

Critères de rattachement et règles d'applicabilité, face à la protection des droits de l'homme en Europe

Notes préliminaires
par
LAURA PICCHIO FORLATI

Introduction

1. Les risques de discrimination en droit international privé

Le rapport existant entre droit international privé (notamment, conflits de lois) et protection des droits de la personne humaine en tant que telle est ambigu. L'application aux relations privées d'un ordre juridique différent du droit du for est, en principe, un tribut payé à la personne. Le renvoi à un tel ordre est souvent le moyen qui lui permet de garder les relations juridiques dans lesquelles des dimensions essentielles de sa vie s'incarnent.

D'autre part, par le seul fait d'appliquer des lois différentes à des rapports privés qui relèvent d'une même catégorie juridique, l'Etat du for donne inévitablement lieu à une différence de traitement entre personnes. Dans la dialectique entre droit international privé et droits de l'homme une question liminaire alors se pose: cette différence est-elle justifiée ou même désirable ou traduite-elle, au contraire, un risque de discrimination? La question justifie que le droit à la non-discrimination soit le premier standard sur lequel la présente analyse est axée. Il s'agit d'une analyse par échantillons: que ce soit par rapport aux règles d'application et aux critères de rattachement analysés, ou bien des droits de l'homme appelés en cause.

Deux antidotes au risque de discrimination méritent d'ailleurs d'être rappelés: le caractère universel des règles classiques sur les conflits de lois et leur nature en principe bilatérale. Toujours en principe, ce caractère et cette nature mettent la juridiction au sens large de l'Etat du for au service du droit applicable et, finalement, des personnes privées qui sont visées. Ce caractère et cette nature qualifient d'autre part les règles de conflits conventionnellement uniformes¹, aussi.

Un risque ultérieur de discrimination existe plutôt, à ce moment-là, entre les rapports qui tombent dans le domaine d'application des conventions internationales, et ceux qui en sont exclus. Il s'agit d'un risque que le débat, jamais apaisé dans la Communauté européenne, sur les discriminations à rebours aide à percevoir.

Un instrument disponible au législateur national pour tâcher de neutraliser ce risque est l'application généralisée – voir, au-delà du domaine originaire - du régime de conflit conventionnel. Il s'agit de la piste suivie par la Loi 218/1995 qui a réformé le système général de droit international privé en Italie. Les articles 42, 45, 57 et 59 y prévoient respectivement l'applicabilité *in ogni caso* des conventions internationales de droit international privé uniforme suivantes: Convention de La Haye 5 octobre 1961, en matière de protection des mineurs; Convention de La Haye 2 octobre 1973, sur la loi applicable aux obligations alimentaires; Convention de Rome 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles²; Conventions de Genève destinées à régler certains conflits de lois en matière de lettre de change et de billets à ordre, 7 juin 1930, et en matière de chèques, 19 mars 1931³.

¹ Avec plusieurs conventions internationales de droit matériel uniforme, nombre de conventions de droit international privé uniforme entre Etats membres et Etats tiers sont incorporées, il faut le rappeler, dans le système juridique communautaire par le biais de l'article 307 (ancien 234) CE, alinéa 1. Par ce même biais le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales a pu d'autre part y être assuré dès la première heure.

² La technique en question risque à son tour de faire rebondir les risques de discrimination, là où ils sont inscrits dans les règles conventionnelles empruntées: v. ci-dessous, par. 1.2.

³ Pour une extension de l'application de solutions conventionnelles à des situations n'entrant pas dans les prévisions du traité, et pour les techniques diverses que notamment le législateur belge a utilisé pour ce but en matière de transports, F. Rigaux-M. Fallon, *Droit international privé*, tome II, Droit positif belge, 2^{ème} ed., Larcier, Bruxelles, 1993, n° 1378.

2. Risques spécifiques inhérents aux critères de rattachement et aux règles d'applicabilité

Il reste que les causes potentielles de discrimination dont il est question ici sont plutôt, et avant tout, les critères de rattachement utilisés en droit européen pour déterminer la loi applicable aux rapports, ou aspects de rapports, de droit privé relevant du droit communautaire. La nature de la circonstance choisie pour signaler le rattachement et, surtout, l'indication de celle, parmi les parties au rapport juridique à localiser, pour laquelle la même circonstance est appelée à jouer, peuvent impliquer une différence de traitement injustifié et donc discriminatoire pour l'autre, ou les autres, partie(s). Il s'agit-là d'un problème qui a été exploré avant la lettre au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle surtout par les Cours constitutionnelles de Pays européens et qui est, avec les règles d'applicabilité, l'objet principal de ces notes⁴.

Pourquoi les règles d'applicabilité? Elles viennent en jeu, on le sait, en présence de situations impliquant un conflit de lois. Elles le font précisément en écartant du tout, ou en limitant immédiatement et au préalable, l'application des règles bilatérales de droit international privé. Ce résultat découle du choix du législateur ou du juge de limiter le rôle de ces dernières lorsque des valeurs ou intérêts prioritaires au niveau étatique (avant tout de l'Etat du for) sont en jeu, et de le faire précisément en imposant ou en envisageant l'application d'un droit matériel qui veut être appliqué. Donc, si un problème de conformité aux droits de l'homme se pose par rapport aux critères de rattachement, force est d'étendre l'examen de conformité aux règles d'applicabilité aussi⁵. Elles ont en fait une influence pas moindre que celle qui est exercée par ces critères sur la détermination du droit qui sera finalement appliqué: notamment, sur un problème qui touche à l'égalité devant la loi.

Il sera spécifiquement question, ici, de quelques règles qui contribuent à déterminer le domaine d'application de dispositions de droit privé matériel communautaire, ou d'origine communautaire, et qui - ce faisant - impliquent un risque de discrimination. Rarement s'agit-il de dispositions qui veulent être appliquées seulement si les règles de droit international privé ne sont pas à même d'assurer un résultat matériel donné⁶.

Plus souvent, les dispositions de droit privé matériel en question veulent décidément s'appliquer, aux dépens des règles de conflit. Il s'agit, plus précisément, de dispositions communautaires uniformes ou harmonisées qui, en tant que lois de police, réclament application immédiate⁷ dans tous les Etats membres et, le cas échéant, dans des Etats tiers, aussi⁸.

3. Quelques traits spécifiques aux règles d'applicabilité

Le potentiel discriminatoire des règles d'applicabilité est plus poussé que celui des critères de rattachement. Elles poursuivent souvent, on l'a vu, la protection d'intérêts prioritaires de l'Etat du for ou partagés par celui-ci. Par conséquent, en principe elles sont dépourvues de ce caractère universel et de cette nature bilatérale qui au contraire mettent les règles de conflit en quelque sorte à l'abri, on l'a vu, contre le risque de discrimination⁹. D'autre part, une bilatéralisation de règles d'applicabilité en principe unilatérales est toujours possible sur la base de la loi ou de la jurisprudence¹⁰.

⁴ V. ci-dessous, note 29.

⁵ Pour des indications utiles à cet égard, A. Bucher, *Droit international privé suisse*, Tome I/2: *Partie générale – Droit applicable*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1995, nn°. 486-488.

⁶ Deux exemples de disposition de ce type sont fournis par la Convention de Rome 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, articles 5 et 6, concernant les contrats avec les consommateurs et, respectivement, les contrats de travail. V. par. 1.2. ci-dessous.

⁷ Cette notion est utilisée ici comme coïncidant avec celle des règles internationalement impératives.

⁸ Le droit communautaire de la concurrence ayant défriché le terrain: voir le cas commenté par Segré, "Il diritto comunitario della concorrenza", *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1979, pp. 75-78, pour en arriver à CJCE, C-126/97, 1.6.1999, *Eco-Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*, Rec. I-3055.

⁹ A. Bucher, *op. cit.*, nn°. 216-217.

¹⁰ A. Bonomi, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Publication de l'Institut suisse de droit comparé n. 33, Zürich, 1998, pp. 350-354.

Parmi les règles d'applicabilité, les règles qui définissent le domaine d'application des conventions internationales aussi bien de droit international privé que de droit privé matériel uniforme occupent une place à elles. D'un côté, ce sont en principe les conventions elles-mêmes qui précisent les règles d'applicabilité des dispositions uniformes. De l'autre côté, le domaine d'application de ces dernières relève au même temps du domaine d'application de la convention qui les prévoit.

S'agissant en tout cas de régimes de conflit ou matériels d'origine internationale, ils doivent être soumis à une interprétation autonome, qui tienne compte de cette origine. Leur interaction avec le droit purement interne est d'ailleurs non seulement assurée, mais même souhaitable. C'est précisément à cet égard que l'adoption du régime conventionnel en tant que régime de droit commun peut offrir aux Parties contractantes un moyen pour assurer le plein respect du principe de non-discrimination.

4. L'entrée en jeu de la protection internationale des droits de l'homme

Quant au niveau international de la protection des droits de l'homme, il faut l'explorer dans une perspective plus vaste que le principe de non-discrimination. Il s'agit de voir comment la façon traditionnelle d'opérer du droit international privé peut, et doit, être pliée aux exigences de cette protection de la personne humaine en tant que telle qui est cruciale pour la codification et le développement progressif du droit international contemporain.

Nombre de normes de droit international général existent qui, visant la protection des droits humains fondamentaux, ont désormais acquis un caractère internationalement impératif. Ce caractère, d'un côté, empêche l'adoption d'accords ou de contre-mesures dérogatoires et, de l'autre côté, provoque l'entrée en jeu de mécanismes de renvoi du droit interne au droit international général. Dans maints Pays, il s'agit de mécanismes différents de ceux qui s'appliquent aux traités. Par ce biais – aussi bien que par une interprétation conforme du droit national, y-compris le droit international privé – leurs systèmes juridiques assurent le respect des règles internationales générales sur les droits de l'homme.

Les règles internationales impératives visant la protection des droits humains sont essentiellement les standards communs aussi bien au système international des droits de l'homme qu'au droit international humanitaire. Les dispositions parallèles contenues dans l'art. 3 des quatre Conventions de Genève 1949 de droit humanitaire énoncent les droits qui doivent être respectés même au cours des conflits armés (droit aux soins médicaux et à la santé, à la dignité personnelle, à la vie et à l'intégrité physique, sauf que pour les pertes provoquées par des actes légitimes de guerre). Ce n'est pas par hasard que ces dispositions tendent à coïncider, dans les conventions sur la protection des droits de l'homme, avec la mise à l'abri de certains droits (*core rights*) face à la possibilité de dérogation autrement prévue pour les situations d'urgence.

L'art. 4 du Pacte International sur les droits civils et politiques exclut, par exemple, toute dérogation aux articles 6, 7, 8, alinéas (1) et (2), 11, 15, 16 et 18 qui le suivent, même "dans le cas où un danger public exceptionnel menacerait l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel". Il s'agit, à côté du droit à la vie¹¹, de droits dont : la liberté de pensée, le droit à la personnalité juridique, le droit à ne pas être soumis(e) à torture, esclavage, prison pour dettes, responsabilité pénale rétroactive¹². Pour ces droits, et pour l'impossibilité d'y déroger, même la Convention européenne finit par avoir aujourd'hui une valeur de codification¹³.

Pour les droits humains qui n'ont pas atteint ce niveau de protection dans les rapports entre Etats, la protection leur assurée découle des textes conventionnels en vigueur. Ces textes aussi posent un problème de conformité du droit des Parties contractantes, notamment de leur droit international privé, aux obligations de résultat qu'ils envisagent¹⁴. Précisément ce résultat pourrait en effet être mis en échec par les critères de rattachement, ou par les règles d'applicabilité du droit

¹¹ Sauf que pour l'exception dont ci-dessus, texte.

¹² La Convention interaméricaine des droits de l'homme ajoute à ce catalogue les droits suivants: la liberté de conscience et de religion (art. 12), les droits de la famille (art. 17), le droit au nom (art. 18), le droit à la nationalité (art. 20).

¹³ Elle a au contraire une portée innovatrice dans son art. 15, par. 2, qui oblige les Parties contractantes à notifier immédiatement au Secrétaire général du Conseil d'Europe toute mesure dérogatoire adoptée, et les raisons pour cette adoption.

¹⁴ Pour ces autres droits, chaque article qui dans un texte international les proclame tend dans son par. 2 à envisager des restrictions "admises par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique" (v. à ce sujet les commentaires de F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3^{ème} ed., PUF, Paris, 1997, p. 139).

matériel, adopté par ces Etats. Afin que ces critères/règles puissent opérer, certains standards de respect des droits humains doivent, d'ailleurs, être déjà appliqués dans les Etats dont les systèmes juridiques sont en jeu. Presque toutes les circonstances utilisées comme critères de rattachement ou d'applicabilité font en effet l'objet de droits humains énumérés dans les instruments internationaux pertinents, quelle que soit leur génération: nationalité, domicile, résidence, lieu habituel de travail, siège de l'entreprise. C'est ce que l'on verra mieux par la suite.

Il reste à rappeler la limite structurelle des règles internationales de protection des droits de l'homme. Il s'agit de règles qui limitent les obligations des Etats (aussi bien que de l'Union européenne) de respecter certains standards de traitement essentiellement en faveur des personnes relevant de leur juridiction. En principe, un Etat n'est pas obligé à assurer partout dans le monde le droit à l'instruction, la liberté d'association, la sécurité sociale, l'accès aux résultats de la recherche et de la technologie (pour ne citer pêle-mêle que quelques-uns de ces droits). C'est ce qui produit les diversités frappantes qui existent, en termes de niveau de vie et de réalisation des droits humains, d'un Pays à l'autre.

Les Etats obligés doivent d'autre part assurer que, dans leur juridiction, il n'y a pas de discriminations¹⁵ dans la jouissance non seulement de ces droits, mais de tout droit attribué aux privés par leurs systèmes juridiques¹⁶.

5. Critères de rattachement et règles d'applicabilité de droit européen

Pour les Etats membres de l'Union européenne et pour les institutions communautaires, en tant que législateurs et juges des conflits des lois, ces engagements impliquent que même les critères uniformes de rattachement, et les règles d'applicabilité du droit privé communautaire ou d'origine communautaire, doivent être compatibles avec les droits de l'homme, notamment le droit à l'égalité devant la loi. En fixant ces critères, et/ou en adoptant de telles règles, les Etats membres et les institutions disposent en effet des situations juridiques des personnes "relevant de leur juridiction". Cette sujétion à l'emprise de la juridiction étatique est en effet le premier critère d'applicabilité des dispositions qui codifient la protection internationale des droits de l'homme. Eh bien, c'est précisément autour de cette condition que la question du double standard de traitement se pose dans la perspective de la forteresse Europe¹⁷.

6. La leçon de milieux limitrophes

L'intérêt pour ce type d'analyse est rendu plus aigu par des expériences limitrophes en cours tant au sein du processus d'intégration européenne que dans le droit international des échanges commerciaux.

- Le soin avec lequel la Cour de Justice des Communautés a pesé les règles d'applicabilité du droit communautaire et du droit des Etats membres, par rapport aux libertés de circulation dans le marché intérieur, s'est traduit en effet dans un savoir-faire précieux pour dégager les différents aspects du droit à la non-discrimination. Les quatre libertés impliquent, par exemple, une obligation de traitement national aussi bien que de la nation la plus favorisée entre citoyens européens. Par conséquent, la nationalité a subi une relativisation marquée dans l'Union européenne en raison de la prohibition de discrimination fondée sur ce critère entre ressortissants des Etats membres. Il s'agit d'une relativisation qui prête à déborder à l'extérieur de l'Union. Parallèlement, la Cour de justice a détecté les discriminations qui, même déguisées sous la forme de règles d'applicabilité fondées sur d'autres critères, sont en réalité des discriminations sur la base de la nationalité: bannies, en tant que telles, au sein de la Communauté.

¹⁵ La liste la plus complète, bien qu'à caractère non-exhaustif, des critères de discrimination ("de tout genre") bannis est donnée par la Convention 1989 sur les droits de l'enfant, art. 2. Il s'agit, par rapport aussi bien à l'enfant qu'à ses parents ou gardiens, de critères tels que: race, couleur, sexe, religion, opinion politique ou autre, origine nationale ethnique ou sociale, propriété, désavantage, naissance ou autre état.

¹⁶ Art. 26 Pacte international sur les droits civils et politiques; art. 14 CEDH révisée (1998).

¹⁷ Voir ci-dessous, par. 3.1.

Plus que cela. Les citoyens européens bénéficient du principe de la reconnaissance mutuelle, notamment du droit à la non-discrimination lorsqu'ils remplissent des conditions équivalentes, et pas nécessairement égales, à celles des nationaux.

L'ambiguïté du droit international privé par rapport à la défense de discrimination ressortit bien de ces développements. D'un côté, cette défense n'a pas impliqué un abandon total de la nationalité en tant que critère de rattachement en droit international privé européen et, moins encore, un obstacle au recours au droit international privé en tant que technique, voire objet, d'harmonisation communautaire. Dans ce domaine, la tendance a été plutôt dans le sens d'une application non discriminatoire, et donc en principe bilatérale et universelle, des règles de conflit. Même les règles communautaires de droit international privé uniforme ou harmonisé établissent en principe des critères qui, en assurant le rattachement à un ou plusieurs systèmes juridiques étrangers, servent en même temps à délimiter le domaine d'application du droit matériel du for.

La tendance à privilégier en Europe des critères alternatifs à la nationalité n'a pu donc rester sans effet pour les sujets privés et, en général, pour la personne humaine en tant que telle, aussi longtemps que les règles de conflit d'origine communautaire gardent un caractère universel.

Le problème reste, d'ailleurs, de comment raccourcir la distance dans le niveau de protection entre, d'un côté, le milieu européen et, de l'autre côté, le reste du monde, notamment du monde en voie de développement.

- Précisément à cet égard, il faut tenir compte des tendances en cours dans l'application des clauses d'exception contenues dans les accords annexés au Traité établissant l'OMC, qui permettent aux Etats membres la protection unilatérale d'intérêts prioritaires à caractère non économique. L'on se réfère ici au contentieux concernant l'application de dispositions du type énoncé dans les articles XX Gatt ou XIV Gats.

