

# LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : AU GRÉ DES FLUCTUATIONS...

PAR

Nathanael KOS'ISAKA

*Doctorant de l'université Paris II Panthéon-Assas*

## INTRODUCTION

Au commencement, si l'on peut dire, était le principe de territorialité. En effet, depuis l'avènement de la modernité, les rapports entre le droit et le territoire ne s'envisageaient qu'à travers le prisme de l'État-nation. Dans ce cadre, le principe de territorialité consacrait l'exclusivité de juridiction de l'État sur son territoire. S'appuyant sur une vision moniste de l'État et du droit, il conduisait à considérer comme seul droit valide sur le territoire le droit émanant de l'État. Ainsi, dans une perspective westphalienne, il y avait un État, avec ses frontières, à l'intérieur desquelles ne s'appliquait que son droit. Le champ d'application territorial du droit était donc tributaire des frontières de l'État. L'ordre international était alors composé d'États ayant leurs frontières à l'intérieur desquelles s'appliquait leur propre droit. Il existait certes des hypothèses dans lesquelles le droit d'un État trouvait à s'appliquer sur le territoire d'un autre État, mais une telle extraterritorialité ne pouvait se réaliser qu'en conformité avec les règles de cet autre État étranger sur le territoire duquel l'exécution de tel ou tel effet de droit était recherchée.

En conséquence, le droit se retrouvait contenu dans ce contenant aux contours fixes qu'était le territoire de l'État. Le droit remplissait le contenant et ne débordait pas, sinon très peu. Les rapports entre le droit et le territoire sur lequel il s'applique se caractérisaient par une certaine clarté et une certaine stabilité. Dans un tel monde, l'équation était relativement simple – dans la majeure partie des cas au moins : pour savoir quel était le droit qui s'appliquait sur un territoire donné, il suffisait d'identifier l'État auquel appartenait ledit territoire ; dans le sens inverse, pour savoir sur quel territoire s'appliquait un droit donné, il suffisait d'identifier l'État dont émanait ce droit. Ce modèle identifiait l'État, le droit et le territoire. Comme le notait un auteur, la moder-

nité juridique se caractérisait par un droit qui ne pouvait être « qu'étatique, soit strictement territorialisé<sup>1</sup> ».

À partir du xx<sup>e</sup> siècle, ce modèle westphalien, avec ses caractéristiques de stabilité, de clarté, et même, au-delà, d'ordre et de rigidité, va connaître un début d'affaiblissement. Sans disparaître, ce modèle va être concurrencé par une multitude de phénomènes qui ne relèvent pas de sa logique<sup>2</sup>. À cette logique d'ordre, de clarté, de stabilité vient désormais se superposer une logique de souplesse, de flexibilité, voire de désordre, de réseaux, d'enchevêtrement, de fluidité, etc. Cet affaiblissement du principe de territorialité participe de ce que le professeur Jacques Chevallier avait qualifié de passage à un droit « post-moderne<sup>3</sup> ».

La construction européenne s'inscrit dans ce processus<sup>4</sup>. Elle s'y inscrit d'abord parce qu'elle consacre un ordre juridique supranational, affaiblissant par là l'État en remettant en cause sa place d'élément central et quasi unique<sup>5</sup> de l'univers de la production juridique. Mais elle s'y inscrit également, et c'est ce qui nous intéresse particulièrement, parce que l'ordre juridique auquel elle donne naissance n'est pas une simple reproduction, à une échelle différente, des logiques traditionnelles de l'État-nation moderne. Au contraire, elle repose sur des rapports entre le droit qui en émane, à savoir le droit de l'Union européenne (UE), et le territoire sur lequel il s'applique qui ne correspondent pas au modèle westphalien de clarté et de stabilité décrit ci-dessus. La construction européenne s'inscrit dans ce double mouvement de dépassement du monisme juridique d'antan, vestige de l'ordre westphalien, et de redéfinition du territoire. Le territoire cesse d'être cet espace fixe et clos sur lequel ne s'applique que le droit de l'État auquel il est rattaché. Une conception renouvelée du territoire se laisse voir : il s'agit d'une conception relativiste du territoire. Le territoire perd sa dimension objective. Il perd sa solidité. Il n'est plus nécessairement ce contenant aux contours clairs, à la forme (dé)finie et à la consistance solide. Il se présente dorénavant comme un contenant à la forme et aux contours évanescents. S'affirme désormais « une vision plus fluide et dynamique des espaces juridiques – moins enfermée dans des frontières juridiques qu'ouverte aux multiples flux et réseaux des régulations concurrentes<sup>6</sup> ».

Mais parler du territoire de l'Union (ci-après « UE ») soulève immédiatement la question de savoir si l'UE dispose effectivement d'un territoire. Il faut déjà dire qu'une forme radicale de souplesse post-moderne se niche dans l'idée d'un

1 B. BARRAUD, « Le droit sans le territoire. Globalisation et postmodernité juridique », *Jurisdoctrina*, n° 10, 2013, p. 47.

2 Sur ce point, cf., notamment, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

3 J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, n° 3, LGDJ, 1998, p. 659-714.

4 F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 129.

5 Quasi unique parce qu'il existait à côté de l'État d'autres pôles de production de droits, tels que l'Église catholique avec son droit canonique.

6 F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 130.

« droit sans le territoire<sup>7</sup> ». On pouvait légitimement se demander si l'UE ne correspondait pas à ce modèle. C'est ce qu'on pouvait conclure de la position de la doctrine qui, pendant longtemps, a estimé qu'il était inapproprié de parler de territoire à propos de l'UE<sup>8</sup>, et si on le faisait, cela ne pouvait constituer qu'un usage par « commodité<sup>9</sup> » ou « un abus de langage<sup>10</sup> ». Le doyen Jean Carbonnier est parmi ceux qui ont exprimé cette méfiance de la manière la plus claire en parlant de « droits venus d'ailleurs, qui sont des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire, ni territoire<sup>11</sup> ».

Toutefois, une approche renouvelée, plus récente, consent à intégrer l'idée d'un territoire européen<sup>12</sup>. Mais, en admettant la validité d'une telle hypothèse, la question que nous devons immédiatement nous poser est celle du rapport qu'entretient ce territoire avec « son » droit, le droit de l'Union européenne. En d'autres termes, à partir du territoire de l'UE, tel qu'il est façonné par le droit de l'UE, que pouvons-nous dire sur le champ d'application territorial du droit de l'UE ? Une telle analyse montre un champ d'application du droit de l'UE qui se caractérise par sa dimension incertaine, fluctuante. Ce caractère fluctuant du champ du droit de l'UE s'observe à travers la fragmentation du territoire de l'Union (I) et le relâchement des frontières du territoire de l'Union (II).

## I. LA FRAGMENTATION DU TERRITOIRE DE L'UNION COMME SIGNE D'UN CHAMP FLUCTUANT

S'il existe un territoire européen, tel que défini à l'article 52 du traité sur l'Union européenne (TUE), force est de constater que le droit de l'UE ne s'y applique pas de façon uniforme. Le territoire de l'UE apparaît comme étant fragmenté. Au lieu de ne voir qu'un territoire, il faudrait plutôt y voir plusieurs « mini-territoires ». De ce point de vue, le territoire de l'UE correspond à cette nouvelle conception du territoire pour laquelle celui-ci, loin d'être toujours

7 H. RUIZ FABRI, « Immatériel, territorialité et État », dans *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit (APD), Paris, Sirey, 1999, t. 43, p. 187.

8 Cf., notamment, J. ZILLER, « The European Union and the Territorial Scope of European Territories », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 38, n° 1, 2007, p. 51-64 ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Article 227 », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR *et al.* (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 1419-1420 ; L. BURGOGUE-LARSEN, « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire : quand le statut de Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne », *RTD eur.*, vol. 43, n° 1, 2007, p. 25-45 ; J. GROUX, « "Territorialité" et droit communautaire », *RTD eur.*, vol. 23, n° 1, 1987, p. 5-34.

9 S. VAN RAEPEBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Larcier, coll. « Europe(s) », 2011, p. 378.

10 A. BEN MANSOUR, « Le "territoire de l'Union" », dans M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et É. CUJO (dir.), *Union européenne et droit international. Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2013, p. 209 et 210.

