États de l'Association européenne de libre-échange (« AELE ») qui ont également ratifié l'Accord EEE⁵ (« États EEE AELE »). En effet, alors que l'Accord EEE prévoit une intégration beaucoup moins profonde que les Traités de l'Union, l'absence de coopération dans certains domaines sous l'Accord EEE est toutefois compensée par la conclusion d'autres accords internationaux. Comme nous l'expliquerons, s'il n'est pas évident de faire le lien entre l'Accord EEE et la coopération avec l'UE dans d'autres domaines, il paraît toutefois cohérent d'interpréter l'Accord EEE à l'aune de ces autres accords.

¹ L'auteur n'a pas été impliqué dans le traitement des affaires commentées, et les opinions exprimées sont personnelles à l'auteur. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : fde[at]arobase[et]tasurv.int. Il remercie Lola Taïeb pour ses commentaires constructifs sur une version antérieure de cette contribution.

² CJUE, 02 avril 2020, *Ruska Federacija*, aff. C-897/19 PPU, EU:C:2020:262.

³ CJUE, 06 septembre 2016, *Petruhhin*, aff. C-182/15, EU:C:2016:630.

⁴ JO L11 du 03.01.1994, p. 3–36.

⁵ L'AELE est l'association européenne de libre-échange. Actuellement, l'Islande, la Norvège, le Liechtenstein et la Suisse sont parties contractantes à l'AELE. L'Accord EEE avait pour objectif d'associer tous les États AELE à l'Union européenne et ses États membres. Toutefois, la Suisse n'a pas ratifié l'Accord EEE. Dès lors, pour désigner les États AELE qui ont ratifié l'Accord EEE, nous utiliserons le terme « États EEE AELE ». L'EEE consiste donc en deux piliers : les États EEE AELE forment le pilier AELE, les États membres de l'Union le pilier de l'Union.

L'objectif de cette contribution est d'expliquer l'interaction entre l'Accord EEE et le droit de l'Union à travers un commentaire d'arrêt. Cet arrêt peut être une porte d'entrée vers le droit EEE pour un public familier avec le droit de l'Union.

Cette contribution commencera par exposer les faits de l'affaire *Ruska Federacija*. Puis, nous exposerons brièvement comment une situation telle que celle dans laquelle se trouve le ressortissant islandais en cause serait traitée s'il était citoyen de l'Union, en résumant la jurisprudence *Petruhhin*. Ensuite, nous expliquerons le raisonnement juridique de la CJUE dans l'arrêt *Ruska Federacija*, transposant la solution *Petruhhin* à l'Accord EEE. Enfin, nous finirons par commenter et mettre en contexte l'arrêt *Ruska Federacija*.

Faits

L'affaire *Ruska Federacija* concernait un réfugié de nationalité russe, I.N., qui avait fui la Russie en raison des poursuites effectives dont il avait fait l'objet. En raison de ces poursuites, I.N. a obtenu la protection internationale en Islande, puis la nationalité islandaise.

Alors qu'il se trouvait en Croatie pour des vacances, I.N. a été arrêté par les autorités croates, en application d'un avis de recherche international émis par la Russie. Devant les juridictions croates, I.N. a contesté son extradition vers la Russie. Il soutenait, en substance, qu'il existait un risque concret, sérieux et raisonnablement prévisible que, en cas d'extradition vers la Russie, il y soit soumis à la torture et à des traitements inhumains et dégradants.

Au sein de l'Union, une situation telle que celle dans laquelle se trouve I.N. est régie par la jurisprudence *Petruhhin*. I.N. exigeait dès lors d'être remis à l'Islande en application de la jurisprudence *Petruhhin* de la CJUE.

Dans ces circonstances, la Cour suprême croate a décidé de renvoyer deux questions à la CJUE, demandant en substance si, dans le litige dont elle est saisie, il y a lieu de suivre l'interprétation retenue par la Cour dans l'arrêt *Petruhhin*, en ce qui concerne non seulement les citoyens de l'Union, mais également les ressortissants islandais.⁶

Contexte juridique : enseignements de l'affaire *Petruhhin*

Les faits de l'affaire *Petruhhin* étaient très similaires à ceux de l'affaire *Ruska Federacija* : un citoyen estonien a été arrêté en Lettonie, la Russie a demandé son extradition, et il existait un risque de traitements inhumains ou dégradants en cas d'extradition.

Dans son arrêt, la CJUE a tout d'abord rappelé que M. Petruhhin avait fait usage, en sa qualité de citoyen de l'Union, de son droit de circuler librement dans l'Union en se déplaçant en Lettonie. Dès lors, il pouvait se prévaloir de l'interdiction de toute discrimination sur la base de la nationalité prévue à l'article 18 TFUE⁷.

⁶ CJUE, préc., aff. *Ruska Federacija*, point 39.

⁷ CJUE, préc., aff. *Petruhhin*, point 30.

Ensuite, la CJUE a noté que la Lettonie traite les ressortissants d'autres États membres moins favorablement que ces propres ressortissants, en n'accordant la protection contre l'extradition qu'à ses propres ressortissants.⁸ Cette différence de traitement restreignait la liberté de circulation au sens de l'article 21 TFUE⁹.

Enfin, la CJUE a analysé les justifications possibles d'un tel traitement différencié. La CJUE a noté qu'il existait un risque d'impunité si la personne n'était pas extradée, incompatible avec l'espace de liberté, de sécurité et de justice offert par l'Union à ses citoyens en vertu de l'article 3, paragraphe 2, TUE¹⁰. Toutefois, l'extradition n'était pas nécessaire pour éviter l'impunité. En effet, la plupart des États n'extradent pas leurs propres ressortissants, mais ont la possibilité de poursuivre leurs propres ressortissants pour des infractions graves commises hors de leur territoire. Cependant, en l'occurrence, M. Petruhhin n'étant pas un ressortissant letton, les juridictions lettonnes ne pouvaient pas le poursuivre.

Dans ce contexte, la CJUE a envisagé une alternative à l'extradition, moins attentatoire aux droits de libre circulation¹¹. En effet, en vertu du principe de coopération loyale, inscrit à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, TUE, l'Union et les États membres s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités¹². Dans le contexte du droit pénal européen, l'Union a adopté la décision-cadre 2002/584 qui tend à faciliter la coopération judiciaire en instaurant le mandat d'arrêt européen¹³. Cette décision-cadre permet l'échange d'informations en vue de donner aux autorités de l'État membre dont l'intéressé a la nationalité l'opportunité d'émettre un mandat d'arrêt européen¹⁴.

Si la Lettonie ne peut pas poursuivre un citoyen estonien pour des faits commis en dehors de son territoire national, il n'est pas exclu que l'Estonie puisse le faire. Si l'Estonie peut poursuivre M. Petruhhin pour les faits pour lesquels il est poursuivi en Russie, il n'y aurait plus de raison de l'extrader.

Ainsi, un État membre requis par une demande d'extradition doit, en cas de risque de traitements inhumains ou dégradants, vérifier si la personne faisant l'objet de la demande d'extradition peut être remise à l'État membre dont elle a la nationalité plutôt que de l'extrader. Ne pas faire usage de cette faculté serait une restriction injustifiée à la liberté de circulation des citoyens de l'Union (article 21 TFUE) et une discrimination sur la base de la nationalité (article 18 TFUE).

Le raisonnement de la CJUE dans l'affaire *Ruska Federacija*

Il n'y a qu'une seule différence factuelle entre l'affaire *Petruhhin* et l'affaire *Ruska Federacija* : tandis que M. Petruhhin était un citoyen estonien, et, de ce fait, un citoyen

⁸ *Ibid.*, point 32.

⁹ *Ibid.*, point 33.

¹⁰ *Ibid.*, points 36 à 37.

¹¹ *Ibid.*, point 41.

¹² *Ibid.*, point 42.

¹³ *Ibid.*, point 43.

¹⁴ *Ibid.*, point 43.

de l'Union en vertu de l'article 20 TFUE, M. I.N. avait la nationalité islandaise. Néanmoins, cette différence met à mal le socle juridique sur lequel la CJUE avait construit son raisonnement juridique dans l'arrêt antérieur. En effet, la CJUE commence par rappeler que ni l'article 21 TFUE, ni l'article 18 TFUE, ni la décision-cadre 2002/584 ne pouvaient s'appliquer à la situation de M. I.N., dans la mesure où il n'était pas citoyen de l'Union et que l'Islande n'était pas membre de l'Union¹⁵.

Toutefois, la CJUE relève que l'Islande entretient des relations privilégiées avec l'Union, dépassant le cadre d'une coopération économique et commerciale. Ces relations privilégiées résultent de l'Accord EEE, mais également du fait que, en dehors de l'Accord EEE, l'Islande a conclu des accords internationaux dans d'autres domaines. Ainsi, l'Islande met en œuvre et applique l'acquis Schengen et participe au système d'asile européen commun en ayant, notamment, conclu avec l'Union un accord relatif à la procédure de remise¹⁶. Dès lors, la CJUE reformule les questions de la juridiction de renvoi sur l'interprétation des articles 18 et 21 TFUE, comme ayant trait à l'Accord EEE¹⁷.

Tout d'abord, la CJUE rappelle que l'Accord EEE est conclu par l'Union et que celui-ci fait dès lors partie intégrante du droit de l'Union. Une situation qui relève du champ d'application de l'Accord EEE constitue donc une situation régie par le droit de l'Union¹⁸.

Ensuite, la CJUE précise la portée exceptionnelle de cet accord, dans des termes qui méritent d'être cités littéralement :

« À cet égard, l'Accord EEE réaffirme, ainsi que cela ressort de son deuxième considérant, les relations privilégiées, fondées sur leur proximité, leurs valeurs communes de longue date et leur identité européenne, qui lient l'Union, ses États membres et les États de l'AELE. C'est à la lumière de ces relations privilégiées qu'il convient de comprendre l'un des principaux objectifs de l'Accord EEE, à savoir réaliser de la manière la plus complète possible la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux dans l'ensemble de l'EEE, de sorte que le marché intérieur réalisé sur le territoire de l'Union soit étendu aux États de l'AELE. Dans cette perspective, plusieurs stipulations de cet accord visent à garantir une interprétation aussi uniforme que possible de celui-ci sur l'ensemble de l'EEE. Il appartient à la Cour, dans ce cadre, de veiller à ce que les règles de l'Accord EEE identiques en substance à celles du traité FUE soient interprétées de manière uniforme à l'intérieur des États membres [références omises]. »¹⁹

Dans l'affaire *Petrubhin*, la CJUE s'était fondée sur l'article 21 TFUE et la libre circulation des personnes. L'article 21 TFUE n'a pas d'équivalent en droit EEE. Toutefois, la CJUE note que M. I.N. était en vacances en Croatie lorsqu'il a été arrêté. Dès lors, elle rappelle sa jurisprudence *Cowan*, selon laquelle la liberté de prestation de services inclut la liberté pour un touriste de recevoir des services dans un État membre autre que celui de sa nationalité²⁰. La liberté de prestation des services est garantie par

¹⁵ CJUE, préc., aff. *Ruska Federacija*, point 40 à 42.

¹⁶ *Ibid.*, point 44.

¹⁷ *Ibid.*, point 45.

¹⁸ *Ibid.*, point 49.

¹⁹ *Ibid.*, point 50.

²⁰ *Ibid.*, points 51 à 52.

l'article 36 de l'Accord EEE²¹. L'Accord EEE, faisant partie du droit UE, s'applique donc à la situation de M. I.N.

Faisant écho à l'affaire *Petrubhin*, la Cour rappelle ensuite que les règles nationales d'extradition introduisent une différence de traitement sur la base de la nationalité, interdite, en droit EEE, par l'article 4 de l'Accord EEE²², qui peut être justifiée afin d'éviter l'impunité²³.

Toutefois, dans la mesure où la situation d'I.N. relève du droit de l'Union, la Croatie, membre de l'Union, doit respecter le droit fondamental à la protection, en cas d'extradition, contre les traitements inhumains ou dégradants, en vertu de l'article 19 de la Charte²⁴. La juridiction de renvoi doit donc refuser l'extradition vers la Russie s'il existe un risque sérieux qu'I.N. y soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Même s'il n'y a pas de risque d'atteinte à l'article 19 de la Charte, il y a encore lieu d'apprécier la nécessité de l'extradition au regard de l'objectif consistant à éviter l'impunité. Rappelant sa jurisprudence *Petrubhin*, la CJUE évoque la possibilité de faire usage d'un mandat d'arrêt en vue de remettre la personne à l'État membre dont il est ressortissant²⁵.

La décision-cadre 2002/584 à la base du système des mandats d'arrêts européens ne s'applique pas à l'Islande. Néanmoins, la CJUE constate que l'Islande et la Norvège ont conclu un accord avec l'Union relatif à la procédure de remise (« l'accord de remise »)²⁶. Cet accord tend à améliorer la coopération judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union d'une part, et l'Islande et la Norvège d'autre part. Cette coopération est exigée par l'appartenance de l'Islande et de la Norvège à l'EEE. Les parties contractantes à l'accord relatif à la procédure de remise ont exprimé leur confiance mutuelle dans la structure et dans le fonctionnement de leurs systèmes juridiques ainsi que dans leur capacité à garantir un procès équitable. Finalement, la CJUE a constaté que les dispositions de l'accord sont très semblables aux dispositions correspondantes de la décision-cadre 2002/584²⁷.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, la CJUE conclut que la solution retenue dans l'arrêt *Petrubhin* doit être appliquée par analogie aux ressortissants islandais²⁸.

²¹ *Ibid.*, point 53.

²² *Ibid.*, points 55 à 57.

²³ *Ibid.*, points 59 à 62.

²⁴ *Ibid.*, point 64.

²⁵ *Ibid.*, points 69 à 70.

²⁶ Décision du Conseil du 27 novembre 2014 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne, d'une part, et la République d'Islande et le Royaume de Norvège, d'autre part, relatif à la procédure de remise entre les États membres de l'Union européenne et l'Islande et la Norvège (JO 1 343 du 28.11.2014, p. 1-2)

²⁷ CJUE, préc., aff. *Ruska Federacija*, points 71 à 74.

²⁸ *Ibid.*, point 75.

Commentaire

Introduction à l'Accord EEE

Rappelons tout d'abord que l'Islande n'est pas un État membre de l'Union, et que le droit de l'Union ne s'applique donc pas directement en Islande. Tout comme la Norvège et le Liechtenstein²⁹, elle a néanmoins conclu un accord d'association avec l'Union européenne : l'Accord EEE. Cet accord a pour objectif d'étendre le marché intérieur aux États EEE AELE. Ainsi, sans être membre de l'Union, les États EEE AELE, leurs ressortissants et leurs opérateurs économiques peuvent se prévaloir de et doivent respecter la libre circulation des biens, services, capitaux et la liberté d'établissement.

Le droit EEE concerne principalement le marché intérieur au sens large, c'est-à-dire les libertés de circulation, le droit de la concurrence, la régulation sectorielle visant à compléter le marché intérieur (sécurité alimentaire, transport, énergie, marchés publics etc.), et, enfin, la coopération dans d'autres domaines, tels que la recherche et le développement, l'environnement, l'éducation ou la politique sociale.

Dans les domaines relevant de l'Accord EEE, cet accord reflète les dispositions du droit de l'Union. Par exemple, l'article 36 de l'Accord EEE prévoit la libre prestation des services. Cet article correspond en substance à l'article 56 TFUE. L'article 53 EEE prévoit que les accords anticoncurrentiels entre entreprises sont interdits, tout comme l'article 101 TFUE le prévoit en droit de l'Union.

Néanmoins, l'Accord EEE prévoit une intégration moins profonde que les Traités de l'Union. Ainsi, les États EEE AELE ne doivent par exemple pas adopter l'euro comme monnaie ou participer dans la coopération policière et judiciaire en vertu de l'espace de liberté, de sécurité, et de justice.

Ceci ne veut pas dire qu'il n'y a aucune coopération entre l'Union et les États EEE AELE dans les domaines qui ne font pas partie du droit EEE. En effet, sur une base bilatérale, donc entièrement en dehors du cadre légal composé par l'Accord EEE, la Norvège et l'Islande, et dans une moindre mesure le Liechtenstein, ont conclu des accords pour être associés à certaines politiques de l'Union, tels que l'acquis Schengen³⁰, le système Dublin³¹, ou l'accord de remise précité.

En étant associés à ces politiques, les États EEE AELE se rapprochent davantage de l'Union. Toutefois, la fragmentation de la coopération soulève des questions sur

²⁹ La Suisse est partie contractante à l'AELE mais n'a pas ratifié l'Accord EEE, et les considérations de la présente contribution ne s'appliquent pas à elle.