Le premier article – qui a inspiré non seulement le deuxième, mais déjà les clauses de sauvegarde contenues dans le Traité CE – permet aux Etats membres de l'OMC de déroger à l'application du Gatt pour la protection d'intérêts tels que: la morale publique, la vie et la santé des personnes, des animaux ou des plantes, la propriété intellectuelle et la prévention des pratiques déloyales, pour en finir avec le patrimoine artistique, historique et archéologique¹⁸. Une tendance actuelle, bien que minoritaire, vise à attribuer à ces clauses une portée « extraterritoriale ». On dépasse ainsi leur interprétation traditionnelle, qui les voit comme destinées à sauvegarder, grâce à la liste d'intérêts prioritaires qu'elles contiennent, des intérêts exclusivement « privés » (*private concerns*) de l'Etat importateur.

En effet on discute dernièrement, devant les organes de garantie de l'Organisation, si ces clauses couvrent ou non les mesures des Etats membres qui visent la protection même d'intérêts « publics » (*public concerns*): voir l'environnement, la santé, les droits fondamentaux des travailleurs, notamment les enfants, mis en danger par et dans les Pays exportateurs à cause des procès et méthodes de production (PPM)¹⁹.

Il est légitime, alors, de s'attendre à des coïncidences ou à des miroitements – le long du parcours d'affirmation des droits fondamentaux – entre, d'un côté, les critères de rattachement dip, et les règles d'applicabilité du droit matériel, en vigueur en Europe et, de l'autre côté, les règles d'applicabilité du régime conventionnel des échanges commerciaux (qu'il s'agisse de marchandises, de services ou des aspects du commerce international ayant une incidence sur les droits de propriété intellectuelle).

¹⁸ Les articles XXI Gatt et XVI bis Gats énoncent à leur tour les exceptions de sécurité, qui ont elles aussi leurs pendants dans le Traité CE. L'on préfère toutefois laisser ces éléments à côté, pour ne pas alourdir cet exposé de références au droit international public.

¹⁹ L'évolution dans l'interprétation de ces clauses répond d'ailleurs au caractère impératif reconnu au cours des années à la protection internationale des droits humains fondamentaux (*core rights*). À cet égard P. Lamy, Les droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre des activités des organisations internationales pour le développement, Communiqué de presse de la Commission européenne, 7 mai 2001, par. 2.3.

I. Critères de rattachement

1.1. La nationalité

Une relativisation annoncée?

Plusieurs facteurs sembleraient contribuer à relativiser la nationalité en tant que critère de rattachement, dans la lutte contre les discriminations fondées sur cet élément entre ressortissants des Etats membres de la Communauté/Union européenne.

Parmi les causes pathologiques on peut mentionner le déplacement forcé de masses d'un Pays et d'un continent à l'autre, en fuite de la guerre, de la faim et de l'inégalité radicale de leurs conditions de vie : conditions devenues intolérables face à celles, désormais visibles et connues partout, atteintes par le continent du bien-être. Pour les réfugiés, ainsi que - à plus forte raison - pour les apatrides, l'exigence de remplacer la nationalité par d'autres critères de rattachement est l'exigence primaire à laquelle les conventions internationales concernant le statut de ces personnes s'adressent.

Aux causes de signe positif appartiennent d'autre part la mondialisation et, précisément, cette protection des droits humains dont est question ici.

Pour s'en tenir à ces dernières causes, si la mondialisation était conçue dans son sens plus radical, elle dépasserait en même temps les souverainetés étatiques et ce pilier de la souveraineté qui est représenté par la nationalité. C'est à partir de ce rattachement que la base sociale dont l'Etat souverain se nourrit prend forme, vie et traits caractéristiques.

Même la protection des droits humains semblerait d'autre part jouer en faveur d'une banalisation du rôle de la nationalité. À partir du moment où la personne est protégée en tant que personne humaine, et voit son statut défini, dans les systèmes juridiques des différents Etats, d'après des standards communs, toute différence de traitement pourrait sembler destinée à s'évanouir. C'est ce qui pourrait sembler vrai aussi pour les personnes juridiques, à travers lesquelles des individus expriment et réalisent leurs droits fondamentaux.

Il s'agirait, néanmoins, d'une fausse impression.

Vitalité d'une mutation

a) Déjà au point de vue économique, la mondialisation n'implique pas l'abolition des différences entre les différents marchés étatiques. Au point de vue juridique, cela est encore plus vrai. La mondialisation ne banalise pas les frontières entre un Etat et l'autre, ni a-t-elle raison du manque de continuité entre une souveraineté et une autre: elle implique plutôt l'exploitation de la possibilité de bouger d'un domaine à l'autre. Dans ses traits essentiels, la souveraineté revêt simplement des formes plus subtiles et sophistiquées que celles traditionnellement connues.

L'accélération et la multiplication des échanges impliquent ainsi la possibilité de jouir de plusieurs nationalités, rendant plus facile pour un individu et, pourquoi pas?, pour une société ou une personne juridique, de satisfaire les conditions pour les obtenir. Il faut d'autre part se demander pour lesquels des sujets de droit existant dans le monde cette tendance opère.

La tendance à l'ouverture des milieux nationaux est en réalité jouée avec une très grande attention à distinguer entre, d'un côté, les destinataires de l'offre d'hospitalité et d'incorporation et, de l'autre côté, les personnes à exclure. La tendance décrite est contrecarrée par un cloisonnement accentué des pistes d'entrée, l'objectif étant de sélectionner avec soin les présences utiles, à encourager, et de se défendre des autres.

b) L'on rencontre ainsi de nécessité, dans ces notes préliminaires, la citoyenneté européenne. La citoyenneté européenne est attribuée par rapport à la nationalité d'un Etat membre²⁰. La citoyenneté européenne représente donc une forme de double nationalité, bien qu'assez peu homogène avec celle dont elle dépend. Elle est un faisceau de droits déterminés; lui fait spécifiquement défaut ce caractère totalisant qui, en principe, qualifie une nationalité étatique. Nous intéressera pourtant par la suite de voir si la citoyenneté européenne elle-même peut venir en jeu en tant que critère de rattachement ou d'applicabilité²¹.

²⁰ Pour l'exclusion d'une certaine catégorie de ressortissants d'un Etat membre, et notamment des citoyens britanniques d'outre-mer, du nombre des citoyens de l'Union, v. toutefois l'affaire Kaur (CJCE, C-192/99, 20.2.2001, *The Queen/Secretary of State for the Home Dept ex parte Kaur*, Rec. p. I-1237).

²¹ V. par. 3.1.3. ci-dessous.

Tendances à la nationalité double ou plurielle

Pour le moment, la référence faite à la citoyenneté européenne suggère plutôt de rappeler comment aujourd'hui nombre des personnes physiques et juridiques ont une inclination à profiter de nationalités et statuts différents, suivant les faisceaux de droits tour à tour en question: quasiment des formes de citoyenneté fonctionnelle.

D'autre part, en dépit de sa dimension fonctionnelle, la notion de citoyenneté européenne – ainsi qu'elle se matérialise, à partir des libertés de circulation dans le marché intérieur, dans les droits fondamentaux en cours de codification²² – est employée par les institutions communautaires d'une manière assez proche de l'attitude que les Etats tiennent à l'égard de leur propre citoyenneté.

La décision de la Cour de Justice sur l'Affaire Micheletti reste intéressante à cet égard. Il s'agit d'un cas où, à titre préjudiciel, la Cour de Justice reconnut qu'en présence d'une double nationalité, d'Etat membre et d'Etat tiers, la première prévaut, aux fins de l'application du droit communautaire, même là où elle est la moins effective²³. L'on constate ainsi, dans une institution communautaire, une attitude semblable à celle que les Etats nationaux tiennent en cas de cumule de nationalités, dont la leur²⁴.

Une pluralité de rattachements est même plus intéressante lorsqu'il s'agit d'une société ou personne juridique liée à deux Etats membres. Dans l'affaire *Segers* la Cour de Justice a été appelée à répondre à titre préjudiciel à des questions liées à la décision de l'autorité néerlandaise de nier un traitement de sécurité sociale favorable à Monsieur Segers, ressortissant néerlandais, en raison de la localisation dans un autre Pays membre du siège de la société dont il était l'administrateur unique. Il s'agissait de la société qu'il avait décidé de constituer au Royaume-Uni pour des simples motifs d'image et de rapidité dans la procédure de création²⁵. L'activité sociale se déroulait par ailleurs aux Pays-Bas, tandis que le personnel, y-compris les cadres, était formé par de ressortissants et résidents dans ce dernier Pays. La Cour a énoncé alors le principe d'après lequel pleine liberté existe dans la Communauté pour les opérateurs économiques de s'enraciner à leur gré dans n'importe quel des Etats membres, d'après la forme sociétaire qu'ils préfèrent parmi celles qui y sont connues. Il s'agit d'une liberté qui n'est pas conditionnée par la qualité du rattachement, plus ou moins étroit, entre cet opérateur, son activité, et le système choisi.

La compétition entre systèmes Pays

Ce qui vient à la surface ainsi est un élément présent dans certains segments du contexte global et désormais typique du contexte européen, à savoir la compétition entre systèmes Pays. Pour les personnes juridiques aussi bien que pour les personnes physiques, la notion synthétique de citoyenneté finit par résumer les services que ces systèmes assurent. Même pas l'intégration régionale n'élimine donc le problème de la nationalité ; au contraire, il le maintient bien vivant, du moment qu'il le transforme dans un instrument de la compétition. À ce point-ci, si un problème existe actuellement en matière de nationalité, et de double nationalité, il ne s'agit pas tellement d'une tendance au déclin, mais du fait que des liens semblables, ou qui tendent à avoir une intensité semblable à celle de la nationalité, peuvent être aujourd'hui plus que deux. Des rapports qui pourraient être considérés équivalents à la nationalité se multiplient.

Le problème se lie à son tour à des données plus de fond, qui ont à faire avec les systèmes non seulement économiques, mais culturels, et avec le contexte politique et social. Faisant suite à l'écroulement des idéologies, des rapports totalisants, un lien traditionnellement totalisant lui aussi comme la nationalité tend maintenant à se fragmenter et à devenir plus léger. L'on cumule ainsi plusieurs liens qui ressemblent à la nationalité, mais qui ont une épaisseur réduite par rapport à elle. C'est ce qui ne doit pas étonner.

C'est bien vrai que, dans le monde des rapports interindividuels sur lequel Mancini bâtit son système de droit international privé, la nationalité devait servir de critère principal pour déterminer

²² Est éclairant à cet égard l'affaire Garcia Avello, CJCE C-148/02, 2.10.2003.

²³ CJCE, C-369/90, 7.7.1992, *M.V. Micheletti/Delegacion del Gobierno de Cantabria*, Rec. p. I-4240. Dans l'espèce, il s'agissait d'un national argentin qui, étant intéressé à obtenir le traitement d'un citoyen communautaire, et donc à faire valoir sa nationalité italienne en Espagne.

²⁴ La Loi 218/95, qui a réformé le droit international privé en Italie, précise à l'art. 19 que, dans les cas de double nationalité, la nationalité italienne qui y soit comprise prévaut en tout cas.

²⁵ CJCE, C-79/85, 10.7.1986 *Segers/Bedrijfsvereniging*, Rec. p. 2375 .

la loi applicable aux rapports « nécessaires » (famille et successions), tandis que la volonté des parties était le critère principal pour déterminer la loi applicable aux rapports « volontaires » : concernant, plus précisément, les rapports économiques. Il est vrai qu'à présent même les rapports nécessaires – et donc de famille ou contiguës – sont soumis à un procès qui tend à les rendre plus légers. Ces rapports sont en d'autres mots en train de se fragmenter, de devenir moins totalisants. Les solutions aux conflits de lois concernant les rapports volontaires commencent à avoir timidement un rôle même à l'égard des rapports que l'on définissait comme nécessaires. En parallèle avec cet émiettement, dans les Pays avancés, d'un lien qui jadis était exclusif, l'on peut s'attendre à une pluralité de nationalités légères, plus qu'à des simples cas de double nationalité.

À partir de ces prémisses, une réponse possible découle pour le problème des rattachements alternatifs, discutés dans des contextes différents par nombre d'experts (Kohler, Bucher, Carlier). Au centre du débat est la nécessité de passer à travers des tribunaux étrangers pour obtenir la consécration de situations juridiques auxquelles en principe l'ordre public du for s'oppose, mais non pas dans ses formes atténuées. Si aujourd'hui il est possible de détecter en Europe, et même dans d'autres milieux, la compétition entre systèmes Pays (systèmes juridiques inclus), ce que Carlier appelle hypocrisie²⁶, et Andreas Bucher disproportion dans les moyens juridiques et juridictionnels imposés pour réaliser des droits fondamentaux (art. 8 CHDH)²⁷, est au fond, soit-il provisoirement, inévitable. Le débouché naturel de cette compétition sera l'harmonisation autonome²⁸ sur le droit des vainqueurs. Entretemps, il revient aux juges des conflits de neutraliser autant que possible la différence de traitement produite par le recours aux services judiciaires d'Etats divers quoiqu'appelés à l'application d'un même droit.

Un phénix toujours prêt à ressusciter

Bien que coincée par d'autres critères, ou replacée de plus en plus par des éléments plus objectifs sous-jacents, la nationalité reste un phénix qui, dans les rapports entre Etats aussi bien qu'entre privés, est toujours prête à ressusciter. Elle a presque disparu, certes, comme critère de rattachement explicite pour les rapports commerciaux et économiques : notamment, les rapports que Mancini appelait de droit volontaire. Même dans ce domaine, elle est bien souvent récupérée lorsqu'il s'agit de matérialiser (en combinaison avec d'autres indices) le lien le plus étroit pour les contrats dont la loi applicable ne fait pas l'objet d'un choix des parties²⁹.

Moins facile est-il de se passer de la nationalité pour ce qui est des rapports de droit nécessaire : notamment, rapports de famille, succession, capacité etc. L'on rencontre ici un rôle de la nationalité dans la construction de l'identité de la personne. Mancini avait imaginé ce rôle comme provisoire, dans l'attente d'un remplacement graduel des Etats par les nations en tant que protagonistes des relations internationales.

Au contraire, ce rôle s'est révélé non seulement persistant, mais placé au carrefour entre droit international privé et protection des droits de l'homme. Premièrement, la nationalité est l'objet d'un droit humain correspondant (art. 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme³⁰; art. 20 de la Convention américaine sur les droits humains 1969³¹; arts. 7 et 8 de la Convention 1989 sur les droits de l'enfant, ce dernier article imposant aux Etats le respect du droit de l'enfant à maintenir sa nationalité en tant que dimension de son identité). Deuxièmement, de la jouissance ou moins de la nationalité d'un Pays relève aussi ce droit à y entrer, ou rentrer, qui est à son tour un droit humain en soi³². A ce point-ci, toute interchangeabilité avec d'autres critères de rattachement cesse, indépendamment de l'épaisseur du lien qu'ils établissent entre une personne et des Etats donnés. Seule la nationalité s'accompagne au droit humain d'entrer ou de rentrer dans leur territoire.

²⁶ Y. Carlier, "La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié?", *Jour. Trib.*, 1985, p. 108.

²⁷ A. Bucher, "Droit international privé et l'article 8 CEDH", Gedip, Paris, 2002.

²⁸ E. Jayme-L. Picchio Forlati (a cura di), *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, Cedam, Padova, 1990, p. viii.

²⁹ V. par. 1.7., ci-dessous.

³⁰ "1. Everyone has the right to a nationality. – 2. No one shall be arbitrarily deprived of his nationality nor denied the right to change his nationality".

³¹ Sur l'impossibilité de suspendre cet article même en cas de guerre, danger public ou autre situation d'émergence qui menace l'indépendance ou la sécurité du Pays, cf. art. 27. V. également par. 4, spéc. note 11, ci-dessus.

³² Pacte international sur les droits civils et politiques 1966, art. 12, par. 4; Convention interaméricaine cit., art. 22, par. 5.

De la neutralité du dip au rattachement non-discriminatoire, moyennant la pondération des droits humains en jeu

Aux fins spécifiques du droit international privé la ligne de collision entre la nationalité, en tant que critère de rattachement, et droits humains est représentée par le principe de non-discrimination. La collision s'avère là où la règle de conflit donne une priorité injustifiée à la nationalité de l'une des parties au rapport juridique. La réponse des cours constitutionnelles aux questions soulevées à cet égard a effacé une fois pour toutes la prétendue neutralité du droit international privé³³.

D'autre part, c'est la discrimination non justifiée qui est bannie. Il en est autrement pour la différence de traitement raisonnablement imposée par la loi dans l'exercice de cette marge d'appréciation qui est laissée aux Etats dans l'imposition de limites aux droits fondamentaux nécessaires dans une société démocratique. C'est ainsi que la Cour de Cassation française a considéré admissible en France l'application de la loi brésilienne qui défend l'adoption de légitimation plénière aux adoptants nationaux et résidents étrangers, en dépit de la protection de la vie privée et des relations de famille dont aux articles 12 de la Déclaration universelle, 8 CEDH et 17 du Pacte international sur les droits civils et politiques. On a ainsi donné priorité à l'exigence de réduire au minimum l'éloignement des mineurs de leur milieu d'origine qui est sauvegardée aussi par l'art. 21 de la Convention sur les droits de l'enfant et le caractère subsidiaire imprimée à l'adoption internationale. La différence de traitement put d'autre part être considérée raisonnable, compte tenu d'une possibilité de recours dans le cas d'espèce à l'adoption simple³⁴.

1.2. Résidence

La résidence en tant qu'objet de droits de l'homme

Même la résidence en tant que critère de rattachement de droit international privé européen se trouve exposée à l'incidence de la protection des droits humains et aux vicissitudes de la nationalité qui en résultent. Autant que le rôle de cette dernière recule, la résidence voit sa fonction de rattachement renforcée, en alternative ou subsidiairement au domicile, même grâce à l'art. 12 de la Convention de New York 1954 sur le statut des apatrides³⁵.