11 J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 47.

12 D. KOCHENOV, « The Application of EU Law in the EU's Overseas Regions, Countries, and Territories after the Entry into Force of the Treaty of Lisbon », *Michigan State International Law Review*, vol. 20, n° 3, 2013, p. 669-743 ; G. MARTI, « Ce que l'Union européenne fait au concept de territoire », *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, n° 31, 2020, p. 83-96.

« homogène<sup>13</sup> », se présente comme « hétérogène, multidimensionnel, enchevêtré<sup>14</sup> ». Le droit de l'Union n'est donc pas partout le même sur le territoire de l'Union parce que ce dernier est composé d'une multitude d'espaces où ce droit n'est pas réceptionné de la même manière, ce qui inclut les hypothèses où il n'est simplement pas réceptionné. Certaines parties du droit de l'Union ne vont s'appliquer que sur certaines parties du territoire de l'Union. C'est la logique de l'intégration différenciée. Cette fracturation du territoire de l'UE n'est pas aléatoire. En y regardant de plus près, on observe que la fragmentation du territoire de l'Union s'organise autour de considérations tant géographiques (A) que politiques (B).

### *A. Une fragmentation d'origine géographique*

L'hétérogénéité du territoire de l'Union découle tout d'abord de l'hétérogénéité des territoires des États membres. Il s'agit plus précisément de leur hétérogénéité géographique. Pour le comprendre, il est nécessaire de revenir dans un premier temps à la question du territoire de l'Union. Nous avons vu que pouvait être admise l'idée d'un territoire de l'Union. Il faudrait alors en opérer la définition. On constate sur ce point que, même si une partie de la doctrine rechigne à totalement assimiler le territoire de l'Union à celui d'un État<sup>15</sup>, l'analyse juridique appréhende essentiellement ce territoire en tant que « champ d'application géographique des règles<sup>16</sup> », faisant ainsi remplir à ce territoire la même fonction que le territoire étatique<sup>17</sup>, à savoir une fonction de délimitation du champ d'application des règles édictées par l'État<sup>18</sup>. Dans cette perspective, le territoire de l'Union correspond à l'espace géographique d'application du droit de l'Union. Or, cet espace est précisé à l'article 52 TUE. À son paragraphe 1, l'article 52 TUE indique quel est le champ d'application territorial des traités : il définit ce champ en référence aux États membres de l'Union. Cet article suggère que le droit de l'Union s'applique aux territoires combinés des États membres de l'UE, ce qui inclut notamment leurs eaux territoriales, leurs espaces aériens, ainsi que les navires et les bateaux sous leur pavillon<sup>19</sup>. Partant, une lecture distraite et isolée de l'article 52 TUE pourrait faire croire que le droit de l'UE s'applique à tous les États membres sur toute l'étendue de leur territoire. Il n'en est rien. En réalité, les choses sont un peu plus complexes.

13 F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 129.

14 *Ibid.*

15 L'Union aurait un territoire mais ne disposerait pas d'un territoire dans le sens où on l'entend pour un État. Cf., sur ce point, J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2015, p. 104 : « [L]Union ne dispose pas de territoire propre. »

16 D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2001, p. 112.

17 G. MARTI, « Territoire(s) et Union européenne », *Civitas Europa*, vol. 2, n° 35, 2015, p. 26.

18 J. GROUX, « "Territorialité" et droit communautaire », *op. cit.*, p. 45.

19 D. KOCHENOV, « Article 52 », dans M. KELLERBAUER, M. KLAMER et J. TOMKIN (dir.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 334-337.

En effet, comme le faisait remarquer un auteur<sup>20</sup>, il est vrai que le droit de l'UE ne s'applique pas de façon identique selon qu'on se trouve à Paris, à Bruxelles, à Wallis-et-Futuna, au mont Athos ou à Campione d'Italia, alors que, dans toutes ces hypothèses, on se trouve sur le territoire d'un État membre. La complexité dont il est question vient du rapport que les États membres entretiennent avec leur territoire. À lecture isolée de l'article 52, paragraphe 1, TUE, il convient, dans un second temps, d'adjoindre une observation attentive des territoires des États membres. Une telle observation amène à ne plus voir les territoires des États membres comme des boîtes noires s'assemblant pour former le territoire homogène de l'UE. Au contraire, elle conduit à décrypter ces territoires et à constater qu'ils sont fragmentés, y compris à l'égard du droit de l'UE. Certains États membres ont, au sein de leur territoire, des espaces ou des sous-territoires qui bénéficient d'un statut spécifique, qui les distinguent du reste du territoire de l'État membre. Dans la plupart des cas, cette mise à l'écart, cette fragmentation du territoire résulte de considérations géographiques : il s'agit le plus souvent de territoires qui, du fait des péripéties de l'Histoire, se retrouvent géographiquement excentrés par rapport au territoire continental ou principal de l'État membre. C'est cette fragmentation des territoires des États membres qui rejaillit sur le territoire de l'Union.

C'est ainsi que l'article 52, cette fois-ci à son paragraphe 2, renvoie à l'article 355 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) pour préciser le champ d'application du droit de l'UE. Il en découle deux modèles d'application du droit de l'Union. Il y a, dans un premier temps, un principe d'application totale du droit de l'Union à l'ensemble du territoire de chaque État membre. Le droit de l'Union s'applique, dans une « conception unitaire<sup>21</sup> » de ce territoire, à l'ensemble du territoire des États membres. C'est le principe qui se dégage de l'article 52, paragraphe 1. Pour la doctrine, la référence aux États membres dans cet article doit être prise de manière inclusive, renvoyant à l'intégralité du territoire de celui-ci, y compris les territoires qui constitutionnellement n'appartiennent pas à l'État membre mais qui sont sous sa souveraineté<sup>22</sup>. À ce modèle qui s'applique par principe se juxtapose, par exception, le modèle d'une application incomplète du droit de l'UE à certains pans des territoires des États membres. Dans ce second modèle, on a un droit de l'UE qui s'applique « fort imparfaitement<sup>23</sup> ». Cette dérogation fait en sorte que des parties du territoire de certains États membres échappent à l'application « normale » du droit de l'UE. Pour ces États, force est de constater qu'« il n'y a pas coïncidence complète entre territoire national et territoire d'applica-

20 D. KOCHENOV, « The Application of EU Law in the EU's Overseas Regions, Countries, and Territories after the Entry into Force of the Treaty of Lisbon », *op. cit.*, p. 674.

21 CJCE, 14 décembre 1979, *Regina c/ Henn*, aff. C-34/79, ECLI:EU:C:1979:295, pt 16. Dans cette décision, la Cour indiquait que 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 [du territoire] » (nous soulignons).

22 D. KOCHENOV, « The Application of EU Law in the EU's Overseas Regions, Countries, and Territories after the Entry into Force of the Treaty of Lisbon », *op. cit.*, p. 675.

23 S. KARAGIANNIS, « À propos du règlement des conflits d'intérêts entre les territoires dépendant d'États membres et les Communautés européennes », *Rev. dr. Int. et comp.*, 1998, p. 330.

tion du droit communautaire<sup>24</sup> ». Les territoires de ces États membres, et par ricochet le territoire de l'Union se retrouvent fragmentés.

Les territoires concernés par cette application différenciée, ou non-application dans certains cas, du droit de l'Union sont essentiellement des territoires non européens. Il s'agit pour la plupart d'îles et d'archipels appartenant à six États membres : la France, le Danemark, les Pays-Bas, l'Espagne, la Finlande et le Portugal. Ces territoires géographiquement périphériques se retrouvent également juridiquement « périphérisés ». En effet, le droit de l'Union organise la spécificité de ces territoires à travers trois statuts spécifiques qui formalisent leur distinction avec le reste de l'Union : à partir de l'article 355 TFUE, trois catégories de territoires périphériques peuvent être distinguées : d'une part, les régions ultrapériphériques (RUP), d'autre part, les pays et territoires d'outre-mer (PTOM) et, enfin, les territoires *sui generis* qui bénéficient d'arrangements *ad hoc*<sup>25</sup>. Les RUP et les PTOM représentent deux formes distinctes de fragmentation du territoire des États membres et n'emportent pas de ce fait les mêmes conséquences à l'égard du droit de l'Union.