³⁰ Accord conclu par le Conseil de l'Union européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux États à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (JO 1 176 du 10.7.1999, p. 36-62) ; protocole entre l'Union européenne, la Communauté européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein sur l'adhésion de la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre l'Union européenne, la communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement d l'acquis de Schengen (JO 1 160 du 18.6.2011, p. 3-18).

³¹ Accord entre la communauté européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre, en Islande ou en Norvège (JO 93 du 3.4.2001, p.40-47) ; Protocole entre la Communauté européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein relatif à l'adhésion de la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et mécanismes de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre ou en Suisse (JO 1 160 du 18.6.2011, p.39-49).

l'interaction entre ces différents accords. En effet, dans l'affaire *Ruska Federacija*, la CJUE aurait pu avoir interprété l'Accord EEE en isolation, ou en harmonie avec les autres accords internationaux.

En faisant le lien entre l'Accord EEE et d'autres accords internationaux, la CJUE remédie au fait que certaines dispositions qui avaient servi de fondement à sa jurisprudence *Petruhhin* n'ont pas d'équivalent dans l'Accord EEE. Ces dispositions et leurs équivalents sont résumés dans la table ci-dessous.

Table de correspondance des dispositions		
Affaire <i>Petruhhin</i>	Accord EEE	Affaire <i>Ruska Federacija</i>
Article 21 TFUE (citoyenneté)	X	Article 36 EEE (libre prestation de services)
Article 18 TFUE (discrimination)	Article 4 EEE (discrimination)	Article 4 EEE (discrimination)
Article 4(3) TUE (coopération loyale)	Article 3 EEE (coopération loyale) ³²	Article 3 EEE (coopération loyale)
Article 3(2) TUE (espace de liberté, sécurité et justice)	X	Acquis de Schengen ³³
Décision-cadre 2002/584	X (non-incorporé dans l'Accord EEE)	Accord relatif à la procédure de remise ³⁴

« Garantir une interprétation aussi uniforme que possible » : le principe d'homogénéité

Au point 50 de l'arrêt *Ruska Federacija*, la CJUE a mis l'accent sur le fait qu'un des principaux objectifs de l'Accord EEE est de réaliser de la manière la plus complète possible la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux dans l'ensemble de l'EEE, de sorte que le marché intérieur réalisé sur le territoire de l'Union soit étendu aux États de l'AELE. Dans cette perspective, « *plusieurs stipulations de cet accord visent à garantir une interprétation aussi uniforme que possible de celui-ci sur l'ensemble de l'EEE* ».

Ces stipulations de l'accord qui visent à garantir une interprétation aussi uniforme que possible de l'accord ont donné lieu, dans la jurisprudence de la Cour AELE, au principe d'homogénéité. Ce principe garantit la cohérence entre le droit de l'Union et le droit EEE.

Selon le quatrième considérant de l'Accord EEE, celui-ci établit « *un Espace économique européen dynamique et homogène fondé sur des règles communes et des conditions de concurrence égales [...]* » (soulignement par nos soins). Le principe d'homogénéité garantit une

³² Notons que le gouvernement norvégien a soutenu, dans l'affaire *Ruska Federacija*, que l'article 3 EEE ne correspond pas tout à fait à l'article 4 TUE. Les obligations de coopération loyale seraient moins exigeantes en droit de l'EEE qu'en droit de l'Union. Voir les conclusions de l'avocat général Tanchev du 27 février 2020 dans l'affaire *Ruska Federacija*, préc., point 59. Malgré le fait que la CJUE ne se base pas explicitement sur l'article 3 EEE dans son raisonnement, elle le cite tout de même dans le cadre juridique de l'arrêt.

³³ CJUE préc., aff. *Ruska Federacija*, point 44.

³⁴ *Ibid.*, points 71 à 74.

interprétation des dispositions de l'Accord EEE conforme à l'interprétation par la CJUE des dispositions correspondantes du droit de l'Union. Ce principe permet à un État EEE AELE d'être assimilé à un État membre de l'Union, en ce qui concerne le droit du marché intérieur reproduit dans l'Accord EEE³⁵.

Le principe d'homogénéité est exprimé aux considérants 4 et 15 et à l'article 6 EEE, ainsi qu'à l'article 3 de l'accord entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice (« SCA » pour *Surveillance and Court Agreement*)³⁶. Ces dispositions obligent la Cour AELE et l'autorité de surveillance de l'AELE à interpréter les dispositions de l'Accord EEE de la même manière que la CJUE a interprété les dispositions correspondantes du droit de l'Union. En pratique, il y a dès lors une présomption qu'une disposition du droit EEE doit être interprétée de la même façon que la disposition correspondante en droit de l'Union³⁷. Cette présomption est confirmée par la CJUE au point 50 de l'arrêt *Ruska Federacija*, quand elle énonce qu'« [i]l appartient à la [CJUE], dans ce cadre, de veiller à ce que les règles de l'Accord EEE identiques en substance à celles du traité FUE soient interprétées de manière uniforme à l'intérieur des États membres ».

Le principe a un objectif tant intergouvernemental qu'individuel. Aux termes du quatrième considérant de l'Accord EEE, l'interprétation et l'application uniformes du droit garantissent « l'égalité, la réciprocité et l'équilibre général des avantages, des droits et des obligations des parties contractantes ». En d'autres termes, en donnant les mêmes avantages et obligations à tous les États membres de l'Union et les États EEE AELE, le principe d'homogénéité aide à garantir que l'accord international est équilibré. D'autre part, aux termes du quinzième considérant, le principe permet « d'arriver à un traitement égal des individus et des opérateurs économiques ». L'autre objectif du principe d'homogénéité est dès lors de garantir qu'il n'y ait pas de discriminations entre opérateurs économiques ou entre individus, tels que MM. Petruhhin et I.N.

En conclusion, pour les domaines qui font partie de l'accord, les États EEE AELE sont traités comme s'ils étaient membres de l'Union. De même, dans ces domaines, les individus et les opérateurs économiques peuvent se prévaloir des mêmes droits et font l'objet des mêmes obligations qu'un individu ou un opérateur économique dans un État membre de l'Union.

Toutefois, la coopération est limitée à certains domaines du droit de l'Union. En plus, si l'intégration européenne s'est approfondie au fur et à mesure de révisions des traités, les dispositions de l'Accord EEE n'ont pas été revues depuis la conclusion de l'accord en 1992³⁸. Ainsi, l'ordre juridique de l'Union s'est, par exemple, doté de la citoyenneté européenne et de la Charte des droits fondamentaux, sans qu'il y ait d'équivalents dans le texte de l'Accord EEE. Les traités de l'Union actuels consacrent également la libre circulation des personnes, tandis que l'Accord EEE accorde la liberté de circulation aux seuls « travailleurs ». À première vue, les personnes non économiquement actives n'ont donc pas droit à la liberté de circulation au sein de l'EEE. La Cour AELE a dès

³⁵ Voir la comparaison entre l'Accord EEE et l'Accord EEE-Turquie : CJUE, 18 décembre 2014, *Royaume-Uni / Conseil*, aff. C-81/13 EU:C:2014:2449, point 58.

³⁶ JO L 334 du 31.12.1994, p. 1-8.

³⁷ Avis consultatif de la Cour AELE du 8 juillet 2008, *l'Oréal Norge*, affaires jointes E-9/07 et E-10/07, [2008], EFTA ct. rep. 259, points 21, 27 et 37.

³⁸ L'accord est néanmoins « dynamique » dans la mesure où les règlements et directives pertinents sont incorporés au fur et à mesure dans les annexes à l'accord, voir [How to read EEA law](#) | [European Free Trade Association](#).

lors constaté l'émergence d'un « écart grandissant » entre les piliers de l'Union et AELE de l'EEE³⁹.

L'écart grandissant entre les deux piliers de l'Accord EEE est une menace pour la stabilité de l'accord. En effet, l'écart risque de créer des différences de traitement, au niveau des États et au niveau des individus et opérateurs économiques. Ceci a mené la Cour AELE à interpréter le droit EEE de façon dynamique pour arriver au même résultat qu'en droit de l'Union⁴⁰. Dans l'affaire *Holship*, la Cour AELE a par exemple confirmé que, malgré l'absence d'incorporation de la Charte des droits fondamentaux à l'Accord EEE, les droits fondamentaux faisaient partie des principes généraux du droit de l'EEE⁴¹.

L'avis consultatif de la Cour AELE dans l'affaire *Jabbi* est l'exemple le plus célèbre de l'homogénéité dit « de résultat ». L'affaire concernait la directive « citoyenneté »⁴². Dans l'ordre juridique de l'Union, la CJUE avait auparavant clarifié que cette directive ne s'applique pas à un citoyen de l'Union qui, après avoir exercé son droit à la libre circulation, retournait dans l'État membre dont il a la nationalité. De tels citoyens pouvaient néanmoins se baser sur l'article 21 TFUE pour réclamer, en substance, les mêmes droits que ceux offerts par la directive citoyenneté⁴³.

La Cour AELE a constaté que la directive citoyenneté a été incorporée à l'Accord EEE, mais qu'une déclaration commune des parties contractantes disposait que le concept de citoyenneté n'avait pas d'équivalent en droit de l'EEE. Comme nous l'avons vu, le principe d'homogénéité mène à une présomption que la directive citoyenneté doit être interprétée de la même façon qu'en droit de l'Union. Toutefois, en l'absence d'équivalent à l'article 21 TFUE, la Cour AELE a constaté un risque d'inégalité du niveau de protection des individus au sein de l'EEE. Dès lors, elle s'est fondée sur le principe d'homogénéité pour conclure que la directive citoyenneté doit nécessairement aussi inclure un droit de retourner dans l'État dont on a la nationalité. En effet, le ressortissant d'un État pourrait être dissuadé d'exercer ses droits issus de la directive s'il n'a pas la certitude de pouvoir y retourner⁴⁴. La Cour AELE a donc interprété la directive d'une façon contraire à son libellé clair et contraire à son interprétation par la CJUE, afin de garantir le même résultat, les mêmes droits pour les individus dans les deux piliers de l'ordre juridique de l'EEE.

La problématique de l'affaire *Ruska Federacija* est symptomatique de l'écart grandissant entre les piliers de l'Union et de l'AELE. En effet, en l'absence de dispositions correspondantes dans l'Accord EEE à l'article 21 TFUE et la décision-cadre 2002/854, M. I.N. risquait de se faire extradier vers la Russie uniquement parce qu'il était de nationalité islandaise plutôt que citoyen de l'Union.

³⁹ Avis consultatif de la Cour AELE du 26 juillet 2016, *Jabbi*, aff. E-28/15, [2016], EFTA ct. rep. 575, point 62.

⁴⁰ Pour plus d'explications sur le principe d'homogénéité, voir F. DE RIDDER, « L'espace économique européen : comment assuré l'homogénéité avec le droit de l'Union ? », *J.D.E.*, 2023/6, p. 289-293.

⁴¹ Avis consultatif de la Cour AELE du 19 avril 2016, *Holship*, E-14/15, [2016], EFTA ct. rep. 240, point 123.

⁴² 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, JO L 158, 30.4.2004, p. 77.

⁴³ CJUE, 12 mars 2014, aff. C-456/12, EU :C :2014 :135.

⁴⁴ Avis consultatif de la Cour AELE du 26 juillet 2016, *Jabbi*, aff. E-28/15, [2016], EFTA ct. rep. 575, point 64, 66, 70, 77, 79 et 80.

La CJUE a fait référence au besoin de « *garantir une interprétation aussi uniforme que possible* » de l'Accord EEE. La CJUE a constaté que la circonstance que la personne concernée ait la qualité de ressortissant d'un État EEE AELE, et que cet État mette en œuvre et applique l'acquis de Schengen, rend la situation de cette personne objectivement comparable à celle d'un citoyen de l'Union auquel l'Union offre un espace de liberté, de sécurité et de justice⁴⁵.

Il semble donc que la CJUE ait estimé qu'il serait inconcevable de traiter I.N. différemment de M. Petruhhin, sur la seule base du fait que le premier ait obtenu la nationalité islandaise et non pas la citoyenneté de l'Union. Même si la CJUE ne fait pas explicitement référence au principe d'homogénéité, nous retrouvons dans son raisonnement la volonté d'atteindre un résultat cohérent pour les ressortissants des deux piliers, que nous avons également pu observer dans l'affaire *Jabbi* de la Cour AELE⁴⁶. En effet, en interprétant les dispositions prévoyant la libre circulation dans l'Accord EEE au regard de l'acquis de Schengen et de l'accord relatif à la procédure de remise, la CJUE assure les mêmes droits pour les citoyens islandais (et norvégiens) que pour les citoyens de l'Union.

La CJUE va néanmoins au-delà de la simple considération que le résultat doit être la même dans les deux piliers. Elle trouve dans les considérants de l'Accord EEE une justification pour l'objectif d'homogénéité. En effet, au point 50 de l'arrêt, elle fait le lien entre l'objectif de réaliser de la manière la plus complète possible les libertés fondamentales et « *les relations privilégiées* » qui lient l'Union, ses États membres et les États de l'AELE, « *fondées sur leur proximité, leurs valeurs communes de longue date et leur identité européenne* ». Même si la CJUE ne fait pas référence aux valeurs de l'Union énumérées à l'article 2 TUE, tout laisse à penser qu'il s'agit de ces valeurs, ou à tout le moins, de certaines d'entre elles. Dans la suite de l'arrêt, la CJUE mentionne la confiance mutuelle des États membres de l'Union et des États EEE AELE dans la structure et dans le fonctionnement de leurs systèmes juridiques, et la capacité à garantir un procès équitable⁴⁷.

En d'autres termes, la CJUE considère que les États EEE AELE, leurs ressortissants et leurs opérateurs économiques méritent d'être traités autant que possible comme des États membres, des citoyens de l'Union ou des opérateurs économiques européens parce que les États EEE AELE partagent avec les États membres de l'Union certaines valeurs et une identité commune. L'homogénéité est donc non seulement justifiée par la logique donnant-donnant de l'Accord EEE, qui se voulait économique et intergouvernemental, mais également par le fait de partager au moins une partie des valeurs du projet européen.

Les « relations privilégiées » entre l'Union et les États EEE AELE : plus que l'Accord EEE

Au point 50 de l'arrêt *Ruska Federacija*, la CJUE a commencé par décrire le lien entre l'Union et l'Islande comme une « relation privilégiée » basée non seulement sur

⁴⁵ CJUE, préc., aff. *Ruska Federacija*, points 50 et 58.

⁴⁶ Voir également H.H. FREDRIKSEN et C. HILLION « The 'special relationship' between the EU and the EEE EFTA states- free movement of persons in an extended area of freedom, security and justice: *Ruska Federacija* », *Common Market Law Review*, 2021, n°5 (3), pp. 851-876

⁴⁷ CJUE, préc., aff. *Ruska Federacija*, point 73.

l'Accord EEE mais également sur d'autres accords de coopération, tels que l'accès Schengen.

La jurisprudence *Ruska Federacija* démontre que les dispositions du droit EEE qui correspondent à des dispositions de droit de l'Union, doivent être interprétées en tenant compte du contexte du droit de l'Union dans lequel ces dispositions opèrent. Ce contexte peut inclure des accords internationaux conclus par les États EEE AELE en dehors de l'Accord EEE.

Nous avons décrit l'interprétation par la CJUE de l'Accord EEE au regard d'autres accords internationaux comme un petit pas pour l'Union. En droit de l'Union, ce raisonnement découle du fait que les accords internationaux conclus par l'Union font partie intégrante du droit de l'Union. Ainsi, par exemple, la CJUE a interprété les directives et règlements dans le domaine du droit de l'environnement à l'aune de la Convention d'Aarhus⁴⁸, obligeant les États membres de l'Union de prévoir un accès à la justice même si la directive ou le règlement en question ne contient pas une disposition explicite en ce sens⁴⁹.

En réaction à l'arrêt *Ruska Federacija*, la doctrine a soulevé la question de savoir si la Cour AELE pourrait interpréter, avec autant de facilité, l'Accord EEE au regard d'accords internationaux qui tombent en dehors de son champ d'application⁵⁰. En effet, l'EEE, l'AELE ou les institutions qui en découlent ne sont pas parties contractantes aux accords internationaux tels que l'accord de Schengen ou l'accord de remise. Si la CJUE peut donc interpréter tant le droit de l'Union au sens strict, que tous les accords conclus par l'Union, cette question n'est pas aussi évidente pour la Cour AELE, qui a uniquement compétence d'interpréter et d'appliquer l'Accord EEE dans les affaires portées dans ou contre les États EEE AELE.