Le droit humain à la résidence acquiert aujourd'hui une dimension dramatique en réponse aux déplacements forcés ou en masse. Le droit au retour est devenu ainsi un thème inéluctable de négociations spécifiques dans le cadre du *peace-building* post-conflituel. Il est conçu à cet effet

³³ Pour les thèses débattues en Allemagne et en Italie après l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale et de la Constitution, respectivement, et jusqu'aux années '80, R. Quadri, "Art. 18", A. Giardina-R. Quadri, *Disposizioni sulla legge in generale*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Bologna, il Foro Italiano-Roma, 1978, pp. 142-146. Il s'agit de débats autour de la question de savoir si des dispositions dip étaient passibles d'un contrôle de constitutionnalité quant aux critères de rattachement utilisés, Pour la réaction aux deux jugements nn. 71 et 477 de 1987 de la Cour constitutionnelle italienne, dont l'illégitimité des articles 18, alinéa 2, et 20, alinéa 1, des dispositions dip préliminaires au Code civil, B. Barel e B. Costantino (a cura di), *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità*, Cedam, Padova, 1990, pp. vii-222. Ces dispositions sont tombées pour incompatibilité avec le principe d'égalité devant la loi, ayant confié le rattachement dip en matière de rapport familiaux à la nationalité du mari et père respectivement. Pour un parallèle avec d'autres expériences en Europe, notamment les jugements de la Cour constitutionnelle allemande 1971, 1983, et 1985, et le système de de protection des droits civils en France, *ibidem* : T. Ballarino, pp. 182-186; Ancel, pp. 85-93; D. Looschelders, „Die Ausstrahlung der Grund und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht“, *RabelsZ* 65, 2001, pp. 467-475; P. Mayer, "La Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. Cr. Dr. Int. Priv.*, 1991, pp. 651-665, même par rapport aux nouveautés législatives qui sont sorties de la jurisprudence constitutionnelle allemande (*ibidem*, pp.663-664).

³⁴ Cass. franç. 31 janv. 1990, *Rev. Cr. Dr. Int. Priv.*, 1990, p. 519 ss., note Poisson-Dracourt. Pour un commentaire, Viviani, "Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico", in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1999, p. 860. Pour le principe de subsidiarité de l'adoption à l'étranger, E. Jayme, « Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne », Cours général de droit international privé, 251 RdC, 1995, p. 56.

³⁵ Voir par. 1.3. ci-dessous.

comme droit de retour non seulement dans son propre Pays mais, plus précisément, à sa maison et à son lieu de résidence³⁶.

En général, la résidence est le résultat de l'exercice de la liberté de mouvement, aussi bien qu'une dimension essentielle de la vie privée; elle est étroitement liée au droit au logis³⁷. En tant que critère de rattachement, elle est utilisée dans la plupart des cas comme résidence habituelle. D'autres qualifications peuvent s'ajouter.

Dans le cadre des rapports de mariage, c'est la résidence commune qui fut valorisée, par exemple, par l'arrêt *Rivière* du 17 avril 1953 en France³⁸. Le même critère de rattachement fut consacré ensuite par maintes codifications du dip en Europe, en tant que dimension de « l'idée civiliste du lien unique d'alliance, de mutualité et réciprocité entre les époux »³⁹. Cet arrêt marqua le début d'une évolution qui a fini par identifier le rattachement décisif quant à la loi compétente à régler les rapports familiaux dans le centre de la vie familiale: notamment, un critère qui prête à faire place à d'autres membres de la famille et, avant tout, aux enfants. En matière de droit applicable aux rapports de droit privé concernant les mineurs (adoption, garde d'enfants), la note dominante rest d'ailleurs la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La résidence d'après la Convention de Rome de 1980

Pour les rapports privés d'un contenu économique et, plus spécifiquement, pour désigner la loi qui régit les aspects matériels des obligations contractuelles, la résidence est utilisée par l'art. 4, par. 2, de la Convention de Rome de 1980. D'après cette disposition, la résidence du prestataire caractéristique est présumée indiquer – sauf preuve contraire – l'Etat avec lequel le contrat a le lien le plus étroit: la loi duquel, par conséquent, le régit. En tant que circonstance présomptive indiquée à l'avance, la résidence partage de la nature et de la fonction des critères de rattachement. De même que ces derniers, elle est donc passible d'une appréciation à la lumière des standards de protection des droits humains, voire du principe de non-discrimination. Le fait reste les aspects critiques d'une telle appréciation concernant la circonstance présomptive – notamment, le siège (principal ou secondaire) – à employer dans le cas où le prestataire caractéristique agirait à titre professionnel. Force est donc d'en traiter par la suite.

Ici il est intéressant plutôt de considérer comment les rédacteurs de la Convention ont fait usage du critère « résidence » pour faire face, dans les articles 5 et 6 suivant, à des exigences de protection sociale.

L'art. 5 – pour désigner la loi applicable aux contrats conclus avec les consommateurs – abandonne aussi bien la présomption relative à des fins de rattachement que la clause d'exception en faveur du lien le plus étroit. Quant à la loi applicable aux contrats de travail, l'art. 6 ignore la technique des présomptions, mais retrouve la clause d'exception⁴⁰.

³⁶ Cf.: G. Balladore Pallieri, "Les transferts internationaux de populations", *Annuaire IDI*, 1952, pp. 138-148; K. R. Radley, "The Palestinian refugees: the right to return in international law", *AJIL*, 1978, pp. 586-614; L.-A. Sicilianos (éd.), *Nouvelles formes de discrimination/New Forms of Discrimination*. Editions A. Pedone, 1995, p. 243; E. Rosand, "The right to return under international law following mass dislocation: the Bosnia precedent?", *Mich JIL*, 1998, p.1121; Id., "The Kosovo crisis: implications of the right to return", *Berk JIL*, 2000, pp. 229-230.

Il en est autrement pour le retour individuel au Pays de résidence habituelle pour l'enfant enlevé d'après la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants 25.10.1980: cf. E. Freedman, "International Terrorism and the Grave Physical Risk Defence of the Hague Convention on International Child Abduction", *Int. Fam. Law Jour.*, 2002, pp.3-4. Extensively on the distinction between the right to return and the right of return, S. Pinton, *The right to return of dislocated persons: recognition, ad hoc mechanisms and implementation*, LL.M thesis, University of California, Berkeley, Boalt Hall Law School, 2004, pp. 1-100.

³⁷ Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 25, transposé fidèlement dans le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, art. 11 et, dans une forme atténuée, dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et donc dans la Partie II de la Constitution pour l'Europe, art. II-34, par. 3.

³⁸ *Rev. Cr. Dr. Int. Priv.*, 1953, p. 412, note H. Batiffol.

³⁹ Ansel, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁰ Il va sans dire que les articles 7, en matière de règles internationalement impératives ou d'application immédiate, et 16, concernant l'ordre public, opèrent aussi. A ce dernier égard, cf. Cass. it., Sect. Travail, 11.11.2002, n°. 15822, *Foro it.*, 2003-I, 484-490, qui exclut – en raison de la contrariété l'ordre public même communautaire – l'application de la loi américaine qui aurait admis la résiliation du contrat de travail conclu par un ressortissant italien employé aux Etats-Unis sur la base de la simple décision de l'employeur, dans l'espèce une banque italienne.

Consommateurs

Le statut des consommateurs est destiné à avoir une place importante dans la présente analyse, en tant que charnière entre droit européen et droits de l'homme. Peut-être à raison de ses racines dans le droit de l'économie, le droit de la Communauté est à l'avantgarde dans ce secteur et a contribué d'une façon décisive à l'insertion des droits des consommateurs parmi les droits humains. La Charte des droits fondamentaux, avec son art. II-38 qui conclut le Titre IV dédié à la solidarité, marque le point d'arrivée d'une longue marche, dont même la Convention de Rome avec son art. 5 fait partie.

Dans cet article, le choix des critères de rattachement a été inspiré par des exigences de protection qui ont porté à identifier la partie faible dans le consommateur passif: le seul en faveur duquel l'art. 5 opère. Le consommateur actif est par contre laissé à l'application des critères de rattachement généraux: choix des parties et présomptions du lien le plus étroit selon l'art. 4, avec les problèmes qu'on va signaler à cet égard par la suite. Tout au plus, il pourra invoquer en sa faveur les règles internationalement impératives ou l'ordre public, mais en donnant alors relief au cas concret, plutôt qu'à son appartenance à la catégorie « consommateurs »⁴¹.

Un résultat intéressant de l'analyse qui suit sera que, sur la scène mondiale, ce sont précisément des couches de consommateurs des Pays avancés - les consommateurs actifs - qui se rangent avec détermination en faveur des droits humains. Les effets d'un tel engagement sur le jeu du droit international privé attendent d'être identifiés.

Plus précisément, ces consommateurs emploient leur pouvoir sur le marché de façon à imposer aux producteurs/vendeurs/professionnels, et même d'autres pays, des conditions qui garantissent la protection de droits de l'homme divers. Il s'agit plus particulièrement de conditions dans lesquelles les méthodes et procès qui touchent à l'organisation du travail et à la sécurité sociale, à l'environnement, à la santé, au respect des identités culturelles dans les Pays de production ou d'origine, sont au premier plan. Cet engagement est finalement indépendant de la localisation du procès de production ou des sources d'approvisionnement. Il vise, à côté de la production communautaire à l'intention du marché intérieur, la production dans l'Union destinée aux consommateurs de Pays tiers. Quant aux produits qui, à partir de ces Pays, sont destinés à l'Union, une discrimination positive marquée est poursuivie par le mouvement des consommateurs actifs en faveur des producteurs traditionnels des Pays en voie de développement. Assurer à leurs produits des débouchés à conditions équitables sur les marchés des Pays avancés est une forme de soutien devisé au niveau transnational pour la réalisation des droits humains économiques et sociaux: dimension efficace de la mondialisation humanitaire et de la prise en responsabilité d'intérêts publics (*public concerns*) de la part des privés.

Contrats de travail

Naturellement, c'est avant tout aux Etats qu'il revient de faire face aux exigences de protection sociale. Ce sont eux qui disposent des moyens juridiques et financiers pour avoir raison des situations de désavantage, individuelles et collectives, les plus marquées. Il arrive ainsi que, lorsque la Convention de Rome a fixé, avec l'art. 6, une règle spéciale uniforme en matière de loi applicable aux obligations contractuelles naissant d'un contrat individuel de travail, cette disposition a été saluée comme dictée en faveur du travailleur, partie faible.

En réalité, cela est vrai pour les alinéas 1 et 2, lettre *a*). Il ne l'est pas par rapport à la lettre *b*) de l'alinéa 2. La lettre *b*) indique la loi applicable dans le cas, de plus en plus fréquent à cause de la déstructuration et délocalisation des activités économiques, de défaut d'un lieu où le travailleur exécute habituellement son travail. Précisément pour ce cas, l'article 6 envisage comme applicable la loi du pays où se trouve le siège qui l'a embauché.

Cette solution au conflit de lois visé sacrifie, à l'avantage de l'entreprise qui en principe se trouve déjà favorisée par la possibilité de choix, l'application de la règle générale dictée à l'article 4, par. 2, de la même Convention. Il s'agit d'un cas où l'application de la loi du siège du prestataire caractéristique jouerait en faveur de la partie structurellement faible du contrat, notamment le travailleur, en rendant applicable une loi qui lui est familière comme la loi de sa résidence habituelle. Mais, pour le travailleur prestataire caractéristique, cette loi est écartée. On fait place plutôt à un critère, la localisation du "siège" d'embauche, que l'entreprise peut librement déterminer à l'heure de la mondialisation.

Le revirement que cette solution de droit international privé uniforme a imposé à la culture de la protection sociale, par exemple, en Italie peut se mesurer à travers l'étude des travaux de la

⁴¹ Pour une protection supplémentaire, v. de toute façon ci-dessous, par. 3.2.

Commission chargée de la révision du droit international privé italien. Au cours de ces travaux qui se déroulèrent dans la deuxième moitié des années '80, beaucoup de soin fut concentré sur une disposition alternative à l'article 6 de la Convention. Ce texte aurait précisément remplacé, pour les cas exclus du domaine d'application de la Convention, le critère du siège d'embauche par celui de la résidence habituelle du travailleur.

D'une façon paradoxale, le fait que le Parlement italien ait choisi d'abandonner un texte autonome en matière de loi applicable aux obligations contractuelles, en faveur de l'application "in ogni caso" des règles conventionnelles, y-compris l'art. 6, par. 2, b), a eu un coût social qui a à faire avec notre analyse. Ce faisant, l'on a renoncé à protéger le travailleur, en tant que partie structurellement faible du contrat de travail, au moment d'établir un critère de rattachement subsidiaire pour le cas où il n'y ait pas un lieu habituel de travail. La question relève-t-elle des droits de l'homme? Pour une réponse affirmative, qu'il suffise de rappeler que l'égalité des armes dans les rapports juridiques est une dimension essentielle de la non-discrimination. Cette égalité se réalise entre autres à travers la connaissance de la loi et la familiarité avec les droits qui en découlent.

À son tour, cette connaissance n'est pas un fait purement individuel mais le produit d'un milieu social. Pour qu'une connaissance collective soit partagée utilement par des parties désavantagées, il doit s'agir d'un milieu solidaire avec celles-ci. Pour le travailleur, en principe ce milieu existe sur le lieu habituel de travail et trouve un moyen d'expression privilégié dans les organismes de représentation collective⁴². Mais, lorsque l'activité de travail n'a pas une localisation habituelle donnée, ce sera plutôt dans un milieu familier et connu comme celui de sa résidence habituelle que le travailleur prend conscience de ses droits et mûrit ses attentes, aussi bien que la décision, le cas échéant, de les faire valoir.

1.3. Domicile

Le premier problème que l'on rencontre en prenant en considération le domicile comme critère de rattachement est l'interprétation du terme. La notion de domicile est différente non seulement en Angleterre et Irlande, par rapport aux autres Pays européens, mais entre ces derniers, aussi⁴³. C'est ce qui rend indispensable de déterminer la loi d'après laquelle en établir l'existence (loi du for ou, plus fréquemment, la loi qui se présente comme applicable au rapport à régler). Cet aspect est d'autant plus important car, avant de pouvoir fonctionner en tant que critère de rattachement, d'après la notion adoptée par plusieurs Pays (parmi lesquels l'Italie) le domicile exprime directement les libertés d'initiative économique et d'établissement professionnel. Dans les Pays anglo-saxons il est d'autre part une dimension tellement essentielle de, et pour, la vie des personnes, qu'elles ne peuvent avoir qu'un domicile⁴⁴. D'ailleurs, d'après le droit anglais un changement de nationalité en soi n'affecte pas le domicile.

Quelle que soit donc la notion de domicile acquise, la possibilité de matérialiser le domicile comme critère de rattachement dépend du respect assuré à des droits fondamentaux subjacents. Il est instructif – par exemple – de retracer ces derniers dans la codification la plus récente, notamment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et donc dans la Partie II de la Constitution pour l'Europe, art. 15, par. 2⁴⁵, et art. 7⁴⁶, respectivement.

Comme on l'a vu, le rôle du domicile en tant que critère de rattachement a été d'ailleurs renforcé par l'application de la Convention de New York 1954 sur le statut des apatrides⁴⁷, dont

⁴² Pour l'enracinement de ce rôle des syndicats dans le Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, évoqué par le Commissaire du Gouvernement dans *l'Affaire Compagnie internationale des Wagons-Lits*, M.me Questiaux, *Rev. Cr. Dr. Int. Priv.*, 1974, p. 344 (p. 273 pour les commentaires de P. Franceskakis).

⁴³ Au niveau mondial, le Comité des Droits de l'homme des Nations Unies, dans son commentaire général 16, dédié à cet art. 17 du Pacte international sur les droits civils et politiques qui reproduit fidèlement l'art. 8 CEDH, remarque: "The term "home" in English, "manzel" in Arabic, "zhùzhái" in Chinese, "domicile" in French, "zhilische" in Russian and "domicilio" in Spanish, as used in article 17 of the Covenant, is to be understood to indicate the place where a person resides or carries out his usual occupation" (UN, Doc. HRI/GEN/1, p. 20).

⁴⁴ *Garthwait v Garthwait*, 1964, cit. par M. S. W. Hoyle, *The Law of International Trade*, The Laureate Press London, 1981, p. 306. Il suffit à ce dernier égard de rappeler que "domicile requires an intention to permanently remain with some element of residence, and temporary change does not begin to disturb domicile".

⁴⁵ "Tout citoyen de l'Union a la liberté de s'établir... dans tout Etat membre".

⁴⁶ "Chacun a droit au respect ... de son domicile...".

⁴⁷ Pour le rôle exercé par cette Convention dans la diffusion du domicile en tant que critère de rattachement, P. Mengozzi, *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Editoriale scientifica, 1996, p. 43.

l'art. 12 prévoit: "Le statut personnel de tout apatride sera régi par la loi du pays de son domicile ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence". Il s'agit, il faut le rappeler, d'une convention qui lie même l'Union/Communauté européenne par le biais de l'art. 307 CE.

1.4. Lieu d'enregistrement

Spécificités

Des critères comme la résidence et le domicile expriment d'une façon assez directe des dimensions de la vie des sujets de droit, à tel point qu'ils peuvent représenter en eux-mêmes des manifestations de droits fondamentaux de la personne humaine. Il pourrait sembler qu'il arrive autrement pour le critère purement juridique du lieu d'enregistrement.

On a déjà rencontré la nationalité comme critère juridique par excellence; on rencontrera le critère du lieu d'incorporation pour la loi applicable au statut des personnes juridiques. Ce qu'on a intérêt à souligner ici est le potentiel du lieu d'enregistrement en tant que critère de rattachement pour des rapports soumis à une formalisation poussée⁴⁸ ou d'un type controversé⁴⁹ ou peu connu dans les différents Etats. Ceci est aujourd'hui le cas pour les partenariats enregistrés et mariages homosexuels⁵⁰.

Le phénomène au point de vue juridique semble se reproduire à l'inverse, par rapport à des institutions juridiques qui, jadis bien connues, tendent à reculer dans la société contemporaine. L'on se réfère ici au mariage canonique, auquel les Pays à tradition catholique et liés au Saint Siège par des concordats reconnaissent les mêmes effets que ceux du mariage civil. Cette tradition, et le crédit qui lui est réservé par exemple dans le Règlement 1347/2000, font place à des spécificités qui risquent sans doute de produire des discriminations. Précisément ces spécificités peuvent d'autre part permettre la réalisation de droits fondamentaux multiples: à son identité, à sa foi, à sa propre culture. Il s'agit de droits à jouir à titre individuel, aussi bien qu'au sein d'agrégations sociales dont la famille.

Le lieu d'enregistrement du mariage canonique

Pour ce qui est de la place du lieu d'enregistrement du mariage canonique en tant que critère de rattachement/applicabilité⁵¹, il faut rappeler les limitations de souveraineté encore acceptées par des Pays catholiques de l'Europe contemporaine en faveur de l'Eglise. De telles limitations impliquent l'application immédiate du droit canonique aux questions concernant la validité, dans leurs systèmes, du mariage religieux en tant qu'acte juridique passible d'avoir les effets civils. Cette application s'accompagne à la survie d'une juridiction ecclésiastique de validité: exclusive encore aujourd'hui au Portugal, concurrente en Espagne et en Italie.