On peut dire, à propos des RUP<sup>26</sup>, qu'elles entraînent une véritable fragmentation du territoire de l'Union. L'article 355 TFUE donne la liste de tous les territoires qui appartiennent à cette catégorie et qui sont de ce fait soumis au régime de l'article 349 TFUE. Le principe à propos de ces territoires est qu'ils font partie du champ d'application matériel du droit de l'Union. Le principe est donc que ces régions se voient appliquer le droit de l'Union de façon « normale », comme dans le reste de l'Union. Cela ressort de décisions de la Cour de justice dans lesquelles elle se refusait de considérer ces régions comme fondamentalement différentes des territoires européens des États membres<sup>27</sup> et de ce fait exigeait, en principe, que le droit de l'UE leur soit appliqué dans son intégralité<sup>28</sup>. Jusque-là, on ne voit pas apparaître de fragmentation. La source de la particularité de ces régions se trouve dans les handicaps dont elles souffrent. Ces derniers sont repris par l'article 349, paragraphe 1, TFUE : il s'agit de la situation économique et sociale structurelle de ces régions, aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, ainsi que leur dépendance économique par rapport à certains produits. Ce sont ces éléments, qui pour l'essentiel tiennent directement ou indirectement à leur géographie, qui justifient les dérogations à l'application du droit de l'UE<sup>29</sup>. C'est ainsi que le TFUE a donné au Conseil la latitude d'adapter les acquis à ces régions. La Cour de justice a eu à préciser que la procédure spéciale mise en

24 *Ibid.*, p. 333.

25 Sur ces différents statuts, cf., notamment, D. KOCHENOV (dir.), *EU Laws Of the Overseas: Outermost Regions, Associated Overseas Countries and Territories, Territories Sui Generis*, La Haye, Kluwer Law International, 2011.

26 Sur les RUP, cf., parmi d'autres, C. VITALIEN, « Les régions ultrapériphériques entre assimilation et différenciation », *RFAP*, vol. 1, n° 101, 2002, p. 115-126.

27 CJCE, 26 mars 1987, *Coopérative agricole d'approvisionnements des Avirons*, aff. C-58/86, ECLI:EU:C:1987:164, pt 17.

28 CJCE, 10 octobre 1978, *Hansen/Hauptzollamt Flensburg*, aff. 148/77, ECLI:EU:C:1978:173, pts 10-11.

29 C. VITALIEN, « Les régions ultrapériphériques entre assimilation et différenciation », *op. cit.*, p. 115.

place par l'article 349, paragraphe 1 permet de déroger tant au droit primaire qu'au droit dérivé de l'Union<sup>30</sup>. N'eurent été ces handicaps et les dérogations qu'elles entraînent et justifient, les RUP se seraient vues appliquer le droit de l'Union dans les mêmes conditions que dans le reste de l'Union. Mais cela aurait été tout à fait normal dès lors que ces régions font partie du territoire de l'Union. Elles sont en effet partie intégrante de l'Union et de son territoire. C'est en cela que les RUP constituent une véritable fragmentation du territoire de l'Union : elles font partie du territoire de l'Union mais se distinguent dans leur réception du droit de l'Union du reste du territoire de l'Union. Elles constituent d'autant plus une fragmentation du territoire de l'Union qu'elles sont également fragmentées entre elles : le droit de l'Union ne connaissant pas une application homogène dans ces régions.

Les choses sont différentes en ce qui concerne les PTOM<sup>31</sup>. À propos de ceux-ci on peut parler d'une fragmentation apparente du territoire européen. Si on les compare aux RUP, deux grandes caractéristiques distinguent les PTOM : d'une part, contrairement aux RUP, le principe pour les PTOM n'est pas celui d'une application « normale » du droit de l'UE, au contraire, indique le juge européen, « les dispositions générales du traité ne sont pas applicables aux PTOM sans référence expresse<sup>32</sup> » ; d'autre part, ces territoires sont engagés avec l'UE dans un régime d'association, qui se distingue de l'intégration des RUP dans l'UE. Autrement dit, les PTOM ne font pas partie de l'Union, comme a pu le rappeler la Cour, bien qu'ils ne constituent pas non plus un État tiers. C'est en cela que les PTOM constituent une fragmentation apparente du territoire de l'UE. Les PTOM, à l'instar des RUP, manifestent une fragmentation et c'est ce qui les rapproche, dans le sens où dans les deux cas il y a une non-application « normale » du droit de l'Union à des parties du territoire de certains États membres, et ce, en dérogation de la lettre de l'article 52, paragraphe 1. Dans les deux cas, il y a bel et bien une fragmentation mais à l'intérieur du territoire de l'État membre. À la différence des RUP, la fragmentation du territoire des États membres que représentent les PTOM ne rejaillit pas sur le territoire de l'Union, car ils n'en font pas partie.

### ***B. Une fragmentation d'origine politique***

L'hétérogénéité du territoire de l'Union découle ensuite de l'existence de diverses zones de « droits distincts » qui ne recoupent pas le territoire de l'Union et ne se recoupent pas entre elles. Cette émergence de micro-espaces au sein du territoire de l'Union est rendue possible par le fait que les règles de fonctionnement de l'Union permettent de formaliser des dynamiques d'intégration plus poussée par certains États membres ou, à l'inverse, de garantir la

<sup>30</sup> CJUE, 15 décembre 2015, *Parlement et Commission c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. jtes C-132 à 136/14, pt 72.

<sup>31</sup> À propos des PTOM, cf. I. VESTRIS, « La prise en compte de l'outre-mer du traité CEE de Rome à nos jours », *Revue québécoise de droit international*, n° 2-1, 2018, p. 337-355 ; J. ZILLER, « L'Union européenne et l'outre-mer », *Pouvoir*, vol. 2, n° 113, 2005, p. 152.

<sup>32</sup> CJCE, 12 février 1992, *Leplat c/ Territoire de la Polynésie française*, aff. C-260/90, ECLI:EU:C:1992:66, pt 10.

possibilité pour certains États membres de se maintenir en périphérie de tels mouvements. Ces intégrations différenciées<sup>33</sup>, telles qu'on les qualifie<sup>34</sup>, sont donc le produit d'un cadre juridique favorable mais complexe. Complexe, car combinant plusieurs techniques : un certain nombre de clauses d'exemption (clause de « *opt-out* ») prévues dans les protocoles attachés aux traités ou dans le droit dérivé, des régimes de coopération renforcés prévus dans le texte des traités, des arrangements transitoires pour les nouveaux États membres, ce qui a pour effet de créer des modes temporaires d'intégration différenciée, et enfin le passage par un accord international, permettant aux États membres d'organiser également une intégration différenciée, mais dans ce cas en dehors du droit de l'Union.

Ainsi, dans certaines matières, le droit de l'UE organise son application à une partie du territoire de l'Union, laissant le reste du territoire européen hors de son champ. Il y a de ce fait une « variabilité des droits des États<sup>35</sup> » au sein de l'Union. Le système Schengen et l'Union économique et monétaire (UEM) constituent les exemples prototypiques de ce phénomène<sup>36</sup>.

Cette fragmentation peut en effet être d'abord observée en matière de circulation des personnes, avec le système Schengen. Celui-ci ne regroupe pas tous les États membres de l'Union, ne recoupant pas de ce fait l'ensemble du territoire de l'Union. Sur les vingt-sept États membres de l'Union, vingt-deux font partie de l'espace Schengen. Alors que Chypre, la Roumanie, la Bulgarie et la Croatie sont dans une période transitoire qui doit aboutir, *in fine*, à leur intégration dans le système Schengen, l'Irlande bénéficie d'un régime particulier qui lui permet de ne pas participer à l'ensemble des dispositifs Schengen. C'est donc sur une partie seulement du territoire de l'Union, celle composée des États membres participants, que cet accord et les « acquis de Schengen » s'appliquent. Encore faut-il préciser que ce n'est pas toujours le cas. En effet, outre le fait qu'il ne comprend pas le territoire des États membres qui n'en font pas encore partie, le système Schengen exclut également de son champ les territoires ultramarins des États membres participants. Il se crée donc au sein du territoire de l'Union deux espaces qui, au regard de cette partie du droit de l'Union, ne sont pas soumis aux mêmes règles.

Une logique identique se retrouve avec l'UEM et la zone euro. Là aussi va se créer un espace qui scinde le territoire de l'Union. Il y a, d'une part, les États qui participent à la troisième phase de l'UEM et, d'autre part, ceux qui n'y participent pas. Parmi ces derniers, il faut distinguer les nouveaux États membres qui doivent d'abord remplir les critères de convergence avant de pouvoir

33 Sur le sujet, cf., notamment, F. SCHIMMELFENNIG, « Differentiated Integration Before and After the Crisis », dans O. CRAMME et S. B. OBOLT (dir.), *Democratic Politics in a European Union Under Stress*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 120-134.