Dans l'affaire *A v B*, la Cour AELE a levé le doute en s'appropriant de la jurisprudence *Ruska Federacija* de la CJUE⁵¹. La Cour AELE était confrontée à une situation qui pourrait possiblement être qualifiée d'enlèvement international d'enfant depuis la Norvège. La Cour AELE a constaté que deux conventions internationales, la Convention de La Haye et la Convention nordique en droit de la famille pourraient être pertinentes, et que la Norvège est partie contractante à ces conventions⁵². Ensuite, la Cour AELE a cité littéralement le point 50 de l'arrêt *Ruska Federacija*, pour conclure qu'« *il est clair que les accords internationaux au-delà de l'Accord EEE en soi sont pertinents pour déterminer la portée de ces relations privilégiées* ». Par conséquent, dans l'interprétation de l'Accord EEE, la Cour AELE a pris en compte les deux conventions internationales⁵³.

⁴⁸ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (JO L 124 du 17.5.2005, p. 1-20).

⁴⁹ CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranarske Zoskupenie*, aff. C-240/09, EU :C :2011 :125, points 30 et 50.

⁵⁰ H.H. FREDRIKSEN et C. HILLION « The 'special relationship' between the EU and the EEA EFTA states-free movement of persons in an extended area of freedom, security and justice: *Ruska Federacija* », art. Préc.

⁵¹ Pour un commentaire sur cet arrêt voir J. DE GEYTER « The EFTA court's judgement in case E-15/24 *A v B* : from recognition of the "special relationship" between the EU and the EEA EFTA states to a reference to the EU charter of fundamental rights », 16 décembre 2024, disponible en ligne sur : www.efta-studies.org.

⁵² Avis consultatif de la Cour AELE du 12 décembre 2024, *A v B*, aff. E-15/24, point 67.

⁵³ Avis consultatif de la Cour AELE du 12 décembre 2024, préc., points 68 à 70, notre trad.

La question de savoir si l'Accord EEE peut être interprété à la lumière d'autres accords internationaux n'allait néanmoins pas de soi. Notons à cet égard que le gouvernement norvégien, lors de son intervention dans l'affaire *Ruska Federacija*, avait plaidé, en substance, que l'accord de remise ne faisait pas partie du droit EEE et qu'il ne saurait être interprété de la même manière que la décision-cadre 2002/584 sur le mandat d'arrêt européen⁵⁴. En outre, il avait soutenu que l'article 21 TFUE n'avait pas de disposition correspondante en droit de l'EEE et que, par conséquent, elle avait invité la CJUE à constater que les droits fondés uniquement sur l'article 21 TFUE ne relèvent pas de l'Accord EEE faute d'une disposition correspondante⁵⁵, invitant ainsi la CJUE à revenir sur la jurisprudence *Jabbi* de la Cour AELE, mentionnée précédemment.

À notre avis, il est toutefois pertinent d'interpréter l'Accord EEE en tenant compte des autres accords internationaux qui l'entourent, y compris pour la Cour AELE.

Tout d'abord, rappelons qu'il n'y a aucune référence aux droits fondamentaux, à la Charte ou à la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH ») dans l'Accord EEE. Néanmoins, la Cour AELE a reconnu très tôt dans sa jurisprudence les droits fondamentaux comme « principes généraux du droit EEE ». La Cour AELE se réfère à la CEDH et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en tant que « *sources importantes pour déterminer la portée de ces droits fondamentaux* »⁵⁶. Même avant l'arrêt *A v B*, la Cour AELE interprétait donc l'Accord EEE au regard de la CEDH, une convention internationale totalement étrangère à l'Accord EEE. Dans *A v B*, elle n'a que fait affirmer que la CEDH n'est pas une notable exception au principe que sa compétence se limite au seul Accord EEE, mais qu'elle peut prendre en considération d'autres accords internationaux, tels que l'acquis Schengen, l'accord de remise, ou la Convention de La Haye dans l'interprétation de l'Accord EEE.

Ensuite, il y a également lieu de rappeler que l'accord de remise en cause dans l'affaire *Ruska Federacija* a un lien fonctionnel avec l'Accord EEE. En effet, la coopération étroite dans la lutte contre la criminalité va de pair avec l'ouverture des frontières, pour éviter que la libre circulation soit abusée aux fins d'échapper aux poursuites dans un État membre. Au sein du droit de l'Union, ce lien entre libertés de circulation et coopération judiciaire est explicité à l'article 3(2) TUE établissant « *un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes* ». L'accord de remise reconnaît aussi ce lien inextricable dans son préambule, indiquant que l'appartenance de l'Islande et de la Norvège à l'EEE « exige » une coopération étroite dans la lutte contre la criminalité⁵⁷. Considérant ce lien, ne pas tenir compte de l'accord de remise dans l'interprétation de l'Accord EEE serait incohérent. En effet, l'Accord EEE n'opère pas dans un vacuum juridique.

Enfin, constatons que l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 prévoit qu'aux fins de l'interprétation d'un traité, il sera tenu compte de « *toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* ». La lecture de l'Accord EEE dans le contexte des autres accords internationaux conclus entre

⁵⁴ Voir les conclusions de l'avocat général Tanchev du 27 février 2020 dans l'affaire *Ruska Federacija*, préc., points 57-59.

⁵⁵ *Ibid.*, point 56.

⁵⁶ Voir récemment l'avis consultatif de la Cour AELE du 12 décembre 2024, préc., point 50.

⁵⁷ CJUE, préc., aff. *Ruska Federacija*, point 72.

l'Union et les États EEE AELE correspond donc aux principes du droit international public coutumier.

L'arrêt *Ruska Federacija* de la CJUE a encouragé la Cour AELE à s'approprier des enseignements de cet arrêt dans sa jurisprudence *A v B*. Nous prévoyons dès lors que l'interprétation de l'Accord EEE à la lumière de la coopération dans d'autres domaines et d'accords internationaux ouvrira un nouveau chapitre dans la jurisprudence de la Cour AELE.

Conclusion

En étendant l'application de la jurisprudence *Petruhhin* à l'Accord EEE dans l'affaire *Ruska Federacija*, la CJUE a surmonté un double défi : ni l'article 21 TFUE, ni l'espace de liberté, de sécurité et de justice en vertu de laquelle la décision-cadre 2002/584 a été adoptée, n'ont d'équivalents explicites dans l'Accord EEE. Toutefois, elle a trouvé des équivalents fonctionnels.

Nous avons décrit l'affaire *Ruska Federacija* comme un petit pas pour l'Union. En effet, tout comme l'Accord EEE, l'accord de remise fait partie intégrante du droit de l'Union.

Pour l'EEE, l'affaire constitue néanmoins un grand bond. En effet, d'une part, la CJUE a affirmé que le principe d'homogénéité n'est pas un objectif de l'Accord EEE en soi, mais la conséquence de valeurs partagées et d'une identité européenne commune entre l'Union et les États EEE AELE. Ceci donne une assise constitutionnelle à ce principe. De plus, la CJUE a appliqué le principe d'homogénéité afin d'arriver au même résultat dans les deux piliers de l'EEE. Aux fins de la jurisprudence *Petruhhin*, il importe peu que l'intéressé soit citoyen de l'Union ou de l'Islande ou encore de la Norvège. D'autre part, la CJUE a confirmé que l'Accord EEE doit être lu dans le contexte des autres accords internationaux entre l'Union et les États EEE AELE, ce qui a encouragé la Cour AELE à faire de même.

Les effets de cette jurisprudence pourraient aller bien au-delà de la citation plus fréquente d'accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour AELE. Comme nous l'avons vu, l'accord de remise est en quelque sorte « exigé » par l'appartenance à l'Accord EEE et la participation la plus complète des États EEE AELE dans la libre circulation. En effet, tous les domaines du droit de l'Union sont liés entre eux. De plus, tel que le rappelle l'article 1 TUE, l'Union tend vers une « Union sans cesse plus étroite ». Il s'ensuit que, au fur et à mesure que la coopération entre l'Union et les États EEE AELE s'intensifie, une coopération plus profonde dans d'autres domaines va devenir nécessaire. Ainsi, remarquons que les États EEE AELE cherchent un rapprochement avec l'Union dans le domaine de la santé⁵⁸, et que l'Islande prévoit de faire un nouveau référendum su

pourrait donc bien être symptor

Économique Européen sans cesse

⁵⁸ Déclaration conjointe du vice-président exécutif Sefcovic et de la commissaire Kyriakides sur la coopération en matière de santé entre l'UE et l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège, 14 décembre 2023 ? disponible en ligne sur : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/statement_23_6594.

⁵⁹ Iceland gets new government under social democrat Frostadotti | reuteurs, 21 décembre 2024, disponible en ligne sur <https://www.reuters.com/world/europe/iceland-presents-new-government-with-social-democratic-leader-frostadottir-pm-2024-12-21/>.

Réflexions sur la nature du droit d'ester en justice à l'aune du droit québécois et du droit français

Par Sylvette Guillemard,
Professeur de droit, Québec

Curieusement ignorée par la plupart des dictionnaires juridiques, la belle expression « ester en justice » est encore utilisée régulièrement par la doctrine et la jurisprudence et ce, des deux côtés de l'Atlantique¹. Des dictionnaires usuels en conservent des traces. Ainsi, tout en signalant que le verbe « ester » n'existe qu'à l'infinitif et qu'il signifie « se tenir debout », le dictionnaire historique de la langue française indique qu'il traduit l'idée de « soutenir une action en justice »². La neuvième édition du dictionnaire de l'Académie précise la définition ou du moins l'élargit puisqu'il ajoute qu'il s'agit de « plaider, soit comme demandeur, soit comme défendeur »³. On remarquera qu'au Québec, le *Code de procédure civile* de 1965⁴ utilisait le terme à quatre reprises. Par exemple, à l'article 56 « [i]l faut être apte à exercer pleinement ses droits pour ester en justice sous quelque forme que ce soit, sauf disposition contraire de la loi » ou, à l'article suivant, « [t]oute personne physique ou morale domiciliée hors du Québec et que la loi de son domicile autorise à ester en justice peut exercer cette faculté devant les tribunaux du Québec ». La formule a été reprise telle quelle ou peu s'en faut par l'article 489 du code actuel, lorsqu'à l'occasion de la réforme de 2014, entrée en vigueur en 2016⁵, a été adoptée toute une série d'articles sur les « demandes intéressant le droit international privé ». La version anglaise de ce code utilise la périphrase « *to take part in judicial proceedings* ». En dehors de cet article 489, la réforme de 2014 a remplacé l'expression par une formule plus contemporaine, utilisée à l'article 23, « agir devant les tribunaux ». En France, on trouve volontiers « agir en justice ». Pour terminer ce survol terminologique, signalons que le *Code civil du Bas-Canada* utilisait l'expression « ester en jugement », à l'article 176, que l'on ose à peine reproduire ici alors qu'il n'a été aboli qu'en 1964 : « [l]a femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, quand même elle serait non commune ou marchande publique ».

Suivant la jurisprudence, en particulier celle de la Cour suprême du Canada, nous retiendrons qu'il s'agit, pour un plaideur, de s'adresser à la justice pour tenter de faire valoir ses droits. Dans cette optique, nous privilégions le demandeur. Ce choix s'explique par le fait que le demandeur tient entre ses mains l'élément déclencheur de

¹ Du côté des dictionnaires, font exception G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2020 et S. BRAUDO, *Dictionnaire du droit privé*, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/ester-en-justice.php>, [16 juillet 2024] qui taxe l'expression d'archaïque.

Parmi ceux qui l'ignorent, L. CADIET (dir), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004 ; D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003 ; Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2001.

² Dictionnaire historique de la langue française, Paris, Le Robert, 1992, s/v ester.

³ <https://www.cnrtl.fr/definition/academie9/ester/verbe> [consulté le 19 juin 2024]. Un auteur québécois estime qu'« il est tout à fait possible d'abuser du droit d'ester en justice en défense comme en demande » (Y.-M. MORISSETTE, « Abus de droit, quérulence et parties non représentées », (2003) 49 *R.D. McGill* 23, par. 15).

⁴ *Code de procédure civile*, chapitre C-25. La réflexion présentée dans ce texte s'inscrit exclusivement dans le domaine civil.

⁵ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01. [ci-après C.p.c.]. On retrouve l'expression à l'article 68 du *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matières civiles* (C-25.01, r. 0.2.1 -).

toute la suite du processus. En d'autres termes, pas de demandeur, pas d'action en justice et personne n'est en position d'ester.

Pour les fins de la réflexion, nous suggérons qu'ester en justice revient à intenter une action en justice (I). Chaque être humain a le droit d'ester en justice, mais, bien sûr, ce droit s'exerce différemment selon certaines caractéristiques propres de l'individu et balisées par la loi⁶. Nos propos ne tiendront pas compte des défauts, anomalies ou particularités procédurales, mais s'appuieront sur un plaideur ordinaire, majeur, ayant l'intérêt à agir, etc. Nous ne nous interrogerons pas non plus sur l'aspect fondamental du droit au juge, même si cet aspect présente des embûches intéressantes à explorer dans la mesure où la plupart des textes qui le mentionnent n'attribuent pas de façon absolue un « droit au juge » ou équivalent, mais plutôt un droit à un juge « indépendant et impartial »⁷.

Certains plaideurs, en particulier dans les pays de *common law*, font un usage inapproprié de leur droit d'ester en justice. Les quérulents, notamment, utilisent le système judiciaire à mauvais escient, pour persécuter leurs prochains, pour assouvir leur besoin de justice à tout prix ou pour toute autre raison qui n'a pas sa place dans un règlement sain et civilisé des différends⁸. Ce faisant, ils commettent ce que le droit québécois et plus spécifiquement le *Code de procédure civile* désignent comme un « abus de la procédure », soit un usage inapproprié des droits de nature procédurale (II).

Au Québec, il existe une frontière imperméable entre les abus de la procédure et les abus de droit. La Cour supérieure a eu l'occasion de le rappeler et d'expliquer, en les différenciant, les divers types d'abus dans une décision où le justiciable avait commis à la fois des abus de droit et des abus de la procédure⁹. Ayant à l'esprit cette position québécoise et en même temps la vision française du sujet, nous en sommes venue à nous poser la question suivante : le justiciable qui utilise à tort et à travers son droit d'ester en justice commet-il un abus de droit ou un abus de procédure ? Pour le dire autrement, le droit d'ester en justice est-il un droit substantiel ou un droit de nature procédurale ?

C'est en passant principalement par le biais des abus que nous examinerons la question dont la réponse, nous semble-t-il, n'est peut-être pas identique en droit québécois et en droit français. La réflexion est loin d'être théorique ; ainsi, le droit québécois sanctionne de façon totalement différente les abus de droit (IV) et les abus de la procédure (III),

⁶ Par exemple, le mineur, qui ne peut exercer seul ses droits civils, ne peut plaider lui-même, v. art. 153 C.c.Q. et plus particulièrement art. 159 C.c.Q. pour ce qui est des actions en justice. De même, la partie qui saisit les tribunaux doit y avoir un intérêt, art. 85 C.p.c. Pour des explications en droit français, assez proche à cet égard du droit québécois, v. M.-L. NIBOYET, « Action en justice », *Droits* 2011/2 (N° 34), p. 86 à 89.

⁷ Art. 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948. De la même façon, la *Charte canadienne des droits et libertés* (1982) se concentrant sur les affaires criminelles et pénales, prévoit que l'inculpé « a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable » (art. 11 b) et garantit qu'il sera par un « tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable (art. 11 d).

Frédéric Bachand, juge à la Cour d'appel du Québec, dit que le droit de faire trancher ses litiges par un tribunal est « un droit généralement considéré comme fondamental » (F. BACHAND, « Le droit d'agir en justice » (2020) 66 :1 *RD McGill* 109 [Souligné ajouté]).

⁸ Voir S. GUILLEMARD et B. LEVY, *La quérulence – quand le droit et la psychiatrie se rencontrent*, Québec/Paris, PUL/Hermann, 2023.

