

Thèse de Doctorat / septembre 2011

Université Panthéon-Assas

École doctorale de Droit public interne, science administrative et science politique (Ecole doctorale Georges Vedel)

Thèse de doctorat en Droit
soutenue le 08/09/2011

Éléments d'une théorie de la frontière appliqués au droit fiscal



Université Panthéon-Assas

Eric Robert

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Jacques
Bienvenu

Membres du jury :

Monsieur Martin Collet, Professeur à l'Université
Paris XI-Sud

Monsieur Emmanuel de Crouy-Chanel, Professeur aux
Universités d'Artois et Paris I

Monsieur Guy Gest, Professeur à l'Université Paris II

Monsieur Frans Vanistendael, Professeur à
l'Université Catholique de Louvain (KUL)



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



Remerciements

Je tiens particulièrement à remercier Ramu de Bellescize pour sa relecture et ses conseils, ainsi que tous ceux qui m'ont soutenu dans la réalisation de ce travail.

Principales abréviations

A.

| | |
|-------------------------------------------------|------------------|
| Actualité juridique de droit administratif | AJDA |
| Actualité juridique de droit immobilier | AJDI |
| Actualité juridique de la propriété immobilière | AJPI |
| Actualité juridique Famille | AJ famille |
| Actualité juridique Loyers | AJL |
| Actualité juridique Pénal | AJ pénal |
| Actualité juridique Travaux | AJT |
| Actualité législative Dalloz | ALD |
| Annales. Économie Sociétés Civilisations | Annales ESC |
| Annuaire français de droit international | An. fr. dr. int. |
| Archives de Philosophie du Droit | A.P.D. |
| Assemblée nationale | AN |
| Assemblée plénière | ass. plén. |

B.

| | |
|---------------------------------------------------------------------|-----------------|
| Bibliothèque | Biblio. |
| Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle) | Bull. crim. |
| Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles) | Bull. civ. |
| Bulletin comptable et financier | BCF |
| Bulletin des conclusions fiscales | BDCF |
| Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes | Bull. CNCC |
| Bulletin européen et international, Francis Lefebvre | BEEI Lefebvre |
| Bulletin fiscal, Francis Lefebvre | BF Lefebvre |
| Bulletin de gestion fiscal des entreprises | BGFE |
| Bulletin Joly Société | Bull. Joly Soc. |

| | |
|-------------------------------------------------------------|----------------|
| Bulletin officiel des contributions directes et du cadastre | BOCD |
| Bulletin officiel des contributions indirectes | BOCI |
| Bulletin officiel de la Direction générale des impôts | BODGI |
| Bulletin officiel des douanes | BO douanes |
| Bulletin officiel de l'Enregistrement et du Domaine | BOED |
| Bulletin officiel des impôts | BOI |
| Bulletin officiel des marchés publics | Bo.march.publ. |
| Bulletin officiel de la propriété industrielle | BOPI |
| Bulletin rapide de droit des affaires, Francis Lefebvre | BRDA |
| Bulletin du registre du commerce et des sociétés | Bull. RCS |
| Bulletin social, Francis Lefebvre | BS Lefebvre |
| Bulletin trimestriel du Conseil national de la comptabilité | Bull. CNC |

C.

| | |
|--------------------------------------------|-----------------|
| Cahiers de droit européen | Cah. dr. eur. |
| Cassation | cass. |
| Chambre | ch. |
| Chambre de commerce internationale | CCI |
| Chambre du conseil | ch. cons. |
| Chambre correctionnelle | ch. corr. |
| Chambre régionale des comptes | ch.rég. comptes |
| Chapitre | chap. |
| Chronique | chron. |
| Circulaire | Circ. |
| Circulaire interministérielle | Circ. intermin. |
| Circulaire ministérielle | Circ. min. |
| Code des assurances | C. assur. |
| Code civil | C. civ. |
| Code de commerce | C. com. |
| Code de la consommation | C. consom. |
| Code de la construction et de l'habitation | CCH |
| Code du domaine de l'État | C. dom. Ét. |
| Code des douanes | C. douanes |
| Code des douanes communautaire | CDC |

| | |
|--------------------------------------------------------|-------------------|
| Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique | C. expr. |
| Code général des collectivités territoriales | CGCT |
| Code général des impôts | CGI |
| Code de justice administrative | C. just. adm. |
| Code des marchés publics | C. march. publ. |
| Code monétaire et financier | C. mon. fin. |
| Code de la nationalité | C. nat. |
| Code de l'organisation judiciaire | C. org. jud. |
| Code pénal | C. pén. |
| Code de procédure civile | CPC |
| Code de procédure pénale | C. pr. pén. |
| Code de la propriété intellectuelle | C. propr. intell. |
| Code de la sécurité sociale | CSS |
| Code du travail | C. trav. |
| Code de l'urbanisme | C. urb. |
| Collection | coll. |
| Comité de la réglementation comptable | CRC |
| Commissaire | comm. |
| Commission | comm. |
| Commissaire du gouvernement | comm.ouv. |
| Commission de l'Union Européenne | Comm. UE |
| Commission européenne des droits de l'homme | Comm. EDH |
| Commission nationale de l'informatique et des libertés | CNIL |
| Commission des opérations de bourse | COB |
| Communauté économique européenne | CEE |
| Communauté européenne de l'énergie atomique | EURATOM |
| Communauté européenne pour le charbon et l'acier | CECA |
| Communauté européenne | CE |
| Communication | COM |
| Compagnie | Cie |
| Conclusion | concl. |
| Conseil constitutionnel | Cons. const. |
| Conseil d'État | CE |
| Conseil économique et social | CES |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| Conseil de l'Europe | Cons. Europe |
| Conseil national de la comptabilité | CN compt. |
| Conseil supérieur de l'audiovisuel | CSA |
| Conseil supérieur de la magistrature | CSM |
| Conseil de l'Union européenne | Cons. UE |
| Considérant | consid. |
| Contre | c/ |
| Convention européenne des droits de l'homme | Conv. EDH |
| Cour administrative d'appel | CAA |
| Cour d'appel | CA |
| Cour d'assises | C. assises |
| Cour de cassation | Cass. |
| Cour des comptes | C. comptes |
| Cour de discipline budgétaire et financière | CDBF |
| Cour européenne des droits de l'Homme | CEDH |
| Cour internationale de justice | CIJ |
| Cour de justice des Communautés européennes | CJCE |
| Cour de justice de l'Union Européenne | CJUE |
| D. | |
| Dalloz Affaires | D. aff. |
| Dalloz analytique | DA |
| Dalloz critique | DC |
| Dalloz (Encyclopédie) | Rép.civ. Dalloz |
| Dalloz (hebdomadaire) | DH |
| Dalloz (Jurisprudence générale) | Dalloz jur. gén. |
| Dalloz périodique | DP |
| Dalloz (Recueil) | D. |
| Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence | Rép.méth.Dall. |
| Dalloz, Répertoire pratique | Rép.prat.Dall. |
| Décembre | déc. |
| Décision | déc. |
| Déclaration des droits de l'homme et du citoyen | DDHC |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| Décret | D. |
| Décret-loi | D.-L. |
| Département d'outre-mer | DOM |
| Dictionnaire Joly | Joly |
| Dictionnaire permanents (Éditions législatives) | Dict. perm. |
| Direction | Dir. |
| Direction générale des douanes | DG douanes |
| Direction générale des douanes et des droits indirects | DGDDI |
| Direction générale des impôts | DGI |
| Direction régionale des affaires de sécurité sociale | DRASS |
| Directive | Dir. |
| Doctrine | doctr. |
| Document/Documentation | doc. |
| Document administratif (série JO) | JO doc. adm. |
| Document parlementaire - Assemblée nationale | Doc. AN |
| Document parlementaire - Sénat | Doc. Sénat |
| DGI, Documentation administrative de base | Doc. adm. DGI |
| Documentation française | Doc. fr. |
| Droit et patrimoine | Dr. et patr. |
| Droit et pratique du commerce international | Dr.prat.com.int. |
| Droit et procédures | Dr. et procéd. |
| Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques | Droits |
| E. | |
| Édition | éd. |
| Et autre(s) | et a. |
| Établissements | Ets |
| F. | |
| Fascicule | fasc. |
| Feuillet de documentation pratique fiscal Lefebvre | Doc. fisc. Lef. |
| Feuillet de documentation pratique social Lefebvre | Doc. soc. Lef. |
| Feuillet rapide fiscal-social Francis Lefebvre | FR Lef. |

| | |
|----------------------------------------------------------------------|-------------|
| Feuillet rapide social Francis Lefebvre | FRS Lef. |
| Février | févr. |
| Fondation pour les Études de Défense Nationale | FEDN |
| G. | |
| Gazette européenne | Gaz. eur. |
| Gazette du Palais | Gaz. Pal. |
| Gazette des tribunaux | Gaz. trib. |
| Grands arrêts - Droit des affaires | GAD aff. |
| Grands arrêts - Jurisprudence administrative | GAJA |
| Grands arrêts - Jurisprudence civile | GAJ civ. |
| Grands arrêts - Jurisprudence commerciale | GAJ com. |
| Grands arrêts - Jurisprudence française de droit international privé | GAJDIP |
| Guide permanent (Lamy) | Guide perm. |
| I. | |
| Ibidem | ibid. |
| Idem | id. |
| Institut international pour l'unification du droit privé | UNIDROIT |
| Institut national de l'Audiovisuel | INA |
| Instruction | Instr. |
| Instruction ministérielle | Instr. min. |
| J. | |
| Janvier | janv. |
| Journal du droit international (Clunet) | J.D.I. |
| Journal de l'enregistrement | Journ. enr. |
| Journal de la marine marchande | JMM |
| Journal des notaires et des avocats | Journ. not. |
| Journal officiel (Comptes rendus) Assemblée nationale | JOAN CR |
| Journal officiel (Comptes rendus) Sénat | JO Sénat CR |
| Journal officiel (Questions réponses) Assemblée nationale | JOAN Q |
| Journal officiel (Questions réponses) Sénat | JO Sénat Q |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------|----------------|
| Journal officiel (Documents administratifs) | JO doc. adm. |
| Journal officiel (Lois et décrets) | JO/JORF |
| Journal officiel (numéro complémentaire) | JONC |
| Journal officiel des associations | JO assoc. |
| Journal officiel de la Communauté européenne du charbon et de l'acier | JOCECA |
| Journal officiel des Communautés européennes | JOCE |
| Journal officiel du Conseil économique et social | JOCES |
| Journal officiel de l'Union européenne | JOUE |
| Journal des tribunaux - Droit européen | JTDE |
| Juillet | juill. |
| Juin | juin |
| Juris-Classeur (Encyclopédies) | J.-Cl. |
| Juris-Classeur périodique -Administratif | JCP A |
| Juris-Classeur périodique - Édition Entreprises et affaires | JCP E |
| Juris-Classeur périodique - Cahiers de droit de l'entreprise | Cah. dr. entr. |
| Juris-Classeur périodique - Édition générale | JCP G |
| Juris-Classeur périodique - Édition notariale et immobilière | JCP N |
| Juris-Classeur périodique - Procédure Civile | JCP PC |
| L. | |
| Lettre Lamy de la fiscalité | L. L. fisc. |
| Librairie du Recueil Sirey | Sirey |
| Livre des procédures fiscales | LPF |
| Loco citato | loc. cit. |
| Loi | L. |
| Loi constitutionnelle | L. const. |
| Loi de finances | L. fin. |
| Loi de finances rectificative | L. fin. rect. |
| Loi organique | L. org. |

M.

| | |
|-----------------------------------|------------|
| Mars | mars |
| Mémento pratique Francis Lefebvre | Mém. Lef. |
| Ministère public | min. publ. |
| Ministre | min. |

N.

| | |
|----------------------------------|--------------|
| Note | note |
| Notes Bleues (Les) | Notes bleues |
| Nouveau Code de procédure civile | NCPC |
| Novembre | nov. |
| Numéro | n° |

O.

| | |
|----------------------------------------------------|----------------|
| Octobre | oct. |
| Opere citato | op. cit. |
| Option finance | Option finance |
| Ordonnance | ord. |
| Organisation internationale du travail | OIT |
| Organisation mondiale de la propriété industrielle | OMPI |

P.

| | |
|--------------------------------------------------------------------|-----------------|
| Page | p. |
| Parlement européen | PE |
| Petites affiches (Les). Quotidien juridique. La loi | PetitesAffiches |
| Plan comptable général | PCG |
| Plénière | plén. |
| Point | pt |
| Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politique | Pouvoirs |
| Presse Universitaire de France | PUF |

R.

Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de

| | |
|-------------------------------------------------------------------|-----------------|
| la Cour internationale de justice | Rec. CIJ |
| Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye | R.C.A.D.I. |
| Recueil de la Cour des comptes | Rec.C.comptes |
| Recueil de la Cour européenne des droits de l'homme | Rec. CEDH |
| Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes | Rec. CJCE |
| Recueil des décisions du Conseil constitutionnel | Rec.cons.const. |
| Recueil des décisions du Conseil d'État | Lebon |
| Recueil des sentences arbitrales | R.S.A. |
| Recueil Sirey | S. |
| Règlement | règl. |
| Relations Internationales | R.I. |
| Répertoire Dalloz | Rép.civ. Dalloz |
| Répertoire de droit international Dalloz | Rép. DI |
| Répertoire du notariat Defrénois | Defrénois |
| Réponse ministérielle | Rép. min. |
| Revue administrative | Rev. adm. |
| Revue Critique de droit international privé | R.C.D.I.P. |
| Revue des affaires européennes | Rev. aff. eur. |
| Revue de la concurrence et de la consommation | Rev.conc. cons. |
| Revue des contrats | RDC |
| Revue critique de droit international privé | Rev. crit. DIP |
| Revue de droit des affaires internationales | RD aff. int. |
| Revue de droit bancaire et financier | RD banc.et fin. |
| Revue de droit comptable | RD compt. |
| Revue de droit fiscal | DF |
| Revue de droit immobilier | RDI |
| Revue de droit international et de droit comparé | R.D.I. dr.comp |
| Revue de droit international et de législation comparée | R.D.I.lég.com. |
| Revue de droit international privé | RDIP |
| Revue de droit pénal et de criminologie | RD pén. crim. |
| Revue du droit de la propriété industrielle | RD propr. ind. |
| Revue du droit public et de la science politique en | |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------|----------------------------|
| France et à l'étranger | RDP |
| Revue du droit de l'Union européenne | Rev. dr. UE |
| Revue d'économie financière | Rev. éco. fin. |
| Revue de l'enregistrement et des impôts | Rev.enr.et imp. |
| Revue européenne de droit de la consommation | RED consom. |
| Revue fiduciaire comptable | Rev.fid. Comp. |
| Revue fiscale européenne et de droit international des affaires | RFE dr.int.aff. |
| Revue fiscal notariale | RFN |
| Revue française d'administration publique | RF adm. publ. |
| Revue française des affaires sociales | RF aff. soc. |
| Revue française de comptabilité | RF comp. |
| Revue française de droit administratif | RFDA |
| Revue française de droit aérien et spatial | RFD aérien |
| Revue française de droit constitutionnel | RFD const. |
| Revue française d'économie | RF econ. |
| Revue française d'études constitutionnelles et Politiques (Pouvoirs) | Pouvoirs |
| Revue française des finances publiques | RF fin. publ. |
| Revue française de science politique | RF sc. pol. |
| Revue Générale des Collectivités Territoriales | RG coll. terr. |
| Revue générale de droit international public | R.G.D.I.P. |
| Revue générale des procédures | RGDP |
| Revue Historique | Rev. Hist. |
| Revue Historique de Droit Français et Étranger | R.H. de Dr. fr. et étr. |
| Revue d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique | R.H.F.D.S.J. |
| Revue des huissiers de justice | Rev. huissiers |
| Revue internationale de la concurrence | RI conc. |
| Revue internationale du droit comparé | RID comp. |
| Revue internationale de droit économique | RID éco. |
| Revue internationale de droit maritime | RID mar. |
| Revue internationale de droit pénal | RID pén. |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------|----------------|
| Revue de jurisprudence commerciale | RJ com. |
| Revue de jurisprudence de droit des affaires | RJDA |
| Revue de jurisprudence fiscale | RJF |
| Revue Lamy droit des affaires | R. L. dr. aff. |
| Revue Lamy Droit civil | RLDC |
| Revue des marchés publics | Rev. Ma. publ. |
| Revue du Marché commun et de l'Union Européenne | R.M.C. |
| Revue du Marché unique européen | R.M.U.E. |
| Revue de recherche juridique et de droit prospectif | RRJ |
| Revue de sciences et de législation financière | R.S.L.F. |
| Revue des sociétés | Rev. sociétés |
| Revue des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques | R.A.S.M.P. |
| Revue trimestrielle de droit civil | RTD civ. |
| Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique | RTD com. |
| Revue trimestrielle de droit européen | RTD eur. |
| Revue trimestrielle des droits de l'homme | RTDH |
| S. | |
| Section | sect. |
| Sentence arbitrale | sent. arb. |
| Septembre | sept. |
| Sirey | S. |
| Société | sté |
| Société anonyme | SA |
| Sous | ss |
| Sous-section réunies | s.s.r. |
| Suivant | s. |
| Supplément | suppl. |
| T. | |
| Traduit | trad. |
| Travaux du Comité français pour | |

| | |
|--------------------------------------------------------------|-----------------|
| le droit international privé | Tr. Com. Fr. de |
| D.I.P. | |
| Tome | t. |
| Tribunal administratif | TA |
| Tribunal des affaires de sécurité sociale | TASS |
| Tribunal arbitral | T. arb. |
| Tribunal de commerce | T. com. |
| Tribunal des conflits | T. confl. |
| Tribunal correctionnel | T. corr. |
| Tribunal de grande instance | TGI |
| Tribunal d'instance | TI |
| Tribunal de première instance des Communautés européennes | TPICE |
| U. | |
| Union européenne | UE |
| V. | |
| Versus | v |
| Voir | V. |
| Voir aussi | V. a. |
| Voir notamment | V. n. |
| Volume | vol. |

Sommaire

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <u>Titre I Les fonctions de la frontière internationale.....</u> | 101 |
| <u>Partie I La contribution de la frontière à l'autonomisation du politique</u> | 105 |
| Chapitre I L'exclusivité territoriale au cœur de l'ordre moderne européen | 109 |
| <u>Section 1</u> Le rôle de l'exclusivité territoriale..... | 113 |
| <u>Section 2</u> Les fondements de l'exclusivité territoriale | 143 |
| Chapitre II La frontière à l'origine de l'exclusivité territoriale | 163 |
| <u>Section 1</u> La frontière et la dynamique interne du processus de territorialité politique | 165 |
| <u>Section 2</u> La frontière et la dynamique externe du processus de territorialité politique | 175 |
| <u>Partie II La contribution de la frontière à la rétraction du pouvoir politique</u> | 199 |
| Chapitre I Les frontières de l'Etat comme limite à la souveraineté..... | 203 |
| <u>Section 1</u> Les implications des confins..... | 205 |
| <u>Section 2</u> Les implications des frontières modernes..... | 219 |
| Chapitre II Les frontières de l'Etat comme reconnaissance de l'autre..... | 237 |
| <u>Section 1</u> La signification des confins..... | 239 |
| <u>Section 2</u> La signification des frontières | 243 |
| <u>Titre II L'objet de la frontière internationale.....</u> | 253 |
| <u>Partie I Les compétences normatives de l'Etat.....</u> | 257 |
| Chapitre I Les caractéristiques des théories du Grenzrecht..... | 261 |
| <u>Section 1</u> Typologie des théories du Grenzrecht..... | 265 |
| <u>Section 2</u> Finalités des théories du Grenzrecht | 293 |
| Chapitre II Les sources des théories du Grenzrecht..... | 325 |
| <u>Section 1</u> La surestimation de la norme juridique | 327 |
| <u>Section 2</u> L'influence de la frontière internationale | 333 |
| <u>Partie II Les compétences exécutives de l'Etat.....</u> | 353 |
| Chapitre I L'imperium lato sensu : les commandements catégoriques | 361 |
| <u>Section 1</u> L'obligatorité de la norme | 365 |
| <u>Section 2</u> La force exécutoire de la norme..... | 389 |
| Chapitre II L'imperium stricto sensu : la coercition..... | 439 |
| <u>Section 1</u> L'interposition de principe de la frontière internationale..... | 445 |
| <u>Section 2</u> L'effacement exceptionnel de la frontière internationale | 461 |

Pourquoi se pencher sur une théorie de la frontière ?

Les notions fondamentales de la vie sociale, parce qu'elles participent intensément à l'imaginaire populaire, sont paradoxalement les plus indéterminées. C'est le cas en particulier de la « frontière » entre les Etats. Le succès dont elle témoigne dans le langage courant a semé la confusion sur sa réelle signification. Difficile de trouver une définition de cette notion qui concilie à la fois précision, intelligibilité et généralité. D'abord fétichisée¹, puis diabolisée², la frontière a été trop souvent privée des traitements propres à la raison. Le concept a eu beau traverser les siècles et les disciplines (droit, philosophie, science politique, géographie, sociologie...), aucune définition dépassant les contingences propres à chaque matière n'a encore été clairement formulée. Dans le seul domaine du droit, l'internationaliste³ a une interprétation divergente de celle du constitutionnaliste⁴, lesquelles définitions trouveront bien peu de points communs avec l'approche d'un spécialiste du droit des affaires⁵ ou du droit

¹ Dans le prolongement d'un romantisme exacerbé, le début du XX^{ème} siècle assista à la naissance d'idéologies qui mélangent « territoire », « frontière » et « culture ». À la « territorialité fonctionnelle » des origines, succède alors une « territorialité identitaire » à l'intérieur de laquelle la frontière devient l'objet d'un véritable culte (v.n. K. Haushofer, *De la géopolitique*, Fayard, Paris, 1986). Or cette « captation identitaire des territoires ouvre la voie à des enjeux politiques sans cesse renouvelés, débilite les frontières et les bornages, affaiblit la construction politique des communautés, abolit l'œuvre de la durée dans la production de l'espace et donc, d'une nouvelle manière, marque la fin des territoires » (B. Badie, *La fin des territoires*, Fayard, 1995, p.127).

² Il est par exemple courant d'imputer, de façon péremptoire, les crimes de masse du XX^{ème} siècle au dogme de la souveraineté et de ses avatars, au premier rang desquels figure la frontière internationale (L. Dembinski, « Le territoire et le développement du droit international », *Annuaire Suisse de droit international*, 1975, p. 128).

³ Un tribunal arbitral a défini la frontière comme une « ligne formée par la succession des points extrêmes du domaine de validité spatiale des normes de l'ordre juridique d'un Etat » (*Affaire de la détermination de la frontière maritime entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal*, sentence arbitrale du 31 juill. 1989, *R.G.D.I.P.*, vol. 94, n° 1, 1990, p.253). Charles de Visscher, pour sa part, voit dans la frontière « l'étendue spatiale du pouvoir étatique » (*Problèmes de confins en droit international public*, Pedone, Paris, 1969, p. 28).

⁴ Pour Vladimir Constantinesco et Stéphane Pierre-Caps, la frontière vient définir « la portion de territoire terrestre, maritime et aérien qui est soumise à sa [l'Etat] compétence et à sa juridiction, l'une et l'autre exclusive » (*Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., PUF, coll. Thémis droit, 2004, p. 267). Cette définition se rapproche de celle donnée par Paul Reuter, qui voit dans la frontière la « limite qui sépare le territoire de l'État des espaces qui constituent le territoire des autres Etats ou des espaces non soumis à la souveraineté étatique » (*Droit international public*, 1^{ère} éd., PUF, Paris, 1958, p.106).

⁵ Pour Jean Sgard, les phénomènes de fractionnement du marché économique correspondent également à une frontière : « les institutions qui garantissent l'intégrité des contrats et permettent de contrôler le risque de transaction sont définies principalement au plan national. Qui plus est, elles ne montrent pas de tendance manifeste à l'harmonisation internationale : elles apparaissent au contraire comme un facteur durable de fractionnement de l'espace économique » (« L'échange international, les frontières et les institutions de marché

fiscal⁶. Il doit pourtant bien exister, au-delà de la seule terminologie, un dénominateur commun à tous ces phénomènes juridiques attribués à la frontière entre les Etats. L'identification de ce dénominateur commun est d'autant plus nécessaire que l'hypothèse de la disparition de la frontière se profile à l'horizon⁷. Dans un monde où la sociabilité se construit de plus en plus à distance (Internet, télécommunication...) et par des réseaux, les anciennes structures sociales qui reposaient sur le rassemblement, la proximité et la sédentarité semblent se décomposer. Pour certains acteurs et penseurs de la « post-modernité », la frontière ne serait plus qu'une scorie du passé, une rémanence d'un ordre international révolu⁸. Le dossier de la succession des frontières a déjà été ouvert et la doctrine juridique s'est montrée particulièrement prolix pour pronostiquer sur les nouvelles structures de l'ordre mondial en voie de formation⁹. Pour ce qui est de la « défunte » frontière, en revanche, les juristes ne furent pas nombreux à se bousculer pour offrir à la postérité une définition générale et intelligible de cette notion. Aucun ouvrage juridique ne semble avoir eu pour ambition de

», *La lettre du Centre d'Etudes Prospectives et d'Informations Internationales (CPEII)*, n°214, juillet 2002, p. 2).

⁶ Pour les spécialistes du système de TVA intra-communautaire, « ...il convient de retenir que fiscalement la frontière est représentée par la détaxation à l'exportation et l'imposition à l'importation (...). Peu importe à cet égard que ce mécanisme intervienne au moment du passage de la frontière physique (ce qui est le cas en général) ou plus tard » (D. Berlin, *Droit fiscal communautaire*, PUF, coll. Droit Fondamental, 1988, p.310). Plus précisément, c'est le fait que les opérations imposables à l'exportation soient soumises à un régime fiscal différent de celui des opérations imposables purement domestiques qui est constitutif d'une « frontière fiscale » (v. n. B.J.M. Terra, « Removal of fiscal frontiers (I) », *VAT Monitor*, IBFD, vol. 1, n° 6, 1990, p. 10).

⁷ À la fin de la seconde guerre mondiale émerge en occident une théorie dite « fonctionnaliste » des relations internationales qui exercera une influence substantielle sur l'évolution du droit international. Elle se donnait pour objectif principal de rendre les changements de territoire inutiles, avec pour moyen privilégié de rendre les frontières sans signification grâce au développement continu d'activités et d'intérêts communs qui les traversent (D. Mitrany, *A working peace system*, Londres, The Royal Institute of International Affairs, 1943, p.26). Du côté militaire, de surcroît, la frontière est devenu depuis la *ligne maginot* le symbole d'un système de défense stupide, obsolète et inefficace (L'amiral Lanxade, *Le monde*, 21 janvier 1994).

⁸ K. Ohmae, *L'entreprise sans frontières*, Interéditions, Paris, 1991, p.37 : « Sur une carte politique, les frontières entre les pays sont toujours aussi nettes. Mais sur une carte concurrentielle, qui montre les flux réels de l'activité financière et industrielle, ces frontières ont largement disparu ». V. a. du même auteur, *De l'Etat nation aux Etats régions*, Dunod, Paris, 1996, p.2 : « les concepts élémentaires qui convenaient au modèle d'un monde constitué de pays fermés, adaptés au 21^e siècle, cessent d'être valable ». L'auteur conclut : « Mon propos est simple : dans un monde sans frontières, l'intérêt national au sens traditionnel, qui aujourd'hui n'est plus guère qu'un prétexte à subvention et protections, n'a plus vraiment sa place » (*Idem*, p.64).

⁹ A.J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, collection droit et société, LGDJ, 2^{ème} éd., 2004, Paris ; J.B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, coll. « Clefs/Politique », 2003 ; H. Bull, *The Anarchical Society. A study of Order in World Politics*, Columbia University Press, New York, 1977 ; J. Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2003 ; E. Cohen, *L'ordre économique mondial. Essai sur les autorités de régulation*, Fayard, 2001 ; F. Crépeau, *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, Bruylant, 1997 ; M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil Essais, 1998 ;...etc.

dresser, sous la forme d'une théorie générale, les principales caractéristiques de cette frontière qui a séparé le territoire des Etats. Tout se passe comme si celle-ci devait emporter un secret dans la tombe : Quels sont ses éléments constitutifs ? Quel est son rôle, sa fonction ? Dans l'hypothèse de sa disparition, cette fonction a-t-elle vocation à être remplie par un autre instrument juridique ?

Curieusement, peut-être, c'est un spécialiste du droit fiscal qui va essayer de poser les premières pierres de ce chantier titanesque. Le droit fiscal n'a pourtant pas la réputation de se prêter facilement à la systématisation et à la théorisation. Fastidieux et décousu, il est en règle générale un terrain de prédilection pour les experts et techniciens en tout genre (économistes, comptables, juristes). Pourtant le droit fiscal, avant d'apparaître comme un outil de planification à la disposition des puissances privées, fut et reste encore une manifestation exorbitante des prérogatives de l'Etat. Placée au cœur de la puissance publique, il est fort probable que cette matière touche, de près plutôt que de loin, à cette notion de frontière. L'idée de choisir comme grille de lecture, parmi d'autres, cette ramification du droit public est donc moins absurde qu'il n'y paraît. La technicité apparente de la norme fiscale présente même certains avantages pour le chercheur en quête de territoires inexplorés. Bien souvent écartée du travail civilisateur de la doctrine juridique, la norme fiscale a bénéficié moins que d'autres disciplines des soins privilégiés du juriste. Autant dire que la violence du pouvoir et des relations de domination n'y est que très imparfaitement dissimulée. Ce que la norme fiscale perd en sophistication, donc, elle le gagne en authenticité. Le droit fiscal présente l'avantage d'avoir préservé, du moins dans certaines de ses strates, une virginité inégalable pour la compréhension de l'Etat moderne. Or, c'est précisément cette authenticité qui est nécessaire à une entreprise de réification de la frontière. Essayer de dessiner de façon systémique les contours de cette notion suppose de broser des domaines aussi sensibles que l'origine de l'Etat moderne, la nature de la souveraineté et, plus largement, les manifestations du pouvoir sous la modernité. Dans cette entreprise, les atouts du droit fiscal vont se révéler souvent déterminants.

Introduction

1. Victime de son succès, la notion de frontière a été utilisée, déformée et extrapolée au profit des démonstrations et raisonnements les plus variés. Dans le seul monde du droit fiscal, le terme de frontière peut intervenir pour séparer la « vérification de comptabilité de l'exercice du droit de communication »¹⁰, ou pour marquer la différence « entre la qualification d'acte anormal de gestion et l'appréciation des faits auxquels cette qualification s'applique »¹¹. Cette imprécision s'agrandit si l'on s'aventure en dehors des disciplines juridiques, pour des considérations d'ordre moral ou philosophique. La frontière peut alors incarner aussi bien les *limites du monde visible*, que la séparation entre *le monde céleste et le monde terrestre*. Surmonter cette polysémie constitue donc déjà, en soi, un défi. Le chercheur qui s'attacherait à identifier les diverses manifestations de la frontière au sens large, laquelle peut aujourd'hui recouvrir une quantité innombrable de limites dans le monde du droit, s'exposerait à des risques considérables de dispersions. La prudence commande de choisir, au contraire, un objectif précis : esquisser les premiers traits d'une théorie de la frontière prise dans son sens étroit. *Stricto sensu*, celle-ci correspond à l'instrument juridique qui, depuis les traités de Westphalie jusqu'à aujourd'hui, s'est interposé entre les Etats souverains en application du droit public interne et international¹². C'est uniquement cette frontière, notamment en raison de sa consonance juridique particulièrement importante, qui sera l'objet du travail

¹⁰ I. Vestris, « Le droit à l'information de l'administration », *DF*, n° 3, 2007, p. 26.

¹¹ Concl. O. Fouquet sous CE, sect., 10 juillet 1992, n° 110213 et 110214, *RJF*, n° 8-9, 1992, p. 676.

¹² V.n. M. Bottin, « La frontière de l'Etat, approche juridique et historique », in : *Territoires frontaliers – Discontinuité et cohésion*, *Sciences de la société*, Presse Universitaire de Toulouse-Le Mirail, n°37, 1996, p.15.

d'individualisation et de systématisation qui va suivre¹³. Pour éviter tout fourvoiement, le mieux est peut-être de commencer celui-ci en se tournant vers l'intuitif : faire du « ce qui va de soi » et du « sens commun », la piste d'une première réflexion sur la notion de frontière *stricto sensu*.

2. La première idée qui vient à l'esprit du profane qui prononce le mot frontière est probablement la suivante : une *ligne de séparation* que l'on franchit régulièrement entre deux Etats, ne serait-ce qu'en périodes estivales¹⁴. En termes juridiques, on parlera d'une ligne qui sépare deux ordres juridiques. La frontière serait donc d'abord, selon une idée communément admise, une *limite* et non pas une *zone*. Le chercheur ajoutera toutefois d'emblée : la frontière est une espèce de limite, une application particulière de ce genre plus vaste auquel correspond la limite. Car la frontière n'a pas été la seule forme de limite que l'homme a connue. Elle n'est qu'une variante dans l'immense éventail des limites qui jalonnent l'Histoire des sociétés humaines. Puis, corrélativement à cette idée de limite, un autre sentiment surgit dans l'esprit de l'observateur ordinaire à la seule évocation du mot de frontière : celle d'une frustration, d'un obstacle, d'un système de contrôle puissant et contraignant. Le touriste qui passe la douane, l'étranger qui demande une autorisation de séjour ou le clandestin qui fait l'objet d'une reconduite à la frontière, tous partagent une expérience commune : le contrôle, la discipline et la violence. En termes plus juridiques, la frontière apparaît à ces individus comme un signe matériel de leur soumission à un ordre administratif, de leur sujétion à un pouvoir de contrainte déterminé.

3. En définitive, l'intuition souffle à nos oreilles l'hypothèse suivante : la frontière correspond probablement à une notion historiquement datable et

¹³ Cette analyse théorique va s'efforcer de suivre le modèle épistémologique dressé par Max Weber autour du concept d'« idéal-type » : « les concepts développés en idéal-types sont reconnus pour n'être que des moyens élaborés par la pensée afin d'ordonner un donné empirique foisonnant dans lequel ce sont les questions du théoricien qui découpent les objets » (C. Colliot-Thélène, *La sociologie de Max Weber*, La découverte, coll. Repère, Paris, 2006, p. 41).

juridiquement saisissable. Il appartient à présent au juriste d'étayer cette assertion d'une assise théorique solide : historique, sociologique et, surtout, juridique (Section 1). Une notion juridique ne présente cependant pas grand intérêt sans prise sur le réel : il faudra donc compléter cette assise théorique d'une démonstration empirique concluante. Le droit fiscal sera, en l'espèce, le cadre et la matière d'une première expérience pratique (Section 2). La richesse et l'ampleur des résultats préliminaires de cette analyse imposeront alors un sacrifice douloureux : amputer la notion de frontière de certains de ses éléments constitutifs pour permettre un approfondissement de ses caractéristiques prééminentes (Section 3).

¹⁴ R. Debray, *Éloge des frontières*, Gallimard, 2010, p. 64 : « La frontière a cette vertu, qui n'est pas seulement esthétique, de « charmer la route », en mettant un milieu plus ou moins anodin sous tension. Rien ne peut faire qu'il n'y ait du frisson au bout de l'allée, une île de Cythère à l'horizon de l'embarcadère ».

Section 1 La construction théorique : une notion historiquement et spatialement déterminable

4. Parce que la frontière se manifeste dans l’imaginaire populaire comme la manifestation tangible d’un ordre de contrainte, sa spécificité réside *prima facie* dans une substance juridique. Reste que le « Droit » est généralement entendu comme organisation d’une entité sociale¹⁵. C’est-à-dire que l’élément juridique procède d’un élément social (*societas*) qui, bien souvent, a ses caractéristiques propres. Dans ces conditions, mieux vaut peut-être commencer par le général (le social) pour grossir, progressivement, l’analyse jusqu’au particulier (le juridique) : épier la gamme des limites qui jalonnent l’Histoire des sociétés humaines, dans l’espoir d’en extraire les traits distinctifs de la notion juridique de frontière. Un détour préliminaire par les origines sociales et historiques de la frontière (§1) ouvrira, ainsi, la voie à une définition strictement juridique de cette notion (§2).

¹⁵ S. Romano, *L’ordre juridique*, trad. de la 2^{ème} éd. par L. François et P. Gothot, Dalloz, 2002, §16, p. 38.

§1: *La perspective sociale et historique*

5. La frontière évoque l'idée d'une limite. Elle désigne, de l'avis général, une discontinuité et une disparité. Sentiment qui laisse le chercheur perplexe. Car la limite, entendue dans son sens générique, est ubiquë. Le philosophe, par exemple, enseigne que « être c'est être situé »¹⁶, que la limite est « consubstantielle de la pensée et de l'action humaine »¹⁷. Toutes les limites ne peuvent donc être pertinentes aux fins de l'identification de la notion juridique de frontière. Un tri, une sélection à l'intérieur de la panoplie des limites est au contraire nécessaire. Dans cet exercice de prospection, un premier indice s'offre presque naturellement à l'observateur : la forte connotation géographique de la notion étudiée. La frontière correspond, en effet, à une disparité dont la particularité consiste à s'inscrire dans l'espace (A). Premier travail qui permettra de défricher une autre piste : la spécificité de la frontière semble tenir autant à son contenant (la limite), qu'à son contenu (le territoire) (B).

A. Une limite spatiale à finalité d'organisation sociale

6. Les premières limites spatiales qui comportent, en apparence, une filiation avec nos frontières modernes ont pour particularité d'être un construit, plutôt qu'une donnée de la nature (1). Elles se distinguent aussi rapidement par leur maître d'œuvre : l'homme sédentaire (2).

¹⁶ M. Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard (NRF), coll. Tel, 1996, p. 291.

¹⁷ C. Raffestin, « La frontière comme représentation : discontinuité géographique et discontinuité idéologique », *Relations Internationales*, n°63, automne 1990, p.295.

1) Une limite artificielle : un construit de l'homme

7. Les premiers groupes humains, à l'état sauvage, se trouvaient dispersés dans un immense cadre naturel. Le souci du bornage devait donc être, par hypothèse, totalement inexistant¹⁸. Mais l'homme sauvage, accroupi devant son feu, va rapidement s'organiser et acquérir une connaissance pratique du temps et de l'espace. Une forme d'organisation sociale s'esquisse et, aussitôt, des limites surgissent dans l'espace. Les recherches archéologique, ethnologique et anthropologique témoignent aujourd'hui non seulement de l'ancienneté, mais surtout de la diversité des représentations sociales et politiques qui gravitent autour de la limite spatiale chez les peuples primitifs. Que ce soit dans la forêt équatoriale du Congo¹⁹, chez les Bochimans²⁰ ou chez les aborigènes d'Australie²¹, la limite spatiale accompagne spontanément les progrès de la civilisation. Démarche sociale qui touche aussi les tribus nomades qui ont coutume de circonscrire leurs migrations régulières entre des limites déterminées²². Ces embryons de sociétés accouchent ainsi d'une territorialité, dite primitive, qui requiert classification et division de l'espace : terrain de chasse, point d'eau...²³. Puis, il semble que le besoin de protéger ce travail collectif accompli sur un

¹⁸ La seule limite envisageable correspond alors à une zone rendue infranchissable par la nature : zone désertique, zone montagneuse, mer, forêt... (v.n. M. Foucher, *Fronts et frontières. Un tour du monde géopolitique*, Fayard, Paris, 1988, p. 9 et passim).

¹⁹ Adolphe Louis Cureau nous rapporte que certains villages ont une frontière correspondant à la limite des hautes eaux. Cette barrière est constituée d'un fourré épais d'arbres, chausse-trapes, fossés, et vise à protéger la récolte contre les lions et léopards (*Les sociétés primitives de l'Afrique équatoriale*, A. Colin, 1912, p. 51-80).

²⁰ J. Ziegler, *Sociologie et contestation*, Gallimard, Paris, 1969, p.65 : « Chaque groupe parcourt un territoire donné. Le territoire du groupe est délimité par des frontières mystérieuses. Ces frontières sont scrupuleusement respectées ».

²¹ A.P. Elkin, *Les aborigènes australiens*, Gallimard, Paris, 1967, p.90. V. a. les travaux de W.E.H. Stanner, « Aboriginal Territorial Organization : Estate, Range, Domain and Regime », *Oceania*, n°36, 1965-1966, p.2 : « Il apparaît de manière évidente qu'à chaque groupe territorial sont associés à la fois un « chez soi » et un « domaine vital ». Cette distinction est fondamentale. Le « chez soi » est le lieu, traditionnellement reconnu comme tel qui revient à la cellule nucléaire du groupe territorial. Le « domaine vital » est l'étendue, l'espace que le groupe au complet a l'habitude d'utiliser (cueillette, chasse) pur sa survie. Normalement le « domaine vitale » comprend le « chez soi » ; il est rare en effet qu'une population vive en un lieu tout en considérant que son territoire est ailleurs ».

²² J. Dauvillier, « Aux origines des notions d'Etat et de souveraineté sur un territoire », *Mélange en l'honneur de Paul Couzinet*, Toulouse, 1974, p. 158 : « Suivant le cours des saisons, les tribus de pasteurs nomades conduisent leurs troupeaux à la recherche des pacages, sur de vastes parcours, sur lesquels elles affirment leurs droits. Et ainsi, à côté des anciens parcours de chasse, datant du paléolithique, les parcours de troupeaux sont à l'origine du droit de souveraineté sur un territoire, établi au profit des tribus et de leurs chefs nomades ».

²³ J. Dauvillier, *Ibidem*, p.153.

espace contre les menaces permanentes de l'environnement extérieur, contribuera de façon substantielle à l'accroissement de la valeur de ces premières limites. Subrepticement, à côté du lignage et de la langue, la contiguïté s'impose aussi comme un support de la solidarité sociale. Ces limites spatiales ne tarderont alors pas à être l'objet d'un véritable culte²⁴ : des séparations sacrées prennent forme²⁵, la limite devient aussi un lieu de rituels et de sacrifices²⁶. En résumé, ces multiples formes de limites spatiales qui sont apparues dans des sociétés réputées primitives n'ont rien de naturel. Au commencement de la frontière se trouve un construit de l'homme ; que ce dernier ait parfois usé du relief naturel pour fixer sa clôture n'y change rien. L'idée de frontière naturelle²⁷ peut d'emblée être considérée comme inappropriée.

2) *Une limite culturelle : la protection du cultivateur*

8. La discontinuité qui commence à prendre forme avec la civilisation ne doit donc rien à la providence. Elle est, au contraire, l'effigie d'un projet humain collectif et différenciateur. Des limites spatiales se développeront sous les formes les plus diverses, au gré des enjeux sociaux et politiques des collectivités humaines dont elles sont les marqueurs. Une discontinuité viendra parfois en recouvrir une autre, transformant la précédente en

²⁴ M. Foucher, *L'invention des frontières*, Fondation pour les Etudes de Défense Nationale, coll. les 7 épées, 1986, Paris, p.70.

²⁵ J.-A. Dulaure, *Des cultes qui ont précédé et amené l'idolâtrie ou l'adoration des figures humaines*, De l'Imprimerie de Fournier Frères, Paris, 1805, p.119 : « Chez les peuples qui savaient apprécier les douceurs de la paix, et pour qui la guerre et le brigandage n'étaient pas un besoin, le respect pour les frontières fut porté jusqu'à la superstition. Le vaste terrain qu'elles comprenaient, (...) fut regardé comme un terrain sacré ».

²⁶ J.-A. Dulaure, *Ibidem*, p.184 : « chez les étrusques, dans la Grèce archaïque, les pierres destinées à marquer les frontières « furent destinées à recevoir les offrandes, les libations et le sang des victimes que les hommes y égorgaient en l'honneur de la divinité ; d'autres enfin devinrent des espèces de sièges sacrés, où de prétendus interprètes des Dieux rendaient des oracles, et sur lesquels les souverains s'installaient pour recevoir leur inauguration ».

²⁷ J.N. Buache de La Neuville, « Essay d'une nouvelle division politique, ou moyen d'établir d'une manière fixe et invariable les bornes des possessions entre les différentes puissances », *Bibliothèque de l'Institut*, Ms 2316/8 : « La nature avait fait elle-même le partage du globe dès son origine (...). Mais l'homme n'a point reconnu cette division naturelle : il a partagé la terre au gré de ses ambitions (...). Cette division naturelle (...) lèverait tous les sujets de contestations et assurerait à jamais la tranquillité des peuples. La France est séparée de l'Espagne par la chaîne des Pyrénées et de l'Italie par la chaîne des Alpes. Tant que la France ne possèdera rien au-delà des

rémanence du passé sans l'effacer complètement. Au milieu de cette fermentation des limites spatiales, il en est pourtant une qui se rapproche plus que les autres de la notion juridique de frontière : la discontinuité projetée dans l'espace par une collectivité humaine sédentaire. Chez les civilisations nomades, il semble que la « notion de frontière est bel et bien incompatible avec la nature physique, avec la vie sociale »²⁸. Car « l'Etat pastoral est un Etat qui bouge. La frontière est élastique, le long des routes de parcours. (...). La horde est en mouvement selon les saisons »²⁹. La notion actuelle de frontière serait donc profondément tributaire de la révolution néolithique. L'apparition de l'« homo-sedens » aux côtés de l'« homo-vagens » apporte, en effet, un nouveau souffle au processus de territorialité humaine³⁰. La négativité de l'homme à l'encontre de son environnement naturel en ressort décuplée : il faut dorénavant maîtriser l'eau pour développer l'agriculture, organiser les récoltes pour permettre la constitution de stocks. Il faut, en somme, organiser l'espace pour stimuler l'accumulation des richesses. Puis, avec la succession des générations, cette terre cultivée commence à pénétrer l'imaginaire des populations. Imprégnée de la sépulture des ancêtres, elle s'impose comme le symbole d'un passé et d'un projet commun. Le sol devient terroir. La limite spatiale, en somme, intègre une nouvelle phase de développement : elle vient protéger la civilisation du cultivateur contre les incursions nomades. Quant à des limites spatiales viendront répondre à cette préoccupation, du *Limes* Romain à la *Grande Muraille* de Chine. Si celles-ci ne correspondent pas encore à des frontières accomplies, leur dimension militaire constitue en revanche une constante qui subsistera jusqu'à la formation des frontières modernes. Cette filiation de la frontière avec la sédentarité se vérifie d'ailleurs encore au

Pyrénées et des Alpes, on vivra en paix avec l'Italie et l'Espagne » (propos cités à partir de D. Nordman, *Frontières de France. De l'espace au territoire*, Gallimard, 1998, p.112).

²⁸ J. Ancel, « Les frontières. Etudes de Géographie Politique », *R.C.A.D.I.*, t. 55, 1936/1, p.214.

²⁹ J. Ancel, *Ibidem*, p. 214.

³⁰ W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *R.C.A.D.I.*, t.30, 1929/V, p. 127 : « le véritable problème du tracé des frontières ne naît cependant – ou du moins n'entre dans une nouvelle phase de développement – qu'à la suite de la vie sédentaire des peuples ». Certains considéreront d'ailleurs la sédentarité comme une condition de formation de l'Etat moderne (v. n. M. Hauriou, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence, 3^e année et en doctorat ès-sciences politiques*, 2^{ème} éd., Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1916, p. 334 : « L'Etat est une corporation sédentaire à base territoriale »).

XIX^{ème} siècle. Les dispositions du traité entre la France et le Maroc en 1845³¹ peuvent en témoigner : « il n'y a pas de limite territoriale à établir entre les deux pays, puisque la terre ne se laboure pas et qu'elle sert de pacage seulement aux Arabes des deux Empires qui viennent y camper pour y trouver les pâturages et les eaux ».

9. Un pas essentiel en direction de la notion moderne de frontière vient d'être franchi. Pour autant, la limite qui nous intéresse ne saurait être le produit du seul « mythe agrarien »³², c'est-à-dire du « mythe paysan de la frontière inviolable et sacrée »³³. Car la limite qui deviendra avec le temps une frontière de l'Etat est étrangère aux rapports de possession privée. Pas plus que les relations de domination politique ne trouvent leur source dans la famille patriarcale³⁴, la frontière ne trouve la sienne dans le bornage des propriétés³⁵. Le mythe agrarien et la naissance du terroir ne furent qu'une étape, nécessaire mais pas suffisante, du long processus de fabrication des frontières modernes. Un élément majeur du concept manque encore au tableau : la limite spatiale qui se rapproche de la notion de frontière ne signale pas l'extrémité d'une propriété, mais l'extrémité d'une communauté politique. À cet égard, la Grèce antique nous apprend que dès l'âge classique la limite spatiale qui ceinturait la cité était perçue, par les contemporains, comme le signe de l'existence politique d'une société (*polis*)³⁶ : « ici, comme ailleurs, la frontière est, d'abord, perçue comme une ligne précise et surveillée avec vigilance, séparant les Etats, qu'ils aient la forme d'une cité ou d'une fédération d'ethnies ou de *poleis* ».³⁷ Autrement dit, la limite spatiale qui nous intéresse n'est pas seulement affiliée à la sédentarité, mais

³¹ Le traité de Lalla-Marina en 1845 signé après l'entrée de la France en Algérie.

³² F. Delaisi, *Les contradictions du monde moderne*, Payot, coll. Bibliothèque Politique et Économique, Paris, 1925, p.216.

³³ F. Delaisi, *Ibidem*, p.216.

³⁴ J. Freund, *L'essence du politique*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2004, p. 50-51.

³⁵ J. Ancel, *Géographie politique*, Librairie Delagrave, coll. Biblio. d'histoire et de politique, Paris, 1936, p.36.

³⁶ M. Sartre, *Aspects économiques et religieux de la frontière dans les cités grecques*, 1979, p.213. V. a. E. Will et C. Mosse et autres, *Le monde grec et l'orient*, 4^{ème} éd., PUF, coll. Peuple et civilisation, t.1, 1991, p.417 : « La Polis est (...) un groupe humain vivant en commun sur un territoire « politique » ». V. a. P. Cabanes, « Frontière et rencontre de civilisations dans la Grèce du Nord-Ouest », in : *Problème de la frontière dans l'Antiquité, KTEMA Civilisations de l'Orient, de la Grèce et de Rome antiques*, n°4, 1979, p. 183 : « ici, comme ailleurs, la frontière est, d'abord, perçue comme une ligne précise et surveillée avec vigilance, séparant les Etats, qu'ils aient la forme d'une cité ou d'une fédération d'ethnies ou de *poleis* ».

³⁷ P. Cabanes, *Ibidem*, p.183.

aussi à l'idée de communauté politique. L'analyse commence alors à pénétrer le terrain fertile du processus dit de « territorialité politique », lequel mérite à lui seul une attention toute particulière dans le cadre d'une généalogie des frontières modernes.

B. Une limite spatiale ceinturant un territoire

10. Le caractère propre de la frontière réside, aussi, dans ce qu'elle renferme : un espace territorialisé³⁸. Après avoir identifié l'essence humaine et politique du processus de territorialité qui est à l'origine de la formation du territoire de l'Etat (1), il faudra vérifier en quoi la frontière fut une condition *sine qua non* de l'accomplissement de ce processus (2).

1) La nature du phénomène territorial : un processus politique de contrôle et de domination

11. Le territoire moderne est l'aboutissement d'un processus, dit de « territorialité politique », qui a connu son point culminant sous l'égide de l'Etat moderne européen du XVI^{ème} au XX^{ème} siècle³⁹. À tel point que le territoire, au sens juridique et politique, est aujourd'hui considéré comme « indissociablement attaché à la puissance publique »⁴⁰. Largement étudiée en science politique⁴¹, cette territorialité dite politique n'en pâtit pas moins

³⁸ J. Ancel, « Les frontières. Etudes de Géographie Politique », *op. cit.*, p 208 : « ...ce n'est pas, comme le dit justement Lucien Febvre, le cadre qui importe, mais ce qui est encadré. (...). La frontière ne peut s'étudier en soi, mais par rapport aux groupes qu'elle sépare ».

³⁹ C'est pourquoi le territoire est souvent décrit comme « l'espace conquis par l'administration étatique », un pur « produit de la bureaucratie de l'Etat dynastique » (P. Allières, *L'invention du territoire*, Presse Universitaire de Grenoble, coll. « Critique du droit », 1980, p. 24-25).

⁴⁰ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 1994, p.129.

⁴¹ De nombreux ouvrages se consacrent à l'étude de ce phénomène politique : P. Allières, *Ibidem* ; B. Badie, *La fin des territoires*, *op. cit* ; J. Gottmann, *The significance of territory*, Charlottesville, University press of Virginia, 1973; C. Vanderhoff et J. Vanderburie, *Territorialités et Politique*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2005 ; etc.

de quelques malentendus. À en croire certains⁴², il y aurait un instinct de territorialité, un rapport biologique de l'homme à son territoire qui permettrait d'expliquer le phénomène territoriale sous la modernité. Dans ce registre, l'éthologie⁴³ a eu le mérite de nous apprendre que beaucoup de notions essentielles de notre culture (agressivité, hiérarchie, propriété...) s'apparentent à des vestiges de notre passé animal⁴⁴. Certains auteurs ont transposé ces hypothèses scientifiques, sans ajustements, à la notion politico-juridique de territoire : « L'une des préoccupations premières de l'animal est de circonscrire, de délimiter son territoire par des odeurs mêlées à d'autres artifices (...), le monde animal, comme celui des hommes, s'approprie un territoire et ne cesse de le défendre »⁴⁵. Mais alors pourquoi la territorialité, du moins sous sa forme politique, n'est-elle pas un processus partagé par toute l'espèce humaine ? Surtout, comment peut-on occulter que l'homme qui territorialise son cadre de vie est un sujet pensant et actif ? Si le territoire se présente à l'observateur comme « un espace dans lequel on a projeté du travail »⁴⁶, le processus de territorialisation qui lui est sous-jacent doit nécessairement être imputé au travail civilisateur de la main de l'homme⁴⁷. Certains n'hésitent d'ailleurs pas à décrire la territorialité comme une « idéologie de l'organisation »⁴⁸. En somme, si la territorialité peut, à la rigueur, être considérée comme une donnée naturelle ou reptilienne dans sa forme primitive, c'est rapidement le construit social qui a dépassé puis absorbé cette part d'instinct pour donner naissance à la territorialité

⁴² T. Malmberg, « Pour une territorialité humaine », *Revue de l'Institut de Sociologie*, n° 3/4, 1984, p.375 : « la territorialité humaine, en son sens premier, est un phénomène d'écologie éthologique, d'origine instinctive et qui se manifeste au travers d'espaces plus ou moins exclusifs auxquels les individus ou les groupes sont émotionnellement liés et qui, en vue de l'évitement éventuel de l'autre, sont particularisés par des frontières, des marquages ou par d'autres moyens : ostentations, gestes, agressivité ». Plus loin, l'auteur ajoute que l'homme serait guidé par un instinct qui impose « la nécessité de disposer pour ses propres mouvements d'un espace que rien ne viendrait troubler ni entraver » (*Idem*, p.387).

⁴³ K. Lorenz, *Trois Essais sur le comportement animal et humain*, Poche, coll. Points, 1974. V. a. I. Eibl-Eibesfeldt, *Ethologie. Biologie du comportement*, Biologica, 1997.

⁴⁴ H. Laborit, *L'homme et la ville*, Flammarion, Paris, 1971, p.35 : « Nous possédons encore dans notre cerveau un vieux cerveau reptilien. Il serait utile de savoir ce qui subsiste chez l'homme de cet automatisme dans la notion de propriété de classe ou de patrie, car son fonctionnement réflexe, donc inconscient, est ignoré ou plus dramatiquement encore, considéré comme découlant de principes fondamentaux, voire de principes éthiques liés à la « nature humaine », alors qu'il a surtout fait, bien avant, partie de la nature reptilienne que nous portons toujours en nous ».

⁴⁵ G. Wackermann, *Les frontières dans un monde en mouvement*, Ellipses, coll. Carrefours, , 2003, p.3.

⁴⁶ C. Raffestin, *Pour une géographie du pouvoir*, Litec, coll. Géographie Economique et Sociale, tome XIII, 1980, p.129.

⁴⁷ En matière de territorialité « la volonté de l'homme est l'élément déterminant » (J. Ancel, « Les frontières. Etudes de Géographie Politique », *op. cit.*, p 210).

politique : « Une nature et une idée, d'abord distinctes puis confondues et renforcées l'une par l'autre, voilà la naissance du territoire »⁴⁹. Essence humaine et politique du territoire, donc, qui doit maintenant s'accompagner d'un éclairage sur ses moyens et ses finalités.