34 Sur les différentes expressions qui se rattachent à la notion d'intégration différenciée (« à la carte », « géométrie variable », « plusieurs vitesses »), cf. A. STUBB, « A Categorization of Differentiated Integration », *Journal of Common Market Studies*, vol. 34, n° 2, 1996, p. 283-295.

35 J.-C. GAUTRON, « Une Europe à droits variables », *Pouvoirs*, n° 69, 1994, p. 79.

36 F. SCHIMMELFENNIG, « Differentiated Integration Before and After the Crisis », *op. cit.*, p. 122 et s.

entrer dans la zone euro, et de ce fait bénéficient d'une dérogation provisoire<sup>37</sup>, des anciens États membres qui bénéficient d'une dérogation « permanente ». Ceux-là, depuis le départ du Royaume Uni, sont constitués du Danemark, qui bénéficie d'une dérogation *de jure*, et de la Suède, qui bénéficie d'une dérogation *de facto*. Ces diverses dérogations, qu'elles soient permanentes ou provisoires, *de jure* ou *de facto*, aboutissent à une mécanique d'intégration différenciée<sup>38</sup>. La monnaie unique n'a cours que sur une partie du territoire de l'Union, celle correspondant aux États participants à la troisième phase de l'UEM. Cette distinction n'est pas juridiquement anodine. Ce n'est pas la même monnaie donc ce n'est pas la même norme monétaire qui va s'appliquer des deux côtés du territoire de l'Union. Le droit de l'euro ne s'appliquant que sur une partie du territoire de l'Union, il s'ensuit une séparation financière et monétaire de ce territoire. On en trouve l'illustration avec le chapitre 4 du titre VIII TFUE, qui isole les dispositions propres aux États membres dont la monnaie est l'euro. Ces dispositions ne s'appliqueront que sur la partie du territoire de l'Union qui correspond à ces États membres. De ce fait, la souveraineté monétaire sur le territoire de l'Union se scinde sur une ligne de fracture qui correspond à la frontière entre les territoires des États participants à la troisième phase de l'UEM et les autres. Dans une partie de ce territoire, la souveraineté monétaire s'est européanisée.

On notera qu'à l'occasion de la crise financière de 2008 et de la crise de la dette souveraine qui a suivi, cette fragmentation s'est renforcée.

Il convient à ce niveau de faire deux remarques sur cette intégration différenciée. Tout d'abord, il importe de ne pas se tromper sur le sens qu'il faut lui donner ou sur la portée qui est la sienne. Cette intégration différenciée ne constitue pas une anomalie ou un caprice du système européen, il s'agit au contraire d'une caractéristique de l'ordre juridique de l'Union<sup>39</sup>. Ensuite, cette intégration différenciée n'entraîne pas une fragmentation hermétique du territoire de l'Union. Il serait erroné d'assimiler l'intégration différenciée à l'érection et la cohabitation de forteresses juridiques au sein de l'Union. De façon plus réaliste, il faut comprendre que les différents espaces créés, telles des billes dans un sac, entrent en collision, se frottent les uns aux autres. Ces frottements peuvent renvoyer à quelque chose de positif, c'est-à-dire au fait que le droit de l'Union admet des mécanismes de coopération entre les États membres participant à une politique et ceux ayant choisi de demeurer totalement ou partiellement en retrait. La participation à la politique monétaire fournit l'un des exemples les plus clairs de cette dynamique. Comme cela a été dit, les États membres qui bénéficient d'une dérogation et ne participent pas à la zone euro

37 F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 863.

38 Sur les États membres non participants, cf. T. BEUKERS et M. VAN DER SLUIS, « Differentiated Integration from the Perspective of Non-Euro Area Member States », dans T. BEUKERS, B. DE WITTE et C. KILPATRICK (dir.) *Constitutionnal Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 143-176.

39 F. SCHIMMELFENNIG, « Differentiated Integration Before and After the Crisis », *op. cit.*, p. 122-123 ; B. DE WITTE, « Variable geometry and differentiation as structural features of the EU legal order », dans B. DE WITTE, A. OTT et E. VOS (dir.), *Between Flexibility and Disintegration: The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 9-27.

conservent leur souveraineté monétaire. Cela ne les empêche pas cependant de s'engager à se coordonner et coopérer avec la Banque centrale européenne (BCE) et le système européen de banques centrales. Les banquiers centraux des États ne participant pas à la troisième phase de l'UEM sont représentés au Conseil général de la BCE et contribuent à la collecte des données statistiques nécessaires à la réalisation des tâches de la BCE. De manière générale, le Conseil général de la BCE apparaît comme un forum où États membres participants et États membres non participants peuvent discuter de problèmes relatifs à la politique monétaire et aux relations de taux de change<sup>40</sup>. Ainsi, la fragmentation ne fait pas obstacle aux États non participants pour coordonner leur politique monétaire avec la BCE. Dans le même ordre d'idées, le Danemark, bien que ne participant pas à la troisième phase, appartient depuis 1999 au mécanisme de taux de change européen.

Ces frottements peuvent également s'avérer négatifs lorsqu'ils se font en dehors des sillons creusés par le droit de l'UE. C'est ainsi qu'à plusieurs reprises, la Cour de justice a eu à rappeler que les limitations apportées à la possibilité d'un État membre non participant de participer à une politique de l'Union ne pouvaient pas être contournées, notamment par le biais d'un traité international<sup>41</sup>. Il faut d'ailleurs noter que le recours aux accords internationaux en matière d'intégration différenciée est souvent critiqué car perçu comme plus perturbateur de l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union que le recours aux instruments internes au droit de l'Union<sup>42</sup>. En effet, la fragmentation du champ d'application du droit de l'Union ne signifie pas que les États ont carte blanche pour se fabriquer une Europe à la carte. Cette hétérogénéité ne signifie pas que l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union a volé en éclat : le fait que certaines règles ne s'appliquent que sur le territoire de la zone euro, sur le territoire de l'espace Schengen, sur le territoire de l'espace justice et sécurité, etc., et pas dans la partie de l'Union hors de ces territoires, ne change rien au fait que ces normes font partie de l'ordre juridique de l'Union, malgré leur champ d'application territoriale réduit. Il n'en reste pas moins qu'un tel degré d'hétérogénéité distingue sûrement l'Union des États de types fédéraux dont il peut se rapprocher et qui connaissent des phénomènes proches<sup>43</sup>. L'ordre juridique de l'Union est au fond sur ce point bien particulier.

40 B. HAYO et G. MÉON, « Why Countries Matter for Monetary Policy Decision-Making in the ESCB », *CESifo DICE Reports*, vol. 10, n° 1, 2012, p. 21-26, disponible en ligne (uniquement en anglais) : <https://www.ifo.de/en/node/28349> (consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2021).

41 Cf. CJUE, 8 septembre 2015, *Royaume d'Espagne c/ Parlement et Conseil de l'Union*, aff. C-44/14, ECLI:EU:C:2015:554, pts 30 à 32.

42 P. CRAIG, « Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance », *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 263 et s. ; A. DIMOPOULOS, « The Use of International Law as a Tool for Enhancing Governance in the Eurozone and its Impact on EU Institutional Integrity », dans M. ADAMS, F. FABBRINI et P. LAROCHE (dir.), *The Constitutionalization of Budgetary Constraints*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 41 et s.

43 B. DE WITTE, « Variable geometry and differentiation as structural features of the EU legal order », *op. cit.*, p. 25.

## II. LE RELÂCHEMENT DES FRONTIÈRES DU TERRITOIRE DE L'UNION COMME SIGNE D'UN CHAMP FLUCTUANT

Dans la perspective du juriste, évoquer le territoire c'est évoquer ses limites, c'est-à-dire ses frontières. Le territoire et la frontière sont en effet liés, dans la mesure où la frontière délimite spatialement, territorialement, l'application du droit. La frontière dans une perspective classique joue un rôle clair : elle marque le point où expire la compétence territoriale<sup>44</sup>. Les limites du territoire fixent donc, en principe, les limites de l'application du droit. Le droit, dans son application, est fixe, parce qu'il s'applique sur un territoire dont les limites sont fixes et étanches. Le territoire ne se déplace pas et le droit ne s'en éloigne pas. Dans le cas du droit de l'Union, cette fixité est remise en cause. On constate en effet que le territoire de l'Union a des contours lâches, mous. C'est précisément ce caractère mou qui fait ressortir l'aspect fluctuant du champ d'application territorial du droit de l'Union. Fluctuant parce que les limites du territoire de l'Union ne sont pas fixes (A), mais aussi parce que les frontières du territoire de l'Union sont poreuses (B).