En droit communautaire, le problème existe de quelle position imposer ou permettre aux autres Etats membres de l'Union par rapport à ces mariages, et aux jugements établissant la question de leur validité. Une réponse indirecte découle de l'art. 40 du Règlement 1347/2000 - *Traités avec le Saint Siège* – tandis que de la Cour européenne des droits de l'homme semble avoir contribué à

⁴⁸ Cette formalisation signale à son tour la délicatesse des dimensions sociales sous-jacentes. Cf.: Convention de la Haye sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, 14 mars 1978; Convention de la Haye sur les conflits de lois, de juridictions et de compétence administrative en matière d'adoption 1993.

⁴⁹ La stratégie fut la même, bien que réalisée à travers des critères de rattachement différents (lois nationales et du lieu où la demande est formée), d'après la Convention de la Haye 12 juin 1902 conclue pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps.

⁵⁰ V. le texte présenté par K. Siehr au nom du sous-groupe du Gedip "Registered Partnership in Private International Law", 2004.

⁵¹ Il s'agit du lieu de célébration du mariage. C'est à l'officier de l'état civil de ce lieu que le célébrant doit demander l'enregistrement, en lui transmettant le certificat de mariage dressé à conclusion de la cérémonie: cf. art. 8 de l'Accord entre l'Italie et le Saint Siège 18 février 1984. Cette délimitation territoriale n'empêche pas que le régime concordataire s'applique au mariage religieux entre citoyens italiens conclu à l'étranger, une fois enregistré en Italie, à condition que les effets civils ne soient pas reconnus au mariage canonique par l'Etat de célébration: Cass. it., Sect. I, 3 février 1971, n°. 251, *Giust. Civ.*, I, pp. 385-388.

affronter la spécificité de cette tradition précisément par rapport à la protection des droits de l'homme avec l'arrêt sur l'Affaire Pellegrini de 2001⁵².

Le lieu d'enregistrement face aux droits de l'homme

En général, la diffracton entre la loi qui régit la création/dissolution des rapports juridiques à haut niveau d'incidence sociale et la loi qui régit leurs effets tend à valoriser de plus en plus le lieu d'enregistrement en tant que critère de rattachement. Cette pratique rejoint à son tour cette piste alternative au système classique de solution bilatérale des conflits de lois qui est représentée par le principe de la reconnaissance réciproque. Il s'agit d'un principe qui répond tout spécialement dans l'Union européenne, mais dans l'Espace économique européen aussi, à une approche marquée internationaliste et de confiance en soi même, en même temps que dans les autres systèmes juridiques, de la part de l'Etat reconnaissant : une approche qui sert à résoudre les conflits de lois, de juridictions, de compétence administrative.

Le caractère essentiellement juridique du critère de rattachement « lieu d'enregistrement » ne doit pas tromper quant à l'influence qu'il exerce sur les droits fondamentaux, individuels et collectifs et, finalement, sur la vie des personnes. Tout au plus ce caractère témoigne combien le droit est sophistiqué en tant qu'instrument pour la poursuite d'intérêts réels.

Premièrement, même l'enregistrement peut devenir l'objet d'un droit humain en soi. Deuxièmement, il met en jeu le droit à la non-discrimination. Enfin, il peut représenter le seul ou le meilleur moyen, on l'a vu, pour la réalisation pleine de sa propre identité, foi, culture.

Pour le législateur et/ou le juge des conflits, exploiter le lieu d'enregistrement en tant que critère de rattachement peut être par ailleurs la façon souple pour exposer leur milieu social à des institutions nouvelles, lorsqu'elles sont perçues comme difficiles à accepter ou lointaines. C'est ce qui vaut encore plus pour le droit européen, dans sa fonction d'harmonisation de systèmes juridiques aux racines culturelles et sociologiques encore tellement différentes.

1.5. Critères de rattachement pour les personnes juridiques

On a déjà eu l'occasion de mentionner les personnes juridiques comme bénéficiaires des droits de l'homme. Cette qualité s'explique du moment que les personnes juridiques sont des instruments accessibles aux individus pour poursuivre les buts reconnus par la loi comme dignes de protection. Afin que les droits de ces individus soient protégés, les personnes juridiques doivent bénéficier autant que possible de la protection qui aux individus est due en tant que personnes humaines.

Cette égalisation semblerait trouver en principe des limites évidentes dans la nature des droits humains en question. Les personnes juridiques sembleraient réfractaires à se voir attribuer certains d'entre eux: droit au mariage, par exemple, ou à un travail de son propre choix. Ce qui semblerait en d'autres mots s'opposer à une telle attribution est leur nature d'entités artificielles créées par le droit. Elles peuvent toutefois avoir un rôle à jouer pour les droits humains de toute génération. Dans les deux exemples donnés, une société pourrait exercer l'intermédiation matrimoniale pour coeurs solitaires ou une activité de clearing entre demandes et offres de travail, en se qualifiant ainsi en tant qu'instrument pour l'exercice de la liberté de mariage ou du droit au travail.

⁵² Arrêt du 20 juillet 2001, n°. 30882/96. V. P. Kinsch, «The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and the Recognition of Foreign Judgments – A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions», à paraître: premiers commentaires cités à la note 73. Adde, pour la doctrine italienne, S. Gherro (éd.), *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Padova, Cedam, 2003 (pour des prises de position intéressantes en faveur: C. Consolo et M. Lugato); N. Buonomo-Bartone, "Una sanzione che colpisce l'intera procedura canonica e concordataria", *Dir. Giust.*, 2001/32, p. 19 ss.; M. Finocchiaro, *Guida al diritto*, 2001/35, p. 98. Pour des positions critiques: Botta R., "La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo", *Corriere giuridico*, 2002, p. 167 ss.; C. Focarelli, "Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere", *Riv. Dir. Int.*, 2001, pp. 905 ss.; J. Llobell, "Il diritto all'equo processo. Note a proposito di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla delibazione civile della dichiarazione di nullità del matrimonio ex processo documentale canonica", *Jus ecclesiae. Riv.int. dir. can.*, 2001, p. 871 ss.

La Cour EDH a reconnu de son côté la liberté d'expression garantie sur la base de l'art. 10 de la CEDH à Autronic AG dans les termes suivants⁵³: " Selon la Cour, ni le statut juridique de société anonyme, ni le caractère commercial de ses activités ni la nature même de la liberté d'expression ne sauraient priver Autronic AG du bénéfice de l'article 10 (art. 10). Ce dernier (art. 10) vaut pour 'toute personne', physique ou morale. La Cour en a d'ailleurs déjà constaté par trois fois l'applicabilité à des personnes morales poursuivant des buts lucratifs (arrêts *Sunday Times* du 26 avril 1979, série A n° 30, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann* du 20 novembre 1989, série A n° 165, et *Groppera Radio AG et autres* du 28 mars 1990, série A n° 173). En outre, il concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de transmission ou de captage, car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations".

Les critères de rattachement centrés sur les personnes juridiques entrent donc de plein droit dans notre analyse: *a)* pour déterminer les droits humains dont ces critères sont le reflet ou la négation, *b)* pour les spécificités que ces critères montrent en comparaison avec les critères centrés sur les individus.

a) Les droits humains mis en cause par les critères de rattachement utilisés en droit européen par rapport aux personnes juridiques résultent d'un aperçu sommaire du droit international privé applicable en général aux sociétés, entreprises, ou personnes juridiques. En effet, les entreprises à vocation transnationale, et qui sont actives à partir de l'Union européenne ou présentes sur son territoire, sont dans la grande majorité douées de personnalité juridique. D'autre part, ces ONGs qui s'occupent de la protection des droits humains en forme plus structurée, bien que n'ayant pas un but lucratif finissent par partager le sort des sociétés au point de vue de la loi applicable⁵⁴.

Les critères de rattachement qui se partagent le terrain en matière de loi applicable au statut personnel sont, avant tout, le lieu où la procédure de constitution a été perfectionnée (*incorporation*) et le siège (notion à valence multiple, suivant l'alternative prévalant tour à tour dans les différents Etats : siège statutaire ou légal, siège effectif, siège de l'administration)⁵⁵. Critères alternatifs ultérieurs portent à l'Etat de déroulement de l'activité principale et à l'Etat du contrôle.

Par rapport à ces critères, existe-t-il des droits humains dont le respect soit la condition pour que ces mêmes critères puissent se réaliser? Surtout, étant donnée une approche attentive à la retombée du droit européen au-dehors de la Communauté, une réponse pour l'affirmative quant à l'existence de tels droits s'appliquera-t-elle aux sujets non européens aussi?

Pour ce qui est de la constitution de personnes juridiques, cette liberté dont les citoyens européens jouissent, de s'établir dans l'Etat membre choisi dans toutes les formes de société qui y sont connues, n'existe pas pour les apatrides ou les ressortissants d'Etats tiers : certainement pas s'ils ne se trouvent pas déjà dans la juridiction de cet Etat. Seulement une décision à lui ou des accords qui le lie (accords, le cas échéant, entre Etats membres et tiers respectivement, ou entre ces derniers et la Communauté), pourrait donner lieu à une liberté d'établissement de ce type.

L'on retrouve ici, par rapport à l'activité des personnes juridiques et donc, préalablement, par rapport à leur constitution ou reconnaissance, cette liberté primordiale des Etats quant à l'admission sur leur territoire (*rectius* : dans leur juridiction), que l'on a déjà rencontrée par rapport aux individus.

⁵³ Arrêt 24 avril 1990 n°. 15/1989/175, par. 47.

Quant à la jurisprudence communautaire sur la *liberté d'expression*, cf.: CJCE, 260/89, 18.6.1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia et al./Dimotiki Etairia Pliroforissis et al.*, et, pour l'énonciation de limites à cette liberté dans le cadre du commerce de médicaments, 219/91, 22.10.1992, J. S. W. Ter Voort. Pour une référence normative à la même liberté dans le contexte de la réglementation de la publicité du tabac, v. la directive 98/43/CE du Parlement et du Conseil JOCE 30.7.98, n. L 213, à concevoir comme adoptée, d'après le Considérant 9 du Préambule, pour réglementer "toutes les formes de publicité indirecte et de parrainage ainsi que la distribution gratuite produisent les mêmes effets que la publicité directe...il y a donc lieu, *sans préjudice du principe fondamental de la liberté d'expression*...". Pour l'annulation de cette directive, v. ci-dessous, par. 2.3.

⁵⁴ Voir en tout cas la Convention du Conseil d'Europe concernant la reconnaissance de la personnalité juridique aux organisations internationales non-gouvernementales, 24 avril 1986 (n.124), en vigueur à partir du 1.1.1991.

⁵⁵ Pour une modulation du droit à l'inviolabilité du domicile suivant qu'il s'agit d'une personne physique ou morale (pour cette dernière, plus précisément, inviolabilité du siège), CJCE: C-46/87 et C-227/88, 21.9.1989, *Hoechst AG c. Commission des CE*, Racc. p. 2859 ; C-85/87, 17.10.89, *Dow Benelux NU c. Commission des CE*, Racc. p. I-3137, et C-97 à 99/87, 17.10.1989, *Dow Chemical Ibérica S.A. c. Commission des CE*, Racc. p. 3165. Pour la réprimande polie avec laquelle la Cour européenne DH réagit à cette modulation, eu égard à sa jurisprudence sur l'art. 8 de la CEDH, Arrêt *Niemietz*, 16 déc. 1989, Sect. III.

En particulier, même pour les personnes juridiques, et pour la constitution de personnes juridiques, une limite existe à la protection internationale des droits humains qui a déjà été mentionnée. La protection est assurée seulement aux personnes que l'Etat a admises, ou qui se trouvent déjà, dans sa juridiction: avant tout, ses ressortissants. Il s'agit d'une limite qui caractérise entre autres le droit à la non-discrimination devant la loi (art. 26 du Pacte sur les droits civils et politiques, art. 14 CHDH) et exclue, par contre, l'existence en principe d'un droit à se soumettre à cette juridiction: finalement, à la choisir⁵⁶.

Spécifiquement, établir son siège dans la Communauté n'est pas l'objet – indépendamment du fait qu'il soit social, légal, effectif ou autre – d'un droit pour les personnes juridiques ressortissants d'Etats tiers ou «apatrides», à moins que l'Etat membre requis ne décide ou n'ait pas décidé autrement. Le droit international des droits humains, et même le droit constitutionnel qui assure la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, n'entrent en application qu'en aval d'une telle décision ou, plus exactement, une fois qu'elle a été exécutée.

b) Quant aux spécificités des critères de rattachement pour les personnes juridiques, celle qui, dans une comparaison avec les personnes physiques, ressortit le plus est le rétrécissement, à ce point-ci drastique, du rôle de la nationalité. En particulier, le choix de politique législative le plus fréquent pour résoudre les conflits de lois concernant le statut des sociétés et personnes juridiques est de se passer de ce critère, en utilisant plutôt directement les circonstances qui justifient l'attribution, à d'autres fins, de la nationalité d'un Etat donné.

On a bien vu que, même pour les individus, les critères sur la base desquels traditionnellement les Etats confèrent la nationalité – domicile, résidence, présence active dans le Pays – jouent aussi un rôle autonome de rattachement. Toutefois, pour les personnes physiques on obtient ce résultat en assignant à ces éléments la qualité de critères alternatifs ou subsidiaires par rapport à la nationalité. Pour les personnes juridiques, la nationalité tend au contraire à être simplement dépassée. Elle ressuscite d'ailleurs comme critère d'applicabilité – on y reviendra par la suite⁵⁷ – et semble survivre en bonne santé dans les traités d'amitié, commerce et navigation⁵⁸. Plutôt, ces traités incluent des clauses explicites d'interprétation qui indiquent les critères sous-jacents sur la base desquels déterminer d'une façon uniforme la nationalité des Parties contractantes. Il s'agit précisément des critères que l'on a déjà rencontrés dans la présente analyse comme critères autonomes de rattachement/applicabilité et qu'il est utile de rappeler lorsqu'il faut déterminer les ressortissants d'un Etat en y incluant les entreprises et personnes juridiques.

1.6. Volonté des parties

D'après le droit international privé des Etats les plus divers la volonté des parties en tant que critère de rattachement est un trait constant pour les rapports contractuels. Elle s'inscrit tout naturellement dans la liberté d'initiative économique énoncée dans les Constitutions des Pays à économie de marché et dans les textes internationaux sur les droits économiques et sociaux. Cette donnée se combine avec des fondements philosophiques⁵⁹ et de théorie politique⁶⁰ qui la soutiennent et l'expliquent.

⁵⁶ Un droit d'être admis descend du droit d'asile. Il serait intéressant alors de s'interroger sur la question de savoir si, par exemple, le droit d'établir une personne morale dans l'Etat d'asile peut être considéré un instrument nécessaire pour cet exercice de la liberté de manifestation de la pensée qui a provoqué la persécution dont la requête d'asile est le fruit. La question reste néanmoins marginale ici.

⁵⁷ V. par. 2.3. ci-dessous.

⁵⁸ Cf. la plus récente des décisions périodiques du Conseil dans la matière: Décision 2001/855/CE du Conseil du 15 novembre 2001 autorisant la tacite reconduction ou le maintien en vigueur des dispositions dont les matières relèvent de la politique commerciale commune, contenues dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation et dans les accords commerciaux, conclus par les Etats membres avec les pays tiers (*jusqu'au 30 avril 2005*), JOCE n° L 320 du 5/12/2001pp. 13-27.

⁵⁹ Sur la construction de "la volonté en tant que faculté législative de la raison" dans l'oeuvre de Kant, cf. S. Goyard-Fabre, "Les sources du droit et les 'révolutions coperniciennes': quelques réflexions sur Kant et Rousseau", *Arch. phil. dr.*, 1982, p. 75, et Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Etude prospective de droit international privé, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 38.

⁶⁰ A l'héritage de Mancini l'on peut ajouter aujourd'hui aussi bien le néo-libérisme que le principe de subsidiarité: le débouché inévitable de ce dernier principe étant la valorisation de la volonté privée.

La liberté de choisir la loi applicable a contribué à son tour à l'affirmation d'une conscience collective en faveur de l'autodétermination des privés, et tout particulièrement des personnes qui entretiennent des rapports contractuels transnationaux, qui va même au-delà du pouvoir de choix de la loi applicable⁶¹. À partir de cette conscience collective, la *lex mercatoria* a pu se développer en système en principe autosuffisant, créé par les privés pour les privés.

On discute donc si cette liberté de choix est l'expression, comme le sont d'autres critères de rattachement rencontrés jusqu'ici, d'un droit humain en soi⁶².

Le fait reste que la protection des droits humains intervient à la défense de cette liberté de choix de la loi applicable surtout à travers le principe de non-discrimination. C'est au nom de l'égalité devant la loi que les privés peuvent revendiquer le pouvoir de choisir une loi envisagé en faveur d'autres privés qui se trouvent dans leur même situation, dans le cas où la loi ou la jurisprudence n'y pourvoient pas déjà.

Surtout, la liberté de choix de la loi applicable est souvent limitée à des fins de protection de l'égalité entre les parties en jeu et des droits fondamentaux sous-jacents qui seraient autrement impossible à atteindre. Les exemples de ce type sont nombreux, notamment dans la Convention de Rome: articles 3, par.3 ; 5, par. 1 ; 6, par. 1. Dans la même ligne il faut rappeler les dispositions des directives communautaires sur la prestation de services d'assurance, qui dosent avec grande prudence le choix de la loi applicable aux contrats couvrant les risques localisés dans la Communauté⁶³.

Pratiquement exclue par l'art. 8 de la 2^{ème} Directive 1988 pour les contrats conclus sous l'empire d'un régime d'assurance obligatoire, et admise en tout cas dans les branches afférant aux grands risques, la liberté de choix est limitée par l'art. 7 aux lois des Pays avec lesquels le contrat a un lien particulièrement étroit et aussi longtemps que ces lois la connaissent. L'alternative joue formellement autour du Pays de résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur, d'un côté, et l'Etat de localisation du risque si ces deux Etats coïncident. L'art. 2 de la directive définit déjà d'ailleurs la localisation du risque comme le lieu où se trouvent les biens immeubles où meubles auxquels le contrat s'applique, ou bien où le preneur a sa résidence habituelle ou l'établissement en tant que personne morale. L'alternative offerte au choix est par conséquent assez platonique. Elle est plus substantielle si les deux rattachements – localisation du risque et résidence habituelle ou administration centrale du preneur - ne portent pas à l'application de la même loi. Seulement là où le preneur exerce une activité commerciale, libérale ou industrielle dans plusieurs Pays membres, est-il possible aux parties de choisir comme applicable au contrat la loi de n'importe quel de ces Pays ou encore la loi ou le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale. Il faut s'arrêter là, sauf que pour une donnée ultérieure: le choix de loi est plus largement possible si les lois qui entrent en jeu suivent les critères de rattachement susmentionnés.