12. Robert David Sack, spécialiste anglo-saxon de la question territoriale, décrit le processus de territorialité comme « la volonté par un individu ou un groupe d'individus d'atteindre, d'influencer, ou de contrôler des gens, des phénomènes, et des relations, par la délimitation et le renforcement d'un contrôle sur un espace géographique »⁵⁰. L'objectif poursuivi par la territorialité n'est donc pas la possession du sol, ni même la maîtrise de l'espace ; mais bien le contrôle des hommes⁵¹. Disposer en ordre l'espace n'est que le moyen, l'instrument d'une domination qui s'exerce sur les personnes, les processus et les relations sociales⁵². C'est d'ailleurs parce que la territorialité est une méthode générale de « contrôle politique »⁵³ que le territoire est devenu, progressivement, « une manifestation physique de l'autorité de l'Etat »⁵⁴. La lecture de certains sociologues enseigne, en effet, que le territoire juridico-politique correspond à la conquête la plus prestigieuse de la modernité politique : il caractérise le triomphe d'une autorité centrale qui revendique avec succès « le monopole de la violence physique légitime »⁵⁵ sur un espace strictement circonscrit. Progressivement dépossédés de leur violence privée par un processus de contrôle et de contrainte de plus en plus sophistiqué, les hommes devront accepter avec la

⁴⁸ C. Raffestin, *Ibidem*, p.143.

⁴⁹ D. Retaille, « L'impératif territorial », in : *L'international sans territoire* (sous la dir. de BADIE (B.) et SMOUTS (M.C.)), *Culture et conflits*, n°21/22, printemps été 1996, p.22.

⁵⁰ R. D. Sack, *Human Territoriality : It's theory and history* (trad. de l'auteur), Cambridge University Press, 1986, p. 19: « the attempt by an individual or group to affect, influence, or control people, phenomena, and relationship, by delimiting and asserting control over a geographic area ».

⁵¹ La territorialité est un « mode de contrôle sur les personnes, les processus ou les relations sociales » (B. Badie, *La fin des territoires, op. cit.*, p. 11), « un instrument de domination » (*Idem*, p. 12). « Territoriality does not exist unless there is an attempt by individuals or groups to affect the interactions of others » (R.D. Sack, *Ibidem*, p. 30).

⁵² « Territoriality for humans is a powerful geographic strategy to control people and things by controlling area » (R.D. Sack, *Ibidem*, p. 5).

⁵³ B. Badie, *Ibidem*, p.132.

⁵⁴ R. D. Sack, *Ibidem* (trad. de l'auteur), p. 38: « The territory is a physical manifestation of the state's authority ».

⁵⁵ M. Weber, *Le savant et le politique*, Editions 10/18, Département d'Univers Poche, 1963, p.125.

modernité de se soumettre à une autorité territoriale impersonnelle et objectivée : l'Etat souverain. Le territoire marque ainsi le triomphe de la territorialité politique sur les autres formes (ou modèles) de domination : famille, tribu, religion... etc. C'est pourquoi le territoire est parfois décrit par ses détracteurs comme « un construit social et politique « encageant » les populations, permettant de les contrôler, de les surveiller ou au moins de les influencer »⁵⁶.

13. Voilà tracées brièvement les caractéristiques sociales du territoire qui va constituer, l'occasion se présentera de le vérifier, le substrat fondamental de la notion moderne de souveraineté⁵⁷. À présent, l'analyse peut-être recentrée vers le cœur du sujet : quelle est la place exacte de la frontière à l'intérieur de ce processus de territorialité politique ?

2) La place de la frontière dans le phénomène territorial : indissociabilité entre frontière et territoire

14. Robert David Sack nous enseigne que « la territorialité implique une forme de classification par zone »⁵⁸. En d'autres termes, si l'espace est plus ou moins clos, voire souvent illimité et indifférencié, le territoire, lui, est l'espace le plus clos. Il correspond à l'espace domestiqué par l'homme où la logique du bornage, du quadrillage, du maillage et du carrefour atteint un degré très élevé. Un territoire, par nature, est traversé et entouré de discontinuités : des limites, au premier rang desquelles figure la frontière. Celle-ci se trouve ainsi au cœur des constructions échafaudées par

⁵⁶ D. Bigo, « Les conflits et la transnationalité », in : *L'international sans territoire* (sous la dir. de BADIE (B.) et SMOUTS (M.C.)), *Culture et conflits*, n°21/22, printemps été 1996, p.401.

⁵⁷ Les rapports entre la souveraineté de l'Etat moderne, le territoire et la frontière feront l'objet de développements spécifiques (v. *Titre I Partie I Chapitre I*).

⁵⁸ R.D. Sack, *Ibidem* (trad. par l'auteur), p.21: « territoriality must involve a form of classification by area »

les gouvernants pour organiser et perpétuer la domination de l'Etat⁵⁹. L'Égypte pharaonique, à cet égard, témoigne d'une société connaissant une territorialité déjà avancée pour son époque permettant la perception de droits de douane et de péages⁶⁰. La ligne tracée aux extrémités extérieures était alors déjà perçue, par ses contemporains, comme « le lieu d'apparition (ou la somme des points d'apparition) de la présence manifestée du roi »⁶¹. Les spécialistes rattachent d'ailleurs cette limite spatiale « moins à une géographie naturelle qu'à la délimitation d'un monde, dont l'ordre implique moins le partage ou l'égalité que la division et la hiérarchie »⁶². Parenthèse historique qui conforte l'idée que la frontière est « l'expression d'un pouvoir en acte »⁶³. Elle s'inscrit, à ce titre, au cœur du processus plus large de la territorialité politique. La frontière est le marqueur d'un système politique qui, ayant entrepris de s'inscrire dans l'espace⁶⁴, se trouve dans une phase de territorialisation avancée. En somme, frontière et territoire apparaissent comme deux notions inséparables.

15. L'étymologie du mot territoire est une parfaite illustration de cette indissociabilité. Le terme fit ses premières apparitions au cours du XIII^{ème} siècle et dérivait alors du mot *terre*, lequel désigne depuis le X^{ème} siècle « l'étendue limitée, bornée, de surface cultivable, considérée comme objet de possession »⁶⁵. La notion ne s'impose réellement dans le langage courant qu'au XVII^{ème} siècle pour désigner, déjà à l'époque, l'étendue sur laquelle une collectivité politique exerce une juridiction, une compétence. L'indivisibilité de ces deux notions apparaît, cependant, de façon encore plus manifeste d'un point de vue rationnel : la définition de l'un suppose

⁵⁹ H. Labayle, « L'Europe, la frontière et le droit », in : *La frontière des origines à nos jours*, PUF, Colloque de Bayonne des 15,16 et 17 mai 1997, 1998, p. 501.

⁶⁰ G. Ardant, *Histoire de l'impôt*, Livre 1 : « De l'Antiquité au XVIII^e siècle », Fayard, coll. Les grandes études historiques, 1971, Paris, p. 48 : Sous le règne des Lagides, par exemple, le pharaon Amenhemet « restaura ce qu'il trouvait en ruines, séparant chaque ville de sa voisine, fit que toute ville connut sa frontière avec sa voisine ; il rétablit leurs stèles-limites, séparant leurs eaux d'après ce qui est dans les livres, évaluant l'impôt d'après les vieux écrits, à cause de son grand amour pour la justice ».

⁶¹ J.-C. Goyon, « Égypte pharaonique : le roi frontière », in *La Frontière*, Lyon-Paris, 1993, p.11.

⁶² L. Chevalier, *La frontière entre guerre et paix*, L'Harmattan, thèse de philosophie, Université Paris X, 2002, p. 43.

⁶³ B. Badie, *La fin des territoires*, op. cit., p.296.

⁶⁴ M. Foucher, *L'invention des frontières*, op. cit., p.22.

⁶⁵ G. Pillet et F. Donner, « Avant-propos : territorialité », *Revue de l'Institut de Sociologie*, éd. de l'Université de Bruxelles, n°3/4, 1984, p.360.

l'utilisation de l'autre⁶⁶. Le contenant (la frontière) conditionne le contenu (le territoire), et vice-versa. Le territoire peut se définir, tout compte fait, comme un espace politique sans frontières intérieures. Le rôle de la frontière dans le processus de territorialité politique ne s'arrête cependant pas là : Robert David Sack ajoute que « la territorialité doit contenir une forme de communication. Cela implique généralement un marqueur ou un signe qui se traduit le plus souvent par une frontière »⁶⁷.

16. La frontière participe non seulement à la formation du territoire, dans son organisation interne (*fermeture*), mais aussi à la relation et à la communication de ce territoire avec l'extérieur (*ouverture*). Le dispositif territorial d'une société ne se limite pas à la surveillance des hommes situés à l'intérieur. Il suscite aussi « un mécanisme de régulation de notre frontière avec l'autre, qui implique la personnalisation et le marquage d'un lieu ou d'un objet, et l'information selon laquelle ils appartiennent à une personne ou à un groupe »⁶⁸. À l'image d'une membrane cellulaire, la frontière s'institutionnalise pour s'inscrire dans un système sémique⁶⁹ permettant, à la communauté politique concernée, de se séparer sans jamais perdre contact avec l'autre. Bref, la frontière est ce « lieu de contact et de séparation »⁷⁰. Une *coupure* qui, en même temps, sert de *couture*⁷¹ dans le rapport avec ses voisins : celui qui se trouve de l'autre côté de la limite.

⁶⁶ É. Balibar, « Qu'est-ce qu'une frontière ? », in : *Asile-violence-exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective* (sous la direct. CALOZ-TSCHOPP (M.-C.), CLEVENOT (A.) et TSCHOPP (M.-P.)), Université de Genève, 1994, p. 372 : « tracer une frontière c'est précisément définir un territoire, le délimiter, et ainsi enregistrer son identité ou la lui conférer ». V. a. en ce sens la formule de la Cour Internationale de Justice : « « Définir » un territoire signifie définir ses frontières » (C.I.J., *Différend territorial* (Jamahiriya arable libyenne c/ Tchad), arrêt du 3 février 1994, Recueil C.I.J. 1994, p.8, §52).

⁶⁷ R. D. Sack, *Ibidem* (trad. par l'auteur), p.21: « territoriality must contain a form of communication. This may involve a marker or sign such as is commonly found in a boundary ».

⁶⁸ I. Altman, *The Environment and Social Behavior* (trad. par l'auteur), Brooks/Cole publishing Company, Monterey, 1975, p.107.

⁶⁹ L'iconographie de la frontière serait le « nœud gordien » de la conscience collective et de la subversion des esprits pour Jean Gottmann (*La politique des Etats et leur géographie*, Armand Collin, coll. « Science Politique », Paris, 1952, p.220). V. a. R.D. Sack, *Ibidem*, p. 21.

⁷⁰ Dias-Melian et M.V. Hanish, « Les litiges frontaliers du Chili depuis 1810 », in *La frontière des origines à nos jours*, PUF, Colloque de Bayonne des 15,16 et 17 mai 1997, 1998, p.287.

⁷¹ M. Foucher, « Les frontières dans la mondialisation », Compte rendu in *Colloque de la Fondation pour l'Innovation Politique*, mardi 11 décembre 2007.

17. En somme, à mesure que l'analyse avance, l'origine de la notion de frontière semble de plus en plus inextricablement liée à celle de la notion de territoire. Couronnement d'un processus de territorialité avancé, la frontière serait donc un concept propre au politique sous la modernité, c'est-à-dire à l'Etat moderne⁷². Certains juristes considèrent, pourtant, que « le premier instrument qui établit des frontières juridiques en Europe, et qui réintroduit la notion de délimitation »⁷³, correspond au traité de Verdun (13 août 843)⁷⁴, soit une date qui précède de plusieurs siècles la naissance de la modernité politique⁷⁵. L'empire Carolingien avait atteint, il est vrai, un niveau de territorialité politique élevé avec ses comtés et ses diocèses. Le partage de la maison Carolingienne eut d'ailleurs recours à une science des limites qui se rapproche, par bien des côtés, de celle qui caractérisera la fixation des limites au XVII^{ème} siècle sous l'auspice des souverains territoriaux. Une analyse plus détaillée du traité met toutefois en évidence des différences fondamentales. Pour commencer, les limites spatiales procédant de ce traité n'étaient pas impénétrables ; elles laissaient s'entrecroiser des droits de souveraineté ainsi que des usages locaux⁷⁶. Puis le partage des compétences, quand il avait lieu, répartissait des droits bien fictifs qui ne peuvent être comparés aux droits conférés par le principe de l'exclusivité territoriale sous la modernité. Enfin, ces limites ont réglé un problème de succession. Patrimoniales par leur objet, elles ne peuvent encore prétendre dessiner un véritable espace de pouvoir au service de la puissance publique. Leur autorité reste attachée au pouvoir personnel d'un souverain et, avec l'affaiblissement du pouvoir royal, elles deviendront au fil des siècles « des

⁷² J. Freund, *L'essence du politique*, op. cit., p. 124.

⁷³ P. G. de la Pradelle, *La frontière*, Université Paris, Les éditions Internationales, Paris, 1928, p. 26. Cet auteur ajoute que la frontière serait « une authentique institution carolingienne » (*Ibid*, p. 26).

⁷⁴ Partage de l'empire de Charlemagne en trois royaumes qui adoptèrent pour frontières des lignes de séparation naturelles : (1) Charles II eut la partie occidentale, limitée approximativement par l'Escaut, la Meuse, la Saône et le Rhône ; (2) Louis reçut la partie orientale, la germanie à l'est du Rhin, au nord des Alpes ; (3) Lothar 1^{er} reçut la longue bande qui s'étendait entre les parts de ses frères partant de la Mer du Nord jusqu'au sud de l'Italie, la lotharingie.

⁷⁵ D'autres auteurs font même remonter le premier traité de frontière à 1278 avant JC, en Egypte sous le règne de Ramsès II, pour mettre fin à la guerre avec les Hittites (F. Rey, « Relations internationales de l'Egypte ancienne du XV^e au XIII^e siècle avant JC », in *RGDIP*, 1941/1945, n°1, p.35). Ces hypothèses ne sont toutefois crédibles que si l'on prend pour référence la notion de frontière *lato sensu*, et non celle de frontière *stricto sensu* comme en l'espèce.

⁷⁶ B. Guénée, « Des limites féodales aux frontières politiques », in : *Les lieux de mémoire. La nation (vol. II)* (sous la dir. de Nora (P.)), Gallimard, Paris, p. 10.

limites ni plus ni moins importantes, de même nature que tant de limites féodales à l'intérieur du royaume »⁷⁷. L'hypothèse avancée plus tôt demeure donc intacte : la frontière *stricto sensu* correspond à la limite spatiale qui dessine les contours de l'Etat moderne européen.

18. Ces progrès réalisés dans l'identification des origines sociales et historiques de la notion de frontière n'ont été possibles que par l'assistance de notions juridiques élémentaires : exclusivité territoriale, droits de souveraineté, répartition des compétences... Autant de signes prémonitoires que le moment est venu, à des fins de définition de la frontière, d'intégrer le monde du droit.

§2: *La perspective juridique*

19. La science politique et juridique des limites frontalières se concentre essentiellement sur les différentes étapes de sa « détermination » ou « délimitation ». Depuis le XVI^{ème} siècle, celles-ci n'ont pas subi de modifications profondes. Les méthodes retenues par les hommes d'Etat pour tracer leurs frontières et, le cas échéant, des juges pour régler les différends frontaliers, témoignent de cette continuité. Ce droit positif international, extrêmement dense autour des questions de « délimitation » de la frontière, a été l'objet de nombreuses analyses et synthèses par les spécialistes de la matière. Cette substance juridique ne permet pas, pour autant, de rendre compte de l'ensemble des phénomènes juridiques qui sont attribués (peut-être à tort) à la frontière moderne⁷⁸. Cette procédure de délimitation n'est d'ailleurs même pas en mesure de confirmer (ou pas) le bien-fondé des premières intuitions exposées dans cette introduction⁷⁹. Si la question de savoir « comment » on trace une frontière n'apporte pas suffisamment

⁷⁷ B. Guénée, *Ibidem*, p. 19.

⁷⁸ V. n. la « frontière fiscale » tant décriée en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA) (P. Salin, « Le mythe de l'harmonisation fiscale », *Revue française d'économie*, vol. III, n° 3, 1998, p. 154).

d'éléments pour édifier une théorie sur cette notion, peut-être que celle du « pourquoi » tracer la frontière se révélera plus riche en renseignements. Pour le dire autrement, un pas supplémentaire va devoir être franchi pour systématiser la notion juridique de frontière : dépasser le terrain balisé du « comment tracer la frontière ? » (A) pour aborder la problématique, moins souvent traitée, du « pourquoi tracer la frontière ? » (B).

A. Comment tracer la frontière

20. Bien que le terme de frontière ne s'impose que très tardivement dans le langage diplomatique et juridique (XIX^{ème} siècle)⁸⁰, la procédure de délimitation est restée inchangée depuis la fin de la Renaissance : bilatérale et terrestre, le tracé de la frontière correspond à un processus politique qui aboutit, dans le meilleur des cas, à la formation d'une substance juridique (1). Une évolution notable doit toutefois être signalée : le XX^{ème} siècle voit surgir des frontières maritimes à la connotation juridique beaucoup plus prononcée (2).

1) *La frontière terrestre*

⁷⁹ Pour mémoire, la frontière est pour l'homme de la rue : (1) une ligne de séparation entre deux Etats, et (2) un système de contrôle puissant et contraignant (v. *Intro. p. 23*).

⁸⁰ Depuis le Moyen-âge, le champ sémantique qui désignait les limites du royaume tournait autour des notions de « confins », « limites », « lisière » et « marche ». La notion de « frontière », pour sa part, désignait le front militaire opposé à l'ennemi (L. Febvre, « Frontière : le mot et la notion », in : *Pour une histoire à part entière*, éd. de l'EHESS, Paris, 1962, p.13). Ce n'est qu'au 18^e siècle que le terme se détache de sa signification purement militaire pour s'appliquer aux « limites d'un pays » (*Nouveau dictionnaire françois contenant generalement tous les mots anciens et modernes...*, P. Richelet, éd. 1719 ; cité par D. Nordman, *Frontières de France...*, *op. cit.*, p.28). Cette fusion entre la signification de « limite » appliquée à un Etat et le terme de « frontière » sera consacrée par le dictionnaire de l'Académie de 1814, dans lequel on emploie désormais la formule de « délimitation des frontières » (D. Nordman, *Ibidem*, p.37).

21. Les grands traités de paix signés sous le règne de Louis XIV ont forgé l'armature du territoire français⁸¹. Les historiens y distinguent généralement trois phases de discussion : la négociation globale, la délimitation et, parfois, le bornage sur le terrain. Ces trois phases correspondent encore aujourd'hui à une réalité juridique et contentieuse : la frontière doit d'abord être *déterminée* dans son principe (a) ; puis la frontière doit être *délimitée*⁸² (b); enfin la frontière peut, éventuellement, être *démarquée* sur le sol par des experts (c).

a. *La détermination de la frontière*

22. La frontière commence par être une abstraction, une idée de l'esprit. Elle apparaît bien souvent en marge d'un accord dit territorial, dont l'objet principal est de répartir des masses territoriales entre les parties contractantes. Cet accord constitue vis-à-vis des Etats tiers un véritable *titre territorial* auquel sont attachés les attributs de la souveraineté en droit international. Cet accord est donc créateur de droit. Pourtant, en amont de celui-ci, ne se trouve aucun principe juridique susceptible de présider à la répartition des terres entre groupements humains⁸³. La préférence des Etats va donc, à supposer qu'un conflit armé puisse être évité⁸⁴, tout naturellement

⁸¹ La politique d'assainissement du territoire français a été marquée, entre autres, par les traités suivants : Traité de Lyon (1601), Traité de Münster (1648), Traité des Pyrénées (1659), Traité d'Aix-la-Chapelle (1668), Traité de Ryswick (30 octobre 1697)...etc (D. Nordman, *Ibidem*, p.150).

⁸² L'accord qui fixe la délimitation peut, le cas échéant, être le même que celui qui détermine la frontière dans son principe.

⁸³ Pour la négociation des frontières du royaume sous l'Ancien régime, les historiens constatent déjà que « la discussion sur les titres ne mène à rien. C'est le rapport de forces qui emportent la décision » (D. Nordman, *Ibidem*, p.383).

⁸⁴ La liste pourrait être très longue des cas où un litige territorial *a priori* insignifiant prend des proportions considérables et irrationnelles, pour finir en véritable *casus belli* : le *Leticia*, pour lequel la Colombie et le Pérou se sont affrontés entre 1932 et 1935 n'était qu'un trapèze d'environ 10 000 km² de jungle tropicale inhospitalière et inhabitée ; les *Îles Falkland* (Malouines) de l'Atlantique Sud, qui opposent depuis plus de cent cinquante ans l'Angleterre et l'Argentine, ne sont que des îlots montagneux, comptant moins de 2500 habitants ; le *Gran Chaco*, objet d'une guerre sanglante entre la Bolivie et le Paraguay dans les années 1928-1935, était une vaste étendue à peine exploitée et en grande partie inoccupée ; les *îlots de l'archipel Paracels* disputés par la Chine et le Vietnam représentent en tout 10 km² de rochers, battus par l'océan et les tempêtes, et leur richesse en guano ne semble pas correspondre à l'attachement passionné que leur témoignent les parties en cause...etc (T. Van Minh, *Théorie générale de l'Etat. Recherche sur la notion juridique d'Etat nation*, Les cours de droit, 1979-1980, Paris, p. 2).

aux règlements de type diplomatique⁸⁵. Si le juge est malgré tout saisi d'un tel conflit territorial d'attribution⁸⁶, soit il refuse tout bonnement de se prononcer⁸⁷, soit il se prononce en faisant prévaloir des considérations d'effectivité sur tout titre juridique. Dans l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*⁸⁸, par exemple, la Cour Internationale de Justice (CIJ) fut chargée de déterminer si la souveraineté sur certains îlots et rochers revenait à la République française ou au Royaume-Uni. Les deux parties s'étaient prévaluées de titres remontant à l'époque féodale⁸⁹. Sans surprise, la Cour a principalement pris en considération la réalité des « actes qui se rapportent à l'exercice de la juridiction et de l'administration locales, ainsi qu'à la législation »⁹⁰ pour procéder à la répartition des portions de territoire. Alors qu'un effort considérable de recherche historique avait été réalisé par les parties, cette décision atteste « tout à la fois, le souci de la Cour de ne pas le tenir pour négligeable [le titre historique], mais aussi la préoccupation de

⁸⁵ On dénombre beaucoup de traités de paix ou d'amitié qui préconisent une consultation directe entre Etats concernés en cas de différends (ex. Accord frontalier entre la Chine et le Pakistan du 2 mars 1963). Il est également courant que les parties recourent à des avis externes (ex. Rapport du Conseil de Sécurité du 27 juin 1964 sur le conflit vietnamo-cambodgien) ou au règlement par souverains (ex. Sentence arbitrale rendue par les présidents de six Républiques américaines le 10 octobre 1938 au sujet du litige frontalier entre la Bolivie et le Paraguay).

⁸⁶ Pour la distinction nécessaire, sur le plan contentieux, entre « conflits territoriaux d'attribution » et « conflits territoriaux de délimitation » : C. De Visscher, *Problèmes de confins en droit international public*, Pedone, Paris, 1969, p. 25 ; P.G. de la Pradelle, *La frontière*, *op. cit.*, p.140-143. Ces deux opérations ont en effet, selon une formule employée par la C.I.J., un objet différent : « La délimitation est une opération qui consiste à déterminer les limites d'une zone relevant déjà en principe de l'État riverain et non à définir cette zone *de novo*. Délimiter d'une manière équitable est une chose, mais c'en est une autre que d'attribuer une part juste et équitable d'une zone non encore délimitée, quand bien même le résultat des deux opérations serait dans un certain cas comparable, voire identique » (C.I.J., *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c/ Danemark ; République fédérale d'Allemagne c/ Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, Recueil C.I.J. 1969, p. 21).

⁸⁷ Charles Rousseau mentionne un arrêt du Tribunal de Cassation du 9 fructidor an VIII dans lequel le juge refuse de se prononcer sur la question de savoir si une saisie douanière a bien été opérée à l'intérieur du territoire français. Implicitement, cette décision revient à considérer que les questions relatives aux dimensions du territoire français relèvent de la compétence exclusive du gouvernement, c'est-à-dire du politique (*Les frontières de France*, A. Pedone, Paris, 1954, p. 41).

⁸⁸ C.I.J., *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c/ Royaume-Uni)*, arrêt du 17 novembre 1953, Recueil C.I.J. 1953, p.47.

⁸⁹ Le Royaume-Uni invoquait un titre ancien remontant à la conquête de l'Angleterre par Guillaume (duc de Normandie) en 1066, ainsi qu'une Charte de 1200 par laquelle le roi d'Angleterre avait donné fief des îles de la Manche à Pierre des Préaux. La République française contestait, pour commencer, que ces îlots étaient restés anglais après le refoulement des forces anglo-normande en 1204 et, le cas échéant, excipait que ces îlots étaient de toute manière restés un fief du royaume de France. Les deux parties invoquaient au titre de leurs prétentions respectives de nombreux titres datant de l'époque féodale : Traité de Lambeth (1217), Traité de Paris (1259), Traité de Calais (1360), Traité de Troyes (1420)...etc.

⁹⁰ C.I.J., *Affaire des Minquiers...*, *op. cit.*, p. 65. La Cour a également soutenu que ce qui « a une importance décisive, ce ne sont pas des présomptions indirectes déduites d'événements du moyen âge, mais les preuves se rapportant directement à la possession des groupes des Ecréhous et des Minquiers » (*Idem*, p. 14).

s'appuyer sur la réalité de l'exercice des fonctions de l'Etat »⁹¹. Le célèbre juge Huber exprima aussi, à sa manière, cette primauté reconnue à l'effectivité en matière de droits territoriaux : « si la contestation est basée sur le fait que l'autre partie déploie effectivement sa souveraineté, il n'est pas suffisant d'établir un titre en vertu duquel la souveraineté territoriale a été régulièrement acquise à un moment donné ; il faut également prouver que la souveraineté territoriale a continué d'exister (...). Cette démonstration consiste à justifier du déploiement effectif des activités de l'Etat »⁹². Absence de toute norme juridique générale donc, si ce n'est la reconnaissance du fait accompli. C'est la lutte politique qui détermine, en priorité, l'emplacement des frontières modernes⁹³. L'appétit colonial des Etats européens au XIX^{ème} siècle a, toutefois, donné de la voix à l'argument juridique de la contiguïté : un espace relèverait de la souveraineté d'un Etat simplement parce qu'il est contiguë à un autre espace appartenant déjà à cet Etat. Malgré quelques incertitudes soulevées par une jurisprudence hasardeuse de la Cour Permanente Internationale de Justice (C.P.J.I.)⁹⁴, relayée par la doctrine⁹⁵, la Cour Internationale de Justice (C.I.J.)⁹⁶ et les instances arbitrales⁹⁷ semblent aujourd'hui s'orienter vers une position contraire. On doit encore au juge Huber la formule suivante : « le titre de

⁹¹ S. Bastid, « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice », *R.C.A.D.I.*, t.107, 1962-III, p. 450. Cet auteur mentionne également l'affaire du *Droit de passage en territoire Indien (Portugal c/ Inde)* du 12 avril 1960, dans laquelle la C.I.J. n'a pas hésité à transformer une compétence territoriale limitée (tenure d'ordre fiscale) en titre de souveraineté territoriale sur la base de « l'exercice effectif de la pleine et exclusive autorité administrative » (S. Bastid, *Ibidem*, p.435).

⁹² *Island of Palmas case (Netherlands c/ United States of America)* (trad. par l'auteur), Sentence arbitrale du 4 avril 1928, *R.S.A.*, Vol.II, p. 837 : « if the contestation is based on the fact that the other Party has actually displayed sovereignty, it cannot be sufficient to establish the title by which territorial sovereignty was validly acquired at a certain moment ; it must also be shown that the territorial sovereignty has continued to exist (...). This demonstration consists in the actual display of State activities ».

⁹³ Cette réalité politique a d'ailleurs été, implicitement, reconnue par la C.I.J. : « La fixation d'une frontière dépend de la volonté des États souverains directement intéressés » (C.I.J., *Différend territorial (Jamahiriya arable libyenne c/ Tchad)*, arrêt du 3 février 1994, Recueil C.I.J., 1994, p.8, §45).

⁹⁴ *C.P.J.I., Statut juridique du Groenland oriental (Danemark c/ Norvège), arrêt du 5 avril 1933, Recueil C.P.J.I. A/B 53, p. 23.*

⁹⁵ Certains auteurs ont concédé qu'une souveraineté régulièrement établie et exercée sur un territoire peut entraîner, au titre de la contiguïté, la souveraineté « sur les éléments accessoires de ce territoire qui en sont inséparables » (P. Reuter, *Droit international Public*, op. cit., p. 117). Le même auteur relativise cependant aussitôt ses propos en soulevant la difficulté suivante : « à quel facteur se référer pour fixer ce qui doit constituer une « unité » dont l'occupation de la majeure partie doit déterminer l'acquisition du tout ? » (*Idem*, p. 117).

⁹⁶ C.I.J., *Plateau Continental de la mer du Nord...*, op. cit., p.21, §43.

⁹⁷ *Island of Palmas case (Netherlands c/ United States of America)*, op. cit., p. 835 et s.

contiguïté conçu comme base de la souveraineté est sans fondement en droit international »⁹⁸.

b. La délimitation de la frontière

23. Déterminée dans son principe par un accord territorial, la frontière n'a toutefois pas encore pris une forme autonome. Pour devenir une réalité matérielle et juridique, elle doit être fixée, dans les détails, par un traité de délimitation⁹⁹. Ce dernier est généralement décrit comme une « opération juridique et politique qui tend à fixer l'étendue spatiale du pouvoir étatique »¹⁰⁰. Reste qu'à ce stade du processus, on cherche encore la substance juridique susceptible d'encadrer ces techniques de délimitation. Aucune règle de droit n'intervient encore sur le fond. Cette formule de quelques juges suisses, à la fin du XIX^{ème} siècle, conserve encore toute son acuité : « la frontière entre deux Etats est soit un produit de l'histoire, soit est fixée par un traité. Il n'existe pas de règles générales sur le tracé des frontières entre les Etats »¹⁰¹. Dans les négociations entre Etats, les arguments invoqués par les parties manquent d'ailleurs profondément de cohérence (langue, géographie, titres historiques, ethnies...) ¹⁰². En dépit des efforts méritoires de classification et de codification des juristes, chaque Etat conserve « sa politique de frontière, calquée sur les rapports qu'il entretient avec ses voisins »¹⁰³. Certains auteurs ont expliqué ce vide normatif par le « dynamisme » de la frontière : « c'est un débat, un procès en vue d'une séparation de deux compétences, de deux influences affrontées »¹⁰⁴. En réalité, c'est la nature même de la frontière qui explique l'incapacité des

⁹⁸ *Idem*, p. 854.

⁹⁹ Bien qu'en pratique la *délimitation de la frontière* peut être réunie, avec *l'allocation des territoires*, sous une même convention, l'indépendance mutuelle des deux opérations sur le plan juridique est constamment rappelée par la C.I.J. : « Le fait qu'une zone, prise comme une entité, relève de tel ou tel Etat est sans conséquence sur la délimitation précise des frontières de cette zone, de même l'incertitude des frontières ne saurait affecter les droits territoriaux » (*Plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.*, p.21, §46).

¹⁰⁰ C. De Visscher, *Problèmes de confins en droit international public*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰¹ Tribunal Fédéral Suisse, « Canton des Grisons c/ Canton du Tessin », arrêt du 21 octobre 1892, A.T.F.S., 1982, vol.18, p.683.

¹⁰² D. Nordman, *Frontières de France....*, *op. cit.*, p. 536.

¹⁰³ C. De Visscher, *Ibidem*, p.21.

¹⁰⁴ P.G. de la Pradelle, *La frontière*, *op. cit.*, p.15.

juristes à l'apprivoiser. Phénomène par essence politique, la frontière constitue *ab initio* un « isobare politique, qui fixe pour un temps, l'équilibre entre deux pressions : équilibre de masses, équilibre de forces »¹⁰⁵. Extrémité de la souveraineté d'un Etat, l'emplacement de la frontière échappe par nature à tout façonnement juridique. Pour les mêmes raisons, lorsque la délimitation ne consiste pas simplement à reprendre des frontières préexistantes (ex. succession d'Etats, accession à l'indépendance...), il est rare que les négociateurs se mettent d'accord sur des limites purement artificielles¹⁰⁶, ou naturelles¹⁰⁷. Au contraire « les notions spatiales y apparaissent nettement subordonnées à des considérations d'intérêt général et d'organisation communes à tous les Etats »¹⁰⁸, c'est-à-dire à des considérations de nature politique sur lesquelles le juriste n'a aucune prise.

24. Une fois l'accord politique obtenu, la délimitation est généralement enregistrée dans un acte juridique. Ce dernier, le plus souvent, prend la forme d'un traité. De nature purement conventionnelle, ce traité de frontière présente la particularité d'être valable *erga omnes*¹⁰⁹. Il ne peut, pour autant, constituer un précédent ou une pratique participant à la formation d'une coutume en matière de délimitation. Aucun modèle légal n'a ainsi vocation à surgir de la pratique conventionnelle des Etats concernant la fixation des frontières. Pour cette raison, la doctrine considère que « les traités

¹⁰⁵ J. Ancel, *Géographie politique, op. cit.*, p.195. Le même auteur évoque, plus tôt dans son ouvrage, l'idée que la frontière est un « équilibre entre les forces vitales de deux peuples » (*Idem*, p. 55). Du même auteur, v. a. les développements dans *Géographie des frontières*, 6^{ème} éd., Gallimard, coll. Géographie Humaine, Paris, 1938, p.98.

¹⁰⁶ Il peut arriver que soit retenue par les négociateurs des *limites astronomiques*, tracées d'après des parallèles de latitude ou de longitude, ou bien des *limites géométriques*, constituées soit par une ligne droite soit par un arc de cercle (v. n. D. Alland, *Droit international Public*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Droit Fondamental, Paris, 2000 p.572).

¹⁰⁷ Dans les régions montagneuses on peut rencontrer des limites orographiques (ligne des crêtes, ligne de partage des eaux, ligne du pied des monts), dans les zones fluviales on a eu recours à des cours d'eau frontières (ligne médiane du chenal de navigation principal, la limite à la rive, délimitation par biefs), dans les zones côtières les limites maritimes peuvent être perçues comme calquées sur un relief naturel, dans les lacs on trouve des limites lacustres (la frontière tracée au milieu du lac). Aujourd'hui, 32% des tracés frontaliers reposent sur des supports hydrographiques (fleuves et lacs) et 24% sur des éléments orographiques (ligne de partage des eaux et ligne de crête de première et seconde grandeur), soit plus de 55% des tracés épousent aujourd'hui, de près ou de loin, des données « naturelles » (v. n. D. Alland, *Ibidem*, p. 573).

¹⁰⁸ C. De Visscher, *Ibidem*, p. 13. L'auteur ajoute que les frontières « sont l'expression sur le terrain des forces politiques qui s'y sont affrontées. Un tel processus historique ne s'est jamais prêté aux techniques de délimitation par données astronomiques ou par lignes géométriques » (*Idem*, p.16).

¹⁰⁹ Les traités de frontière (accords bilatéraux), parce que les parties qui les concluent ont une compétence exclusive conjointe pour les établir (les tiers n'ont pas qualité pour apprécier leur conformité avec un droit international dépourvu de toute règle substantielle), sont réputés objectifs et échappent au principe de la

établissant des frontières terrestres ne concrétisent pas des droits déjà existants dans le chef des Etats qui les concluent, ils les constituent »¹¹⁰. Fondateur d'un ordre, le traité de frontière se borne à reconnaître un état de choses qui a été créé sans son concours. Néanmoins, il investit le processus de délimitation d'une substance juridique pour l'avenir. La frontière, une fois le traité de délimitation signé, quitte le domaine exclusif du politique pour devenir un objet susceptible d'interprétation juridique. Ainsi, dès lors que le juge est saisi d'un litige de type frontalier¹¹¹, la présence d'une convention de délimitation va permettre aux titres écrits de l'emporter sur toute considération d'effectivité¹¹². La force des faits perd pour l'avenir tout effet *contra legem*¹¹³. L'affaire relative à la *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières entre la Belgique et les Pays-Bas*¹¹⁴ est significative à cet égard, puisque la C.I.J. refuse à cette occasion que l'effectivité d'une souveraineté puisse « déplacer le titre juridique »¹¹⁵ sur certaines parcelles territoriales au détriment de la lettre explicite de la Convention de délimitation de 1843¹¹⁶. Ce respect de la lettre des titres juridiques, et plus largement de l'intangibilité des limites conventionnelles, vaudra d'ailleurs à la C.I.J. la réputation d'un « conservatisme farouche ». Mais si le juriste fait en l'espèce parfois preuve d'un fétichisme de la ligne, c'est dans l'espoir de

relativité des traités tel que fixé à l'article 34 de la convention de Vienne du 23 mai 1969. Les traités de frontière sont donc opposables à tous les autres sujets de l'ordre juridique international.

¹¹⁰ J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 8^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2008, p. 422.

¹¹¹ Le *conflit territorial de délimitation* vise non pas à fixer le statut d'une masse, mais juste à fixer les lignes précises de séparation. Le plus souvent, le juge saisi devra choisir entre des lignes susceptibles de séparer les territoires dont le statut ne pose pas de problème, « d'opter entre deux interprétations différentes d'une même frontière » (C. De Visscher, *Ibidem*, p. 26). Paul Reuter a proposé deux critères pour identifier un conflit territorial de délimitation à l'occasion de l'affaire du *Temple de Préh Vihéar* : (1) critère formel : le conflit est né des suites d'une procédure de délimitation ; (2) critère matériel : le conflit porte sur des parcelles qui ne constituent pas une entité géographiquement autonome (C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents*, 1962, vol.II, p.544-545).

¹¹² V. n. en ce sens la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906, dans laquelle « le titre écrit, reconnu par les Etats intéressés (même si l'un d'eux devait le contester ultérieurement) et fixant les frontières, a reçu la sanction de la Cour » (S. Bastid, « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la CIJ », *op. cit.*, p. 469).

¹¹³ D. Alland, *Droit international Public, op. cit.*, p. 586-587.

¹¹⁴ C.I.J., *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique c/ Pays-Bas)*, arrêt du 20 juin 1959, *Recueil C.I.J.* 1959, p.210.

¹¹⁵ C'était l'argument soulevé, à titre subsidiaire, par les Pays-Bas (*Idem, Recueil* 1959, p. 217).

¹¹⁶ Voir en ce sens les propos illustratifs de Suzanne Bastid (« Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour International de Justice », *R.C.A.D.I.*, t. 107, 1962/III, p. 467).

compenser la précarité de ces limites spatiales dans le monde réel¹¹⁷ par une pérennité artificielle dans le monde du droit. La formule employée par les juges dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* est symptomatique de cette préoccupation : « d'une manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive »¹¹⁸. La pratique conventionnelle converge d'ailleurs sur ce point avec la jurisprudence. Bien des Etats assignent à leurs frontières communes une mission stabilisatrice dans les dispositions même du traité¹¹⁹. Bref, une fois la frontière délimitée et recouverte de l'autorité du droit, son traitement juridique est soumis à un impératif de continuité. Le plus significatif à cet égard est peut-être le principe d'intangibilité des frontières¹²⁰, dit de *l'uti possidetis juris*¹²¹, proclamé pour maintenir les frontières héritées de la colonisation par les nouveaux Etats indépendants¹²². Étranger à l'idée d'immutabilité, ce principe implique simplement : (i) la prééminence du titre juridique sur la possession effective comme base de la souveraineté, et (ii) le déplacement futur des frontières par voie d'accords entre les Etats intéressés et conformément au droit international¹²³. Un autre

¹¹⁷ Car pour le politique, « si toutes les frontières sont sacrées, aucune n'est éternelle » (Ramsay MacDonald, déclaration du 23 mars devant la Chambre des Communes, cité par C. Rousseau, *Droit international public*, 8^{ème} éd., Sirey, t.I, p.237, §213).

¹¹⁸ C.I.J., *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c/ Thaïlande)*, arrêt du 15 juin 1962 (fond), *Recueil C.I.J.* 1962, p.34.

¹¹⁹ L'article 6§2 du traité du 23 juillet 1881 entre l'Argentine et le Chili dispose : « in any case, the boundary specified in the present Agreement will remain as the immovable one between the two countries » (cité par la Sentence arbitrale du 22 avril 1977, *ILR*, vol.52, p.127-131,§15). L'article 7 de la Convention du 15 juin 1972 relative au tracé de la frontière entre l'Algérie et le Maroc dispose que « les hautes parties contractantes sont convenues que les dispositions de la présente convention règlent définitivement les questions de frontières entre l'Algérie et le Maroc » (*Journal Officiel de la République d'Algérie*, 15 juin 1973, p.548).

¹²⁰ Utilisé au 19^e siècle après le retrait de l'Empire espagnole de l'Amérique du Sud, ce principe ne fut toutefois exprimé officiellement pas avant le sommet Africain de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) au Caire en 1964 puis consacré par la jurisprudence de la C.I.J. en 1986 : « ce principe ne revêt pas pour autant le caractère d'une règle particulière, inhérente à un système déterminé de droit international. Il constitue un principe général, logiquement lié au phénomène d'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste. » (C.I.J., *Différend frontalier (Burkina Faso c/ Mali)*, arrêt du 22 déc. 1986, *Rec. C.I.J.* 1986, p. 565).

¹²¹ Traduction littérale : comme tu possèdes aujourd'hui, continueras à posséder.

¹²² V. en ce sens C.I.J., *Différend frontalier (Burkina Faso c/ Mali)*, *op. cit.*, p. 554, §25 : « le maintien du statut quo territorial en Afrique apparaît souvent comme une solution de sagesse visant à préserver les acquis des peuples qui ont lutté pour leur indépendance et à éviter la rupture d'un équilibre qui ferait perdre au continent africain le bénéfice de tant de sacrifices. C'est le besoin vital de stabilité pour survivre, se développer et consolider progressivement leur indépendance dans tous les domaines qui a amené les Etats africains à consentir au respect des frontières coloniales et à en tenir compte dans l'interprétation du principe de l'autodétermination des peuples ».

¹²³ Les modifications conventionnelles de la délimitation d'une frontière sont donc compatibles avec le principe d'intangibilité. Le secrétaire de l'OUA, M. William Eteki Mboumoua, a d'ailleurs précisé que « le respect des frontières héritées de la colonisation n'est pas un principe sacro-saint », laquelle « doit être dépassée ou révisée dans le cadre d'un vaste consensus » dans la mesure où « il faut tenir compte, à long terme, du droit à l'autodétermination » (*Le Monde*, 19 octobre 1977).

trait spécifique au traitement des frontières, dans le prolongement du précédent, réside dans l'exclusion de la règle dite *clausula rebus sic stantibus*¹²⁴. L'article 62 (2) de la Convention de Vienne du 23 mai 1969¹²⁵ dispose en effet qu'un « changement fondamental de circonstance ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer : a) s'il s'agit d'un traité établissant une frontière (...) ». Une dernière particularité peut être signalée en matière de succession d'Etats : les traités de frontière de l'Etat prédécesseur continuent de lier le nouveau souverain territorial, par exception à la règle dite de la *tabula rasa*. La Convention sur la succession d'Etats¹²⁶ dispose, en effet, à l'article 11, qu'une « succession d'Etats ne porte pas atteinte en tant que telle : a) à une frontière établie par un traité b) aux obligations et droits établis par un traité et se rapportant au régime d'une frontière (...) »¹²⁷. La C.I.J. a d'ailleurs veillé scrupuleusement à ce que la survenance d'une succession ne soit pas un prétexte permettant au successeur de contester les frontières établies par le prédécesseur¹²⁸.

25. En résumé, cette entrée de la légalité après une longue absence dans le processus de délimitation est principalement consacrée à la préservation du « principe fondamental de la stabilité des frontières »¹²⁹. Mission bien difficile, toutefois, quand on connaît la place étroite qui est réservée au juge en l'espèce : il est appelé à interpréter et à appliquer les accords conclus entre les parties dans le seul but de dégager leur volonté, mais en aucun cas pour s'y substituer¹³⁰. Selon une jurisprudence bien établie, à partir du

¹²⁴ Règle générale, valable en droit des traités (article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), qui permet de mettre fin à un traité dès lors que les circonstances existant au moment de sa conclusion ont subi une modification telle que la portée des obligations des parties s'en trouve modifiée.

¹²⁵ Convention du 23 mai 1969, *R.G.D.I.P.*, vol. 73, 1969, p.919.

¹²⁶ Convention sur la succession d'Etats en matière de traité adopté par la Conférence des Nations Unies à Vienne le 23 août 1978, in *A.J.N.U.*, 1978, p.130.

¹²⁷ Cette règle est purement négative, puisque « une telle disposition n'influerait en rien sur un autre motif qui pourrait être invoqué pour réclamer la révision ou le rejet d'un règlement de frontière, qu'il s'agisse de l'autodétermination ou de la nullité ou de l'extinction (...), la simple survenance d'une succession de frontières ne saurait avoir pour effet de consacrer la frontière existante si elle était sujette à contestation (...) » (Rapport de la Commission de Droit International, *ACDI*, vol.III, p.34 §17).

¹²⁸ C.I.J., *Différend territorial (Jamahiriya arable libyenne c/ Tchad)*, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁹ C.I.J., *Différend territorial (Jamahiriya arable libyenne c/ Tchad)*, *op. cit.*, p.8 ; C.I.J., *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c/ Turquie)*, arrêt du 19 décembre 1978, C.I.J. Recueil 1978, p. 36 ; C.I.J., *Temple de Préah Vihéar*, *op. cit.*, p. 34.

¹³⁰ D. Alland, *Droit international Public*, *op. cit.*, p. 675 : le juge est « appelé à constater le passé et non pas à préparer l'avenir ».

moment où le litige est défini comme portant sur la « frontière », le juge ne peut que « constater » celle-ci, il n'est pas en droit de la « déterminer »¹³¹. L'interprétation des termes de la convention ne saurait, par conséquent, modifier la substance même de l'accord politique immobilisé dans le traité¹³². Il n'en demeure pas moins que les accords, bien souvent rédigés en termes vagues, laissent au juge une marge de manœuvre qui lui permet d'étendre son office¹³³. Cette interprétation constructive a toutefois ses limites. En l'absence de tout passé conventionnel fiable, le juge sera obligé de revenir à des considérations teintées d'effectivité, sous peine de contrarier la nature même de la souveraineté des Etats dans l'ordre moderne. En somme, le droit n'est en l'espèce que toléré ; le politique entend bien rester maître de la délimitation de ses frontières terrestres.

c. *La démarcation de la frontière*

26. L'accomplissement d'une frontière est susceptible de donner lieu à une dernière étape, en plus de la délimitation : celle de la démarcation. Depuis le XVII^{ème} siècle, les traités de paix entre Etats ont parfois été suivis de conférence de limites¹³⁴. Il s'agit de longues et laborieuses discussions, sous l'auspice d'organismes spéciaux composés d'experts (officiers, géomètres, fonctionnaires civils...), dans le but de donner une matière dans l'espace à la frontière fixée par le traité de délimitation. L'opération aboutit bien souvent à un abornement sur le terrain. L'idée est de donner corps à la frontière pour accroître sa lisibilité. Cette procédure n'en reste pas moins

¹³¹ S. Bastid, « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour International de Justice », *op. cit.*, p. 475.

¹³² Hans Kelsen va même jusqu'à reconnaître une priorité à l'effectivité après la signature de la Convention de délimitation, dans la mesure où il considère que celle-ci ne crée qu'un *droit subjectif*. Or « pour que ce droit subjectif devienne une situation de droit, pour que l'espace délimité par la frontière devienne son territoire étatique, l'effectivité de la puissance de domination ou de contrainte est, elle aussi, nécessaire » (« Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *R.C.A.D.I.*, t.42, 1932-IV, p.208).

¹³³ Par exemple, le juge international présume la plénitude des accords frontaliers qui lui sont soumis. Selon une formule de la C.P.J.I. « il est naturel que tout article destiné à fixer une frontière soit, si possible, interprété de telle sorte que, par son application intégrale, une frontière précise, complète et définitive soit obtenue » (Avis consultatif n°12 du 21 novembre 1925 concernant la frontière entre la Turquie et l'Irak, série B, n°8, p.32). Dans une autre affaire, le juge a soutenu qu'une frontière conventionnelle est présumée exister sur toute la longueur de deux Etats limitrophes alors même que ses contours sont flous et difficilement identifiables à partir du seul traité (C.I.J., *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c/ Tchad)*, *op. cit.*, p.8, §47).

complexe et coûteuse. Les Etats se dispensent donc bien souvent de ses services. À peine plus de cinquante pourcents des frontières actuelles ont fait l'objet d'une démarcation sur le terrain. Opération facultative, donc, qui vient renforcer une frontière dont l'existence juridique est déjà acquise¹³⁵ : « la démarcation est une opération technique d'exécution qui reporte sur le sol les termes d'une délimitation établie »¹³⁶. Les questions de souveraineté, en principe résolues lors des étapes précédentes, sont dorénavant closes. La démarcation ne peut par conséquent pas affecter la délimitation convenue entre les parties. Certains vont même jusqu'à voir dans l'expérience de la démarcation « un test de la délimitation », car « c'est en cours de démarcation qu'apparaissent ses faiblesses comme ses mérites »¹³⁷. Sans jamais s'écarter du tracé initial, de légères tolérances sont toutefois nécessaires et, bien souvent, prévues dans le mandat initial de la commission de délimitation¹³⁸.

27. En somme, les trois phases de la procédure de délimitation des frontières terrestres combinent des considérations de puissance et de droit, avec toutefois un avantage certain au profit des premières. La frontière apparaît principalement comme l'œuvre du politique, et la place du droit restera réduite tant que les Etats ne seront pas parvenus à un accord global et multilatéral sur les problèmes soulevés par la délimitation. Constat regrettable qui ne vaut toutefois pas pour toutes les frontières connaissant aujourd'hui une existence juridique. La territorialisation de la mer a donné lieu, au cours du XX^{ème} siècle, à un accord politique de grande ampleur

¹³⁴ D. Nordam, *Frontières de France...*, *op. cit.*, p. 456 et passim.

¹³⁵ V. en ce sens, entre autres, l'affaire du *Différend territorial* (Jamahiriya arabie libyenne c/ Tchad), *op. cit.*, p.8, §56 : « L'emploi du terme « démarcation » laisse présumer que les parties ont considéré que la définition des frontières était acquise, mais qu'elle pouvait être suivie au besoin d'un abornement ».

¹³⁶ C. De Visser, *Problèmes de confins en droit international public*, *op. cit.*, p. 28.

¹³⁷ *Idem*, p. 30.

¹³⁸ Bien des traités ont habilité les commissaires, dans des termes généraux, à tenir compte des circonstances locales pour la démarcation au sol. L'article 30 du Traité de Versailles, par exemple, autorise les commissaires au sujet des limites fluviales « à spécifier si la ligne frontière suivra dans ses déplacements éventuels le cours ou le chenal (ainsi) définis, ou si elle sera déterminée d'une manière définitive par la position du cours ou du chenal au moment de la mise en vigueur du présent Traité ». L'article 9 du Protocole de paix, d'amitié et de frontières entre l'Equateur et le Pérou du 29 janvier 1942 dispose aussi que : « Les parties peuvent cependant, en traçant la ligne sur le terrain, s'accorder les concessions mutuelles qui leur paraissent indiquées afin d'adapter cette ligne aux réalités géographiques » (G.F. de Martens, *Nouveau recueil général des Traités*, 3^e série, vol.41, p.729).

ouvrant la voie à une juridicisation accrue des procédures de délimitation appliquées à ces nouvelles frontières dites maritimes.

2) *La frontière maritime*

28. La mer, pendant longtemps, fut épargnée par le processus de territorialité politique. Triomphait, sous l'égide des grandes puissances maritimes, le principe *Mare liberum*¹³⁹. La mer ne connaissait donc aucune frontière, si ce n'est le prolongement des côtes terrestres des Etats à des fins de sécurité militaire¹⁴⁰. Au cours du XX^{ème} siècle, toutefois, l'exception maritime a dû céder le pas devant les revendications territoriales des Etats, repoussant la portée du traditionnel régime de liberté à la seule *haute mer*¹⁴¹. À l'intérieur de ce nouvel espace territorial, la frontière maritime va toutefois apparaître sous des formes nettement différentes des frontières terrestres.

29. En premier lieu, des règles juridiques de fond vont ici voir le jour grâce à un accord politique largement accepté par la communauté internationale des Etats. Ce dernier se compose des quatre conventions associées de Genève du 29 avril 1958¹⁴², ainsi que de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 dite de *Montego*

¹³⁹ V. n. H. Grotius, *Mare liberum – De la liberté des mers*, traduit par A. de Courtin et C. Monet, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Presses universitaires de Caen, 1990.

¹⁴⁰ L'idée dominante sous la modernité fut que les limites du territoire doivent correspondre à celles de la souveraineté : *potestatem terrae finiri ubi finitur armorum vis* (Bynkershoek, *De dominio maris*, chap. II ; cité à partir de W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *op. cit.*, p. 139). Le territoire politico-juridique a donc dès l'origine été étendu à une zone maritime, proche du littoral, parce-que le pouvoir de coercition dont disposait l'Etat sur cette zone correspondait au critère l'exclusivité. Le territoire juridique de l'Etat a donc été très tôt étendu à la mer, pour une distance correspondant à la portée des batteries côtières (S. Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens : ou système general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique (De jure naturae et gentium)*, 6^{ème} éd., A Basle : Chez Emanuel Thourneisen, 1750, vol.I, liv.IV, chap.V, §9).

¹⁴¹ Conformément à l'article 82 de la Convention de Montego Bay les « eaux de la haute mer » sont l'archétype de l'espace international : insusceptibles d'appropriation, elles ne peuvent servir de *support* à aucune des compétences de l'Etat.

¹⁴² *Convention sur les Eaux Territoriales et la Zone Contiguë, sur la Pêche et la Conservation des Ressources Biologiques de la Haute Mer, sur la Haute Mer, sur le Plateau Continental et Accord Obligatoire sur les Différends*, signées le 29 avril 1958 à Genève.

Bay¹⁴³. Les frontières maritimes sont donc, très souvent, inférées à partir de ce contenu normatif en fonction des engagements conventionnels respectifs de chaque Etat. Dans ces conditions, il est bien naturel que « le processus par lequel le juge détermine le tracé d'une frontière terrestre entre deux Etats se distingue nettement de celui par lequel il identifie les principes et règles applicables à la délimitation du plateau continental »¹⁴⁴. Lorsqu'un des éléments territoriaux maritimes d'un Etat bute sur celui d'un autre Etat, ces Etats ont l'obligation d'engager des négociations pour une délimitation conventionnelle¹⁴⁵. En cas de désaccord, les parties sont tenues, cette fois-ci, de respecter un certain nombre de règles substantielles : la *ligne de base*¹⁴⁶, la *règle de l'équidistance*¹⁴⁷ ou le *principe de l'équité*¹⁴⁸. Même en l'absence de tout engagement conventionnel d'un Etat, la C.I.J. a reconnu dans le domaine des frontières maritimes l'existence de « certaines notions juridiques de base qui, (...), reflètent depuis l'origine l'*opinio juris* en matière de délimitation ; ces principes sont que la délimitation doit être l'objet d'un accord entre les Etats intéressés et que cet accord doit se réaliser selon des principes équitables »¹⁴⁹. Il arrive également que l'espace maritime d'un Etat ne bute sur aucun autre espace territorial. Une frontière « unilatérale » va alors prendre forme pour séparer le territoire de l'Etat de l'espace international. Cette frontière maritime, bien que constituée par un

¹⁴³ Cette dernière convention a été ratifiée par la France et est entrée en vigueur en 1994, se substituant pour la majeure partie aux quatre précédentes conventions dans l'ordre juridique français (*J.O.R.F.*, 7 septembre 1996, 13307).

¹⁴⁴ C.I.J., *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, *op. cit.*, §47.

¹⁴⁵ Les articles 5 et 6 de la Convention de Genève de 1964 sont rédigés de telle sorte qu'ils donnent priorité à la délimitation par voie d'accord. Il est donc possible aux parties de déroger par voie d'accord aux règles de droit international, posées par cette même convention, pour la délimitation des frontières maritimes.

¹⁴⁶ Ligne « séparant le territoire terrestre de l'ensemble du territoire maritime » (J. Combacau et S. Sur, *Droit International Public*, *op. cit.*, p. 419), elle sert d'étalon de mesure dans le calcul des distances pour l'ensemble des espaces territoriaux maritimes successifs qui se succèdent jusqu'à (1) la haute mer ou/ (2) un autre espace territorial maritime.

¹⁴⁷ L'équidistance signifie que la ligne de séparation à retenir doit réunir un certain nombre de points situés à égale distance de repères qui se répondent deux à deux sur la ligne de base de chacun des Etats. Cette règle s'applique aussi bien à la délimitation d'une frontière entre deux mers territoriales (article 12§1 de la Convention I de Genève et article 15 de la Convention de Montego Bay) qu'entre deux plateaux continentaux (article 6 de la Convention I de Genève).