### *A. L'instabilité du territoire de l'Union*

Si l'Union a un territoire, il s'agit en revanche d'un territoire instable. Plus précisément, il s'agit de l'instabilité des frontières ou des limites de ce territoire. Cette instabilité est essentiellement due à deux facteurs : premièrement, à la manière dont le territoire de l'Union est défini et secondement à la manière dont l'Union elle-même est définie.

L'Union ne dispose pas d'un territoire qui lui reviendrait de façon exclusive et sur lequel elle serait seul maître à bord. Son territoire est constitué et défini par référence aux États membres<sup>45</sup>. L'article 52 TUE, qui fixe le cadre général en la matière, prévoit que le droit de l'UE s'applique aux États membres. Cette référence aux États membres, et à travers cela à leur territoire, a évidemment une répercussion sur la définition du territoire de l'Union. Elle signifie que l'Union et son territoire sont tributaires de la définition du territoire des États membres. Cela est vrai en ce qui concerne tout d'abord l'extension du territoire de l'État membre. L'exemple le plus fameux est celui de la réunification de l'Allemagne. Comme elle avait été appréhendée comme l'extension du territoire d'un État membre, elle entraîna aussitôt l'extension du territoire de l'Union. Cette dernière subissant de façon passive l'extension de « son » territoire, dans la mesure où l'Allemagne n'était pas juridiquement contrainte de soumettre cette extension de son territoire aux institutions de l'Union ou aux autres États membres<sup>46</sup>. Ce phénomène de répercussion concerne également les hypothèses où un État membre perdrait une partie de son territoire. Ce fut le cas lors de

44 C. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1979, p. 137.

45 CJUE, 31 janvier 2020, *Slovénie c/ Croatie*, aff. C-457/18, ECLI:EU:C:2020:65, pt 105 : « En effet, c'est par référence aux territoires nationaux que le champ d'application territorial des traités est établi, au sens de l'article 52 TUE et de l'article 355 TFUE. »

46 J. ZILLER, « Flexibility in the Geographical scope of EU Law », dans G. DE BURCA et J. SCOTT (dir.), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility*, Hart Publishing, 2000, p. 116.

la décolonisation. C'est ainsi que la fin de la souveraineté française sur le territoire algérien impliqua automatiquement, sans qu'il soit nécessaire de toucher aux traités, la fin de l'application de ceux-ci à ce territoire<sup>47</sup>.

Cette capacité de remodelage des frontières de l'Union par les États membres est reconnue par la Cour de justice, qui, de manière très pédagogique, a pu indiquer que,

en l'absence, dans les traités, de définition plus précise des territoires qui relèvent de la souveraineté des États membres, il appartient à chacun d'entre eux de déterminer l'étendue et les limites de son propre territoire, en conformité avec les règles du droit international public (voir, en ce sens, arrêt du 29 mars 2007, Aktiebolaget NN, C-111/05, EU:C:2007:195, point 54). [...] Du reste, l'article 77, paragraphe 4, TFUE rappelle que les États membres sont compétents concernant la délimitation géographique de leurs frontières, conformément au droit international<sup>48</sup>.

Si cette liberté de remodelage des frontières de l'Union par les États membres est réelle, elle doit néanmoins être nuancée. On peut y trouver une limite dans le principe de coopération loyale<sup>49</sup>. En effet, dans son arrêt *Slovénie c/ Croatie*, qui concernait un contentieux territorial entre les deux pays, la Cour a mis en exergue une facette et une déclinaison particulières de ce principe : la Cour a de fait précisé que de ce principe de loyauté découlait l'obligation pour chacun des deux États membres concernés, dans leurs relations réciproques mais également envers l'Union et les autres États membres, d'œuvrer loyalement à la mise en place d'une solution juridique définitive conforme au droit international, telle que préconisée dans l'acte d'adhésion, qui assure l'application effective et sans entrave du droit de l'Union dans les zones concernées et pour mettre fin à leur différend en empruntant l'une ou l'autre voie de règlement de celui-ci<sup>50</sup>. Ainsi présenté, on peut avec très peu de doutes, estimer que le principe de loyauté s'opposerait à une extension du territoire d'un État membre résultant d'une annexion « sauvage », c'est-à-dire contraire au droit international, du territoire d'un autre État membre. Mais, en réalité, cette question n'a que peu d'intérêt dans le cadre du présent propos dès lors que l'extension du territoire d'un État membre au détriment du territoire d'un autre État membre ne modifie pas les « frontières extérieures<sup>51</sup> » de l'Union. En revanche, une telle hypothèse surviendrait en cas d'annexion, par un État membre de l'Union, du territoire d'un État tiers à l'Union. Face à un accroissement de son territoire découlant d'une violation flagrante du droit international, sous la forme d'une annexion d'un autre État, on peut se demander si l'Union peut réagir pour blo-

47 Un cas très proche est celui de la sécession d'une partie du territoire d'un État membre. Sur cette question, cf. P. ATHANASSIOU et S. LAULÉ-SHAËLOU, « EU Accession from Within? An Introduction », *Yearbook of European Law*, vol. 33, n° 1, 2014, p. 335-384.

48 CJUE, 31 janvier 2020, *Slovénie c/ Croatie*, aff. C-457/18, préc., pt 105.

49 V. M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

50 CJUE, 31 janvier 2020, *Slovénie c/ Croatie*, aff. C-457/18, préc., pt 109.

51 L. DUBOIS, « Conclusions », dans C. BLUMANN (dir.) *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 281.

quer cette extension en invoquant le principe de loyauté, ou encore la politique européenne de voisinage, telle qu'elle est inscrite à l'article 8 TUE<sup>52</sup>. On notera d'ailleurs que le seul fait qu'un territoire soit contesté ne suffit pas à empêcher son adjonction au territoire de l'Union. C'est ainsi que Mayotte est désormais considéré comme faisant partie du territoire de l'Union<sup>53</sup> alors même que son appartenance à la France est contestée par les Comores et que des résolutions de l'Organisation des Nations unies (ONU) allant dans ce sens ont été votées.

La manière dont l'Union européenne est définie participe également à cette fluctuation des limites de son territoire. En effet, l'UE n'a pas un nombre de membres préalablement et définitivement fixé. Autrement dit, l'Union ne fige pas le processus de participation. Le nombre de pays participants peut donc fluctuer. Il peut d'abord varier à la hausse, entraînant un déplacement « à la hausse » des limites du territoire de l'Union. Ce n'est là que la conséquence mécanique de l'accession d'un nouvel État au statut de membre. Le nombre de participants peut également varier à la baisse, entraînant un déplacement vers le bas des limites dudit territoire.

Il faut toutefois préciser que cette instabilité des frontières n'est pas un phénomène propre à l'UE. Elle se retrouve également dans les États issus du modèle westphalien : leurs limites bougent au fil du temps, en commençant par le moment de leur création et ensuite au gré des événements ponctuels qui rythment leur existence. Mais les choses sont différentes pour l'Union. L'instabilité des frontières de son territoire n'est pas cantonnée aux balbutiements de la naissance ou à des accidents historiques. Il s'agit en réalité d'un État permanent de l'UE. Loin d'être une instabilité de circonstances, il s'agit en réalité d'une instabilité de tous les instants. L'instabilité des frontières de l'Union est consubstantielle à la construction européenne : d'une part, les États membres sont libres de quitter l'Union ; d'autre part, conformément à l'article 49 TUE, n'importe quel État européen peut en théorie adhérer à l'Union<sup>54</sup>. La combinaison de ces deux éléments donne un potentiel quasi infini de remodelage.

Il faut en outre y ajouter les passerelles offertes par le TFUE, à son article 355, paragraphe 6, qui permet de modifier le statut des pays et territoire d'outre-mer (PTOM) en régions ultrapériphériques (RUP), et *vice versa*. Ces change-

52 La possibilité de mobiliser dans de telles hypothèses le principe européen de voisinage, et ce, dans une conception pour le moins originale ou discutable de sa portée, est envisagée par certains auteurs ; en ce sens, cf. S. LAULÉ SHAELOU, « On the "edge" of good neighbourliness in EU law: Lessons from Cyprus », dans D. KOCHENOV et E. BASHEKA (dir.), *Good Neighbourly Relations in the European Legal Context*, Leiden, Brill/Nijhoff, coll. « Studies in EU External Relations (SEUR) », 2015, p. 184-213.