⁹ *Ville de Saint-Constant c. Vachon*, 2024 QCCS 1079. V. également, il y a quelques années, un arrêt de la Cour d'appel, *Bédard Martin c. Intact, compagnie d'assurances inc.*, 2018 QCCA 162. L'arrêt de principe sur la distinction abus de droit/abus du droit d'ester en justice est *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée.*, 2002 CanLII 41120 (QC CA).

les premiers en prenant appui sur le Code civil, les seconds en suivant les règles du *Code de procédure civile*. La Cour supérieure insiste : « Les distinctions [...] sont importantes, car elles ont un impact sur le type d'ordonnances qui peuvent être émises et sur le raisonnement qui autorise chacune d'entre elles »¹⁰. Bien sûr, il sera nécessaire de vérifier la position du droit français sur les abus de procédure et leurs sanctions afin d'asseoir la comparaison entre les deux systèmes (V).

I. QUE VEUT DIRE ESTER EN JUSTICE ?

Avant même de chercher à qualifier le droit en question, il convient d'en cerner le sens le plus précisément possible. Nous l'avons dit, ester en justice signifie, pour le demandeur, intenter une action en justice¹¹. Par conséquent, avoir le droit d'ester en justice revient à avoir le droit d'intenter une action. Plusieurs auteurs français, au contraire de la doctrine québécoise, se sont penchés sur la question de l'action en justice et de sa nature¹². Classiquement, on considère que l'action en justice vise à faire reconnaître ou prononcer des droits de nature substantielle, droit de propriété, droit de grève, droit à la vie privée, etc. Comme le fait remarquer Marie-Laure Niboyet, « [l']action en justice et les droits substantiels qu'elle tend à protéger ont toujours noué des liens ambigus »¹³.

Bien que nous fassions, dans le cadre de cette étude, une différence entre l'action elle-même et le droit d'intenter cette action pour nous concentrer sur ce dernier, consacrons quelques mots à la première. De nombreux auteurs, Motulsky en tête, ont glosé sur l'action. Ainsi, l'action est « la faculté d'obtenir du juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise »¹⁴, écrit-il après avoir averti que le fait que l'action soit couronnée de succès ou non ne change rien à l'affaire. Gardons-nous, avertit-il, de confondre accès aux tribunaux – au Québec, aujourd'hui, nous dirions « accès à la justice » – et action en justice. L'action nécessite, pour reprendre les termes de Motulsky, une mise en marche de l'appareil juridictionnel plus une décision d'un magistrat sur le fond du droit, « le fond de la prétention à lui soumise ». Telles sont

¹⁰ *Ville de Saint-Constant c. Vachon*, 2024 QCCS 1079, par. 61.

¹¹ On pourrait dire que pour le défendeur, il s'agit de répondre à une demande en justice.

¹² Les avis sont partagés sur la qualification de l'action elle-même. Pour certains, Henri Motulsky, François Terré, Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland, notamment, l'action est « un droit subjectif autonome distinct du droit substantiel dont elle vise à obtenir la reconnaissance ou la sanction » (dans C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile – Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Paris, Dalloz, 2020, par. 143). D'autres suggèrent qu'il s'agit plutôt d'une « liberté d'agir en justice » ou, mieux encore, une « prérogative légale » (C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile – Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Paris, Dalloz, 2020, par. 145, 146).

¹³ M.-L. NIBOYET, « Action en justice », *Droits* 2011/2 (N° 34), p. 82.

¹⁴ H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2010, p. 95. Nous n'insisterons pas sur la distinction faite par Motulsky entre action et demande en justice, la première étant une faculté, la seconde la concrétisant. Ce choix est dû au fait qu'au Québec, les deux termes sont absolument synonymes, sauf à les envisager sous un angle très technique et pointilleux. Le *Code de procédure civile* actuel (2016) utilise peu le terme action, en dehors des règles sur l'action collective (art 571 à 604) et d'un point de vue purement procédural, la demande en justice se concrétise par la demande introductive d'instance (art. 100 et 107).

donc les limites chronologiques de l'action en justice qui débiterait par la saisine du tribunal pour se clore par le prononcé du jugement.

Pour le dire autrement, proposons la formule suivante : l'action est un processus régulé, orchestré et cadencé par une succession d'étapes et de règles, désignées par Motulsky comme du « droit objectif processuel », permettant à des individus, le demandeur et le défendeur, de faire valoir leur point de vue à un juge à propos d'un droit subjectif substantiel. Pour nous, ester en justice veut dire mettre en branle l'appareil judiciaire et en utiliser les outils (les règles de procédure) pour tenter de parvenir à une fin (une décision par une autorité dotée du pouvoir d'adjudication) qui tranche la question soumise¹⁵. Les outils seuls ne servent à rien et la fin, sans les outils, est impossible à atteindre¹⁶. Le droit d'ester est le droit de s'adresser aux tribunaux. Le justiciable qui, au Québec, dépose au greffe du palais de justice une demande introductive d'instance, en vertu de l'article 107 C.p.c., s'apprête-t-il à ester en justice ? Certainement, même si l'action elle-même, au sens procédural du terme, n'a pas pris naissance puisque, selon nous, pour pouvoir parler d'action en justice dans une procédure contentieuse, il faut qu'elle implique un demandeur et un défendeur. La présence, réelle ou non, des deux parties dans le processus est indispensable, et permettra d'ailleurs de respecter le principe *audi alteram partem*, par exemple.

II. DES DROITS DE NATURE PROCÉDURALE

La Cour d'appel du Québec parle volontiers de « conduite judiciaire abusive » pour désigner les abus de la procédure¹⁷. Elle l'a fait dans le cadre d'un litige à la suite d'un incendie, où la compagnie d'assurance avait contesté « malicieusement la demande d'indemnité d'assurance [...] pendant toutes ces années au motif que les appelants avaient participé à l'incendie *alors qu'elle avait en main la preuve que ces derniers n'étaient pas responsables de l'incendie* »¹⁸. Intenter un procès en responsabilité contre quelqu'un, sachant pertinemment, preuve à l'appui, que la personne n'est pour rien dans l'événement, constitue un abus de droit judiciaire. On retrouve ici l'abus du droit d'ester en justice.

Dans cet arrêt, la juge Thibault utilise l'expression « droits judiciaires » pour désigner ce que nous appelons les « droits de nature procédurale ». Outre le fait d'intenter une action en justice à tort et à travers, on peut parler de recours abusif au système judiciaire « lorsqu'une partie de mauvaise foi, multiplie les procédures, poursuit inutilement et abusivement un débat judiciaire. Ce ne sont que des exemples »¹⁹. En d'autres mots,

¹⁵ Ce que Jacques Normand décrit comme « l'enchaînement des actes et des formalités devant conduire à la prise d'une décision » (« Procédure » dans Cadet L., *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 1053).

¹⁶ Osons une comparaison qui s'avère très parlante auprès des étudiants, en prenant comme exemple une bibliothèque à monter soi-même vendue par une marque nordique aux couleurs jaune et bleu ! Lire uniquement les consignes de montage, les analyser, les comprendre, peut-être même les mémoriser, ne servira à rien de façon pratique et n'aidera pas le lecteur à ranger ses livres. De la même façon, il est théoriquement impossible de construire le meuble, soit d'obtenir parfaitement le résultat escompté, sans suivre le guide de montage.

¹⁷ *Bédard Martin c. Intact, compagnie d'assurances inc.*, 2018 QCCA 162.

¹⁸ *Ibid.*, par. 28. [Souligné ajouté]. Pour la juge Thibault, la compagnie d'assurance, défenderesse, a commis un « abus [...] du droit de se défendre ». *Ibid.*, par. 57.

¹⁹ *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée.*, 2002 CanLII 41120 (QC CA), par. 74.

lorsqu'un justiciable a une « conduite judiciaire abusive »²⁰, il commet un abus de droit de nature procédurale. Cet abus ne peut se manifester que sous forme d'une « faute commise à l'occasion d'un recours judiciaire »²¹.

Cela ne résout cependant pas la question du contenu de la notion « droit de nature procédurale », en dehors de l'affirmation qu'il s'agit d'un droit exercé – ou violé – dans le cadre d'une action en justice ou du moins dans celui de la mise en œuvre de règles procédurales, contenues, au Québec, dans le *Code de procédure civile*.

Lorsque l'on réfléchit à ce que sont ces droits « judiciaires » ou de nature procédurale, le premier qui vient à l'esprit dans nos systèmes est le droit d'être entendu²². Nos sociétés ne peuvent tolérer une décision émanant d'une autorité judiciaire si les deux parties n'ont pas été entendues ou au moins ont eu l'occasion de se faire entendre, qu'elles en profitent ou non. Le Code québécois, au premier alinéa de son article 17²³, prévoit que la partie adverse doit avoir été « dûment appelée ». On traduit souvent ce principe – nous reviendrons sur la question des principes et de leurs liens avec les droits – par la maxime *audi alteram partem*. Parler du droit d'être entendu revient principalement à parler des droits de la défense puisque, par définition, le demandeur a fait valoir son point de vue, a été « entendu » d'une façon ou d'une autre, selon les circonstances, les juridictions ou les ordres juridiques, en saisissant l'appareil judiciaire. Rappelons à cette occasion que pour Motulsky, lorsque « la Cour de cassation justif[ait] expressément sa décision par le recours au principe des "droits de la défense" ou "de la libre contradiction" [cela constituait] le signe le plus certain de l'entrée en droit positif d'un précepte du droit naturel »²⁴.

Le droit d'être entendu met en lumière la proximité des notions de droit et de principe. On parle généralement du droit d'être entendu et du principe du contradictoire. En réalité, il s'agit, à notre avis, des deux faces d'une même médaille, le principe se traduisant de façon concrète par l'octroi d'un droit.

Le droit d'avoir un débat contradictoire sous-entend non seulement le droit d'être entendu, mais aussi le fait pour le juge de ne pas accorder plus de place à une partie qu'à l'autre pendant les débats et représentations devant lui.

Nous n'entrerons pas ici dans la dissection minutieuse des droits de la défense, Motulsky l'ayant fait nettement plus brillamment que nous ne pourrions le faire. Il suffit

²⁰ Bédard Martin c. *Intact, compagnie d'assurances inc.*, 2018 QCCA 162, par. 52.

²¹ *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée.*, 2002 CanLII 41120 (QC CA), par. 75.

²² Remarquons que le C.p.c., par sa structure, semble prioriser un droit, peut-être évident, mais qu'il est nécessaire d'inscrire dans le marbre de la loi : « Les tribunaux ne peuvent se saisir d'office ; il revient aux parties d'introduire l'instance et d'en déterminer l'objet » (art. 10 al. 1). Pour le dire autrement, personne ne peut obliger le demandeur à saisir les tribunaux mais personne ne peut l'en empêcher, il a un droit que l'on pourrait dire absolu à cet égard et il a également le droit de choisir le terrain sur lequel va porter le débat judiciaire. Dans sa thèse à saveur historique intitulée « L'évolution et la structuration des principes directeurs de la procédure civile du Québec, 1867-2016 » (Université Laval, Québec, 2019), la processualiste Jacinthe Plamondon mentionne au titre des droits des parties au fil des ans et des réformes, « contrôler la preuve, faire entendre des témoins et [...] s'objecter » (p. 106), « les droits des deux parties d'être pleinement entendues sur la totalité du litige » (p. 133), les « droits des justiciables à des procès impartiaux et équitables » (p. 148). Ces éléments sont toujours d'actualité.

²³ Certains éditeurs juridiques adoptent la fantaisie de titrer les alinéas des articles de loi. Ainsi, les Éditions Yvon Blais indiquent, au début de l'article 17 C.p.c., « Droit d'être entendu ». De telles mentions qui ont peut-être des vertus pédagogiques – lorsqu'elles ne sont pas erronées – n'ont aucun caractère légal.

²⁴ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2010, p. 67.

de mentionner que l'auteur aborde le sujet par les obligations qui incombent à l'autre partie : « Parler des droits de la défense dans les rapports entre les parties revient à relever la naissance, à la charge de ces dernières, d'un certain nombre d'*obligations* qui trouvent leur dénominateur commun dans la notion du respect de ces droits »²⁵. Par exemple, il parle de l'« obligation de donner connaissance de l'introduction de l'instance »²⁶, ce que, par un effet de miroir, l'on peut traduire pour le défendeur par « avoir le droit d'exiger du demandeur d'être avisé de la poursuite déposée contre lui ». Le devoir de loyauté peut être vu comme le droit d'exiger la loyauté de la part de son adversaire, etc.

Les parties ont également des droits que les magistrats doivent – ont l'obligation de – respecter : la sanction de la violation des droits de la défense en est un exemple ; la neutralité également, le respect du contradictoire, que nous venons d'évoquer. Au-delà de la société, les parties ont aussi droit à un jugement motivé.

Les témoins, terme qui au Québec comprend les parties, ont le droit d'être protégés contre l'auto-incrimination²⁷. On pourrait ajouter qu'au Québec, chacun a le droit de ne pas être assisté d'un avocat, quelle que soit la juridiction. La plupart de ces exemples, dont certains sont classifiés dans les « principes directeurs de la procédure » sont des droits objectifs, adjectif qui tend à s'éloigner ici de celui utilisé par Motulsky lorsqu'il réfléchit à la vocation de l'action en justice. Nous les qualifions d'objectifs dans la mesure où ils n'appartiennent pas à chaque individu ou du moins que chaque justiciable ne peut se les approprier et en faire l'usage qu'il veut. Or, les abus ne peuvent se concevoir que sur des droits subjectifs. Ainsi, un justiciable ne peut abuser du droit d'être averti qu'une poursuite est intentée contre lui, pas plus qu'il ne peut abuser de son droit au contradictoire. Il peut se plaindre que ce droit n'ait pas été respecté par le juge ou, à la limite, par l'administration judiciaire, mais les individus impliqués dans l'action en justice ne peuvent, eux-mêmes, modifier ce droit. Si l'on pense au droit d'être protégé contre l'auto-incrimination, on voit mal comment un justiciable pourrait en abuser ou comment son adversaire pourrait le modifier. Enfin, dans le registre des droits objectifs de nature procédurale, il faut évidemment mentionner celui pour chaque plaideur que sa cause soit entendue au fond et non pas rejetée à un stade préliminaire pour cause d'abus de la procédure allégué par son opposant²⁸.

Il y a en somme deux catégories de droits procéduraux, ceux qui s'imposent à tous, sans possibilité de les modifier à sa guise et ceux que le justiciable utilise, bien ou mal, et qu'il peut façonner selon ses besoins. Ce sont des derniers qui nous intéressent, car eux seuls peuvent être utilisés de façon abusive²⁹. Plusieurs émanent du domaine de la preuve. Citons ici dans le système procédural québécois où l'oralité de la preuve occupe une place majeure, le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins. On peut également penser aux interrogatoires préalables à l'instruction, héritage de la *common*

²⁵ *Ibid.*, p. 69.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Art. 285 C.p.c.

²⁸ Sur cette question, v. S. GUILLEMARD et C. REID, « Chronique – Abondance d'abus ? », *Repères*, Mars 2024 EYB2024REP3727.

²⁹ Dans le même sens, Pierre-Emmanuel Moyse rappelle que, pour Josserand et son école, c'est « le droit subjectif [...] lui et lui seul [...] qui est susceptible de mésusage » (P.-E. MOYSE, *L'abus de droit : l'anténorme – Partie 1*, *McGill Law journal/Revue de droit de McGill*, 57(4), 859, p. 909).

*law*³⁰. Des plaideurs abusaient tellement de ce droit d'interroger certaines personnes, dont les parties, avant le procès que le Code 2016 en est venu à limiter ces débordements en imposant des règles strictes pour les régir³¹. D'abord, il a introduit les interrogatoires écrits, par essence moins onéreux que les interrogatoires oraux ; ensuite, il a imposé une durée maximale aux interrogatoires oraux³². Le droit de recourir à des témoignages d'experts est, à n'en pas douter, un droit de nature procédurale. Ici aussi, le Code 2016 limite les débordements possibles, en son article 232 : « Qu'elle soit commune ou non, les parties ne peuvent se prévaloir de plus d'une expertise par discipline ou matière, à moins que le tribunal ne l'autorise [...] ».

Les plaideurs pourront toujours tenter de contourner les limites imposées par le codificateur. Dans ce cas, ils seront sanctionnés par les magistrats pour conduite procédurale inappropriée ou abusive. Récemment, la Cour supérieure a résumé les grandes lignes de la bonne conduite procédurale, constituée de droits et d'obligations réciproques, dans un dossier impliquant un ancien premier ministre du Québec :

« Après avoir rappelé en quelques mots les principes de base de la procédure civile québécoise, proportionnalité, bonne foi et coopération des parties ainsi que divulgation réciproque de la preuve, le juge indique que contrevenir à ces règles risque d'entraîner une déclaration de procédure abusive, avec, dans son sillage, une possible condamnation à des dommages-intérêts visant le remboursement des frais extrajudiciaires de la victime de l'abus »³³.