Ce qu'on ne peut passer sous silence est que des soucis de protection sociale tellement poussée face aux risques localisés dans la Communauté sont carrément écartés pour les risques localisés au-dehors. Pour les contrats couvrant ces derniers, les solutions des conflits de lois consacrées dans la Convention de Rome ont été estimées plus qu'adéquates. D'ici un cas, pour le moment isolé et sur lequel on reviendra par la suite, de double standard dans le choix même des critères de rattachement.

1.7. Le lien le plus étroit

La technique des critères de rattachement, en tant que circonstances définies à l'avance pour établir la loi applicable à une catégorie de rapports juridiques entre privés, ou à un aspect afférent à ce type de rapport, semblerait simplement mise à l'écart lorsque le rattachement est identifié comme lien le plus étroit. Rien n'est plus égalitaire que de faire dépendre des éléments du cas concret l'Etat auquel le rapport en cause, ou un ou certains de ses aspects, est le plus étroitement lié.

Un choix de ce genre implique en réalité un rôle décisif du juge ou de l'opérateur du droit qui a la responsabilité d'établir la loi applicable au cas d'espèce. C'est à lui donc qu'il revient de faire face au risque de violer les droits humains, notamment son devoir de non-discrimination. Il revient d'autre part aux autorités compétentes d'assurer un contrôle juridictionnel ou administratif adéquat face à ce risque.

⁶¹ Un aperçu sur les composantes actuelles de cette orientation est offert par P. Lagarde, *op. cit.*, pp. 228-229.

⁶² Pour un apport ouvert et équilibré à cette perspective, E. Jayme (rapporteur), "L'autonomie de la volonté des parties", 64 *Annuaire IDI* -I, Bâle 1991, pp. 64-66, et Id., "Identité culturelle et intégration..." *cit.*, p. 54.

⁶³ Cf.: Deuxième Directive 88/357/CEE du Conseil 22.7.1988, JOCE L 172 du 4.7.88, art. 7.

Le fait reste que, même là où le caractère discrétionnaire de la décision sur la loi applicable est le plus poussé, et la marge d'appréciation la plus large, les critères qu'on a dégagés jusqu'ici sont parmi ceux que l'interprète ou l'opérateur juridique finira pour prendre en considération pour établir cette loi. Les exigences d'équilibre entre les intérêts des parties, et la nécessité de sauvegarder leurs droits fondamentaux, premièrement leur droit à la non-discrimination, doivent de toute façon guider le rattachement du cas concret à la loi compétente.

En outre, là où la Convention de Rome a introduit le lien le plus étroit en fonction de rattachement, et même dans les Pays européens de *civil law*, le caractère discrétionnaire de la détermination de ce lieu a été bridé par l'adoption de présomptions relatives qu'il revient le cas échéant aux juges de renverser. Il est vrai que la clause d'exception, et la possibilité qu'elle offre au juge d'écarter le rôle des présomptions dans le rattachement, semblent permettre au juge une chance supplémentaire. Il peut établir un rattachement du cas d'espèce à la loi applicable qui tienne compte des droits humains et du principe de non-discrimination plus que ne le fassent les présomptions. C'est d'autre part déjà au stade de ces dernières que des problèmes de conformité se posent, en parallèle à ceux qu'on a rencontrés par rapport aux critères de rattachement. Il est naturel alors de les examiner dans une perspective semblable.

Siège du prestataire caractéristique pour les contrats

La présomption la plus décisive quant au lien le plus étroit pour la détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles est le siège du prestataire caractéristique qui entretient le contrat à titre professionnel. Il s'agit d'un rattachement fonctionnel aux intérêts de ce dernier, et qui tend à porter en direction d'une loi déjà appelée en cause pour régler les activités économiques. Plusieurs Etats permettent en effet l'incorporation des sociétés et personnes juridiques seulement si le siège social est établi dans leur territoire. On peut donc s'attendre à ce que la loi qui est appelée présomptivement à régir les contrats des entreprises en tant que prestataires caractéristiques coïncide avec la loi qui, à titre de loi du siège et/ou d'un Pays d'incorporation, régit leur statut personnel aussi. Dans l'Union européenne, la même loi relève en outre en tant que du Pays d'origine ou du *home country* lorsque la prestation caractéristique relève d'un secteur soumis à une activité de contrôle administratif objet d'harmonisation communautaire.

En dépit de la rationalité de cette convergence, des soucis survivent quant à la qualité du rattachement ainsi envisagé pour les contrats, face à l'exigence d'un équilibre dans la position des parties même dans la phase de détermination de la loi applicable. Ni la possibilité pour le juge de renverser la présomption que le lien le plus étroit du contrat existe avec l'Etat du siège du prestataire caractéristique, ni l'art. 5, avec la protection qu'il assure aux consommateurs passifs, suffisent à effacer ces soucis. La conclusion de contrats à titre professionnel par les entreprises qui ne sont pas les prestataires caractéristiques placent les premières dans une position de désavantage due à l'application de la loi du siège de leur contrepartie. Il s'agit d'un désavantage que la priorité donnée par l'art. 4, par. 2, de la Convention de Rome au siège secondaire appelé à administrer le contrat réduit en quelque mesure⁶⁴, mais n'élimine pas.

Localisation du risque

Quant au traitement singulier fait aux conflits de lois en matière de contrats d'assurances, il dose d'une façon différente le pouvoir des parties de choisir la loi applicable en raison de la localisation du risque couvert. Cette différence se reflète dans les critères de rattachement qui interviennent au cas où un choix des parties ferait défaut.

D'après l'art. 2 de la Convention de Rome, les contrats qui couvrent les risques localisés dans les territoires des Etats membres de la Communauté sont exclus du domaine conventionnel. Rentrent par contre dans ce domaine les contrats qui couvrent les risques localisés ailleurs et les contrats de réassurance.

Du moins deux questions se posent alors comme inévitables: comment déterminer la localisation des risques? Quel régime appliquer, et pourquoi cette différence, aux contrats plus étroitement liés à la Communauté, compte tenu de la localisation des risques dans le territoire des Etats membres?

⁶⁴ Une proximité de ce siège au milieu et au système juridique familial à la contrepartie est en effet du moins plus probable.

La délicatesse de la première question ressortit du fait que la localisation du risque est le seul critère de rattachement pour lequel la Convention de Rome envisage une détermination *lege fori*. Lorsqu'on découvre avec quel Etat ce critère aide à établir le rattachement du contrat, on commence à trouver une réponse à la deuxième question aussi. Comme on a vu plus haut, la formule "localisation du risque" adresse la recherche de la loi applicable en direction de l'Etat ou les exigences de protection sociale face au contrat d'assurance sont plus marquées. On retrouve la résidence habituelle du preneur, ou du bénéficiaire de l'assurance, à côté du lieu de l'immeuble qui est l'objet du contrat. Si ce lieu se trouve dans la Communauté, les rédacteurs de la Convention ont carrément renvoyé la solution uniforme des conflits de lois afférents aux directives communautaires d'harmonisation, ponctuellement adoptées par la suite. Par contre, pour les contrats concernant des risques localisés au-dehors de la Communauté, la mise à l'écart des soucis de protection sociale avec laquelle l'analyse qui suit va nous familiariser a rendu possible l'application pure et simple du régime conventionnel.

Le double standard sous l'angle visuel du rattachement choisi se perçoit dans toute son évidence si, d'un côté, on rappelle le plein jeu de la volonté des parties d'après l'art. 3 de la Convention, et le cloisonnement rigide du choix des parties dans la deuxième directive assurance; et si on découvre qu'au surcroît, dans l'absence d'un choix autonome, le critère présomptif du lien le plus étroit utilisé par la Convention est le siège – principal ou secondaire – de l'entreprise d'assurance. Dans les directives assurances ce critère est, une fois de plus, la localisation du risque, voire une circonstance présomptive qui conduit en direction du milieu le plus familier et, pour cela, en principe le plus adéquat pour le preneur.

1.8. Modulation de l'ordre public et discriminations

Une analyse des critères de rattachement semblerait en principe n'avoir rien à faire avec l'ordre public. L'exception d'ordre public intervient en effet dans une phase bien avancée du fonctionnement des règles de conflit: notamment, à un moment où le ou les critères de rattachement ont en principe épuisé leur rôle et permis au juge de déterminer la loi applicable et de prendre connaissance de son contenu. Le juge a recours à l'ordre public seulement après avoir atteint la conviction que les effets de l'application d'une telle loi au cas concret seraient inacceptables pour la cohérence ultime de son système juridique⁶⁵.

De plus, l'ordre public puise à des principes⁶⁶ tendant à l'universalité: principes qui sembleraient donc se passer de tout critère ou règle destinés à préciser leur portée. Il semblerait plutôt en être autrement pour les règles étatiques qui protègent les intérêts prioritaires faisant l'objet des clauses de sauvegarde ou d'exception contenues dans les traités CE et OMC, et qui ont en principe applicabilité immédiate.

L'ordre public afférant aux conflits de lois échappe d'ailleurs à toute définition préalable, que ce soit par la loi ou par autre texte normatif. Le fait reste que la cohérence requise entre principes fondamentaux du système juridique du for et solution du cas concret fait lieu à une modulation possible de l'ordre public. A partir du moment où l'on fait place à l'ordre public sous une forme atténuée, une relativisation du domaine d'application des principes correspondants a lieu aussi.

Deux sont les formes d'après lesquelles l'ordre public peut être atténué. a) L'exception peut rester à l'écart pour les rapports qui ont un lien faible avec l'Etat du juge. b) Plus fréquemment, l'enjeu de l'ordre public est restreint face aux lois et décisions d'Etats données, notamment les Etats membres de l'Union européenne ou du Conseil d'Europe⁶⁷. Dans l'un cas et l'autre des règles d'applicabilité de l'ordre public tendent à se matérialiser. L'exigence alors existe – tout spécialement là où l'exception d'ordre public sert à affirmer les droits de la personne humaine en tant que telle – de ne pas faire jouer cette application à géométrie variable en termes

⁶⁵ P. Mayer, *op. loc. cit.* Cf. P. Kinsch, note DH, Sect. II et note 28.

⁶⁶ A. Bonomi, *op. cit.*, Cap. II, spéc. par. 20.

⁶⁷ La Cour de Justice explique ainsi une restriction semblable par rapport à la reconnaissance dans un Etat membre de l'UE de la décision d'un autre Membre (C-38/98, 11.5.2000, *Renault*, Rec. p. I-2973): "Dans des cas de ce genre il faut s'en tenir à ce que le système de remèdes juridictionnels établi dans chaque Etat membre, intégré par le mécanisme du renvoi préjudiciel dont à l'art. 177 (maintenant 234) du Traité, assure une garantie suffisante aux administrés".

discriminatoires. En d'autres mots, les critères d'après lesquels l'atténuation est jouée font-ils état de différences objectives, ou reflètent-ils de standards purement artificiels?

a) Pour ce qui est de la qualité du lien de la situation à régler avec l'Etat du juge, l'expérience en matière de loi applicable aux rapports familiaux acquise par les Pays européens en tant que pays d'immigration est éclairante. L'on y rencontre ainsi un ordre public modulé autour de la distinction entre lieu de l'acte de création ou dissolution des rapports et lieu de ses effets. Surtout, le recours à cette exception est axé sur des critères de rattachement qui nous sont désormais familiers: en premier lieu, nationalité et résidence⁶⁸.

b) L'exception d'ordre public joue pleinement dans les Etats membres de l'Union européenne face aux lois et décisions d'Etats tiers non qualifiés par des rapports conventionnels pertinents. Un exemple parmi d'autres est suggéré par un arrêt italien en matière de capacité matrimoniale d'un citoyen yougoslave d'origine kosovare. Cet étranger avait été frappé par le refus rétorsif du Consulat de Yougoslavie à Trieste de lui délivrer un certificat d'état libre requis par l'art. 116 c.c. italien en tant que condition pour le mariage de l'étranger en Italie. Certes: le juge italien a considéré ce refus sans effet, non seulement grâce à une certification équipollente délivrée par UNMIK (autorité des Nations Unies au Kosovo), mais en tant qu'atteinte à un droit fondamental et inviolable de la personne, et donc incompatible avec les valeurs du système juridique italien (Trib. Belluno, 9/18 mai 2002, n. 428)⁶⁹.

Au contraire, la Cour de justice établit qu'un Etat membre de l'Union européenne ne pouvait avoir recours à l'ordre public d'après l'art. 11 du Règlement 2603/69, « Règlement sur les exportations », pour empêcher l'exécution de rapports contractuels transnationaux autorisés par un autre Etat membre⁷⁰. Certes, ces rapports tombaient dans le domaine d'application du Règlement 1432/92, «Règlement sur les sanctions» (adopté en exécution de mesures collectives contre la Yougoslavie décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies) et donc d'une décision de coopération politique européenne. Toutefois, une base juridique de ce genre, qui aurait relevé par la suite du II^e pilier de l'UE, ne fut pas considérée suffisante à permettre un recours à l'ordre public qui aurait provoqué une discrimination aux dépens d'une société – Centro-Com srl - ressortissant d'un autre Membre. Mais, comme cette conclusion montre bien, notre analyse a déjà abandonné les critères de rattachement. Le moment est venu d'affronter dans la perspective des droits humains les règles d'applicabilité.

II. Règles d'applicabilité

2.1. Règles communautaires ou d'origine communautaire

Au fur et à mesure que l'Union progresse sur la voie de l'intégration, le droit européen uniforme ou d'harmonisation se charge de la protection des exigences impérieuses dont il est question aux articles 30, 49 et 95, notamment dans les clauses de sauvegarde énoncées dans le Traité CE⁷¹. Il s'agit d'une tendance à laquelle les nouveaux rôles des institutions communautaires suivant le Titre IV de la Partie III Traité CE ont imprimé une accélération inévitable, tout spécialement dans les domaines de la sécurité et de l'ordre public⁷². Ce droit, et/ou les règles de droit national qui en résultent⁷³, jouissent en effet, dans la plupart des cas, d'application immédiate.

La Cour de justice a d'autre part établi que, si le droit d'un Etat membre qui *veut* être appliqué est incompatible avec le droit communautaire, ce dernier prévaut, et cette priorité s'impose même si le

⁶⁸ Cf. Y. Carlier, «La reconnaissance.. » cit., pp. 101-108, spécif. 106-7.

⁶⁹ Pour la liberté de mariage comme droit fondamental, dont l'exercice est assujéti aux lois nationales, v. : art. 23 du Pacte international relatif aux droits civils cit. ; ECHR, art. 12.

⁷⁰ CJCE, C-124/95, 14.1.1997, *The Queen ex parte Centro-Com Srl/ HM Treasury and Bank of England*, rec. p. I-81..

⁷¹ En général, pour une liste comparative des intérêts poursuivis par les exigences *impérieuses* (art. 49 CE) et, respectivement, par les exigences *impératives* (art. 30 CE), V. Hatzopoulos, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruylant, Athènes/Bruxelles, 1999, pp. 297-98.

⁷² Pour un partage de ces rôles avec une organisation internationale comme les Nations Unies, cf. CJCE, *The Queen ex parte Centro-Com* cit.

⁷³ Il n'est pas certain, d'ailleurs, qu'il soit possible au juge d'un autre Etat membre de refuser l'application de ces lois et décisions s'il les estime incompatibles avec le droit européen. Les contrôles assurés au niveau communautaire sur cette incompatibilité devraient à ce point être actionnés: cf. note 58 qui précède.

droit à écarter est celui de l'Etat membre du for⁷⁴. Qu'est-ce qu'il en est alors du cas où un conflit existe entre règles d'applicabilité communautaires et *a*) lois de police, ou *b*) loi applicable d'un Etat tiers? À plus forte raison la réponse aux deux questions pourrait sembler en faveur de la primauté du droit communautaire.

Notre tâche est néanmoins d'explorer ces conflits par rapport essentiellement au principe de non-discrimination et, en général, à la protection des droits de l'homme. Par conséquent, même le droit communautaire doit être soumis à un examen de compatibilité avec ces standards. À ce point de vue, rien n'exclut que ce soit à la loi d'un Etat tiers de finalement l'emporter, plutôt qu'au droit communautaire.

2.2. Loi applicable et règles d'application immédiate (ou lois de police) d'Etats tiers.

Par rapport à la loi d'Etats tiers (vis-à-vis soit de l'Etat membre du juge et de la Communauté, soit de l'Etat dont la loi serait applicable sur la base du droit international privé européen), la première question concerne le cas où elle réclame application immédiate. Il s'agit d'une situation spécifique par rapport à celles qui sont envisagées par l'art. 7, par. 1, de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁷⁵. Il est vrai que le juge est en principe simplement autorisé à donner application à ces règles, et non pas tenu de le faire (il le serait - d'après le par. 2 de cet article - s'il s'agissait de règles du for). Un devoir d'application existe d'autre part pour les règles d'application immédiate même d'un Etat tiers, lorsqu'elles reflètent des règles internationales de droit uniforme ou d'harmonisation qui lient, à côté de l'Etat tiers en question, l'Etat du for aussi⁷⁶. Le juge peut d'ailleurs être enclin à cette application au cas où ces règles constitueraient un indice de valeurs partagées au niveau universel ou régional, ou lorsque ces mêmes règles se prêtent à être bilatéralisées.

La deuxième question – concernant la loi d'un Etat tiers en tant que loi applicable - est bien exemplifiée par les règles de droit communautaire où le « législateur » européen a eu soin de préciser qu'elles priment, en présence de conditions données, sur l'application du droit d'un Etat tiers (par rapport à l'Union) qui serait applicable sur la base de règles de conflit⁷⁷. La jurisprudence poursuit cette piste non seulement en appliquant des règles de ce type, mais aussi en faisant face à leur absence⁷⁸. Un double problème s'ouvre ici. Avant tout, il faut vérifier si les règles d'applicabilité énoncées ou établies par les instruments communautaires en question, aussi bien que par les lois et règlements d'exécution dans les Etats membres (et par la jurisprudence) sont compatibles avec le principe de non-discrimination qui est au coeur de la protection internationale des droits de l'homme⁷⁹. Dans l'affirmative, il reste à se demander jusqu'à quel point soit-il possible d'élargir le domaine d'application de cette protection en faveur de personnes qui se trouvent en dehors de la Communauté.