53 À la demande de la France, le Conseil a adopté une décision faisant de Mayotte une RUP, ce qui fait de cet archipel de l'Océan Indien une partie du territoire de l'Union : Décision n° 2012/419/UE du Conseil européen du 11 juillet 2012 modifiant le statut à l'égard de l'Union européenne de Mayotte, *JOUE* n° L 204, 31 juillet 2012, p. 131.

54 La notion géographique d'Europe est-elle même porteuse d'un certain degré d'indétermination quant à ses limites. Pour le géographe Michel Foucher, l'« Europe est un nom flottant, et l'espace qu'il désigne n'a pas de limites nettes préexistantes [...] de sorte que sa définition demeure ouverte », M. FOUCHER, « L'Union européenne au défi de ses frontières », *Le Monde diplomatique*, novembre 2016, p. 20-21 ; on retrouve la même analyse chez Edgar Morin, pour qui « l'Europe est une notion incertaine, naissant du tohu-bohu, aux frontières vagues, à géométrie variable », E. MORIN, *Penser l'Europe*, Paris, Gallimard, 1987, p. 37.

ments ne sont pas anodins au regard du territoire de l'Union, dans la mesure où les premiers ne font partie du territoire de l'Union et ne définissent donc pas son territoire, alors que les seconds en font partie.

C'est, *in fine*, sur ce territoire fuyant que s'applique le droit de l'UE, qui voit par conséquent ajoutés ou extraits de son champ des pans de territoires. La fluctuation de son champ fait ici du droit de l'UE un droit incertain. D'autant plus que le droit de l'UE ne contrôle pas toujours ses modifications du territoire européen. Il se révèle donc le droit d'un espace en attente permanente de changement.

À ce manque de fixité du territoire dans ses limites, s'ajoute un manque d'étanchéité de ces limites.

### ***B. La porosité du territoire de l'Union***

Si le territoire européen contient le droit de l'Union en ce qu'il en constitue le champ d'application, il ne le retient pas pour autant. Le droit de l'Union déborde le territoire de l'Union, montrant ainsi la porosité de ce dernier. Les rapports entre le droit et « son » territoire ne sont plus un rapport d'exclusivité mutuelle. Il apparaît alors que le territoire de l'Union n'est pas le seul déterminant du champ du droit de l'UE. Ce champ fluctue : il ne se limite pas au seul territoire de l'UE, il va au-delà. C'est l'enjeu de l'extraterritorialité du droit de l'Union.

Il convient avant tout de définir l'extraterritorialité. Ce n'est pas là une chose facile, tellement les définitions de l'extraterritorialité pullulent, se distinguent et parfois s'opposent. Dans le cadre du présent propos, dès lors qu'il s'agit de capter le phénomène d'évasion du droit hors du territoire, c'est une conception large et « englobante » de l'extraterritorialité qui mérite d'être retenue. Une telle conception de l'extraterritorialité a été formulée par le professeur Brigitte Stern, pour qui

on trouve des éléments d'extraterritorialité quand une norme est mise en œuvre par une autorité extérieure au territoire, ou encore lorsqu'il est tenu compte dans la mise en œuvre d'une norme d'éléments extérieurs au territoire ou encore lorsque l'application d'une norme implique des effets juridiques à l'extérieur du territoire<sup>55</sup>.

Il importe également de préciser que l'extraterritorialité n'est pas interdite, contrairement à ce que l'on pourrait penser au regard des critiques dont elle est parfois l'objet. Au regard du droit international, elle n'est pas interdite mais elle

<sup>55</sup> B. STERN, « L'extraterritorialité revisitée – Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres », *AFDI*, vol. 38, 1992, p. 239-313, spéc. p. 242. Dans une démarche opposée, certains auteurs récusent une conception trop large de l'extraterritorialité qui conduirait à considérer que « tout est extraterritorial », cf. A. CALLEMER DU FERRAGE, « Les enjeux de l'extraterritorialité du droit financier », *RD bancaire et fin.*, novembre-décembre 2015, p. 95 ; dans une perspective similaire, le professeur Joanne Scott ne réserve le label d'extraterritorialité qu'à certains phénomènes en distinguant celle-ci de ce qu'elle nomme l'extension territoriale, cf. J. SCOTT, « Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, n° 1, 2014, p. 87-126.

est encadrée. L'arrêt du *Lotus* de la Cour internationale de justice<sup>56</sup> distingue la compétence exécutive de la compétence juridictionnelle et normative. Si pour la première, il pose un principe d'interdiction, sauf dérogation, il instaure ce qui a pu être vu comme un régime de liberté pour la seconde. Cependant, on estime que, même dans ce cas, il faut un lien de rattachement avec l'État : ce lien peut être la nationalité, le territoire, la compétence universelle, l'atteinte aux intérêts fondamentaux ou la théorie des effets<sup>57</sup>. L'UE, dans son exercice de l'extraterritorialité, a toujours tenté de se placer dans ce cadre et donc de respecter le droit international en agissant sur base de titre de compétence mais, comme nous le verrons, il y a des évolutions.

En restant dans la perspective de notre propos, on peut opérer une distinction parmi les hypothèses d'extraterritorialité du droit de l'Union : d'une part, celles qui reposent sur un lien avec le territoire – le droit de l'Union va pouvoir se saisir d'une situation extérieure au territoire de l'Union parce qu'elle touche au territoire de l'Union (1) ; d'autre part, celles dans lesquelles le droit de l'Union va se saisir de situation n'ayant aucun lien avec le territoire de l'Union, s'éloignant alors au maximum du principe de territorialité (2).

### *1. L'extraterritorialité du fait de la présence d'attaches avec le territoire*

Outre la nationalité, le lien qu'une situation entretient avec le territoire de l'UE est également utilisé pour fonder l'extraterritorialité du droit de l'Union. Il importe dès à présent de préciser la nature de ce lien. Dans sa forme initiale, le lien dont il est question pouvait être qualifié de « substantiel » ou de « matériel ». En effet, dans l'essentiel des cas, l'extraterritorialité du droit de l'Union supposait que la situation en question « touche » au territoire de l'Union. Cependant, comme nous le verrons, l'évolution du droit de l'Union montre une forme de relâchement. Se multiplient les hypothèses selon lesquelles un lien simplement « virtuel » avec le territoire de l'Union suffira à justifier l'extraterritorialité. C'est le signe de la tendance de l'Union à renforcer la capacité de projection de son droit. On peut ainsi distinguer une extraterritorialité reposant sur un lien substantiel avec le territoire de l'Union d'une extraterritorialité reposant sur un lien virtuel ou formel avec le territoire de l'Union.

Dans les hypothèses où l'extraterritorialité repose sur un lien substantiel avec le territoire de l'Union, il est possible d'opérer une distinction entre, d'une part, les hypothèses dans lesquelles c'est la présence d'une personne sur le territoire de l'Union qui justifie de capter son comportement hors du territoire de l'Union au droit de l'UE et, d'autre part, les hypothèses dans lesquelles c'est la réalisation d'un acte sur le territoire de l'Union qui justifie la projection du droit de l'Union à une personne située en dehors du territoire de l'Union.

Au titre des premières, on peut citer l'hypothèse contenue dans la directive de 2008 sur l'intégration des activités aériennes dans le système d'échange de

<sup>56</sup> CIJ, 7 septembre 1927, *Lotus*, Série A, n° 10.

<sup>57</sup> Cf., sur ce point, R. BISMUTH, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et Bnp Paribas », *AFDI*, vol. 61, p. 785-807, spéc. p. 790.

quotas d'émission de gaz à effet de serre<sup>58</sup>. L'objectif de la directive était de réduire la contribution de l'aviation au changement climatique en intégrant les émissions liées aux activités aériennes dans le système communautaire<sup>59</sup>. Dans ce cadre, la directive avait défini son champ comme couvrant les opérateurs de transports aériens effectuant des vols au départ ou à l'arrivée d'un aéroport situé sur le territoire d'un État membre soumis aux dispositions du traité<sup>60</sup>, c'est-à-dire sur le territoire de l'Union. Ainsi, la directive se voit appliquée à des vols qui se déroulent en partie hors du territoire de l'UE, dès lors qu'ils ont un pays de l'UE comme point de départ ou point d'arrivée. Dans ce cas, c'est la présence sur le territoire de l'Union, au départ ou à l'arrivée, qui justifie la captation par le droit de l'Union d'un comportement se déroulant en dehors du territoire de l'Union, à savoir les émissions ayant eu lieu dans la partie non européenne du trajet. Dans le même esprit, l'exportation de certains biens par une personne établie sur le territoire de l'Union sera soumise à une autorisation du fait de l'usage qui pourrait être fait de ces biens en dehors de l'Union. C'est le cas des biens à double usage<sup>61</sup>. Ici aussi, la présence de l'exportateur sur le territoire de l'Union permet au droit de l'Union d'appréhender un comportement devant se déployer hors des frontières de celle-ci.