III. LES ABUS DE LA PROCÉDURE AU QUÉBEC ET LEURS SANCTIONS

En 1961, un auteur québécois, réfléchissant aux « abus de droits » donnait en exemple « les cas de recours aux tribunaux » et se demandait s'ils pouvaient constituer des abus de droit « dans certains cas ». Il répond sans ambages : « Certainement. Et il y aura abus dans deux cas bien précis » que l'on peut résumer ainsi et où le dénominateur commun est le droit exercé sans raison. Ou bien l'action est intentée dans la seule intention de

³⁰ Actuellement codifiés aux articles 221 et s. C.p.c., les interrogatoires préalables sont l'un des éléments permettant « la constitution et la communication de la preuve avant l'instruction », pour reprendre les termes du Titre III du Livre II du Code, consacré à la procédure contentieuse. En vertu de l'article 221 C.p.c., « [l']interrogatoire préalable à l'instruction [...] peut porter sur tous les faits pertinents se rapportant au litige et aux éléments de preuve qui le soutiennent ». C'est par cette procédure que les parties peuvent également s'obliger à se transmettre, toujours préalablement au procès, des documents. Jusqu'à la dernière réforme, le code faisait une distinction entre l'interrogatoire « avant défense, uniquement accessible au défendeur pour mieux préparer sa défense et celui après défense, dont l'une ou l'autre des parties pouvait se prévaloir. Dorénavant, le Code [...] rend l'interrogatoire préalable accessible à toutes les parties, sans lien avec les étapes procédurales initiales » : S. GUILLEMARD et S. MENETREY, *Comprendre la procédure civile québécoise*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 2017, p. 260. Cette procédure fait écho à la préoccupation constante de la *common law* en la matière, qui est de ne jamais prendre l'autre partie par surprise. Chacune doit donc obtenir de son adversaire tous les éléments qui lui sont nécessaires pour se préparer au mieux à chaque étape procédurale.

³¹ Ces interrogatoires peuvent coûter très cher à force de se multiplier ou de traîner en longueur. Ils ont également parfois un côté vexatoire.

³² Art. 222 et s. C.p.c.

³³ S. GUILLEMARD, « Commentaire sur la décision Charest c. Procureur général du Québec – Une absence d'abus de la procédure évidente », *Repères*, Avril, 2024, EYB2024REP3745.

nuire ou bien avec une grossière témérité. Dans le premier cas, on évoquera la mauvaise foi, dans le deuxième, une « lourde imprudence »³⁴.

Une cinquantaine d'années plus tard, en 2009, « le législateur, excédé par les citoyens qui prenaient le palais de justice pour un cabinet de psychanalyste ou la salle d'audience pour un ring de boxe, a introduit dans le *Code de procédure civile* une série d'articles pour traquer et sanctionner les utilisations inappropriées du système de justice »³⁵. Après quelques modifications, les « abus de la procédure » sont actuellement régis par les articles 51 à 56 C.p.c. Le terme abus s'entend ici dans un sens large, signifiant aussi bien utilisation en quantité excessive – la quérulence – qu'utilisation inappropriée de la machine judiciaire, comme les demandes « frivole[s] ou dilatoire[s] » ou les poursuites-bâillons.

L'article 51 C.p.c. illustre ce que sont les abus de la procédure, plus qu'il ne les définit ; il décrit expressément les attitudes qui constituent des abus. Par conséquent, « ce n'est plus le juge qui décide, par l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, du caractère abusif ou non d'une procédure. C'est le code qui assimile inextricablement absence de fondement, frivolité, etc., à un abus »³⁶. Pour déterminer le côté abusif d'une procédure, le juge n'a même plus à s'interroger sur l'intention de son auteur puisqu'en 2014, l'article 51 C.p.c. a été modifié pour y insérer l'avertissement suivant : il peut y avoir abus « sans égard à l'intention »³⁷. Comme nous le mentionnerons ci-dessous, l'intention ne servira pas à caractériser l'abus, mais à en évaluer la sanction civile.

On peut classer les abus de la procédure en trois catégories : d'une part les poursuites intentées dans le but d'intimider autrui et de limiter sa liberté d'expression, ce que l'on appelle les poursuites-bâillons³⁸ – parfois désignées par l'acronyme anglo-saxon SLAPP [*Strategic Lawsuit against Public Participation*] –, d'autre part la quérulence, et enfin une autre catégorie où les demandes ou actes de procédure non fondés côtoient les demandes frivoles, les procédures dilatoires et les comportements vexatoires. Même si techniquement, ces derniers peuvent constituer une façon inappropriée d'utiliser son droit d'ester en justice, comme ils retiennent peu l'attention de la doctrine et des tribunaux actuellement, laissons-les pour nous intéresser aux poursuites-bâillons et à la quérulence.

Dans le cas des poursuites-bâillons, les poursuivants saisissent la justice, choisissent d'ester en justice, non pas réellement pour obtenir de la part d'un juge une décision qui tranche une question de droit, accompagnée d'un dédommagement monétaire, mais

³⁴ R. DUSSAULT, « De l'abus des droits » *Les Cahiers de droit*, (1961), 4(3), 114, p. 122.

³⁵ S. GUILLEMARD et C. REID, « Chronique – Abondance d'abus ? », *Repères*, Mars 2024, EYB2024REP3727.

³⁶ S. GUILLEMARD, « Abus de procédure et quérulence : grilles d'analyse et proposition », *Repères*, Avril 2014, EYB2014REP1515, p. 3. En procédure civile québécoise, le concept d'abus fait fi du « mécanisme de contrôle judiciaire de l'exercice d'un droit créé par la législation », pourtant à la base de la théorie de l'abus de droit (P.-E. MOYSE, L'abus de droit : l'anténorme – Partie 1, *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, 57(4), 859, p. 868).

³⁷ Est-il possible que l'on retrouve ici dans l'inconscient du codificateur de subtiles traces de *common law* canadienne ? Selon cette dernière, « la nuisance constitue un champ de responsabilité qui considère le dommage subi plutôt que les comportements interdits [...] Il importe peu que le trouble résulte d'une conduite intentionnelle, d'une négligence ou d'un comportement innocent, du moment que le dommage subi peut être qualifié de nuisance » (*Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 77).

³⁸ Pour une présentation des poursuites-bâillons, v. A. PASCA, « Les poursuites-bâillons : frontière entre liberté d'expression et droit à la réputation », *Lex Electronica*, vol. 14 n°2 (Automne / Fall 2009).

« en vue de neutraliser ou de censurer des individus, des groupes sociaux ou des collectifs engagés dans la dénonciation publique de leur activité. Ces pratiques visent essentiellement à forcer ces individus ou ces regroupements à limiter leur activité publique, ou encore, à censurer leurs déclarations en les impliquant dans des procédures juridiques coûteuses dont ils ne peuvent généralement pas assumer les frais. Il s'agit ainsi d'une forme d'intimidation judiciaire (*chilling effect*) »³⁹.

Cette procédure est utilisée dans des dossiers comportant des enjeux sociaux, souvent environnementaux⁴⁰. On pourrait la qualifier de poursuite en diffamation extrême : un citoyen critique « dans le contexte de débats publics », pour reprendre les termes de l'article 51 al. 2 C.p.c., une entreprise qui a des activités qu'il juge contestables ; l'entreprise dépose contre lui une demande en justice pour atteinte à sa réputation ; le montant réclamé est en totale disproportion avec le préjudice prétendument subi. Le but visé par l'entreprise n'est pas réellement de toucher la somme réclamée, mais de réduire au silence le citoyen contestataire, brimant ainsi au passage sa liberté d'expression. Dans ces dossiers, les tribunaux doivent jongler entre le respect de cette liberté et « le droit à la sauvegarde de la réputation »⁴¹ de l'entreprise. Autant les magistrats québécois sont réticents à interrompre une action à un stade préliminaire, privant le demandeur d'obtenir un jugement sur le fond étayé sur les éléments de preuve, autant ils admettent que « le simple fait de laisser une poursuite-bâillon suivre son cours peut, en soi, causer un préjudice auquel le jugement au fond de l'affaire ne pourra remédier »⁴². C'est d'ailleurs pour ne pas risquer d'en arriver à une telle extrémité que l'article 52 C.p.c. prévoit un traitement prioritaire de ce type de demandes.

On notera au passage qu'initialement, c'est précisément pour mettre fin à cette utilisation détournée du système judiciaire que le législateur québécois, en 2009, a inséré dans le *Code de procédure civile* les dispositions sur les abus de la procédure. Non seulement les objectifs visés par les poursuites-bâillons ne correspondent pas à ceux de la Justice, mais en outre, ces dossiers encombrant les palais de justice inutilement et au détriment de demandes plus raisonnables.

Parmi les autres plaideurs qui commettent des abus de la procédure, le Code fait une place importante aux querulents. Cependant, il n'en donne aucune définition, ni même

³⁹ R. A. MACDONALD, P. NOREAU, et D. JUTRAS, « Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites - bâillons (SLAPP) », *Rapport du comité au ministre de la Justice*, Montréal, 15 mars 2007, p. vii. V. également S. GUILLEMARD, « Les poursuites-bâillon et la querulence : deux phénomènes encadrés par le *Code de procédure civile du Québec* », *Recueil Dalloz*, 26 novembre 2015, no 41, 2389.

⁴⁰ V. par ex. *3834310 Canada inc. c. Pétrolia inc.*, 2011 QCCS 4014 où le montant total réclamé par l'entreprise pétrolière s'élevait à 350 000 dollars.

Dans une autre affaire, la ville de Montréal et Valérie Plante, maire de la ville, ont été attirées en justice par les organisateurs du Grand prix de formule électrique parce que l'événement qui devait se dérouler dans la métropole québécoise a été annulé. Valérie Plante demande le rejet préliminaire de l'action au motif qu'il s'agirait d'une poursuite bâillon donc abusive. Selon elle, la poursuite a été intentée par les organisateurs « dans le but de la faire taire ou de miner la démocratie municipale. » (*Syndic de Montréal c'est électrique c. Ville de Montréal*, 2018 QCCS 5258, par. 60). En l'espèce, aucune somme d'argent n'était en jeu mais le but était clairement, selon Valérie Plante, de l'intimider, une des composantes des poursuites-bâillons. La Cour supérieure a rejeté les arguments de Valérie Plante et son jugement étant confirmé par la Cour d'appel (*Plante c. PricewaterhouseCoopers inc.*, 2019 QCCA 1059).

⁴¹ A. PASCA, « Les poursuites-bâillons : frontière entre liberté d'expression et droit à la réputation », *Lex Electronica*, vol. 14 n°2 (Automne / Fall 2009). Expression reprise dans *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc. et al.*, [2011 CSC 9](#), par. 18.

⁴² *Snyder c. Rozon*, 2022 QCCA 424, par. 7.

de description. Au Québec, sur le plan législatif, il faut se tourner vers le *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*⁴³ dont l'article 68 qui indique très clairement ce dont il s'agit : « une personne fait preuve d'un comportement quérulent [...] si elle exerce son droit d'ester en justice de manière excessive ou déraisonnable ». Cela fait quelques années, même avant l'entrée en vigueur des articles statuant sur les abus de la procédure, que certains auteurs, mais surtout la jurisprudence, se penchent sur ce phénomène⁴⁴. Pour résumer, disons que les quérulents sont des plaideurs obsessifs qui poursuivent inlassablement leurs victimes devant les tribunaux judiciaires ou administratifs, en utilisant au besoin diverses voies procédurales plus ou moins pertinentes, actions, demandes d'injonction ou d'ordonnance de sauvegarde, demande de permission d'appel, demande de pourvoi en contrôle judiciaire⁴⁵. Ce faisant, ils utilisent les ressources publiques inutilement et à mauvais escient.

Cette forme de paranoïa présente un certain nombre d'indices qui permettent au juge d'établir un

« diagnostic judiciaire. C'est parce que la personne indélicate se conduit d'une certaine façon vis-à-vis du système judiciaire ou dans l'enceinte du palais de justice qu'elle est déclarée quérulente. Les indices que le juge va prendre en considération pour établir la déclaration de quérulence reposent sur l'observation d'éléments de la procédure ou de l'attitude dans le prétoire et non sur l'analyse de désordres psychologiques, même s'ils sont souvent liés »⁴⁶.

En somme, il y a « un lien direct et exclusif entre la déclaration de quérulence et les démarches judiciaires »⁴⁷.

La jurisprudence et la doctrine ont dégagé une douzaine de caractéristiques que présentent les plaideurs quérulents. En dehors, par exemple, du narcissisme, du comportement peu courtois et du montant souvent exorbitant de leurs réclamations, citons ici, plus directement en lien avec notre réflexion, la position de demandeur dans la très grande majorité des cas, la propension à intenter des recours ainsi que la tendance marquée à porter les affaires en appel ou à faire des demandes de révision.

⁴³ C-25.01, r. 0.2.1 -

⁴⁴ V., entre autres, Y.-M. MORISSETTE, « Pathologie et thérapeutique du plaideur trop belliqueux », (2002) 32 R.D.U.S. ; Y.-M. MORISSETTE, « Abus de droit, quérulence et parties non représentées », (2003) 49 R.D. McGill 23 ; E. VILLENEUVE et D. GAMACHE, « "La grenouille qui voulait se faire aussi grosse que le bœuf" ou la quête incomprise du quérulent », *Revue québécoise de psychologie*, 39(3), 173 ; S. GUILLEMARD et B. LEVY, *La quérulence – quand le droit et la psychiatrie se rencontrent*, Québec, PUL, 2023. Pour la jurisprudence, il est impossible d'offrir un relevé de toutes les références tant elles sont nombreuses ; ainsi, une recherche sur la banque de données CanLII, par exemple, fournit 1395 références jurisprudentielles entre 2000 et 2024. Au Québec, tous les tribunaux judiciaires sont concernés, Cour du Québec, Cour supérieure et Cour d'appel du Québec.

⁴⁵ En droit québécois, dans de nombreux cas, pour pouvoir être entendu par la Cour d'appel, il faut préalablement obtenir son autorisation (art. 30 al. 2 C.p.c.). Quant au contrôle judiciaire, héritage de la *common law*, il s'agit du pouvoir de contrôle judiciaire sur les tribunaux que détient la Cour supérieure (art. 34 C.p.c.).

⁴⁶ S. GUILLEMARD et B. LEVY, *La quérulence – quand le droit et la psychiatrie se rencontrent*, Québec/Paris, PUL/Hermann, 2023, p. 42-43.

⁴⁷ S. GUILLEMARD et B. LEVY, *La quérulence – quand le droit et la psychiatrie se rencontrent*, Québec/Paris, PUL/Hermann, p. 43. V. également S. GUILLEMARD, « Pourquoi ne pas faire au droit civil le même honneur qu'au droit criminel ? », (2015) *Psycho-droit* no 1 (2016) 103.

Unanimement, les quérulents sont décrits comme des justiciables qui abusent de leur droit d'ester en justice⁴⁸. Il convient d'en donner quelques exemples, fournis par la jurisprudence.

Un cas tristement célèbre, dans les années 90, est celui d'un professeur en génie mécanique dans une université montréalaise. L'homme est persuadé que ses collègues lui volent ses idées. En 1992, il poursuit deux de ses collègues en demandant que leur nom soit retiré de publications qu'il prétend avoir rédigées seul. Il leur réclame 600 000 dollars.

À la suite d'une contrariété administrative dans son université, il se rend au travail avec trois armes à feu, tue quatre professeurs et blesse une secrétaire. Au terme de son procès pour meurtre, il est condamné à la prison à vie. Ayant fait un infarctus durant son incarcération, il s'en prend alors à tout le monde. Ainsi, il intente une poursuite en justice contre le médecin qui l'a soigné, une autre contre le directeur du centre de détention, une contre Poste Canada qui aurait intercepté son courrier. Il continue à poursuivre certains de ses collègues pour les prétendus vols d'idées. Il avait également eu des démêlés judiciaires avec l'Université soviétique qui l'employait avant son immigration au Canada. Il a finalement été déclaré quérulent par la Cour supérieure en 2000⁴⁹.

Dans un autre registre, un propriétaire a eu maille à partir avec ses locataires et la guérilla judiciaire entre eux a donné lieu, en cinq ans, à une douzaine de poursuites, émanant des uns ou des autres. Finalement, les locataires s'adressent à la Cour supérieure afin de faire déclarer le propriétaire plaideur quérulent. Le juge Charrette, après avoir passé en revue les critères permettant d'établir une conduite quérulente, conclut : « Le critère central demeure celui de l'exercice excessif ou déraisonnable du droit d'ester en justice. Une déclaration de quérulence vise à tempérer le zèle excessif et déraisonnable »⁵⁰. Il n'a aucune hésitation à émettre la déclaration de quérulence à l'encontre du propriétaire.