¹⁴⁸ La règle de l'équidistance peut aboutir à des résultats absurdes. L'idée d'équité peut alors tempérer les rigueurs de l'équidistance, pour mieux épouser l'espace et respecter une certaine cosmologie objective. L'article 6 de la Convention IV de Genève évoque des « circonstances spéciales » permettant de contourner l'équidistance pour le plateau continental. Plus récemment, la Convention de Montego Bay (article 83 et 74) introduit l'idée générale que la délimitation doit « aboutir à une solution équitable ». La C.I.J. a également admis qu'il était nécessaire de tenir compte, en marge de l'équidistance, « de toutes les circonstances pertinentes » (C.I.J., *Plateau continental (Tunisie c/ Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt du 24 février 1982, Rec. C.I.J. 1982, §76-107 et 133).

acte unilatéral de l'Etat, se doit également de respecter l'ensemble normatif précité pour être opposable aux autres Etats. Car si « l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'Etat riverain a seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des Etats tiers relève du droit international »¹⁵⁰.

30. En second lieu, l'espace territorialisé à l'intérieur duquel la frontière maritime vient s'interposer est nettement différent de l'espace continental. En deçà de la *haute mer*, on ne rencontre pas moins de trois éléments territoriaux distincts : la mer territoriale¹⁵¹, le plateau continental¹⁵² et la zone économique exclusive¹⁵³. Ces trois éléments sont tous, cependant, plus ou moins rattachables aujourd'hui à l'idée juridique de territoire de l'Etat dans la mesure où ils ouvrent droit à une certaine exclusivité de compétence¹⁵⁴. D'ailleurs la France prend désormais soin, dans la

¹⁴⁹ C.I.J., *Plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.*, §85.

¹⁵⁰ C.I.J., *Pêcheries (Royaume Uni c/ Norvège)*, arrêt du 18 décembre 1951, Recueil C.I.J. 1951, p.132.

¹⁵¹ La « mer territoriale » est la zone de mer adjacente au territoire terrestre de l'Etat (article 1 §1 de la convention I de Genève et article 2 §1 de la convention de Montego Bay), large de 12 Milles Marins, qui fait indiscutablement partie inclusive de l'espace territorial de l'Etat : « La mer territoriale est, au plein sens du terme, une « appartenance » de l'Etat dont elle baigne les côtes. Elle en est une portion inséparable, parce que le droit international l'envisage comme la continuation du domaine terrestre dans la mer. L'exacte nature de cette relation est un rapport non de simple proximité ou contiguïté, mais, au sens précis du terme, de « continuité » » (C. De Visscher, *Problèmes de confins...*, *op. cit.*, p.43).

¹⁵² La définition la plus récente du « Plateau continental » correspond aux « fonds marins et leur sous-sol (...) sur toute l'étendue du prolongement naturel du territoire terrestre de l'Etat » (article 76§1 de la convention de Montego Bay). Le rattachement de cette zone, qui peut s'étendre jusqu'à 200 Milles Marins au-delà des côtes, à l'espace territorial de l'Etat est l'objet de bien des controverses (Charles De Visscher, *Ibidem*, p. 150). L'Etat n'exerce en effet pas à proprement parler de compétence exclusive sur cet espace ; les traités ne lui accordent que « des droits souverains » et non pas une « souveraineté territoriale » (article 56 §1 et 77 §1 de la convention de Montego Bay). La C.I.J. a toutefois eu l'occasion, lors de l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, d'exprimer une position favorable à ce rattachement : « Les droits de l'Etat riverain concernant la zone de plateau continental qui constitue un prolongement naturel de son territoire sous la mer existent *ipso facto* et *ab initio* en vertu de la souveraineté de l'Etat sur le territoire (...) » (C.I.J., *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *op. cit.*, p. 21, §19).

¹⁵³ La « zone économique exclusive », qui ne peut s'étendre au-delà de 200 Milles Marins, est « située au-delà de la mer territoriale et adjacente à celle-ci » (article 55 de la Convention de Montego Bay). Elle se distingue du Plateau continental dans la mesure où elle comprend non seulement le sous-sol mais également les eaux surjacentes. La même polémique sur son rattachement, ou pas, à l'espace territorial de l'Etat est à l'œuvre.

¹⁵⁴ Le territoire juridico-politique se caractérise en principe par l'exclusivité des compétences exécutives de l'Etat. La C.I.J. a d'ailleurs reconnu que les droits souverains que l'Etat peut exercer sur son plateau continental ne sont pas dépourvus d'*exclusivité*, « en ce sens que, si un Etat riverain choisit de ne pas explorer ou de ne pas exploiter les zones de plateau continental lui revenant, cela ne concerne que lui et nul ne peut le faire sans son consentement exprès » (*Plateau continental de la mer du Nord*, *Ibidem*, p. 21, §19). Reste que l'espace maritime rattachée à l'Etat ne répond pas parfaitement à ce critère. Des distinctions subtiles ont donc parfois été retenues tant en doctrine qu'en droit positif. Ainsi une Instruction administrative du 4 mars 2005 (BOI, 5-B-13-05), qui étend le régime fiscal de faveur de l'article 81 A III du CGI aux marins pêcheurs, considère pour son application que tout espace marin situé au-delà des limites de la mer territoriale correspond à « l'étranger ». À l'inverse, le Conseil d'Etat a admis l'application de la loi fiscale française à des installations et exploitations situées sur le

négociation de ses conventions fiscales, d'étendre le champ d'application spatial de celles-ci aux « zones situées hors des eaux territoriales » de la France, « sur lesquelles, en conformité avec le droit international, la France peut exercer les droits relatifs au lit de la mer, au sous-sol marin et à leurs ressources naturelles »¹⁵⁵.

31. Voilà résumée la façon dont les Etats modernes procèdent pour délimiter leurs frontières, terrestres ou maritimes. Cette analyse, en dépit de sa technicité, laisse l'observateur en quête d'une théorie de la frontière un peu perplexe. Bien des questions demeurent en suspens, ne serait-ce que sur la nature intrinsèque de cette notion : origine, fonction, composition... Un élément essentiel ressort cependant du processus de délimitation étudié : c'est l'objectif de stabilité dont est investie la frontière une fois recouverte de l'autorité du droit. Cette pérennité forcée dans le monde du droit n'est que la conséquence de la fonction essentielle exercée par la frontière dans l'ordre moderne, à savoir séparer ce qui ne doit jamais se rencontrer : la puissance des Etats.

B. Pourquoi tracer la frontière

32. Accessoirement aux questions soulevées par le processus de délimitation, la frontière attire aussi l'attention des juristes au titre de sa fonction : une limite *ratione loci* qui sépare la juridiction de deux Etats souverains. Cette mission, si elle ne manque pas de pertinence et de richesse

plateau continental, « comme s'ils se trouvaient en territoire français métropolitain » (CE, 9^e et 8^e ss., 16 décembre 1998, n° 156535, *SA Services pétroliers Schlumberger*, *DF*, n° 24, 1999, comm. 484, concl. Goulard). Reste que la terminologie employée par le juge de l'impôt en l'espèce, « comme si », peut aussi signifier qu'à ses yeux le plateau continental ne relève pas, par nature, de l'espace territorial de l'Etat.

¹⁵⁵ Cette formule est retenue par la convention signée le 22 mai 1968 entre la France le Royaume-Uni ou l'avenant du 10 mars 1981 signé entre la France et le Japon (convention du 27 novembre 1964), ainsi que la plupart des conventions récentes (Pologne, Nouvelle-Zélande, Philippines, Egypte, Malaisie...). Parfois la formule employée fait également référence à la zone économique exclusive : « les zones sur lesquelles, en conformité avec le droit international, la République française a des droits souverains aux fins de l'exploration et de l'exploitation des ressources des fonds marins, de leur sous-sol et des eaux sur jacentes ». C'est la formule retenue par les conventions fiscales signée par la France avec le Mexique (7 novembre 1991), l'Inde (29

pour la compréhension de la notion de frontière moderne, ne permet pas seule d'en expliquer l'ensemble des manifestations. Comment rendre compte, en particulier, des différents mécanismes douaniers qui se déclenchent avant¹⁵⁶ ou après¹⁵⁷ le franchissement de la frontière, mais qui restent tous rattachés dans l'esprit des acteurs du commerce international à l'idée de frontière douanière ? Comment expliquer que cette frontière douanière, justement, soit en mesure de se mouvoir en dehors des lignes géographiques, consolidées par traité, qui enveloppent la souveraineté territoriale des Etats (ex. gare, aéroport, point de contrôle, etc.) ? Le Conseil d'Etat, au demeurant, n'a-t-il pas considéré que les passagers d'un vol aérien pénètrent juridiquement le territoire français, non pas à l'occasion de l'entrée dans l'espace aérien, ni lors de l'atterrissage de l'avion, mais après l'accomplissement des formalités de police et de douane à l'intérieur de l'aéroport¹⁵⁸ ? Force est donc de reconnaître, avec Étienne Balibar, l'impérieuse nécessité « de corriger une représentation qui semble naturelle, mais qui n'en est pas moins manifestement *fausse* [nous préférons le terme « *insuffisante* »], en tout cas trop simple : celle qui faisait de la frontière la simple limite entre deux entités territoriales, semblables mais indépendantes l'une de l'autre »¹⁵⁹. Cet auteur ajoute que « certaines

septembre 1992), la Suède (8 juin 1994), les Etats-Unis (31 août 1994), l'Espagne (10 octobre 1995) ou l'Algérie (19 octobre 1999).

¹⁵⁶ L'administration des douanes aux Etats-Unis, qui a été rattachée en 2003 au nouveau Ministère de la Sécurité Intérieure (Department of Home-land Security) au sein de la Direction de la sécurité des frontières et des transports (BTS), s'est fixée pour objectif de déplacer une partie du contrôle douanier qui s'effectuait sur sa propre frontière vers le territoire des autres Etats, c'est-à-dire les ports et aéroports de l'Etat d'origine des marchandises ou des personnes physiques. En matière de transports maritimes, par exemple, le CSI (*Container Security Initiative*) soumet le bénéfice d'un traitement privilégié lors de la procédure de dédouanement à la frontière des Etats-Unis à la condition qu'un contrôle approfondi des marchandises ait été préalablement réalisé dans le port de départ de celles-ci. Pour qu'un port soit « accrédité » par l'administration des Etats-Unis, ce dernier doit satisfaire un certain nombre de critères parmi lesquels figure la présence d'un douanier américain détaché. De nombreux acteurs économiques craignent ainsi de rentrer « dans une ère de ralentissement où les petites structures n'auront plus leur place dans une économie mondialisée et dangereusement sécurisée » (Magazine « Solutions transports » du 21 septembre 2004, commentaire de P. Bonnevie, p. 40 ; cité à partir de E. Robert, *Les barrières douanières non-tarifaires*, mémoire de DEA « Finances Publiques et Fiscalité », Université Paris II, 2005, p. 89).

¹⁵⁷ Pour une description du développement des bureaux de douanes intérieurs et des procédures de dédouanement à domicile (et non plus à la frontière), v. n. J.-Cl. Berr et H. Trémeau, *Le droit douanier communautaire et national*, 7^{ème} éd., Economica, coll. Droit des Affaires et de l'Entreprise, 2006, p. 197 et passim.

¹⁵⁸ CE, Plén., 27 janv. 1984, *Eksir et autres*, n° 31 985, Rec. 1984, p. 30 ; *R.D.P.*, 1984, p. 801, note J. Robert.

¹⁵⁹ É. Balibar, « Les frontières de l'Europe », in : *Asile-violence-exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective* (sous la direct. CALOZ-TSCHOPP (M.-C.), CLEVENOT (A.) et TSCHOPP (M.-P.)), Université de Genève, 1994, p. 387.

frontières ne sont plus du tout situées aux frontières, au sens géographico-politico-administratif du terme, mais sont ailleurs, partout où s'exercent des contrôles sélectifs, par exemple des contrôles sanitaires (...), ou sécuritaire.»¹⁶⁰. Une autre forme de frontière, assurant des fonctions différentes à celle de la frontière qui sépare la juridiction des Etats, semble devoir faire son apparition : en plus de la ligne de séparation (1), la notion juridique de frontière inclut aussi les mesures de contrôle qui s'interposent, tel un filtre, entre ces ordres juridiques juxtaposés (2).

1) Une frontière pour « séparer » la puissance des Etats

33. La *ligne de séparation* qui se dégage du processus de délimitation a clairement été reconnue et consacrée par le droit international classique. Les définitions qui lui ont été consacrées demeurent, cependant, étrangement sommaires. Un dictionnaire spécialisé décrit cette frontière comme la « ligne déterminant où commencent et finissent les territoires relevant respectivement de deux Etats voisins »¹⁶¹. La doctrine et les spécialistes ne sont pas beaucoup plus éloquents sur la question : « ligne d'arrêt des compétences étatiques »¹⁶², ou encore, « limite qui sépare le territoire de l'Etat des espaces qui constituent le territoire des autres Etats ou des espaces non soumis à la souveraineté étatique »¹⁶³. Cette précaution se retrouve également dans les formules du juge international : « ligne exacte (...) de rencontre des espaces où s'exercent respectivement les pouvoirs et droits souverains »¹⁶⁴. Sans parler du juge constitutionnel français qui déclare, circonspect, que ces frontières « délimitent la compétence territoriale de l'Etat »¹⁶⁵. De cette compilation de définitions ressort toutefois deux

¹⁶⁰ É. Balibar, « Qu'est-ce qu'une frontière ? », *op. cit.*, p. 379.

¹⁶¹ J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, p.293.

¹⁶² C. De Visscher, *Problèmes de confins...*, *op. cit.*, p.7.

¹⁶³ P. Reuter, *Droit international public*, *op. cit.*, p.106.

¹⁶⁴ C.I.J., *Plateau continental de la Mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt du 19 dec. 1978, Rec. C.I.J. 1978, p.35, §85.

¹⁶⁵ Décision n°91-294 DC du 25 juillet 1991, relative à la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique

éléments : cette frontière qui sépare est par nature impénétrable (a) et, pour remplir cette fonction, elle prend systématiquement la forme d'une ligne exacte (b).

a. Le fondement de l'exclusivité territoriale

34. Pour faire face à la menace que représente l'émergence de pouvoirs politiques qui s'affirment mutuellement titulaires d'une égale souveraineté, une règle essentielle pour ce système dit « horizontal » a été dégagée : « l'Etat ne saurait se laisser pénétrer par un autre Etat »¹⁶⁶. La frontière moderne est une limite qui s'interpose entre le pouvoir exécutif respectif de deux Etats souverains et qui présente la particularité, à partir du XVII^{ème} siècle, d'être régie en droit international public par un « principe d'impénétrabilité ». Construite par et pour la puissance de l'Etat¹⁶⁷, cette limite spatiale étanche qui ceinture le territoire permettra la formation en droit international du principe essentiel de *l'exclusivité territoriale* : ce « droit pour un Etat d'exiger juridiquement que les Etats étrangers s'abstiennent de certains actes sur son territoire »¹⁶⁸. Bref, grâce aux frontières, le territoire peut prendre une signification juridique essentielle en droit international : « l'espace à l'intérieur duquel un Etat est autorisé par le droit international général à réaliser tous les actes prévus par son droit national ou, ce qui revient au même, l'espace à l'intérieur duquel, conformément au droit international, les organes déterminés par un ordre juridique national sont autorisés à exécuter cet ordre »¹⁶⁹. D'autres conséquences juridiques peuvent, d'ailleurs, être mises au crédit de cette

Bénélux, de la RFA et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *Rec. C.C.*, 1991, p.93, §11.

¹⁶⁶ G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, tome II, éd. Panthéon-Assas, 2005, p.20.

¹⁶⁷ P. Allières, *L'invention du territoire*, *op. cit.*, p. 46 : « Il faut reconnaître à celle-ci [la frontière] sa spécificité, son originalité politique, en gestation dans les politiques de la monarchie absolue ».

¹⁶⁸ H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *R.C.A.D.I.*, t.42, 1932/IV, p.216.

¹⁶⁹ H. Kelsen, *Principles of International Law* (trad. par l'auteur), New York, 1952, p.209.

impénétrabilité : l'absence, par exemple, pour tout Etat de « devoir d'assistance positive »¹⁷⁰ à l'égard d'un autre Etat sur son propre territoire. Enfin, cette impénétrabilité permet d'expliquer une caractéristique essentielle de la frontière moderne : sa linéarité¹⁷¹.

b. Une limite spatiale précise et linéaire

35. Cette frontière consacrée par le droit public interne et international n'a rien d'une zone qui, « précédant la limitation et survivant à la limite sans jamais se confondre avec elle »¹⁷², est soumise à un régime juridique particulier. Bien au contraire, cette disjonction entre les compétences exécutives des Etats est le fruit d'un travail de délimitation méticuleux dans lequel l'approximation et le doute n'ont pas leur place¹⁷³. Car l'enjeu est de taille : il faut éviter que ne se rencontrent, par un chevauchement malencontreux, deux puissances qui s'affirment sans rivales à l'intérieur de leur espace de pouvoir respectif¹⁷⁴. Cet objectif ressort clairement des propos d'un ministre d'Henri IV : « ... essayer à faire poser entre les quinze dominations, desquelles doit être composée la chrestienté d'Europe, des

¹⁷⁰ C.I.J., *Affaire Haya de la Torre (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 13 juin 1951, Rec. C.I.J. 1951, p.81 : dans une situation où la compétence juridictionnelle de l'Etat étranger sur un individu (réfugié ayant obtenu l'asile de façon irrégulière) était indiscutable, le juge fait prévaloir la souveraineté territoriale de l'Etat du for et « refuse d'admettre qu'un autre Etat ait, en l'absence de convention, un devoir d'assistance positive consistant dans la remise de l'individu poursuivi pour délit politique ». V. a. S. Bastid, « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice », *op. cit.*, p. 380.

¹⁷¹ J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Webo Heere, 1998, part III, p.513 : « ... the frontier is the principal line of demarcation between State sovereignties ; it has become more and more precise in the course of centuries : from a border zone, a natural or artificially created desert, a mountain, a wood, a swamp, a river or a lake it has gradually narrowed to a definite line... ».

¹⁷² P.G. de la Pradelle, *La frontière*, *op. cit.*, p. 14. Plus loin, l'auteur décrit la frontière comme « une zone de contact et de relations, un régime de rapports entre deux Etats dans un territoire mixte » (*Idem*, p.15).

¹⁷³ L'Union Européenne qui a pour objectif final la suppression des frontières entre les Etats membres ne s'y est d'ailleurs pas trompée, en favorisant l'apparition de « zone-frontière » marquée par une coopération accrue entre entités infra-étatiques (v. n. A. Lamassoure, *Rapport sur les coopérations transfrontalières*, Ministère des affaires étrangères (France), La Documentation Française, Biblio. des Rapports Publics, mai 2005). Le développement de zones de contact contribue, en effet, à dévaloriser la ligne de séparation à laquelle correspond la frontière internationale.

¹⁷⁴ V. n. E. De Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquées à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, t. II, nouvelle éd. par M.P. Pradier-Fodéré, Paris, 1863, chap.VII, §92, p.302-303 : « Puisque la moindre usurpation sur le territoire d'autrui est une injustice, pour éviter d'y tomber, et pour éloigner tout sujet de discorde, toute occasion de querelle, on doit marquer avec clarté et précision les limites des territoires » ; C. De Visscher, *Problèmes de confins...*, *op. cit.*, p. 28 : « Il est de l'essence du tracé linéaire de la frontière moderne de substituer aux zones de juridiction indéfinies un statut territorial à l'abri des contestations ».

bornes si bien ajustées entre celles qui sont limitrophes les unes des autres, et de régler tant équitablement la diversité de leurs droits et prétentions, qu'ils n'en pussent jamais plus entrer en dispute »¹⁷⁵. Bref, contre l'avis de Paul Geouffre De Lapradelle, il faut souscrire à ces propos de Paul Reuter : « Il n'y a pas, en droit international commun, une notion de frontière-zone d'où découleraient des conséquences juridiques »¹⁷⁶, dans la mesure où « la frontière moderne est avant tout linéaire »¹⁷⁷. De surcroît, la frontière ne vient pas, au gré des coïncidences, séparer n'importe quoi, encore moins n'importe qui ! La propriété, par exemple, n'est pas de son ressort. Le pouvoir législatif de l'Etat n'apparaît pas non plus, *a priori*, soumis à son impénétrabilité. Il semblerait que seules les compétences exécutives de l'Etat, la part dite irréductible de la souveraineté moderne, soient concernées.

36. En somme, extrémité d'un espace de pouvoir, la frontière moderne apparaît d'abord sous la forme d'une limite spatiale étanche qui vient séparer ce qui ne doit jamais se rencontrer : le pouvoir exécutif de deux Etats. Cette séparation des puissances publiques n'aurait pas pu, cependant, s'inscrire bien longtemps dans l'espace si elle avait contrarié les désirs de liberté, d'échange et de commerce propres à la société civile. Des ponts ont donc toujours existé entre ces Etats mutuellement souverains pour répondre à ce besoin naturel de circulation. Mais tout ordre cherche, aussi, à persévérer dans son être. Dans ce nouveau système peuplé d'Etats souverains juxtaposés, donc, la circulation ne sera pas acceptée sans contrôle. La ligne de séparation, point de passage obligé entre les Etats, devient aussi par la force des choses une « zone périphérique du territoire soumise à un régime de surveillance approprié »¹⁷⁸. L'autorité territoriale triomphante perçoit rapidement les atouts que présente cette coupure à des fins de contrôle et de

¹⁷⁵ M. de Béthune, baron de Rosny, duc de Sully, *Mémoire des sages et royales oeconomies d'Etat, domestiques, politiques et militaires de Henri le Grand*, éd. Michaud & Poujoulat, « Nouvelle Collection des mémoires pour servir à l'histoire de France », Paris, t.2, 1837, p. 356a.

¹⁷⁶ P. Reuter, *Droit international public, op. cit.*, p.115. V. a. l'affaire du *Lac Lanoux* dans laquelle a été rejetée la thèse de la « frontière zone » défendue par le gouvernement espagnol (Sentence arbitrale du 16 nov. 1957, *RSA*, vol.XII, p.307, §12).

¹⁷⁷ P. Reuter, *Ibidem*, p.106.

surveillance : une autre frontière, différente tant par son objet que par ses formes d'intervention, est sur le point de naître. Point de rupture d'abord consacré par le droit international public entre deux ordres juridiques, la frontière devient aussi rapidement, sous la pression des nécessités pratiques, un point de passage organisé et surveillé entre les Etats : une interface au service de la puissance publique.

2) Une frontière pour « filtrer » la circulation entre Etats

37. Si la territorialité politique a pour finalité le contrôle des hommes, les moyens spécifiques et privilégiés de cette technique de pouvoir doivent encore être précisés. Robert David Sack précise que la « territorialité est une stratégie consistant à établir des différents degrés d'accès aux gens, aux choses, et aux relations »¹⁷⁹. Si le mouvement des personnes et des choses apparaît ainsi au coeur de la stratégie du pouvoir territorial, la place occupée par la frontière dans ce processus n'est pas difficile à comprendre : point de passage obligé des circulations traversant des territoires strictement circonscrits, la frontière devient un point de contrôle privilégié de l'autorité territoriale. Sack conditionne d'ailleurs la formation d'un territoire à l'exercice effectif d'un contrôle aux frontières : « Circonscrire des choses dans l'espace, ou sur une carte, (...) ne permet pas en soi de créer un territoire. Cette délimitation ne donne naissance à un territoire que lorsque les frontières sont utilisées pour façonner les comportements par un contrôle de l'accès »¹⁸⁰. Sous l'oeil scrupuleux de l'Etat moderne en voie de formation, la frontière va ainsi s'enrichir d'une nouvelle mission : à côté de

¹⁷⁸ P. G. de la Pradelle, *La frontière*, *op. cit.*, p.277.

¹⁷⁹ R. D. Sack, *Human Territoriality : It's theory and history* (trad. par l'auteur), *op.cit.*, p. 20: « Territoriality is a strategy to establish different degrees of access to people, things, and relationships ».

¹⁸⁰ R. D. Sack, *Ibidem* (trad. par l'auteur), p. 18: « Circumscribing things on space, or on a map, (...) does not by itself create a territory. This delimitation becomes a territory only when its boundaries are used to affect behaviour by controlling access ». Le même auteur ajoute, un peu plus loin : « They are becoming territories though if the boundaries are used by some authority to mold, influence, or control activities » (*Idem*, p. 19).

la ligne de séparation, la frontière va aussi servir de support à l'exercice d'un pouvoir de contrôle et de sélection de l'Etat. Cette nouvelle manifestation de la frontière, à la différence de la ligne de séparation, est clairement vécue par les sujets de l'Etat comme une contrainte : une *frontière-obstacle*, en quelque sorte, dont il est nécessaire de déterminer les causes (a), avant d'en exposer les principales caractéristiques (b).

a. L'identification de la frontière-obstacle : causes et origines

38. À partir du XVII^{ème} siècle, on assiste en Europe à l'émergence d'un souverain de type nouveau : cet « Etat administratif, né dans la territorialité de type frontalier et non plus féodal, aux XV^{ème} et XVI^{ème} siècles, cet Etat administratif qui correspond à une société de règlements et de disciplines »¹⁸¹. Détenteur d'un territoire politique et juridique, l'autorité suprême devient un « architecte de l'espace discipliné, mais aussi, et presque en même temps, régulateur d'un milieu dans lequel il ne s'agit pas tellement de fixer les limites, les frontières, (...) mais surtout essentiellement de permettre, de garantir, d'assurer des circulations : circulation des gens, circulation des marchandises, circulation de l'air, etc. »¹⁸². Le pouvoir qui triomphe sous l'impulsion du processus de territorialité politique se pense, en effet, essentiellement en termes de circulations et de distributions spatiales¹⁸³. La logique propre de cette nouvelle mécanique gouvernementale est remarquablement déchiffrée par Michel Foucault : « organiser la circulation », pour « éliminer ce qui en était dangereux, de faire le partage entre la bonne et la mauvaise circulation, de maximaliser la bonne circulation en diminuant la mauvaise »¹⁸⁴. Définir un espace de pouvoir dans

¹⁸¹ M. Foucault, « Sécurité, Territoire, Population » : *Cours au collège de France (1977-1978)*, Seuil, 1997, p. 113.

¹⁸² M. Foucault, *Ibidem*, p. 31.

¹⁸³ V. une illustration topique de cette nouvelle approche du pouvoir dans les travaux de Alexandre Le Maître, *La Métropolité, ou De l'établissement des villes Capitales, de leur Utilité passive & active, de l'Union de leurs parties & de leur anatomie, de leur commerce, etc.*, Amsterdam, B. Bockholt, 1682.

¹⁸⁴ M. Foucault, *Ibidem*, p. 20. Le terme de circulation, pour cet auteur, recouvre « non seulement ce réseau matériel qui permet la circulation des marchandises et éventuellement des hommes, mais la circulation elle-

un premier temps, pour discipliner les flux qui le traversent dans un second, sont les premiers moyens par lesquels l'Etat moderne va asseoir sa domination sur les hommes. La frontière qui s'affirme entre chaque territoire deviendra, ainsi, une des manifestations les plus tangibles de cette nouvelle technologie de pouvoir. À l'image d'un *filtre*¹⁸⁵, cette frontière présente l'avantage précieux de pouvoir s'entrouvrir à certains flux, tout en se fermant à d'autres¹⁸⁶. Elle offre à la puissance publique l'occasion de contrôler, surveiller et discipliner le passage des biens, des hommes et des valeurs. Doté de cet outil de sélection affûté (empêcher l'émigration, appeler l'immigration, stimuler l'exportation... etc.), la puissance publique va pouvoir « policer »¹⁸⁷ l'espace et la population comme jamais auparavant. La frontière a en particulier favorisé le développement du contrôle de l'accès des étrangers (ou nationaux) sur le territoire¹⁸⁸, de leurs conditions de séjour et, le cas échéant, leur expulsion par des mesures dites de reconduite à la frontière¹⁸⁹... La *police des étrangers*¹⁹⁰ constitue sans conteste une illustration caractéristique, bien que spécifique à certaines formes de circulation, de ce rôle de filtre assigné aux frontières de l'Etat par le système

même, c'est-à-dire l'ensemble des règlements, contraintes, limites ou au contraire facilitations et encouragements qui vont permettre de faire circuler les hommes et les choses dans le royaume et éventuellement hors des frontières. » (*Idem*, p.333).

¹⁸⁵ V. n. P. Gauchon, « Monter la garde. Le contrôle des frontières », in : *Le monde Manuel de géopolitique et de géoéconomie* (sous la coord. P. Gauchon), coll. Major, PUF, 2008, p. 528 ; R. Debray, *Éloge de la frontière*, op. cit., p. 39 : « Interface polémique entre l'organisme et le monde extérieur, la peau est aussi loin du rideau étanche qu'une frontière digne de ce nom l'est d'un mur. Le mur interdit le passage ; la frontière le régule. Dire d'une frontière qu'elle est une passoire, c'est lui rendre son dû : elle est là pour filtrer ».

¹⁸⁶ « Territory can be used to contain or restrain as well as to exclude » (R.D. Sack, *Ibidem*, p. 20).

¹⁸⁷ La « police » est l'expression d'un pouvoir constructeur qui ne laisse pas de place à la naturalité des liens entre les individus et, plus largement, aux processus naturels. Le bien commun est perçu comme l'œuvre d'une intervention autoritaire de la puissance publique en charge de régler l'espace et la population. À l'opposé, on rencontre à la même époque le « laisser passer, laisser faire » défendu par les économistes libéraux, qui consiste à réintroduire dans les techniques de pouvoir l'idée d'une naturalité dans la société.

¹⁸⁸ Les articles 2(9), (10) et (11) du Règlement CE No. 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes illustrent parfaitement, pour les particuliers, ce rôle de filtre assigné aux frontières en distinguant nettement trois fonctions : le « contrôle aux frontières », la « vérifications aux frontières » et la « surveillance des frontières ».

¹⁸⁹ V. n. pour la France D. Turpin, « Les nouvelles lois sur l'immigration et l'asile dans le contexte de l'Europe et la mondialisation », *R.C.D.I.P.*, vol. 93, n° 2, 2004, p. 311 ; ainsi que du même auteur, « La loi n. 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration : choisir pour ne plus subir ? », *R.C.D.I.P.*, vol. 96, n° 1, 2007, p. 1.

¹⁹⁰ En France cette matière est régie par l'Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 « relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration » ; modifiée par l'Ordonnance du 24 novembre 2004 « portant code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile », qui abroge l'ordonnance de 1945 ; puis succession de régimes particuliers en application de l'accord de Schengen ou du nouveau titre IV du traité CE sur les questions d'immigration, d'asile et de visa introduit par le traité d'Amsterdam.

bureaucratique moderne¹⁹¹. Plus récemment, dans le domaine de l'Internet, l'introduction de nouvelles mesures de contrôle témoigne aussi de la plasticité de ce filtre à base territoriale. De plus en plus d'Etats ont développé, grâce aux progrès de la technique, des moyens pour « sélectionner » et « trier » les informations diffusées sur le *Web* à destination des internautes situés sur leur territoire¹⁹². Bref, on assiste au cœur de l'immatériel et du cyberspace à une infiltration des frontières du monde réel : le « village planétaire redevient une juxtaposition de communautés entre lesquelles les différences prennent le dessus »¹⁹³. Ces frontières filtres semblent s'inscrire clairement dans le prolongement des *lignes de séparation* étudiées plus haut dans le cadre du processus dit de délimitation. Pour autant, force est de reconnaître qu'elles ne se confondent pas avec ces dernières. Le mieux est donc d'utiliser un terme spécifique à leur sujet : celui de « frontière-obstacle ».

b. La présentation de la frontière-obstacle : forme et nature juridique

39. Dans le système moderne horizontal qui régit les relations internationales, le passage (physique ou non) d'un ordre juridique à un autre va, bien souvent, déclencher en droit l'application d'un régime juridique discriminatoire. Cette modalité singulière d'appréhension du mouvement entre deux territoires, sous la forme d'une dérogation au droit commun de l'ordre juridique concerné, constitue le dernier élément qui manquait à cette systématisation de la notion juridique de frontière. Si la frontière traditionnelle (la *ligne de séparation*) reste bien le support, disons le « fait

¹⁹¹ Hormis peut-être la question du statut des étrangers, laquelle touche au problème de la distinction entre les droits du citoyen et ceux de l'étranger, et non pas au problème du traitement juridique d'une circulation transfrontalière. La problématique soulevée par le statut des étrangers pour l'Etat est en effet de reconnaître, ou non, à un étranger qui se trouve déjà sur le territoire national (parfois depuis très longtemps), des droits qui sont reconnus aux nationaux indépendamment de leur localisation géographique (résidence).

¹⁹² Le juge français a, à plusieurs reprises, ordonné de filtrer l'accès de certains sites lorsque ces derniers porte atteinte à l'ordre public : TGI Paris, réf., 20 nov. 2000 : *Comm. Com. électr.* déc. 2000, comm. n°132, obs. J.C. Galloux ; CA Paris, 8e Ch. B, 3 mai 2001 : *Comm. Com. électr.* mai 2002, comm. n°71, obs. L. Grymbaum.

¹⁹³ A, Lepage, « Internet, Territoire et Etat : le franchissement dématérialisé des frontières », *RG coll. terr.*, n° spécial : colloque Territoire et Etat, Angers, 26 et 27 avril 2002, p.48.

générateur » ou « fait-condition », de cette frontière-obstacle, l'élément central de ces mesures de contrôle, en revanche, reste autonome : il réside dans le traitement discriminatoire infligé à la circulation transfrontalière par rapport à une circulation domestique similaire. À la différence de la ligne de séparation, ce filtre qui s'affirme aux frontières de l'Etat ne verra jamais son succès pratique couronné par une norme du droit international classique. Il sera dans le meilleur des cas reconnu, implicitement, comme un des attributs de la souveraineté territoriale. Dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*¹⁹⁴, par exemple, la C.I.J. considère que s'il existe un droit de passage bien réel au profit du Portugal sur le territoire Indien, celui-ci reste subordonné « à la pleine reconnaissance et à l'exercice de la souveraineté de l'Inde »¹⁹⁵. Or, de l'avis de la Cour, celle-ci permet justement à l'Etat indien de suspendre tout passage sur son territoire des autorités portugaises. Autrement dit, le juge international reconnaît implicitement que (i) la souveraineté sur un territoire confère à son titulaire un « pouvoir de réglementation et de contrôle »¹⁹⁶ qui inclut, par définition, l'interposition de frontières-obstacles ; (ii) cette prérogative est susceptible, sous certaines conditions, de prévaloir sur le droit de passage d'un Etat voisin.

40. En définitive, si la frontière comme ligne de séparation s'est rapidement imposée comme un principe essentiel du droit international public, la frontière-obstacle, pour sa part, est restée plus discrète. Acceptée par le droit international classique, elle prend néanmoins sa source dans les ordres juridiques internes, et à l'intérieur de ceux-ci généralement dans des normes techniques et individuelles (règlements, décisions, instructions, etc.) plutôt que dans des normes générales, de type législatif ou conventionnel. Les caractéristiques de cette manifestation distincte de la notion juridique de frontière peuvent être résumées de la façon suivante : (i) conditions externes : l'existence d'une ligne de séparation entre les Etats (système

¹⁹⁴ C.I.J., *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c/ Inde)*, arrêt du 12 avril 1960, Rec. C.I.J. 1960, p.27.

¹⁹⁵ C.I.J., *Ibidem*, p.45.

¹⁹⁶ *Idem*, p.45.

horizontal), ainsi que d'une circulation qui franchit cette ligne (personne, bien, droit, valeur...); (ii) conditions internes : un régime juridique discriminatoire (favorable ou défavorable), dont le fait générateur (*de jure* ou *de facto*) est le franchissement de la ligne de séparation.

Conclusions sur les premiers éléments d'une théorie de la frontière moderne

41. Les premiers résultats de cette systématisation prennent forme et semblent confirmer les premières intuitions fournies par le « sens commun »¹⁹⁷. La notion juridique de frontière se compose, en effet, de deux éléments distincts : d'un côté une « ligne de séparation » étanche entre les ordres juridiques, régie par le droit international public, qui vient limiter les compétences exécutives des Etats ; de l'autre, une « interface » entre les ordres juridiques utilisée comme filtre par le pouvoir réglementaire de l'Etat. Pour éviter toute confusion, le terme de « frontière internationale » sera dorénavant employé pour désigner la ligne de séparation, et celui de « frontière-obstacle » pour désigner les mesures réglementaires qui agissent sur les circulations transfrontalières. Cette distinction est d'autant plus nécessaire que le sort réservé à chacune de ces composantes est aujourd'hui souvent différent : alors que la frontière internationale conserve encore une part de son prestige passé, la frontière-obstacle est de plus en plus contestée en droit international contemporain par la montée en puissance du libéralisme économique¹⁹⁸. C'est particulièrement vrai en droit communautaire, où le droit originaire prône depuis l'Acte Unique Européen (AUE)¹⁹⁹ la construction d'un espace « sans frontières intérieures »²⁰⁰ par la

¹⁹⁷ V. *supra* p.22.

¹⁹⁸ V. n. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2007, p. 181 et s. ; J.C. Berr et H. Trémeau, *Le droit douanier communautaire et national*, *op. cit.*, p. 1-8.

¹⁹⁹ Acte Unique européen signé à Luxembourg et à la Haye les 17 et 28 février 1986.

²⁰⁰ L'article 3 C du traité CEE datant de 1957 se référait uniquement à la suppression des « obstacles à la libre circulation ». Alors que l'article 8 A de l'AUE pose que le marché unique correspond à « un espace sans

mise en place d'un faisceau de libertés de circulation. Les traités qui vont se succéder jusqu'à la formation du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) n'ont, pour autant, jamais défini cette « frontière intérieure » dont la disparition est programmée. Après plus de 50 ans de construction communautaire, ce faisant, plusieurs hypothèses peuvent être dressées à ce sujet à partir du comportement des Etats membres et des institutions communautaires. Pour commencer, rien dans le droit communautaire originaire ne semble participer, directement ou indirectement, à une élimination des frontières internationales entre les Etats membres. Un Etat membre ne saurait d'ailleurs se prévaloir d'une disposition du Traité pour étendre sa compétence exécutive sur le territoire d'un autre Etat membre²⁰¹. La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a, de surcroît, reconnu à plusieurs reprises l'existence et la légitimité de cette frontière internationale dans la mise en œuvre des libertés de circulation. Que ce soit directement, pour apprécier de la compatibilité d'une mesure nationale restrictive avec ces libertés de circulation²⁰²; ou indirectement, quand elle reconnaît la légalité en droit communautaire d'une évasion fiscale²⁰³ qui consiste justement à tirer profit de l'existence de ces frontières impénétrables entre les Etats membres²⁰⁴. En revanche, il ne fait

frontières intérieures dans lesquelles la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée ». Le marché intérieur, depuis le traité de Maastricht, est défini de la même manière à l'article 14 al.2 CE (nouvel article 26 du TFUE) : « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité ».

²⁰¹ Pour une analyse approfondie des dispositifs communautaires en matière d'assistance administrative, v. *infra* Titre II Partie II Chapitre I Section 1 § 1 : B. 2) et Titre II Partie II Chapitre I Section 2 § 2 : B. .

²⁰² Dans l'affaire *Truck Center SA*, une retenue à la source appliquée aux intérêts versés à des non-résidents, alors même que des flux d'intérêts identiques versés à des résidents n'y étaient pas soumis, a été jugée conforme aux libertés de circulation dans la mesure où cette différence de traitement était la conséquence directe de l'existence des frontières internationales entre les Etats membres : « si les sociétés bénéficiaires [de revenus d'intérêts] résidentes sont directement soumises au contrôle de l'administration fiscale belge, qui peut assurer le recouvrement forcé de l'impôt, tel n'est pas le cas des sociétés bénéficiaires non-résidentes puisque, pour ces dernières, le recouvrement de l'impôt requiert l'assistance de l'administration fiscale de leur Etat de résidence » (CJCE, 22 déc. 2008, C-282/07, *Truck Center SA*, JO C 153 du 04 juin 2009, p.39, pt 48). Pour le dire autrement, c'est la limitation du pouvoir de recouvrement de l'Etat membre aux frontières de son territoire qui a permis de justifier, en l'espèce, que la mesure litigieuse échappe à tout contrôle de conformité avec les libertés de circulation (v. n. L. A. Sheppard, « ECJ Preserves Withholding », *Tax Notes International*, Falls Church, Vol. 56, n° 12, 2009, p. 116).

²⁰³ CJCE, 12 sept. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, JO C 281 du 18 nov. 2006, p.5.

²⁰⁴ M. Gregoriou, « Tax avoidance within a fragmented single market », *The EC Tax Journal*, vol.9, n° 3, 2008, p. 44 : « Thus, the Community recognises the existence of internal borders, for it is due to this crossing of a frontier and the exercise of the Freedom of Establishment within another State, which entails the justification as to taking advantage of a tax disparity and not merely avoiding national legislation ».

aucun doute que l'existence de frontières-obstacles dans la législation des Etats membres est incompatible avec le marché commun. Car l'outil principal du processus d'intégration négative, à savoir le principe de non-discrimination qui est sous-jacent à l'ensemble des libertés de circulation²⁰⁵, interdit justement aux Etats membres de maintenir dans leur ordre juridique des mesures discriminatoires ayant un effet restrictif sur les échanges intra-communautaires²⁰⁶. Ce traitement dissemblable en droit communautaire des deux composantes de la frontière moderne ne remet pas en cause, pour autant, l'harmonie et la complémentarité de ces deux éléments : née de l'existence de la frontière internationale, la frontière-obstacle continue de renforcer et de consolider la première²⁰⁷.

42. La notion juridique de frontière, en dépit de cette duplicité intrinsèque, conserve ainsi une unité conceptuelle pour les deux raisons suivantes : (i) existence d'un support commun : la ligne de séparation entre deux territoires ; (ii) existence d'une finalité commune : la préservation de la pérennité du système international horizontal. Il s'agit, en somme, d'une manifestation de l'Etat moderne qui est historiquement et spatialement déterminable²⁰⁸. Les calculs de Michel Foucher en témoignent : pas moins de

²⁰⁵ Le principe communautaire de non-discrimination est non seulement sous-jacent à l'ensemble des libertés de circulation, mais aussi proclamé de façon autonome par l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE, ex article 12 du Traité CE) : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ». En droit fiscal conventionnel le principe de non-discrimination, fixé à l'article 24 du modèle de convention OCDE, est également un instrument juridique efficace contre les frontières-obstacles cachées dans la législation fiscale des Etats membres (v.n. N. de Boynes, P.A. Bachelieri et N. Message, « Les retenues à la source à l'épreuve des clauses de non-discrimination », *BF Lefebvre*, n°4, 2011, p. 331-335). Pour éviter toute dérive, cependant, ce principe est généralement limité dans son application par toutes sortes de réserves exprimées par les Etats aussi bien dans les conventions bilatérales que dans les commentaires du modèle de convention fiscale de l'OCDE (v. n. M. Sadowsky, « Droit OMC, droit communautaire et fiscalité directe », *DF*, n° 9, 2009, p. 30).

²⁰⁶ V. n. CJCE, 8 mai 1990, C-175/88, *Biehl*, Rec. 1990, p.I-1779 (régime Luxembourgeois de remboursement de l'impôt indû discriminatoire à l'encontre des non-résidents); CJCE, 15 mai 1997, C-250/95, *Futura Participations SA et Singer*, Rec. 1997 p. I-2471 (régime Luxembourgeois de report des déficits discriminatoire à l'encontre des établissements stables); CJCE, 16 juillet 1998, C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, Rec. 1998, p.I-4695 (régime de groupe en Grande-Bretagne discriminatoire à l'égard des sociétés holdings détenant des participations dans des filiales non-résidentes); CJCE, 4 mars 2004, C-334/02, *Commission c/ France*, JO C 94 du 17 fév. 2004, p.8 (régime français de prélèvement libérateur discriminatoire à l'encontre des intérêts de source étrangère); ...etc.

²⁰⁷ V. *supra* p.58.

²⁰⁸ D'ailleurs la notion d'Etat *stricto sensu* correspond, elle aussi, à « une structure particulière dans des conditions historiques déterminées » (J. Freund, *L'essence du politique*, Dalloz, 2004, p.24), à la « forme moderne du pouvoir politique » (O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p.36), car le « modèle étatique n'est pas le seul modèle de régulation juridique des rapports sociaux » (G. Distefano, *L'ordre international entre légalité et efficacité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Pedone, Paris, 2002, p. 15).

dix sept pourcents de la longueur des frontières actuelles sur la planète ont été directement tracées par les Français²⁰⁹. La frontière moderne est, à bien des égards, un produit de l'esprit français ; plus précisément, un produit du rationalisme des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles²¹⁰. Pour toutes ces raisons, « la frontière et la territorialisation de l'ordre international ne sont absolument pas des caractères intrinsèques [*nous préférons immuables*] de l'ordre juridique international, mais elles ne représentent qu'une phase de son évolution structurelle »²¹¹. Il est même envisageable que le « moment viendra, où le critère retenu sera frappé de caducité et où les relations internationales seront difficiles à distinguer d'autres types de rapports intergroupes. Cela se produira lorsque la frontière aura perdu de sa consistance au point de n'être plus « pertinente » »²¹². Reste que spéculer sur l'avenir de la frontière ne rentre pas dans l'objet de cette étude, laquelle s'est donné pour objectif de contribuer à l'édification d'une définition intelligible de la notion juridique qui a prospéré jusqu'à aujourd'hui. À cette fin, les conclusions dessinées dans l'abstrait doivent maintenant être mises à l'épreuve de la pratique : « les concepts sont et ne sauraient être que des moyens intellectuels en vue d'aider l'esprit à se rendre maître du donné empirique »²¹³. C'est le droit fiscal qui va servir de terrain de jeu, en l'espèce, à l'identification des premières manifestations concrètes de la notion juridique de frontière.

²⁰⁹ M. Foucher, *L'invention des frontières*, Fondation pour les Etudes de Défense Nationale, coll. Les 7 épées, Paris, 1986, p.100.

²¹⁰ P. Alliès, *L'invention du territoire*, *op. cit.*, p. 46 : « Il faut reconnaître à celle-ci [la frontière] sa spécificité, son originalité politique, en gestation dans les politiques de la monarchie absolue ».

²¹¹ G. Distefano, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, *op. cit.*, p. 10.

²¹² Y. Delahaye, *La frontière et le texte. Pour une sémiotique des relations internationales*, Payot, 1977, p. 220.

²¹³ M. Weber, *Essais sur la théorie de la science*, Plon, Paris, 1965, p. 205.

Section 2 La vérification pratique : une notion applicable au droit fiscal

43. L'objectif est ici de comprendre, par la sélection de cas concrets, l'ampleur des événements juridiques attribuables à la notion de frontière définie plus haut, ainsi que leur incidence sur les comportements sociaux. À cette fin, le mieux est peut-être de se tourner vers le quotidien fiscal de ses détracteurs les plus opiniâtres, c'est-à-dire les entreprises (§1). Premiers témoignages des diverses manifestations de la frontière moderne dans le monde réel qui seront corroborés d'une analyse du système communautaire de taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Ce dernier présente l'avantage de clarifier la distinction, subtile, entre les règles juridiques imputables à la frontière internationale et celles imputables à la frontière-obstacle (§2).

§1: *Les différentes formes d'intervention de la frontière dans la vie de l'entreprise*

44. Le succès de cette expérimentation fiscale présuppose le choix d'un exemple pertinent : une entreprise florissante qui décide de conquérir de nouveaux marchés par la création de succursales étrangères. Pour parvenir à ses fins, cette entreprise sera bien obligée, tôt ou tard, de traverser la frontière qui enveloppe son marché national et, par la même occasion, de

s'exposer aux implications juridiques de celle-ci. Comment les deux composantes de la notion juridique de frontière vont-elles alors se manifester, concrètement, dans la vie fiscale de l'entreprise ?

A. Le premier « effet frontière » : la double imposition juridique

45. Pour commencer, le prolongement de l'activité économique au-delà de la frontière, dès lors que cette extension présente une certaine régularité (succursale), provoque la pénétration d'une nouvelle juridiction fiscale. L'entreprise, autrefois soumise à une obligation fiscale dans son seul Etat de résidence, s'expose dorénavant à une obligation fiscale supplémentaire dans l'Etat de la source où se prolonge son activité économique. Ce dernier, charmé de voir ainsi de la matière imposable (locaux, véhicules, employés, prestations de services, stocks...) se placer à la portée de son pouvoir de contrainte en application du droit international public, ne résistera pas longtemps à la tentation de revendiquer un droit d'imposition par l'émission d'une norme interne. Cet appétit fiscal sur l'activité commerciale des entreprises, partagé par tous les Etats souverains, a rapidement été encadré conventionnellement par la formation d'un critère juridique de pénétration du territoire de l'Etat : l'établissement stable²¹⁴. Une fois cette ligne franchie, l'entreprise est confrontée à l'application concurrente de deux compétences fiscales²¹⁵. Ce phénomène constitue, à n'en pas douter, un

²¹⁴ Article 5 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE (version 2008) : « Au sens de la présente Convention, l'expression « établissement stable » désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité » (v. n. Cahiers de l'IFA, Vol. 91B, *L'attribution des bénéfices à l'établissement stable*, 2006). Les commentaires OCDE mettent d'ailleurs bien en évidence qu'il s'agit, en premier lieu, d'un critère de pénétration du territoire de l'Etat : « il est maintenant admis, dans les relations fiscales internationales, qu'une entreprise d'un Etat ne peut être vraiment considérée comme participant à la vie économique d'un autre Etat **au point de tomber sous sa juridiction fiscale**, que si elle fonde dans cet Etat un établissement stable » (Par. 9 des Commentaires OCDE sur l'article 7 du modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de 2008 (souligné par l'auteur)).

²¹⁵ S. Kingstone, « A light in the Darkness : Recent Development in the ECJ's Direct Tax Jurisprudence », *Common Market Law Review*, n° 44, 2007, p. 1330: « the combination of the residence-based and source-based jurisdictional criteria leads to the potential for « cross-border » income to be taxed twice ».

premier « effet frontière »²¹⁶. Il est la conséquence de l'existence de la frontière internationale : c'est parce qu'il existe des lignes de séparation étanche entre une pluralité d'ordres juridiques fiscaux souverains (système horizontal), que le contribuable mobile s'expose à un cumul de compétences fiscales porteur, le cas échéant, d'une double imposition juridique et économique.

46. Les Etats territoriaux, soucieux de ne pas rendre les conséquences de l'interposition des frontières internationales trop douloureuses (et impopulaires) auprès de leurs contribuables ont entrepris, dès le XIX^{ème} siècle²¹⁷, de construire des passerelles entre leurs territoires fiscaux respectifs²¹⁸ pour éliminer, ou du moins atténuer, le phénomène de double imposition juridique²¹⁹. Malheureusement, là ne s'arrêtent pas les épreuves endurées par l'entreprise qui s'aventure de l'autre côté de la frontière de sa juridiction fiscale.

²¹⁶ Ce terme un peu imprécis d'*effet frontière* signifie simplement qu'il y a un événement matériel ou/et juridique qui trouve son origine principale dans un des éléments de la notion de frontière moderne défini plus haut. Cette terminologie s'inspire d'une étude réalisée sur la permanence des *effets frontières* dans le domaine économique par des universitaires canadiens : J. McCallum, « National borders matter : Canada-US regional trade patterns », *American economic review*, vol. 85, n° 3, 1995, p. 615-623 ; J.C. Taylor et D.R. Robideaux, « Canada-US border cost impacts and their implication for border management strategy », *Policy Research Initiative*, vol. 6, n°3, 2004 ; T. Clark et E. Van Wincoop, « Borders and business cycles », *Journal of international economics*, vol. 55, n° 1, 2001, p. 59-85 ; J. Helliwell, « Do national borders matter for Quebec's trade ? », *Canadian Journal of Economics*, vol. 29, n° 3, 1996, p. 507-522.

²¹⁷ Le 21 juin 1899 la première convention fiscale est signée entre l'Autriche-Hongrie et la Prusse (League of Nations, *Double Taxation and Fiscal Evasion, Collection of International Agreements and Internal Legal Provisions for the Prevention of Double Taxation and Fiscal Evasion*, Vol. 1, 1928, p. 249).

²¹⁸ C.J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione et R. Russo, *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, 2007, p.14 : « ... a double tax treaty can be visualized as a bridge that connects two side of the same river, where the two sides are the domestic legislations of the states concerned ».

²¹⁹ L'élimination de la double imposition juridique constitue l'objet spécifique des conventions fiscales internationales bilatérales signées entre les Etats (article 23 du modèle de convention fiscale de l'OCDE), ainsi que de certaines dispositions normatives internes. L'élimination de la double imposition économique, dans un contexte transfrontalier, n'est pas l'objectif principal poursuivi par les conventions fiscales. Elle n'est assurée que de façon incidente, dans des dispositions particulières à l'intérieur de chaque convention. En revanche les normes internes et communautaires assurent cette élimination : de façon systématique dans un contexte domestique, de façon épisodique dans un contexte transfrontalier.

B. Le second « effet frontière » : la fragmentation de la base imposable

47. La pratique fiscale et comptable enseigne que les deux compétences fiscales en concurrence vont exiger de la part du contribuable mobile un effort supplémentaire pour déterminer leurs assiettes fiscales respectives. Cet effort consistera « à segmenter une entreprise qui exerce ses activités de part et d'autre d'une frontière afin d'identifier ses sources de revenus et de ventiler ceux-ci entre des souverainetés fiscales concurrentes »²²⁰. Cette séparation des résultats fiscaux, qui confère à la succursale étrangère une personnalité fiscale distincte du siège, est un passage obligé pour toute entreprise soumise à une obligation fiscale sur deux territoires distincts. C'est en particulier le cas en France, où l'application du principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés aux résultats du siège de l'entreprise implique la tenue de deux bilans comptables, au lieu d'un seul, à des fins purement fiscales. Ce phénomène dit de « fragmentation de la base imposable », imposé notamment par la norme fiscale française aux seules situations transfrontalières, constitue bien une contrainte supplémentaire supportée par l'entreprise pour la seule raison qu'elle n'a pas circonscrit son activité à son environnement national. L'entreprise se retrouve ainsi confrontée à un second « effet frontière » : les contraintes comptables et administratives supplémentaires qui trouvent aussi leur source, indirectement mais nécessairement, dans l'existence des frontières internationales²²¹. Au point qu'une entreprise, bien que déficitaire globalement sur un exercice donné en raison des coûts supportés pour s'implanter sur un marché étranger, pourra tout de même être redevable d'un impôt sur les bénéfices dans l'Etat de sa résidence (siège), dans la mesure où ce dernier ne tiendrait pas compte des pertes étrangères en application du principe dit de

²²⁰ N. Gharbi, *Le contrôle fiscal des prix de transfert*, L'Harmattan, 2005, Thèse Paris, p. 22.

²²¹ La nature des liens entre cet « effet frontière » et la frontière internationale proprement dite feront l'objet ultérieurement de développements spécifiques (v. *infra* Titre II Partie I Chapitre II Section 2).

territorialité²²². L'ampleur des désagréments imputables à la frontière moderne paraît déjà considérable. Pourtant, cette entreprise n'est encore qu'au début des vexations consécutives à l'existence de ces frontières.

C. Le troisième « effet frontière » : le régime des prix de transfert

48. Une succursale étrangère va, de toute évidence, continuer à nouer des relations économiques avec son siège. Supposons qu'elle reçoive des stocks fabriqués par le siège pour les revendre sur le marché local. Le risque que l'entreprise supporte à nouveau, à raison de ce transfert de stocks vers l'établissement étranger, un traitement fiscal plus contraignant que si cet établissement était resté national, est élevé. Car tant l'autorité fiscale de l'Etat d'origine (le siège de l'entreprise), que celle de l'Etat d'accueil (la situation de la succursale), vont exiger de la part de cette entreprise une *simulation* ne correspondant ni à la réalité économique²²³, ni à la réalité juridique : la succursale doit se comporter dans les relations avec son siège comme une entreprise indépendante, conformément au principe de *pleine concurrence*²²⁴. Rien de très étonnant, ce faisant, si l'on a préalablement accepté l'idée d'une personnalité fiscale de la succursale aux fins de la répartition des droits d'imposition entre les deux ordres juridiques en

²²² C'est notamment le cas en France, en application de l'article 209-I du Code Général des Impôts (CGI), v. *infra* p. 284.

²²³ V. n. H. Hamaekers, « Arm's length – How Long ? », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, vol. 8, n° 2, 2001, p. 34: « the arm's length principle is contrary to economic reality (...). Advantages of scale and synergy-effects which are inherent in MNEs cannot be divided amongst the group in an objective way via the arm's length principle ».