⁷⁴ V. CJCE, 23.11.1999, C-369/96 e C-376/96, *Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL*, Rec. 1999, p. I-8453. Cela en dépit du fait que, par exemple, la Convention de Rome, par. 2 de l'art. 7, réserve à la loi du for un traitement privilégié par rapport à la loi de tout autre Etat (envisagé par le par. 1, tiers ou membre qu'il soit par rapport à l'Union).

⁷⁵ Pour une critique tranchante à la possibilité d'assurer application immédiate "to mandatory rules which aim at the protection of the weaker, or the less experienced, contracting party", F. A. Mann, "Contracts: Effects of Mandatory Rules", in K. Lipstein (edited by), *Harmonization of Private International Law*, University of London, 1978, pp. 35-36.

⁷⁶ Il n'est pas nécessaire qu'elles aient été transformées en droit interne. L'on peut faire confiance sur ce point à l'internationalisme du juge, qui en principe se fera guider par un texte international de droit uniforme pour le seul fait qu'il est en vigueur pour son Etat. Au juge italien ce choix est imposé par l'art. 2 de la L. 218/95 cit., qui assure application privilégiée aux conventions "en vigueur pour l'Italie", qu'elles aient été préalablement incorporées ou moins dans le droit interne.

⁷⁷ V. ci-dessous, par. 3.2.

⁷⁸ Encore ci-dessous, note 82.

⁷⁹ Pour le droit à l'application non discriminatoire de la loi en vigueur dans un Etat ou une Partie contractante, voir note n. 9 ci-dessus.

2.3. Fonctions multiples des règles d'applicabilité

Avant de répondre, un aperçu sommaire des fonctions, très diverses, assignées aux règles d'applicabilité du droit communautaire à vocation extraterritoriale peut aider.

Préférence communautaire

Un cas emblématique de différence de traitement dans les activités économiques de citoyens européens, suivant que ces activités sont restreintes au territoire communautaire ou rébondissent au-delà, concerne le problème de l'épuisement international face à l'épuisement européen des marques⁸⁰. Le double standard est pratiqué à cet égard par la Cour de justice qui a exclu la possibilité de traiter d'une façon égale l'épuisement des marques en cas d'acquisition du droit d'utilisation avec le consentement du titulaire dans un Etat tiers, et respectivement, dans un Etat membre (et bien que ce dernier soit différent – le cas échéant – de l'Etat membre d'enregistrement). Plus précisément, d'après la Cour le droit d'utilisation de la marque dans un Etat tiers, bien qu'acquis avec le consentement du titulaire, n'importe aucune perte par ce dernier de la protection contre les importations parallèles dans la Communauté en provenance de cet Etat. Par contre, cette protection ne survie pas si l'utilisation est consentie par le titulaire de la marque dans un autre Etat membre.

En conclusion, c'est la diffusion des droits d'utilisation des marques dans la Communauté, voire le territoire communautaire comme milieu productif, qui est ainsi favorisée: certainement pas l'égalité de droit des personnes dans les conditions d'exploitation de la propriété commerciale d'un côté et l'autre des frontières de l'Union.

Plus en général, c'est la préférence communautaire par rapport aux facteurs du marché en provenance d'Etats tiers qui attire l'attention, au point de vue du droit humain à l'égalité de traitement. Les autres droits fondamentaux qui viennent plus directement en jeu, dans le nouvel essor que leur donne la Charte des droits fondamentaux dans l'Union, sont : la liberté de travail et de profession, la liberté d'entreprise, le droit de propriété et de propriété intellectuelle. Une discrimination systématique dans le marché intérieur sur la base de la nationalité ou de l'origine est donc à la recherche, dans la nouvelle saison des droits de l'homme en Europe, de causes de justification.

Il sera plus facile, suivant les alternatives prises en examen ici de suite, de trouver une justification cas pour cas. En dernier ressort, si aucune autre cause de justification ne se matérialise, un élément qui reste à établir est l'existence d'une égalité effective de situation. Il ne faut pas privilégier, par exemple, au nom de l'égalité de traitement, des entreprises non communautaires qui auraient directement bénéficié du protectionnisme de leur Etat, ou d'un Etat tiers de rattachement. En vue d'une neutralisation graduelle de la préférence communautaire, on pourrait permettre aux entreprises elles-mêmes de prouver qu'elles n'ont pas bénéficié de ce type d'avantages.

Sauvegarde à l'encontre de sujets privés non communautaires

L'on rencontre ensuite des cas où l'applicabilité extraterritoriale est imprimée ou reconnue dans l'UE à des mesures de sauvegarde appliquées à des sujets non communautaires pour les faire désister d'activités considérées nuisibles pour le marché intérieur et, en général, pour la

⁸⁰ La jurisprudence de la Cour de Justice en matière d'épuisement international (par rapport à l'épuisement européen) des marques, est instructive à cet égard: v. C-414 à 416/99, 20.11.2001, *Zino Davidoff*, Rec. p. I-8691, pt 59. Sur cet arrêt voir D. O'Keefe, B. Keane, CMLR, 2002, pp. 591-607, et L. Rubini, *Legal Issues of European Integration*, 2002, pp.205-218. Sur la question de la charge de la preuve relativement au lieu où les produits ont été mis en commerce, CJCE 8 avril 2003, Affaire C-244/00, *Van Doren*, Rec. 2003, p. I-3051. Pour les aspects généraux du problème, R. Manfrini, "L'esaurimento del marchio nella giurisprudenza comunitaria", L. Forlati-L. Zagato, *Cultura e innovazione nei rapporti fra ordinamenti*, Cedam, Padova, pp. 169-191.

Communauté. Un rôle décisif est revenu dans cette direction à la jurisprudence, tout spécialement là où elle a été prête à déceler des règles d'applicabilité non écrites.

Des entreprises et de personnes juridiques ont été privées par exemple du voile sociétaire en réponse à leurs violations du droit communautaire de la concurrence par le biais de leurs filiales dans la Communauté⁸¹. Vu son incidence sur le droit international privé des contrats, le thème s'insère d'ailleurs dans le cadre des rapports entre droits fondamentaux, règles d'applicabilité et personnes morales que l'on reprendra dans les conclusions⁸².

Ce qui saute aux yeux dans la jurisprudence est le fait que – quels que soient les droits fondamentaux en question : liberté d'entreprise, transparence, droits des consommateurs, accès à l'innovation ou aux services d'intérêt économique général – les exigences à satisfaire sont exclusivement celles qui pèsent à l'intérieur de la Communauté. En dépit de son caractère évolutif, il s'agit d'une jurisprudence qui poursuit une protection exclusive du milieu social communautaire.

D'autres fois ce sont les règles d'applicabilité codifiées dans des instruments communautaires qui se révèlent fonctionnelles à ce même objectif. Un exemple est fourni par l'emploi du lieu d'édition et de publication comme critère d'applicabilité dans une directive qui n'a pas survécu au contrôle de légitimité. Il s'agit de la directive 98/43/CE du Parlement et du Conseil (JOCE 30.7.98, n. L 213), concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac. Les institutions communautaires avaient tenté de revendiquer un rôle dans la sauvegarde d'une exigence prioritaire comme la santé publique. En rejetant cette revendication la Cour de Justice⁸³ tint compte de l'art. 152, alinéa 4, c), Traitée CE, et donc de la défense faite aux institutions d'harmoniser le droit des Etats membres dans la matière. Il s'agit en effet d'une matière laissée, dans le cadre du régime des libertés de circulation, au jeu des clauses de sauvegarde (articles 30 et 46, par. 2, même en connexion – pour ce qui est de la prestation de services – avec l'art. 55 et, d'une façon plus générale en vue de la réalisation du marché intérieur, l'art. 95).

Malgré ces vicissitudes, la différence tracée dans la directive annulée entre publications contenant de la publicité pour les produits du tabac qui sont éditées et imprimées dans des pays tiers et celles qui sont éditées et publiées dans la Communauté reste intéressante, notamment dans le contexte du risque de double standard dans la protection des droits humains : le droit à la santé étant parmi les *core rights*⁸⁴. D'avoir prévu pour les premières une exclusion du domaine d'application de la directive, dès lors qu'elles “ne sont pas principalement destinées au marché communautaire” (art. 3, par. 5, dernier tiret), signale une tendance majoritaire dans les Etats membres et les institutions communautaires que l'on voudrait mettre en discussion ici.

Il s'agit d'une tendance qui a trouvé le soutien de la Cour de Justice lorsque, le 10 décembre 2002, elle a tranché en voie préjudicielle la question de savoir si l'art. 7 de la directive 2001/37/CE concernant la présentation et vente des produits du tabac est applicable aux produits emballés dans la Communauté mais destinés à l'exportation vers des Pays tiers. Dans l'affaire *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd*, elle ne semble pas partager la position des requérantes aux principal, des gouvernements hellénique, irlandais, luxembourgeois, néerlandais et suédois, ainsi que du Parlement, du Conseil et de la Commission, d'après lesquels, « compte tenu des effets défavorables de l'interdiction prévue par ladite disposition pour les fabricants de produits du tabac, celle-ci devrait faire l'objet d'une interprétation restrictive en ce qui concerne son champ d'application »⁸⁵. Une position de ce type subordonne carrément le droit à la santé comme droit humain d'après le droit de l'Union à la préférence communautaire en faveur des producteurs CE. La Cour arrive d'ailleurs à dire comme droit que, « en l'absence de toute indication en ce sens dans la directive, il n'y a pas de raison de présumer que le législateur communautaire a entendu compléter l'interdiction de commercialiser dans la Communauté des produits de tabac non conformes aux

⁸¹ V. , pour les filiales en Europe d'*Imperial Chemical Industries* ou de *Continental Can* des années '70, CJCE: 48/69, 14.7.1972, *ICI c. Commission des CE*, Rec p. 619 , et 6/72, 21.2.1973, *Europeemballage Co. c. Commission des CE*, Rec. p. 2152.

⁸² Par. 3.2.

⁸³ CJCE, C-376, 5.10.2000, *Allemagne c. Parlement européen et Conseil UE*, p. I-8498..

⁸⁴ V. par. 4 ci-dessus.

⁸⁵ CJCE, C-491/01, 10.12.2002, Rec. p. I-11453, pt. 197.

exigences de l'article 7 de celle-ci par une interdiction similaire concernant les produits du tabac emballés dans la Communauté et destinés à être commercialisés dans des pays tiers »⁸⁶.

Sauvegarde à l'encontre d'Etats tiers

La Directive 95/46/CE du PE et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁸⁷ poursuit la même perspective.

Son art. 17, par. 3 - *Sécurité des traitements* – prévoit avant tout que "la réalisation de traitements en sous-traitance doit être réglée par un contrat ou un acte juridique qui lie le chargé du traitement au sous-traitant et envisage notamment que « ... les obligations visées au paragraphe 1, telles que définies par la législation de l'Etat membre dans lequel le sous-traitant est établi, incombent également à celui-ci ». La disposition qui intéresse le plus dans la perspective de la globalisation humanitaire est l'art. 25, par. 1: "Les Etats membres prévoient que le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, ou destinées à faire l'objet d'un traitement après le transfert, ne peut avoir lieu que si le pays tiers garantit un niveau de protection adéquat....".

L'objectif poursuivi par cet instrument est encore une fois la protection d'intérêts revenant essentiellement à l'Union. Les personnes concernées par les données exportées sont en toute probabilité des citoyens européens, mais finalement quiconque peut en bénéficier.

Au point de vue des règles d'applicabilité, c'est sur le concept de *transfert vers un pays tiers* qu'il faut focaliser l'attention. Il s'agit, en effet, d'un concept à base territoriale : à traduire, suivant la formule plus explicite utilisée par l'art. 17, par. 3 cité plus haut, en termes de lieu d'établissement du sous-traitant.

D'autre part, la référence au caractère adéquat de la protection envisagé par ces dispositions répond à des exigences de protection sociale, et fait pleinement place à la flexibilité : notamment, à un critère employé constamment dans la jurisprudence OMC lorsqu'il s'agit d'assurer le respect, dans les Pays exportateurs, des standards de protection d'intérêts non économiques à faire valoir à travers le recours aux clauses d'exception⁸⁸.

Au surcroît, l'art. 25, par. 4, dispose: "Lorsque la Commission constate, d'après la procédure de l'art. 31, par. 2, qu'un pays tiers ne garantit pas un niveau de protection adéquat...les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour empêcher tout transfert de données de la même nature vers le pays tiers en question". On est confronté ici à la prévision classique d'une mesure de réciprocité, envisagée comme obligatoire pour les Etats membres.

Poursuite de la réciprocité (économique et à fins autres)

La poursuite de la réciprocité est en effet une stratégie communautaire fréquente par rapport aux Pays tiers⁸⁹. Elle est une pratique traditionnelle dans la gestion des rapports de droit privé ou administratif à caractère transnational. Elle l'est moins dans le secteur spécifique des conflits de lois, où la tradition est plutôt en faveur des règles bilatérales classiques⁹⁰. C'est pourquoi le

⁸⁶ *Ibidem*, pt. 216. Une interprétation contraire du silence de la directive, compte tenu de l'art. 152, par. 1, CE, fut donnée par les gouvernements du Royaume-Uni, belge, français, italien et finlandais. Il font valoir que l'article invoqué exige une protection élevée de la santé dans la définition et la mise en oeuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté, y-compris la politique commerciale commune (*ibidem*, pt. 201).

⁸⁷ JOCE 25.11.1995, n. L 281. Voir aussi Loi italienne 31.12.1996 n. 675, amendée par d. lgs. 28.12.2001 n. 467, art. 28.

⁸⁸ V. Conclusions, par. 2, ci-dessous.

⁸⁹ V.: art. 59 Directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie, JOCE 19.12.2002 n L 345 ; art. 23 Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JOCE 26.05.2000 n L 126.

⁹⁰ Il reste, par exemple, une particularité dans le recours à la réciprocité qui accompagne la définition des critères de rattachement utilisés dans l'article 5 du *Codice della Navigazione* italien. Un tel recours sert à déterminer la loi applicable aux actes et faits accomplis à bord de navires battant pavillon étranger. Ces actes et faits sont considérés comme accomplis dans l'Etat du pavillon même si, au moment de cet accomplissement, le navire se trouve dans les

problème est posé dans le cadre des règles d'applicabilité plutôt que dans le contexte des critères de rattachement.

Le recours par les institutions à des mesures de réciprocité et à des contre-mesures reste un instrument indispensable de pression sur les Etats tiers pour la poursuite d'objectifs aussi bien humanitaires au sens large que de concurrence et pénétration commerciale, fût-ce en faveur des seuls citoyens européens.

Un retour à plein rôle de la nationalité

Pour ce qui est plus spécialement du rôle à s'attendre dans ce contexte pour la nationalité en tant que critère d'applicabilité, une leçon peut être tirée de la Directive 2001/84/CE, du PE et du Conseil 27.9.2001, relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une oeuvre d'art originale, art. 7: *Bénéficiaires des pays tiers*. Suivant le par. 1, "les Etats membres prévoient que les auteurs ressortissants de pays tiers et, sous réserve de l'art. 8, paragraphe 2, leurs ayants droit bénéficieront du droit de suite conformément à la présente directive et à la législation de l'Etat membre concerné uniquement si la législation du pays dont est ressortissant l'auteur ou son ayant droit assure la protection du droit de suite des auteurs des Etats membres et de leurs ayants droit". Il revient plutôt à chaque Etat membre, d'après le par. 3, «aux fins de la protection du droit de suite, de traiter les auteurs qui ne sont pas ressortissants d'un Etat membre, mais qui ont leur résidence habituelle dans cet Etat membre, de la même manière que ses propres ressortissants». La liberté, non pas l'obligation, est ainsi reconnue aux Etats membres de ne pas discriminer, pour ce qui est du droit de suite, entre citoyen communautaire et résident dans son territoire ressortissant d'un Etat tiers *autre* que l'Etat destinataire des mesures de réciprocité.

En réalité, la protection due à l'intérêt individuel de jouir de sa propre création intellectuelle sans discrimination peut transformer la liberté dont aux lignes qui précèdent en obligation de l'Etat membre dans le territoire duquel le ressortissant d'Etat tiers réside : une obligation qui pèse si une cause de justification comme la réciprocité ne joue pas.

Un plus large recours à la réciprocité peut être justifié à l'encontre de Pays tiers à des fins politiques. Les articles 17 UE et 301 CE assurent à ce recours une base juridique solide. Un tel recours doit se mesurer, d'autre part, avec les standards de protection de la personne humaine en tant que telle qui s'impose aussi bien en temps de paix qu'en temps de conflit armé ou, plus généralement, de confrontation entre Etats. Les mesures adoptées contre l'Iraq, la Libye ou la Yougoslavie et, plus récemment, contre le terrorisme transnational ont parfois abandonné - dans le sillage des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies - ces limites. Ces mesures visent à attendre les «personnes physiques et juridiques dans l'Etat» à frapper, en précisant que cette formule désigne: l'Etat lui-même et toute personne publique, toute personne physique qui se trouve ou réside dans l'Etat, toute personne juridique y ayant son siège ou son centre de décision; toute personne juridique contrôlée directement ou indirectement par une ou plusieurs personnes parmi celles qui sont susmentionnées.

À ce point là, ce n'est plus seulement la nationalité qui joue en tant que critère d'application; maints critères alternatifs sont joués - plus exactement, il s'agit des critères généralement sous-jacents à la nationalité - dans la recherche d'une efficacité poussée pour les contre-mesures ou mesures collectives en cause et, finalement, pour la pression à exercer sur l'Etat visé. Il s'agit de critères qui sont souvent déjà utilisés par les clauses de réciprocité dans les accords internationaux et par les dispositions nationales qui envisagent la réciprocité libre comme incitant afin d'obtenir les comportements souhaités de la part d'autres Etats ou, vice-versa, pour décourager les comportements nuisibles.