Les affaires familiales sont un terreau fertile pour l'expression de la quérulence. Pour preuve, cette affaire récente où le conjoint s'est tellement déchaîné contre son épouse que la juge prononçant le divorce constate que le défendeur fait preuve, face à sa conjointe, de « violence psychologique, physique, économique et sexuelle », auxquelles elle ajoute une notion intéressante, la « violence judiciaire »⁵¹; l'expression traduit parfaitement la quérulence et laisse deviner son effet sur sa victime. En l'espèce, entre l'introduction de la demande de divorce par l'épouse et le jugement, c'est-à-dire en 2

⁴⁸ Voir entre autres *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Liée*, [2002] R.J.Q. 1262 ; *Pogan c. Barreau du Québec (FARPBQ)*, 2010 QCCS ; *Levrel c. Institut national de la Recherche scientifique*, 2012 QCCS 6414 ; *Langerin*, 2012 QCCS 613 ; *Dominique c. Grondin*, 2023 QCCS 681 ; *Droit de la famille — 23683*, 2023 QCCS 1619 ; *Ville de Saint-Constant c. Vaabon*, 2024 QCCS 1079.

⁴⁹ *Fabrikant c. Corbin*, 2000 CanLII 17779. L'homme, actuellement âgé de 84 ans, purge sa peine dans un pénitencier fédéral. Il fait régulièrement des demandes de libération conditionnelle, en 2017, 2021 et 2022, rejetées les unes après les autres.

Cette affaire illustre une situation assez fréquente où il existe un lien entre propriété et quérulence. V. B. LEVY, « Pulsions appropriatives ou instinct de propriété ? Retour aux sources de la revendication en matière successorale », *Revue du notariat*, 118(3), 437.

⁵⁰ *Dominique c. Grondin*, 2023 QCCS 681, par. 65. Comme le terrain de prédilection du propriétaire était le Tribunal Administratif du Logement (qui n'a pas la compétence pour prononcer des déclarations de quérulence, d'où le recours au tribunal de droit commun par les locataires), la Cour supérieure limite la portée de la déclaration de quérulence à ce tribunal et en plus, uniquement vis-à-vis des locataires.

⁵¹ *Droit de la famille — 231579*, 2023 QCCS 3557, par. 39, 40.

ans, le greffe du tribunal avait enregistré plus de 420 dépôts de pièces, de demandes, d'actes, etc. émanant du défendeur. Aucune manœuvre procédurale n'a été oubliée, de la demande de déclaration d'incapacité de l'avocat de l'épouse jusqu'à une poursuite en responsabilité contre lui, en passant par la demande de récusation de la magistrate et des citations à comparaître adressées à l'épouse pour outrage au tribunal.

Pour tenter d'arrêter ce flot de procédures insensées, la demanderesse s'adresse à la Cour supérieure afin de faire déclarer monsieur plaideur quérulent. Elle obtient gain de cause sans difficulté de la part du juge St-Onge qui détaille :

« Cette demande en divorce a donné lieu à plus de trente (30) demandes écrites du défendeur et à la production de plus de deux cent vingt-deux (222) pièces aux dossiers, à la transmission de plus de mille cent (1 100) courriels à l'avocat de la demanderesse et plusieurs audiences virtuelles, ou en présence, de demandes d'ordonnances diverses après que la juge en chef associée ait [sic] confié le dossier en gestion particulière à une juge de la Cour.

À ce jour, dix-huit (18) juges de notre Cour ont eu à traiter ce dossier en plus de ceux de la Cour d'appel à qui le défendeur s'est adressé sans succès »⁵².

Le *Code de procédure civile* envisage deux types de sanctions contre les abus de la procédure. Certaines sont de nature procédurale, différentes selon ce que la preuve établit. Si le juge des faits est convaincu qu'il y a abus, les mesures énoncées à l'article 53 al. 1 C.p.c. sont sévères et définitives comme le rejet de la demande⁵³ ou d'un autre acte de procédure – on peut penser ici à la défense –, suppression d'une conclusion, refus de tenir un interrogatoire ou annulation d'une citation à comparaître. Par ailleurs, lorsqu'il « paraît y avoir un abus », comme le dit l'article 53 al. 2 C.p.c., les sanctions sont moins draconiennes. Le juge peut imposer des conditions pour poursuivre la demande, obliger la partie qui est suspectée d'abuser à verser à l'autre partie une provision pour ne pas risquer que cette dernière se « retrouv[e] dans une situation économique telle qu'elle ne pourrait faire valoir son point de vue valablement ».

Pour les quérulents, le Code, à l'article 55, prévoit d'autres sanctions de nature clairement procédurale, comme l'interdiction de poser tout geste de procédure sans l'autorisation du juge en chef, interdiction balisée par les Règlements des tribunaux, Cour du Québec et Cour supérieure. Dans leur cas, il est nécessaire d'agir avant qu'ils ne s'adressent à l'administration judiciaire, ce à quoi ne suffisent pas les mesures décrites ci-dessus.

Pour tous les abus, l'autre sorte de sanctions, prévue à l'article 53 al. 1 C.p.c., qui peut s'ajouter à la première, est purement monétaire. Il s'agit d'une part de versements de « dommages-intérêts en réparation du préjudice subi ». Cette somme peut « compenser les honoraires et les débours », autrement dit principalement les honoraires de l'avocat de la victime. D'autre part, « si les circonstances le justifient », le code prévoit une sanction sous forme de dommages-intérêts punitifs. Nous l'avons déjà expliqué par le passé,

⁵² *Droit de la famille* — 231579, 2023 QCCS 3557, par. 5-6.

⁵³ Le jugement rejetant l'action pourra faire l'objet d'un appel sur permission, art. 31 al. 2, par. 3 C.p.c.

« [c]e type de dommages-intérêts, originaires de common law, sont peu fréquents en droit québécois. [...] Les comportements abusifs sont les seuls événements qui peuvent donner lieu à de tels dommages, en matière de procédure civile. [...] Le montant des dommages-intérêts punitifs est évalué, aux termes de l'article 1621 *Code civil du Québec*, en fonction de la gravité de la faute. Intervient également dans le calcul la situation patrimoniale du fautif. La lecture de la jurisprudence révèle que le montant des dommages-intérêts punitifs pour abus de procédure tourne autour de 2 500 dollars ; il arrive que parfois, ils s'élèvent jusqu'à 10 000 dollars.

En revanche, quand bien même les dommages-intérêts seraient justifiés, il est possible qu'un tribunal ne condamne pas le querulant à ce chapitre, s'il estime que les autres sanctions monétaires qu'il lui impose atteignent en quelque sorte le même effet dissuasif : « [...] *if the condemnation for extrajudicial fees appears sufficient punishment, punitive damages should not be awarded* »⁵⁴ »⁵⁵.

C'est au chapitre des sanctions que la qualification du droit d'ester en justice présente des failles et que la frontière entre droit substantiel et droit procédural devient poreuse. En effet, à la seule lecture du *Code de procédure civile* et de ses articles 53 à 56, on pourrait croire que les deux types de sanctions, sanctions procédurales et sanctions monétaires, s'additionnent simplement, relevant l'une et l'autre du registre procédural. Il semble difficile d'interpréter ces dispositions dans un autre sens.

Il n'en va pas de même selon la jurisprudence. D'après une décision récente de la Cour supérieure, les sanctions des abus de la procédure ne s'ajoutent pas systématiquement les unes aux autres⁵⁶. Si l'application de celles qui se situent sur le terrain procédural ne fait aucun doute, il n'en va pas de même avec les sanctions financières. Le jugement *St-Pierre* reprend les lignes directrices énoncées par la Cour d'appel quelques années auparavant. Pour vérifier l'application de la sanction sous forme de dommages-intérêts compensatoires, il faut se tourner vers « les principes généraux du droit privé de la responsabilité civile »⁵⁷, donc sortir du seul périmètre judiciaire. La Cour d'appel applique son raisonnement à « l'abus du droit d'ester en justice [qui] peut également être source de responsabilité civile »⁵⁸. Elle reprend ce qu'elle avait affirmé quelques années auparavant, l'abus du droit d'ester en justice constitue ici « une faute commise à l'occasion d'un recours judiciaire »⁵⁹, faute, précise la Cour supérieure, « au sens du

⁵⁴ *Windheim c. Windheim*, 2011 QCCS 6118, par. 34 : « si la condamnation au remboursement des frais extrajudiciaires semble être une punition suffisante, il n'est pas nécessaire d'imposer des dommages punitifs. » [notre traduction]. Il faut dire que le juge avait condamné le querulant à rembourser à sa victime la somme de 89 477 dollars, montant des honoraires de son avocat.

⁵⁵ S. GUILLEMARD et B. LEVY, *La querulence – quand le droit et la psychiatrie se rencontrent*, Québec/Paris, PUL/Hermann, 2023, p. 56-57.

⁵⁶ *St-Pierre c. Audet*, 2023 QCCS 2610.

⁵⁷ 2741-8854 *Québec inc c. Restaurant King Ouest inc.*, 2018 QCCA 1807, par. 21.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, 2002 CanLII 41120 (QC CA), [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), par. 75.

droit commun de la responsabilité civile »⁶⁰. Les articles sur les abus de procédure ne « créent pas un régime de responsabilité sans faute »⁶¹.

Pour des auteurs,

« [l']analyse de la faute reste ici classique et consiste à évaluer ce qu'une personne prudente et diligente aurait fait dans les circonstances particulières de l'espèce. On sanctionne donc, d'une part, la mauvaise foi de celui qui cherche dans la justice un auxiliaire de sa vengeance personnelle ou de manœuvres d'intimidation [...]. D'autre part, en l'absence de mauvaise foi, les juges examinent le comportement du défendeur et octroient une compensation lorsque celui-ci révèle, eu égard aux circonstances, une incurie, une maladresse, une légèreté ou une témérité coupable en invoquant, par exemple, des moyens de droit ou de fait insoutenables [...]. Il en est également ainsi lorsque l'une des parties manifeste un entêtement à poursuivre des moyens manifestement faibles ou inexistantes »⁶².

En somme, « selon le droit commun de la responsabilité civile, seul un abus de procédures, au sens fort du terme et prenant la forme d'un comportement blâmable au sens que le droit privé fondamental donne à ce terme, est une faute qui justifie une condamnation aux dommages pour le préjudice causé. Ce serait la même notion de conduite fautive qui anime l'abus d'ester en justice »⁶³. On doit comprendre que, pour les autres abus, le doute est permis et la conclusion variera selon les circonstances alors que l'abus du droit d'ester en justice, qu'il s'agisse de poursuites-bâillons ou de quérulence, constitue toujours une faute, comme peut le faire tout abus de droit de nature substantielle.

En conclusion, au Québec, le droit d'ester en justice peut sembler à première vue un droit de nature procédurale et uniquement procédurale puisque ses composantes ainsi que son usage inapproprié, voire abusif, et ses sanctions sont expressément et exclusivement prévus et encadrés au *Code de procédure civile*. C'est également là que se trouvent les dispositions pour sanctionner son utilisation inconsidérée. Toutefois, lorsque vient le temps de s'interroger sur les sanctions financières, précisément sur les dommages-intérêts compensatoires, ceux-ci obligeront à considérer la question de la même façon que cela doit être fait pour les droits substantiels.

Tournons-nous vers ces derniers, tant pour en cerner les contours que pour vérifier comment le droit québécois en sanctionne les abus puisque, comme l'a dit la Cour d'appel du Québec, à propos d'un dossier mêlant abus du droit d'ester en justice et

⁶⁰ *St-Pierre c. Audet*, 2023 QCCS 2610, par. 136.

⁶¹ 2741-8854 *Québec inc c. Restaurant King Ouest inc.*, 2018 QCCA 1807, par. 28. On pourrait suggérer que les abus de procédure créent un régime de responsabilité procédurale, sanctionnable sous forme de dommages-intérêts.

⁶² J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile, vol. 1, Principes généraux*, 9^e éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 2020, 1-236.

⁶³ 2741-8854 *Québec inc c. Restaurant King Ouest inc.*, 2018 QCCA 1807, par. 22. C'est la même logique qui inspire à la Cour d'appel la constatation suivante : « À l'inverse, peu importe qu'il y ait abus ou non sur le fond, une partie qui abuse de son droit d'ester en justice causera un dommage à la partie adverse qui, pour combattre cet abus paie inutilement des honoraires judiciaires à son avocat. Il y a, dans ce cas, un véritable lien de causalité entre la faute et le dommage ». (*Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, 2002 CanLII 41120 (QC CA), [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), par. 79).

abus sur le fond du dossier, « [b]ien que se qualifiant toutes deux de façon générique d'abus de droit, il s'agit néanmoins de notions distinctes »⁶⁴.

IV. APERÇU DES ABUS DE DROIT SUBSTANTIEL ET LEUR SANCTION EN DROIT QUÉBÉCOIS

Même si cela peut sembler une lapalissade, il est bon de rappeler l'enseignement de la Cour d'appel du Québec dans le célèbre arrêt *Viel* : « L'abus sur le fond intervient avant que ne débutent les procédures judiciaires. [...] Au moment où l'abus sur le fond se cristallise, il n'y a aucune procédure judiciaire d'entreprise. C'est précisément cet abus sur le fond qui incitera la partie adverse à s'adresser aux tribunaux pour obtenir la sanction d'un droit ou une juste réparation »⁶⁵. Elle observe cependant :

« Lorsque la conduite d'une partie sur le fond du litige est répréhensible, scandaleuse, outrageante, abusive, de mauvaise foi, le juge des faits sera porté plus facilement à conclure que cette conduite s'est poursuivie lors du débat judiciaire. Je suis d'avis qu'il faut se méfier des automatismes en cette matière. L'abus sur le fond ne conduit pas nécessairement à l'abus du droit d'ester en justice »⁶⁶.

Les ingrédients de l'abus de droit sont le dépassement des limites constitutives du droit, par une conduite répréhensible, qui peut être soit la mauvaise foi, soit l'intention de nuire, soit parfois l'exercice insouciant du droit, en somme la faute⁶⁷, et, par-dessus tout, un préjudice ou un dommage causé à autrui. Et pour donner droit à compensation⁶⁸, un lien clair entre l'acte répréhensible et le préjudice.

L'arrêt de principe sur les abus de droit, *Houle*, provient de la Cour suprême du Canada. À l'occasion d'une affaire où était plaidé un abus de droit contractuel, la Cour suprême du Canada a estimé que « étant donné que c'est de la théorie générale de l'abus des droits qu'émane la notion particulière d'abus des droits contractuels, il convient d'examiner cette théorie dans une perspective plus large »⁶⁹.

Après avoir débuté son rappel historique par le droit romain et fait un saut en droit français, la juge L'Heureux-Dubé, rédigeant le jugement au nom de la Cour, constate qu'« [a]u Québec, la théorie de l'abus des droits a évolué et s'est répandue de la même manière qu'en France »⁷⁰. Sans surprise, le droit de propriété est celui qui s'est vu

⁶⁴ *Bédard Martin c. Intact, compagnie d'assurances inc.*, 2018 QCCA 162, par. 64.

⁶⁵ *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Lée*, [2002] R.J.Q. 1262, par. 74.

⁶⁶ *Ibid.*, par. 83.

⁶⁷ « La faute reste [...] en droit québécois l'impératif catégorique de la responsabilité civile extracontractuelle » : J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile, vol. 1, Principes généraux*, 9^e éd., Montréal, Les éditions Yvon Blais, 2020, 1-161.

⁶⁸ « La fonction première de la responsabilité civile contractuelle comme extracontractuelle est la réparation. Il s'agit de dédommager le créancier de l'obligation pour la perte qu'il a subie et éventuellement pour le gain dont il a été privé.

Cette indemnisation doit, en principe, correspondre le plus exactement possible au préjudice réellement subi. C'est la tâche qui échoit aux tribunaux ». (*Ibid.*, 1-10).

⁶⁹ *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 RCS 122.

⁷⁰ *Ibid.*

appliquer le premier la théorie de l'abus de droit. Comme l'écrivait Albert Mayrand, « [l]e droit de propriété a été le berceau de la théorie de l'abus des droits »⁷¹.