Dans le sens inverse, ce sont des personnes situées en dehors de l'Union qui vont se voir appliquer le droit de l'Union. Ainsi, le règlement général sur la protection des données (RGPD)<sup>62</sup> s'applique au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union<sup>63</sup>. C'est le suivi du comportement de personnes situées sur le territoire de l'Union qui déclenche l'application du règlement à un responsable du traitement ou un sous-traitant qui, lui, n'est pas établi dans l'Union.

L'extraterritorialité du droit de l'Union peut également se fonder sur un lien plus ténu avec le territoire de l'UE. C'est le cas du règlement « *European Mar-*

58 Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *JOUE* n° L 8, 13 janvier 2009, p. 3-21.

59 Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, préc., considérant 14.

60 Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, préc., Annexe I.

61 Règlement (CE) n° 428/2009 du conseil du 5 mai 2009 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations, des transferts, du courtage et du transit de biens à double usage, *JOUE* n° L 134, 29 mai 2009, p. 1-269, article 4, § 1.

62 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE* n° L 119, 4 mai 2016, p. 1-88 ; cf. E. THÉLISSON, « La portée du caractère extraterritorial du règlement général sur la protection des données », *RID éco.*, 2019, t. 13, p. 501-533.

63 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), préc., article 3, § 2.

*ket Infrastructure Regulation* » (EMIR)<sup>64</sup> qui étend son obligation de compensation à des entités établies dans un pays tiers qui concluent un contrat avec une contrepartie européenne<sup>65</sup>. La contrepartie qui se voit appliquer le règlement n'a pas de lien substantiel avec le territoire de l'Union, n'y étant pas présente. Mais, à travers la relation qu'elle entretient avec une contrepartie européenne, on estime qu'il y a un lien avec le territoire de l'Union, aussi ténu soit-il, qui justifie sa soumission à une obligation issue du droit de l'UE. Dans d'autres cas, le lien avec le territoire de l'Union ne passe pas par une personne mais par un bien. Dans ce type d'hypothèse, le lien avec le territoire de l'Union est encore plus ténu. C'est ce qu'on peut observer lorsque l'Union applique son droit à une transaction au motif que les biens objets de cette transaction ont un lien spécifique avec l'Union<sup>66</sup>. Le règlement de 2012 sur la vente à découvert illustre cette logique<sup>67</sup>. Ce règlement impose des obligations de notification et de publication à « toute personne », y compris donc les personnes ne se trouvant pas sur le territoire de l'Union ou n'ayant pas la citoyenneté de l'Union, qui détient une position courte nette en rapport avec le capital en actions émis d'une entreprise dont les actions sont admises à la négociation sur une plateforme de négociation<sup>68</sup>. C'est le fait que les actions sont admises à la négociation sur une plateforme européenne qui sous-tend l'application du règlement à des entités de pays tiers, y compris lorsque ces actions sont négociées sur une autre plateforme. Peu importe l'identité de celui qui négocie, peu importe le lieu de la transaction, l'application du droit de l'Union se fonde sur le lien qu'entretiennent les actions avec le droit de l'Union et qui prend la forme de l'admission de ces actions à une plateforme européenne. La plateforme de négociation, qui n'est rien d'autre qu'un marché, se présente comme une émanation du territoire européen, auquel les entités des pays tiers sont liées à travers les actions qu'ils négocient. Le règlement met en œuvre une mécanique à peu près similaire à propos de la dette souveraine des États membres. Il impose une obligation de notification à toute personne détenant une position courte nette en rapport avec la dette souveraine émise<sup>69</sup>.

## 2. L'extraterritorialité malgré l'absence d'attaches avec le territoire

La troisième hypothèse d'extraterritorialité du droit de l'Union est celle qui repose sur la théorie ou la doctrine des effets. Il s'agit, à travers cette doctrine, de saisir des comportements qui se déroulent en dehors du territoire de l'Union à cause des effets qu'ils produisent où peuvent produire sur ce territoire. Ainsi,

64 Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, *JOUE* n° L 201, 27 juillet 2012, p. 1-59.

65 *Ibid.*, article 4, § 2, sous v).

66 J. SCOTT, « The New EU "extraterritoriality" », *Common Market Law Review*, vol. 51, n° 5, octobre 2014, p. 1361.

67 Règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, *JOUE* n° L 86, 24 mars 2012, p. 1-24.

68 *Ibid.*, articles 5 et 6.

69 *Ibid.*, article 7.

à la différence de ce qui a été vu précédemment, les situations visées ici ne se rattachent pas « matériellement » au territoire de l'UE, ce qui ne va pas empêcher le droit de l'UE de s'en saisir.

En prenant une perspective assez large, on peut considérer que le droit de l'UE embrasse deux formes d'extraterritorialité due aux effets. Cette extraterritorialité peut en effet être soit directe, soit indirecte. Elle est directe lorsque ce sont précisément et uniquement les effets sur le territoire de l'UE qui la fondent. On distingue ici essentiellement trois hypothèses. La première hypothèse est à trouver dans le règlement « EMIR », le règlement de 2012 sur la régulation des produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux<sup>70</sup>. Ce règlement impose une obligation de compensation et une obligation de prise de mesures de gestion des risques aux personnes qui concluent certains contrats dérivés<sup>71</sup>. Ce qui est à noter à propos de ces obligations est qu'elles vont également s'imposer aux contrats conclus entre des entités établies dans un ou plusieurs pays tiers qui seraient soumises à l'obligation de compensation si elles étaient établies dans l'Union, pour autant que le contrat ait un effet direct, substantiel et prévisible dans l'Union. La logique qui vient d'être décrite se retrouve ensuite dans le règlement « *Market in Financial Instrument Regulation* » (MiFIR)<sup>72</sup>, le règlement de 2014 sur les marchés d'instruments financiers. Ce règlement impose, à propos de certains instruments dérivés, de ne conclure de transactions que sur des marchés réglementés, des systèmes de marché réglementé (communément appelés « MTF », pour *Multi Trading Facilities*), des systèmes organisés de négociation (communément appelés « OTF », pour *Organised Trading Facilities*) ou des plateformes de négociation de pays tiers, sous réserve notamment d'une décision de la Commission<sup>73</sup>. Ici aussi, cette obligation de négociation posée par le droit de l'Union s'étend aux entités de pays tiers qui seraient tenues à l'obligation de compensation si elles étaient établies dans l'Union, qui participent à des transactions sur des dérivés faisant partie d'une catégorie d'instruments dérivés qui a été déclarée soumise à l'obligation de négociation, pour autant que le contrat ait un effet direct, substantiel et prévisible au sein de l'Union<sup>74</sup>. L'extraterritorialité due aux effets peut enfin être identifiée dans le règlement « MAR », le règlement « Abus de marché » de 2014<sup>75</sup>. Ce règlement contient un certain nombre de dispositions relatives aux « manipulations de marché », y compris des dispositions relatives à leur définition et

70 Cf. *supra*.

71 Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, préc., article 4, § 1, sous a) et v), et article 11, § 12.

72 Règlement (UE) n° 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, *JOUE* n° L 173, 12 juin 2014, p. 84-148.

73 *Ibid.*, article 28, § 1.

74 *Ibid.*, article 28, § 2.

75 Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, *JOUE* n° L 173, 12 juin 2014, p. 1-61.