Dans un contexte de confrontation, c'est finalement la citoyenneté communautaire des personnes juridiques qui révèle le plus de fragilité. Dans un contexte de ce genre, la tendance est à lever le voile sociétaire de façon à exploiter le critère du contrôle. Qu'il suffit de se référer ici aux filiales communautaires des producteurs japonais exclues de la notion d'industrie communautaire pour toute la durée du défi technologique des années '80.

III . Règles d'applicabilité et double standard de traitement

3.1. Maintien d'un rôle discriminatoire de la nationalité d'un côté et l'autre de la frontière de l'Union

Une prise en considération des rapports de l'Union européenne avec l'extérieur oblige à revenir enfin sur le rôle joué dans ces rapports par la nationalité en tant que critère d'applicabilité. En réalité, ce rôle qui tend – comme on l'a vu - à être relativisé ou banalisé dans l'Union européenne, est simplement déplacé vers l'extérieur de l'Union. La ligne de démarcation qu'il revient à la nationalité de tracer est, en d'autres mots, aussi marquée que la tradition l'exige. Tout au plus, dans cette fonction de barrage assignée, entre autres, au concept de citoyenneté européenne, la nationalité est utilisée en alternative ou en combinaison avec la résidence habituelle ou le domicile dans le territoire de l'Union.

Dès lors, il n'est pas surprenant que des mesures spécifiques aient été adoptées au niveau européen pour régler ou bloquer l'accès au territoire communautaire: notamment, la Résolution du Conseil 4.12.1997 sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages fictifs⁹¹, et la Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001, relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers⁹².

En particulier, ce qui mérite attention à nos fins est la lutte contre les mariages conclus entre ressortissants d'Etats membres (ou personnes résidant régulièrement sur leur territoire) et citoyens d'Etats tiers, afin d'éluder la réglementation sur le droit d'entrée et de séjour de ces derniers dans l'Union⁹³. Le constat du caractère fictif du mariage pivote autour de deux critères d'applicabilité : nationalité d'Etat tiers et absence de résidence régulière dans la Communauté. En dépit de la nature administrative de la mesure qui en descend, ce constat entraîne des conséquences de droit privé, et de droit international privé, qui peuvent se traduire dans un traitement discriminatoire.

Un autre exemple d'emploi potentiellement discriminatoire de la nationalité est fourni par la mise en oeuvre du principe d'égalité sans discrimination d'après l'art. 13 CE. En particulier, la Directive 2000/43/CE du Conseil, 29 juin 2000, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, dispose au par. 2 de l'art. 3 - *Champs d'application* – comme suit: "La présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de Pays tiers et des personnes apatrides sur le territoire des Etats membres et de tout traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers et personnes apatrides intéressés". Dans cette disposition ce n'est pas la référence en soi aux différences de traitement fondées sur la nationalité qui choque. En se référant à la liberté des Etats membres de régler l'entrée dans les territoires, cette disposition ne fait que rappeler la liberté des Etats d'après le droit international général de barrer aux étrangers cette entrée. Par le biais d'une liberté de ce genre, les Etats sont finalement à même de déterminer les personnes auxquelles ils sont obligés, d'après les coutumes et les accords internationaux, à assurer les droits fondamentaux et la non-discrimination.

En outre, on a déjà vu comment dans le contexte actuel est-il encore prématuré d'imaginer que les Etats puissent se passer des moyens de pression sur les autres Etats rendus possibles par le lien de nationalité entre ces derniers et leurs ressortissants. En d'autres mots, il est encore indispensable dans les relations internationales de pouvoir frapper les Etats en frappant les individus et personnes juridiques soumis à leur protection et au devoir d'allégeance qui en est le pendant.

Ce qui inquiète est le fait qu'on a eu besoin de rappeler ce rôle de la nationalité en énonçant une prohibition aussi absolue que celle qui a pour objet les discriminations fondées sur la race ou l'ethnie⁹⁴.

⁹¹ JOCE 16.12.1997, n. C 382.

⁹² JOCE 2.6.2001, n. L 149.

⁹³ Résolution cit., par. 4: « Si le soupçon est confirmé, le titre de séjour en raison du mariage est nié, retiré ou non renouvelé ».

⁹⁴ Dans son avis dissident annexé au Jugement de la Cour internationale de justice 18 juillet 1966 sur les différends concernant le Sud-Ouest Africain (1966, CIJ, Recueil, pp. 307-308) le Juge Tanaka a marqué les discriminations fondées sur la race et l'ethnie dans les termes suivants: "... la différenciation en droit et en politique représente l'une

Surtout, l'article de la directive 2000/43 citée ne se limite pas à réserver la liberté des Etats membres ou de l'Union dans son ensemble de régler l'accès au territoire européen, et donc de décider si faire entrer en jeu ou non la première règle d'applicabilité de la protection internationale des droits humains. Cet article soumet la protection due par les Etats membres contre la discrimination sur la base de l'ethnie ou la race même des personnes qui se trouvent déjà dans leur juridiction à un double standard, suivant qu'elles sont leurs ressortissants ou ressortissants d'Etats tiers⁹⁵. Seulement pour ces dernières la protection est passible de suspension.

À ce point-ci, pour éviter le risque de violations du principe de non-discrimination dans l'application de l'art. 13 CE, il n'est pas sûr qu'il soit suffisant de rappeler le respect des droits de l'homme comme limite à la légitimité des mesures qui en résultent⁹⁶. L'appréciation du risque de discrimination est du moins remis au niveau de la Constitution pour l'Europe par l'art. II-21, par. 2, du projet de Traité, qui prévoit: « Dans le domaine d'application de la Constitution et sans préjudice de ses dispositions particulières, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite »⁹⁷.

3.2. Un double standard dans le choix des critères de rattachement et d'applicabilité

Finalement, dans l'interaction entre droit matériel harmonisé et droit international privé, l'Union semble s'orienter vers un double standard de traitement, suivant que les rapports à régler lui sont plus ou moins étroitement liés: si ce n'est sur la base de la nationalité, ce sera certes sur la base de liens essentiellement de type territorial⁹⁸. C'est le cas de la Convention de Rome (art. 1, par. 3), en combinaison avec les directives assurances, pour ce qui est de la loi applicable aux contrats d'assurance: suivant que les exigences de protection sociale se manifestent à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union, ce sont les critères de rattachement qui changent⁹⁹. Mais c'est le cas aussi des législations nationales d'exécution de toute la série des directives de protection des consommateurs. D'après la disposition afférente, "les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection assurée par (la directive en question) en raison du

des tendances les plus remarquables de la société politique moderne. Cette tendance, procédant elle-même de la notion de justice, ne peut pas être tenue pour néfaste... Il est douteux que l'on puisse assimiler un groupe racial ou ethnique à des catégories comme celles des mineurs, des incapables, des hommes ou des femmes... aucune définition scientifique et précise de la race n'a été établie; ... des critères permettant de distinguer les races entre elles, c'est l'apparence extérieure, notamment certaines caractéristiques physiques, comme la couleur de la peau, les cheveux, etc., lesquelles ne constituent pas en soi des éléments pertinents justifiant un traitement politique ou juridique différent;... un traitement différencié peut s'imposer raisonnablement du fait de différences quant à la religion, la langue, l'instruction, les coutumes, etc., mais non pas du fait de la race ou de la couleur". Pour le traitement de la question des discriminations allemandes contre les juifs dans l'affaire *Oppenheimer v Cattermole* par la House of Lords en 1975, *All England Law Reports*, 1975, I, p. 538 ss. Sur la question des discriminations sur la base de la race, en général, A. Viviani, *op. cit.*, pp. 857-859.

⁹⁵ Une différence de traitement fondée sur la nationalité est bannie d'après un arrêt italien récent qui a trait à la nationalité en tant que critère de rattachement: Trib. Bergamo, 26 novembre 2002 Soc. Canali c. Soc. Zaninoni International Forwarding agent (*Giur. it.*, 2003, 2076). D'après cet arrêt, l'application de la loi nationale prime sur la condition de réciprocité dont à l'art. 16 disp.prél. c.c., qui statue: "L'étranger jouit des droits civils et politiques à condition de réciprocité". Le Tribunal précise: "Non è soggetto a condizione di reciprocità l'esercizio da parte dello straniero di un diritto fatto valere in base alla legge straniera richiamata da una norma di conflitto di diritto internazionale privato italiano".

⁹⁶ Directive 2000/43 cit., art. 3, par. 2: « Les Etats membres mettent en œuvre la présente directive dans le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

⁹⁷ Italique ajouté.

⁹⁸ Voir les directives d'harmonisation dont il est question à la note qui suit. M. Struycken, "Le droit international privé d'origine communautaire et les Etats tiers", *RAE-LEA*, 2001-2002, p. 470, trouve dans ces dernières des traces de bifurcation, du type qu'il reconnaît, dans les Etats avec plusieurs systèmes de droit privé (Etats-Unis d'A., Royaume-Uni, etc.), entre règles de droit international privé et règles de solution des conflits interlocaux. En Europe, on est peut-être encore loin de ce stade. En tout cas, il y a un exemple de bifurcation plus fidèle que ne le soient les directives susmentionnées: v. le texte qui suit.

⁹⁹ V. par. 1.7. ci-dessus.

choix de la loi d'un pays tiers comme loi applicable au contrat, au cas où le contrat aurait un lien étroit avec le territoire d'un Etat membre¹⁰⁰.

La tâche de préciser la nature de ce lien revenant aux Etats membres, c'est normal qu'ils aient qualifié de lien étroit exclusivement la résidence du consommateur dans l'Union européenne, ou carrément dans leur territoire. Ce faisant, ils ont simplement ignoré tout problème de protection sociale des consommateurs résident dans des Etats tiers¹⁰¹. Ce sont plutôt les tendances en faveur d'une globalisation humanitaire en cours, bien que minoritaires, au sein de l'OMC (mention en a été faite ci-dessus) qui laissent entrevoir un emploi de cette notion un peu différent. Force sera d'y revenir bientôt.

3.3. De la réciprocité à la conditionnalité

Les remèdes possibles au double standard

L'on a rencontré une ombre sur le tableau de la citoyenneté européenne là où elle traduit l'appartenance à la Communauté en de critères capables de protéger au mieux la Forteresse Europe. Il faut maintenant tâcher de recueillir les indices quant aux remèdes possibles.

La situation qui se dégage du cadre juridique résumé dans le paragraphe qui précède est en effet décevante pour toutes les organisations, publiques et privées, qui s'occupent professionnellement de la protection des droits humains, et pour les personnes qui, en général, ressentent les inégalités énormes et choquantes qui partagent l'humanité entre « have » et « have not ». Il s'agit souvent d'acteurs des relations internationales et transnationales qui refusent la situation susdite comme point d'arrivée de la protection internationale des droits humains et sont déterminés à tirer tout le possible du cadre juridique présent, en faveur d'une lutte contre les inégalités les plus révoltantes et d'un début de réponse au cri des désavantagés structurels.

Des initiatives intéressantes sont ainsi venues à la surface dans le cadre des échanges commerciaux internationaux, grâce à la revendication, sous la pression surtout des consommateurs actifs, d'une application extraterritoriale des clauses de sauvegarde ou d'exception contenues dans les accords commerciaux, notamment les accords OMC. Quant aux titres invoqués à cette fin, les brèches le plus souvent utilisées - à partir de la liste d'intérêts prioritaires incluse dans ces clauses - sont la morale publique, la santé, l'environnement.

Les temps semblent alors mûrs pour tâcher de valoriser au maximum cette expérience pour ouvrir l'approche européenne à une perspective humanitaire.

Des pas qu'il semble possible d'envisager sont les suivants : 1) l'attention aux devoirs que l'exécution des règles de protection des droits humains dans l'Union et les Etats membres impose

¹⁰⁰ Directive 84/450/CEE du Conseil 10.9.1984, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relative à la publicité trompeuse et comparative; directive 87/102/CEE du Conseil 22.12.1986 sur le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administrative des Etats membres en matière de crédit à la consommation; directive 92/28/CE concernant la publicité faite à l'égard des médicaments destinés à l'usage humain; directive 93/13/CEE du Conseil 5.4.1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs; Directive 94/47/CE du PE et du Conseil 26.10.1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel des immeubles; Directive 97/7/CE du PE et du Conseil 20.5.1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

Pour atteindre des résultats pareils la Cour de Justice n'a pas considéré indispensable une disposition explicite donnant force internationalement impérative à des articles de directive. Voir (par rapport aux articles 17 et 18 de la directive 86/653/CEE) la protection reconnue à l'agent commercial après cessation du contrat présentant un lien étroit avec la Communauté: CJCE, C-381/98, 9.11.2000, *Ingmar GB Ltd/Eaton Leonardo Technologies Inc.*, Rec. I-9305. V.: E. Jayme, «Zum internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2001, pp.190-191; J. Raynard, « Le droit à indemnité de l'agent commercial dans le contrat international: l'influence des lois de police communautaires - A propos de CJCE 9 novembre 2000 et Cass. Com. 28 novembre 2000 », *La Semaine juridique - entreprise et affaires*, 2001, pp.12-20; L. Idot, *Rev. Cr. Dr. Int. Priv.*, 2001, pp.112-120; A. Font I Segura, *The European Legal Forum*, 2001, pp.179-182; H.L.E. Verhagen, «The Tension between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on *Ingmar GB LTD v. Eaton Leonard Technologies Inc.*», *ICLQ*, 2002, pp.135-154; R. Wulf-Henning, *CMLR*, 2002, pp.369-383.

¹⁰¹ Pour la conclusion que «la protection des consommateurs qui ont leur résidence habituelle 'in partibus infidelium' ...n'est pas le souci de la Communauté», A. V. M. Struycken, *op.cit.*, p. 470. Pour un rappel du fait qu' "il faut avoir de très bonnes raisons à démontrer, pour différencier", *ibidem*, p. 471.

aux privés; 2) une interprétation du lien étroit comme critère d'applicabilité élargi aux liens significatifs avec la Communauté non seulement des victimes potentielles des violations, mais des entreprises aussi; 3) une valorisation des liens de solidarité des citoyens européens avec l'extérieur comme liens étroits entre, d'un côté, la Communauté et, de l'autre côté, les situations de faiblesse structurelle adoptées comme causes de *public concern*; 4) l'attribution aux règles communautaires de protection d'un caractère internationalement impératif.

Règles d'applicabilité des normes de protection des droits de l'homme

1) Les normes de protection des droits de l'homme, tels qu'énoncés et protégés par le système de Strasbourg et incorporés dans le droit de l'Union, ont leurs propres règles d'applicabilité et sont d'application immédiate.

Les Etats sont obligés de se conformer aux standards de protection énoncés envers les personnes « relevant de leur juridiction ». Ces standards sont, il est vrai, énoncés en termes de droits pour ces personnes. L'obligation faite d'ailleurs aux mêmes Etats de *garantir* ces droits a permis de dégager les obligations/devoirs dont les Etats doivent charger les privés qui se trouvent sous l'emprise de leurs systèmes juridiques. En d'autres mots, compte tenu des critères d'applicabilité de la protection qui correspond au domaine de la juridiction de l'Etat obligé, les privés qui relèvent de ce domaine sont tenus eux aussi au respect des droits humains, voire du principe de non-discrimination. Parmi les privés, au même temps bénéficiaires des droits humains et obligés à les respecter, figurent les entreprises et les personnes juridiques.

Les règles d'applicabilité du droit communautaire en tant qu'instruments pour dépasser les limites de cette protection

2) La piste la plus prometteuse pour exploiter l'expérience communautaire dans le sens d'une ouverture des droits de l'homme à une protection dépassant la juridiction des Etats membres a été déjà indiquée dans l'élargissement, ou du moins dans la considération articulée, de la notion de lien étroit qui délimite la protection des droit des consommateurs d'après le droit communautaire. Jusqu'à présent la notion de lien étroit à été utilisée pour indiquer la présence dans le territoire (des Etats membres, ou de l'Etat membre tour à tour mis en jeu) des situations de faiblesse structurelle à protéger. Il en est de même dans le droit international privé européen des conflits de lois affectant les consommateurs. L'interprétation dominante de ce droit identifie le lien étroit avec la résidence habituelle des consommateurs dans la Communauté.

Une approche innovatrice serait alors de considérer le lien étroit comme existant aussi lorsque c'est le professionnel qui réside dans un Etat membre, ou en est ressortissant ou y est établi. Les devoirs de respect des droits humains et de non-discrimination devraient être, en d'autres mots, une dimension naturelle de la citoyenneté européenne aussi bien des individus que des entreprises et personne juridiques. Au contraire, autoriser les professionnels européens, et sur la base du droit communautaire d'harmonisation lui-même, à discriminer entre consommateurs suivant que ces derniers résident habituellement dans la Communauté ou ailleurs, équivaut à faire de la citoyenneté européenne une boîte à protection d'intérêts et non le paradigme d'une communauté au sein de laquelle la balance des intérêts est tenue égale par les valeurs¹⁰².

Une démonstration du fait qu'une perspective de ce genre est audacieuse, mais pas utopique, se trouve dans un courant, pour le moment minoritaire, de la jurisprudence aux Etats-Unis qui reconnaît un intérêt de cet Etat à « éviter que les sociétés établies sur le territoire américain exploitent les marchés étrangers moins développés en y découlant des produits qui ne répondent pas aux standards américains »¹⁰³. Dans cette prise de position il semble se trouver, à bien entendre, un écho de ce principe du Pays d'origine qui commence à retentir dans le droit de l'OMC.

¹⁰² Pour une évaluation pessimiste quant à la capacité de l'Union de dépasser sa forte inclination au double standard, A. Williams, *EU Human Rights Policies, A Study in Irony*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2004.

¹⁰³ Cf., en marge à US, Supreme Court of Texas, Opinion in *Dow Chemical Co. and Shell Oil Co. v Domingo Castro Alfaro et al.*, March 28, 1990, in ILM, 1990, pp. 749-82, A. Nuyts, *L'exception du forum non conveniens*, Bruylant, Bruxelles – LGDJ, Paris, 2003, p. 357. Voir aussi, pour un cas portant sur la rescission des contrats d'achats publics

Une interprétation du lien étroit ouverte à la solidarité

3) Dans une approche de ce genre les consommateurs ou, en général, les ONG et les citoyens européens pourraient faire valoir comme lien suffisamment étroit la solidarité: la fraternité même, si l'on avait le courage d'évoquer le troisième élément d'une triade au nom de laquelle une révolution fut déclenchée, et précisément en Europe, le chemin des droits humains en étant marqué pour toujours. À la limite, mais avec le soutien d'une pratique en cours sur le terrain qui témoigne le caractère étroit du lien de solidarité, les citoyens européens ont le droit de n'être pas discriminés *in melius*, ont droit à *voir et savoir* l'égalité de traitement réalisée non seulement *intra moenia*, mais avec ceux qui se trouvent ailleurs dans le monde aussi. En tant qu'expression de la citoyenneté européenne, une sensibilité de ce genre pourrait être partagée du moins par quelques-unes des institutions européennes. En particulier la Cour pourrait se faire guider par cette approche dans l'interprétation du lien étroit en tant que critère d'applicabilité directe¹⁰⁴ des directives de protection.