La juge rappelle qu'en 1945, « un propriétaire avait abusé de son droit de propriété en construisant une "palissade de 47 pieds de long d'environ 8 1/2 pieds de haut, en bois brut, d'une apparence affreuse et dont l'unique effet est d'enlever au demandeur, de ce côté, l'air, le soleil et la lumière et de déprécier son emplacement" »⁷².

En résumé, dans l'affaire *Houle*, où une banque avait liquidé l'actif d'une compagnie trois heures seulement après lui avoir demandé le remboursement d'un prêt, la Cour suprême a conclu qu'il n'y avait aucun abus de droit contractuel, mais bel et bien un abus de droit, indépendamment du contrat, déclenchant la responsabilité délictuelle du fautif et l'application de l'article 1053 C.c.B.c. La banque doit donc dédommager son client pour compenser le préjudice subi⁷³.

Finalement, c'est le *Code civil du Québec* qui, en 1994, a officialisé la théorie en inscrivant à son article 7 : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou, en l'absence d'un intérêt sérieux et légitime, de manière à lui porter préjudice », dont la mise en œuvre passe par l'article de principe sur la responsabilité civile, l'article 1457 C.c.Q. En fait, l'article 7 est une sorte d'explication de l'article qui la précède : « Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi ».

Pour n'en donner que quelques exemples en droit québécois, commençons par le droit à la liberté d'expression, l'un de ceux qui présentent de forts risques d'abus. Dans un litige où un humoriste s'était moqué d'une personne handicapée, Gabriel, la Cour suprême a rappelé : « En raison de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, ce droit, tout comme le droit prévu à l'art. 4 qui sous-tend la demande de M. Gabriel fondée sur l'art. 10, ne peut pas être exercé de manière démesurément préjudiciable ou abusive »⁷⁴. La ligne de démarcation entre liberté d'expression et discours haineux, par exemple, n'est pas toujours facile à tracer.

On peut également citer l'abus du « droit parental de correction », un abus de droit fiscal, etc. Tout droit subjectif substantiel est susceptible d'être outrepassé. « Les domaines de mise en œuvre de la *théorie de l'abus de droit* ont envahi le droit positif entier et la notion se trouve aussi, notamment, en droit international public, en droit constitutionnel, dans le droit des sociétés, dans le droit des affaires, dans le droit des banques, dans le droit d'auteur et en droit communautaire »⁷⁵. On pourrait aussi mentionner l'abus de droit contractuel qui, même s'il présente des particularités par

⁷¹ A. MAYRAND, « L'abus des droits en France et au Québec » (1974), 9 R.J.T. 321, p. 322. En France, v. au début du siècle dernier, Cass., req., 3 août 1915, *Coquerel c/ Clément-Bayard*, [n° 00-02.378](#).

⁷² *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 RCS 122. La décision citée est *Brodeur v. Choinière*, [1945] C.S. 334.

⁷³ L'article 1053 C.c.B.c. se lisait ainsi : « Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté ». L'article à peu près équivalent aujourd'hui est 1457 C.c.Q.

⁷⁴ *Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43. Des spécialistes de la responsabilité civile s'opposent au fait de qualifier « la diffamation d'abus de droit de la libre expression » car « [l]e droit de libre expression verbale ou écrite est une *liberté* fondamentale et, dans le cas d'*abus*, il suffit d'avoir recours directement au concept général de la faute civile sans être obligé de se référer à une théorie de l'abus de droit » : J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 1, *Principes généraux*, 9^e éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 2020, 1-214.

⁷⁵ Gouvernement du Canada, *Juridictionnaire*, <https://www.noslangues-ourlangues.gc.ca/fr/juridictionnaire/abus-de-droit> [consulté le 11 juillet 2024].

rapport à l'abus de droit mettant en œuvre la responsabilité civile, fait partie des abus de droits substantiels.

Les troubles de voisinage se présentent parfois comme une déclinaison spécifique de l'abus de droit de propriété. C'est le cas dans l'affaire *Doiron-Fournier c. Grenier*, où des problèmes de stationnement d'une voiture succèdent à des difficultés liées au déneigement entre propriétaires de résidences voisines, sans oublier l'empiètement illégal d'une clôture sur l'un des lots. Le tout s'accompagne d'insultes et d'injures de la défenderesse à l'endroit de la demanderesse. L'article 976 C.c.Q. indique : « Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux ». En l'espèce, la Cour estime que les limites ont été nettement dépassées. Sa conclusion fait bien ressortir les éléments nécessaires pour sanctionner l'abus de droit qui sont ceux de la responsabilité civile, avec les trois éléments, la faute ou le fait dommageable, le préjudice et le lien entre les deux :

« De l'avis du Tribunal, le harcèlement, les injures et les menaces proférées par Mme L'Heureux démontrent sans l'ombre d'un doute, son intention de nuire à Mme Doiron-Fournier, d'une part et constituent, d'autre part, des inconvénients anormaux de troubles de voisinage que personne ne peut être tenue de tolérer [la faute].

[57] En raison de tous les troubles anormaux que Mme L'Heureux fait subir à Mme Doiron-Fournier [le lien], le Tribunal estime que la somme de 10 000,00\$ réclamée par celle-ci [le dommage] est appropriée en l'espèce tout en précisant, que plus aurait aussi pu être accordé »⁷⁶.

En outre, la preuve ayant démontré que le terrain de la demanderesse avait subi des dommages par la faute de la défenderesse, le tribunal lui accorde le remboursement des sommes nécessaires pour le remettre en état.

Dans *Ville de Saint-Constant c. Vachon*, c'est du droit d'accès à l'information que le citoyen Vachon avait abusé. Il s'était réclamé à plusieurs reprises de la Loi d'accès à l'information, loi qui « prévoit que toute personne qui en fait la demande a droit d'accès aux documents d'un organisme public »⁷⁷. En l'espèce, le citoyen avait été battu à des élections municipales, et « n'ayant pas digéré sa défaite, [il] s'est octroyé des rôles plus farfelus les uns que les autres au sein et au service de sa communauté. Ainsi, "[il] s'est autoproclamé shérif, chasseur de primes et crieur public, confessant les péchés des représentants de la Ville à tous ceux qui pouvaient l'entendre, de gré ou de force"⁷⁸ »⁷⁹. L'homme prétend que la source de ses fonctions provient des droits accordés par cette loi. L'invoquant, il a présenté à 47 reprises des demandes d'accès à 383 documents municipaux, demandes souvent présentées en personne. Ce faisant, il a presque paralysé l'administration municipale, obligée par la loi à répondre à ces demandes.

Le juge prononce un jugement qui, d'une part, déclare le plaideur quérulent avec tous les accessoires propres à cette déclaration, et, d'autre part, fait une grande place à l'abus

⁷⁶ *Doiron-Fournier c. Grenier*, 2024 QCCS 2456, par. 56-57.

⁷⁷ *Ville de Saint-Constant c. Vachon*, 2024 QCCS 1079, par. 32. La référence officielle de la loi est [Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels](#) RLRQ c A-2.1.

⁷⁸ *Ville de Saint-Constant c. Vachon*, 2024 QCCS 1079, par. 1.

⁷⁹ S. GUILLEMARD, « Commentaire sur la décision *Ville de Saint-Constant c. Vachon* – Abus de droit et abus de procédure, abus sur tous les plans », *Repères* EYB2024REP3763, juillet 2024.

de droit dans ses motifs. Sur ce plan, les sanctions ne sont que matérielles, pourrait-on dire, mais elles correspondent à ce que plaidait la Ville qui « recherch[ait] des conclusions variées »⁸⁰. Il s'agit principalement d'empêcher le quérulent de faire un certain nombre de démarches auprès de la municipalité et de l'éloigner de ses locaux.

V. LES ABUS DE LA PROCÉDURE ET LEURS SANCTIONS EN DROIT FRANÇAIS

Contrairement au code québécois, le *Code de procédure civile* français ne définit pas du tout ce qu'il faut entendre par procédure abusive. La seule précision est qu'il fait une distinction entre procédure dilatoire et procédure abusive. Par son article 32-1, il règle en une seule phrase la question des sanctions des procédures abusives : « Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ». D'un même trait sont prévues des sanctions propres au régime de la responsabilité civile, évoqué par les dommages-intérêts, et une amende qui, selon la Cour de cassation, relève de la procédure civile et qu'un auteur appelle une « amende de procédure civile »⁸¹. Remarquons que la condamnation monétaire prévue dans le Code de procédure français n'a pas d'équivalent au Québec.

Bien que sous une autre forme et avec d'autres caractéristiques, en France, l'abus commis dans le cadre d'une action en justice présente aussi un double visage. Le plaideur indélicat engage en quelque sorte d'une part ce qui s'apparenterait à une responsabilité judiciaire dont la sanction laisse transparaître une forte odeur pénale⁸² et de l'autre sa responsabilité civile. La Cour de cassation a été très claire : sans faute, on ne peut parler d'abus du droit d'ester en justice⁸³. On a pu dire que, en droit français, « l'abus de droit a pénétré dans le domaine de la procédure »⁸⁴. Il y a en somme coexistence des deux régimes, comme en droit québécois. Si l'un relève bien de la responsabilité civile, et donc, de la famille des abus de droit substantiel, il est difficile de voir dans l'autre un droit de nature procédurale. Sa seule mention dans le *Code de procédure civile* pourrait-elle le qualifier ainsi ? Cela est, à n'en pas douter, un argument irrecevable.

Le terme utilisé pour désigner la sanction monétaire, soit une *amende*, pourrait en effet faire croire qu'elle sort du domaine de la responsabilité civile. D'ailleurs, elle n'est pas versée à la partie adverse, mais à l'État, renforçant l'argument. Mentionnons à cette

⁸⁰ *Ville de Saint-Constant c. Vachon*, 2024 QCCS 1079, par. 13.

⁸¹ N. ALLIX, *La sanction pécuniaire civile*, Thèse de doctorat, Université Paris II -Panthéon Assas, 9 juillet 2020, p. 147.

⁸² Il semble que la qualification juridique de l'amende civile pose des problèmes. V. Benoît JAVAUX, « L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages ? », *La revue la semaine juridique* – édition générale – n° 6 – 11 février 2019.

⁸³ Première chambre civile 23 mars 2022 / n° 20-21.186.

⁸⁴ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile – Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Paris, Dalloz, 2020, par. 149. Pour des auteurs, cette dualité révèle « la double dimension privée et publique de l'action en justice » : L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., par. 440, Paris, LexisNexis, 2020.

occasion qu'en droit québécois, les dommages-intérêts punitifs sont attribués à la victime.

Pour le volet « abus de droit », on retrouve dans les explications et illustrations doctrinales et jurisprudentielles, ses éléments les plus classiques, soit l'exercice « fautif »⁸⁵ d'un droit, « la mauvaise foi [...] l'erreur grossière voire équipollente au dol »⁸⁶, la faute n'étant pas forcément, comme en droit québécois, intentionnelle.

De façon générale, qu'il s'agisse de la responsabilité civile ou de la sanction procédurale, les commentaires de la doctrine sur le sujet sont proportionnels à la formulation lapidaire de l'article 32-1 du Code de procédure civile français.

En résumé, la question de la qualification du droit d'ester en justice ne reçoit pas la même réponse dans les deux ordres juridiques. En droit français, cette qualification ne ressort pas clairement. Bien que se déployant dans la sphère processuelle, il est on ne peut plus risqué de proposer que le droit de saisir les tribunaux relève de la sphère procédurale. Son versant « responsabilité civile » pèse plus lourd dans la balance et c'est peut-être pour cette raison que les juristes français acceptent cette qualification⁸⁷. Ainsi, dans leur livre sur la responsabilité délictuelle, Starck et ses collègues insèrent l'abus de droit processuel au même titre que les abus de droit de la consommation, les abus du droit de propriété, les abus de droits intellectuels, l'usage abusif du droit de reprise d'un bail, d'habitation, rural ou commercial. Pour Jacques Héron et Thierry Le Bars, si l'abus change de cible, sa nature n'en est pas modifiée. Ils voient dans l'abus du droit d'agir, « la transposition au droit judiciaire privé de l'abus du droit de propriété [...] »⁸⁸.

Il n'en va pas de même en droit québécois. À notre avis, actuellement, ce droit revêt clairement un double visage. Droit processuel indiscutable étant donné la façon dont le traite le *Code de procédure civile* qui en régit les abus par de multiples mécanismes processuels et en même temps, droit substantiel, dont l'abus est susceptible, comme celui de tout autre droit subjectif, d'être sanctionné par les mécanismes de la responsabilité civile prévus dans ce cas encore dans le *Code de procédure civile*, mais gérés par les tribunaux selon le droit commun. Il est donc possible d'affirmer que des deux côtés de l'Atlantique, le droit d'ester en justice n'a pas la même nature. Droit substantiel en France, il serait un droit de nature hybride au Québec.

⁸⁵ Cass. (2^e civ.), 11 janvier 2018, no 16-26.168, *Bull. Civ.*

⁸⁶ Y. STRICKLER et A. VARNEK, *Procédure civile*, 12^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 122.

⁸⁷ Rappelons ici que nous ne considérons dans cette affirmation que le droit d'ester en justice et non l'action en justice elle-même dont la qualification subjective ne fait pas l'ombre d'un doute pour Motulsky (H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 98, 100).

⁸⁸ J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd Paris, Montchrestien, 2010. V. dans le même sens C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile – Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Paris, Dalloz, 2020, par. 148.

La doctrine au secours de l'interprétation du droit uniforme : Le CMR Advisory Council

Par Cécile Legros,

Professeur de droit privé, Faculté de droit Université de Rouen Normandie, CUREJ UR 4703

Les limites du droit conventionnel uniforme. L'apport potentiel de la doctrine.

La notion de droit uniforme désigne des instruments juridiques normatifs ayant vocation à s'appliquer identiquement dans plusieurs États ou à se substituer aux lois des États. Mario Matteucci définit ainsi le droit uniforme comme l'ensemble des dispositions législatives adoptées par des États avec la volonté commune de soumettre à la même réglementation certains rapports juridiques¹. L'objectif de ce type de réglementation est donc l'application d'une règle juridique identique à des situations juridiques elles-aussi identiques, souvent internationales. Selon Philippe Malaurie, il s'agit « d'effacer la diversité des lois et d'exclure ainsi leurs conflits. »². Sur le plan du droit international privé, l'instrument normatif privilégié pour atteindre cet objectif de droit uniforme est la convention internationale. Le succès de cette méthode est particulièrement évident en droit des transports où le nombre de conventions de droit uniforme est très important³.

Mais le droit uniforme souffre d'une faiblesse congénitale : l'absence de juridiction internationale régulatrice. En effet, pour la plupart de ces instruments, il n'existe pas de juridiction supranationale, voire d'organe officiel de nature institutionnelle, compétents pour appliquer ou interpréter ces conventions. En pratique, ces conventions sont donc appliquées et le cas échéant interprétées par les juridictions nationales des États-parties, d'où la tentation d'une interprétation nationaliste d'un instrument pourtant international. Or, les divergences de jurisprudence qui en résultent mettent à mal l'objectif d'uniformisation.

Plusieurs outils permettent de pallier ce défaut.

Tout d'abord, la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités⁴ comporte trois articles (31 à 33) relatifs à l'interprétation des traités qui constituent une sorte de boîte à outils en la matière pour les juges nationaux confrontés à l'interprétation d'une

¹ M. MATTEUCCI, « Introduction à l'étude systématique du droit uniforme ? », *Rec. Cours Académie de La Haye*, 1957, vol. 91, p. 391.

² PH. MALAURIE, « Loi uniforme et conflits de lois », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 25-27^e année, 1964-1966. 1967, p. 84; doi : <https://doi.org/10.3406/tcfdi.1967.1373> [consulté le 08 décembre 2024]

³ Pour le seul contrat de transport international, on ne compte pas moins de 12 conventions actuellement en vigueur. Voir : <https://www.idit.fr/legislation/detail.php?IdLegislationTheme=8> [consulté le 08 décembre 2024]

⁴ https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf [consulté le 18 février 2025]

; Sur cette convention, Voir not. : R.J.C. MUNDAY, « The Uniform Interpretation of International Conventions », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 27, No. 2 (Apr., 1978), pp. 450-459; R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, 2nd ed., Oxford International Law Library, 2015.

convention internationale⁵. Cette convention n'est pas applicable dans tous les États. Notamment, la France ne l'a pas ratifiée, mais elle l'applique en tant que règle coutumière du droit international public⁶.