à leur interdiction. Le règlement prévoit que ces dernières s'appliquent aux contrats au comptant sur matières premières qui ne sont pas des produits énergétiques de gros, lorsque la transaction, l'ordre ou le comportement a, ou est de nature à avoir, ou est destiné à avoir, un effet sur le cours ou la valeur d'un instrument financier négociés ou admis au niveau de l'UE<sup>76</sup>. Elles s'appliquent également aux types d'instruments financiers qui ne sont pas négociés sur le marché européen et pour lesquels la transaction, l'ordre, l'offre ou le comportement a, ou est de nature à avoir, un effet sur le cours ou la valeur d'un contrat au comptant sur matières premières lorsque le cours ou la valeur dépendent du cours ou de la valeur de ces instruments financiers<sup>77</sup>. Ce qui est à noter est que les dispositions du règlement continuent à s'appliquer même dans le cas où ce contrat au comptant sur matières premières concerne des matières premières à fournir en dehors du territoire de l'Union<sup>78</sup>.

À ce niveau, il convient de faire une remarque. Le recours par l'Union à la théorie des effets afin de projeter son droit à des personnes et des comportements se situant en dehors de son territoire n'est pas récent et n'a pas commencé par les hypothèses qui viennent d'être présentées. En effet, on sait que la Commission européenne n'a pas hésité à affirmer à plusieurs reprises que les règles de l'Union en matière de concurrence trouvaient à s'appliquer à des entreprises de pays tiers lorsque ces dernières s'adonnent à des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'avoir un impact ou un effet sensible dans l'UE. Dans le même sens, le juge européen indiquait qu'il était conforme au droit public international d'appliquer le règlement de 1989 de l'Union sur le contrôle des concentrations<sup>79</sup> à des entités d'États tiers lorsqu'il est prévisible que la concentration projetée produira un effet immédiat et substantiel dans la Communauté<sup>80</sup>. Toutefois, en matière de concurrence, le recours à la théorie des effets était « hybridé », autrement dit l'effet sur le territoire de l'Union doit s'accompagner d'un autre élément, un élément de présence ou de comportement dans l'UE, afin de déclencher l'extraterritorialité. Ainsi, en matière de contrôle des concentrations, pour qu'une concentration ait une « dimension communautaire », le seul effet ne suffit pas ; il faut en outre que les entreprises dont la fusion est susceptible d'être soumise au règlement européen excèdent un seuil de chiffre d'affaires dans l'Union<sup>81</sup>. Il faut donc qu'il y ait des biens ou des services fournis sur le territoire de l'Union. Il y avait une combinaison de la théorie des effets et de la théorie de l'« implémentation ». Cette ambiguïté a été levée avec l'affaire Intel, dans laquelle le juge européen a admis la théorie

76 Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, préc., article 2, § 2, sous a).

77 *Ibid.*, article 2, § 2, sous b).

78 J. SCOTT, « The New EU "extraterritoriality" », *op. cit.*, p. 1358.

79 Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* n° L 395, 30 décembre 1989, p. 1-12.

80 TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, ECLI:EU:T:1999:65, pt 90.

81 Règlement n° 139/2004, du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* n° L 24, 29 janvier 2004, p. 1-22, article 1, § 2 et 3.

des effets comme suffisant à elle seule à justifier l'extraterritorialité des règles européennes de concurrence.

La territorialité due aux effets est également indirecte. C'est là une novation qui se retrouve dans le domaine financier. Dans ce cadre, l'Union fonde l'extraterritorialité de ses règles sur la nécessité de prévenir le contournement des dispositions qu'elle met en place<sup>82</sup>. C'est le cas concernant l'obligation de compensation<sup>83</sup> et de l'obligation de prises de mesure de gestion des risques<sup>84</sup> mises en place par le règlement « EMIR ». C'est également le cas concernant l'obligation de négociation trouvée dans le règlement « MiFIR » qui s'applique aux entités de pays tiers lorsque cette obligation est nécessaire ou indiquée pour prévenir le contournement d'une disposition du règlement<sup>85</sup>. La théorie de l'effet peut être dite ici « indirecte » dès lors que ce n'est pas l'effet immédiat du comportement sur le territoire de l'Union qui déclenche l'extraterritorialité, mais plutôt la conséquence négative que l'évasion de règle peut avoir sur la stabilité financière globale qui elle-même aura des effets sur la stabilité de l'Union. C'est en ce sens que peut s'interpréter le lien que le législateur européen établit entre la stabilité financière dans l'Union et la nécessité de prévenir le contournement des règles qu'il établit<sup>86</sup>.

Dans de nombreux cas, le droit de l'Union se repose sur la nationalité d'une personne pour lui imposer des obligations. Il n'y a en principe là rien de controversé : l'exercice d'une compétence extraterritoriale par un État sur ses nationaux est quelque chose d'admis par le droit international. Ce qu'il y a d'intéressant ici à propos du droit de l'Union est qu'il tend à pousser cette logique aux extrêmes. C'est ainsi que le droit de l'Union prétend réguler des comportements à l'étranger d'entreprises de droit étranger dès lors que ces entreprises constituent des filiales d'entreprises européennes. C'est le cas des obligations en matière de rémunérations qui s'appliquent pour les établissements aux niveaux du groupe, de l'entreprise mère et des filiales, y compris, dit la directive, celles qui sont établies dans des centres financiers extraterritoriaux, c'est-à-dire à l'extérieur de l'Union.

L'extraterritorialité du droit de l'Union va également se déclencher en cas de violation grave des droits de l'homme. Le principe ici est assez clair : l'extraterritorialité se justifie par la gravité des actes commis. C'est ainsi que le Conseil, quel que part en s'alignant sur les États-Unis, a pu prendre une décision<sup>87</sup> et un

82 C'est ce que certains auteurs nomment « anti-évasion » et considèrent comme une forme spécifique de fondement à l'extraterritorialité, se distinguant de la théorie des effets ; cf., en ce sens, J. SCOTT, « The New EU "extraterritoriality" », *op. cit.*, p. 1359-1360.

83 Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, préc., article 4, § 1, sous v).

84 *Ibid.*, article 11, § 12.

85 Règlement (UE) n° 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, préc., article 28, § 2.

86 Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, préc., considérant 23.

87 Décision (PESC) 2020/1999 du Conseil du 7 décembre 2020 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits, *JOUE* n° L 4101, 7 décembre 2020, p. 13-19.

règlement<sup>88</sup> le 7 décembre 2020 instaurant un régime mondial de sanctions des violations des droits de l'homme. L'extraterritorialité est ici flagrante et assumée. Le régime mis en place a pour but de sanctionner des violations des droits, indépendamment du lieu de la localisation, de l'identité des auteurs et des victimes. Le régime permet donc de sanctionner des comportements se déroulant à l'étranger, posés par des étrangers contre des étrangers.

Il y a enfin des hypothèses dans lesquelles le droit de l'Union s'appliquera en dehors du territoire de l'Union du fait de l'accord des autorités des territoires extra-européens dans lequel il s'applique. On peut citer des États comme Monaco ou Andorre, dans lesquels l'Union autorise à ce que l'euro ait cours légal et surtout dans lesquels, en vertu d'accord entre l'Union et ces États, certaines dispositions du droit de l'Union en matière monétaire et bancaire s'appliquent automatiquement<sup>89</sup>.

#### CONCLUSION

L'analyse du droit de l'Union européenne, du point de vue de son champ d'application territorial, montre un droit qui loin de perdre sa spécificité, le maintient. En effet, le droit de l'UE, tout en étant le droit d'un territoire, pousse au plus loin la logique de relativisation du territoire. Il est le droit du territoire, du sous-territoire et de l'au-delà du territoire. Cette polymorphie est un autre témoignage du caractère toujours insaisissable de l'UE. Malgré les défis et les années, cette Union ne semble pas avoir été affaiblie, bien au contraire. C'est du moins ce que le champ de son droit paraît nous dire, au gré de ses fluctuations.

88 Règlement (UE) 2020/1998 du Conseil du 7 décembre 2020 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits, *JOUE* n° L 410I, 7 décembre 2020, p. 1-12.

89 Ainsi, l'article 11 de l'accord monétaire entre l'Union et Monaco prévoit que les actes juridiques de l'Union pris dans les domaines suivants s'appliquent sur le territoire de la principauté de Monaco : collecte d'informations statistiques par la Banque centrale européenne (BCE), réserve minimale détenue par les établissements de crédit, sanctions imposées aux entreprises pour manquement aux réglementations et décisions de la BCE, émission de billets, opérations sur le marché, instrument de contrôle monétaire, système de compensation et de règlement. Monaco reprend aussi dans son droit le contenu des directives sur le blanchiment d'argent et aux actes juridiques régissant les services d'investissement. Sur cette question, cf. F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 891-892.