²²⁴ En France, une entreprise soumise à l'impôt sur les sociétés doit attribuer à sa succursale étrangère les bénéfices que celle-ci aurait pu réaliser si elle avait constitué une entreprise distincte exerçant des activités identiques et traitant en toute indépendance avec l'entreprise française dont elle est un établissement. Cette fiction, en raison de l'existence d'une seule entité juridique, va pas cependant jusqu'à créer des contrats entre un siège et une succursale : concession de brevet, licence d'exploitation et prêt d'argent, ne sont pas prise en compte pour l'attribution des bénéfices à la succursale étrangère (v. n. B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, 8^e éd., Francis Lefebvre, 2010, p. 212). La nouvelle approche recommandée par le modèle de convention fiscale de l'OCDE consiste, en revanche, à traiter en tout point une succursale étrangère comme une « entreprise fonctionnellement distincte » en application de l'article 7(2) du modèle (v. n. J.F. Avery Jones et C. Bobbett, « The proposed redraft of Article 7 of the OECD Model », *Bulletin for international taxation*, IBFD,

concurrence²²⁵. C'est, en effet, pour mener à bien la logique de fragmentation de la base imposable évoquée plus tôt, que le principe de pleine concurrence est plaqué artificiellement sur les transactions entre le siège et sa succursale étrangère : achat et vente de biens, mais aussi prestations diverses. Il s'agit, pour le système fiscal français, de transposer aux situations internationales le standard fiscal de la « normalité » qui s'applique aux situations comparables dans un contexte purement domestique²²⁶. Pour mémoire, la « normalité » correspond au principe sous-jacent à l'ensemble de ce système fiscal²²⁷, et de bien des systèmes étrangers²²⁸, qui veut que le contribuable respecte un certain comportement pour rester éligible aux règles d'assiette favorables contenues dans la loi fiscale (ex. charges déductibles, abattements, exonérations...). Un problème anormal risque cependant de se poser à l'entreprise qui investit directement à l'étranger. Il arrive que la teneur de ce standard de gestion (théorie de l'acte anormal de gestion) soit substantiellement modifiée face une situation qui présente un élément transfrontalier²²⁹. Pour démontrer la normalité des transactions conclues avec sa succursale étrangère (ou avec d'autres partenaires étrangers), l'entreprise risque d'être soumise dans la loi fiscale du for à un régime juridique plus contraignant que celui qui frappe les situations purement domestiques (ex. dévolution de la charge de la preuve, documentations comptables... etc.). C'est l'objet spécifique du régime dit

Vol. 64, 2010, no. 1, p. 20-27 ; K.R. Sekar, « Attribution of Profits, a "separate entity" approach », *Journal of International Taxation*, New York, Vol. 18, dec. 2007, p. 50-61).

²²⁵ Pour le deuxième « effet frontière », v. *supra* p. 76.

²²⁶ Par situations domestiques comparables, il faut entendre des relations entre deux personnalités distinctes d'un point de vue fiscal (ex. transaction entre une société mère et sa filiale).

²²⁷ L'article 13 du Code général des impôts (CGI) pose un principe général de symétrie entre une dépense déductible et un revenu imposable lorsqu'il dispose que le « bénéficiaire ou revenu imposable est constitué par l'excédent du produit brut, y compris la valeur des profits et avantages en nature, sur les dépenses effectuées en vue de l'acquisition et de la conservation du revenu ».

²²⁸ V. n. R.A.V. Boxem, « Het symmetriebeginsel op een kruispunt », *Weekblad voor Fiscaal Recht*, Deventer, Vol. 128, 1999, n° 6333, p. 414-421 ; A.J. Myers, « Deductibility of interest: in search of symmetry », *Taxation in Australia*, Sydney, Vol. 25, 1990, n° 3, p. 196-205.

²²⁹ V. n. C. Bur, *L'acte anormal de gestion ou le premier risque fiscal pour l'entreprise*, EFE, coll. Audit juridique comptable et fiscal, 1999, p. 324 : « L'appréciation de la normalité des relations s'établissant au sein des entreprises est rendue plus difficile lorsque s'interpose une frontière entre les intervenants puisque trouvent alors à s'appliquer les règles de territorialité, les mesures prises pour lutter contre la fraude fiscale internationale ainsi que les conventions fiscales internationales... » ; A. Pupier, « Transfert indirect de bénéfices, article 57 CGI et notion d'acte anormal de gestion », *Revue de la Recherche Juridique/ Droit prospectif*, n° 1, 1996, p. 142 : « On peut penser que si les fonds utilisés dans l'acte anormal restaient sur le territoire national et constituaient donc un profit pour un autre contribuable les magistrats se montreraient moins stricts ».

des *prix de transfert*²³⁰. Cette manifestation frappante d'une discrimination dont peut faire l'objet l'acteur économique qui s'engage dans des relations commerciales transfrontalières n'est pas l'apanage de quelques Etats protectionnistes. Un dispositif normatif spécifique à ces transactions intra-entreprise ou intra-groupe se retrouve, bien au contraire, dans la plupart des lois fiscales internes des Etats²³¹, ainsi que dans la pratique conventionnelle²³². Pour ne prendre que l'exemple de la France, sa législation en matière de prix de transfert²³³ est beaucoup plus contraignante, ne serait-ce que sur le plan de la preuve, que le régime de l'acte anormal de gestion applicable aux opérations circonscrites à l'intérieur du territoire français entre deux personnalités fiscales distinctes²³⁴. Son dispositif est « un

²³⁰ La législation sur les prix de transfert concerne en priorité les filiales étrangères sans, pour autant, exclure de son champ d'application les succursales. Elle permet, dans chaque Etat, de prévenir un transfert indirect de bénéfices à l'extérieur des « frontières fiscales » (C. Robbez Masson, *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de science financière », Thèse de droit, 1990, p.264), occasionné par « l'attribution artificielle d'un revenu à l'occasion des relations internes entre entreprises liées constitutives d'un groupe international » (N. Gharbi, *Le contrôle fiscal des prix de transfert*, op. cit., p. 20). En France, ce régime recoupe largement celui plus général de la normalité des actes de gestion du contribuable. Ainsi le juge de l'impôt accepte une substitution de base légale entre l'article 57 et l'article 39 du CGI, le premier relatif aux prix de transfert et le second fondant la théorie de l'AAG (CE, 9-8° s.s.r., 18 mars 1994, n° 68799 et 70814, SA Sovermarco-Europe, *DF*, n° 40, 1994, comm. 1703). De surcroît, le commissaire du Gouvernement Célia Verot a évoqué cette parenté en rappelant que « toute aide accordée par une société mère à l'une de ses filiales à l'étranger, peut constituer un transfert de bénéfices au sens de l'article 57 (...) il n'y a transfert de bénéfice que si l'aide n'a pas été consentie dans le cadre d'une gestion commerciale normale » (Concl. C. Vérot, sous CE, 9-10° s.s.r., 11 avr. 2008, n° 281033, SA Guerlain, *DF*, n° 18, 2008, comm.302). Voir aussi en ce sens les propos de Vincent Dumas : « d'une part, il est généralement admis que l'article 57 se borne à définir un régime particulier d'administration de la preuve destiné à faciliter le travail de l'administration fiscale et que, sur le fond, il n'a pas d'autonomie par rapport à la théorie générale de l'acte anormal de gestion » (« Société de capitaux constituée en vue d'organiser la coopération entre ses associés : la jurisprudence sur l'acte anormal de gestion se raffine », *RJF*, n°3, 2010, p. 167).

²³¹ V. n. S. K. Dash et S. Krishnan, « Transfer pricing regulations : a comparative study on the confluence and conflict between India, the OECD and other countries », *Asia-Pacific tax bulletin*, IBFD, Vol. 16, 2010, n° 1, p. 24-35; D. Hoi Ki Ho, « Multinational transfer pricing: evidence in the United Kingdom », *International tax journal*, Chicago, Vol. 34, 2008, n° 4, p. 43-48.

²³² V. l'article 9(1) du modèle de convention fiscale de l'OCDE : « Lorsque a) une entreprise d'un État contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre État contractant, ou que b) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un État contractant et d'une entreprise de l'autre État contractant, et que, dans l'un et l'autre cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence ».

²³³ Article 57 et 238 A du Code Général des Impôts pour la dévolution de la charge de la preuve, combinés à l'article L 13 du Livre des Procédures Fiscales pour la production par le contribuable d'informations supplémentaires.

²³⁴ L'article 57 du CGI est un *acte anormal de gestion renforcé et spécifique aux situations transfrontalières*. Une simple *anormalité de surface* ou *présomption d'anormalité* (suppose la réunion de deux éléments : l'existence d'un marché captif + l'existence d'un prix non conforme au principe de pleine concurrence) permet à l'administration fiscale de corriger les résultats de l'entreprise. Ce n'est que dans un second temps, et à l'initiative du contribuable, que l'administration va prendre en compte l'existence d'une « contrepartie indirecte » au transfert de bénéfice, pour juger des motivations réelles du contribuable conformément au doit commun de la théorie de l'acte anormal de gestion (E. Ginter, « Comment l'administration doit-elle s'y prendre pour apporter la preuve d'un transfert de bénéfices à l'étranger entre une société mère et ses filiales

redoutable outil entre les mains de l'Administration qui peut ainsi établir une présomption de bénéfice sans même établir l'existence d'un avantage consenti à une société étrangère, mais en se fondant seulement sur les pratiques de ses concurrents »²³⁵. Ce désavantage subit par l'entreprise constitue à l'évidence un nouvel « effet frontière »²³⁶. Sauf que ce dernier présente une singularité majeure par rapport aux deux effets relevés plus tôt : il ne trouve plus sa source dans la seule co-existence d'une pluralité d'ordres juridiques fiscaux juxtaposés. Il ne correspond pas à un prolongement de la frontière internationale, ou à une de ses conséquences indirectes. Cet « effet frontière », bien au contraire, est le fruit d'une politique fiscale décrétée par un for qui souhaite traiter de façon différente des transactions en tous points comparables, du seul fait de l'existence d'un élément transfrontalier, pour anticiper une « utilisation perverse de la territorialité de l'impôt »²³⁷. En somme, le contribuable est ici témoin de l'activation par la puissance publique d'une frontière-obstacle²³⁸ dont la comptabilité avec le droit

étrangères ? », *BGFE*, n°1, 2006, p. 16-17 ; P.-Y. Bourtourault et M. Bénard, « Relations intragroupe, prix de transfert et acte anormal de gestion », *DF*, n° 50, 2009, p. 9). Autrement dit, l'article 57 du CGI a pour objet d'alléger la charge de la preuve de l'administration fiscale. Le redressement suppose uniquement la preuve de la « réalité » de l'avantage sous forme d'un transfert indirect de bénéfice (D. adm. 4 A 1211, du 1^{er} septembre 1993, n°1), l'administration étant implicitement dispensée de la preuve de l'absence de contrepartie, c'est-à-dire de son *anormalité*. Bref, l'article 57 du CGI comporte « une présomption qui met à la charge du contribuable la preuve de l'existence de contreparties justifiant l'apparente anormalité du prix » (P.-Y. Bourtourault et M. Bénard, *Ibidem*, p. 10). Cette indifférence à l'égard du mobile réel du contribuable est d'ailleurs un dénominateur commun à la majorité des législations sur les prix de transfert : « In most of the modern versions of the arm's length rule the motives of the controlling party are, however, not even a fact in issue which necessarily must be covered by evidence » (T. Nielsen, « The arm's length test : a rule of law – or an excuse for arbitrary taxation ? », *Intertax*, n° 7, 1979, p. 297).

²³⁵ Concl. de C. Verot sous CE, 10-9^e s.s.r., 11 avril 2008, SA Guerlain, *op. cit.*, comm.302. Il faut toutefois reconnaître que récemment, sous l'influence du droit communautaire (M. Taly et P. Schiele, « Les dispositions françaises tendant au contrôle des prix de transfert sont-elles « euro-compatibles » ? », *DF*, n° 23, 2003, comm. 29), on assiste à un durcissement de la dévolution de la preuve sur le plan interne en matière d'AGG proche de la présomption introduite par l'article 57 du CGI (CE, sect., 20 juin 2003, n° 232832, Sté Ets Lebreton – Comptoir général de peinture, *DF*, n° 5, 2004, comm. 200 ; CE, 3-8^e s.s.r., 16 mai 2008, n° 288101, SELAFA Geomat, *DF*, n°30, 2008, comm. 430).

²³⁶ Cette distorsion subit par l'entreprise peut s'aggraver lorsque une divergence apparaît entre les deux Etats en concurrence sur la question de l'interprétation du principe de pleine concurrence, c'est-à-dire sur la méthode à suivre pour allouer entre les deux territoires la matière imposable. La compartementalisation de la matière imposable sous l'effet du principe de pleine concurrence donne alors naissance à des doubles impositions économiques qui ne sont pas toujours éliminées par les Etats concernés (R.R. Teixeira, « Tax treaty consequences of secondary transfer pricing adjustments », *Intertax*, vol. 37, n° 8/9, 2009, p. 451).

²³⁷ J.L.Bilon, *Transferts indirects de bénéfices à l'étranger*, Librairie technique, Coll. Biblio. de droit de l'entreprise, Thèse de droit, 1981, p. 213. D'autres auteurs évoquent, au sujet de la législation sur les prix de transfert, l'image « d'une « arme » pour la défense des intérêts du Trésor français dans le cadre d'un système de territorialité de l'impôt » (N. Gharbi, *Le contrôle fiscal des prix de transfert*, *op. cit.*, p. 97).

²³⁸ M.F. de Wilde, « Some Thoughts on a Fair Allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy », *Intertax*, vol. 38, n° 5, 2010, p. 281 : Pour cet auteur les distorsions fiscales auxquelles sont confrontés les activités économiques internationale correspondent soit à des « obstacles », soit à des « disparités ». Les premières

communautaire est, par voie de conséquence, contestable²³⁹. Pour éviter la délocalisation de la matière imposable située sur son territoire, le législateur national a cru bon d'introduire un acte anormal de gestion *renforcé* au détriment des seules circulations transfrontalières. Le calvaire fiscal de l'entreprise itinérante ne fait pourtant que commencer : les distorsions qui trouvent leur source dans le pouvoir réglementaire exercé par l'Etat à ses frontières (frontières-obstacles) sont aussi nombreuses, et parfois plus dissuasives, que celles qui procèdent de la seule frontière internationale.

D. Le quatrième « effet frontière » : les droits de douane

49. L'illustration la plus symptomatique d'une distorsion procédant d'une frontière-obstacle réside probablement dans l'application des droits de douane aux marchandises²⁴⁰. Supposons que l'entreprise dispose d'une succursale étrangère à laquelle a été transférée une partie des stocks fabriqués par le siège pour leur écoulement sur le marché local. Hormis l'existence d'une zone de libre-échange, ces biens vont devoir supporter des droits de douane : un impôt *ad valorem*²⁴¹ dont le fait générateur correspond

correspondant à notre définition de la frontière-obstacle, alors que les secondes sont des conséquences (parfois indirecte) de l'existence de la frontière internationale : « Obstacles occur where the international tax systems of states internally impose a different tax treatment to cross-border business activities in comparison with non-cross-border (i.e. domestic) business activities. The different tax treatment is imposed by a state unilaterally. In practice, obstacles are imposed by states when economic operators enter or exit their domestic markets (restrictions). (...) Disparities occur where the international tax systems of states mutually diverge from one another. The difference in the tax treatment of cross-border business activities in comparison with with non-cross-border business activities are not caused by states on a unilateral basis (as is the case with obstacles), but find their origin in the parallel exercise of the fiscal sovereignty by the states concerned ».

²³⁹ V. n. M. Taly et P. Schiele, « Les dispositions françaises tendant au contrôle des prix de transfert (CGI, art.57 et LPF, art. L. 13B) sont-elles euro-compatibles ? », *DF*, n° 29, 2003, p. 960 ; J. Tronnet, « La décision CJCE Test Claimants in the thin group Cap litigation (13 mars 2007, aff. C-524/04) : un plaidoyer « indirect » en faveur de l' « euro-compatibilité » de l'article 57 du CGI ? », *DF*, n° 21, 2008, p. 9-11.

²⁴⁰ Le filtre douanier est particulièrement bien affûté : les taux du tarif qui se trouve dans la nomenclature varient substantiellement entre chaque produit, à raison de critères de différenciation extrêmement pointilleux. De surcroît, des taux différents sont susceptibles de s'appliquer à une même marchandise (ligne tarifaire) selon qu'elles sont destinées à la consommation domestique ou à la ré-exportation (régime de l'entrepôt) (v. n. J.C. Berr et H. Trémeau, *Le droit douanier français et communautaire*, *op. cit.*, p.107-113).

²⁴¹ J.C. Berr et H. Trémeau, *Ibidem*, p. 129.

au franchissement matériel de la frontière²⁴². Ce montant, prélevé par la douane à la frontière, va grever le prix de revient des biens transférés dans la comptabilité de la succursale étrangère et, *in fine*, augmenter leur prix de revente sur le marché local. Charge fiscale on ne peut plus discriminatoire, puisqu'elle ne concerne que les circulations transfrontalières de marchandises. Elle constitue à ce titre un témoignage topique d'une mesure imputable à la composante *filtre* des frontières modernes. À côté des droits de douane, ces circulations transfrontalières de marchandises sont aussi susceptibles d'être confrontées à des mécanismes d'imposition au sein desquels la frontière, sans être un lieu de perception, reste « l'occasion d'une taxation ultérieure »²⁴³. Il s'agit des taxes dites d'effet équivalent à un droit de douane (TEEDD), dont la définition fournie par le droit communautaire confirme l'appartenance à la catégorie des frontières-obstacles : une contribution discriminatoire, par rapport à un produit national identique, prélevée à raison du seul franchissement de la frontière²⁴⁴. La doctrine précise, à ce sujet, que c'est l'analyse de la structure générale de l'imposition qui permet de déceler si le franchissement de la frontière est bien le fait générateur de l'imposition discriminatoire²⁴⁵. Malheureusement pour l'entreprise mobile, ces deux frontières-obstacles n'épuisent pas la diversité des formes de « discrimination fiscale à l'entrée du territoire »²⁴⁶. Les modalités d'incursion de la puissance publique dans la vie des acteurs économiques au passage de la frontière sont infinies.

²⁴² Le fait générateur majeur de la dette douanière correspond, en effet, à la mise en libre pratique de la marchandise. Celle-ci correspond, selon le cas, au moment où le service des Douanes enregistre la déclaration de mise en libre pratique ou au moment où la marchandise est introduite irrégulièrement sur le territoire douanier (v. n. J.C. Berr et H. Trémeau, *Ibidem*, p. 219-220).

²⁴³ C. Blumann et L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union Européenne*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2004, p.223.

²⁴⁴ CJCE, 22 mars 1977, C-78/76, *Steinike et Weiling*, Rec., p. 615 : « la circonstance que la contribution est prélevée à un stade de la commercialisation ou de la transformation du produit postérieur au franchissement de la frontière est indifférente du moment que c'est en raison du seul franchissement de cette frontière que le produit est frappé, circonstance qui exclut une taxation identique dans le chef du produit national ».

²⁴⁵ D. Berlin, « Chronique de jurisprudence fiscale européenne (1^{er} janvier 2000-31 décembre 2000) », *RTD eur.*, n° 3, 2002, p. 587 : « même s'il existe aucune production nationale, ou une production extrêmement minime, une taxe qui, de ce fait, ne frapperait que des produits importés ne serait pas pour autant qualifiée de taxe d'effet équivalent à un droit de douane si son fait générateur et plus généralement sa structure montraient qu'elle n'est pas destinée à ne s'appliquer qu'à des produits d'autres Etats membres à raison de leur passage de la frontière ».

²⁴⁶ J.P. Maublanc, « note sous Cass., com., 15 déc. 2009, n° 08-20.840, *Sté Erice* », *DF*, n° 23, 2010, comm.364, p.41.

E. Le cinquième « effet frontière » : l'exclusion de la base imposable des aides consenties à des entités étrangères dans le cadre d'une gestion commerciale normale

50. La succursale étrangère du siège français est susceptible de rencontrer des difficultés économiques. Dans cette hypothèse, il est dans l'intérêt de l'entreprise (diversification de la distribution, préservation de sa réputation...) que le siège vienne en aide à la succursale étrangère en lui octroyant un prêt sans intérêt suivi, le cas échéant, d'un abandon de créance l'exercice suivant. Il faut rappeler qu'en France, conformément au standard de la normalité, « il n'y a de charge déductible que là où il y a un revenu imposable »²⁴⁷. Dans ces conditions, la déduction des charges exposées par le siège en France, mais liées à des exploitations étrangères, est considérée comme *anormale* dès lors que les bénéfices réalisés par cette exploitation étrangère sont exonérés d'impôt en application du principe de territorialité²⁴⁸. Mais cette répartition légitime des droits d'imposition sur une base territoriale ne devrait pas s'opposer, pour autant, à la déduction des

²⁴⁷ M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 31^{ème} éd., 2007, p. 16. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence du CE considère que des indemnités versées à un contribuable ne constituent des recettes imposables que si la perte ou la charge qu'elles ont pour objet de compenser est elle-même de la nature de celles qui sont déductibles pour la détermination des bénéfices imposables (CE, 8-7-9° s.s.r., 12 mars 1982, n° 17074, *SA. X*, *DF*, n° 23, 1982, comm. 1228).

²⁴⁸ Le principe français de territorialité de l'impôt, qui s'inspire du modèle de la frontière internationale, exclut qu'une société française tienne compte, pour la détermination de sa base imposable, des variations de l'actif net imputables à des événements ou opérations qui se rattachent à une activité exercée hors du territoire français : CE, sect., 21 avril 1958, n° 39 603, *Dupont*, *Rec. Leb.* juin 1958, p.289 ; CE, Plén., 25 octobre 1972, n°81 999 et 82309, *DF*, n° 22, 1973, comm. 843, p.15 ; CE, 8-9° s.s.r., 18 mars 1985, n°38-036, *RJF*, n° 5, 1985, n. 691. Pour une vue d'ensemble, se reporter à l'étude de N. Chahid-Nourai, « Abandon de créances à caractère commercial entre siège français et succursale étrangère », *BGFE*, n°4, 2003, p. 21 ; *Concl. M.-H. Mitjavile* sous

dépenses exposées par le siège français pour les besoins de son exploitation française²⁴⁹. Pour le dire autrement, le fait qu'une dépense trouve sa source dans un événement ou une opération extra-territoriale ne devrait rien changer à son caractère déductible, tant à l'aune du principe de territorialité que du standard de la normalité, dès lors qu'elle a été exposée en vue de la réalisation d'un revenu imposable en France. La personnalité fiscale distincte de la succursale étrangère, conséquence directe du principe de territorialité de l'impôt, commande justement que le siège puisse déduire de ses propres résultats les aides qu'il consent à une entité étrangère aussi longtemps que ce comportement reste conforme aux standards de la *normalité* pour son assiette fiscale française. Pourtant, dans les années 80, le juge de l'impôt français en jugea autrement, introduisant par la même occasion une frontière-obstacle supplémentaire dans la vie fiscale des entreprises. Au nom du prétendu principe de territorialité, le Conseil d'Etat²⁵⁰, conforté par la doctrine administrative²⁵¹, a, à trois reprises, étendu le principe de l'exclusion de la base imposable du siège français des pertes et déficits rattachables à des succursales étrangères, aux aides consentis à ces entités étrangères dans le cadre d'une gestion commerciale normale. Dans une de ces affaires, il était question d'une aide consentie par un siège français, sous forme de transfert de fonds, à ses succursales algériennes. Dans l'impossibilité de récupérer ces fonds, des provisions avaient été constituées par le siège sur les résultats français de l'entreprise. Aux termes d'un conflit avec l'administration fiscale, le Conseil d'Etat rejeta la déduction de ces provisions au motif que le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés, tiré de la combinaison des articles 209-I, 38 et 39-I du CGI, implique que « seules sont déductibles des bénéficiaires imposables en France les provisions constituées en vue de faire face à des pertes ou charges

CE, sect., 16 mai 2003 n° 222956, *Scté Télécoise*, *BDCF*, n°7, 2003, n. 91, p.28 ; B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, 6^e éd., Francis Lefebvre, p. 111.

²⁴⁹ Par dépense exposée pour les besoins de l'exploitation en France, il faut entendre une charge exposée par l'entreprise *dans le but* de réaliser un bénéfice imposable en France au titre de l'article 209-I du CGI.

²⁵⁰ V. n. CE, sect., 14 juin 1974, n° 80264 ; CE, Plén., 20 novembre 1974 n° 85191 ; CE, 9-8^e s.s.r., 19 novembre 1984, n° 40 368, *RJF*, n°1, 1984, p. 29.

²⁵¹ DB 4-H-1414 du 1^{er} mars 1995 ; Rép. Barbier, *AN* 23 septembre 1996, p.5054 n°31552.

qui se rattachent à l'activité exercée en France »²⁵². Cette formule générale permit au juge de l'impôt de donner au principe de territorialité une portée qu'il n'avait pas dans le texte de la loi : empêcher de façon systématique la déduction, au titre de l'impôt sur les sociétés (IS), des charges supportées par une entreprise française qui trouvent leur origine, même indirecte, dans un événement situé à l'extérieur du territoire français. Pour arriver à ce résultat, le juge de l'impôt fut bien obligé de confondre, dans un même syllogisme, la provision passée par le siège français avec les pertes encourues par la succursale étrangère. Il n'a donc pas hésité à nier la base même du principe de territorialité qu'il prétend pourtant appliquer : la personnalité fiscale de la succursale étrangère. Bref, c'est faire bien trop d'honneur à cette jurisprudence que d'y voir une « application rigoureuse de l'article 209-1 »²⁵³. La réalité est plus grave : l'entreprise est ici confrontée à l'introduction prétorienne d'une discrimination à l'encontre d'une charge réputée normale, à raison de sa seule origine extra-territoriale. Dans une situation domestique comparable, en effet, l'avance de fond réalisée par une entreprise à sa filiale (personne fiscale distincte), sans perception d'intérêts, ouvrirait droit au régime des abandons de créances. Cette exclusion systématique des seules avances réalisées au profit de succursales étrangères colle donc parfaitement avec la définition esquissée plus tôt des frontières-obstacles. Le principe de territorialité invoqué par le juge n'était qu'un trompe-l'œil lui permettant d'introduire, discrètement, une règle juridique défavorable aux investissements transfrontaliers. Une application correcte du principe de territorialité, en tant que règle de source, ne devrait que soulever la question suivante : « savoir si et dans quelle mesure une dépense exposée par le siège, pour aider une succursale étrangère, se rattache à l'exploitation de l'entreprise en France et s'il y a lieu d'en tenir compte en déduisant cette dépense du résultat imposable en France »²⁵⁴. Autrement dit, la question n'est pas celle de *l'origine* géographique, directe ou indirecte, de la dépense, mais celle de *l'intérêt* de cette dépense pour l'entreprise à la lumière des

²⁵² CE, 7-8-9° ss., 20 novembre 1974, n°85191, Rec. Lebon.

²⁵³ Concl. de M. Chahid-Nourai sous CE, 8-9° s.s.r., 2 mars 1988, n° 49054, *Fiscalité Internationale*, t. 2, p. 31.

²⁵⁴ Concl. M.-H. Mitjavile sous CE, sect., 16 mai 2003, *op. cit.*, p.27.

standards de la normalité ; c'est-à-dire de son *lien*, actuel ou potentiel, avec un bénéficiaire imposable au titre de l'article 209-I du CGI²⁵⁵. Progressivement, le juge de l'impôt semble d'ailleurs s'être rallié à cette position, abandonnant cette frontière-obstacle dépourvue de toute base légale²⁵⁶. Une confusion demeure toutefois latente : ce revirement jurisprudentiel a été vécu par une partie de la doctrine comme une « atténuation »²⁵⁷, un « trou dans le mur »²⁵⁸, voire une « brèche »²⁵⁹ dans le principe de territorialité de l'impôt. Il semble que, à la lumière de la notion juridique de frontière ébauchée plus haut, la réalité soit bien différente : le juge de l'impôt n'a, tout compte fait, que mis fin à l'interférence d'une frontière-obstacle qu'il avait lui-même introduite. Le principe de territorialité de l'impôt, comme la frontière internationale du reste, ne sont en rien impliqués dans cette construction jurisprudentielle.

F. Conclusions : abondance et ambivalence des « effets frontières »

51. Ce survol fiscal laisse entrevoir la quantité, presque illimitée, de distorsions économiques infligées à l'entreprise itinérante qui sont rattachables plus ou moins directement à la notion juridique de frontière²⁶⁰.

²⁵⁵ Cette interprétation du principe de territorialité de l'impôt est d'ailleurs confirmée, *a contrario*, par une doctrine administrative qui reconnaît que lorsqu'une entreprise française réalise hors de France des bénéfices imposables en France faute d'être rattachable à une exploitation étrangère, ces bénéfices doivent être imposés sous déduction des charges y afférentes dans les conditions de droit commun, même si ces charges sont exposées à l'étranger (D. Adm. 4H-1414, n°7).

²⁵⁶ CE, 8-9^e s.s.r., 2 mars 1988 n° 49054, *Sté des ateliers mécaniques pour l'industrie et les industries alimentaires (SAMIA)* ; CAA de Paris, 31 décembre 2001, n° 97PA03652, *Sté Établissements Elizabeth Arden* ; CE, sect., 16 mai 2003, n° 222956, *Scté Télécoise*, *RJF*, n°7, 2003, n. 823.

²⁵⁷ N. Chahid-Nourai, « Abandon de créances à caractère commercial entre siège français et succursale étrangère », *op. cit.*, p. 23.

²⁵⁸ L. Olléon, « Territorialité de l'impôt : des trous dans le mur », *RJF*, n° 7, 2003, p. 573.

²⁵⁹ N. Bourgeois, « IS ; le Conseil d'Etat ouvre une brèche dans le solide principe de territorialité », *Lexbase*, Hebdo éd. fiscale, 2003, n° N9978AAS.

²⁶⁰ Dans le seul domaine fiscal, les mesures susceptibles d'être rattachées, de près ou de loin, à la notion juridique de frontière sont illimitées : les différentes formes d'« exit tax », les retenues à la source discriminatoires à destination des seuls flux de revenus sortants (impôts de distribution, « branch tax »,...), les mesures anti-évasion fiscale limitées dans leur champ d'application aux situations transfrontalières, etc. Pour une analyse détaillée de ces obstacles, v. n. Communication de la Commission, « Un marché intérieur sans obstacles liés à la fiscalité des entreprises : réalisations, initiatives en cours et défis restants », COM (2003) 726

Cette expérience ne serait toutefois pas complète sans la mention d'un dernier point essentiel : tant la frontière internationale que la frontière-obstacle peuvent, aussi, se manifester sous la forme d'avantages au bénéfice des activités économiques transfrontalières. La frontière moderne, dans ses deux composantes, peut être une aubaine pour ceux qui savent la manipuler à leur avantage.

52. La planification fiscale exercée par les entreprises multinationales, par exemple, puise sa vitalité et sa validité dans l'existence des frontières internationales entre les Etats²⁶¹. Que ce soit par la manipulation de la résidence fiscale du contribuable²⁶², la manipulation du degré de transparence ou d'opacité de la personnalité fiscale du contribuable²⁶³, ou bien par la minoration de son assiette fiscale (« *base erosion* »)²⁶⁴ ; toutes ces techniques d'évasion fiscale ne pourraient prospérer bien longtemps sans la protection conférée au contribuable par l'imperméabilité des frontières : une juxtaposition d'ordres juridiques souverains en application du droit international public²⁶⁵.

final du 24 novembre 2003 ; Rapport des services de la Commission, *La fiscalité des entreprises dans le Marché intérieur*, SEC (2001) 1681 final, p. 262.

²⁶¹ V. n. M.F. de Wilde, « Some Thoughts on a Fair Allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy », *op. cit.*, p. 281.

²⁶² V. n. P. Valente et A. M. Rhode, « Italy : introduction of the deemed residence rule and international tax planning », *The tax specialist*, Sydney, Vol. 11, 2008, no. 3, p. 234-241 ; M. Wyse, « Settling problems of dual residency under the Canada -U.S. treaty », *Tax notes international*, Falls Church, Vol. 53, n° 6, 2009, p. 531-533.

²⁶³ V. n. E. Björkeson et C. Axelsson, « Tax planning in Sweden with limited partnership and limited liability fund structures », *Journal of international taxation*, New York, Vol. 16, n° 5, 2005, p. 44-49 ; R. Russo, « Partnerships and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives », *European Taxation*, IBFD, vol. 46, n°10, 2006, p. 478.

²⁶⁴ La manipulation de l'assiette fiscale se pratique généralement sous la forme (i) d'un transfert des actifs de l'entreprise : localisation des activités économiques (actif, risque, fonction) à l'étranger, en particulier les incorporels, combinée à une politique agressive sur les prix de transfert (E. Picq et P. Escaut, « Création, acquisition et exploitation des actifs incorporels en France ou à l'étranger : problématiques fiscales internes et internationales », *DF*, n°44, 2010, p. 12 ; J. Schwarz et E. Castro, « Re-engineering Multinational Supply Chains », *Bulletin for International Taxation*, IBFD, vol. 60, n°5, 2006, p. 187) ; ou (ii) de l'utilisation d'instruments juridiques hybrides (produits dérivés, obligations convertibles, actions préférentielles sans droit de vote...) permettant de provoquer sciemment des conflits de qualification favorables au contribuable (M. Helminen, « Classification of Cross-Border Payments on Hybrid Instruments », *Bulletin for International Taxation*, vol. 58, n°2, 2004, p. 56 ; E.F. Greco et P. Jaeggi, « Inconsistencies in the Tax Treatment of Financial Instruments under the EU Directive and the Switzerland-EU Agreement on Taxation of Savings », *Derivatives and Financial Instruments*, IBFD, vol 8, n°2, 2006, p. 62).

53. De la même manière, de nombreuses niches fiscales introduites par les Etats à destination de certains contribuables privilégiés correspondent à des frontières-obstacles. Sous la pression du libre-échange, en particulier, les mesures fiscales internes discriminatoires visant à attirer sur le territoire des matières imposables mobiles en provenance de l'étranger sont devenues courantes²⁶⁶. La frontière moderne, dans sa composante filtre, reste ainsi fidèle à elle-même : un instrument de contrôle à la disposition de la puissance publique qui ne préjuge pas de ses victimes. La concurrence fiscale qui se propage aujourd'hui à l'échelle internationale, et tout particulièrement au sein du marché intérieur de l'Union Européenne (UE), offre la possibilité aux contribuables les plus mobiles de sanctionner (par une évasion fiscale légale²⁶⁷) les pouvoirs publics qui ne leur offriraient pas des régimes fiscaux taillés sur mesure²⁶⁸. Le terme de *dépense fiscale*,

²⁶⁵ V. n. C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione et R. Russo, *Fundamentals of International Tax Planning*, op. cit., p.13; P. Merks, « Categorizing Corporate Cross-Border Tax Planning Techniques », *Tax Notes International*, Falls Church, vol. 44, n°1, 2006, p. 55.

²⁶⁶ N. Jacquot, « La réaction des États face à l'optimisation fiscale », *Petites Affiches*, 2002, n° 97, p. 20 : cet ancien membre de la Direction générale des Impôts constate benoîtement que « ...certains pays ont résolu il y a quelques années le problème posé par l'existence de régimes fiscaux privilégiés [dans d'autres Etats membres], tout simplement... en en mettant eux-mêmes en place. Je vais être assez provocateur, mais la France, par exemple, a mis en place un régime de quartiers généraux en réponse au régime des quartiers généraux Belges ».

²⁶⁷ La CJUE a, en effet, reconnue la légitimité de l'utilisation des libertés communautaires à des fins d'évasion fiscale : CJCE, 12 sept. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, JO C 281 du 18 nov. 2006, p.5, pts 36-38 et 83 ; CJCE, 9 mars 1999, C-212/97, *Centros*, points 18 et 27 ; CJCE, 30 Sep. 2003, C-167/01, *Inspire Art*, point 96-98. V. a. M. Evers et A. de Graaf, « Limiting Benefit Shopping : Use and Abuse of EC Law », *EC Tax Review*, n° 6, 2009, p. 292 : « After all, interpreting the objective element of the test is in fact the same as assessing whether a beneficiary of the free right of establishment is economically active and, as a consequence thereof, is established in another Member State (...). If once there is an establishment, it follows from the Cadbury Schweppes case that there can no longer be any question of abuse ».

²⁶⁸ Il existe actuellement un nombre inouï de régimes fiscaux de faveur à destination des seuls contribuables mobiles : les régimes fiscaux spécifiques aux impatriés, les régimes dits des quartiers généraux et centrales de trésorerie, les centres financiers, ...etc. À leur sujet Mario Monti, ancien Commissaire européen, a reconnu que la concurrence fiscale en Europe profite aux personnes physiques « très mobiles comme les professionnels très qualifiés, pour ne pas parler des stars du tennis ou du cinéma » au détriment des « travailleurs les moins qualifiés et donc les moins mobiles » (« Il faut mettre fin à la concurrence fiscale déloyale », *Petites Affiches*, 1998, p. 5). La doctrine souligne régulièrement cette modification de l'incidence fiscale au détriment des contribuables sédentaires : « Le taux global des prélèvements obligatoires n'ayant pas – tant s'en faut – baissé durant la même période, la concurrence fiscale à laquelle se sont livrés les États s'est naturellement traduite par un basculement de la charge fiscale et sociale sur le facteur de production le moins mobile, à savoir le travail salarié » (G. Gest, « Réforme fiscale. Les contraintes d'origine communautaire en matière de fiscalité directe », *RF fin. pub.*, n°60, 1997, p. 118) ; « Sans doute l'érosion de la base d'imposition due à la concurrence fiscale entre les Etats, qui s'efforcent d'attirer ou au moins de retenir les matières imposables les plus mobiles (capitales, entreprises), ne s'est-elle pas traduite par une baisse sensible du produit total des impôts et des cotisations sociales. Mais la stabilisation de ce produit global n'a été assurée qu'au prix d'une modification de la structure des fiscalités nationales : de façon générale, l'allègement de l'imposition des matières imposables « volatiles » a été compensé principalement par l'alourdissement de l'imposition du travail salarié, peu mobile » (G. Montagnier, « Harmonisation fiscale européenne », *RTD eur.*, n° 2, 1997, p. 395)...etc.

employé par la doctrine fiscale en la matière²⁶⁹, ne doit pas tromper sur la nature réelle de ces mesures. Pour le contribuable immobile (ou sédentaire), nul doute que l'on assiste au déploiement de régimes fiscaux discriminatoires, dans la mesure où ils ne profitent (*de facto* ou *de jure*) qu'aux contribuables exerçant une activité transfrontalière.

54. En résumé, la quantité de normes concrètes qui en droit fiscal sont rattachables, de près ou de loin, à la notion juridique de frontière est inépuisable. La distinction entre celles qui se rattachent à la frontière internationale et celles qui se rattachent à la frontière-obstacle n'en prend que plus d'importance : c'est le système TVA qui, en l'espèce, apportera des lumières sur la question.

§2: *La manifestation des deux composantes de la frontière en matière de T.V.A.*

55. Pour prévenir toute confusion entre les normes fiscales imputables à la frontière-obstacle et celles imputables à la frontière internationale, l'étude du système de TVA communautaire présente l'avantage de faire appel, de façon très proche et concomitante, à ces deux éléments. Cet impôt sur la consommation ne sera pas, pour autant, traité dans son ensemble, ni dans ses moindres détails. Pour rester intelligible, l'analyse se limitera aux seules règles applicables aux livraisons de biens meubles corporels, au sein desquelles il faudra distinguer : les règles de territorialité qui semblent être une conséquence de l'existence des frontières internationales (A) ; et les

²⁶⁹ V. n. F. Barque, « La rationalisation du coût des dépenses fiscales ou la difficile appréhension de l'interventionnisme fiscal par le droit budgétaire », *DF*, n° 40, 2010, p. 27 ; B. Castagnède, « Théorie et pratique des dépenses fiscales dans le contexte de l'Union européenne », *RF fin. pub.*, n°72, 2000, p. 219 ;.

régimes spécifiques à l'exportation ou à l'importation qui correspondent à la définition des frontières-obstacles (B).

A. La répartition des droits d'imposition comme conséquence de l'existence des frontières internationales

56. Pour commencer, le système TVA comprend un important dispositif dit de « Territorialité »²⁷⁰, dont l'objet est de fractionner la matière imposable pour permettre sa répartition entre la pluralité des juridictions fiscales qui composent le marché de l'Union Européenne (UE) et le marché international. Le champ d'application de la TVA n'est donc pas illimité dans l'espace. Il se caractérise, bien au contraire, par un fort ancrage territorial. L'article 2 de la 6^{ème} directive TVA dispose que sont « soumises à la TVA... les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux à l'intérieur du pays par un assujetti agissant en tant que tel »²⁷¹. Formule générale qui s'accompagne d'une multitude de règles particulières, parfois très complexes, permettant une localisation de la matière imposable adaptée à chaque opération imposable²⁷². Ces normes, appelées règles de source, poursuivent cependant toutes un même objectif : octroyer la créance de TVA à l'autorité territoriale sous l'empire de laquelle est réputée se réaliser l'opération, dans le but de taxer la consommation. Lorsqu'une opération est

²⁷⁰ Les articles 258 à 259 D du Code Général des Impôts (CGI), soit plus de 9 articles et un nombre considérable d'alinéas, sont rangés sous l'intitulé « Territorialité » du I bis de la Section « Champ d'application » à l'intérieur du Chapitre I sur la Taxe sur la valeur ajoutée. Ces dispositions ne font que transposer dans le CGI les règles résultant de la 6^e directive TVA du 17 mai 1977 n° 77/388/CEE, modifiée notamment par la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006.

²⁷¹ Directive du 17 mai 1977 n° 77/388/CEE, modifiée par la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006 relative au système commun de TVA.

²⁷² Les règles de territorialité en matière de TVA reposent sur une distinction essentielle, entre les opérations portant sur les biens corporels et celles portant sur les services. Pour les prestataires de services, la directive a développé des règles détaillées de localisation de la matière imposable qui distinguent pas moins de vingt-cinq hypothèses. Dernière réforme en date, l'article 102 de la loi de finances pour 2010 reconfigure les règles de territorialité applicables aux services en inscrivant à l'article 259, 1 du CGI un nouveau critère de répartition : les services fournis à des personnes assujetties seront désormais taxable, sauf exceptions, au lieu d'établissement du preneur assujetti agissant en tant que tel.

réputée « extra-territoriale » aux termes de ces critères de répartition, elle échappe à toute taxation à l'intérieur du territoire concerné, car elle est réputée réalisée en dehors de la compétence fiscale de l'Etat. Dans le cadre des échanges intra-communautaires, en particulier, l'harmonisation de ces règles de source devrait en théorie assurer une corrélation parfaite entre les compétences des différents Etats membres : une opération « à cheval » entre deux Etats membres, qui se trouve être « extra-territoriale » dans le premier Etat, sera en principe « territoriale » et en conséquence imposable dans le second. En définitive, ces normes juridiques qui organisent la répartition des droits d'imposition, même lorsqu'elles sont d'origine communautaire, semblent désespérément chercher à épouser les lignes du territoire de chaque Etat²⁷³, c'est-à-dire à transposer dans le domaine normatif le modèle de la frontière internationale qui fait autorité en matière exécutive. Ces règles de territorialité semblent bien être une conséquence, peut-être indirecte, de l'existence des frontières internationales²⁷⁴.

B. Les régimes spécifiques aux exportations et aux importations comme manifestation de frontières-obstacles

57. Le système TVA comporte un régime dérogatoire au droit commun valable pour les exportations et importations avec les Etats étrangers, dont le fait générateur correspond au franchissement de la frontière²⁷⁵. Ce régime,

²⁷³ P.P.S.C. Tielemans, « Towards a European Community without Borders : Utopia or Reality ? », *European Taxation*, IBFD vol. 27, n° 7, 1987, p. 212 : ces règles de territorialité sont un témoignage supplémentaire d'une Union Européenne (UE) « still characterized by economic « fragmentation » which results in a division of the « European territory » into national markets ».

²⁷⁴ La nature de la relation entre le principe de territorialité de la loi (et en particulier de l'impôt) avec la frontière internationale fera l'objet ultérieurement de développements approfondis (v. *infra* Titre II Partie I Chapitre I).

²⁷⁵ Le fait générateur et l'exigibilité pour les importations de marchandises, par exemple, correspond à « l'entrée » du bien sur le territoire communautaire (article 291-I al.1 et 2 du CGI), c'est-à-dire en pratique à

bien qu'il ait toutes les caractéristiques d'une frontière-obstacle (a), n'a pas encore été éliminé à l'intérieur de l'Union Européenne (b).

1) *Les caractéristiques de ces frontières-obstacles*

58. L'imposition qui devrait résulter de l'application des règles de territorialité, exposées plus haut, peut être neutralisée par l'effet d'une exonération spécialement prévue par la loi en faveur des exportations vers les Etats étrangers. La livraison d'un bien corporel expédié ou transporté à partir de la France, par exemple, à destination d'un autre Etat, est réputée « située » en France en application des règles de territorialité²⁷⁶. Bien qu'elle soit imposable au titre de la TVA française, l'Etat de départ du bien (France) va renoncer à l'exercice effectif de sa compétence fiscale sur cette livraison dès lors que l'opération est entachée d'un élément transfrontalier : c'est une exonération réservée aux seules exportations de marchandises²⁷⁷. Ici ne s'arrête pas, toutefois, le caractère dérogatoire du régime TVA applicable aux exportations. Après avoir été affranchie du jeu normal des règles de territorialité, cette livraison de bien va également pouvoir, de façon exceptionnelle, bénéficier d'un droit à déduction de la taxe ayant grevé les éléments de son prix, conformément à la pratique dite du « taux zéro à l'exportation »²⁷⁸. En résumé, l'Etat de départ n'aura pas seulement renoncé

l'accomplissement des formalités de dédouanement ; et non pas à la « livraisons » ou à la « délivrance » valable en droit commun pour les livraisons de biens (article 269 al.1 et 2 du CGI).

²⁷⁶ Une livraison de bien de France à destination d'un autre Etat membre rentre dans le champ d'application *ratione loci* de la TVA française en application de l'article 258-I et 262 ter I du CGI pour les échanges intracommunautaires, et de l'article 262 I et II du CGI pour les échanges en dehors de l'Union Européenne (UE).

²⁷⁷ Les conditions d'exonération de biens expédiés ou transportés de France vers le territoire d'un autre Etat membre de l'Union Européenne sont les suivantes : (1) livraison effectuée à titre onéreux (2) vendeur est un assujetti agissant en que tel (3) l'acquéreur est un assujetti ou une personne morale non assujettie qui ne bénéficie pas, dans son Etat membre, du régime dérogatoire (4) le bien est expédié ou transporté hors de France à destination d'un autre Etat membre (D. adm. 3 A-3211 n° 2 à 14). Pour les livraisons de biens à destination de pays tiers à l'Union Européenne, les conditions d'exonération sont les suivantes : (1) l'inscription dans les livres comptables d'un certain nombre de mention concernant l'importation (2) la production d'une déclaration d'exportation certifiée par le service des douanes compétent, sous la forme du document administratif unique (DAU) (article 74 de l'annexe III du CGI).

²⁷⁸ Cette déduction n'est cependant autorisée que dans la mesure où les opérations en causes ouvriraient droit à déduction si leur lieu d'imposition se situait en France (article 271-V d du CGI).

à l'exercice effectif de sa compétence fiscale en application de ses règles de source, mais aussi remboursé au contribuable domestique la charge de TVA qui avait été prélevée en amont sur le bien concerné. L'objectif d'un tel traitement fiscal de faveur ne laisse pas l'ombre d'un doute : promouvoir les exportations de marchandises. En outre, il n'est pas inutile de rapporter qu'une opération transfrontalière sera aussi, bien souvent, soumise dans le pays de destination à un régime dérogatoire supplémentaire : celui des importations de marchandises²⁷⁹. Bien souvent, l'acquéreur sera forcé de se rendre au bureau des douanes pour déclarer et payer son impôt sur la consommation, ou de produire des déclarations mensuelles spécifiques. Dans tous les cas, ces démarches supplémentaires obligeront l'opérateur économique à faire preuve de compétences techniques fastidieuses qui ne sont pas nécessaires à l'exercice de son activité économique dans le seul cadre national.

59. Un dernier exemple illustrera ces propos. En pratique, la TVA sur un produit acheté dans la région Rhône-Alpes pour être consommé dans la région parisienne sera facturée et payée par le vendeur assujetti en France. En revanche, la TVA sur un produit identique acheté au Japon²⁸⁰ et consommé par un assujetti en France ne sera pas payée par le vendeur dans l'Etat de départ, mais par l'acquéreur à l'occasion du franchissement de la frontière en France. Bref, les opérations commerciales transfrontalières sont soumises à des obligations fiscales en matière de TVA que le commerce national ne connaît pas²⁸¹. La doctrine anglo-saxonne désigne ce mécanisme dérogatoire sous le terme évocateur de « border tax adjustment »²⁸² ou de « fiscal frontiers »²⁸³. Ce n'est donc pas une coïncidence si l'administration

²⁷⁹ Il s'agit en France du régime dérogatoire des importations pour le commerce avec les Etats tiers à l'UE (article 291-I du CGI), ou du régime des acquisitions intracommunautaires pour les autres (article 256 bis CGI).

²⁸⁰ Nous supposons en l'espèce que le Japon applique à cette opération un dispositif TVA similaire au système de TVA communautaire.

²⁸¹ V. n. J.-P. Jarvenic, « Marché commun, marché intérieur et frontières fiscales », *DF*, n° 43, 1987, p. 1155 ; P. Beltrame, « L'Europe des Impôts », *AJDA*, n° 4, 1990, p. 254 ; G. Montagnier, « Harmonisation fiscale européenne », *op. cit.*, p. 386 ; ... etc.

²⁸² S. Van Thiel, « Removal of indirect tax barriers to a single european market », *IBFD, VAT Monitor*, vol. 1, n° 1, 1990, p. 23.

²⁸³ V. n. B.J.M. Terra, « Removal of fiscal frontiers (I) », *VAT Monitor*, *IBFD*, vol. 1, n° 6, 1990, p. 10 ; P.P.S.C. Tielemans, « Towards a European Community without Borders : Utopia or Reality ? », *op. cit.*, p. 207.

des douanes est généralement chargée, dans ces cas particuliers, de déterminer l'assiette²⁸⁴, de liquider et de recouvrer l'impôt²⁸⁵. Maurice Lauré décrivait lui-même le système TVA, qu'il avait contribué à façonner, d'« impôt frontière »²⁸⁶. Dans cette étude, c'est évidemment le terme de frontière-obstacle qui sera retenu à la lumière de la définition esquissée plus haut.

2) *La postérité de cette frontière-obstacle à l'intérieur de l'Union Européenne*

60. Cette présence d'une frontière-obstacle à l'intérieur même du dispositif de TVA communautaire n'a, au demeurant, pas échappé aux services de la Commission Européenne. Celle-ci a exprimé, dès les années 80, sa ferme intention de venir à bout de ces « frontières fiscales » découlant de l'imposition dans le pays de destination²⁸⁷. Car un mécanisme de taxation dans l'Etat d'importation introduit non seulement une discrimination dans le traitement juridique des circulations transfrontalières par rapport aux circulations similaires purement domestiques, mais exige aussi pour sa mise en œuvre le déploiement d'un contrôle matériel aux frontières exercé par l'administration douanière²⁸⁸. Les Etats n'ont pas, pour autant, renoncé

²⁸⁴ La base d'imposition pour les importations est constituée de la valeur définie par la législation douanière en application de l'article 292 du CGI.

²⁸⁵ La TVA à l'importation est perçue comme en matière de douane en application de l'article 1695 al.1 du CGI.

²⁸⁶ M. Lauré, *Science fiscale*, 1^{ère} éd., PUF, 1993, p. 241 : la TVA ne peut pas « se passer d'un contrôle aux frontières » dans la mesure où c'est un impôt difficilement *localisable* pour la puissance publique.

²⁸⁷ Communication de la Commission Européenne au Conseil Européen du 26 août 1987 sur *L'achèvement du marché intérieur, le rapprochement des taux d'imposition indirecte et l'harmonisation de la structure de la fiscalité indirecte* (COM(87)320 final/2). Ce projet remonte toutefois à la création même du système communautaire de TVA. Il fut formulé pour la première dans le rapport *Neumark* (n° 8070/62) présenté à la Commission Européenne en 1962. Puis c'est dans son Livre Blanc publié en juin 1985 (Luxembourg, office des publications officielles des CE, 1985, N. CB-43-85-894-FR-C), que la Commission semble reprendre à son compte cette idée que les opérations intra-communautaires doivent être traités de la même manière que celles effectuées à l'intérieur des Etats membres.

²⁸⁸ La viabilité du système dérogatoire d'imposition dans le pays de destination exige un contrôle aux frontières pour assurer le remboursement de la TVA amont à l'exportateur, ainsi que l'assujettissement à la TVA de l'importateur dans le pays d'importation (Ben J.M. Terra, « Removal of fiscal frontiers (II) », *IBFD, VAT Monitor*, vol. 1, n° 7, 1990, p. 2). Maurice Lauré constate ainsi que « ce sont les contrôles aux frontières qui permettent de maîtriser l'application de la TVA, là où d'autres prélèvements (l'IRPP, l'IS, les cotisations patronales et ouvrières de Sécurité sociale) sont contrôlés à partir de la souscription de déclarations. Il apparaît

complètement à ces frontières-obstacles dans le système communautaire de TVA²⁸⁹. Le régime « transitoire » finalement retenu par les directives TVA en 1991 et 1992 dans l'optique de la création d'un marché unique²⁹⁰ ne fait qu'atténuer (pour ne pas dire dissimuler) l'existence de cette frontière-obstacle pour les opérations intra-communautaires entre assujettis²⁹¹. Il est vrai que, dorénavant, le fait générateur *de jure* de l'imposition des dites « acquisitions » intra-communautaires n'est plus le franchissement de la frontière, mais la date à laquelle la marchandise parvient dans les locaux de l'acquéreur²⁹². En outre, l'ensemble des formalités douanières ont été supprimées²⁹³ et l'administration des douanes a été dessaisie du traitement de ces opérations. Enfin, sous l'empire de ce régime transitoire, si les Etats membres ont « la faculté de prévoir d'autres obligations qu'ils jugeraient nécessaires pour assurer l'exacte perception de la taxe et pour éviter la fraude », c'est uniquement « sous réserve du *respect de l'égalité de traitement des opérations intérieures et des opérations effectuées entre États membres par des assujettis*, et à condition que ces obligations ne donnent

donc que la TVA est un impôt dont le recouvrement ne peut être assuré qu'à la condition d'exercer, aussi bien à l'importation qu'à l'exportation, un strict contrôle aux frontières » (M. Lauré, *Science fiscale, op. cit.*, p. 233).

²⁸⁹ Le projet initial proposé par la Commission, visant à supprimer les « frontières fiscales », correspondait à un système dans lequel les livraisons et les prestations de service étaient traitées exactement de la même manière que les opérations effectuées à l'intérieur d'un seul pays (Proposition de directive COM(87) 322 complétant et modifiant la sixième directive de 1977 relative à l'assiette uniforme pour le système commun de TVA). Pour éviter que les Etats qui importent plus qu'ils n'exportent de biens et de services soient pénalisés, un mécanisme complexe de compensation (*clearing*) avait été prévu sous le contrôle de la Commission, de sorte que la TVA demeurait un impôt qui alimentait le budget de l'Etat où avait lieu la consommation. Autrement dit, l'attribution de la TVA au pays bénéficiaire devenait une opération distincte et autonome par rapport à la perception de l'impôt du chef de l'assujetti. Suite aux nombreuses critiques suscitées par ce mécanisme de compensation (voir notamment J.-P. Jarvenic, *op. cit.*, p. 1155 ; D. de la Martinière, *L'impôt du diable. Le naufrage de la fiscalité française*, Calman-Lévy, 1990, p. 45), le Conseil ECOFIN de Crète a demandé à la Commission de revoir ses propositions en septembre 1988. Celle-ci sera forcée de renoncer à son projet initial lors du dernier trimestre de 1989, au profit d'un régime dit « transitoire » approuvé par le Conseil européen de Rome en décembre 1990.

²⁹⁰ Directive du Conseil du 16 décembre 1991 complétant le système TVA et modifiant en vue de l'abolition des frontières fiscales la directive 77/388/CEE, JO L 376 du 31 décembre 1991, p. 1 ; Directive du Conseil du 19 octobre 1992 relative aux taux de TVA, complétant le système commun de TVA et modifiant la directive 77/388/CEE, JO n° L 316 du 31 octobre 1992, p. 1 ; Directive du Conseil du 14 décembre 1992 modifiant la directive 77/388/CEE et portant mesures de simplification en matière de TVA, JO n° L 384 du 30 décembre 1992, p. 47.