Une application extraterritoriale du droit européen fonctionnelle à la protection des droits humains

4) Une interprétation solidaire du lien étroit énoncé comme critère d'applicabilité type dans les directives communautaires à protection des consommateurs devrait trouver place aussi bien dans la pratique des institutions de l'Union que dans la législation nationale d'exécution appelée à exclure, le cas échéant, l'application de la loi d'un Pays tiers. Un tel parcours pourrait finalement contribuer à affirmer une impérativité internationale du droit communautaire de protection que la bilatéralisation possible de l'art. 7, par. 1, de la Convention de Rome pourrait aider aussi.

Plus exactement, grâce à cette bilatéralisation, une volonté d'application de ces directives, et d'autres instruments de droit communautaire, pourrait être prise en considération par les juges de Pays tiers. Une telle considération pourrait jouer, par exemple, en faveur de contrats-type contenant des clauses de conditionnalité à sauvegarde des droits humains dans les méthodes de production des marchandises ou des services en Pays tiers. Ces clauses, dont l'insertion est souvent préconisée par les organisations des consommateurs européens avertis, pourraient aller au-delà de la solidarité humanitaire qu'il est permis aux Etats d'exprimer sur la base des clauses d'exception OMC.

Du reste, un Etat membre peut, dans l'exécution normative des directives de protection, définir le lien étroit d'une façon ouverte aux exigences humanitaires et tâcher au même temps d'imprimer une impérativité internationale à ses règles d'exécution¹⁰⁵. Il reviendra alors au juge des conflits siégeant dans un Etat tiers de tenir compte ou pas de cette volonté d'application: notamment, d'établir si un lien étroit existe avec la Communauté, et lequel, dans le sens qu'une bilatéralisation de l'art. 7, par. 1, de la Convention de Rome impliquerait en tout cas.

conclus avec des entreprises entretenant des rapports commerciaux avec Myanmar, voir un Pays responsable d'exploiter et de laisser exploiter aux privés le travail forcé, US Supreme Court, *Crosby v. National Foreign Trade Council*, 530 US 363 (2000). Dans la même ligne, en direction d'un intérêt américain au respect partout dans le monde du droit international en soi (un respect peu détectable, à vrai dire, dans la conduite récente précisément des Etats-Unis), le *Alien Tort Claims Act* (28 U.S.C. § 1350), aux termes duquel les tribunaux fédéraux américaines jouissent d'une « original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations ». Pour une application, cf. l'action en justice contre la participation d'une corporation américaine aux actes d'exploitation du travail forcé commis par le gouvernement du Myanmar, dont à l'opinion délivrée le 18 septembre 2002 par la Cour d'Appel du 9.^e Circuit en *John Doe I v. Unocal Corp*, No. 0056603p, 14187 U.S.9th Circuit Court 2002. La question a été ensuite rouverte et renvoyée au plenum: v. Ordre 14 février 2003, 2346 U.S.9th Circuit Court 2003.

¹⁰⁴ Voir: indépendant des législations d'exécution dans les Etats membres. Dans cette direction, en marge à la directive 2001/37/CE en matière de produits du tabac cit., M.N.Jobard-Bachelier, *Rev. cr. dr. int. priv.*, 2003, p. 547.

¹⁰⁵ *Ibidem*, rappelant la transposition extensive par la France de l'art. 9 de la directive 1994/47 sur le *time-sharing* du 26.10.1994, JOCE 1994, L 280.

Conclusions

1. Plus qu'une leçon des milieux limitrophes

Finalement, le droit communautaire d'application immédiate pourrait jouer un rôle décisif, en tant que véhicule de la protection internationale des droits de l'homme, grâce à ses règles d'applicabilité. Il s'agit d'un rôle qui peut déplacer la loi d'Etats tiers en principe compétente, lorsqu'elle n'assure pas des standards adéquats dans la protection de droits tels que: la liberté d'initiative économique (même dans le cadre de la lutte contre la corruption et le terrorisme), le droit à la personnalité juridique, le droit à la non-discrimination sur la base des convictions religieuses ou sur la base du sexe¹⁰⁶.

Compte tenu des développements récents du droit communautaire matériel d'application immédiate, une interaction entre les règles d'applicabilité du droit européen et le domaine d'application des droits de l'homme semble possible, et particulièrement souhaitable, pour les droits culturels et la protection des travailleurs¹⁰⁷. Le parcours à suivre est la prise en considération du lien étroit qui s'établit entre la Communauté et l'extérieur lorsque les sujets qui se trouvent dans la juridiction des Etats membres sont non pas les victimes potentielles d'une atteinte aux droits de l'homme, mais les violateurs potentiels. Il s'agirait d'une démarche décisive pour avoir raison des règles d'applicabilité des droits humains telles que déterminées par le droit international.

2. Degrés divers d'extraterritorialité

Il s'agirait aussi, à bien voir, d'une pratique à mi-chemin, par rapport à l'application extraterritoriale entre, d'un côté, *a*) les clauses d'exception dans les traités du commerce international et, de l'autre côté, *b*) les règles de concurrence par rapport aux entreprises extracommunautaires (Continental Can¹⁰⁸, Ahlström¹⁰⁹, etc.)¹¹⁰.

L'approche dont est question *sub a*) se traduit dans un recours aux clauses d'exception des accords OMC, pour des cas dans lesquels aussi bien les acteurs économiques qui imposent des coûts humanitaires que les sujets qui directement et matériellement les payent sont à l'extérieur de l'Union européenne. Dans des cas de ce type, violateurs potentiels et victimes sont en d'autres mots, pour la plupart, ressortissants d'Etats tiers. Ce sont les protagonistes de la réaction morale qui se

¹⁰⁶ Il s'agit de droits qui traversent les catégories classiques du droit international privé: notamment, rapports de famille, contrats, questions d'état, successions. V., pour des spécifications éclairantes: J. Deprez, « Au carrefour du droit comparé et du droit international privé: quelle place pour le droit musulman ? », *L'enseignement du droit musulman*, M. Flory, J.-R. Henoy, Paris, 1989, pp. 55-67; C. von Bar (editor), *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, Heymanns, Köln-Berlin, 1999.

¹⁰⁷ Il faut ainsi dépasser ce double standard de traitement axé sur la nationalité qui a pu survivre sans censure de la part de la Cour de justice dans la réglementation des contrats de travail des marins ressortissants de Pays tiers, et sans domicile ni résidence fixe dans l'Etat membre d'emploi: CJCE, C-72/91 et C-73/91, 17.3.1993, *Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG/Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, rec. I-887.. Pour une appréciation à la lumière de la liberté de circulation des travailleurs dans la Communauté, M. Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, L'expérience de la Communauté européenne, 253 RdC, 1995, p. 130.

¹⁰⁸ CJCE, 21.2.1973, *Europeimballage cit.*, p. 215.

¹⁰⁹ CJCE, C-89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, 27.9.1988, *Ahlström Osakeyhtiö et a. c. Commission*, Rec. p. 5193.

¹¹⁰ Le droit de la concurrence implique des exigences de protection sociale qui ne sont pas moins fortes des exigences économiques à réaliser et s'articulent autour d'une rose de droits humains que la Charte des droits fondamentaux cit. énonce à plusieurs reprises, notamment aux articles II-14, 27-31, 35-38.

trouvent dans la Communauté. Si un lien étroit existe entre celle-ci et la violation des droits de l'homme à laquelle on réagit, il s'agit de la solidarité de citoyens européens avec les victimes.

Quant à l'approche développée par la pratique communautaire (*sub b*), les solutions techniques adoptées alors pour sauvegarder la concurrence dans le marché intérieur ont visé elles aussi des entreprises non communautaires. Ces dernières furent considérées comme destinataires des règles de concurrence sur la base de la théorie des effets produits par leurs décisions dans la Communauté, en dépit du fait qu'il s'agissait de décisions prises au-dehors de sa juridiction et par des sujets étrangers. L'objectif de ces mesures traditionnellement définies comme extraterritoriales fut néanmoins toujours un objectif de politique interne économique et sociale : notamment, la protection de la liberté de concurrence dans le marché communautaire et, par ce biais, la protection des consommateurs résidant dans la Communauté¹¹¹.

L'application extraterritoriale des règles communautaires qui protègent les droits des consommateurs et de la personne humaine en tant que telle se placerait donc au carrefour entre, d'une part, les expériences d'application définie extraterritoriale des clauses d'exception aux accords commerciaux internationaux et, d'autre part, le droit communautaire de la concurrence. Ces dernières expériences montrent les institutions politiques et judiciaires de la Communauté disposées à identifier de manière diversifiée les liens avec son territoire des activités à régler. Elles le font en suivant la direction des effets et, surtout, la nature de ces effets: effets économiques et sociaux en matière de concurrence, dans les cas *sub b*) ci-dessus; effets sociaux, et finalement moraux, en matière de défense des droits humains, à travers l'administration conditionnée des échanges commerciaux, dans les cas dont *sub a*).

La question se pose des caractères que l'application extraterritoriale des règles communautaires de protection de droits des consommateurs et de la personne humaine en tant que telle devrait posséder. En les empruntant à la jurisprudence OMC, ces caractères sont les suivants: disponibilité à la coopération internationale, procès équitable, transparence, flexibilité¹¹². Parallèlement, pour être appropriés à la perspective dont il a été question ici, les critères de rattachement et d'applicabilité doivent être fixés en tenant compte de ces caractères.

Le Rapport 22 octobre 2001 de l'Organe d'Appel de l'OMC, sur la suite de l'affaire *Crevettes*, est éclairant à cet égard. Ce document est justement fameux pour avoir reconnu un rattachement, entre les Etats-unis et les tortues à risque d'extinction en Asie, suffisant pour permettre à cet Etat d'invoquer la clause de sauvegarde dont à l'art. XX Gatt, pour suspendre toute importation de certaines crevettes et produits de crevettes.

Malheureusement, l'on a pu constater parallèlement dans la pratique qu'il est beaucoup plus facile pour les Etats d'épouser des causes « publiques » (*public concerns*) ayant trait à la protection des animaux¹¹³, plutôt qu'à la protection des travailleurs en Pays tiers et à la dimension sociale du développement durable. Cette dernière cause est finalement beaucoup plus embarrassante, politiquement sensible et gênante pour la souveraineté étatique¹¹⁴.

Il arrive ainsi que les institutions de l'Union européenne n'ont pas encore combattu des batailles sociales au sein de l'OMC par les biais d'une application extraterritoriale des clauses d'exception. Seule la Belgique tenta d'introduire en 2001 un système d'étiquetage volontaire, mais soutenu par

¹¹¹ Cf. Traité CE, art. 81, par. 3, 3^e tiret, et art. 82, *b*).

¹¹² Voir Organe d'Appel de l'OMC, Suite de l'affaire *Crevettes*, Rapport du 22 octobre 2001, WT/DS58/AB/RW, Etats-Unis – défense d'importation de certaines crevettes et produits de crevettes, appel de la Malaisie d'après l'art. 21, par. 5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

Pour ce qui concerne tout particulièrement la flexibilité, le fait de confier à des directives communautaires (ou à des décisions-quadre de troisième pilier) l'articulation de standards qui ont trait à la protection des droits humains assurerait qu'en principe les dispositions pertinentes fixent des résultats à atteindre, plutôt qu'établir des procédures ou des moyens spécifiques auxquels ressortir obligatoirement. Dans ce sens elles prêtent mieux au milieu extraterritorial, dans lequel elles devraient produire une partie de leurs effets.

¹¹³ Pour l'exigence d'une déclaration interprétative de l'OMC qui devrait assurer que l'art. XX *a*) du Gatt inclut dans la clause d'exception le bien-être des animaux, cf. PE A5-0062/1999, p. 38. Quant aux indices d'une sensibilité différente entre compositions différentes du Conseil, Commission, et Parlement européen, par rapport à la prohibition de certains pièges pour les animaux à fourrure et des échanges commerciaux y afférent, cf.: Règlement (Cee) n. 3254/91, JOCE, 1991 L 308/1; Décision 98/142/Ce, JOCE, 1998 L 42/40 et Décision 98/487/ Ce, JOCE 1998 L 219/24. Pour un compte-rendu de l'affaire au niveau diplomatique, E. Baroncini, « Processi produttivi : l'approccio della Comunità europea », in L. S. Rossi (éd.), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione europea*, Il Mulino, Bologna 2003, pp. 276-278.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 284.

l'administration publique, pour la promotion de la production socialement responsable. Sur la base d'une loi, les entreprises auraient pu obtenir l'apposition d'une étiquette sur ses propres produits ou pour les services fournis dans le respect des standards établis par l'OIT. Il n'en fut rien en raison de l'opposition nette des Pays en voie de développement au sein de l'OMC.

3. Rôle décisif des consommateurs

Sur le front qu'on vient de décrire la première ligne semble finalement réservée, pour le moment, aux consommateurs.

La cause du respect partout des droits fondamentaux des travailleurs et des petits producteurs des Pays en voie de développement est en réalité, aujourd'hui encore, dans les mains des consommateurs et des organisations pour le commerce équitable et solidaire. En particulier les consommateurs se partagent entre ce rôle de sujets « passifs » ou du moins neutres, que le droit privé et le droit international privé semblent être enclins à leur attribuer au cours des dernières années, et celui d'acteurs d'une mondialisation humanitaire, nouvelle marque des rapports transnationaux. Et quelles sont les armes de leur participation à la mondialisation ? Les étiquettes. Certes, l'étiquetage est plus diffusé pour l'information écologique. L'étiquetage social a débuté pour certifier le respect des conditions de travail des mineurs. Cet instrument voit d'ailleurs son succès dépendre du renforcement de la présence, sur le marché transnational et européen, d'organisations privées indépendantes chargées du contrôle des standards de protection des travailleurs¹¹⁵, mais aussi de l'environnement, par rapport au cycle de vie des produits.

Il revient ensuite aux consommateurs en tant que destinataires de l'information ainsi transmise, et à leurs contreparties, de contribuer à déterminer la portée effective des critères de rattachement et des règles d'applicabilité afférents aux rapports qu'ils entretiennent sur le marché. C'est à eux de solliciter une application judiciaire de ces critères et de ces règles en direction de la protection des droits humains. Le cycle de vie des produits est pointillé de contrats qui en marquent les différentes étapes dans la dimension transnationale et qui finissent, tôt ou tard, par intéresser le juge des conflits. Le balancement des intérêts que ces contrats incarnent, et la sensibilité à la mondialisation humanitaire d'une partie au moins et du juge, ont à ce moment-là une chance unique de contribuer à l'affirmation de critères d'applicabilité capables de réduire, ou même de neutraliser, le double standard dans la reconnaissance des droits humains.

Introduction 1

1. Les risques de discrimination en droit international privé	1
2. Risques spécifiques inhérents aux critères de rattachement et aux règles d'applicabilité	2
3. Quelques traits spécifiques aux règles d'applicabilité	2
4. L'entrée en jeu de la protection internationale des droits de l'homme.....	3
5. Critères de rattachement et règles d'applicabilité de droit européen.....	4
6. La leçon de milieux limitrophes	4

I. Critères de rattachement..... 6

1.1. La nationalité	6
Une relativisation annoncée?.....	6
Vitalité d'une mutation.....	6
Tendances à la nationalité double ou plurielle	7
La compétition entre systèmes Pays	7
Un phénix toujours prêt à ressusciter.....	8
De la neutralité du dip au rattachement non-discriminatoire, moyennant la	

¹¹⁵ Cf, par exemple, *Social Accountability International* (SAI), siégeant aux Etats-Unis, ou *Fairtrade Labelling Organizations-International* (FLO-I), ayant son siège en Allemagne. Pour des données utiles, respectivement: <http://www.cepaa.org/AboutSAI/AboutSAI.htm>; www.fairtrade.net.

pondération des droits humains en jeu	9
1.2. Résidence.....	9
La résidence en tant qu'objet de droits de l'homme	9
La résidence d'après la Convention de Rome de 1980.....	10
Consommateurs	11
Contrats de travail	11
1.3. Domicile	12
1.4. Lieu d'enregistrement.....	13
Spécificités.....	13
Le lieu d'enregistrement du mariage canonique.....	13
Le lieu d'enregistrement face aux droits de l'homme.....	14
1.5. Critères de rattachement pour les personnes juridiques	14
1.6. Volonté des parties	16
1.7. Le lien le plus étroit.....	17
Siège du prestataire caractéristique pour les contrats	18
Localisation du risque	18
1.8. Modulation de l'ordre public et discriminations.....	19
II. Règles d'applicabilité	20
2.1. Règles communautaires ou d'origine communautaire	20
2.2. Loi applicable et règles d'application immédiate (ou lois de police) d'Etats tiers.....	21
2.3. Fonctions multiples des règles d'applicabilité.....	22
Préférence communautaire	22
Sauvegarde à l'encontre de sujets privés non communautaires.....	22
Sauvegarde à l'encontre d'Etats tiers.....	24
Poursuite de la réciprocité (économique et autre).....	24
Un retour à plein rôle de la nationalité.....	25
III . Règles d'applicabilité et double standard de traitement	26
3.1. Maintien d'un rôle discriminatoire de la nationalité d'un côté et l'autre de la frontière de l'Union	26
3.2. Un double standard dans le choix des critères de rattachement et d'applicabilité.....	27
3.3. De la réciprocité à la conditionnalité.....	28
Les remèdes possibles au double standard	28
Règles d'applicabilité des normes de protection des droits de l'homme	29
Les règles d'applicabilité du droit communautaire en tant qu'instruments pour dépasser les limites de cette protection.....	29
Une interprétation du lien étroit ouverte à la solidarité.....	30
Une application extraterritoriale du droit européen fonctionnelle à la protection des droits humains	30
Conclusions	31
1. Plus qu'une leçon des milieux limitrophes.....	31
2. Degrès divers d'extraterritorialité	31
3. Rôle décisif des consommateurs.....	33