Ensuite, certaines conventions internationales de droit uniforme comportent elles-mêmes des directives d'interprétation qui en favorisent l'application uniforme. C'est en particulier le cas de la Convention de Vienne de 1980 relative à la vente internationale de marchandises et son fameux article 77, disposition qui pourrait même selon Franco Ferrari servir à d'autres conventions internationales⁸. Mais force est de constater, selon les dires mêmes de cet auteur, qu'il existe une tendance insulariste et lex foriste du droit uniforme de la vente⁹, tendance qui se traduit par des applications divergentes de cette convention par les juridictions des États signataires, compromettant ainsi son objectif d'uniformisation. L'absence de prise en compte des solutions étrangères par les juridictions nationales¹⁰, souvent par méconnaissance, en constitue la source la plus grave d'interprétations divergentes¹¹. Une telle « prise en compte » ne signifie bien entendu pas que les décisions étrangères ont une quelconque force obligatoire à l'égard d'un juge d'un autre État-partie à une convention internationale. Cependant, il semble cohérent, en l'absence de juridiction internationale régulatrice, de comparer voire de confronter les applications du droit uniforme dans les différents États-parties pour assurer au mieux l'application uniforme de ces instruments. On constate pourtant que la pratique de la jurisprudence comparée est assez rare dans les décisions rendues en application de ces instruments, en particulier en France.

Face à ces limites de l'uniformisation, il convient de s'interroger sur le rôle de la doctrine en la matière. La doctrine, classée par Gény parmi les sources formelles, ne possède cependant pas de pouvoir d'injonction, ce pourquoi elle est souvent présentée comme une source informelle du droit¹². A la classification traditionnelle entre sources formelles¹³ et sources matérielles¹⁴ du droit, Isabelle Hachez, qui insiste toutefois sur la polysémie de cette notion, y ajoute les « sources documentaires ou heuristiques », qui incluent selon cet auteur « les sources formelles mais les dépassent pour englober toutes

⁵ D.A. GLASS, « Review of Issues regarding the interpretation of CMR for CMR-AC - Part 2 », *Transportrecht* 2023 (2), pp. 68-78.

⁶ P.M. DUPUY ET Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 17^e éd., 2024, n°319.

⁷ F. FERRARI, « Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale », *R.I.D.C.*, Vol. 48 N°4, Octobre-décembre 1996. pp. 813-852. <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc0035-33371996num4845312> [consulté le 08 décembre 2024].

⁸ F. FERRARI, « Les rapports entre les conventions de droit matériel uniforme en matière contractuelle et la nécessité d'une interprétation interconventionnelle », *J.D.I. (Clunet)* n° 3, Juillet 2003, doct. 100024.

⁹ F. FERRARI, « Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente », *RCDIP* 2013, p. 323. Voir aussi : I. SCHWENZER, « Divergent Interpretations: Reasons and Solution », in *International sales law: A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014, Ed. Larry A. DiMatteo, pp. 102-119, p. 112.

¹⁰ Une telle « prise en compte » ne signifie bien entendu pas que les décisions étrangères ont une quelconque force obligatoire à l'égard d'un juge d'un autre État-partie à une convention internationale. Cependant, il semble cohérent, en l'absence de juridiction internationale régulatrice, de comparer voire de confronter les applications du droit uniforme dans les différents États-parties pour assurer au mieux l'application uniforme de ces instruments.

¹¹ M.-C. PITTON, *Le Rôle du Jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme*, Eleven International Publishing, 2013.

¹² Voir not. Ph. JESTAZ ET Ch. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, e.a. p. 5 ; Ph. JESTAZ, « Genèse et structure du champ doctrinal », *Dalloz*, 2005, chron. 19.

¹³ Voir not. F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1^e éd., 1899, 2^e éd., 1919, réimpr. 1954, Paris, L.G.D.J., T.I.

¹⁴ Voir not. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955.

sources susceptibles de fournir les renseignements utiles à l'examen d'une thématique juridique déterminée. Les publications doctrinales constituent un exemple de ce type de sources, tout comme les travaux préparatoires d'une loi »¹⁵.

Parmi les sources du droit international, l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice qualifie la jurisprudence et la doctrine « des publicistes les plus qualifiés »¹⁶ de « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit », fonction qui reflète assez bien l'apport actuel de la doctrine au droit international.

Au-delà du « dialogue des juges »¹⁷, sans doute indispensable en droit international, et sans prétendre refaire ici le débat sur le rôle de la doctrine en tant que source du droit, il convient ici de s'interroger sur l'apport potentiel de celle-ci dans l'évolution du droit international matériel. En l'absence de juridiction internationale uniformisatrice dans le domaine du droit privé uniforme, la doctrine peut-elle contribuer à proposer des solutions pour améliorer l'application uniforme des conventions internationales ?

C'est en tous cas le défi qu'a relevé en 2001 un groupe d'universitaires issus de différents pays signataires de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, en jetant les bases d'un conseil interprétatif de la CVIM¹⁸, le « CISG Advisory Council »¹⁹. Après avoir exposé les grandes lignes de cette initiative (I), nous aborderons celle du CMR Advisory Council qui s'est appuyé sur ce modèle (II).

I. Le conseil interprétatif de la CVIM, un remède informel pour améliorer l'interprétation uniforme

Selon les termes mêmes du site Internet de ce conseil, « Le CISG-AC est une initiative privée qui vise à promouvoir une interprétation uniforme de la CVIM .../... Ses membres ne représentent pas des pays ou des cultures juridiques, ce sont des universitaires qui cherchent des idées et une compréhension plus profonde des questions relatives à la CVIM »²⁰. L'objectif de ce conseil est ainsi de proposer des avis interprétatifs, élaborés dans un cadre multiculturel et non partisan, afin de guider la communauté internationale. Ce travail s'est notamment appuyé sur la base de données internationale CLOUT²¹ qui est particulièrement bien alimentée s'agissant des décisions rendues en application de la CVIM et qui constitue ainsi un outil précieux pour procéder à des analyses de jurisprudence comparée.

¹⁵ I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 65(2), 1-64, p. 9.

¹⁶ Notons que les privatistes semblent d'emblée disqualifiés...

¹⁷ R. DE GOUTTES LASTOUZEILLES, « Le dialogue des juges », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série 2009 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-dialogue-des-juges> [consulté le 08 décembre 2024]

¹⁸ CVIM: Convention internationale sur la vente de marchandises et son acronyme anglais CISG : International convention on sale of goods.

¹⁹ I. SCHWENZER, « The CISG Advisory Council », *Tijdschrift voor Handelsrecht*, vol. 2, 2012, p. 46.

²⁰ Voir le site du CISG-AC : <https://ciscac.com/> [consulté le 08 décembre 2024]

²¹ Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT), <https://www.uncitral.org/clout/fr/index.html> [consulté le 08 décembre 2024]

Malgré certaines critiques qui ont pu être adressées à ce conseil autoproclamé²², on peut constater plus de vingt ans après sa création qu'il peut s'enorgueillir d'un certain succès²³. Plus de vingt avis (*Opinions*) ont été rendus, sur des sujets très variés. Ces opinions sont citées dans plus de quatre-vingt-dix décisions de justice rendues dans une quinzaine d'États parties à la convention. Certes, ces avis sont souvent cités par les seuls avocats des parties au litige, lorsque l'avis sert leurs intérêts. Mais ce sont aussi parfois les juridictions nationales elles-mêmes qui se fondent sur ces avis²⁴.

La rigueur de la méthodologie suivie ainsi que le caractère équilibré des avis rendus, en font aujourd'hui une source d'inspiration de grande qualité²⁵ à l'égard des juges, des praticiens et de la doctrine elle-même.

Cette initiative a constitué une source d'inspiration pour les chercheurs qui s'intéressent au droit international des transports et à son application uniforme.

II. Une source d'inspiration pour l'amélioration de l'interprétation uniforme de la CMR

La convention de Genève la relative au contrat de transport international de marchandises par route du 17 mai 1956 (dite 'CMR') est l'une des nombreuses conventions de droit uniforme relatives au contrat international de transport de marchandises²⁶. Elle constitue notre objet d'étude depuis une quinzaine d'années, notamment depuis que l'Institut Unidroit a transféré la base de données CMR qu'il avait créée à l'Institut du droit international des transports (I.D.I.T.)²⁷ dont je suis la directrice scientifique depuis 2010. En travaillant sur cette convention et sur la jurisprudence rendue en application de celle-ci, j'ai pu constater combien les divergences de jurisprudence étaient nombreuses²⁸, notamment dans des domaines cruciaux de cet instrument, comme l'étendue de la responsabilité du transporteur²⁹. C'est en me documentant sur l'interprétation uniforme et ses limites que j'ai découvert l'initiative du CISG-AC. Petit à petit l'idée de transposer ce schéma pour améliorer l'interprétation uniforme de la CMR a fait son chemin. Lors du colloque de Rotterdam organisé à l'occasion du 60^e anniversaire de la CMR, j'ai présenté une communication intitulée « *Le*

²² K. STEENSGAARD, «Boundaries for Expansive Interpretations of the CISG», in *International Conference. 35 Years of CISG - Present Experiences and Future Challenges*, University of Zagreb & UNCITRAL, Vienna, 2015, pp. 37-56.

²³ KARTON J. D., DE GERMANY L., «Has the CISG Advisory Council Come of Age?», (2009) 27 *Berkeley J. Int'l Law*, p. 448.

²⁴ Entre autres: *Belgian pasta case*, Gerechtshof [Appellate Court] Arnhem, 9 March 2010, CISG-online n°2095 (citation de l'Opinion n°2); *Sunrise Foods Int'l, Inc. v. Ryan Hinton Inc.*, U.S. District Court for the District of Idaho (USA), 08 August 2019, CISG-online 4522 (citation de l'Opinion n°6).

²⁵ Les 'Opinions' sont rédigés de manière synthétique et sont assorties de commentaires explicatifs.

²⁶ Cette convention est en vigueur dans 58 États du continent eurasiatique.

²⁷ Cet institut, unique en France, voire en Europe, est une association loi de 1901 basée à Rouen : <https://www.idit.fr/>

²⁸ C. LEGROS, «Modalités de l'interprétation uniforme de la CMR : Quelles difficultés ? Quels remèdes?», *Unif. L. Rev. / Rev. dr. Unif.*, 2016, n°4, pp. 427.

²⁹ Voir par exemple, à propos de l'article 29 CMR qui prévoit une réparation intégrale des dommages par le transporteur lorsque ce dernier a commis une « faute équivalente au dol selon la loi du juge saisi » (en droit des transports, la réparation due est en principe plafonnée) : D. DAMAR, *Willful Misconduct in International Transport Law*, Hamburg Studies on Maritime Affairs, Vol. 22, Springer-Verlag 2011.

*Conseil consultatif de la CVIM : Un modèle pour améliorer l'application uniforme de la CMR ? »*³⁰. Ce n'est pourtant qu'en 2021 que ce projet s'est concrétisé, par la constitution d'un groupe de travail d'une dizaine d'universitaires européens spécialisés en droit des transports internationaux, pour aboutir en octobre 2023 à la création officielle du CMR Advisory Council³¹.

III. Le CMR Advisory Council

Le conseil interprétatif de la CMR regroupe à l'heure actuelle onze universitaires émanant de différents États parties à la convention³². Le CMR-AC s'est donné pour mission, à l'instar de son modèle, d'émettre des avis interprétatifs susceptibles d'influencer la façon dont les juridictions nationales interprètent et appliquent la CMR, favorisant ainsi l'uniformité de son application.

L'équipe est tout à fait consciente du caractère très ambitieux de cette démarche, prétentieux dirons certains. Ces avis ont pour objectif principal de servir de guide aux publics ciblés, à titre d'*amicus curiae* en quelque sorte. Ils pourraient ainsi éclairer de nouvelles parties contractantes à la CMR ou inspirer les États dans le cadre d'une révision de la convention. Ils ont également vocation à constituer une base inédite pour la recherche d'un consensus et intéresser également les avocats, les juridictions, ou encore les acteurs du secteur des transports et l'industrie. Il est également attendu que ces avis suscitent un débat académique.

Le Conseil travaille depuis 2021, sous forme de groupes de travail, sur quatre sujets sélectionnés en raison des divergences de jurisprudence préoccupantes qu'ils engendrent :

- Groupe de travail n°1 : L'interprétation autonome - La notion de contrat de transport au sens de la convention (article 1.1) ;
- Groupe de travail n°2 : Le régime de responsabilité du transport superposé (article 2.1) ;
- Groupe de travail n°2 : L'étendue de la réparation due par le transporteur et en particulier les « frais annexes » (article 23.4)³³.

³⁰ C. LEGROS, « The CISG Advisory Council: A Model to Improve Uniform Application of the CMR? », *European Journal of Commercial Contract Law*, 2017, n°1/2, p. 23. DOI: <https://doi.org/10.7590/187714617X14913986024443>. Réf. HAL: [hal-01653963](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01653963) [consulté le 08 décembre 2024].

³¹ C. LEGROS, « Creating a CMR Interpretative Committee: The CMR Advisory Council », in A. PUETZ ET M.V. PETIT LAVALL (dir.), *Transport Faced with the Challenges of Technological Development and Globalization*, COLEX, 2022, pp. 189-203. Réf. HAL : [hal-04047192v1](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-04047192v1).

³² <https://www.cmr-ac.org/council-members-correspondents/>

³³ Ce sujet a été mis en lumière par une récente décision de la Cour Suprême britannique. Voir : C. LEGROS, « La force du précédent en droit britannique ou les limites de l'interprétation uniforme des conventions internationales de droit matériel (à propos de : JTI POLSKA Sp. Z o.o. and others v Jakubowski and others [2023] UKSC 19) », *J.D.I. (Clunet)*, 2023, n°4, var.7, pp. 1261-1274. Réf. HAL : [hal-04264929v1](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-04264929v1) [consulté le 08 décembre 2024] ; F.G.M. SMEELE, « Gevolgsschade, beredderingskosten en het CMR-verdrag [Consequential damage, mitigation costs and the CMR Convention] », *Weg en Wagen*, 2023, n°100, pp. 30-37.

A plus long terme, un travail est également mené sur le fameux article 29 relatif à la faute équivalente au dol³⁴.

Deux avis interprétatifs seront rendus début 2025³⁵. Le premier qui est en cours de finalisation concerne le transport superposé (Groupe de travail n°2)³⁶.

Il ne s'agit pas ici de retracer en détail la genèse du projet ou ses travaux, ce qui a été fait dans d'autres pages³⁷. A ce stade, la portée des avis interprétatifs qui seront délivrés est encore incertaine. Le groupe est cependant optimiste, notamment au regard de la participation importante des praticiens aux différentes manifestations qui ont été organisées au sujet des interprétations divergentes de la CMR³⁸. Les praticiens et en particulier les avocats sont en effet dans un premier temps les meilleurs vecteurs de ces travaux.

Afin de faire connaître ces travaux, le Conseil prend actuellement contact avec différentes organisations internationales : la Commission Économique de l'ONU pour l'Europe (CEE-ONU) qui comprend un Comité des transports intérieurs, l'institut Unidroit ou encore l'International Road Union (IRU). Dans le cadre de ces échanges, la CEE-ONU a sollicité le CMR-AC pour donner un avis sur la compatibilité de la CMR avec le projet de convention en cours de rédaction sur le document de transport négociable³⁹, ce qui montre qu'un tel groupe de travail spécialisé peut susciter des attentes.

Conclusion. L'avenir nous dira si cette initiative a pu prouver que la doctrine peut contribuer indirectement aux sources du droit. L'entreprise est ambitieuse, elle est en tous cas passionnante. Nous espérons a minima que cette démarche se montrera utile pour les juges, la pratique, voire les législateurs.

³⁴ Précité note n°29.

³⁵ Le CMR-AC s'est en effet doté de statuts et d'une procédure d'adoption des avis. Voir le site : <https://www.cmr-ac.org/>

³⁶ C. LEGROS, « Transport superposé route-mer : la nécessité d'une interprétation uniforme de l'article 2 de la CMR », in *Mélanges dédiés à Isabelle Bon-Garcin*, Dalloz, 2025 (à paraître).

³⁷ Voir not. C. LEGROS, « Creating a CMR Interpretative Committee: The CMR Advisory Council », précité en note n°31.

³⁸ La dernière manifestation a été organisée en Suède en septembre 2024 : International colloquium: *Uniform Interpretation of the CMR*, Univ. Stockholm 19 & 20 sept. 2024 : <https://www.cmr-ac.org/elementor-923/> [consulté le 08 décembre 2024].

³⁹ <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v23/094/14/pdf/v2309414.pdf> [consulté le 08 décembre 2024].



ED9

École doctorale de droit international,
droit européen, relations internationales
et droit comparé



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

12 place du Panthéon

75005 Paris www.u-paris2.fr