²⁹¹ Pour les particuliers, en revanche, la suppression de la frontière-obstacle est devenue depuis le 1^{er} janvier 1993 une réalité tangible dans la mesure où ils peuvent librement s'acquitter de la TVA locale lors de leur déplacement dans d'autres Etats membres sans « être aucunement inquiétés au passage de la frontière » (M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises*, 31^e éd., *op. cit.*, p. 366). À l'exception notable, toutefois, du régime applicable aux ventes à distance (article 258 A et 258 B du CGI) ainsi qu'aux moyens de transport neufs (article 298 sexies du CGI).

²⁹² Article 258 C du CGI.

pas lieu dans les échanges entre États membres à des *formalités liées au passage d'une frontière* »²⁹⁴. Bref, la lutte contre la fraude fiscale ne saurait servir de prétexte à l'introduction, en marge du régime commun, de nouvelles frontières-obstacles. Pourtant, une analyse plus poussée des mécanismes propres à ce « territoire communautaire »²⁹⁵ révèle rapidement les limites de cette réforme qui n'a éliminé le filtre frontalier qu'en surface. Le régime discriminatoire de la taxation des opérations entre assujettis dans le pays de destination est resté intact : au-delà du seul changement de vocabulaire, le passage de la frontière reste *de facto* le fait générateur de l'exonération pour les livraisons intra-communautaires de marchandises²⁹⁶, ainsi que de l'imposition des acquisitions intra-communautaires de marchandises²⁹⁷. Seul un régime basé sur « l'expédition en taxe acquittée »²⁹⁸ permettrait d'éliminer réellement cette distorsion de concurrence imputable à une frontière-obstacle. Or le régime transitoire ne supprime pas la distinction, au niveau des opérateurs économiques, entre opérations domestiques et opérations intra-communautaires. On en veut pour preuve, outre l'exonération des livraisons intra-communautaires, le fait qu'un simple transfert de marchandises entre un siège et sa succursale étrangère, sans transfert de propriété, est soumis à la TVA au même titre qu'une acquisition proprement dite²⁹⁹. Par ailleurs, le bordereau de passage

²⁹³ Suppression des frais liés à l'accomplissement des formalités douanières : déclaration administrative unique (DAU), rémunération des commissionnaires en douane, cautionnement douaniers, charges administratives diverses...

²⁹⁴ Article 22§8 de la 6^{ème} directive TVA, modifiée par la directive 91/680 et 92/111 (souligné par l'auteur).

²⁹⁵ J.-M. Communier, *Droit fiscal communautaire*, 1^{er} éd., Bruylant, 2001, p.205.

²⁹⁶ Pour les dites « livraisons » intra-communautaires, le régime dérogatoire de l'exonération reste acquis dès lors que l'assujetti est en mesure de démontrer, par tous moyens de preuve, que le bien a été expédié ou transporté hors du territoire français (article 262 ter I al. 1 du CGI). C'est pourquoi il est généralement admis en doctrine que « L'application uniforme de la TVA dans le contexte d'un grand marché intérieur sans frontières fiscales implique logiquement (...) la généralisation du principe de taxation dans le pays d'origine » (B. Castagnède, *Précis de fiscalité internationale*, 2^e éd., PUF, 2006, p.26).

²⁹⁷ L'acquisition intra-communautaire correspond en effet à l'obtention du pouvoir de disposer comme un propriétaire d'un bien meuble corporel « expédié ou transporté en France par le vendeur, par l'acquéreur ou pour leur compte, à destination de l'acquéreur à partir d'un autre Etat membre » (article 256 bis 3^o du CGI). Si la frontière ou le passage des douanes n'est jamais mentionné en l'espèce, il n'en demeure pas moins que la frontière internationale reste le critère réel de la discrimination.

²⁹⁸ M. Lauré, *Science fiscale*, *op. cit.*, p.249.

²⁹⁹ En application de l'article 256 bis II et III du CGI, les mouvements de stocks ou de biens d'investissement entre deux Etats membres, intervenant sans changement de propriété, sont assimilés à des livraisons ou à des acquisitions intra-communautaires. Le fait générateur est constitué, *de jure*, par le départ de l'expédition ou du transport. À l'instar des véritables livraisons intra-communautaires, le transfert sera exonéré pour l'expéditeur

en douane, supprimé, a été remplacé par de nouvelles obligations formelles en matière de facturation, particulièrement contraignantes³⁰⁰, qui ne sont pas applicables aux opérations purement domestiques.

61. En résumé, l'Union Européenne a été obligée de créer « une immense machine bureaucratique et d'importantes mesures de contrôle des échanges intra-européens sous prétexte de supprimer les frontières fiscales »³⁰¹. Le président de la commission des finances du Sénat considère d'ailleurs que cette suppression des contrôles fiscaux aux frontières relève de « l'ordre du symbole » et déclare d'emblée qu'« il serait illusoire d'en espérer des effets mécaniques comparables à ceux d'un abaissement de droits de douane »³⁰². Fidèle à sa mission politique³⁰³, la Commission Européenne continue toutefois de promouvoir la création d'un « véritable espace fiscal communautaire » à l'intérieur duquel serait assuré un « traitement égal des transactions domestiques et intracommunautaires »³⁰⁴. Reste que de « transitoire », le régime décrit plus haut semble être devenu permanent³⁰⁵,

s'il dispose d'un numéro d'identification à la TVA dans l'Etat membre d'arrivée des biens et qu'il justifie de la réalité du transport dans l'autre Etat membre.

³⁰⁰ L'introduction, par exemple, de la déclaration d'échange de biens (DEB) : chaque mois, les entreprises doivent communiquer au service des douanes un état récapitulatif de leurs livraisons et acquisitions intra-communautaires et fournir une déclaration statistique détaillée de leurs mouvements de marchandises (article 289 B et C du CGI, et articles 96 J à 96 M de l'annexe III du CGI). Cette « ventilation des déclarations dans les États membres et la nécessité d'y avoir des représentants fiscaux engendrent des coûts qui peuvent parfois représenter cinq ou six fois ceux d'une opération en régime national ; dans certaines entreprises le coût global du régime transitoire peut représenter 20% du coût fiscal annuel » (G. Montagnier, « Harmonisation fiscale européenne », *op. cit.*, p. 186). Participe également de ce régime discriminatoire à l'encontre des circulations transfrontalière, l'introduction au profit de l'administration fiscale d'un nouveau droit d'enquête à l'article L 80 F du Livre des Procédures Fiscales (LPF). La suppression récente de l'obligation pour les opérateurs économiques assujettis dans un Etat de disposer d'un représentant fiscal...

³⁰¹ P. Salin, « Le mythe de l'harmonisation fiscale », *op. cit.*, p. 154.

³⁰² C. Poncelet, « Souveraineté des États membres et égalisation des conditions de concurrence », *Rev. aff. eur.*, n° 2, 1995, p. 50.

³⁰³ « Pourquoi donc la Commission s'obstine-t-elle à remettre en cause ce système ? Parce qu'elle poursuit un objectif politique, qui n'a en fait rien à voir avec la construction d'un marché intérieur intégré. Cet objectif, c'est la disparition des frontières ou, pour être exact, la disparition des douanes » (D. de la Martinière, *L'impôt du diable. Le naufrage de la fiscalité française*, *op. cit.*, p. 33).

³⁰⁴ *Un système commun de TVA, Un programme pour le Marché unique*, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité économique et social, le 22.07.1996, COM(96)328 final.

³⁰⁵ L'objectif initial était de laisser le temps à la Commission, jusqu'au 31 décembre 1996, de préparer un régime définitif de TVA reposant sur le principe de taxation dans le pays d'origine, même entre assujettis. Mais en l'absence d'unification de la TVA communautaire, les divergences nationales concernant les taux restent incompatibles avec l'application de la TVA du pays d'origine. Le rapprochement des taux assuré par la directive n° 92/77 du 31 octobre 1992 fut nettement insuffisant. Depuis lors « le processus de décision communautaire en matière de TVA s'est trouvé quasiment bloqué » (Rapport du Conseil des impôts, *JO*, 2001, RCI, p. 34-35). Dans une Communication du 7 juin 2000 relative à la *stratégie visant à améliorer le fonctionnement du système TVA dans le cadre du marché intérieur* (COM(2000) 348 final), la Commission a présenté sa nouvelle stratégie

en dépit des nombreux problèmes de fraude fiscale occasionnée par la suppression des contrôles matériels aux frontières³⁰⁶.

en matière de TVA basée sur « la simplification et la modernisation des règles existantes, une application plus uniforme des dispositions actuelles et une nouvelle mise en œuvre de la coopération administrative ». Bref elle renonce, implicitement, à la suppression des frontières fiscales. Position qu'elle finira par reconnaître explicitement dans une Communication en 2003 : « L'évolution du système commun de TVA exposée ci-devant, semble s'éloigner des principes d'un régime de TVA fondé sur le principe d'une taxation à l'origine » (*Bilan et mise à jour des priorités de la stratégie TVA*, COM(2003)614 final).

³⁰⁶ V. n. O. Fouquet, « L'administration fiscale a-t-elle les moyens juridiques de lutter contre la fraude « carrousel » à la TVA intracommunautaire ? », *Rev. Adm.*, n° 349, p. 44 ; J.J.P. Swinkels, « Carousel fraud in the European Union », *International VAT monitor*, IBFD, Vol. 19, no. 2, 2008, p. 103-113.

Section 3 Bilan et perspectives :

l'approfondissement des éléments prééminents de la frontière

62. Maintenant que les éléments majeurs d'une théorie de la frontière moderne commencent à se profiler, le chercheur prend conscience de la diversité innombrable de ses manifestations. Cette étude, même concentrée sur la matière fiscale, ne peut raisonnablement ambitionner de décrire en profondeur l'ensemble des éléments juridiques imputables, plus ou moins directement, aux deux volets de la notion de frontière. Dresser une théorie générale de la frontière moderne (origine, nature, fonction, objet) exigerait, de la part du juriste, un travail qui dépasserait largement le volume d'un seul ouvrage. Confronté à ce colosse, l'observateur soucieux de faire prévaloir la qualité sur la quantité doit se résoudre à faire des choix : se concentrer sur le primordial pour ne pas manquer du temps, ni de l'espace, nécessaire au développement d'une analyse rigoureuse. En somme, les bases de cette approche théorique et systématique à peine posées, l'approfondissement de certains des problèmes qui gravitent autour de la notion juridique de frontière présuppose de résoudre un dilemme contrariant : prendre pour objet de travail privilégié la seule composante *séparation* de cette notion (ladite « frontière internationale ») ; soit, au contraire, se concentrer sur la composante *filtre* de cette notion (ladite « frontière-obstacle »). En d'autres termes, une délimitation du sujet (A) est le préalable nécessaire à l'identification des problèmes majeures qui gravitent autour de la notion moderne de frontière (B).

A. La délimitation du sujet

63. La frontière-obstacle correspond, *prima facie*, à l'élément le plus tangible et, qui plus est, le plus dénoncé par le monde des affaires. Elle constitue, de surcroît, le cœur de cible du processus d'intégration communautaire et est l'objet, à ce titre, d'une jurisprudence riche et abondante³⁰⁷. Pourtant, les conclusions préliminaires qui ont été formulées jusqu'à présent semblent orienter le chercheur vers un choix contraire. Chronologiquement, déjà, c'est la frontière internationale qui a d'abord été posée comme la structure fondamentale de l'ordre européen aux XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles. La composante filtre, pour sa part, apparaît plutôt comme une conséquence de la formation de ce système international horizontal ; conséquence qui de surcroît trouve sa source principale dans l'opportunisme des Etats devenus souverains. L'interposition d'une frontière-obstacle n'aurait d'ailleurs pas été envisageable sans l'existence, préalable, d'une ligne de séparation couverte de l'autorité du droit entre les différents Etats. Force est de reconnaître, par conséquent, que la frontière-obstacle n'est qu'un accessoire qui, par la force des choses, s'est greffé sur la frontière internationale. Alors que l'élément filtre est né sous l'empire des nécessités ; la ligne de séparation, elle, constitue le *construit juridique* qui a donné vie et sens à la notion de frontière. Hiérarchie des fonctions qui n'est peut-être pas étrangère à la position inégale de ces deux éléments dans la hiérarchie des normes. La frontière internationale constitue un des principes fondateurs et majeurs du droit international public classique. Alors que la frontière-obstacle, à supposer que l'Etat ne se soit pas engagé à y renoncer par voie conventionnelle, est principalement posée par des normes étatiques qui s'élèvent, dans le meilleur des cas, au rang du droit conventionnel. Pour toutes ces raisons, c'est la frontière en tant que ligne de séparation qui sera étudiée en priorité dans le cadre de cet ouvrage. La frontière-obstacle ne sera qu'analysée occasionnellement et, à chaque fois, dans l'ombre de la frontière

³⁰⁷ V. n. *supra* p.66.

internationale³⁰⁸. Celle-ci, en dépit de son ancienneté et de son importance pour la co-existence des Etats, reste encore trop souvent dénaturée : ses fonctions, comme sa substance, sont l'objet de bien des malentendus.

B. La décantation du sujet

64. Le sujet réduit à sa portion congrue, à savoir la ligne étanche qui sépare le territoire des Etats, il est possible d'identifier les problèmes majeurs qui polarisent les débats et confusions : tous, sans exception, découlent de l'absence de définition claire et précise de cette frontière internationale.

65. Pour commencer, la question qui a probablement fait couler le plus d'encre concerne le rôle qu'il faut reconnaître à cette limite impénétrable dans l'ordre moderne et, plus particulièrement, dans la formation de l'Etat et de la notion moderne de souveraineté. Cette question, en dépit de son ancienneté et de son caractère abstrait, présente un réel intérêt pour l'analyse du monde contemporain : s'est-il agit d'une coïncidence, d'une opportunité ou bien d'une nécessité pour cet Etat moderne qui est aujourd'hui confronté à la mondialisation libérale ? La réponse se cache, probablement, dans la nature des fonctions remplies par la frontière internationale. Or, de l'avis de certains des plus grands noms de la doctrine juridique, celle-ci aurait pour seul fonction de délimiter « la portion de l'espace » correspondant à l'une des expressions de la validité de l'ordre juridique³⁰⁹. Ces auteurs considèrent donc, sans surprise, que le rôle de la frontière a été accessoire dans l'Histoire du droit étatique moderne : une « circonstance adventice qui caractérise un certain stade de l'évolution politique »³¹⁰. Le territoire juridique, et en particulier la frontière, ne seraient que des éléments exogènes aux notions

³⁰⁸ V. n. *infra* Titre IIPartie IIChapitre ISection 2§1:B. 2) et Titre IIPartie IIChapitre ISection 2§2:A. 2) .

³⁰⁹ M. Bourquin, « Les règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t.35, 1931/I, p.114. V. a. C. Rousseau, « La conception générale de l'Etat en Droit International Public », « La conception générale de l'Etat en Droit International Public », in : *Cours de droit international public*, Diplôme d'étude supérieures Droit Public (1948-1949), éd. Les Cours de Droit, Paris, p.29 : « une portion de la surface terrestre dans laquelle un système de règles juridiques est applicable et exécutoire ».

³¹⁰ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Dalloz, Paris, 2008, p. 76.

modernes d'Etat, de souveraineté et d'ordre juridique. Pour simplifier, le territoire serait « à l'État ce que le domicile est à l'individu ; il n'est pas plus l'État que le domicile n'est la personne »³¹¹. Pas de place, par conséquent, pour la frontière internationale à l'intérieur des *éléments constitutifs* de l'Etat moderne. Lorsqu'elle n'est pas ignorée, la frontière est simplement déclassée dans les décombres du « langage politique »³¹². Pourtant, ceux-là même qui s'efforcent de relativiser l'importance de la frontière internationale dans la naissance de la notion moderne de souveraineté sont également ceux qui, par ailleurs, s'obstinent à maintenir des frontières étanches autour de leur discipline juridique. Or, c'est ce mur étanche, construit arbitrairement entre la science politique et la science juridique, qui nuit à la compréhension des fonctions remplies par la frontière dans le système international moderne. Tenter de le franchir exigera de passer en revue une multitude de disciplines aussi vastes que le droit international, la théorie du droit (et de l'Etat) et la science-politique. L'objectif n'en reste pas moins modeste : non pas dresser une théorie générale de la frontière en droit public, mais simplement identifier les fonctions majeures remplies par celle-ci pour se faire une idée précise de son rôle et de sa place dans l'ordre moderne. Loin des techniques de la matière fiscale, cette analyse théorique de la frontière ne constitue pas moins un passage obligé. Ses résultats se révéleront d'ailleurs être une boussole essentielle dans la poursuite de ce travail de systématisation. Car, à supposer la question du rôle de la frontière internationale tirée au clair, le juriste est aussitôt confronté à un problème beaucoup plus concret : quelles sont exactement les activités étatiques que cette limite étanche vient séparer ?

66. Toutes les compétences de l'Etat moderne, cela va de soi, ne tombent pas sous le coup du principe de l'impénétrabilité de la frontière. Aucun critère de répartition fiable ne se dégage, pour autant, de la doctrine ou du droit positif. Les positions sur ce sujet sont particulièrement divergentes : des approches étroites (la frontière ne concerne que la compétence de contrainte

³¹¹ L. Durand, « Essai de droit international privé », Rolin, Paris, 1884, Chap. CXX, p.240.

³¹² G. Scelle, « Obsession du territoire. Essai d'étude réaliste de droit international », in : *Symbolae J.H.W. Verzijl*, Nijhoff, 1958, p.353 : « Cette exclusivité territoriale que le langage politique qualifie de "souveraineté" ».

stricto sensu) coexistent avec des approches très larges (l'objet de la frontière s'étend jusqu'aux compétences normatives). Au point que le principe de territorialité de la loi vient parfois côtoyer le droit international public et prendre, insidieusement, les formes d'une frontière internationale qui sépare de façon étanche la compétence normative des Etats³¹³. Bref, la question de l'objet de la frontière internationale est loin d'être résolue. Fort heureusement, guidée et inspirée par une connaissance précise des fonctions assurées par la frontière internationale dans l'ordre moderne, l'analyse du droit fiscal et du droit international privé permettra de clarifier le domaine auquel s'applique la frontière internationale.

67. En somme, il aurait été bien inutile de mettre en évidence les fonctions tenues par la frontière internationale dans l'ordre moderne (Titre I) si, dans le même temps, la définition et la connaissance de l'objet de cette frontière internationale étaient restés dans l'ombre (Titre II).

³¹³ L'étude succincte des règles de source en matière de TVA, entreprise plus tôt, laisse déjà l'impression vague qu'il existerait un rapport entre le principe de territorialité de l'impôt et la frontière internationale (v. *supra* p. 90).

Titre I

Les fonctions de la frontière internationale

68. Ce qui a donné à l'Etat moderne sa spécificité et suscite encore aujourd'hui l'envoûtement de tant de gouvernants³¹⁴ est, sans hésitation, la relation de domination dont l'Etat est l'allocataire privilégié : la « souveraineté » au sens moderne. Celle-ci est réputée étrangère à tout rapport de possession. Il est enseigné que sous l'auspice de ce nouvel *imperium*, le pouvoir de commandement aurait retrouvé une pureté originelle débarrassée des confusions passées avec son voisin patrimonial : le tout aussi vénéré *dominium*. Instigatrice d'une nouvelle dynamique, la souveraineté aurait permis à ses bénéficiaires d'acquérir autonomie et dignité. De surcroît, elle aurait favorisé le développement d'une mécanique de pouvoir comportant un degré de rationalité et d'universalité sans précédent. Bref, la souveraineté moderne incarne aux yeux d'une majorité des spécialistes un changement de structure du pouvoir politique qui touche aussi bien aux formes qu'aux méthodes de domination sur les hommes. Or, dans cette révolution majeure des techniques du pouvoir qui s'opère en Europe du XV^{ème} au XVIII^{ème} siècle, quel rôle faut-il reconnaître au territoire et à ses frontières?

69. L'idée que le territoire est *un élément de la nature de l'Etat* et, par voie de conséquence, de la souveraineté moderne, a été régulièrement développée en doctrine³¹⁵. Ces analyses ne s'accompagnent pas, pour autant, d'une étude approfondie des fonctions remplies par la frontière et, en particulier, de son principe d'impénétrabilité. Ce dernier a pourtant clairement conditionné la formation du territoire politique et juridique tant plébiscité³¹⁶. Paul Geouffre de la Pradelle reconnaît, certes, que la frontière moderne est « un procédé d'unification, un moyen essentiel d'organisation de l'Etat, un attribut de puissance publique »³¹⁷. Mais en l'absence d'une analyse plus systématique et approfondie, cette formule paraît péremptoire. Bref,

³¹⁴ Le général De Gaulle ne parlait-il pas du « miracle de la souveraineté » (propos rapportés par J.J. Chevallier, G. Carcassone et O. Duhamel, *Histoire de la Ve République (1958-2009)*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 132).

³¹⁵ V. n. M. Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2002, p.339 : le territoire est « conçu comme une individualité sous-jacente à la personnalité juridique de l'Etat » ; R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Sirey, Paris, 1920, p.4 : « Le territoire n'est point un objet situé en dehors de la personne juridique Etat (...) ; mais il est un élément de son *être* et non point de son *avoir*, un élément par conséquent de sa personnalité même, et en ce sens il apparaît comme partie composante et intégrante de la personne Etat, qui sans lui ne pourrait même pas se concevoir ».

³¹⁶ V. *supra* Titre I Partie I Chapitre I Section 1 §1:B.

³¹⁷ P. G. de la Pradelle, *La frontière*, *op. cit.*, p.57.

alors que les tenants du territoire « qualité » de l'Etat³¹⁸ semblent ne pas avoir jugé nécessaire de s'attarder sur la notion juridique de frontière moderne, le moment est peut-être venu d'essayer de combler cette lacune en cherchant à caractériser le rôle qu'a pu jouer cette frontière dans la formation de l'Etat moderne et de la notion de souveraineté.

70. Le contexte historique et politique fourmille généralement d'indices enrichissants pour la compréhension des grandes notions du droit. C'est particulièrement vrai de la notion juridique de territoire et de frontière, pour lesquels un détour du côté du phénomène complexe de la territorialité politique est nécessaire³¹⁹. Pour commencer, c'est la territorialité politique qui permettra aux autorités monarchiques de se débarrasser, à partir des XV^{ème} et XVI^{ème} siècles, du fief et du domaine. Sans elle, la juxtaposition de souveraineté dans l'exercice du pouvoir de commandement n'aurait pu voir le jour sur les cendres de l'ancienne superposition de suzeraineté. La frontière, en particulier, va permettre à la puissance publique de se débarrasser de tout concurrent à l'intérieur de son ressort. Puis, à côté de cette modification de la configuration spatiale du pouvoir, la territorialité politique va aussi profondément transformer la notion de commandement : cette « relation entre une personne qui énonce l'obligation et une autre personne qui est tenue de l'exécuter »³²⁰. Du point de vue de la personne qui énonce l'obligation, d'abord : le commandement ne tirera plus sa force de la propriété du sol, mais du contrôle d'un territoire limité *ratione loci*. Ce dernier deviendra le « cadre » et le « support » attribué d'une nouvelle puissance « irrésistible et sans rivale »³²¹ à l'intérieur de ses frontières juridiques. Du côté de ceux qui sont tenus d'exécuter l'obligation, ensuite : la structure même de l'obéissance va être bouleversée. La source du pouvoir ne devra plus être recherchée du côté des servitudes personnelles propres à l'époque médiévale. À la place de l'homme féodal apparaît un individu qui, par sa seule inscription spatiale,

³¹⁸ R. Carré de Malberg, *Ibidem*, p. 4 : « La territorialité n'est pas une partie spéciale du contenu de la puissance étatique, mais uniquement une condition et une qualité de cette puissance ».

³¹⁹ V. *supra* p. 35 - 38.

³²⁰ D. Baranger, *Le droit Constitutionnel*, 4^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2009, p. 22.

tombe nez à nez avec une puissance dépersonnalisée et objectivée. La territorialité politique est ainsi allée jusqu'à pénétrer les structures de la sujétion des hommes à l'autorité : l'allégeance territoriale se substitue, dans le rapport de subordination, à l'ancien hommage personnel.

71. En somme, l'enracinement territorial du politique est au cœur de la révolution des techniques du pouvoir sous la modernité. Si, pendant une longue période, il a été possible de déceler la racine de bien des organisations politiques dans « le clan, la phratrie, la tribu »³²². L'Etat moderne, lui, se singularise par la place essentielle qu'il accorde à son territoire et à ses frontières. Brève analyse du processus de territorialité qui permet déjà, au milieu de cette transformation des structures du pouvoir, de discerner deux fonctions majeures tenues par la frontière internationale : (i) affirmer la puissance de l'Etat en permettant l'exclusion de tout pouvoir exécutif concurrent et, corrélativement, (ii) limiter cette puissance en dépouillant le droit international de sa consonance impérialiste au profit de la reconnaissance d'une pluralité de souveraineté. Pour le dire autrement, la frontière internationale est peut-être la clef qui permet d'expliquer les deux phénomènes majeurs généralement associés à la naissance de l'Etat moderne : l'émancipation du pouvoir politique (Partie I), ainsi que sa rétraction sur un rayon d'action strictement délimité (Partie II).

³²¹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1 : « La règle de droit, le problème de l'Etat », 3^{ème} éd., E. Bocard, 1927, p.537.

³²² G. Scelle, « Obsession du territoire. Essai d'étude réaliste de droit international », *op. cit.*, p.350.

Partie I

LA CONTRIBUTION DE LA FRONTIERE A L'AUTONOMISATION DU POLITIQUE

72. Une des conséquences symboliques généralement attachées à la notion de frontière dans les relations internationales correspond à l'affirmation de l'indépendance des Etats. À l'instar de Friedrich Ratzel, il est une opinion largement partagée par les hommes politiques selon laquelle une « frontière se valorise avec l'autonomie de l'Etat et se dévalorise avec sa dépendance »³²³. C'est également la position de la Cour Permanente de Justice Internationale (C.P.J.I.) qui, à l'occasion de la remise en cause par l'Allemagne de l'interdiction qui avait été faite à l'Autriche d'« aliéner » ou de « compromettre » son indépendance par le Traité de paix de Saint-Germain (1919)³²⁴, a considéré que « l'indépendance de l'Autriche doit s'entendre du maintien de l'existence de l'Autriche dans ses frontières actuelles comme Etat séparé restant seul maître de ses décisions aussi bien dans le domaine économique que dans le domaine politique, financier ou autre »³²⁵. Formule du juge qui laisse entendre que la *séparation*, occasionnée par le *maintien des frontières* de l'Etat, constituerait une garantie pour l'Etat de la *maîtrise de ses décisions*, c'est-à-dire de la conservation de sa souveraineté. Ce lien de causalité posé ici entre la frontière impénétrable et la prestigieuse notion de souveraineté n'est pas l'apanage de la seule Cour Permanente. Le célèbre juge Max Huber, dans une sentence arbitrale, a également eu l'occasion d'affirmer que la « souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance. L'indépendance à la lumière d'une parcelle de la terre est le droit d'exercer sur celle-ci, à l'exclusion de tout Etat concurrent, les fonctions reconnues à un Etat »³²⁶. Bref, il semblerait que l'impénétrabilité de la frontière ait pour fonction de garantir l'indépendance de l'Etat et peut, à ce titre, se targuer d'une filiation avec la notion moderne de souveraineté. C'est l'opinion d'une partie non négligeable de la doctrine juridique³²⁷, au sein de

³²³ F. Ratzel, *Géographie politique*, trad. de l'allemand par F. Ewald, Fayard, 1987, p.157.

³²⁴ Question de la compatibilité du protocole d'union douanière austro-allemand du 19 mars 1931 avec l'article 88 du Traité de Saint-Germain du 10 septembre 1919, ainsi que le Protocole n°1, signé à Genève du 4 octobre 1922.

³²⁵ C.P.I.J., *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (Protocole du 31 mars 1931), avis consultatif du 5 septembre 1931, *Recueil C.P.J.I.* A/B, p.45.

³²⁶ *Island of Palmas Case* (Netherlands c/ United States of America) (trad. de l'auteur), *op. cit.*, p. 838.

³²⁷ V. n. B. Badie, « La fin des territoires Westphaliens », *Géographie et Cultures*, n°20, 1996, p.113-118 ; O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.122 : « L'invention de la notion de territoire, ainsi que sa progressive émancipation de l'idée préétatique de domanialité, est une parfaite illustration de ce processus d'émancipation par rapport aux catégories juridiques du Moyen Age et d'autonomisation des catégories juridiques rapportées à l'Etat » ; O. Beaud, « L'honneur perdu de l'Etat ? », *Droits*, n°15, 1992, p.5.

laquelle les auteurs anglo-saxons sont particulièrement bien représentés³²⁸. John Herman Herz, par exemple, considère que « l'indépendance étatique puise sa source ni dans la sphère du droit ni dans celle du politique, mais bien plutôt dans ce substrat du statut de l'Etat grâce auquel l'unité s'impose physiologiquement à nos sens : une surface territoriale entourée pour son identification et sa défense d'une carapace de fortifications »³²⁹. Ces prises de position, en dépit de leur hétérogénéité, amènent à poser la question suivante : l'affirmation d'une autorité politique en Europe affranchie des « ingérences externes », ainsi que des « résistances internes », aurait-elle pu voir le jour sans la « territorialisation » de la puissance publique, c'est-à-dire sans la construction politique et juridique de frontières aux lisières du royaume ?

73. Le territoire désigne en droit public un « espace de pouvoir », c'est-à-dire un espace qui présente la spécificité d'être enfermé dans des frontières impénétrables. La doctrine parle à son sujet de « superficie de terre ferme qui, ensemble avec tous les objets sis en elle, est soumise à une même domination »³³⁰, ou encore, de « cadre géographique dans lequel la puissance publique s'exerce d'une façon exclusive »³³¹. Rappelons aussi que l'exclusivité territoriale et l'impénétrabilité des frontières sont deux termes quasi-synonymes : le premier n'est qu'une des conséquences juridiques du second³³². Le territoire n'est d'ailleurs pas le fait du hasard, mais le produit délibéré d'un processus de territorialité politique qui s'est polarisé, à la fin du moyen âge, autour du combat pour le monopole de la contrainte sur un espace délimité. Or, dans cette lutte, le triomphe des autorités centralisatrices fut largement tributaire de l'édification de frontières aux limites du royaume. Ce

³²⁸ V. n. J. H. Herz, « The rise and demise of the territorial state », *World Politics*, vol. 9, n°4, 1957, p.473 ; J. Ruggie, « Territoriality and Beyond : Problematizing in International Relations », *International Organization*, n°47, 1993, p.139-174 ; R. Jackson, *International Boundaries in Theory and Practice*, Berlin, IPSA, 1994, p.9...etc.

³²⁹ J. H. Herz, « The rise and demise of the territorial state » (trad. de l'auteur), *op. cit.*, p.474 : la source de l'indépendance étatique se trouve « neither in the sphere of law nor in that of politics, but rather in that substratum of statehood where the state unit confronts us, as it were, in its physical, corporeal capacity: as an expanse of territory encircled for its identification and its defense by a "hard shell" of fortifications ».

³³⁰ R. Redslob, *Traité de droit des gens*, Sirey, Paris, 1950, p.142.

³³¹ G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, t. I, Panthéon-Assas, 2005, p.131.

³³² V. *supra* p.60.

n'est d'ailleurs qu'une fois ces progrès de la territorialité politique acquis que le territoire fraîchement conquis sera couvert du voile de la juridicité, sous la forme du principe de « l'impénétrabilité des frontières » et de « l'exclusivité territoriale ». Le droit international public et la théorie de l'Etat apporteront leur pierre à l'édifice en faisant de ce territoire le principal attribut juridique de l'Etat : « le droit suprême (...) d'agir selon son gré dans la limite de son espace géographique national »³³³. De nombreux auteurs en déduiront que le territoire est un élément constitutif de l'Etat³³⁴, sans jamais préciser cependant le rôle qui revient à la frontière internationale dans l'avènement de ces deux notions. Pourtant, si la participation du territoire à l'essence même de la notion moderne de souveraineté était confirmée, c'est la notion même de frontière qui décrocherait, par la même occasion, une place parmi les grandes notions juridiques de la pensée moderne. Car si « le territoire est le principe de la souveraineté, la notion de frontière est le principe du territoire »³³⁵. Dans le cadre d'une genèse de l'ordre moderne européen et de la notion de souveraineté, ce sera donc le rôle joué par le principe de l'exclusivité territoriale dans la formation de l'Etat moderne qui sera d'abord étudié (Chapitre 1). Puis, cette fonction du territoire juridique acquise et reconnue, ce sera le rôle de la frontière internationale dans la formation de ce territoire juridique qui sera caractérisé (Chapitre 2).

³³³ R. Matricon, *Souveraineté territoriale – Recherche sur les évolutions et transformations d'une notion complexe dans les situations politiques de cession, d'échange, d'adjonction et de sécession de territoire*, Thèse pour le doctorat en science politique, Université Jean Moulin – Lyon III, 1999, p.16.

³³⁴ V. n. H. Ruiz-Fabri, « Immatériel, territorialité et Etat », *A.P.D.*, n°43, 1999, p. 193 : « Le territoire sert de cadre pour l'exercice des compétences nationales et sert de point d'appui pour l'exercice des compétences internationales » ; J.L. Marx, *Les territoires de l'État*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997, p.4 : « Le territoire est à la fois une substance de l'Etat, un objet de son pouvoir et l'espace de sa compétence » ; L. Dembinski, « Le territoire et le développement du droit international », *Annuaire Suisse de droit international*, 1975, p. 126 : « Le territoire est l'assise principale de la puissance de l'Etat ainsi que le fondement de sa cohésion nationale ».

³³⁵ S. Laghmani, *Histoire du droit des gens : du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Pedone, Paris, 2003, p.47.

Chapitre I

L'exclusivité territoriale au cœur de l'ordre moderne européen

74. À l'intérieur d'un territoire juridique, c'est-à-dire d'un espace régit par le principe de l'exclusivité territoriale, tous les actes d'exécution relèvent d'une même autorité, sont imputables à un centre unique : le souverain³³⁶. L'article 1^{er} alinéa 1 du Code civil français peut ainsi affirmer que les « lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le président de la République ». Dans le système juridique moderne, le « droit de contrainte sociale repose entre les mains de l'Etat seul ; il est son monopole absolu. Toute association qui veut poursuivre ses droits contre ses membres au moyen de la force doit faire appel à l'Etat, et celui-ci fixe les conditions auxquelles il prête son concours »³³⁷. *A contrario*, « l'emploi de la force est un acte illicite s'il n'a pas été prescrit ou permis par l'ordre juridique »³³⁸. Toute contrainte émanant d'un particulier, sans habilitation de l'Etat à l'intérieur de ses frontières, est illégale (infraction³³⁹, vice du consentement³⁴⁰...). De la même manière, le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique dans l'exercice de ses fonctions d'exécution expose son instigateur à une peine pénale³⁴¹. Bref, l'un des objets principaux du droit étatique interne est devenu de déterminer, si possible de façon exhaustive, les conditions dans lesquelles la violence, devenue *puissance* et *coercition* sous l'emprise de l'Etat, peut être légitimement employée³⁴². C'est pourquoi l'exclusivité territoriale est souvent décrite, notamment en droit fiscal, comme un élément constitutif de la notion moderne de souveraineté. Gilles Dalimier, par exemple, décline la souveraineté fiscale en quatre points, parmi lesquels une place primordiale est accordée à celui-ci : *il faut que le système fiscal considéré soit applicable, à l'exclusion de tout autre, dans les limites d'un domaine territorial*

³³⁶ O. Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.40 : « l'ordre constitutionnel du Moyen Age constitue un ordre juridique décentralisé auquel il manque précisément ce centre, cette puissante unifiante qu'est la souveraineté de l'Etat moderne ». Mais surtout du même auteur, v. *Ibidem*, Chapitre II sur « L'unité interne de la puissance publique : hiérarchie et délégations », p.153-178.

³³⁷ R. Von Ihering, *L'évolution du droit*, Librairie Chevalier Marescq et Cie, 1901, p.164.

³³⁸ H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol.84, 1953-III, p.22.

³³⁹ On peut évoquer l'agression sexuelle (article 222-2 du Code pénal), la violation de domicile (article 226-4 du Code pénal), ...etc.

³⁴⁰ La contrainte physique ou morale exercée sur le contractant justifie le prononcé de la nullité du contrat (Cass. civ. 3^e, 13 janv. 1999, *Bull. civ.* III, n° 11).

³⁴¹ Article 433-6 du Code pénal.

³⁴² H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *op. cit.*, p.23 : « L'une des caractéristiques du droit national est précisément qu'il détermine les conditions auxquelles la force peut être légitimement employée ».

*déterminé*³⁴³. Les Professeurs Guy Gest et Gilbert Tixier posent une définition similaire : la souveraineté fiscale correspond à un système « présentant deux caractéristiques essentielles, d'une part une autonomie technique, d'autre part une exclusivité d'application dans le territoire en question »³⁴⁴. Puis, ils ajoutent qu'un système fiscal doit s'appliquer « à l'exclusion de tout système concurrent, dans un territoire géographique déterminé »³⁴⁵. Le Professeur Louis Cartou, enfin, fournit une définition en tout point identique de la souveraineté : « est revêtue de la souveraineté fiscale, l'autorité qui, sur un territoire déterminé, détient le pouvoir exclusif de créer un système d'impôt et de l'appliquer »³⁴⁶. Cette analyse du rôle de l'exclusivité territoriale a cependant vocation à dépasser les limites du seul droit fiscal : c'est bien l'ensemble du droit public moderne d'origine européenne qui est tributaire de l'existence du principe de l'exclusivité territoriale (Section 1). Or ce principe est la manifestation d'une puissance qui, sous l'impulsion du processus de territorialité politique, a permis aux autorités de l'Etat de surmonter les obstacles inhérents au système féodal (Section 2).

³⁴³ G. Dalimier, « Droit fiscal international français - Généralités », *J.-Cl. Droit Fiscal International*, fasc. 350, 1992, p.4.

³⁴⁴ G. Gest et G. Tixier, *Droit fiscal international*, 2^e éd., PUF, Coll. Droit fondamental, p. 15.

³⁴⁵ G. Gest et G. Tixier, *Ibidem*, p. 15.

³⁴⁶ L. Cartou, *Droit fiscal international et européen*, Dalloz, 1981, Paris, p. 14.

Section 1 Le rôle de l'exclusivité territoriale

75. Le principe de l'exclusivité territoriale est au cœur des techniques du pouvoir moderne. Il reste pourtant réduit, par une certaine doctrine, au rang subalterne d'attribut attaché à la qualité d'Etat en droit international public. C'est la genèse de l'Etat qui, le mieux, permet de suggérer une version différente : l'exclusivité territoriale apparaît non seulement comme la première manifestation de la notion moderne de souveraineté (A), mais aussi au fondement du droit international classique (B) et du droit étatique moderne (C). Un lien profond, une continuité réglée, peut ainsi être caractérisé entre l'exclusivité territoriale, la souveraineté moderne et l'ordre juridique étatique.

§1: *La première manifestation de la souveraineté*

76. Les définitions contemporaines de la souveraineté de l'Etat, en raison de leur caractère purement normatif, laissent bien peu de place à l'exclusivité territoriale (A). Ces approches présentent l'inconvénient d'être trop éloignées de la réalité de la puissance. Pourtant, une brève lecture des auteurs qui ont été témoins de leur vivant de la naissance de la notion moderne de

souveraineté³⁴⁷ permet, au contraire, de confirmer que celle-ci a été d'abord une action coercitive dont la singularité fut de s'enraciner dans l'espace (B).

A. L'approche contemporaine de la notion de souveraineté : l'absence de l'exclusivité territoriale

77. Parmi les définitions juridiques les plus rigoureuses de la souveraineté interne³⁴⁸, on rencontre dans la doctrine du XX^{ème} siècle la notion d'« omnicompétence »³⁴⁹, de « compétence de la compétence »³⁵⁰ ou encore de « monopole d'édiction du droit positif par l'Etat »³⁵¹. Ces définitions partagent une idée commune : « l'Etat est maître de se déterminer lui-même, à son gré, le cercle de sa compétence »³⁵². Ces définitions présentent, de surcroît, cette particularité d'être purement normatives, c'est-à-dire de considérer la notion moderne de souveraineté comme « un concept et un attribut purement juridique, dissocié de la réalité de puissance »³⁵³. Depuis la première guerre mondiale, la majorité des définitions fournies par les juristes laissent entendre que commander consisterait uniquement à légiférer, à prescrire des règles de la conduite humaine. C'est l'influence exercée par l'environnement juridique contemporain qui a probablement conduit ces

³⁴⁷ Nous ajouterons à ces auteurs de « l'époque » qui s'étend du XVI^{ème} siècle au XVIII^{ème} siècle, des auteurs contemporains du XX^{ème} siècle dans la mesure où ces derniers ont bien souvent eu la volonté, en raison d'opinions politiques dites « réactionnaires », de restaurer cet « esprit du passé » qui a présidé à la formation de l'Etat moderne et de ses frontières juridiques.

³⁴⁸ Selon une doctrine bien établie, la notion moderne de souveraineté présenterait deux visages, l'un tourné vers l'intérieur (l'ordre interne), l'autre vers l'extérieur (l'ordre international). C'est la « qualité d'un pouvoir suprême à l'intérieur de son ressort et ne connaissant que des égaux hors de son ressort » (O. Beaud, « Souveraineté », in : *Dictionnaire de Philosophie politique* (sous la dir. de S. Rials et P. Raynaud), 2^e éd., PUF, 1998, p.626).

³⁴⁹ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 236 et passim.

³⁵⁰ G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, t.1, *op. cit.*, p. 155 : « La distinction entre les Etats souverains et les Etats non-souverains est maintenant facile à établir. La souveraineté est la capacité de se déterminer seul soi-même au point de vue juridique. L'Etat souverain seul peut, dans les limites qu'il a lui-même établies ou reconnues, régler en toute liberté le contenu de sa compétence. Au contraire, l'Etat non -souverain, tout en se déterminant lui aussi librement, ne peut le faire que dans les limites de son pouvoir étatique ». V. a. H. Quaritsch, « La Souveraineté de l'Etat dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 9, février 2001.

³⁵¹ O. Beaud, *Ibidem*, p.130

³⁵² R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie de l'Etat*, t.1, *op. cit.*, p.259-262.

³⁵³ L. Dembinski, « Le territoire et le développement du droit international », *op. cit.*, p. 135.

juristes à réduire le concept de souveraineté à une qualité abstraite de l'Etat³⁵⁴, et par la même occasion, à oublier que la réalité d'un ordre juridique complet et centralisé faisait défaut à l'époque même où cette notion a triomphé.

78. Tous les auteurs contemporains du XX^{ème} siècle ne se sont pas, cependant, totalement affranchis de la réalité de la puissance. Georg Jellinek, par exemple, était probablement plus proche de la réalité de l'ordre moderne. Il décrit le territoire comme « la base réelle de l'exercice de tout l'ensemble de la puissance de commander »³⁵⁵. Or, par « base réelle », cet auteur entendait souligner, semble-t-il, l'existence d'une *base effective* pour la souveraineté, par opposition à une assise purement normative. Carl Schmitt touche aussi de près à la réalité de la puissance lorsqu'il décrit la souveraineté comme une « puissance organisée de l'Etat s'exerçant de façon effective sur une surface délimitée »³⁵⁶. D'autres auteurs du XX^{ème} siècle, comme Raymond Carré de Malberg, ressentent également l'importance du pouvoir de contrainte dans la définition de la souveraineté : le territoire est le cadre de la puissance publique et « ce qui fait de la volonté de l'Etat une volonté dominatrice, c'est la *force coercitive d'exécution* qu'elle porte en elle. Cette force n'est pas un élément distinct venant s'ajouter à la volonté étatique. Elle est un caractère essentiel de cette volonté, et même elle en forme le caractère spécifique »³⁵⁷. Reste que même pour ces auteurs du siècle dernier, la place généralement réservée au principe de l'exclusivité territoriale reste accessoire, plus précisément dans l'ombre du principe de

³⁵⁴ C. Chaumont, « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, Paris, 1960, p. 117 : « La plus grande erreur de la perspective classique en matière de souveraineté est d'avoir fini par désincarner ce concept en en faisant une propriété abstraite et *ne varietur* de l'Etat. Ce que cette notion gagne en pureté, elle le perdait en vraisemblance ».

³⁵⁵ G. Jellinek, *Ibidem*, p.23.

³⁵⁶ C. Schmitt, *Le nomos de la terre*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 200. Puis l'auteur précise un peu plus loin que « la puissance étatique souveraine est avant tout une puissance effective » (*Idem*, p.206). On peut également mentionner à ce titre une définition donnée par Olivier Beaud : « La souveraineté moderne est un pouvoir suprême de l'Etat sur les personnes qui entrent *dans le cercle* de sa domination » (*La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.42).

³⁵⁷ R. Carré de Malberg, *Ibidem*, p. 199. V. a. dans le même ouvrage, p. 4 : le territoire est le « cadre dans lequel s'exerce la puissance étatique ».

l'indivisibilité de la souveraineté³⁵⁸. Pour que le principe de l'exclusivité territoriale sorte de l'obscurité, il est nécessaire de remonter dans le temps pour se tourner vers des auteurs qui ont assisté, de leur vivant, au triomphe de la notion moderne de souveraineté. Un élément non normatif, exécutif et concret, refait alors surface : le pouvoir de contrainte à l'intérieur des limites d'un territoire³⁵⁹.

B. L'approche traditionnelle de la notion de souveraineté : le caractère prépondérant de l'exclusivité territoriale

79. En matière de souveraineté, il n'est pas jusqu'à la prestigieuse notion d'*imperium* qui ne renvoie à l'idée de violence, de contrainte. Synonyme chez les publicistes de souveraineté, le terme *imperium* est généralement défini aujourd'hui comme « l'ensemble des pouvoirs qui ont leur principe dans la détention d'une fraction de puissance publique »³⁶⁰. Mais si l'on remonte aux origines, c'est-à-dire à l'Empire romain, l'*imperium* apparaît alors sous sa cruelle sévérité : un pouvoir de commandement de nature militaire, plus précisément le pouvoir de vie et de mort qu'exerce le chef militaire sur ses hommes³⁶¹. L'*imperium*, avant de s'apparenter à une maîtrise des choses ou

³⁵⁸ V. n. J. Freund, *L'essence du politique*, *op. cit.*, p. 559 : « l'affirmation du non-partage de la souveraineté en tant que celle-ci possédait une autorité exclusive dans des frontières déterminées » ; E. Balibar, *Nous, citoyens d'Europe ? Les frontières, l'État, le peuple*, La Découverte & Syros, Paris, 2001, p. 270 : « Le fait que la souveraineté s'exerce sur un territoire déterminé où elle est exclusive de toute autre est implicite dans les propositions générales de Bodin aussi bien que dans les exemples qu'il discute (en particulier lorsqu'il oppose le pouvoir des monarques absolus ou de la république romaine à l'enchevêtrement des fonctions d'autorité caractéristique de l'Empire germanique) ».

³⁵⁹ Ludwick Dembinski distingue ainsi deux perspectives de la souveraineté chez les juristes modernes : la réaliste, qui prend appui sur le « contrôle effectif du territoire », et la conceptualiste qui se concentre sur « l'attribut purement juridique ». Il constate toutefois une tendance nette des auteurs contemporains à oublier la première au profit de la seconde (« Le territoire et le développement du droit international », *op. cit.*, p. 135).

³⁶⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Association Henri Capitant, 7^e éd., 2005, p.459.

³⁶¹ J. Gaudemet, « *Dominium – Imperium. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne* », *Droits*, n°22, 1995, p. 125 ; v. a. J. Dauvillier, « Aux origines des notions d'Etat et de souveraineté sur un territoire », in : *Mélange offert à Paul Couzinet*, Toulouse, 1974, p. 197 : l'*imperium* « implique un pouvoir disciplinaire absolu sur les troupes, le *ius gladii*, emportant droit de vie et de mort, sans recours, au cas de crime ou de désobéissance. (...) À l'*imperium* se rattache enfin le droit de contrainte, *coercitio maior*, qui peut aller jusqu'à faire emprisonner un citoyen ».

de l'espace, constituait un pouvoir de contrainte du chef sur ses hommes : pouvoir militaire (faculté de lever les troupes, de les commander et de les conduire au combat) et pouvoir de *coercitio* (droit de faire emprisonner)³⁶². C'est d'ailleurs probablement en connaissance de cette origine que la philosophie politique moderne s'est réapproprié l'usage de cette notion dans le but, délibéré, de marquer une rupture avec un ordre féodal qui était concentré sur la possession du sol.

80. Chez Thomas Hobbes, par exemple, le lien entre le « pouvoir de vie ou de mort » et « la souveraineté de l'Etat » est particulièrement évident. Pour cet auteur, il est « impossible de conserver l'Etat là où quelqu'un d'autre que le souverain dispose du pouvoir d'accorder des récompenses plus fortes que la vie, et d'infliger des peines plus grandes que la mort »³⁶³. De même, si Jean Bodin voit la première *marque* de souveraineté dans la puissance législative³⁶⁴, il ne s'éloigne cependant jamais de la réalité politique de l'ordre naissant : « la force du commandement gist en la contrainte »³⁶⁵. Mais c'est surtout chez Gottfried Wilhelm Leibniz que la place du pouvoir de contrainte, et partant de l'exclusivité territoriale, est la plus manifeste. Témoin de la désagrégation de l'Empire Germanique sous l'auspice des Traités de Westphalie, il cherche à comprendre le critère ultime de cette souveraineté fraîchement acquise par les petits Etats allemands. Il commence

³⁶² C. Jarrosson, « Réflexions sur l'Imperium », in : *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, coll. Mélange, 1991, § 7. Il n'est pas inutile d'ajouter que le titre d'*imperator*, sous l'empire Romain, était accordé aux généraux victorieux bien avant d'être conféré par le vote de la *lex curiata de imperio*, c'est-à-dire par les comices curiates. Autrement dit, le pouvoir suprême, dit *imperium*, était accordé sans considération de la possession du sol, ni de la propriété, mais en, considération des qualités militaires du chef désigné.

³⁶³ T. Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, trad. par G. Mairet, Gallimard, coll. Folio/Essai, 2000, p.634 : « La conservation de la société civile dépendant de la justice et la justice dépendant du pouvoir de vie ou de mort, et autres récompenses et peines moins fortes, pouvoir qui réside en ceux à qui appartient la souveraineté de l'Etat, il est impossible de conserver l'Etat là où quelqu'un d'autre que le souverain dispose du pouvoir d'accorder des récompenses plus fortes que la vie, et d'infliger des peines plus grandes que la mort ». Le contrat social de Jean Jacques Rousseau repose sur un même postulat : « Comme la nature donne à chaque homme un pouvoir absolu sur tous ses membres, le pacte social donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens... » ; l'auteur ajoutant plus loin « Qui veut conserver sa vie aux dépens des autres doit la donner aussi pour eux quand il faut. Or, le citoyen n'est plus juge du péril auquel la loi veut qu'il s'expose ; et quand le prince lui a dit : « Il est expédient à l'Etat que tu meures », il doit mourir, puisque ce n'est qu'à cette condition qu'il a vécu en sûreté jusqu'alors... » (*Contrat social*, Paris, Garnier, 1965, p. 253 et 256).

³⁶⁴ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, 10^e éd. (1593), rééd. Fayard, Corpus des œuvres de philosophie en langue française, 1986, t.I, chap.10, p. 306 : « la puissance de donner et casser la loy à tous en general, et à chacun en particulier » ; cité à partir de O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 97.

³⁶⁵ J. Bodin, *République*, *op. cit.*, t.III, 5, p.118. L'auteur précise sa pensée : « Toute la force des loix gist en ceux qui ont le commandement, soit le Prince souverain, soit les Magistrats, c'est-à-dire puissance de contraindre les

par exclusion de la qualité de souverain les seigneurs locaux, car « ...ce qu'il peut fur les fujets est fort limité, et il a bien le pouvoir de contraindre quelques mutins en se fervant des ministres de la justice ou en faisant fonner le tochain, mais il n'a pas le droit de lever des gens de guerre et d'entretenir des forces capables de contraindre toute la communauté : Car cela n'appartient qu'à celui qui a la Supériorité territoriale, comme nous l'appellon en Allemagne »³⁶⁶. Puis il refuse cette qualité à l'Empereur, auquel il donne le terme de « Majesté » dans la mesure où il dispose du « droit de commander sans pouvoir être commandé de qui que ce soit »³⁶⁷. Ce pouvoir, qui n'est pas sans rappeler celui conféré à l'Etat souverain dans la doctrine juridique contemporaine, Leibniz le considère comme accessoire : « l'Empereur et l'Empire ont un très grand pouvoir sur les Electeurs et Princes, mais je fûtiers que cela ne détruit par la souveraineté »³⁶⁸. C'est alors qu'il va pénétrer l'essence même de la souveraineté, qui correspond au « pouvoir légitime de contraindre les fujets à obéir, sans pouvoir être contraint, si ce n'est par une guerre. Car autre chose est le droit de commander, autre chose est le droit reconnu de contraindre sans difficulté »³⁶⁹. Critère ultime, donc, qui renvoie directement au contenu de l'exclusivité territoriale : « la souveraineté ne se perd pas par quelque contrainte passagère et qu'un autre ne la fçauroit acquérir dans nos Etats, que lors qu'il a obtenu un droit certain et ordinaire d'appuyer les ordres qu'il y donne par un corps subsistant capable de brider le pays »³⁷⁰.

subjects d'obéir ou de les punir en quoy gist l'exécution des commandements que Demosthenes appelloit les nerfs de la République » (*Idem*, p.118).

³⁶⁶ G.W. Leibniz, *Entretien de Philarète et d'Eugène, sur la question du temps, agitée à Nimwègue, touchant le droit d'ambassade des électeurs et princes de l'Empire*, p.15. Succède à ce premier argument un second argument qui donne également toute sa place au territoire : « si le territoire est petit, comme celui du Royaume imaginaire d'Ivetot, ou de la petite République de S. Marin. Le Seigneur ou le Senat de ce Territoire pourra sans doute entretenir une garnison pour se maintenir contre les défords domestiques ; mais il ne pourra pas se faire confiderer par dehors, pour ce qui regarde la Paix la Guerre et les Alliances des étrangers, (...) car cela est réservé à ceux qui sont maîtres d'un territoire assez confiderable, pour être appellez Souverains ou Potentats. » (*Idem*, p.15).

³⁶⁷ G.W. Leibniz, *Ibidem*, p.21.

³⁶⁸ *Idem*, p.19.

³⁶⁹ *Idem*, p.21.

³⁷⁰ *Idem*, p.21-22.

81. Pour conclure, cette lecture des auteurs anciens confirme que la souveraineté ne s'est imposée qu'après avoir pris corps dans l'espace³⁷¹ : c'est « d'abord comme quelque chose qui s'exerce à l'intérieur du territoire que la souveraineté apparaît »³⁷², disait très justement Michel Foucault. Pour cette raison, l'exclusivité territoriale mérite bien le titre de première manifestation de la souveraineté moderne. Le droit des gens emploie, d'ailleurs, indistinctement les termes de « souveraineté territoriale » et de « exclusivité territoriale » pour désigner l'espace soumis au pouvoir de l'Etat, par opposition à l'espace international. En droit international public, en effet, la frontière juridique a introduit un partage entre l'espace territorial où sévit le pouvoir de contrainte exclusif de l'Etat, et l'espace international à l'intérieur duquel une pluralité d'Etats sont susceptibles d'exercer simultanément leur pouvoir de contrainte. En somme, tout laisse à penser que le territoire juridique a joué, aussi, un rôle déterminant dans la construction du droit international classique³⁷³.

§2: *La structure fondamentale du droit international classique*

82. Il est des auteurs, comme Carl Schmitt, qui considèrent que tout ordre est nécessairement lié à l'espace, à un *nomos*³⁷⁴. Cette affirmation, probablement excessive lorsqu'elle prétend couvrir l'ensemble des sociétés humaines, conserve toute son acuité lorsqu'elle se cantonne à décrire l'ordre

³⁷¹ R. Redslob, *Histoire des grands principes du droit des gens depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre*, Rousseau Cie éd., Paris, 1923, p.142.

³⁷² M. Foucault, « Sécurité, Territoire, Population » : *Cours au collège de France (1977-1978)*, Seuil, 1997, p. 14.

³⁷³ V. n. la formule de la sentence arbitrale *Island of Palmas case* (Netherlands c/ United States of America), *op. cit.*, p.837 : « ...the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations ».

³⁷⁴ Toute réglementation aurait une origine spatiale et de « cette origine se nourrit (...) tout le droit subséquent et tout ce qui est encore mandé et ordonné ultérieurement en manière d'édictons et de commandements » (C. Schmitt, *Le nomos de la terre*, *op. cit.*, p.54). Le nomos, pour cet auteur, correspond à « un événement historique constituant, un acte de *légitimité* grâce auquel seulement la légalité de la simple loi commence à faire sens » (*Idem*, p.77).

moderne européen : le *Jus Publicum Europaeum* qui s'ébauche du XVI^{ème} au XVIII^{ème} siècle. Le droit international inter-étatique, dit classique, repose sur une assise spatiale dont l'exclusivité territoriale est incontestablement la matrice (A). Sans surprise, par conséquent, bien des principes qui structurent ce droit international public moderne sont largement dictés (ou conditionnés) par le territoire et ses frontières (B).

A. Le territoire comme fondement du droit international classique

83. Pour Carl Schmitt, il y a deux événements historiques constituant pour l'ordre moderne européen : « la prise territoriale d'un nouveau monde »³⁷⁵ de l'autre côté de l'Atlantique, ainsi que « la division du sol européen en territoires étatiques avec des frontières fixes »³⁷⁶. Il considère que le droit international inter-étatique a eu pour principal support, pour tremplin en quelque sorte, une « structure spatiale équilibrée de l'Etat territorial clos sur lui-même avec un espace imperméable et des frontières territoriales fixes »³⁷⁷. À ce sujet, si une date devait être retenue pour situer la naissance du nouvel ordre, la conclusion des Traités de Westphalie (1648) à l'issue de la guerre de trente ans serait certainement la plus appropriée³⁷⁸. Politiquement, cet accord reconnaît l'autonomie des Pays-Bas, la liberté des cantons suisses et organise le démembrement de l'Empire germanique³⁷⁹. Il rompt définitivement avec l'idée d'unité chrétienne qui régissait le monde

³⁷⁵ C. Schmitt, *Ibidem*, p.86.

³⁷⁶ *Idem*, p.149.

³⁷⁷ *Idem*, p.167. Ajoutons que pour Carl Schmitt la frontière séparation n'est pas seulement le fondement de l'ordre européen, mais également son support quotidien : « Le système européen des Etats avait ainsi trouvé sa structure fixe comme ordre spatial entre puissances territorialement délimitées du sol européen. Ce n'étaient pas les engagements précaires des volontés souveraines « se liant elles-mêmes » qui formaient la véritable assise de cet ordre juridique international, mais l'appartenance à un système spatialement équilibré, ressenti en commun (...). Son fondement était l'espace territorial clos sur lui-même avec un ordre spécifiquement étatique » (*Idem*, p. 166).

³⁷⁸ L'ouverture du Congrès fut annoncée pour juillet 1643, la signature des traités intervint le 24 octobre 1648, l'échange des ratifications eu lieu le 18 février 1649, et enfin un recès d'Empire, en 1654, a fait des traités une loi impériale.

³⁷⁹ L'article VIII§2 du Traité d'Osnabrück et l'article LXIII du Traité de Munster organisent la quasi-souveraineté des 355 Etats d'empire.

médiéval, au profit d'une *an-archie* plus fidèle à l'état des choses existantes³⁸⁰ : l'émergence en Europe d'Etats organiquement souverains et indépendants. Sous la plume des négociateurs des dits traités s'ébauche l'idée d'une « communauté d'Etats qui se reconnaissent comme pairs et ont la conscience de vivre entre eux d'après un statut commun, librement consenti »³⁸¹.

84. Après cette consécration politique et juridique du principe d'égalité souveraineté entre les Etats, les idées d'autorité supra-étatique et d'ordonnement hiérarchique à l'échelle du monde, chères au système médiéval, tombent en désuétude. L'ordre international prend une structure horizontale qui est incompatible avec le mécanisme de la superposition d'une pluralité de pouvoir sur un même espace qui prévalait dans le système féodal. Le pouvoir politique aspire désormais à être débarrassé de tout concurrent à l'intérieur de son ressort. Confronté à l'émergence de ces Etats souverains, il devient fondamental pour le droit international de délimiter une sphère opératoire propre à chacune de ces puissances. L'exclusivité territoriale ne peut s'exercer, sans heurts, que sur des territoires juxtaposés. Bref, dans ce système à structure horizontale, il importe à l'ordre et à la tranquillité que les frontières soient rigoureusement délimitées et la surface des territoires soigneusement équilibrée³⁸².

85. Cet équilibre spatial entre les territoires est étranger aux droits d'héritage ou de mariage qui ont dominé l'époque féodale. Ce sont des lignes de forces, des « isobares politiques »³⁸³, qui viennent circonscrire les

³⁸⁰ V. n. G. Berlia, « Remarques sur la paix de Westphalie », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, p. 36 ; R. Turretini, *La signification des traités de Westphalie dans le domaine du droit des gens*, Thèse, Genève, imp. Genévoise, 1949, p. 16.

³⁸¹ R. Redslob, *Traité de droit des gens*, Sirey, Paris, 1950, p. 26.

³⁸² M. Foucault, « Sécurité, Territoire, Population », *op. cit.*, p. 305 : « Quand les diplomates, les ambassadeurs qui ont négocié le traité de Westphalie recevaient de leur gouvernement des instructions, on leur recommandait explicitement de faire en sorte que les nouveaux tracés de frontières, les nouveaux découpages des Etats, les nouveaux rapports à établir entre les Etats allemands et l'Empire, (...), tout cela soit fait en fonction d'un principe : maintenir un certain équilibre entre les différents États de l'Europe ? ». Voir aussi Gaston Zeller, « Le principe d'équilibre dans la politique internationale », *Revue Historique*, p. 31.

³⁸² P. Chrestia, *Le principe d'intégrité territoriale*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2002, p. 18

³⁸³ J. Ancel, *Géographie des frontières*, 6^{ème} éd., Gallimard, coll. Géographie Humaine, Paris, 1938, p.195 : « isobare politique, qui fixe pour un temps, l'équilibre entre deux pressions : équilibre de masses, équilibre de forces ».

territoires de chaque Etat. Un nouveau modèle politico-juridique centré autour de la frontière et de l'exclusivité territoriale voit ainsi le jour en Europe. Il sera par la suite exporté, si besoin par la force, dans le reste du monde. L'exclusivité territoriale, sortie de son contexte européen, sera plaquée artificiellement sur des sociétés ne connaissant pas un niveau de territorialité politique comparable, suscitant souvent incompréhensions et humiliations. Il n'en demeure pas moins que l'apparition « péremptoire de l' « espace » sur la scène internationale est assurément un des faits marquants de ce changement radical qui consiste en la territorialisation de l'ordre international et donc en la transformation de ce dernier de système vertical en système horizontal »³⁸⁴. Bien des observateurs³⁸⁵ et des acteurs des relations internationales³⁸⁶ partagent cette assomption : « Sans territoire, point de souveraineté et sans souveraineté point de droit international »³⁸⁷. Construit sur cette assise spatiale, le droit international public moderne va attribuer à ce territoire et à ses frontières un régime juridique particulièrement protecteur.

B. La richesse des manifestations du territoire en droit international classique

86. Le rôle déterminant du territoire en droit international public se manifeste à plusieurs titres : la reconnaissance de l'Etat (1), la protection de

³⁸⁴ G. Distefano, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Pedone, Paris, 2002, p. 8.

³⁸⁵ R. Aron, *Guerre et paix entre les nations*, Calman Lévy, Paris, 1984, p. 187 : l'ordre international moderne est née d'un « compartimentage de l'espace » ; D. Anzilotti, *Cours de droit international*, traduction de G. Gidel, Paris, Sirey, 1929, p.10 : « la délimitation territoriale des Etats (...) est véritablement la prémisse sur laquelle reposent les relations et le point de départ du développement de ces relations » ; D.P. Connell, *International Law*, vol. 2, 2^e éd., Stevens & Sons, London, 1970, p. 403 : « le territoire est peut-être le concept fondamental du droit international » ; M. Flory, « Le couple Etat-territoire en droit international contemporain », in : *L'International sans territoire* (sous la direct. BADIE (B.) et SMOUTS (M.C.)), *Culture et conflits*, n°21/22, 1996 p.251 : « Un premier constat s'impose : pour le juriste de droit international, Etat et territoire sont étroitement liés et représentent ensemble l'élément fondateur de la société internationale » ;etc.

³⁸⁶ Voici les propos tenus par un ancien Secrétaire général des Nations Unies : « L'occupation et la division de l'espace territorial sont l'une des bases du système étatique à l'intérieur duquel le droit international opère traditionnellement : chaque Etat est établi à l'intérieur d'une certaine surface du globe normalement délimitée par des frontières reconnues » (« Examen d'ensemble du droit international », document de travail rédigé par le Secrétaire général, doc. A/CN.4/24523 avril 1971, ACDI, 1971, vol.II, deuxième partie, p.13, §42).

³⁸⁷ S. Laghmani, *Histoire du droit des gens...*, *op. cit.*, p.48.

la souveraineté de l'Etat (2) et le maintien du dualisme entre ordre juridique étatique et ordre juridique international (3).

1) *L'importance du territoire pour la reconnaissance de l'Etat*

87. Il est difficile de s'imaginer que, dans l'Europe occidentale des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles, le sujet quasi-exclusif du droit international n'ait jamais été dépourvu de ces frontières qui lui confèrent son unité et son identité³⁸⁸. L'idée s'impose donc rapidement qu'une communauté politique ne peut être éligible à la qualité d'Etat, au sens du droit international, sans une délimitation territoriale préalable³⁸⁹. C'est la garantie de la pérennité d'un système de type horizontal. Bien que l'ordre international moderne se caractérise par une forte connotation *inter-subjective*³⁹⁰, l'exclusivité territoriale apparaît comme le critère objectif le plus fiable pour apprécier de la réalité de la souveraineté. Celle-ci a donc régulièrement été utilisée en droit positif comme une condition de la reconnaissance de l'Etat : « Un Etat n'existe qu'à condition de posséder un territoire, une population habitant ce territoire et une puissance publique qui s'exerce sur la population et sur le territoire »³⁹¹. Un arrêt ultérieur de la Cour International de Justice (CIJ) semble toutefois infirmer cette position centrale du territoire.

³⁸⁸ D. Nordman, *Frontière de France...*, *op. cit.*, p. 512.

³⁸⁹ Par délimitation territoriale il faut entendre l'existence préalable d'un accord global sur le contenu et l'existence du territoire. Cela n'implique pas la démarcation des frontières, ni même leur complète délimitation. De nombreux Etats ont été créés et reconnus par la communauté internationale sans que leurs frontières soient entièrement délimitées, comme le rappelle la C.I.J. : « ...l'incertitude des frontières ne saurait affecter les droits territoriaux. Aucune règle ne dispose par exemple que les frontières terrestres d'un Etat doivent être complètement délimitées et définies et il est fréquent qu'elle ne le soient pas en certains endroits pendant de longues périodes, comme le montre la question de l'admission » (*Plateau continental de la mer du nord*, *op. cit.*, p.32, §46).

³⁹⁰ En droit international classique on ne peut véritablement affirmer qu'un Etat « est » ou « n'est pas », mais seulement qu'une collectivité est tenue ou non pour tel par les autres Etats, à la lumière du jugement qu'ils portent sur la réunion des conditions de formation de l'Etat en droit international (J. Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, t.31, 1986, p.105).

³⁹¹ *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c/ Etat polonais*, *Tribunal arbitral mixte germano-polonais*, Sentence arbitrale du 1er août 1929, Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes, Vol. IX, p.336. V. a. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t.1, 3^e éd., LGDJ, 1898, p.95 : « Une collectivité ne peut être un Etat que lorsqu'elle est fixée sur un territoire dont les limites sont déterminées. Sans cela, il n'y a point d'Etat ». V. a. l'article 1 de la convention interaméricaine sur les droits et les devoirs des Etats (VII^o Conférence, Montevideo, 1933), in *Conferencias Internacionales Americanas*, 1889-1936, Washington, 1938, p.668 : « L'Etat comme personne internationale doit réunir les conditions suivantes : 1^o-

88. Dans l'affaire du *Sahara occidental*, la CIJ a laissé entendre, au sujet de l'Etat chérifien, que « aucune règle de droit international n'exige que l'Etat ait une structure déterminée, comme le prouve la diversité des structures étatiques qui existent actuellement dans le monde »³⁹². Il faut cependant replacer la formule dans son contexte : la question posée à la Cour, saisie en l'espèce pour avis, n'était pas de savoir si l'Etat Chérifien constituait à l'époque de la colonisation espagnole au milieu du XIX^{ème} siècle un Etat moderne au sens strict, mais de savoir quels étaient les liens entre cet Etat (ou entité politique), au sens large, et le territoire litigieux à une période déterminée. La réponse de la Cour fut d'ailleurs globalement plutôt fidèle à une conception territoriale de la notion moderne de souveraineté : « les éléments examinés jusqu'à présent n'établissent aucun lien de souveraineté territoriale entre cet Etat et le Sahara occidental. Ils ne montrent pas que le Maroc ait exercé une activité étatique effective et exclusive au Sahara occidental. Ils indiquent cependant qu'un lien juridique d'allégeance existait pendant la période pertinente entre le Sultan et certaines, mais certaines seulement, des populations nomades du territoire »³⁹³. En marge de la question litigieuse, donc, le juge précise que l'exclusivité territoriale reste le critère de l'Etat souverain en droit international. Ce qui n'interdit pas, évidemment, à ce même droit international de reconnaître l'existence d'autres formes d'allégeances politiques pour régler des différends.

population permanente 2°- territoire déterminé 3°- gouvernement 4°- capacité d'entrer en relation avec les autres Etats ».

³⁹² C.I.J., *Sahara occidental*, avis consultatif du 16 octobre 1975, Recueil C.I.J. 1975, p.43, §94. La Cour ajoute ensuite que la spécificité de l'Etat chérifien « tenait à ce qu'il était fondé sur le lien religieux de l'Islam qui unissait les populations et sur les allégeances de diverses tribus au Sultan, par l'intermédiaire de leurs caïds ou de leur cheïks, plus que sur la notion de territoire » (*Ibidem*, p.44, §95).

³⁹³ *Idem*, §107.

2) *L'importance du territoire pour la protection de la souveraineté de l'Etat*

89. Une autre caractéristique symptomatique du droit international public moderne réside dans la « sanctuarisation du territoire »³⁹⁴. Dès les traités de Westphalie, les négociateurs comprendront que dans ce nouveau système, « les Etats, tous égaux en droit, doivent être protégés dans leurs frontières contre l'irruption de souverainetés concurrentes et conquérantes même si, dans le même temps, le droit international leur reconnaît le droit de faire la guerre »³⁹⁵. L'intangibilité et l'inviolabilité des frontières des Etats signataires est la condition de la protection de l'exclusivité territoriale³⁹⁶. Pour ménager cette compétence fraîchement acquise par l'Etat, l'élément dit « le plus sensible de sa souveraineté et de sa personnalité juridique »³⁹⁷, les juristes feront preuve d'une imagination sans limites³⁹⁸. Se développe, sous l'impulsion de la pratique et des nécessités, une pluralité de principes plus ou moins interchangeables : l'intégrité territoriale³⁹⁹, l'inviolabilité des frontières⁴⁰⁰ ou la non-intervention⁴⁰¹. Il ne s'agit là que des déclinaisons

³⁹⁴ P. Chrestia, *Le principe d'intégrité territoriale*, *op. cit.*, p. 114.

³⁹⁵ P. Chrestia, *Ibidem*, p. 18.

³⁹⁶ M. Benhenda, *La frontière en Droit International Public*, Atelier national de reproduction des thèses, Université René Descartes Paris V, 1998, p. 87.

³⁹⁷ A. Gavaglieri, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, t. 26, 1929/I, p.382.

³⁹⁸ L. Dembinski, « Le territoire et le développement du droit international », *op. cit.*, p.126 et p.140.

³⁹⁹ Le principe d'intégrité territoriale apparaît explicitement pour la première fois à l'article 10 du Pacte de la Société des Nations (SDN), dont il fut le « pilier central » (R. Redslob, *Traité de droit des gens*, *op. cit.*, p.53). Il a depuis lors été adopté dans des textes à de nombreuses reprises : l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies (NU), les articles 2§1 et 3§3 de la Charte de l'Organisation des Etats Africains (OEA) du 25 mai 1963, les principes I et IV de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe signé à Helsinki (1^{er} août 1975), les Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies n°2625 du 4 novembre 1970 et n°3314 du 14 décembre 1974,...etc. De nombreuses conventions bilatérales comportent également une clause visant au respect mutuel de l'intégrité territoriale des Etats. Le préambule du Traité sino-Indien sur le Tibet du 29 avril 1954 en est un bon exemple (Cl. A. Colliard et A. Manin, *Droit international et histoire diplomatique*, tome I, vol.2, Montchrestien, Paris, 1971, p.1103).

⁴⁰⁰ Le Conseil de sécurité de l'ONU a affirmé à plusieurs reprises que les frontières du territoire sont « inviolables » (S/RES/757 (1992) du 30 mai 1992). Il s'agit de l'interdiction de franchir la frontière par la force ; il apparaît souvent comme un complément de l'interdiction du recours à la force (D. Bardonnnet, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé : problème juridique choisis », *R.C.A.D.I.*, t. 153, 1976/V, p. 68 : « l'inviolabilité des frontières est l'application du non recours à la force au plan de l'intégrité territoriale »), voir comme un critère d'appréciation de l'agression armée (C. De Visscher, *Problèmes de confins...*, *op. cit.*, p. 188 ; P. Reuter, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 370-371).

⁴⁰¹ Le principe de non-intervention fut élaboré au cours du XIX^{ème} siècle en Amérique latine en réaction aux interventions des Etats européens. L'article 19 de la Charte de l'Organisation des Etats américains dite de Bogota (30 avril 1948) dispose ainsi que « Aucun Etat ni groupe d'Etat n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelques raisons que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un Etat ». Le principe fut ensuite reconnu par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies (Rés. 2625 (XXV) du 24 octobre 1970) et puis comme partie intégrante du droit international coutumier par la jurisprudence (C.I.J.,

particulières d'un même tronc commun, dont les racines puisent leur source dans cet unique objectif : protéger les frontières du territoire de l'Etat moderne⁴⁰².

90. Il faut préciser, au risque d'être répétitif, que le territoire visé en l'espèce par le droit international est totalement étranger à la notion de domaine éminent ou à toute forme de droit réel : intégrité ne signifie pas inaliénabilité. L'accomplissement d'actes de contrainte par un Etat sur le territoire d'un autre Etat ne correspond pas à un *tresspass* ou à un délit quelconque relatif à un droit de propriété, ni même à la violation de la limite du champ de validité spatiale des normes d'un Etat. C'est bien la souveraineté de l'Etat, sous la forme de l'exclusivité territoriale, qui est protégée *de jure* par le principe d'intégrité⁴⁰³. Ce constat est valable depuis l'avènement des frontières internationales dans l'ordre moderne européen et a été explicitement formulée au XVIII^{ème} siècle sous la plume d'Emer de Vattel : « Non seulement on ne doit point usurper le territoire d'autrui, il faut encore le respecter et s'abstenir de tout acte contraire aux droits du Souverain ; car une Nation étrangère ne peut s'y attribuer aucun droit. On ne peut donc, sans faire injure à l'Etat, *entrer à main armée dans son territoire*, pour y poursuivre un coupable et l'enlever. C'est en même temps *donner atteinte à la sûreté de l'Etat, et blesser le droit d'Empire, ou de Commandement suprême, qui appartient au Souverain. C'est ce qu'on appelle violer le*

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c/ Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986, Recueil C.I.J. 1986, p.14, § 202). Au sens strict, il s'agit de la protection d'un Etat contre l'intervention matérielle d'un tiers sur son territoire. Il se distingue ainsi du principe de *non-ingérence*, lequel concerne plutôt les pressions diplomatiques et économiques.

⁴⁰² L'intégrité territoriale vise, en premier lieu, à protéger l'impenétrabilité des frontières de l'Etat souverain. La C.I.J. a d'ailleurs reconnu que les notions d'intégrité territoriale et de frontières sont « étroitement liées » (*Plateau continental de la Mer Égée* (Grèce c/ Turquie), *op. cit.*, p.35, §92), rapprochement que l'on rencontre également souvent dans la doctrine juridique : l'intégrité territoriale qui figure à l'article 2§4 de la Charte de l'ONU « prohibe tout recours à la force en vue de porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un Etat et partant à ses frontières » (C. Blumann, « Frontières et limites », in : *La Frontière*, Société française pour le droit international (colloque de Poitiers), Pedone, 1980, p.13) ; « le principe de l'intégrité territoriale et celui de l'inviolabilité des frontières apparaissent comme des corollaires nécessaires de l'interdiction du recours à la force : l'inviolabilité des frontières est l'application du non recours à la force au plan de l'intégrité territoriale » (D. Bardonnnet, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé : problème juridique choisis », *op. cit.*, p.68).

⁴⁰³ La Résolution 43/131 de l'Assemblée générale de l'ONU adoptée le 8 décembre 1988 affirme, par exemple, que c'est bien la « souveraineté de l'Etat » qui est « affectée » par la mise en œuvre de « l'assistance humanitaire aux victimes de catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre ».

territoire : et rien n'est plus généralement reconnu entre les Nations, pour une injure, qui doit être repoussée avec vigueur, par tout Etat, qui ne voudras pas se laisser opprimer »⁴⁰⁴. L'intégrité territoriale n'est, par conséquent, certainement pas un principe complémentaire de l'interdiction du recours à la force⁴⁰⁵. Non seulement la protection *de jure* du monopole du pouvoir de contrainte de l'Etat ne date pas du Pacte de la Société des Nations ; mais surtout, cette protection est inhérente au concept de souveraineté consacré par le *Jus Publicum Europaeum*. Ce n'est qu'*ex post* que l'intégrité territoriale sera associée à l'interdiction du recours à la force.

3) *L'importance du territoire pour le dualisme juridique*

91. L'analyse du traitement privilégié dont bénéficient le territoire et ses frontières en droit international public manquerait l'essentiel si elle ne s'étendait pas au dualisme juridique qui est une des caractéristiques majeures de ce système. Yves Delahaye enseigne que la frontière est le premier « signe », le « signifiant » fondateur du droit international moderne, lequel fait figure de « signifié ». Pour cet auteur, la frontière est l'instrument qui « permet de distinguer ce qui est international de ce qui ne l'est pas. Signe qui est donc à l'origine de la première opposition binaire, *Internationale vs Interne* »⁴⁰⁶. Cette assertion ne prend toutefois tout son sens qu'à la lumière du dualisme juridique qui sous-tend le droit public moderne.

92. Ce dernier repose sur l'idée que l'origine du droit international se perd dans le fait, dans une réalité historique qui le précède : c'est l'Etat moderne,

⁴⁰⁴ E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquées à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, éd. par M.P. Pradier-Fodéré, Paris, 1863, Tome II, Liv. II, chap. VII, §93 (propos soulignés par l'auteur).

⁴⁰⁵ La position contraire est pourtant soutenue par M.W. Zacher, « The Territorial Integrity Norm : International Boundaries and the Use of Force », *International Organization*, Cambridge University Press, vol. 55, Issue 2, spring 2001, p. 236: « The emergence stage of norm development [du principe d'intégrité] started with the end of World War I and more particularly Article 10 of the League Covenant... » ; M.N. Barnett and M. Finnemore, « The Politics, Power, and Pathologies of International Organization », *International Organization*, vol. 53, Issue 4, 1999, p. 713.

⁴⁰⁶ Y. Delahaye, *La frontière et le texte*, Payot, p. 75.

en tant que monopole de la violence légitime au profit d'une autorité territoriale, qui est seul originaire⁴⁰⁷. Le droit international, pour sa part, ne fait que tirer les conséquences de cette réalité. En somme, le système européen moderne est perçu comme dual dans la mesure où (i) « l'ordre inférieur est un présupposé de l'ordre supérieur »⁴⁰⁸, et que (ii) l'exclusivité territoriale fait figure de fondement et de limite du droit international classique. Si l'Etat ne peut tolérer aucune atteinte à son ressort essentiel, à savoir l'exclusivité territoriale, dans le même temps, le droit international doit sa naissance au partage juridique de l'espace opéré par cette exclusivité territoriale. La solution à cette contradiction se trouve dans le dualisme juridique : l'Etat moderne s'impose comme une totalité close sur elle-même à l'intérieur d'un ordre juridique international dont il est le sujet exclusif⁴⁰⁹. Si les Etats sont les sujets naturels du droit international public, l'individu en revanche est déclassé comme un simple objet de ce dernier. Bref, dans le système international post-westphalien l'Etat est un écran opaque, entouré de frontières imperméables, derrière lesquelles les questions de répartition des pouvoirs, de légitimité ou de morale relèvent de la seule compétence de l'autorité étatique. L'étanchéité de la frontière internationale ne fait donc pas que protéger l'exclusivité territoriale de l'Etat ; elle vient aussi matérialiser dans l'espace, ainsi que dans les esprits, la médiation nécessaire de l'Etat face à l'ordre juridique international.

93. En résumé, que ce soit au titre de la reconnaissance de l'Etat, de la protection de son intégrité ou de son autonomie face au droit international, le territoire tient une place primordiale en droit international public. Cette analyse de l'exclusivité territoriale, pour être complète, doit à présent être étendue au présupposé de ce droit international classique : l'ordre juridique étatique.

⁴⁰⁷ Dans cette approche dualiste de l'ordre juridique étatique qui a dominé la modernité politique, la sphère de domination de la norme internationale est donc pour le moins étroite. Si elle peut être supérieure aux normes étatiques dans la hiérarchie des normes, elle ne peut pour autant supprimer ces normes ou les déclarer sans valeurs : la naissance ou l'existence de l'ordre juridique interne est un élément exogène au *jus inter-gentes*.

⁴⁰⁸ S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. de la 2^{ème} éd. par L. François et P. Gothot, Dalloz, 2002, p.115.

§3: *Le critère ultime du droit étatique*

94. L'exclusivité territoriale a peut-être été, surtout, la condition de la formation de l'ordre juridique étatique et, à ce titre, demeure aujourd'hui son critère déterminant. Lorsque certains auteurs réduisent la notion moderne de souveraineté à son expression normative, ils oublient que l'exclusivité territoriale (ou souveraineté territoriale) a été le « support concret »⁴¹⁰ dans lequel la norme juridique a puisé sa force, son effectivité. Ils perdent de vue que la pierre angulaire des systématisations juridiques entreprises depuis la paix de Westphalie a été le territoire au sens politique et juridique⁴¹¹. En somme, cette approche normative méconnaît la généalogie de l'ordre juridique étatique.

95. En l'espèce, un effort de réalisme est donc nécessaire : ne faut-il pas accorder à l'exclusivité territoriale la fonction d'*ordre réel des facteurs sociaux de pouvoir*⁴¹² (ou *règle primaire*⁴¹³) à partir duquel l'autorité royale a pu progressivement s'imposer comme pouvoir originaire à l'intérieur de son ressort pour, dans un second temps, développer un système normatif arborescent clôt sur lui-même ? Cette hypothèse a de quoi laisser le juriste déconcerté. Affirmer qu'au commencement du droit était la contrainte⁴¹⁴, revient à privilégier l'exécution du droit sur sa réalisation, à gratifier le rôle

⁴⁰⁹ C. Schmitt, *Le nomos...*, *op. cit.*, p. 146.

⁴¹⁰ C. Jarrosson, « Réflexions sur l'Imperium », *op. cit.*, § 12.

⁴¹¹ L. Dembinski, « Le territoire et le développement du droit international », *op. cit.*, p. 123.

⁴¹² G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg IB, 1887, p.300.

⁴¹³ G. Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Librairie du Recueil Sirey, Thèse de droit (soutenue le 21 décembre 1945), Université de Toulouse, Paris, 1946, p. 16.

⁴¹⁴ L. Grynbaum, « La contrainte, garantie de l'accès au droit », in : *La contrainte* (sous la dir. de GRYNBAUM (L.)), *Economica*, coll. Etudes juridiques, n° 27, 2007, p. 4.

du bourreau au détriment de celui du juge ou du législateur. Mais ce reproche mérite d'être affiné : l'hypothèse qui va suivre ne s'adresse pas au « Droit » en tant que tel, mais uniquement à l'une de ses manifestations concrètes⁴¹⁵. C'est seulement le droit étatique, cet ordre immanent dépouillé de toute morale (ou forme d'*auctoritas*)⁴¹⁶, qui est prisonnier de l'exclusivité territoriale : tant au regard de sa formation (A), qu'au regard de son principe de validité (B).

A. La condition de la formation du droit étatique

96. L'objectif est ici de déterminer, pour le droit étatique moderne, « l'être réel du système de normes dans sa réalité sociale »⁴¹⁷. C'est-à-dire l'organisation, la structure qui a permis à ce droit d'origine étatique de s'imposer comme la norme de référence à l'intérieur d'un système arborescent et clos sur lui-même. La souveraineté de l'Etat moderne se présente, sous sa forme achevée, comme une *omnicompétence* de type normative. N'aurait-elle pas cependant été, avant d'acquérir cette forme élaborée, une structure ou une organisation dont les caractéristiques ressemblent à la notion d'exclusivité territoriale ? L'hypothèse est la suivante : le monopole d'édiction du droit positif conquis par l'Etat sous la modernité a exigé au préalable l'existence d'une structure, d'un contexte favorable, que l'on peut résumer à l'existence d'un monopole de la contrainte au profit de l'Etat. L'exclusivité territoriale, accompagnée du travail de rationalisation de l'Etat opéré par les légistes, aurait ainsi permis de superposer au territoire sujet du monopole de la violence légitime, un système

⁴¹⁵ Le caractère juridique d'une règle de droit, au sens large, ne se réduit pas à la présence d'une contrainte : H.L.A. Hart, *Le concept de droit* (traduit de l'anglais par M. Van De Kerchove), Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 36-41 ; P. Noreau, « De la force symbolique du droit », in : *La force normative, Naissance d'un concept* (sous la dir. de THIBIERGE (C.) et alii), LGDJ, 2009, Paris, p. 137-150 ; G. Rocher, « Droit, pouvoir et domination », in : *Études de sociologie du droit et de l'éthique* (sous la dir. de ROCHER (G.)), Thémis, Montréal, 1996, p. 248-251.

⁴¹⁶ Même chez un auteur moderne pétri de morale comme Emmanuel Kant, par exemple, l'effectivité du droit tient bien souvent lieu de boussole : « le droit et la faculté de contraindre sont une seule et même chose » (*Métaphysique des mœurs*, Première partie : Doctrine du droit, trad. A. Philonenko, 5^e ed., Vrin, 1993, p. 106).

de lois hiérarchisées, réglées et coordonnées. Certains auteurs ont d'ailleurs déjà constaté qu'on ne peut « concevoir un Etat sans territoire pour la seule et unique raison que le monopole de création du droit présuppose un cadre constant d'application, distinct de celui des autres Etats »⁴¹⁸, ou encore que « le monopole conféré à l'Etat de la création législative n'est rien s'il ne s'appuie pas sur un monopole de la contrainte »⁴¹⁹. Cette position mérite cependant d'être précisée : historiquement déjà, l'exclusivité territoriale semble bien avoir précédé l'omnicompétence normative de l'Etat (1), juridiquement ensuite, la puissance normative semble bien s'être appuyée sur l'exclusivité territoriale pour s'imposer comme originaire et suprême à l'intérieur du royaume (2).

1) L'exclusivité territoriale de l'Etat précède l'omnicompétence normative

97. Chronologiquement, la territorialité politique qui a donné naissance à l'exclusivité territoriale⁴²⁰ précède l'omnicompétence normative. Mieux, elle correspond au terreau fertile sans lequel un ordonnancement juridique rationalisé sous l'autorité d'un roi n'aurait pas pu voir le jour. Lorsque les juristes se concentrent uniquement sur la puissance législative de l'autorité royale pour expliquer la notion de souveraineté, ils occultent le phénomène suivant : les domaines d'intervention de cette puissance normative, au commencement de la modernité politique, étaient restreints à ceux qui s'apparentent aujourd'hui à notre droit public.

⁴¹⁷ N. MacCormick et O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p.47.

⁴¹⁸ O. Beaud, « Etat et souveraineté », Thèse de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), soutenue le 28 janvier 1989, p.204.

⁴¹⁹ L. Grynbaum, « La contrainte, garantie de l'accès au droit », *op. cit.*, p. 8. V. a. C. Laviolle, « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat dans l'ancienne France », *Droits*, n°15, 1992, p.23 : « Sans espace politique homogène à régir, il ne peut y avoir de souveraineté qui implique l'existence d'un pouvoir exclusif et impersonnel sur un territoire ».

⁴²⁰ V. *supra* p. 35.

98. Le système normatif qui prévalait au début du XVII^{ème} siècle peut être décrit de la façon suivante : « le droit commun de la France gist en quatre points : aux ordonnances royales, coutumes diverses des provinces, arrest généraux des cours souveraines, et en certaines propositions morales, que par un long et ancien usage, nous tenons en foy et hommage du romain »⁴²¹. Coexistait sur la surface du royaume une pluralité de sources normatives. Les coutumes, par exemple, étaient la principale source de création normative. Or elles échappaient, par leur mode de formation, à l'autorité politique d'un Roi qui était encore considéré par certains sujets comme « suzerain ». Elles étaient locales, multiples et le plus souvent rattachées à des seigneuries. De la même manière, les statuts particuliers, les chartes et les privilèges de toutes sortes, qui formaient une partie substantielle du droit applicable, étaient extérieurs à la volonté du Roi. Bref, le royaume croulait sous les enclaves juridiques, auxquelles se heurtaient les normes à portée générale du pouvoir central. Pour l'application de ces dernières, de surcroît, le roi suzerain était souvent obligé d'obtenir le consentement des grands feudataires du royaume. Historiquement, en somme, l'affirmation d'une autorité territoriale souveraine sur le droit du royaume semble ne pas s'être imposée pas avant la fin du XVII^{ème} siècle, pour ne pas dire le XVIII^{ème} siècle⁴²², soit bien après que la centralisation de la faculté de contraindre au profit des autorités de l'Etat⁴²³. Tout cela laisse à penser que le droit étatique moderne a peut-être eu besoin du concours de la force effective territoriale pour sa réalisation concrète.

⁴²¹ E. Pasquier, *Lettres*, Livre XIX, lettre 15 ; cité à partir de J. Gaudemet et B. Basdevant-Gaudemet, *Introduction historique au droit XIII^o-XX^o siècles*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2003 p.246-247.

⁴²² Il faudra même attendre le 18^o siècle pour que la formule employée par le Roi Louis XV repose sur une dose de réalité : « le droit de faire des lois par lesquelles nos sujets doivent être conduits et gouvernés nous appartient à nous seul, sans dépendance ni partage » (J. Gaudemet et B. Basdevant-Gaudemet, *Ibidem*, p.286).

⁴²³ V. *infra* Titre IPartie IChapitre ISection 2§2:B. et Titre IPartie IChapitre ISection 1§2:.

2) *L'exclusivité territoriale a conditionné la formation d'une puissance législative souveraine*

99. Juridiquement, il est généralement reconnu que l'objectif poursuivi par le roi et ses légistes, après s'être imposé comme source de toute justice à la fin du moyen âge (maîtrise de la production des *normes individuelles* dans le royaume), fut de s'affirmer comme *puissance originare* à l'intérieur du royaume, c'est-à-dire comme « point d'aboutissement dernier de toutes les imputations centrales »⁴²⁴. Ce n'était donc pas tant l'unification (ou harmonisation) du droit sur l'ensemble du royaume qui était au cœur des préoccupations de ces autorités centrales, mais la neutralisation de toutes les sources normatives extérieures et concurrentes. Face à la diversité des régimes juridiques hérités de l'époque féodale, « le Roi poursuit une certaine action unificatrice, non pour éliminer la diversité mais pour affirmer une unité supérieure à cette diversité »⁴²⁵. Le Roi n'a donc pas tant cherché, au départ, à émettre des normes générales, mais plutôt à placer sous son emprise les autres acteurs juridiques autonomes du royaume. Au XVI^{ème} siècle, l'autorité royale cherche ainsi à consacrer par voie d'ordonnances les droits antérieurs des différents corps et *Estats* (statuts municipaux, statuts corporatifs, privilèges...). De sorte que ces droits, autrefois extérieurs à la volonté du Roi, n'apparaissent dorénavant obligatoires que dans la mesure où le Roi les a entérinés⁴²⁶. Une action similaire sera menée à l'encontre des coutumes : après s'être imposé au moyen âge comme le gardien des seules bonnes coutumes, le Roi décide au milieu du XV^{ème} siècle de procéder à leur rédaction officielle⁴²⁷. Si l'objectif officiel de l'ordonnance de Montils-les Tours était de « oster toutes matieres de variations et de contrarietez »⁴²⁸,

⁴²⁴ H. Kelsen, « Droit et Etat du point de vue de la théorie pure », *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, t. II, 1936, p.29.

⁴²⁵ J. Ellul, *Histoire des institutions. Le moyen âge*, PUF, coll. Quadrige, 2006, p.374.

⁴²⁶ J. Ellul, *Histoire des institutions. XVI^{ème}-XVIII^{ème} siècle*, PUF, coll. Quadrige, 1999, p.160.

⁴²⁷ À l'initiative de Charles VII, la rédaction des coutumes sera poursuivie par les rois successifs avec une intervention toujours accrue des commissaires royaux jusqu'à la fin du XVI^{ème} siècle.

⁴²⁸ *L'ordonnance de Montils-les Tours sur la réformation de la justice* (1453), Isambert, ..., t. X, p.202 ; cité à partir de J. Gaudemet et B. Basdevant-Gaudemet, *Ibidem*, p.251.

reste que l'apport politique majeur fut que le Roi s'interposa dans leur formation. L'idée que seules les coutumes rédigées et promulguées par l'autorité royale sont applicables à l'occasion d'un procès finira par triompher. On dira de cette coutume qu'elle « fait loi » ou « est tenue pour loi » ; bref, le Roi s'affirme alors implicitement mais nécessairement comme l'intermédiaire incontournable au sein du royaume pour couvrir une règle de conduite humaine de l'effectivité nécessaire à sa validité.

100. Cette démarche, systématique et prolongée sur plusieurs siècles sous l'action des agents du pouvoir central, permettra de transformer les acteurs juridiques autrefois autonomes, à l'intérieur du Royaume, en *ordres juridiques partiels*. La victoire de l'autorité territoriale a donc largement été tributaire de la maîtrise, préalable, de la coercition sur tout le royaume. Parce qu'il était le titulaire de l'exclusivité territoriale, le Roi a pu progressivement s'imposer comme un point de contact obligé entre le « fait » et le « droit », devenir un passage obligé pour la *réalisation* du droit à l'intérieur du royaume et prendre le contrôle de la production normative. Pour le dire autrement, c'est parce que le souverain disposait du monopole de la contrainte, d'une exclusivité territoriale *de facto* et *de jure*, qu'il a pu imposer progressivement dans son ressort une législation et administration commune sur les droits des seigneurs, des *Estats* et de l'Eglise. L'exécution du droit par la main de l'Etat ne fut pas seulement la garantie de « la crédibilité de ses institutions »⁴²⁹, mais aussi le germe créateur de ses institutions.

101. En résumé, le droit moderne trouve sa source essentielle dans l'Etat, lequel doit son existence à « la faculté de contraindre »⁴³⁰. Mais cette caractéristique du droit n'est pas atemporelle, encore moins universelle. Ce n'est pas le droit en général qui se caractérise par sa « coercibilité »⁴³¹, mais

⁴²⁹ F. Arbellot, « Concours de la Force Publique », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2110, 2004, pt 1.

⁴³⁰ E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 105.

⁴³¹ De nombreux auteurs ont, sous la modernité, fait d'une caractéristique particulière du droit dont ils sont les observateurs éclairés une qualité abstraite et désincarné du *Droit* en général : G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz 2004, p. 295 ; A. V. Lundstedt, *Law and Justice*, éd. Almqvist et Wiksell, Suède, 1952, 48p. ; K. Olivecrona, *Law as fact*, 2^e éd. Stevens, 1971, 320p. ; L. Grynbaum, « La contrainte, garantie de l'accès au droit », *op. cit.*, p.7 et 9 ; R. Von Ihering, *L'évolution du droit*, Librairie Chevalier Marescq et Cie, 1901, p.174 ;

le droit étatique moderne post-westphalien. Détail qui n'a pas empêché une bonne partie de la doctrine juridique de souscrire à l'idée que c'est le principe de validité qui donne vie et unité à l'ordre juridique moderne, indépendamment de son effectivité sur un territoire déterminé. Cette méprise n'est cependant pas insurmontable dès lors que l'on prend soin d'analyser les ressorts profonds de cette notion de *validité* à laquelle se réfèrent ces auteurs.

B. La condition de la validité du droit étatique

102. Il faut bien se rendre à l'évidence, l'hypothèse vérifiée en l'espèce ne fait pas l'unanimité, voir suscite l'hostilité d'une partie non négligeable de la doctrine contemporaine⁴³². Celle-ci, il faut le rappeler, s'efforce de réduire le territoire au rôle d'assiette spatiale de l'ordre juridique étatique, de champ *ratione loci* de la norme juridique. Au rôle, en somme, de cadre extérieur à l'œuvre juridique que renferme la notion moderne de souveraineté. C'est le cas en particulier de Hans Kelsen et de la majorité de ses disciples⁴³³, pour qui l'ordre juridique, et plus largement le droit, se présente comme un « ordre de la conduite humaine »⁴³⁴ et un « ordre immanent de contrainte »⁴³⁵ qui trouve son *critérium*, son fondement ultime dans le principe de validité⁴³⁶. Or,

C. Goubran, *Le problème des sanctions dans l'évolution de l'arbitrage international*, Thèse de droit, E. Sagot, Paris, 1923, p.48 ;...etc.

⁴³² G. Scelle, « Obsession du territoire. Essai d'étude réaliste de droit international », *op. cit.*, p.347-361 ; S. Tachi, « La souveraineté et le droit territorial de l'Etat », *R.G.D.I.P.*, t. 38, 1931, p.406-419 p.347-361 et passim.

⁴³³ Il y a même des juristes qui considèrent que le droit dépourvu de contrainte comme l'archétype du droit le plus achevé, basé sur l'accord plutôt que sur la sanction (R. Marcic, *Rechtsphilosophie*, Fribourg en Brisgau, 1969, p.214-218 ; P. Weil, « Le droit international en quête de son identité », *R.C.A.D.I.*, t.237, 1992-VI, p.53). Ces théories se sont bien souvent développées en réactions aux affirmations selon lesquelles la sanction serait l'élément constitutif de toute règle juridique. Cette position n'est toutefois pas inconciliable avec notre hypothèse selon laquelle la sanction d'un souverain territorial aurait été un élément constitutif du seul droit étatique moderne.

⁴³⁴ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *RDP*, t. 43, n°4, 1926, p.562 ; v. a. « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, t.14, 1926-IV, p.233.

⁴³⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant-L.G.D.J., trad. Charles Eisenmann, 2^e éd., 1999, p.46 ; v. a. « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p.242.

⁴³⁶ Kelsen pousse les conséquences de sa logique normativiste jusqu'au bout puisqu'il va même jusqu'à soutenir que « Par « éléments » de l'État : puissance publique, territoire de l'État, nation, il faut simplement entendre la validité de l'ordre étatique en soi, et sa validité dans l'espace et quant aux personnes » (« Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p.247).

pour Kelsen, la validité d'une règle de droit réside, *in fine*, dans sa conformité avec une norme fondamentale⁴³⁷. L'effectivité de la norme, pour sa part, ne saurait être confondue avec cette validité, sous peine de souiller la science du droit d'un « fait extra-psychologique »⁴³⁸. Si un rapport de dépendance entre ces deux termes de la norme, validité et effectivité, existe bien, il n'en demeure pas moins que pour les tenants de l'école autrichienne la balance penche indiscutablement en faveur du principe de validité : « ...ce caractère contraignant [*de la norme*] n'est, au fond, pas autre chose que l'expression de la validité objective des normes »⁴³⁹. L'idée sous-jacente est probablement de démontrer que la puissance de l'Etat, c'est-à-dire la notion moderne de souveraineté, est une puissance juridique qui n'a jamais eu pour appui, ou support, une structure extérieure à l'ordre normatif⁴⁴⁰, à l'image du principe de l'exclusivité territoriale⁴⁴¹. Reste que comme toutes les grandes pensées, celle de Hans Kelsen n'est pas univoque et comporte des éléments qui relativisent l'antinomie *a priori* irréductible avec l'hypothèse d'un ordre moderne centré autour du principe de l'exclusivité territoriale.

103. Tout commence, ou plutôt tout s'écroule, à partir du moment où Kelsen introduit une dualité au sein même de la norme juridique⁴⁴², en affirmant que toute règle de droit répond à un principe général d'imputation entre deux faits : la conduite prohibée, dite « règle secondaire », et la

⁴³⁷ H. Kelsen, « Droit et Etat du point de vue d'une théorie pure », *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, t.II, 1936, p.31 : « une pluralité de normes forme une unité, un système, un ordre, lorsque leur validité repose en dernière analyse sur une même norme unique. (...). Et l'appartenance d'une norme déterminée à un certain ordre résulte uniquement de ce que sa validité repose sur la norme fondamentale ».

⁴³⁸ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p. 236 : « Il faut donc nettement distinguer entre la règle qui « vaut », c'est-à-dire qui doit être observée, et la représentation de la règle qui « agit », c'est-à-dire qui fait qu'elle est observée. On parle de l'efficacité de la règle, comme on parle de sa validité ; simple abréviation, qui ne doit pas nous faire oublier que le mot « règle » ne se réfère pas à la même notion dans les deux cas ».

⁴³⁹ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p. 242.

⁴⁴⁰ *Idem*, p. 254 : « ... on ne saurait définir la puissance étatique uniquement par cette efficacité de l'ordre étatique, pour opposer ensuite celle-ci – comme on le fait souvent – à la validité de cet ordre qui définirait le droit. ». Il peut ainsi affirmer que « ...on ne peut apercevoir la nature vraie de ces « effets », de cette « puissance étatique » qu'en fonction, comme une conséquence, de la validité de cet ordre juridique » (*Idem*, p. 254). La souveraineté devient ainsi pour Kelsen la qualité d'un ordre dont la norme fondamentale ne trouve pas le fondement de sa validité dans une norme supérieure.

⁴⁴¹ Le principe de *l'exclusivité territoriale* est, pour mémoire, un processus politique qui n'a été couvert d'un habillage juridique que postérieurement à son triomphe (v. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 1§1).

⁴⁴² C'est la raison pour laquelle les disciples de l'Autrichien vont souvent s'attaquer à cette dualité au sein de la norme juridique. V. n. C. Eisenmann, « Sur la Théorie Kelsenienne du Domaine de validité des Normes Juridiques », in : *Law, State and international order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, 1964, p. 64 : « Ne peut-on

contrainte attachée à la violation de cette conduite, dite « règle primaire »⁴⁴³. Or l'effectivité constitue, pour cette norme primaire, l'équivalent de la conformité à la règle supérieure pour la norme secondaire⁴⁴⁴. On assiste alors à un infléchissement de cette théorie dite « pure » qui va amener Kelsen à formuler des conclusions inattendues : la particularité de l'ordre juridique étatique par rapport à l'ordre juridique international réside dans la centralisation de la contrainte (1) et le fondement de cet ordre juridique étatique réside dans l'effectivité (2).

1) La centralisation de la contrainte comme critère déterminant de l'ordre juridique étatique

104. Dès lors que Kelsen accorde une place prépondérante à la catégorie des normes primaires, c'est-à-dire à la sanction dans la définition de la norme juridique⁴⁴⁵, il en arrive à formuler le constat suivant : une « collectivité n'est une communauté juridique, l'état de fait qui y est établi n'est un état de droit, que dans la mesure où l'ordre qui la constitue réglemente l'usage de la violence, de la contrainte, entre ses membres, de manière à déterminer de façon exhaustive les conditions d'emploi de cette contrainte, en sorte que tout acte de contrainte autre que ceux prescrits par l'ordre envisagé apparaît comme interdit »⁴⁴⁶. C'est ainsi le degré de centralisation et d'organisation de la contrainte qui servira d'unité de mesure pour distinguer l'ordre juridique international de l'ordre juridique étatique dans le système moniste défendu par Kelsen. En tant qu'« Ordre de contrainte », le droit international est un

pas se demander si pareil dédoublement de chacun des domaines de validité est bien en harmonie avec l'idée d'unité de la norme, à laquelle on ne peut évidemment pas renoncer ? ».

⁴⁴³ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p.244.

⁴⁴⁴ G. Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originare*, *op. cit.*, p.25.

⁴⁴⁵ H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *R.C.A.D.I.*, t.42, 1932/IV, p.199 : « L'essence du droit est bien d'être une norme ordonnant la contrainte, rendant obligatoire, non pas directement la conduite qui évite la contrainte, mais sous certaines conditions, l'acte de contrainte lui-même. ». V. a. de H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p.244 : « Rigoureusement parlant, la règle secondaire (...) est superflue ».

⁴⁴⁶ H. Kelsen, *Ibidem*, p. 134.

ordre juridique de même nature que l'ordre étatique, à la différence près que le premier demeure pour Kelsen à l'état « primitif »⁴⁴⁷, car il « n'existe pas encore pour la création et l'application des normes du droit, d'organes centraux, fonctionnant selon les règles de la division du travail »⁴⁴⁸. La différenciation entre ordre interne et externe s'articule donc principalement autour de l'organisation du jugement et de la sanction : « Ce monopole de la contrainte est décentralisé lorsque les individus qui sont habilités à accomplir les actes de contrainte prévus par l'ordre juridique n'ont point le caractère d'organes spéciaux et spécialisés, (...), en d'autres termes : lorsque l'ordre juridique admet qu'on se fasse justice à soi-même. »⁴⁴⁹. Inversement, « ...une communauté juridique primitive devient un Etat dès que des organes centraux sont établis et en particulier dès que l'emploi de la force, dès que l'exécution des sanctions est centralisée. »⁴⁵⁰. Le droit international ne serait ainsi que dans une phase précoce de son développement historique, car ce ne sont pas des organes institués propres à l'ordre juridique mais les sujets de cet ordre qui maîtrisent la mise en œuvre des actes de contrainte : « c'est en fin de compte l'Etat lésé, lui-même, qui est autorisé à réagir contre le violateur du droit, en recourant aux actes de contraintes institués par le droit international général, aux représailles ou à la guerre. C'est la technique de l'autoprotection telle que l'avait connue également le droit interne au début de son développement. »⁴⁵¹. Dans le prolongement de ce raisonnement, Kelsen en vient à conclure que l'Etat moderne est « un ordre de contrainte centralisé et limité dans son domaine de validité territoriale »⁴⁵². Définition dont les similitudes avec la notion d'exclusivité territoriale, déjà troublantes, vont se

⁴⁴⁷ H. Kelsen, « Droit et Etat du point de vue de la théorie pure », *op. cit.*, p. 52 : « Mais ce droit est un ordre juridique encore primitif. Il n'en est encore qu'au début d'une évolution que le droit interne a, quant à lui, accomplie depuis longtemps. Il accuse, (...), la plus grande décentralisation. Il n'y existe pas encore pour la création et l'application des normes du droit, d'organes centraux, fonctionnant selon les règles de la division du travail ».

⁴⁴⁸ H. Kelsen, *Ibidem*, p. 52.

⁴⁴⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁵⁰ H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, t.84, 1953/III, p.71.

⁴⁵¹ H. Kelsen, « Droit et Etat du point de vue d'une théorie pure », *op. cit.*, p. 52.

⁴⁵² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.61. V. a. une définition similaire de l'auteur dans « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, p. 265 : « un "Etat au sens du droit international" est donné quand un ordre de contrainte qui n'est soumis à aucun ordre étatique, mais seulement au droit des gens, existe, qui est devenu efficace pour un territoire déterminé ».

renforcer avec l'analyse approfondie de la norme au fondement de l'ordre juridique étatique.

2) *L'effectivité comme fondement de l'ordre juridique étatique*

105. La norme fondamentale placée au sommet de la hiérarchie des normes, dite « cause de validité dernière d'un ordre juridique »⁴⁵³, n'échappe pas à l'infléchissement identifié plus tôt en faveur des normes primaires. À y regarder de plus près, la norme fondamentale ne se distingue pas foncièrement de l'affirmation de l'existence d'un principe *d'effectivité* à l'origine de tout ordre juridique. Kelsen la décrit souvent sur un ton pour le moins impérieux : « tu dois te conformer aux ordres du premier monarque, ou du premier parlement »⁴⁵⁴. Il la présente aussi comme arbitraire : une constitution historiquement première « qui a été édictée par un usurpateur individuel ou par un collègue formé de façon quelconque »⁴⁵⁵. Il ne faut donc pas s'étonner si plus tard, après avoir posé la primauté du droit international sur le droit étatique dans son système moniste, Kelsen énonce sans tergiverser que c'est « le principe de l'effectivité de la domination (du pouvoir), principe qui domine le droit international ; (...) ; c'est ce principe qui détermine le fait de la naissance de l'Etat, et par là le début de la validité de l'ordre étatique »⁴⁵⁶. D'ailleurs, lorsque Kelsen s'interroge sur la raison pour laquelle le commandement d'un brigand n'a pas une « signification normative objective », mais seulement « subjective », ce n'est pas dans le principe de *validité* qu'il trouve la solution de l'énigme mais bien dans celui de *l'effectivité* : « C'est là la question décisive. On ne la suppose pas [la norme fondamentale hypothétique], parce que ou plus exactement lorsque cet ordre n'a pas cette efficacité durable à défaut de laquelle on ne suppose pas de

⁴⁵³ H. Kelsen, « Droit et Etat du point de vue d'une théorie pure », *op. cit.*, p. 37.

⁴⁵⁴ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p.256.

⁴⁵⁵ H. Kelsen, « Droit et Etat du point de vue d'une théorie pure », *op. cit.*, p. 33.

⁴⁵⁶ H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *op. cit.*, p. 266. V. a. « Théorie du droit international public », *op. cit.*, p.78 : « Mais pour que nous puissions supposer la validité d'un tel ordre, pour que nous puissions utiliser un tel ordre comme un schéma d'interprétation, il faut qu'il soit suffisamment effectif, car c'est dans l'efficacité de l'ordre juridique national que réside la puissance de l'Etat ».

norme fondamentale se rapportant à lui, et fondant sa validité objective »⁴⁵⁷. Puis, au sujet de cette bande de brigands, Kelsen conclut de façon éloquente : « Si cet ordre de contrainte est limité dans son domaine de validité territoriale à un certain territoire et s'il est efficace à l'intérieur de ce territoire, de telle façon que la validité de tout ordre de contrainte semblable soit exclue, il peut très bien être considéré comme un ordre juridique, et la collectivité fondée par lui peut être considérée comme un "Etat" »⁴⁵⁸. Bien d'autres développements du maître autrichien ont affiché une inclinaison similaire en faveur du principe d'effectivité⁴⁵⁹. Cette évolution ne fut pas du goût de ses disciples les plus fidèles. Reinhold Zippelius et Charles Eisenmann, par exemple, lui reprocheront de faire une place trop importante à la notion de contrainte, au risque de confondre subrepticement la distinction essentielle dans sa théorie entre le *Sein* (être) et le *Sollen* (devoir être)⁴⁶⁰.

106. En définitive, cette lecture attentive des travaux de Kelsen permet de constater que si la validité, au sens de la conformité à une norme fondamentale, correspond bien à la source formelle de l'ordre étatique moderne pour Kelsen, elle ne préjuge pas, en revanche, de son fondement

⁴⁵⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.55.

⁴⁵⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.55.

⁴⁵⁹ Il est nécessaire de mentionner les développements de Kelsen au sujet de la délimitation de la *validité* des ordres juridiques étatiques, dans lesquels la confusion avec le principe d'*effectivité* atteint son paroxysme. Il affirme ainsi que « La notion de validité d'une norme (dans un sens étroit du mot) ne concerne que son exécution et non sa création », c'est pourquoi « la limitation de la validité ne se rapporte pas tant aux faits-conditions (et aux actes de la création des normes, qui sont un élément de ces faits-conditions) qu'aux faits conditionnés, à l'acte de contrainte, dont l'accomplissement est un pur acte d'exécution ». Il ne craint pas d'affirmer que « les normes d'un ordre étatique ne peuvent prévoir la réalisation de la conséquence, de l'acte de contrainte lui-même, que dans l'espace que le droit international garantit comme étant « l'espace de validité » propre de cet ordre. » (H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, p.185-200). Dans sa « Théorie pure du droit » en 1960, Kelsen va d'ailleurs soutenir que le « critérium décisif » de l'ordre juridique est la contrainte : « il faut rejeter toute définition du droit qui ne le caractérise pas comme un ordre de contrainte. La raison majeure étant que seul cet élément de la contrainte permet de clairement distinguer le droit de tout autre ordre social et qu'avec lui, c'est un facteur extrêmement important pour la connaissance des relations sociales, un facteur extrêmement caractéristique des ordres sociaux qualifiés de « droits », qui est érigé en critère ; » (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.60).

⁴⁶⁰ R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, Munich, 1982, p.21 ; cité à partir de A. Truyol y Serra (revue et augmentée par R. Kolb), *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Pedone, coll. Ouvertures Internationales, 2007, p.85 ; C. Eisenmann, « Sur la Théorie Kelsenienne du Domaine de validité des Normes Juridiques », *op. cit.*, p. 64 : « Ne doit-on pas se demander encore si, en appelant également domaine de validité territorial – par exemple – l'espace où il faut que le fait-condition se soit réalisé... pour que les sanctions aient à intervenir, et l'espace à l'intérieur duquel il faut que les sanctions se réalisent (...), l'on ne crée pas une équivoque en assimilant verbalement – placées sous la même étiquette du "Sollen" et ou du "Gesollt" - deux relations en vérité essentiellement différentes ? Et d'ailleurs, peut-on, dans les perspectives de la pensée Kelsénienne, mettre sur le même pied, pour ne pas dire : assimiler, du point de vue de l'idée de validité – *Geltung* – qui est plus ou moins synonyme de celle de *Sollen*, les éléments relatifs au fait-condition et les éléments relatifs au fait-conséquence ? ».

réel. Ce dernier, Kelsen nous invite à le rechercher ailleurs, dans un principe dérivé de l'effectivité, proche de ce que l'auteur a décrit comme la centralisation de l'exécution des sanctions. Or, historiquement, cette centralisation de l'emploi de la force au profit de l'Etat s'est réalisée dans les structures de la territorialité. De là à en déduire qu'à l'origine de l'ordre juridique étatique réside le principe de l'exclusivité territoriale, il n'y a qu'un pas, que Kelsen ne franchira pas. La norme et son principe de validité reste le centre indiscutable de son système et non l'acte de contrainte, exclu de sa théorie au titre de *pure fait*⁴⁶¹. Chez l'Autrichien, l'interférence de l'effectivité sur la validité n'est donc jamais pleinement assumée, l'effectivité demeure « une condition extérieure au droit alors que la validité en est une condition intrinsèque »⁴⁶². Notre généalogie historique de l'ordre juridique étatique permet, cependant, de lui emboîter le pas : l'exclusivité territoriale, au titre de support primitif de la souveraineté, est intervenue de façon récurrente et décisive dans la formation de l'ordre juridique étatique. Véritable cheville ouvrière de l'ordonnement normatif moderne, l'exclusivité territoriale peut être gratifiée du titre de condition de formation et de qualité essentielle de l'ordre juridique étatique. Kelsen avait d'ailleurs émis le constat suivant : il y a « une connexion entre la constitution d'organes spécialisés et la manière dont naissent et se développent les normes générales de droit, (...). Tant qu'il n'y a pas d'organe central, il n'y a pas d'autre mode de formation et de développement de ces normes possible à titre primaire que la formation et le développement coutumiers »⁴⁶³. On peut en dire autant du droit étatique moderne : il y a une connexion entre la formation du droit étatique moderne et la structure politique et juridique de l'exclusivité territoriale, sans la présence de la seconde, le premier n'aurait jamais pu se développer.

⁴⁶¹ En 1960, Hans Kelsen maintient en effet, au risque de sombrer dans des contradictions insolubles, « l'idée que la validité des normes, c'est-à-dire l'assertion que l'on doit se conduire comme elles le prescrivent, ne doit pas être confondue avec leur efficacité, c'est-à-dire avec le fait que l'on se conduit effectivement de cette façon ; » (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 54).

⁴⁶² O. Beaud, « Carl schmitt ou le juriste engagé », in : *Théorie de la constitution* (ouvrage de C. Schmitt), PUF, coll. Léviathan, 1993, p. 83.

⁴⁶³ H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, p.127.

Conclusions de la Section 1

107. Cette analyse indique qu'un lien profond existe entre l'exclusivité territoriale, la notion de souveraineté, l'Etat moderne et le droit international classique. Alors que la notion de souveraineté n'a pu donner naissance à l'Etat qu'après avoir pris corps dans l'espace, le droit international public moderne, de son côté, s'est appuyé sur cette souveraineté dite « territoriale » pour construire son ordre normatif. Bref, l'exclusivité territoriale, en tant que centralisation de la faculté de contraindre, constitue le paradigme qui a donné structure et consistance à toutes les institutions de la modernité politique. Le rôle considérable joué par l'impénétrabilité de la frontière n'apparaît cependant dans toute sa clarté qu'à la condition de se pencher sur les conditions de formation de cette exclusivité territoriale. L'étude du rôle de celle-ci doit par conséquent être à présent complétée d'une analyse de ses fondements : un processus de territorialité qui présente la particularité de se situer aux confins du droit et de la politique.

Section 2 Les fondements de l'exclusivité territoriale

108. La définition de l'exclusivité territoriale, ainsi que son rôle prépondérant dans l'ordre moderne, ont été exposés. Reste à comprendre les conditions d'émergence de ce paradigme juridique centré sur le territoire. Quel fut le phénomène matériel qui, sous la forme achevée de l'exclusivité territoriale, donnera naissance à la notion moderne de souveraineté et d'Etat ? Le paradigme de l'exclusivité territoriale semble puiser sa source dans une puissance qui, indifférente à la possession du sol, est tributaire du processus dit de territorialité politique⁴⁶⁴ : la conquête du monopole de la violence légitime sur un espace déterminé. Il s'agit donc d'une puissance territoriale (§2) dont les caractéristiques s'opposent au système de domination qui l'a précédée : la puissance en propriété (§1).

§1: *L'ancienne puissance en propriété*

109. Après la chute de l'Empire Carolingien, le Roi de France n'est parvenu à conserver de ses anciennes prérogatives que le nom et la couronne. On assiste en Europe à la disparition de tout pouvoir politique central susceptible de contrôler de vastes espaces⁴⁶⁵. Période de troubles, au cours de laquelle l'homme va reprendre conscience de ses attaches avec les petits groupes dont

⁴⁶⁴ V. *supra* p.35.

il peut attendre la protection que l'autorité centrale n'est plus en mesure de lui assurer⁴⁶⁶. Pour obtenir la paix, les hommes partent ainsi servir les grands : anciens hauts fonctionnaires, dignitaires ecclésiastiques et, surtout, grands propriétaires. Ceux-là mêmes qui avaient profité du déclin de l'Empire romain pour organiser leurs possessions domaniales (*latifundium*) en de véritables unités économiques et sociales autonomes, vont pouvoir placer sous leur protection personnelle les hommes et les villages situés dans leur voisinage. Une nouvelle autorité, la seigneurie, voit le jour. Elle sera le principal moteur d'un système féodal au sein duquel le pouvoir sera associé à la propriété (A), et l'espace configuré selon une logique de dépendances (B). Cette privatisation du pouvoir laissera des traces, en particulier dans le vocabulaire et dans les raisonnements juridiques, qui ne s'effaceront pas avec la disparition du système féodal (C).

A. L'association du pouvoir et de la propriété

110. La seigneurie va parvenir à s'interposer dans la protection des sujets et à s'emparer des pouvoirs autrefois détenus par le Roi⁴⁶⁷. Les grands propriétaires vont développer un pouvoir militaire (le *potens*), créer des polices privées, parfois se comporter comme juge et administrateur de leurs sujets. La seigneurie prend les allures d'un territoire à l'intérieur duquel le propriétaire peut exercer des droits de puissance publique⁴⁶⁸. Bref, au bas moyen âge, à la terre « s'attache non seulement la possibilité de vivre, mais aussi l'exercice du pouvoir »⁴⁶⁹. La nature de ce dernier en ressort transformée et va donner naissance au système féodal.

⁴⁶⁵ C. Vandermorten et J. Vanderburie, *Territorialité et Politique*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2005, p.113.

⁴⁶⁶ M. Bloch, *La société féodale. La formation des liens de dépendance*, Albin Michel, Paris, 1949, p.220.

⁴⁶⁷ J. Ellul, *Histoire des institutions. Le moyen âge, op.cit.*, p.128.

⁴⁶⁸ J. Ellul, *Ibidem*, p.158.

⁴⁶⁹ *Idem*, p.76.

111. La possession du sol, de la terre, en somme la richesse foncière⁴⁷⁰, par nature locale et multiple, devient la source matérielle exclusive du pouvoir de commandement, lequel se diffuse sous la forme de l'hommage et de la reconnaissance de seigneurie. Le seigneur (*domini*)⁴⁷¹, en vassalisant l'individu, privatise l'obéissance et la sujétion au profit de liens de dépendance de nature personnelle. Ceux qui restent dépourvus de possession territoriale jouissent, en conséquence, de bien peu de considération⁴⁷². Le Roi de France lui-même n'est puissant que dans la mesure où il tient directement le sol. En dehors de son domaine, seule la suzeraineté subsiste comme « organe de coordination »⁴⁷³. Le roi continue d'incarner le bien commun du royaume, mais il ne peut plus exercer les prérogatives qui font autorité auprès de ses sujets. Le système féodal réunit ainsi l'idée de pouvoir et celle de propriété : la « puissance du gouvernement se change alors en puissance de propriété (...). Tout ce qu'avait possédé la puissance publique semble être une dépendance et un attribut de la propriété et les revenus deviennent les produits de la seigneurie »⁴⁷⁴.

112. La distinction romaine entre l'*imperium* et le *dominium*, déjà sérieusement ébranlée par la vague des invasions germaniques et leur conception patrimoniale du pouvoir, s'efface complètement. Le terme de *dominium*, bien qu'affilié depuis les origines à l'idée de propriété⁴⁷⁵, va sans complexe se greffer aux compétences généralement attachées à la puissance publique. Le pouvoir du seigneur, ou du Prince, devient un élément de leur

⁴⁷⁰ W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *op. cit.*, p. 97 : « ...l'économie dite de l'argent qui avait été prépondérante pendant les derniers siècles de l'antiquité est presque complètement éliminée par une forme d'économie qu'on pourrait appeler « naturelle », c'est-à-dire foncière ; dans l'Etat féodal, le seigneur rémunère ses fonctionnaires et vassaux en leur donnant de la propriété foncière, et c'est sur cette propriété que sont fondés la puissance, le prestige et la richesse ».

⁴⁷¹ Baldus Ubaldus, sur CJ 4, 19, 4, *In quartum et quintum Codicis libros Commentaria* ; cité à partir de Guillaume Leyte, « Imperium et Dominium chez les Glossateurs », *Droits*, n°22, 1995, p.20.

⁴⁷² W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *op. cit.*, p. 98 : « Les “seigneurs” dépourvus d'une possession territoriale correspondant à ce titre jouissent de peu de considération. Plus caractéristique peut-être encore que des surnoms comme celui de “Jean sans terre” qui sont appliqués à des seigneurs dépourvus de puissance ou dépossédés, est le sobriquet juridique scandinave de “rois” de la mer (“saekonungr”) ».

⁴⁷³ J. Ellul, *Histoire des institutions. Le moyen âge*, *op. cit.*, p.132.

⁴⁷⁴ B. Barret-Kriegel, *L'Etat et ses esclaves*, Payot, Paris, 1989, p.55.

⁴⁷⁵ J.L. Ortolan, *Explication historique des Institus de Justinien*, t. 1, 4^{ème} éd., Joubert, Paris, 1850, p.357 : « le domaine c'est la propriété, parce qu'il nous rend la chose entièrement propre ». Bartole décrit aussi le *dominium* comme le « droit de disposer parfaitement d'une chose corporelle » (Bartolus a Saxoferrato, sur D.41, 2, 17, 1, *In primam Digesti novi partem Commentaria*, Turin, 1589, f° 108 v°, n°4 ; cité à partir de G. Leyte, « Imperium et Dominium chez les glossateurs », *op. cit.*, p.19).

patrimoine personnel. Il se transmet d'ailleurs régulièrement par des conventions matrimoniales⁴⁷⁶, ou par successions. Même la part d'autorité conservée entre les mains de l'Empereur prend une coloration patrimoniale. Celui qui prétendait être *Dominus Universalis*⁴⁷⁷, finit par confondre ses propres prérogatives juridiques avec des biens matériels objets d'appropriation⁴⁷⁸. La propriété finira ainsi par influencer la conception impériale de la puissance publique⁴⁷⁹.

B. La configuration de l'espace selon une logique de dépendance

113. Le maillage spatial de la puissance publique va, dans ce système politique de type patrimonial, se développer sur des logiques de droit privé. Les fiefs se détachent d'une couronne, d'un prince, pour se rattacher à une autre. Le pouvoir, et en particulier la faculté de contraindre, ne cesse de se segmenter, de se complexifier au gré des concessions, divisions et successions qu'autorise le droit féodal. Les clauses territoriales contenues dans les traités n'ont d'ailleurs pas pour objet de déterminer des limites séparatrices, mais simplement d'énumérer les terres cédées conformément à une logique de dépendance⁴⁸⁰. Bref, le triomphe du régime seigneurial met

⁴⁷⁶ De nombreuses conventions de mariage incluaient des territoires dans la dot de la future épouse. Parmi tant d'autres, il est possible de mentionner les mariages successifs de Anne de Bretagne avec les rois de France Charles VIII (6 décembre 1491) et Louis XII (7 janvier 1499) qui ont apporté le territoire de Bretagne au royaume de France (J.A. Barberis, « Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire : perspective théoriques et évolution du droit international », *An. Fr. dr. int.*, n°47, janvier 1999, p.134).

⁴⁷⁷ J. Gaudemet, « *Dominium – Imperium*. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷⁸ Significatif à cet égard est le contenu de la constitution de *Roncaglia* proclamée par Frédéric Barberousse en 1158, dans laquelle « ce qui était autrefois bien public ou commun devient désormais objet d'appropriation, soumis à une seule personne, non seulement pour un pouvoir général de réglementation, mais aussi dans le cadre d'un rapport de possession » (G. Leyte, « *Imperium et Dominium* chez les glossateurs », *op. cit.*, p. 22).

⁴⁷⁹ J. Gaudemet, « *Dominium – Imperium*. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *op. cit.*, p.17.

⁴⁸⁰ Cette logique de dépendance sera notamment systématisée par la théorie de la « mouvance féodale ». Développée par les juristes au service du Roi, cette théorie veut que chaque fief procède nécessairement d'un autre fief plus vaste dont il a été démembré, de sorte qu'en remontant la chaîne des tenures à l'intérieur du royaume on devrait nécessairement *in fine* arrivé au domaine du roi. Le royaume de France apparaît ainsi comme « le champ territorial de la suzeraineté des Capétiens » (P. Sueur, *Histoire du droit public français XV^e-XVIII^e siècle*, t. I : « La constitution monarchique », 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis Droit Public, 2001, p.40).

un terme à la distinction entre droit public et droit privé⁴⁸¹, pour y substituer une approche patrimoniale du pouvoir politique dépourvue de territorialité ordonnée et intelligible⁴⁸².

C. La contagion durable des mots et des mentalités

114. La conception privatiste du pouvoir et de l'espace va traverser l'époque médiévale et se graver profondément dans les esprits, au point de survivre au système qui l'avait façonnée.

115. Le paradigme qui régissait la société féodale ne va pas s'évaporer d'un coup devant le modèle de l'exclusivité territoriale. Bien au contraire, il continuera encore longtemps à imprégner les concepts et la terminologie du Droit international⁴⁸³. Le territoire de l'Etat apparaît encore souvent, chez nos contemporains, comme l'objet d'un droit réel : « une sorte d'immense cadastre national où se juxtaposeraient et s'emboîteraient, telles les pièces d'un puzzle, les propriétés privées et le domaine public »⁴⁸⁴. L'idée que le souverain est au territoire ce que le propriétaire est au champ n'a pas disparu. Le territoire était encore perçu, par certains hommes du XVIII^{ème} siècle, comme une « maîtrise inaliénable d'une étendue, homogène et

⁴⁸¹ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Droit public Science politique, 2006, p. 56.

⁴⁸² Pour plus de détails, v. *infra* Titre I Partie II Chapitre I Section 1 §2:B.

⁴⁸³ W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *op. cit.*, p.103 : « On commença [au XVIII^e siècle], surtout dans la science, à ressentir d'une façon toujours plus vive, la nécessité d'opérer une distinction très nette entre « imperium » et « dominium » en ce qui concerne le territoire de l'Etat. Mais si l'imperium, dans les effets qu'il produit à l'égard du territoire de l'Etat, n'est *pas* un dominium, comment peut-on déterminer avec exactitude son caractère juridique ? Ici commence à s'opérer une certaine scission dans l'interprétation scientifique, suivant qu'il s'agit des domaines de recherches du droit public et de la théorie générale de l'Etat ou qu'il s'agit du domaine du droit international ». Plus loin, l'auteur ajoute : « Cette terminologie et ces textes s'expliquent d'ailleurs par l'histoire même du droit des gens et par la lente évolution qu'ont précisément subie les théories relatives au territoire » (*Idem*, p. 114). V. a. du même ouvrage, p. 100 : « En raison de l'évolution toujours plus logique du système de l'Etat féodal, on voit finalement naître de ces prodromes juridiques l'idée qu'il existe une espèce de propriété supérieure de l'ensemble des fonds constituant un territoire et que cette propriété de l'ensemble des fonds constituant un territoire et que cette propriété suprême appartient de droit au souverain du pays ».

⁴⁸⁴ R. Matricon, *Souveraineté territoriale – Recherche sur les évolutions et transformations d'une notion complexe dans les situations politiques de cession, d'échange, d'adjonction et de sécession de territoire*, Thèse pour le doctorat en science politique, Université Jean Moulin – Lyon III, 1999, p.7.

clôturée »⁴⁸⁵. Conception patrimoniale du territoire qui continuera longtemps d'entacher les constructions juridiques des juristes. Certains exciperont de l'existence d'une « propriété internationale de l'Etat »⁴⁸⁶ ou d'un « droit réel de droit public »⁴⁸⁷ de l'Etat sur son territoire qui « revêt, comme la propriété de droit privé, le caractère général de domination exclusive et totale sur une chose matérielle »⁴⁸⁸. Pour les mêmes raisons, bien des auteurs modernes analyseront les rapports entre l'Etat et son territoire, en particulier le droit d'expropriation ou le droit de destruction à des fins militaires, sous le prisme du *dominium* (de droit public ?) ou d'un droit éminent⁴⁸⁹. Emer de Vattel lui-même soutiendra que le « droit qui appartient à la société, ou au souverain, de disposer, en cas de nécessité et pour le salut public, de tout bien renfermé dans l'Etat, s'appelle *Domaine éminent*. Il est évident que ce Droit est nécessaire, en certains cas, à celui qui gouverne, et par conséquent qu'il fait partie de l'Empire, ou du souverain pouvoir, et doit être mis au nombre des *Droits de Majesté* »⁴⁹⁰.

116. Cette approche du territoire de l'Etat, *a priori* tronquée, aura aussi une influence sur la définition de la nouvelle souveraineté territoriale⁴⁹¹. Le Professeur Paul Fauchille, par exemple, attribue au *domaine éminent* de l'Etat la compétence dont celui-ci dispose, vis-à-vis des Etats étrangers, pour exercer « sur tout le territoire des droits de législation, de juridiction et de police dans le but de pourvoir à la prospérité de la nation. (...). Le territoire d'une nation est sa propriété exclusive. Seule, cette nation a le droit d'en user ; elle a le droit de repousser par la force toute tentative faite par une autre nation pour partager cet usage. Nul autre État ne peut à l'intérieur de ce

⁴⁸⁵ M. Korinman et M. Ronai, « Les idéologies du territoire », in : *Histoire des idéologies – Savoir et pouvoir du XVIII^e au XX^e siècles* (sous la direct. F. Châtelet), t. 3, Hachette, Paris, 1978, p. 232.

⁴⁸⁶ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, t.1, 8^{ème} éd., Rousseau, Paris, 1922, p.450.

⁴⁸⁷ P. Laband, *Le droit public de l'Empire Allemand*, t. 1, Giard et Brière, coll. Biblio. Internationale de Droit Public, 1900, p.287.

⁴⁸⁸ P. Laband, *Ibidem*, p.287.

⁴⁸⁹ L. Delbez, « Le concept d'internationalisation », *R.G.D.I.P.*, n° 1, 1967, p.10.

⁴⁹⁰ E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquées à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, nouvelle éd. par M.P. Pradier-Fodéré, Paris, 1863, t. 1, chap. XX, §244.

⁴⁹¹ Samuel Von Pufendorf, par exemple, affirme encore à la fin du 17^e siècle que « Il y a deux manière de posséder la souveraineté (...) soit en pleine propriété dans le cas des royaume patrimoniaux ; soit à titre d'usufruit pour les royaumes usufruitaires » (*Droit de la nature et des gens gens : ou systeme general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique (De jure naturae et gentium)*, trad. et notes de J. Barbeyrac, JR Thourneisen, Bâle, 1732, Liv. II, chap. VII, p.308).

territoire accomplir des actes de souveraineté, de juridiction, de police ou d'administration »⁴⁹². Ils sont d'ailleurs nombreux à considérer que l'exclusivité territoriale procède d'un « droit d'utilisation du territoire : un *jus utendi, abutendi et fruendi* »⁴⁹³. Des auteurs anglo-saxons iront jusqu'à établir l'existence d'une filiation entre le concept moderne de souveraineté et l'idée de « propriété »⁴⁹⁴ : « la redécouverte du concept privé de propriété absolue et exclusive en droit romain a indiscutablement contribué à la formulation du concept de souveraineté absolue et exclusive »⁴⁹⁵. Filiation qui s'étend, naturellement, aux frontières modernes : « Initialement, la légitimité des frontières interétatiques était définie en terme dynastique : le territoire de l'Etat était la propriété exclusive de la famille régnante, laquelle disposait d'un droit absolu à gouverner son territoire »⁴⁹⁶. Le droit public interne n'est d'ailleurs pas non plus exempt de tout reproche à ce sujet. L'article 53 al.3 de la Constitution française de 1958⁴⁹⁷, par exemple, laisse entendre que le territoire est l'objet d'un rapport de possession dans la mesure où il peut faire l'objet de « cession » ou d'« échange ». Tout aussi maladroitement, il est possible de citer l'article L 110 du Code de l'urbanisme qui dispose que « Le territoire français est le patrimoine commun de la Nation ».

117. En résumé, la lecture d'une certaine doctrine juridique donne le sentiment que le territoire politique et juridique qui triomphe à l'aube de la modernité n'aurait été qu'un prolongement historique, transformé et amélioré, du pouvoir de commandement qui prévalait sous l'époque médiévale. Il n'y a pas eu rupture, mais continuité des modes d'expression du pouvoir politique,

⁴⁹² P. Fauchille, *Traité de Droit international public*, *op. cit.*, p.450.

⁴⁹³ E. Suy, « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale », in : *Internationale Festschrift für Alfred Verdross zum 80. Geburtstag*, München-Salzburg, 1971, p.508. V. a. J.A. Barberis, « Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire », *op. cit.*, p.146.

⁴⁹⁴ W.E. Hall, *A treatise on International Law*, 8^{ème} éd., A. Pearce Higgins, Oxford University Press, Londres, 1924, p.125 et suiv. ; O. Lawrence, *The Principles of International Law*, 7^e éd., Winfield, London, 1923, p. 136.

⁴⁹⁵ J. Ruggie, « Territoriality and Beyond: Problematizing in International Relations » (trad. par l'auteur), *International Organization*, vol. 47, n° 1, 1993, p.157: « the rediscovery of the concept of absolute and exclusive private property from Roman law no doubt aided in formulating the concept of absolute and exclusive sovereignty ».

⁴⁹⁶ M. W. Zacher, « The Territorial Integrity Norm : International Boundaries and the Use of Force » (trad. par l'auteur), *International Organization*, vol. 55, n° 2, 2001, p. 216: « Initially, the legitimacy of interstate borders was defined in dynastic terms : state territory was the exclusive property of ruling families, and they had an absolute right to rule their territories ».

⁴⁹⁷ « Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées ».

du Moyen Age à la modernité politique. Cette confusion terminologique et conceptuelle contraste cependant avec les mots employés par les théoriciens de l'Etat moderne qui attachent une attention particulière à la notion d'*imperium* au sens romain. À croire que « le droit de l'Etat sur son territoire n'a pas subi, en droit international, l'évolution qui en droit interne a porté ce droit de la classe des droits typiquement privés de *dominium* dans la classe, typique du droit public, des rapports d'*imperium* »⁴⁹⁸. Pourtant, pas plus que le royaume (ou territoire) ne fut l'aboutissement de l'extension du domaine royal⁴⁹⁹, la puissance territoriale ne constitue un perfectionnement du système féodal. À ce sujet, il est des signes qui ne trompent pas : le déclin de la notion de servitude internationale en est un⁵⁰⁰. Selon une sentence arbitrale du début du XX^{ème} siècle, « la doctrine de la servitude internationale à laquelle il est fait référence ici tire son origine des conditions spécifiques et aujourd'hui obsolètes qui prévalaient à l'époque du Saint Empire romain sous lequel les *domini terrae* n'était pas entièrement souverains (...). Leur droit était plus d'une nature civile que d'une nature publique, ressemblant plus au *dominium* qu'à l'*imperium*, et par conséquent ne correspondant pas à une complète souveraineté »⁵⁰¹. Cette position sera ultérieurement confirmée par la C.P.J.I.⁵⁰², ainsi que par le Conseil de la SDN⁵⁰³. L'émergence du territoire juridique, sous l'impulsion de la territorialité politique, constitue bien le signe tangible d'une rupture avec l'ancien paradigme politique de la propriété. L'exclusivité territoriale n'est pas une émanation du monde

⁴⁹⁸ G. Arango-Ruiz, *L'Etat dans le sens du droit des Gens et la Notion du Droit international*, Cooperativa Libraria Universitaria, Bologna, 1975 p. 57.

⁴⁹⁹ C. Laviolle, « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat dans l'ancienne France », *Droits*, n°15, 1992, p. 24 : le *royaume* doit en effet être nettement distingué du *domaine*, puisque le premier « ne s'est pas constitué par l'élargissement progressif du domaine initial d'Hugues Capet mais par l'affirmation idéologique qu'il n'y avait de territoire que royal et qu'en conséquence les différentes seigneuries devaient nécessairement se fondre dans un royaume. Ainsi c'est par une remise en cause du système des fiefs plus que par des gains de terres que le royaume de France s'est constitué ».

⁵⁰⁰ W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *op. cit.*, p. 109 : « ...aujourd'hui on doute fortement qu'il existe encore, en réalité, de véritables servitudes de droit international, et même que ces servitudes soient réellement compatibles, en principe, avec l'essence du droit des gens modernes et de l'Etat moderne ».

⁵⁰¹ *Affaire des pêcheurs du Nord de l'Atlantique* (Etats-Unis c/ Grande Bretagne) (trad. par l'auteur), Cour Permanente d'Arbitrage, arrêt du 7 septembre 1910, *R.S.A.*, vol.XI, p. 182 : « the doctrine of international servitude in the sense which is now sought to be attributed to it originated in the peculiar and now obsolete conditions prevailing in the Holy roman Empire of which the *domini terrae* were not fully sovereigns... their right being, moreover, rather of a civil than a public nature, partaking more of the character of *dominium* than of *imperium*, and therefore certainly not a complete sovereignty ».

⁵⁰² C.P.J.I., *Vapeur «Wimbledon»* (Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Empire allemand ; Pologne intervenant), arrêt du 17 août 1923, Rec. C.P.J.I. série A n°1.

⁵⁰³ Résolution du Conseil de la Société des Nations du 24 juin 1921 relative au sort futur des îles d'Aland.

médiéval, mais son fossoyeur⁵⁰⁴. Les domaines qui forment la possession de l'Etat, ou des particuliers, sont étrangers au phénomène territorial moderne : « l'acquisition d'un territoire par un Etat signifie normalement l'acquisition de la souveraineté sur ce territoire. Dans ces conditions, les schémas du droit romain concernant les modalités d'acquisition de la propriété privé ne sont plus véritablement appropriés »⁵⁰⁵. En somme, la distinction entre droit de propriété sur un terrain et droit de souveraineté sur un territoire constitue probablement un des traits spécifiques des nouvelles manifestations du pouvoir sous la modernité.

§2: *La nouvelle puissance territoriale*

118. La centralisation du pouvoir politique sur toute la surface du royaume exigeait une modification des sources de la faculté de contraindre les hommes. L'émiettement du pouvoir s'était développé, au Moyen Age, sur le modèle de la propriété (fief, domaine...). La concentration inverse de ce pouvoir, entre les mains d'une seule autorité, devait donc se justifier sur la base d'un nouveau paradigme propre au droit public. C'est le territoire juridique, sous l'impulsion de la territorialité politique, qui va fournir au pouvoir de commandement un nouveau « support »⁵⁰⁶ adapté aux aspirations politiques des monarchies européennes. La puissance ne procède plus de la possession du sol, mais de l'espace strictement délimité à l'intérieur duquel le souverain est seul en mesure d'avoir recours à la violence humaine : le territoire politique. La nouvelle configuration spatiale du pouvoir qui

⁵⁰⁴ G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, Paris, 1967, p. 78 : « l'avènement de l'Etat aurait eu pour conséquence d'effacer la conception originelle du territoire objet de propriété ».

⁵⁰⁵ R. Jennings and R. Watts, *Oppenheim's International Law*, vol.1: « Peace », 9^e éd., Harlow, Longman, 1992, p.679, §242: « the acquisition of territory by a state normally means the acquisition of sovereignty over such territory. In these circumstances the Roman law scheme of "modes" concerning the acquisition of private property are no longer wholly appropriate ».

s'ébauche sous l'impulsion du processus de territorialité politique va ainsi aboutir à la formation d'un principe juridique, celui de l'exclusivité territoriale, associé à un support juridique jusqu'alors inconnu : le *titre territorial* ou *titre à la souveraineté territoriale*. Ce dernier n'est toutefois que purement formel (A) ; il ne fait que constater une situation créée sans son concours : le monopole de la violence à l'intérieur d'un espace strictement délimité ou territoire politique (B).

A. Le fondement formel : le titre territorial

119. Le titre territorial s'impose sous la modernité comme un fondement légal des pouvoirs de l'Etat (1). Étranger à l'idée de propriété, l'origine de ce titre n'a jamais cessé de se confondre avec les faits : l'effectivité reste la condition ultime de son acquisition (2).

1) Aspect : un titre de compétence de l'Etat

120. En droit international public, le territoire juridique va devenir le principal fondement des diverses prérogatives de l'Etat moderne⁵⁰⁷. Non seulement la répartition internationale des compétences exécutives de l'Etat, sous l'égide de ce *jus inter-gentes*, vient prendre ses marques dans l'espace⁵⁰⁸ ; mais la principale compétence octroyée à l'Etat souverain n'est autre que l'exclusivité territoriale. Cette compétence, c'est l'*imperium* de

⁵⁰⁶ V. n. J. Combacau et S. Sur, *Droit international Public*, *op. cit.*, p. 422 : « celui-ci [*le titre territorial*], s'il n'est pas le seul support de l'Etat, est certainement le plus important parce que c'est sur son territoire que l'Etat jouit du pouvoir le plus effectif ».

⁵⁰⁷ S. Bastid, « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour International de Justice », *op. cit.*, p. 367.

l'Etat ; c'est-à-dire un pouvoir exécutif concret sur les objets, les situations et les personnes.

121. Un titre juridique, propre au droit public et distinct du droit de propriété, s'impose comme la preuve (l'*instrumentum*) et la source (la *causa*) formelles⁵⁰⁹ des droits attachés à la souveraineté en droit international. C'est le *titre territorial*, ou *titre à la souveraineté territoriale*, qui devient le « fondement légal des pouvoirs de l'Etat »⁵¹⁰. Il s'agit d'un écrit, valable *erga omnes*, qui rend opposable aux autres Etats l'exercice du pouvoir de commandement. Une fois qu'il est constitué, le fait que le vocabulaire juridique employé en droit international au sujet du territoire de l'Etat (ex. cession, prescription)⁵¹¹ donne lieu à la réalisation d'opérations juridiques de mutation n'est qu'une rémanence du passé⁵¹². Ces terminologies privatistes, qui remontent à l'époque féodale⁵¹³, ne sont plus adaptées à l'existence juridique et politique du territoire moderne. Le territoire donne naissance à une puissance publique qui ne préjuge pas des possessions privées : la propriété et le commerce, au contraire, tendent à s'attacher à un ordre civil international commun des Etats européens. Le territoire est le résultat d'annexions, d'allocations, d'abandons ou de transferts de souveraineté⁵¹⁴.

⁵⁰⁸ M. Poret, *L'exercice de la compétence coercitive en territoire étranger*, Thèse Paris, 1964, p.7 : « Le premier trait de la répartition internationale des compétences, est d'être une répartition spatiale : fournir à l'Etat un titre de compétence, tel apparaît le caractère essentiel du territoire en droit international ».

⁵⁰⁹ La C.I.J. a reconnu ainsi que « La notion de titre peut également et plus généralement viser aussi bien tout moyen de preuve susceptible d'établir l'existence d'un droit que la source même de ce droit » (*Affaire du différend frontalier* (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt du 22 dec. 1986, *op. cit.*, §18).

⁵¹⁰ J. Combacau et S. Sur, *Droit international Public*, *op. cit.*, p. 423.

⁵¹¹ La France, par exemple, a *cédé* pour une somme de soixante millions de francs la Louisiane aux Etats-Unis pour « toujours et en pleine souveraineté » (Traité concernant la cession de la Louisiane, art.1^{er} (Etats-Unis/France – 30 avril 1803), M. de Clerq, *Recueil des traités de la France*, tome II, Pedone, Paris, 1880, p.60).

⁵¹² G. Distefano, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Pedone, Paris, 2002, p. 99 : « c'est dans un système juridique qui se référerait à la propriété et non à la souveraineté que ces 'modes' ont été élaborés et puisés. (...) Selon certains cette classification représenterait un des reliquats de la théorie patrimonialiste de la souveraineté territoriale, dont nous avons déjà mis en relief la précarité scientifique ».

⁵¹³ V. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 2§1:C.

⁵¹⁴ R. Redslob, *Traité de droit des gens*, *op. cit.*, p. 182 : « ...il importe d'éviter l'erreur de croire que par elle, comme le terme paraît l'indiquer, un territoire soit transféré d'un Etat à un autre. Il ne faut pas oublier que l'Etat est un phénomène de pouvoir, qu'il n'existe et ne s'étend que par sa propre force. Un Etat ne peut acquérir un territoire par mutation de titre, il ne peut que s'en saisir. La cession n'est ici qu'un acte concomitant, satellite. Par elle l'ancien possesseur promet d'abandonner le pouvoir et de laisser ainsi le champ libre à son successeur pour lui permettre de s'introniser à son tour, par ses propres moyens. Analysant le procédé dans son ensemble, on y trouve donc trois éléments : un traité par lequel une des Parties s'engage à l'abandon du territoire, puis deux actes unilatéraux : la réalisation de l'abandon et la main-mise de l'autre Partie. (...) l'occupation corrélative à la

C'est l'extension ou la rétractation de la sphère du pouvoir de domination exclusive de l'Etat qui est en jeu ; non la possession d'une portion de la surface de la terre.

2) *Fondement : l'occupation effective d'un territoire*

122. Le fait historique que le titre territorial soit d'une origine plus récente que les diverses prérogatives attachées à la souveraineté n'empêche pas celles-ci de puiser, *ex post*, leur cause de validité formelle dans ce titre. Le droit international est simplement venu tirer les conséquences sur le plan du droit d'une réalité matérielle préexistante. Hypothèse d'ailleurs corroborée par les méthodes d'acquisition de ce territoire en droit international classique : elles trouvent toutes leur source ultime dans un phénomène de puissance extra-juridique.

123. Aucune norme ne permet de saisir la formation de ce titre originaire (première acquisition de souveraineté) ; ou plutôt, il n'y en a qu'une seule, que le juriste exprime généralement par le « principe d'effectivité ». Depuis que la modernité a sonné le glas de toutes autorités supérieures aux Etats dans l'ordre international, la qualité d'Etat est une qualité de fait qui « ne dépend pas du caractère plus ou moins légitime qui s'attache à la naissance d'une société politique »⁵¹⁵. En d'autres mots, « l'occupation effective » d'un territoire subsiste comme la seule preuve de la souveraineté de l'Etat, c'est-à-dire de l'existence d'un titre à la souveraineté territoriale⁵¹⁶. C'est pourquoi la C.P.J.I. exige d'un Etat, s'il se prétend titulaire d'un titre territorial, la preuve

cession par contre a cette particularité de se saisir du territoire au moment d'un abandon qui en fait, pour un bref intervalle, une *terra nullius*, afin de permettre sa prise de possession par autrui ».

⁵¹⁵ R. Redslob, *Ibidem*, p.236.

⁵¹⁶ Si le droit international reconnaît généralement l'existence d'autres faits juridiques relatifs à l'existence d'un territoire (découverte, prise de possession symbolique, bénédiction des lieux, ...) ; aucun de ceux-ci ne sont susceptibles de créer un titre juridique absolue à la souveraineté tant qu'ils ne sont pas accompagnés d'une occupation effective ; « ...l'occupation effective est le seul mode primaire d'établissement de la souveraineté territoriale » (P. Chrestia, *Le principe d'intégrité territoriale, op. cit.*, p.22).

impérative d'un « exercice prolongé, ininterrompu, paisible et incontesté de la souveraineté »⁵¹⁷. Doctrine et jurisprudence convergent sur ce point : c'est l'effectivité, dans l'imbrication du *corpus* et de l'*animus*⁵¹⁸, qui fonde de façon autonome la validité du titre territorial dans l'ordre moderne⁵¹⁹.

124. L'accroissement du territoire primitif n'échappe pas à cette loi d'airain : la question élémentaire reste de « savoir quel est le contenu et quelle est l'intensité de l'exercice d'un ordre juridique étatique sur une région pour que celle-ci puisse être qualifiée de « territoire » de l'Etat »⁵²⁰. Ce lien entre occupation effective de l'espace, titre territorial et souveraineté moderne est à ce point étroit qu'une partie de la doctrine ne dissocie pas, pour le territoire primitif, « l'origine du titre de l'origine de l'Etat lui-même » et refuse par conséquent « de parler de l'espace en terme d'appartenance »⁵²¹. Il ne faut donc plus décrire le territoire de l'Etat sous la forme d'une « possession », dès lors que « l'établissement de la collectivité sur un espace propre est une condition d'existence de l'Etat, dont la réalisation est préalable à sa formation, et la validité du titre territorial se confond donc avec l'existence de l'Etat »⁵²². C'est d'ailleurs probablement pour amortir les effets perturbateurs de cette effectivité, à des fins de sécurité juridiques, que le droit international a introduit le régime spécifique dit de « l'occupation militaire »⁵²³. Ce dernier s'oppose à ce que la seule occupation provisoire

⁵¹⁷ C.P.J.I., *Statut juridique du Groenland oriental (Danemark c. Norvège)*, arrêt du 5 avr. 1933, *op. cit.*, Mémoire Danois, p. 101 et 103.

⁵¹⁸ G. Jèze, *Étude théorique et pratique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international*, V. Girard & F. Brière, Paris, 1896, p.175 : « L'*animus domini*, en droit international public, consiste dans la pensée bien arrêtée de se comporter comme souverain, d'exercer sur un territoire les droits attachés à la souveraineté, en particulier, les droits d'administration, de juridiction, etc. ». V. a. la célèbre formule employée par la C.P.I.J. : « une prétention de souveraineté fondée, non pas sur quelque acte ou titre en particulier, tel qu'un traité de cession, mais simplement sur un exercice continu d'autorité, implique deux éléments dont l'existence, pour chacun, doit être démontrée : l'intention et la volonté d'agir en qualité de souverain, et quelque manifestation ou exercice effectif de cette autorité » (*Statut juridique du Groenland oriental (Danemark c. Norvège)*, arrêt du 5 avril 1933, Recueil A/B 53, p. 46). Pour finir, signalons l'article 35 de l'Acte général du Congo (26 février 1885), lequel ne se contente pas d'exiger l'effectivité matérielle de l'occupation, mais également une notification adressée aux autres puissances contractantes « afin de les mettre à même de faire valoir, s'il y a lieu, leurs réclamations ».

⁵¹⁹ G. Distefano, « La notion de titre juridique et les différends territoriaux dans l'ordre international », *R.G.D.I.P.*, n° 2, 1995, p. 352.

⁵²⁰ E. Suy, « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale », *op. cit.*, p.502.

⁵²¹ J. Combacau et S. Sur, *Droit international...*, *op. cit.*, p. 411 et passim.

⁵²² J. Combacau et S. Sur, *Ibidem*, p.411.

⁵²³ G. del Vecchio, *L'Etat et le droit*, Dalloz, Paris, 1964, p.14 : « L'occupation militaire, selon le droit international, attribuée à la puissance occupante certains droits en même temps que certains devoirs, mais n'entraîne pas le transfert de la souveraineté du territoire occupé ».

d'un sol et des choses qui s'y trouvent occasionne un changement de souveraineté. Sans ce régime, la logique de l'exclusivité territoriale, poussée à son terme, aboutirait à ce que tout Etat moderne, sans même attendre un traité de paix, puisse étendre en toute légalité sa puissance sur les espaces où son corps militaire exerce effectivement un pouvoir de contrainte. En d'autres termes, toute occupation militaire effective par un Etat sur le territoire d'un autre aurait pour effet « un *changement immédiat de souveraineté* sur le territoire occupé »⁵²⁴. Pour prévenir cette instabilité, l'effectivité intrinsèque à la notion moderne de souveraineté rencontre une limite posée par le droit international dans le régime de l'occupation militaire.

125. En résumé, le titre territorial constitue bien la source formelle, spécifique au droit public, de l'exclusivité territoriale de l'Etat⁵²⁵. Si le juriste se penche sur les sources matérielles de cette exclusivité territoriale, en revanche, il s'aperçoit que « le droit se confond avec les faits »⁵²⁶. C'est le processus de territorialité politique qui rentre alors en scène. Il a été dit que la souveraineté, sous la modernité, désigne en premier lieu une compétence exécutive, un pouvoir de contrainte sur les hommes et les choses ; que l'effectivité reconnue par le droit international correspond généralement au déploiement complet de l'autorité de l'Etat, non seulement dans ses aspects normatifs, mais surtout opérationnels. Toutes ces analyses savantes contournent, en somme, l'essentiel : la lutte pour le monopole de la violence légitime sur un espace déterminé au profit des autorités de l'Etat. Le droit international classique, en effet, n'a fait qu'attacher *a posteriori* à une « situation de fait », le monopole de la violence légitime à l'intérieur d'un espace circonscrit, une « signification juridique », la naissance de l'Etat souverain.

⁵²⁴ C. Schmitt, *Le nomos de la terre*, *op. cit.*, p.200.

⁵²⁵ G. Distefano, « La notion de titre juridique et les différends territoriaux dans l'ordre international », *op. cit.*, p. 339 : « Le titre juridique demeure donc la source, la raison juridique de droits subjectifs, en l'espèce de ce droit d'intérêt primordial qu'est le droit à la souveraineté territoriale. (...) Le titre juridique constitue donc la "causa" du droit à la souveraineté territoriale ».

⁵²⁶ R. Redslob, *Histoire des grands principes du droit des gens*, *op. cit.*, p.236.

B. Le fondement matériel : les progrès de la territorialité politique

126. La nouvelle puissance qui va remplacer le seigneur pour donner naissance à l'ordre moderne procède d'un processus de territorialité politique qui, étranger à tout rapport de possession au sol (1), a abouti à centraliser sur un espace déterminé la faculté de contraindre entre les mains des seules autorités de l'Etat (2).

1) L'affranchissement par rapport au dominium

127. La puissance et l'effectivité à partir desquelles le droit international a édifié son système horizontal basé sur des Etats territoriaux sont étrangères à l'idée de possession du sol qui régissait le monde politique médiéval. Depuis le développement du régime de la domanialité publique, au service d'une indisponibilité toujours croissante, on assiste à une dépatrimonialisation du pouvoir politique⁵²⁷. Or, dès lors que le souverain n'a plus la *maîtrise* ou la *disponibilité* de son domaine, et à plus forte raison de son royaume, le pouvoir de commandement qu'il exerce sur ses sujets ne peut plus découler d'un rapport de propriété : « L'époque est disparue de la souveraineté patrimoniale durant laquelle les pouvoirs juridiques des gouvernants sur les gouvernés étaient considérés comme la conséquence de la possession du sol : acquisitions, héritages, mariages, traités, contrats entre souverains »⁵²⁸. Certes, les notions de *droit éminent* ou de *dominium* subsistent toujours comme des attributs attachés à la souveraineté ; cependant, et c'est là l'essentiel, ils ne constituent plus *de facto* le fondement du pouvoir de commandement du souverain. Le *dominium* ne disparaît pas,

⁵²⁷ G. Leyte, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e-XV^e siècles)*, PUF, 1996, p. 321.

mais il perd le statut privilégié que lui octroyait le système féodal. Puis surtout, l'*imperium* parvient grâce à l'émergence du territoire à s'affranchir de la tutelle du *dominium* : « C'est seulement avec l'émergence du territoire royal qui se substituera progressivement aux fiefs que l'espace deviendra le lieu d'élection du pouvoir et donc de la souveraineté royale »⁵²⁹.

128. Ce territoire, avant d'avoir été couvert de l'autorité du droit, fut un phénomène politique qu'il est nécessaire d'expliquer. C'est l'aboutissement d'un processus de territorialité politique qui a organisé, progressivement, l'expropriation des violences privées au profit d'une autorité centralisée. Pour le dire autrement, avant d'être une notion juridique au service du pouvoir de commandement de l'Etat, l'exclusivité territoriale fut le produit d'un processus politique concentré sur la maîtrise de la violence humaine⁵³⁰.

2) *La pacification d'un espace aux dimensions du royaume*

129. Le bas Moyen Age était marqué par la division, pour ne pas dire le démembrement de la puissance publique entre une multitude d'autorités dépourvues de territorialité⁵³¹. L'autorité politique y était systématiquement partagée, à l'instar de la dynastie Capétienne qui supportait une concurrence politique aussi bien des seigneurs locaux, de l'Empereur, que de l'Eglise. Le Roi suzerain devait ainsi faire face, à l'intérieur même de son royaume, aux interventions constantes ou épisodiques de puissance de « contrainte »

⁵²⁸ G. Scelle, « Obsession du territoire. Essai d'étude réaliste de droit international », *op. cit.*, p.352.

⁵²⁹ C. Lavalleye, « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat dans l'ancienne France », *op. cit.*, p.20.

⁵³⁰ Julien Freund affirme par exemple au sujet de la contrainte : « Il s'agit donc là d'une question si considérable que le pouvoir politique a sans cesse et depuis toujours fait tous les efforts pour en être le seul dépositaire légitime. » (*L'essence du politique, op. cit.*, p.142). V. a. du même auteur, *Ibidem*, p. 162 : « En effet, c'est l'office de la politique d'empêcher les membres d'une collectivité de faire la justice eux-mêmes, quels que soient les motifs et quel que soit leur sentiment subjectif du droit, en réservant à la seule autorité politique le monopole de la violence qu'elle n'utilisera que dans les cas exceptionnels ».

⁵³¹ R. Redslob, *Traité de droit des gens, op. cit.*, p.9 : « .. un phénomène profondément représentatif de la vie publique en ces temps : c'est la pluralité des pouvoirs dans un même pays et leur habitude de pactiser entre eux.

rivales, de « violences privées »⁵³². À la fin du Moyen Age, le processus de territorialité politique commence cependant à faire des progrès sous l'autorité du pouvoir monarchique. L'édification de fortifications militaires aux limites du royaume, ainsi que le renforcement de la puissance militaire des autorités royales, seront de ceux-là⁵³³. Les autorités royales vont essayer de garantir, à l'échelle du territoire en voie de formation, la protection des sujets à la place des seigneurs. Mais ces progrès n'auraient peut-être pas été suffisants sans un coup du destin : l'Histoire va offrir aux autorités monarchiques, particulièrement en France, un contexte propice au dépassement des violences individuelles et privées. Les bains de sang des guerres de religion vont devenir, avec la menace de la violence civile, un argument irrésistible en faveur de la centralisation de la contrainte entre les mains d'une seule autorité⁵³⁴. Pour ôter « *la cause du mal et des troubles qui peuvent advenir sur le fait de la religion* »⁵³⁵, les négociateurs des traités de Westphalie vont ainsi préférer, à l'octroi d'un droit individuel garantissant la liberté de conscience, l'imposition d'une association entre confession religieuse et territoire : le *ius reformandi*⁵³⁶ au profit du souverain territorial⁵³⁷. La territorialisation de la religion sera la première pierre du nouvel ordre européen qui donnera naissance au droit international classique⁵³⁸. Elle est généralement résumée sous la formule suivante : *Cujus regio, eius religio*⁵³⁹.

(...). Il y a, au contraire, des pouvoirs distincts qui s'affrontent, pouvoirs qui, (...), exercent simultanément des prérogatives sur une même terre. ».

⁵³² V. *infra* Titre IPartie IChapitre IISection 1§1:.

⁵³³ V. *infra* Titre IPartie IChapitre IISection 1§2:A. .

⁵³⁴ V. *infra* Titre IPartie IChapitre IISection 2§1:A. .

⁵³⁵ Édit de Nantes, *Henri IV*, 30 avril 1558, Isambert, XV, p.170 et s. ; cité à partir de J.M. Carbasse et G. Leyte, *L'Etat royal XII^e-XVIII^e siècles Une anthologie, op. cit.*, p.124.

⁵³⁶ Il s'agit du droit d'ordonner l'émigration de ses sujets pour des motifs religieux (Traité d'Osnabrück, art. V §1).

⁵³⁷ Carl Schmitt décrit parfaitement cette transformation d'ordre structural quand il affirme que la souveraineté « neutralise le conflit des confessions à l'intérieur de l'État grâce à une unité politique centralisée. La nouvelle connexion entre confession religieuse et ordre spatial d'une surface close est traduite par la formule allemande *cujus regio, ejus religio* » (*Le nomos de la terre, op. cit.*, p. 129).

⁵³⁸ V. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 1§2:A.

⁵³⁹ Traité d'Osnabruck, art. V §1 : « In reliquis omnibus autem inter utriusque religionis Electores, Principes, Status omnes et singulos sit aequalitas exacta mutuaque, quatenus formae Reipublicae, constitutionibus Imperii et praesenti conventioni conformis est, ita ut, quod uni parti iustum est, alteri quoque sit iustum, violentia omni et via facti, ut alias, ita et hic inter utramque partem perpetuo prohibita ».

130. C'est à partir de cette époque que l'exclusivité territoriale, avant même d'avoir clairement pris forme juridiquement, va s'affirmer à l'échelle de l'Europe comme la principale source et manifestation de la puissance de l'Etat européen. C'est donc bien une idéologie de l'organisation et du contrôle de l'espace, associée à un contexte favorable, qui va permettre aux autorités royales d'exproprier définitivement les violences privées au profit d'une autorité centralisée⁵⁴⁰. Accomplissant en quelque sorte l'ancienne idée selon laquelle « *le Roi ne tient son Royaume de nului que de son épée et de lui* »⁵⁴¹, la conquête de l'effectivité du monopole de la contrainte sur un espace strictement circonscrit et quadrillé est la première manifestation tangible de ce nouveau paradigme politique qui va, progressivement, se substituer à l'ancienne puissance en propriété. Les progrès de la territorialité politique permettront ainsi à l'Etat de « revendiquer avec succès pour son propre compte *le monopole de la violence physique légitime* »⁵⁴². Ce fait matériel déterminant pour la naissance de l'Etat, il est possible de le désigner sous le terme de « territoire politique », par opposition au « territoire juridique » (ou principe d'exclusivité territoriale) qui deviendra, grâce au premier, « une condition et une qualité »⁵⁴³ de la puissance publique.

Conclusions du Chapitre I

⁵⁴⁰ V. n. E. Le Roy et T. Von Trotha (sous la dir.), *La violence et l'Etat, Formes et évolution d'un monopole*, L'Harmattan, 1993, p.25 ; M. Foucault, « Il faut défendre la société », *op. cit.*, p. 41 : « ...avec la croissance, avec le développement des États, tout au long du Moyen Âge et au seuil de l'époque moderne, on a vu les pratiques et les institutions de guerre subirent une évolution très marquée, très visible, que l'on peut caractériser ainsi : les pratiques et les institutions de guerre se sont d'abord concentrées de plus en plus entre les mains d'un pouvoir central ; petit à petit, il est advenu que, de fait et de droit, seuls les pouvoirs étatiques pouvaient engager les guerres et manipuler les instruments de la guerre ; étatisation, par conséquent, de la guerre » ; G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. II : « L'Etat », 3^e éd., LGDJ, 1980, n° 211 ; etc.

⁵⁴¹ J. Ellul, *Histoire des institutions. Le moyen âge*, *op. cit.*, p.353. Cette formule correspondrait à une déformation de la parole de Saint Louis.

⁵⁴² M. Weber, *Le savant et le politique*, *op. cit.*, p.125. V. a. S.N. Einsenstadt, *The political system of empires*, New Brunswick (N.J.)/London, Transaction Publishers, 1993, p.5 : le pouvoir politique moderne est défini comme « l'organisation de la société territoriale qui possède le monopole légitime sur l'usage autorisé de la force et sur sa réglementation dans la société » ; R. Nozick, *Anarchie, État et utopie*, trad. par E. d'Auzac de Lamartine, PUF, coll. « Libre échange », 1988, p. 75 : l'Etat « monopolise l'usage de la force dans un territoire ».

⁵⁴³ R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'Etat*, t. 1, *op. cit.*, p.4.

131. En résumé, le territoire ne peut plus être réduit à « l'expression spatiale de la souveraineté ». Sa principale manifestation juridique, l'exclusivité territoriale, est le fondement de l'Etat moderne et de la notion de souveraineté. Mais ce territoire juridique n'est que l'aboutissement d'un processus de territorialité politique qui a permis, par la conquête du monopole du pouvoir de contrainte sur un espace déterminé, de venir à bout de l'approche patrimoniale du pouvoir qui prévalait dans le système féodal. En somme, un lien de cause à effet se tisse, en l'espèce, entre le monopole de la violence légitime sur un domaine circonscrit (ou territoire politique), le titre territorial en droit des gens et la notion moderne de souveraineté. Ce lien n'est évidemment pas neutre du point de vue de la théorie de l'Etat. Il renferme une accréditation des théories juridiques qui voient dans le territoire un élément constitutif de l'Etat, c'est-à-dire un élément de son *être* et non de son *avoir*⁵⁴⁴. L'Etat, l'exclusivité territoriale et le territoire n'apparaissent plus que comme des expressions abstraites employées pour désigner ce même fait social⁵⁴⁵ : la territorialité politique au service des autorités centralisatrice. Cette dimension *créatrice* du territoire n'a d'ailleurs pas échappé aux politologues qui voient dans la naissance de celui-ci l'origine de « la sortie du politique du jeu social et sa formation en espace autonome et différencié, doté d'une légitimité propre »⁵⁴⁶. Ce qui doit encore être clairement exposé, cependant, c'est la place que tient la frontière dans la formation de ce territoire politique et juridique. De toute évidence, elle fut essentielle : car la conquête du monopole de la violence légitime au profit de l'Etat n'aurait pu arriver à son terme sans la formation préalable de frontières aux limites du royaume.

⁵⁴⁴ V. n. C.V. Fricker, *Gebiet und Gebietshoheit*, Anhang. Vom Staatsgebiet, Tübingen, 1901 ; G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, t. 2, *op. cit.* ; M. Hauriou, *Principes de droit public...*, *op. cit.* ; R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'Etat*, t. 1, *op. cit.* ; etc.

⁵⁴⁵ Manière de paraphraser Léon Duguit : « l'Etat n'étant qu'une expression abstraite employée pour désigner un fait social » (*Manuel de droit public français*, vol. I « Droit constitutionnel - Théorie générale de l'Etat - Organisation politique », Albert Fontemoing, coll. Manuel de Droit Public Français, 1907, p.20).

⁵⁴⁶ B. Badie, « L'Etat moderne : le point de vue du politologue », in : *L'Etat moderne : le droit, l'espace et les formes de l'Etat* (sous la dir. de N. Coulet et J.P. Genet), éd. du CNRS, 1990, p. 212.

Chapitre II

La frontière à l'origine de l'exclusivité territoriale

132. Le rôle et la nature de l'exclusivité territoriale, en droit public interne et international, ont été identifiés. Ce qui doit être encore approfondi et précisé, c'est les conditions dans lesquelles cette exclusivité territoriale a triomphé pour donner naissance à la notion moderne de souveraineté.

133. Ce sont les lumières de la science politique et de la sociologie qui permettront en l'espèce d'analyser les ressorts profonds de l'exclusivité territoriale, c'est-à-dire d'étudier le processus de territorialité politique. Julien Freund, en particulier, distingue au sujet de l'Etat une « dynamique interne », correspondant à la conquête du monopole de la violence légitime par le souverain, d'une « dynamique externe », consistant à faire usage de cette violence légitime contre un ennemi extérieur (*hostis*). Deux dynamiques qui présentent l'avantage d'expliquer non seulement la formation de l'exclusivité territoriale, mais aussi de mettre en évidence les traits caractéristiques de ce processus de territorialité politique qui lui est sous-jacent, à savoir la lutte contre la violence privée à l'intérieur d'un espace strictement délimité⁵⁴⁷. Or, nul besoin de s'étendre longtemps sur la marche de ce dernier pour s'apercevoir qu'il est très largement tributaire de la formation de frontières aux limites du royaume⁵⁴⁸. Celles-ci ont contribué non seulement à ladite « dynamique interne » en favorisant l'immixtion de l'autorité royale dans la protection des sujets du royaume (Section 1), mais aussi à la « dynamique externe » en privilégiant une migration de la violence de l'intérieur vers l'extérieur du royaume (Section 2). Si l'orthodoxie juridique rechigne en général à s'aventurer dans les confins du droit, dans ces zones d'ombres qui soulèvent des questions d'ordre anthropologique, ce détour s'avère en l'espèce nécessaire pour démontrer que la frontière internationale n'a pas seulement été une manifestation ou une conséquence de la notion moderne de souveraineté et d'Etat, mais aussi une cause, une condition essentielle de leur formation.

⁵⁴⁷ V. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 2§2:B. et Titre IPartie IChapitre ISection 1§1:B. 1) .

⁵⁴⁸ V. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 2§2:B. 2) .

Section 1 La frontière et la dynamique interne du processus de territorialité politique

134. L'idée que l'Etat dispose du monopole de la violence légale constitue probablement la conquête la plus prestigieuse de la modernité politique. Les juristes reconnaissent unanimement que l'Etat moderne a permis la substitution aux violences individuelles et privées de la coercition publique⁵⁴⁹. Ce qui est moins enseigné, c'est la reconnaissance du rôle de la territorialité politique, et en particulier des frontières, dans ce processus de canalisation de la violence humaine au profit de l'Etat. L'auteur de référence sur le sujet, Max Weber, définit pourtant l'Etat moderne « comme une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé - la notion de territoire étant une de ses caractéristiques -, revendique avec succès pour son propre compte *le monopole de la violence physique légitime.* »⁵⁵⁰. Ce fut, en effet, la première fonction du territoire politique et des frontières : construire l'espace à l'intérieur duquel le pouvoir politique va pouvoir surmonter toute manifestation privée de la violence humaine. L'élimination de « l'ennemi intérieur »⁵⁵¹, en particulier, s'est orchestrée autour de la formation de fortifications aux limites du royaume. Au contraire du château

⁵⁴⁹ N. Ferreira, *La coercition en droit public*, t. 1, Thèse Université Sorbonnes (Paris I), soutenue le 10 janvier 2000, p.2.

⁵⁵⁰ M. Weber, *Le savant et le politique*, *op. cit.*, 1963, p.125. V. a. S.N. Eisenstadt, *The political system of empires*, *op. cit.*, p.5 : le pouvoir politique moderne est défini comme « l'organisation de la société territoriale qui possède le monopole légitime sur l'usage autorisé de la force et sur sa réglementation dans la société » ; R. Nozick, *Anarchie, État et utopie*, *op. cit.*, p. 75 : l'Etat « monopolise l'usage de la force dans un territoire ».

fort qui était le signe ostensible d'une capillarisation des violences privées dans le système féodal (§1), la frontière militaire constitue la première marque d'une unité politique retrouvée dans les structures de la territorialité politique (§2).

§1: *La capillarisation de la violence dans le système féodal*

135. La médiocrité des structures étatiques qui subsistent après la chute de l'Empire Carolingien va privilégier la création de points de résistance isolés et dispersés dans l'espace, réduisant l'expression de l'autorité publique à son échelle géographique la plus petite. La puissance publique s'émiette en de multiples principautés territoriales dominées par des seigneurs indépendants titulaires du droit de faire la guerre à leurs voisins. Dans les liens personnels du système politique féodal, le recours à la violence privée est un privilège de classe que les nobles usent pour réaliser la sanction de leurs droits⁵⁵². La châtelainie s'impose au milieu du Moyen Age comme une « unité politique fondamentale »⁵⁵³, faisant face au Roi suzerain à l'intérieur de son propre ressort : le royaume. L'autorité politique centrale est ainsi soumise à l'intervention régulière de puissances de contrainte rivales qui sont autant de témoignages cinglants de la permanence des violences privées dans le système féodal⁵⁵⁴. L'église essaiera de jouer de son *auctoritas* pour contenir

⁵⁵¹ J. Freund, « L'ennemi et le tiers dans l'Etat », *A.P.D.*, n°21, 1976, p.28.

⁵⁵² L. de Carbonnières, « Le pouvoir royal face aux mécanismes de la guerre privée à la fin du Moyen âge. L'exemple du Parlement de Paris », *Droits*, n° 46, 2007, p. 52.

⁵⁵³ B. Guénée, « Espace et Etat dans la France du bas Moyen Age », *Annales ESC*, éd. de l'EHESS, n°4, juillet-août 1968, p.748

⁵⁵⁴ R. Redslob, *Traité de droit des gens, op. cit.*, p.9 : « .. un phénomène profondément représentatif de la vie publique en ces temps : c'est la pluralité des pouvoirs dans un même pays et leur habitude de pactiser entre eux.

les débordements de cette violence⁵⁵⁵, mais sans résultat significatif. Il faudra attendre le développement des institutions étatiques dans les structures de la territorialité pour voir disparaître définitivement, sous une forme légale et légitime, les manifestations privées de la violence humaine.

§2: *La centralisation de la violence dans le système étatique*

136. L'ambition d'asseoir un monopole de la violence humaine au profit d'une autorité indivisible sur un territoire strictement circonscrit, et non pas sur une famille ou sur un groupe d'hommes, est probablement spécifique à la modernité politique. L'un des instruments déterminants de ce processus de territorialité politique engagé par l'autorité royale à la fin du Moyen Age, et c'est là un fait trop souvent déconsidéré, fut l'édification de frontières militaires aux limites du royaume⁵⁵⁶. La frontière, avant de devenir sous sa forme achevée une ligne de séparation recouverte de l'autorité du droit, a été un point stratégique mis au service de la défense du royaume face à l'ennemi. Dans son acception moderne de « limites d'un pays »⁵⁵⁷, le terme de frontière est d'ailleurs encore peu employé jusqu'au XVIII^{ème} siècle. Lorsqu'il est utilisé, c'est plutôt pour désigner la partie la plus menacée des lisières du

(...). Il y a, au contraire, des pouvoirs distincts qui s'affrontent, pouvoirs qui, (...), exercent simultanément des prérogatives sur une même terre. ».

⁵⁵⁵ De nombreuses décisions sont adoptées par l'Église en Conciles généraux (ex. Latran en 1123, 1139 et 1179) pour limiter les destructions occasionnées par cette violence privée. La *Paix de Dieu* vient ainsi protéger les non-combattants (femmes, enfants, ecclésiastiques, cultivateurs...) et certains biens (Église, récoltes, moulins, animaux...); la *Trêve de Dieu* imposait également une suspension générale des hostilités durant les périodes de l'année marquées par une vie religieuse particulière (l'avent, le carême, le vendredi, le dimanche...).

⁵⁵⁶ V. n. C. Lange, « Histoire du pacifisme et son influence sur le développement du droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 13, 1926/III, p.218 : « c'est la guerre qui façonne les États européens et détermine leurs structures. Les frontières si peu prononcées naguère deviennent de plus en plus profondes... ».

⁵⁵⁷ P. Richelet, *Nouveau dictionnaire françois contenant generalement tous les mots anciens et modernes...*, Rouen, éd. 1719 ; cité à partir de D. Nordman, *Frontières...*, *op. cit.*, p. 28.

royaume⁵⁵⁸ : « Extrémités, limites, bornes d'un Royaume, d'une Province, que les ennemis trouvent de front quand ils veulent y entrer »⁵⁵⁹. Bref, la première fonction de la frontière moderne qui émerge à la fin du Moyen Age fut d'opposer un « front » à l'ennemi. Or, c'est justement l'approfondissement de cette frontière militaire, « le souci du roi de protéger son royaume sur ses limites mêmes, de faire front, de « faire frontière » »⁵⁶⁰, qui permettra aux autorités royales de conquérir le monopole de la violence légitime au détriment de leurs concurrents internes (les seigneurs) (A) et de leurs concurrents externes (Eglise et Empire) (B).

A. La frontière contre les seigneurs

137. Face aux pouvoirs politiques des seigneurs (guerre privée, justice,...), le rôle de la frontière apparaît avec une particulière acuité. La guerre de cent ans (XIV^{ème}-XV^{ème} siècles) a profondément affecté l'autorité et la légitimité du système féodal en France. Elle fut non seulement l'occasion pour le Roi de confisquer de nombreuses seigneuries aux féodaux qui ne lui étaient pas restés fidèles ; mais surtout, elle a profondément ébranlé le prestige de la noblesse auprès des roturiers : « les nobles, vaincus, incapables de protéger bourgeois et manants, incapables de faire régner l'ordre, apparaissent incapables de remplir leurs fonctions »⁵⁶¹. De surcroît, le développement du commerce et des marchands (foires, villes...) entraîne un appauvrissement de cette noblesse seigneuriale⁵⁶². Le seigneur, décrédibilisé et affaibli, peine à

⁵⁵⁸ La première utilisation du terme de frontière est réputée remonter à une lettre du 3 novembre 1315 de Louis X le Hutin concernant l'entretien des garnisons royales stationnées dans la région frontalière de Flandre (R. Dion, *Les frontières de la France*, Hachette, Paris, 1947, p.88-89).

⁵⁵⁹ *Le dictionnaire universel françois et latin*, appelé *Dictionnaire de Trévoux*, Paris, 6^e éd., 1771, 8 t. ; cité à partir de D. Nordman, *Frontières...*, *op. cit.*, p. 28. Plus ancienne mais tout aussi significative, la définition de la frontière donnée par César de Rochefort : « Les plus glorieux exploits de la guerre se font par la prévoyance, et la plus utile doit paroistre à éloigner l'enemy de la frontière, il ne faut pas que son ombre y paroisse, quoy qu'il en coûte » (*Dictionnaire general et curieux*, Lyon, 1685 ; cité à partir de D. Nordman, *Frontières...*, *op. cit.*, p. 27).

⁵⁶⁰ B. Guénée, « Des limites féodales aux frontières politiques », in : *Les lieux de mémoires – II La Nation* (sous la direct. P. Nora), Gallimard, p. 21.

⁵⁶¹ J. Ellul, *Histoire des institutions. Le moyen âge*, *op. cit.*, p.325.

⁵⁶² C. Vanderporten et J. Vanderburie, *Territorialité et Politique*, *op. cit.*, p.129.

assurer les services dont il se prétend le garant (routes, ports, moulins...), au premier rang desquels figure la sécurité de ses sujets. Les autorités royales vont en profiter pour combler cette lacune.

138. L'Etat en voie de formation « commence par la revendication d'une frontière extérieure grâce à laquelle la protection de la région qui devient ainsi « territoire » étatique, s'inscrit parmi les obligations des unités militaires et policières du gouvernement central »⁵⁶³. Les premières expropriations réalisées sous l'égide de la couronne française au XV^{ème} siècle répondront clairement à cette finalité : « ...pour le bien, la protection et la défense de notre peuple et l'utilité de la chose publique de notre royaume, nous avons le droit, (...), de prendre et d'unir à notre domaine les terres, châteaux, ports de mer et autres lieux se trouvant à la frontière de nos ennemis... »⁵⁶⁴. L'objectif ici poursuivi est de substituer aux anciens châteaux forts, marques de la puissance du seigneur, des « places-frontières »⁵⁶⁵, marques de la souveraineté naissante du roi. La frontière s'impose rapidement dans l'esprit des gouvernants comme l'instrument privilégié de protection du royaume : entre 1564 et 1566, le « tour » effectué par le jeune Charles IX et sa mère Catherine de Médicis le long des frontières du royaume sera dicté par des préoccupations sécuritaires⁵⁶⁶. C'est le début du « culte de la frontière sûre, une diplomatie de la balance et de l'équilibre »⁵⁶⁷. Vauban, pour ne citer que le plus célèbre, recommande de renoncer aux enclaves et places isolées par la voie de l'échange, dans le but de resserrer le territoire autour d'un « pré-quarré »⁵⁶⁸. Plus largement, les historiens contemporains admettent que jusqu'à la fin du XVII^{ème} siècle, les

⁵⁶³ T. Von Trotha, « La dépossession du pouvoir et la « déresponsabilisation » de l'individu dans l'évolution vers la constitution de l'État et l'acquisition de son monopole de la violence », in : *La violence et l'Etat, Formes et évolution d'un monopole* (sous la dir. E. Le Roy et T. Von Trotha), L'Harmattan, 1993, p. 21.

⁵⁶⁴ Lettres de Charles VI, avril 1407, Isambert, VII, p.144 ; cité et traduit par J.M. Carbasse et G. Leyte, *L'Etat royal – XII^e-XVIII^e siècles – Une anthologie*, PUF, coll. Léviathan, 2004, p.75.

⁵⁶⁵ La *place-frontière* par excellence, qui fut au centre de la stratégie militaire et diplomatique de la monarchie française au 17^e siècle, est incarnée notamment par Brisach en Alsace (G.H. Bougeant, *Histoire des guerres...*, éd. 1767, t.II, p.524-525 ; cité à partir de D. Nordman, *Frontières de France...*, *op. cit.*, p.139).

⁵⁶⁶ J. Boutier, A. Dewerpe et D. Nordman, *Un tour de France royal. Le voyage de Charles IX (1564-1566)*, Aubier Montaigne, Paris, 1984, chap. V et VI ; cité à partir de D. Nordman, *Frontières de France...*, *op. cit.*, p. 423.

⁵⁶⁷ D. Nordman, *Frontières de France...*, *op. cit.*, p.347.

⁵⁶⁸ G. Zeller, *L'organisation défensive du nord et de l'est de la France au XVII^e siècle*, Berger-Levrault, Paris, 1928, p.60-61 ; cité à partir de D. Nordman, *Frontières de France...*, *op. cit.*, p. 350.

Rois ne « pratiquèrent non pas une politique de « frontières naturelles », mais une politique consistant à se saisir des « portes » et des « avenues » qui pouvaient donner accès en France aux armées ennemies, et à couper les « rocades » qui permettraient à ces armées de se déplacer autour de la France... »⁵⁶⁹. Dans le même temps, la monétisation de l'économie et le développement des impôts vont enfin permettre au Roi de former et d'entretenir sa propre armée. En conséquence, dès le XVI^{ème} siècle, la mission essentielle de protection des populations, source de légitimité et d'autorité auprès des sujets, est mieux assurée aux frontières du royaume qu'au niveau des châteaux seigneuriaux.

139. En résumé, ce n'est pas tant la prohibition des guerres privées par le droit (interdiction de Saint Louis en 1258), ni la morale de l'Eglise, que la formation d'une armée royale distincte de l'armée féodale équipée d'une artillerie et d'un système solide de *places-frontières* aux confins du royaume⁵⁷⁰, qui est à l'origine du déclin inexorable de la violence privée au profit de la souveraineté du roi⁵⁷¹. Ces progrès de la territorialité politique, consistant en la formation d'un espace circonscrit et quadrillé par le Roi et ses agents (Gouverneurs militaires), permettront la formation progressive du territoire politique : une autorité centrale capable de neutraliser toute expression privée de la violence. Avec l'affirmation de la frontière militaire, « à une société entièrement traversée de rapports guerriers s'est peu à peu substitué un État doté d'institutions militaires »⁵⁷². Bref, l'unité politique consacrée par l'Etat moderne s'est imposée dans les structures de la territorialité : car « c'est moins la frontière qui s'impose que l'unité

⁵⁶⁹ R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, PUF, coll. « Quadrigre », 2005, p.528.

⁵⁷⁰ G. Bouthoul, *Le phénomène guerre*, Payot & Rivages, 2006, p.123 : « Les décalages durables en matière d'armement ont aussi leur répercussion sur les structures politiques. Le même phénomène, l'entrée en scène de l'artillerie, mit fin à la féodalité dominante. La raison d'être de celle-ci, la tenure militaire ou le « contrat de défense » entre paysans et seigneurs, était atteinte. Le château fort, jadis imprenable et facile à défendre avec une poignée d'hommes, ne pouvait plus résister aux canons du roi. »

⁵⁷¹ P. Kennedy, *Naissance et déclin des grandes puissances. Transformations économiques et conflits militaires entre 1500 et 2000*, trad. de l'Anglais par M.A. Cochez et J.L. Lebrave, Payot, 1991, p.103 : « c'est la puissance militaire qui permet à beaucoup de dynasties en Europe de mettre au pas les grands féodaux de leur territoire, et d'asseoir une autorité politique unifiée (...). Ce sont des facteurs militaires – ou plus exactement des facteurs géostratégiques – qui contribuent à façonner les limites territoriales de ces nouveaux Etats-nations, tandis que la fréquence des guerres fait naître la conscience nationale... ».

⁵⁷² M. Foucault, « Il faut défendre la société », *op. cit.*, p. 240.

nationale »⁵⁷³. *A contrario*, les résistances opposées à la souveraineté naissante du roi, en particulier la thèse soutenue par la noblesse de l'époque de la dualité au sein de l'Etat, utilisent des critères de races, d'origine et de nation : « La nation, à cette époque, n'est pas du tout quelque chose qui se définirait par l'unité des territoires, (...). La nation est sans frontières, est sans système de pouvoir défini, est sans État. La nation circule derrière les frontières et les institutions. (...). La noblesse, c'est une nation en face de bien d'autres nations qui circulent dans l'État et qui s'opposent les unes aux autres »⁵⁷⁴. Ces progrès de la territorialité politique seront également efficaces contre les pouvoirs extérieurs : Eglise et Empire.

B. La frontière contre l'Empire et l'Eglise

140. Face au prétendant à la succession des Empereurs romains, outre les querelles incessantes entre ce dernier et le Sacerdoce, ce sont principalement des victoires militaires (ex. Bouvines en 1214), confortées par les progrès continus des fortifications aux marches du royaume, qui permettront à un roi comme Philippe le Bel de refuser tout acte de déférence par l'entremise de la célèbre formule : *rex est imperator in regno suo*⁵⁷⁵. Un scénario très proche, en somme, de celui décrit plus haut au sujet des seigneurs. Si le combat s'avère plus délicat et subtil contre l'« interpénétration des fonctions politiques et religieuses »⁵⁷⁶, la frontière n'en sera pas, pour autant, absente.

141. Face au pouvoir de l'Eglise, la contribution du territoire et de ses frontières est loin d'être négligeable. Il ne s'agit pas de sous-estimer le travail doctrinal des juristes consistant à dévaloriser le rôle du sacre dans la

⁵⁷³ J. Ancel, « Les frontières. Etudes de Géographie Politique », *op. cit.*, p 209.

⁵⁷⁴ M. Foucault, *Ibidem*, p.103.

⁵⁷⁵ Cette formule deviendra rapidement une référence dans l'affirmation doctrinale du pouvoir royal. Dès le XVe siècle, par exemple, l'ouvrage de J. Boutillier dispose « Sachez qu'il est empereur en son royaume, et qu'il peut faire tout et autant qu'à droit impérial appartient » (*Somme rurale, ou le Grand Coutumier général de pratiques civiles*, Bruges, 1479 ; cité à partir de D. Nordman, *Frontières de France...*, *op. cit.*, p. 457).

⁵⁷⁶ J. Quillet, *Les clefs du pouvoir au Moyen-âge*, Flammarion, Paris, 1971, p.36.

constitution du pouvoir et, par la même occasion, à préparer le terrain pour une monarchie absolue de droit divin dans laquelle le prince s'impose comme « image de Dieu et surhomme »⁵⁷⁷ ; ni de discréditer le rôle du gallicanisme des rois de France, lequel a permis « ...l'intégration de l'Eglise dans l'Etat qui, tout en respectant le jeu des fonctions ecclésiastiques, ne lui accorde pas la moindre parcelle d'autorité »⁵⁷⁸. Il faut seulement préciser que cette évolution serait restée purement incantatoire sans l'apport matériel déterminant du territoire. La consolidation des frontières militaires aux marches du royaume à partir du XV^{ème} siècle sera non seulement un affront lancé aux prétentions du Pape, mais surtout la prémisse à la contestation du pouvoir de ce dernier d'exercer une compétence matérielle (*potestas*) à l'intérieur du royaume de France. Marsile de Padoue, entre autres, développera une thèse qui illustre parfaitement la démarche retenue par les autorités royales pour contrer les pouvoirs de l'Eglise. Il a défendu l'idée essentielle, pour la formation du territoire politique, que le prêtre ne peut disposer, à l'image du médecin avec son patient, que d'un pouvoir de « persuasion » et en aucun cas de « coercition »⁵⁷⁹. Baillis et sénéchaux vont ainsi pouvoir travailler à limiter drastiquement le domaine d'intervention des juridictions ecclésiastiques, excipant de cet argument proprement moderne : « l'évêque a bien un droit de juridiction, mais (...) il n'a pas de « territoire » sur lequel il puisse assurer l'exécution des sentences »⁵⁸⁰. L'idée que tout exercice effectif d'un pouvoir de coercition doit nécessairement être associé à la maîtrise d'un territoire s'impose progressivement dans les esprits. Le terrain sera fin prêt pour donner naissance, dans le prolongement des tumultes des guerres de religions, à l'association entre confession religieuse et territoire par les traités de Westphalie⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ J. Ellul, *Histoire des institutions. XVI^e-XVIII^e siècle*, op. cit., p.76.

⁵⁷⁸ J. Quillet, *La philosophie politique de Marsile de Padoue*, Vrin, 1970, p.108.

⁵⁷⁹ J. Quillet, *Les clefs du pouvoir au Moyen-âge*, op. cit. p.191-195. V. a. dans cet ouvrage, p.114 : « Si le prince a, par l'intermédiaire de la loi, l'obligation d'exercer son pouvoir coercitif dans le domaine des actes transitifs, c'est-à-dire de ceux dont les conséquences affectent autrui, et donc, ressortissent au domaine des relations humaines et de la vie civiles, en revanche son action ne s'étend pas aux actes immanents sur lesquels, du reste, aucun pouvoir coercitif ne peut avoir d'emprise, car il n'y a pas de contrainte en matière de foi et surtout de salut. ».

⁵⁸⁰ J. Ellul, *Histoire des institutions. Le moyen âge*, op. cit., p.309.

⁵⁸¹ V. supra p. 129.

Conclusions de la Section 1

142. Dès la Renaissance, en France, il est indiscutable que le territoire et ses frontières commencent à s’immiscer dans la fonction de protection des populations. Ils se présentent comme particularités face à l’universalité de l’Eglise et de l’Empire, et comme universalité face au particularisme des seigneuries⁵⁸². Lorsque la frontière aura pris la place du château fort, et le territoire celui du fief, la souveraineté aura définitivement vaincu de la suzeraineté. Il sera alors possible pour le système juridique d’éliminer tous les phénomènes de contrainte non-étatique. Car le droit étatique moderne « ne saurait tolérer une contrainte qu’il ne contrôle pas »⁵⁸³. Il ne peut, par essence, laisser aucune place à l’expression de la violence privée⁵⁸⁴. Les spécialistes du droit international s’empresseront de traduire cette réalité politique sous la forme du principe de « l’exclusivité territoriale » ou de « l’impénétrabilité des frontières ». Ce faisant, si les rapports internes aux Etats sont purifiés de la violence privée grâce à un système normatif fortement hiérarchisé (vertical), les rapports externes, eux, demeurent traversés par la violence humaine dans la mesure où ils reposent sur un système normatif gravitant autour de l’idée d’égalité (horizontal). Cette dissymétrie tient à l’existence d’une autre dynamique dans la formation de l’Etat et de son territoire, dite externe : « Lorsqu’on dit que l’Etat seul a le droit de régler l’usage de la violence et de la contrainte et qu’il est seul à pouvoir déterminer en quelles circonstances l’individu peut y avoir légitimement recours, il faut aussi entendre par là qu’il se réserve le droit exclusif de désigner l’ennemi politique »⁵⁸⁵. Une analyse approfondie de cette dynamique externe révèle rapidement le rôle essentiel joué par la frontière :

⁵⁸² Nous faisons notre en la modifiant substantiellement la formule que K. Stoyanovitch a retenu pour décrire le concept de *nation* alors même que celui-ci avait à l’époque de l’autonomisation du politique une signification politique différente de celle qui prévaut depuis la Révolution française (« Le sort de l’Etat dans les pays socialistes de nos jours », A.P.D., t.21, 1976, p.155).

⁵⁸³ L. Grynbaum, « La contrainte, garantie de l’accès au droit », *op. cit.*, p. 13.

⁵⁸⁴ L’article 7 de la Déclaration universelle des droits de l’homme et du citoyen de 1789 dispose ainsi que « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi, doit obéir à l’instant ; il se rend coupable par la résistance ». À l’inverse, la reconnaissance d’un droit de résistance à l’oppression reste extrêmement prudente, dans la mesure où il s’agit de la dernière « porte légale » susceptible de permettre à la violence privé de revenir.

permettre l'identification d'un ennemi public pour détourner la violence humaine de son penchant naturel et la rejeter en dehors du territoire.

⁵⁸⁵ J. Freund, *L'essence du politique*, *op. cit.*, p. 568.

Section 2 La frontière et la dynamique externe du processus de territorialité politique

143. Il est généralement reconnu que le contexte historique dans lequel s'est formée la notion moderne de souveraineté correspond à la violence civile des guerres de religions⁵⁸⁶. Il est en revanche moins courant que les observateurs se penchent plus longuement sur la portée réelle de ces événements sanglants. Les écrits et témoignages de l'époque sont pourtant sans équivoque : l'idée centrale (ou émotion) qui a guidé (ou influencé) l'esprit des promoteurs les plus zélés de l'Etat souverain au XVI^{ème} siècle correspond à la volonté de lutter contre la violence fratricide qui déchirait l'Europe. La souveraineté fut, pour les témoins des guerres de religion, un moyen concret destiné à surmonter la violence intestine (§1). À cette fin, les auteurs de l'époque n'hésiteront pas à recommander au titulaire de la souveraineté, pour couper court à la violence civile, de désigner un ennemi public. Bref, un processus cathartique se cache peut-être derrière la formation de l'Etat moderne à l'intérieur duquel la fonction tenue par la frontière est loin d'être négligeable (§2).

⁵⁸⁶ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 136 et passim.

§1: *Le rôle de la violence dans la naissance de la notion moderne de souveraineté*

144. Un simple regard sur le contexte historique dans lequel l'Etat moderne a émergé confirme la place essentielle tenue par la violence intestine dans les faits, comme dans l'esprit des premiers promoteurs de la notion juridique de souveraineté (A). Ce constat n'a cependant pas grand intérêt s'il n'est pas accompagné d'une analyse du rôle et de la signification de cette violence. Sur ce sujet, ce sont les travaux de René Girard sur le rôle de la violence humaine dans les constructions sociales qui ouvriront la voie à une réflexion approfondie sur les rapports entre les guerres de religion et la notion moderne de souveraineté : la violence civile fut-elle une coïncidence, ou bien un facteur déterminant, pour la naissance de l'Etat moderne européen ? (B).

A. Le contexte : les guerres de religions

145. L'essence religieuse du pouvoir politique et la médiation de l'Eglise romaine sont profondément affaiblies à la sortie de l'époque médiévale. Elles demeurent, néanmoins, la cause éloignée du pouvoir dans l'esprit de bien des contemporains. L'Eglise, dit-on, continue d'exercer sous la Renaissance « une autorité intellectuelle sans limites »⁵⁸⁷. C'est pourquoi, au XVI^{ème} siècle, la religion sera la cause du déclenchement d'une violence civile qui se prolongera jusqu'au milieu du XVII^{ème} siècle en Europe occidentale⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ J. Ellul, *Histoire des institutions. Le moyen âge, op. cit.*, p.237.

⁵⁸⁸ Les guerres de religions éclatent à l'intérieur du royaume de France en 1562, où elles atteignent le paroxysme de l'horreur sous la Saint-Barthélemy en 1572. Cette violence va rapidement contaminer l'Europe entière en donnant naissance à la guerre de trente ans, laquelle se soldera par les traités fondateurs de Westphalie en 1648.

L'ordre ancien ne survivra pas à ce déchaînement de violence : le pouvoir et l'autorité de l'Eglise (l'*auctoritas*), du moins dans leurs applications concrètes, ne pourra plus incarner la concorde et l'amitié pour l'homme de la rue. L'idée d'Eglise universelle ne sera plus synonyme de paix. Bref, les contemporains des guerres de religion auront l'esprit mûr pour accepter un nouveau paradigme politique, surtout si ce dernier est susceptible d'apporter la paix civile.

146. C'est dans ce contexte tragique que Jean Bodin décide, au XVI^{ème} siècle, d'entreprendre non pas « une œuvre de cabinet, mais un acte de salut public. Il fait une intervention passionnée et angoissée »⁵⁸⁹. Bodin prend sa plume « sous la poussée irrésistible d'événements dramatiques dont il est le témoin et l'acteur ; de péripéties dont le pathétique se comprendra à merveille si l'on se rappelle simplement que les quatre années qui marquent l'intervalle de 1572 à 1576 sont jalonnées par des événements aussi importants que le massacre de la Saint-Barthélémy, l'élection de Pologne et l'avènement de Henri III, enfin la réunion des Etats généraux de Blois ! »⁵⁹⁰. En somme, c'est l'expérience des guerres civiles qui offrira aux monarchies européennes (et en particulier au royaume de France) l'opportunité de consolider le processus de territorialité engagé depuis la fin de l'époque médiévale, en imposant la notion moderne de souveraineté. Ce lien de cause à effet n'est pas fantaisiste ; il donne, au contraire, tout son sens à la formule d'Herbert Krueger selon laquelle la notion de souveraineté ne serait qu'une « réponse historique à un problème intemporel »⁵⁹¹ : la peur et la menace de la violence civile. Seul le spectre de la violence privée et anarchique qui a épouvanté la société des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles permet de comprendre la motivation des théories sur la souveraineté de l'Etat. Pour toutes ces raisons, les termes et la nature des relations entre la violence civile et la notion moderne de souveraineté ne peuvent plus rester dans l'ombre de la théorie juridique. Pour

⁵⁸⁹ A. Gardot, « Jean Bodin. Sa place parmi les fondateurs du droit international », in *R.C.A.D.I.*, t. 50, 1934/IV, p. 613. Une remarque analogue pourrait être adressée au *De Cive* de Thomas Hobbes, rédigé en 1642 de France durant les guerres civiles qui secouent l'Angleterre.

⁵⁹⁰ A. Gardot, *Ibidem*, p. 614.

y remédier, quoi de mieux que de s'inspirer des analyses de l'auteur qui a su lever le voile sur le rôle de la violence humaine dans la formation des sociétés humaines : René Girard ?

B. La grille de lecture : la violence collective à l'origine de tout ordre culturel

147. Pour analyser la nature des liens qui semblent lier la violence humaine à la formation de l'Etat souverain, les travaux de René Girard présentent trois avantages majeurs : révéler sous une lumière nouvelle le rôle du sacré (1), de l'ordre social (2) et, enfin, de la violence collective souvent exercée par cet ordre social (3).

1) Le rôle du sacré : cacher l'origine proprement humaine de la violence

148. René Girard fait partie de ces auteurs d'exception qui sont parvenus, par la force de leur entendement, à faire tomber un tabou social « caché depuis la fondation du monde » : la place centrale tenue par la violence humaine dans les constructions sociales (cultures, mythes, institutions...). La facilité et le confort, en effet, conduisent souvent les savants à imputer la violence humaine à une idéologie de la conquête (si possible celle de leurs détracteurs), aux vices d'un peuple dominateur ou à l'action maléfique de quelques-uns. Girard ne voit dans ces explications que des analyses superficielles (pour ne pas dire superstitieuses) et contingentes du rôle de la violence dans les sociétés humaines. Son hypothèse, au contraire, repose sur

⁵⁹¹ H. Krueger, *Allgemeine Staatslehre*, 2^{ème} éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1967, p.1 ; cité et traduit par O. Beaud, « La notion d'Etat », *A.P.D.*, t.35, 1990, p.120.

une véritable transgression morale et intellectuelle : si la violence n'était pas le fait d'un nombre réduit d'individus, de quelques vilains ou attardés, mais le fait de tout un chacun, noble et roturier ? Plus précisément, Girard se demande si le « sacré », dans lequel trempe tout ordre culturel (même civilisé), n'aurait pas pour fonction occulte de poser la violence hors de l'homme, c'est-à-dire de nous cacher l'origine proprement humaine de la violence ? Cette hypothèse n'est pas le fruit du hasard chez Girard, mais d'un présupposé anthropologique : l'homme n'étant pas maître de ses propres désirs, il est un sujet pathologique du désir mimétique⁵⁹². Le désir de l'homme est toujours suscité par le désir qu'un autre homme – le modèle – a du même objet : le *désir du désir de l'autre*. L'être humain ne commence rien, pour Girard, il ne fait que répondre par l'imitation. Or, cette *mimesis* ne tarde pas à devenir la source de nombreuses frustrations : le modèle devient progressivement un « obstacle » à la réalisation de ce que nous croyons être nos propres désirs. Se développe alors un phénomène de « mauvaise réciprocité » où la concurrence avec le modèle est susceptible de déboucher, sous sa forme exacerbée, au « meurtre du rival »⁵⁹³. C'est pourquoi l'homme est la proie d'un « instinct de violence »⁵⁹⁴ extrêmement contagieux qui, pour la vie en société, constitue une menace permanente.

⁵⁹² R. Girard, *Mensonges romantiques et vérités romanesques*, Poche, coll. Pluriel, 1978, p. 78 et passim.

⁵⁹³ « Je désire cet objet non pas spontanément, mais parce qu'un autre à côté de moi le désire, ou parce que je soupçonne cet autre de le désirer. Je m'approche donc de cet objet en même temps que mon médiateur se rapproche de moi. Il devient alors mon modèle, au point que je finis par oublier totalement l'objet que je croyais désirer au départ. Comme toute action est réciproque, mon rival vit le même drame : il me voit désirer un objet qui lui est proche ; il se met à désirer à nouveau cet objet, que l'absence du rival lui avait fait oublier ; il me rencontre sur le chemin de cet objet, au moment où moi aussi je le rencontre sur le même chemin. (...) chacun des deux rivaux devient un modèle-obstacle pour l'autre. (...) L'un des deux peut l'emporter et retrouver son illusion d'autonomie ; l'autre s'humiliera alors devant lui au point de sacraliser son adversaire. Cette attraction-répulsion est à la base de toutes les pathologies du ressentiment : l'adoration du modèle-obstacle, les désirs métaphysiques que j'ai de son être même, peuvent me conduire au meurtre » (R. Girard, *Achever Clausewitz*, entretiens avec B. Chantre, Carnetsnord, 2007, p. 73-74).

⁵⁹⁴ R. Girard, *La violence et le sacré*, Flammarion, 1976, p. 215.

2) *Le rôle de l'ordre social : prévenir la contagion de la violence*

149. C'est la menace que représente cet instinct de violence pour la vie en collectivité qui, selon René Girard, dicte le contenu de bien des organisations sociales (« ordre culturel »). Ces dernières, pour Girard, ne sont que des réponses particulières et temporaires à la violence humaine. Pour remplir cette mission, elles ont généralement recours à toutes sortes d'artifices (règles, classification sociale, coutumes ou interdits) ; ce que Girard appelle plus précisément des « écarts différentiels »⁵⁹⁵. Bref, la hiérarchisation ou, plus largement, les modalités d'affirmation d'une autorité sont d'abord motivées par la volonté de neutraliser les pulsions agressives qui traversent le corps social : « la *mimésis* paisible n'est rendue possible que dans le cadre d'une institution déjà établie, déjà fondée depuis longtemps : elle a comme bases l'apprentissage et le maintien des codes culturels »⁵⁹⁶. Sur ce sujet, des convergences peuvent d'ailleurs être trouvées avec des juristes comme Gaetano Arango-Ruiz : « dans toute société d'individus il est naturel de trouver, même dans les phases les moins avancées, une tendance plus ou moins marquée vers l'organisation et la différenciation des « fonctions » »⁵⁹⁷. Girard reconnaît lui-même qu'un ordre différencié, à partir d'un certain degré de civilisation, prend souvent les formes du droit pour mieux s'enraciner dans le social. Mais il observe aussi que, en particulier dans les sociétés archaïques, ces écarts différentiels ne triomphent jamais définitivement de la violence qu'ils cherchent à contenir. L'artifice social n'a jamais définitivement raison de la nature humaine.

⁵⁹⁵ R. Girard, *La violence et le sacré*, op. cit., p. 80.

⁵⁹⁶ R. Girard, *Achever Clausewitz*, op. cit., p. 61.

⁵⁹⁷ G. Arango-Ruiz, *L'Etat dans le sens du droit des Gens et la Notion du Droit international*, op. cit., p. 347.

3) *Le rôle de la violence collective : rétablir l'unité de l'ordre social menacé*

150. Sur le long terme, toutes les organisations sociales sont exposées à des crises de différences (ou crise mimétique). Tout ordre culturel subit, tôt ou tard, des phénomènes d'indifférenciation susceptibles de raviver ce que Girard appelle la « violence réciproque ». Pour prévenir la survenance de ces crises, ou, lorsqu'il est trop tard, pour y mettre un terme, les systèmes culturels primitifs ont eu recours à un subterfuge supplémentaire, mais à finalité prophylactique cette fois : la « violence collective »⁵⁹⁸. Conformément à l'idée de vaccin, il est une conviction, largement répandue chez les gouvernants, qui veut que la violence unanime « rétablit l'ordre et la paix »⁵⁹⁹. Cette violence a conduit bien des sociétés à avoir recours, en temps de crise, au mécanisme de la « victime émissaire ». Les sociétés primitives, en particulier, étaient convaincues que l'on « ne peut tromper la violence que dans la mesure où on ne la prive pas de tout exécutoire, où on lui fournit quelque chose à lui mettre sous la dent »⁶⁰⁰. Pour parvenir à surmonter une crise mimétique, au paroxysme d'une violence qui divise, Girard découvre que les sociétés primitives ont régulièrement fait appel à une autre violence, collective et unanime celle-ci : le rituel sacrificiel. La violence humaine, dès lors qu'elle s'oriente dans une seule direction sous l'impulsion de l'ensemble d'une communauté, favorise le passage de la violence réciproque et destructrice à l'unanimité fondatrice. Elle permet la conversion de « la violence stérile et contagieuse en valeurs culturelles positives »⁶⁰¹. L'auteur de *La violence et le sacré* en arrive à la conclusion suivante : « il est évident qu'il n'y a rien, dans les cultures humaines, à quelque type qu'on veuille les rattacher, qui ne s'enracine dans l'unanimité violente »⁶⁰². Car lorsque René Girard traite des sociétés primitives, il invite en réalité ses lecteurs à réfléchir

⁵⁹⁸ René Girard, *La violence...*, *op. cit.*, p.124.

⁵⁹⁹ *Idem*, p.128.

⁶⁰⁰ *Idem*, p.14.

⁶⁰¹ *Idem*, p.162.

sur les fondements de leur propre ordre culturel : « dans l'évolution qui les conduit du rituel aux institutions profanes, les hommes s'éloignent toujours plus de la violence essentielle, et bien qu'ils la perdent de vue, jamais ils ne rompent réellement avec la violence »⁶⁰³. L'auteur de *La violence et le sacré* ne ménage d'ailleurs pas les juristes : « le droit, je l'ai vu sortir du sacrifice, d'une manière très concrète et pas du tout philosophique (...). L'arrivée du droit, c'est cela. La violence a produit du droit qui est toujours, comme le sacrifice, une moindre violence »⁶⁰⁴.

151. Le paradigme de René Girard expliqué, la question du rapport entre les guerres de religion et la naissance de la notion moderne de souveraineté prend une tournure inattendue : est-ce que l'Etat moderne a rompu avec la violence essentielle ou, au contraire, s'est-il appuyé sur celle-ci (et comment) pour consolider sa domination ? René Girard semble avoir déjà engagé cette réflexion, puisqu'il dénonce derrière les guerres modernes l'existence d'une même « réalité, toujours identique, (...). La fonction essentielle de la guerre étrangère et des rites plus ou moins spectaculaires qui peuvent l'accompagner, consiste à préserver l'équilibre et la tranquillité des communautés essentielles, en écartant la menace d'une violence forcément plus intestine que la violence ouvertement discutée, recommandée et pratiquée »⁶⁰⁵. L'étude en l'espèce de la frontière semble offrir l'occasion de poursuivre cette démarche originale. Il est cependant important de commencer par dissiper tout malentendu : cette analyse n'est pas le fruit d'une admiration mortifère pour les comportements violents ; encore moins du pressentiment que la vérité est du côté de la déraison et de la brutalité. Tout le contraire ; l'objectif est de mettre en évidence deux phénomènes politiques que les juristes ne peuvent ignorer sans s'en rendre,

⁶⁰² *Idem*, p.445.

⁶⁰³ *Idem*, p.427.

⁶⁰⁴ R. Girard, *Achever Clausewitz, op. cit.*, p. 196.

⁶⁰⁵ *Idem*, p. 418. Il précise plus tôt dans l'ouvrage que : « Entre les deux groupes, en somme, on s'entend pour ne jamais s'entendre afin de s'entendre un peu mieux au sein de chaque groupe. C'est déjà le principe de toute guerre « étrangère » : les tendances agressives potentiellement fatales à la cohésion du groupe s'orientent, on l'a vu, du dedans vers le dehors » (*Idem*, p.390).

involontairement peut-être, complices : (1) les hommes jusqu'à aujourd'hui ne sont parvenus à se réconcilier qu'aux dépens d'un tiers ; (2) le pouvoir politique moderne qui a pris forme avec l'Etat souverain et le système juridique qui en procède, en dépit de leur sophistication, ne se sont jamais affranchis de l'idée que seule *la violence peut arrêter la violence*. Pour le dire autrement, l'homme occidental moderne n'a pas trouvé mieux, pour le salut de sa communauté politique, que de s'adonner à une nouvelle forme de violence purificatrice : la *guerre inter-étatique*, appelée parfois symboliquement *guerre en dentelle*. Le rôle de la frontière moderne dans la régulation de cette violence institutionnalisée fut, sans surprise, déterminant.

§2: *Le rôle de la frontière moderne face à la violence*

152. Avant de rentrer dans le détail du rôle joué par la frontière dans l'exercice systématique et ordonné de la violence collective sous l'égide de l'Etat moderne (B), il est nécessaire de préciser pourquoi ce dernier, avec la notion de souveraineté, fut d'abord une réponse de circonstance au problème intemporel soulevé par la « violence réciproque » (A).

A. La réponse étatique à la violence essentielle

153. L'Etat moderne, avant de revêtir la forme juridique élaborée que nous lui connaissons aujourd'hui, fut et demeure un phénomène par essence politique. Il n'est donc pas absurde d'entreprendre cette étude du rapport entre l'Etat et la violence civile par l'entremise d'un acteur qui a donné au premier forme et substance : le politique (1). Cette démarche permettra de mettre en évidence que l'Etat souverain a d'abord été, à l'époque des guerres civiles, une réponse circonstanciée au problème de la violence réciproque (2).

1) *La mission intemporelle du politique*

154. La mission du politique, depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours, est peu ou prou restée fidèle à l'image donnée par Platon du *royal tisserand* : unir les cœurs et rétablir l'ordre. Depuis la disparition du prêtre-roi dans les sociétés occidentales⁶⁰⁶, c'est le politique qui a pris la lourde (et tragique) responsabilité de contenir la violence essentielle à l'intérieur de la communauté (a). Sous la modernité, pour remplir cette mission, il semblerait qu'il ait eu recours à un moyen spécifique : le sentiment de la permanence de l'ennemi (b).

a. L'objectif général : contenir toute contagion de la violence essentielle

155. Il est courant d'attribuer au politique la volonté de maintenir la possibilité du commandement, c'est-à-dire d'instaurer et de perpétuer une hiérarchie, des séparations et des différences. La constitution politique et juridique d'une communauté est souvent décrite, sous sa forme primitive, comme « le mode concret de la hiérarchie et de la subordination »⁶⁰⁷. Il ne s'agit pas là d'une coïncidence, mais bien de la manifestation d'un projet social : l'ordonnancement des lois constitue le meilleur instrument à la disposition du politique pour introduire et maintenir des « écarts différentiels » contre le retour de la violence essentielle.

156. Cet objectif est particulièrement manifeste chez Thomas Hobbes, pour qui l'état de nature (*la guerre de tous contre tous*⁶⁰⁸) procède de l'égalité, c'est-à-dire de l'absence de différences entre les hommes. Pour cet auteur, le

⁶⁰⁶ M. Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Gallimard, coll. Biblio. Des sciences humaines, 1985, p. 14.

⁶⁰⁷ C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, PUF, coll. Léviathan, 1993, p. 133.

politique a pour fonction d'assurer un passage nécessaire chez l'homme, de l'état d'égalité anarchique dans la nature, à l'état d'inégalité hiérarchique dans l'Etat. L'analyse faite par Michel Foucault de ces textes de Hobbes est particulièrement éclairante : « La guerre, c'est l'effet immédiat d'une non-différence ou, en tout cas, de différences insuffisantes. En fait, dit Hobbes, s'il y avait eu de grandes différences, si effectivement entre les hommes il y avait des écarts qui se voient et se manifestent, qui sont très clairement irréversibles, il est bien évident que la guerre se trouverait par là même bloquée immédiatement. (...) La différence pacifie »⁶⁰⁹. Il ajoute « dans l'état de non-différence, de différence insuffisante – dans cet état où on peut dire qu'il y a des différences, mais rampantes, fuyantes, minuscules, instables, sans ordres et sans distinction »⁶¹⁰ se cache « l'état de nature » tant redouté. En somme, dans la non-différence se cache, pour Hobbes, la menace de la « violence réciproque » décrite par René Girard. Le politique, dans ces conditions, intervient pour « créer » des différences et pacifier les relations sociales.

157. Pour autant, dans ces systèmes élaborés par la science politique moderne la violence ne s'est jamais évaporée pour sortir définitivement du jeu social. Max Weber rappelle judicieusement qu'il n'est « pas possible de définir un groupement politique – pas même l'« Etat » - en indiquant seulement la *fin* de son activité de groupement. (...). C'est pourquoi on ne peut définir le caractère « politique » d'un groupement uniquement par le *moyen* – élevé, le cas échéant, à la hauteur d'une fin en soi – qui ne lui est pas propre à lui seul, mais qui lui est certainement spécifique et indispensable du point de vue de son essence, à savoir la violence »⁶¹¹. N'y a-t-il pas ici une contradiction entre les finalités du politique (la paix sociale) et les moyens

⁶⁰⁸ T. Hobbes, *Libertas*, Chapitre 1, section 12: « L'état naturel des hommes, avant qu'ils furent joints, était une guerre, et non simplement, mais une guerre de tous contre tous » ; cité à partir de M. Foucault, « Il faut défendre la société », *op. cit.*, p. 238.

⁶⁰⁹ M. Foucault, « Il faut défendre la société », *op. cit.*, p. 78.

⁶¹⁰ M. Foucault, *Ibidem*, p.78.

employés par lui (la violence) ? Oui, en apparence ; mais le paradigme de René Girard permet justement de surmonter cette contradiction entre les fins et les moyens du politique: le politique cherche la concorde et la paix, mais reste convaincu, à l'instar de Julien Freund, qu'« il n'y a que la force qui soit capable de contenir et de limiter la violence »⁶¹². En termes Girardien, le politique sous la modernité est resté prisonnier de l'idée du vaccin : une dose de violence bien réglée permet de contenir la diffusion d'une violence plus grande.

158. Bien des penseurs politiques sous la modernité succombent, en effet, à l'idée qu'il existerait une « bonne violence ». Machiavel, en particulier, considère que pour un Chef d'Etat « ce n'est pas la violence qui répare, mais la violence qui détruit qu'il faut condamner »⁶¹³. Julien Freund est encore plus explicite sur le sujet. Il défend l'existence d'une distinction nette entre la *force* impulsée par le politique, et la *violence* qui se dégage d'une masse d'individus, pour en tirer la conclusion suivante : alors que la seconde est « facteur de rupture par exclusivisme ou par passion », la première force apparaît comme un « facteur d'équilibre et de stabilité »⁶¹⁴. Freund pratique une même distinction entre le combat formel et organisé, et la lutte acharnée et incontrôlée : « alors que le combat exige un théâtre d'opérations délimité, une zone localisée, la lutte ne connaît ni limites ni frontières ni interdictions. »⁶¹⁵. Bref, pour cet auteur, il va de soi que les conséquences de ces deux formes d'expression de la violence sont radicalement différentes : « la vigueur d'une foule dégénère rapidement en désordres et tumultes et s'épuise en rivalités internes et violences inutiles si elle reste livrée à son propre instinct. Autrement dit, ce dynamisme n'a vraiment d'efficacité

⁶¹¹ M. Weber, *Économie et société*, vol.I : « Les catégories de la sociologie », Pocket, Paris, 1995, p.98. V. a. du même auteur *Le savant et le politique*, *op. cit.*, p.124 : « Celui-ci [le groupement politique] ne se laisse définir sociologiquement que par le *moyen* spécifique qui lui est propre, (...), à savoir la violence physique ».

⁶¹² J. Freund, *L'essence du politique*, *op.cit.*, p. 514.

⁶¹³ N. Machiavel, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, Gallimard, Biblio. de la Pléiade, 1952, liv. I, chap. IX, p.405.

⁶¹⁴ J. Freund, *L'essence du politique*, *op.cit.*, p. 513. L'auteur ajoute plus loin « Une armée disciplinée est l'image typique de la force, une masse soulevée et tumultueuse est celle de la violence » (*Idem*, p.514).

⁶¹⁵ J. Freund, *Ibidem*, p. 542.

politique qu'à la condition d'être canalisé, orienté et dirigé par un commandement, sinon la puissance finit pour ne plus vouloir qu'elle-même »⁶¹⁶.

159. À mesure que l'analyse progresse, la mission du politique et les moyens employés par lui semblent correspondre au paradigme de René Girard. Le politique, sous la modernité, n'aurait donc pas échappé à ce destin tragique : s'efforcer de rechercher une « violence confortable »⁶¹⁷ pour neutraliser toute forme de violence insupportable. La consolidation de cette hypothèse suppose à présent de comprendre les structures et les mécanismes qui ont permis au pouvoir politique, sous la modernité, de tromper la violence : le sentiment de *la permanence de l'ennemi*.

b. Le moyen spécifique à la modernité : entretenir la permanence de l'ennemi

160. De Jean Bodin⁶¹⁸ à Carl Schmitt⁶¹⁹, en passant par Thomas Hobbes⁶²⁰, nombreux sont les auteurs modernes qui voient dans l'existence d'un ennemi extérieur commun le ferment de l'unité de la communauté politique. La notion d'ennemi public (*justi hostes*), à ce titre, doit être comprise comme un concept délibéré et médité : définir un autre « que l'on combat non en tant qu'il est un individu ou une personne particulière, mais en tant qu'il appartient à une unité politique »⁶²¹. Cette notion, qui a traversé la modernité

⁶¹⁶ *Idem*, p. 139.

⁶¹⁷ A. Camus, *Actuelles I. Écrits Politiques*, Chroniques 1944-1948, Gallimard, 1950, p.185.

⁶¹⁸ J. Bodin, *Six Livres de la République*, t.5, chap.5, *op. cit.*, p.760 « Le plus beau moyen de conserver un Etat et de la garantir des rébellions, des séditions et guerres civiles et d'entretenir les sujets en bonne amitié est d'avoir un ennemi auquel on puisse faire tête » ; v. a. dans le même ouvrage, livre IV, chap. VII : « Le seul moyen, qu'on trouvât pour apaiser les séditions était de faire guerre aux ennemis et, s'il n'y en avait, d'en forger de tous morceaux » ; cité à partir de C. Schmitt, *La notion de politique. La théorie du partisan*, Flammarion, coll. Champs classiques, 2009, p. 36.

⁶¹⁹ C. Schmitt, *La notion de politique...*, *op. cit.*, p. 26 et passim.

⁶²⁰ T. Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, *op. cit.*, chap. XXV, « C'est pourquoi aucune grande République démocratique ne s'est jamais maintenue, si ce n'est grâce à un ennemi extérieur commun qui poussent ses citoyens à s'unir ».

⁶²¹ J. Freund, *L'essence du politique*, *op. cit.*, p. 491. L'auteur ajoute « L'inimitié n'est donc ni une relation d'homme à homme ni la relation entre un être singulier et une collectivité, mais uniquement une relation de collectivité à collectivité » (*Idem*, p. 491). V. a. J.J. Rousseau, *Contrat social*, *op. cit.*, Chap. IV, Liv. I : « Chaque

politique, a profondément marqué et imprégné les caractéristiques de l'Etat⁶²². Sa finalité, de l'avis même de ses observateurs les plus complaisants, est la suivante : poser et maintenir une distinction essentielle entre la « mauvaise violence », anarchique et destructrice, et la « bonne violence », protectrice et réparatrice dès lors qu'elle s'exerce sous l'impulsion de l'Etat. Car, pour ces auteurs, « l'inimitié politique et corrélativement la guerre sont (...) spécifiquement différentes à la fois de l'inimitié privée et corrélativement de la querelle, dispute ou vengeance de particuliers et de la violence qu'exercent des brigands ou des gangsters. (...). Le fondement caractéristique de l'inimitié privée est la haine personnelle, ce qui suppose que les ennemis se connaissent personnellement. Tel n'est pas le cas de l'inimitié publique : la haine n'appartient pas spécifiquement à son concept et elle peut même être totalement absente »⁶²³. Cette distinction entre *l'hostilité* à bannir et *l'adversité* qui peut s'exercer dans le cadre réglé d'un duel se retrouve, aussi, sous la plume de Emer de Vattel : « L'ennemi est celui avec qui on est en Guerre ouverte. Les latins avaient un terme particulier (*hostis*) pour désigner un Ennemi public, et ils le distinguent d'un ennemi particulier (*inimicus*). (...). Cette observation est nécessaire, pour régler les dispositions de notre cœur, envers un Ennemi public »⁶²⁴. En définitive, chez bien des auteurs modernes⁶²⁵, le concept d'ennemi public (*hostis*) apparaît comme un vaccin nécessaire contre le retour de l'ennemi privé et intérieur (*l'inimicus*), c'est-à-dire contre la menace de la vengeance, de la haine et du retour de la « violence réciproque ». La modernité politique, en dépit de ses apparences rationalistes et scientifiques, semble n'être jamais

Etat ne peut avoir pour ennemis que d'autres Etats et non pas des hommes, attendu qu'entre choses de diverses natures on ne peut fixer aucun vrai rapport ».

⁶²² M. Villey, « Préface. Genèse et déclin de l'Etat », *A.P.D.*, t. 35, 1990, p.1 : « la notion moderne de l'Etat s'oppose et doit être confrontée à celles latine de *res publica*, ou grecque de *polis* (...) dans une communauté que soude la hantise de « l'ennemi » externe, l'Etat moderne représenterait une construction artificielle ».

⁶²³ J. Freund, *L'essence du politique*, *op. cit.*, p. 491.

⁶²⁴ E. de Vattel, *Le droit des gens...*, *op. cit.*, Liv. III, chap. V, §69.

⁶²⁵ V. a. C. Péguy, « Note conjointe sur M. Descartes et la philosophie cartésienne », *Œuvres en prose complètes*, t. III, Gallimard, coll. Biblio. de la Pléiade, p. 1343 : « beaucoup de difficultés tomberaient si l'on voulait bien distinguer qu'il y a deux races de la guerre et qui n'ont peut-être rien de commun ensemble (...). Il y a une race de la guerre qui est une lutte pour l'honneur et il y a une tout autre race de la guerre qui est une lutte pour la domination. La première procède du duel. Elle est le duel. La deuxième ne l'est pas et n'en procède pas. Elle est même tout ce qu'il peut y avoir de plus étranger au duel, au code, à l'honneur » (cité à partir de R. Girard, *Achever Clausewitz*, *op. cit.*, p. 146).

réellement sortie du cercle infernal de la violence décrit par René Girard⁶²⁶. La « permanence de l'ennemi » constitue au contraire une variante historique, parmi d'autres, de ce mécanisme consistant à faire appel à la violence collective pour conserver ou rétablir l'unité à l'intérieur de l'ordre social⁶²⁷. Cette approche du politique présente, d'ailleurs, le mérite de nous expliquer, sans ambages, pourquoi « l'unité » garantie par ce dernier a toujours été, jusqu'à aujourd'hui, limitée dans son champ d'application. Elle apporte une réponse cinglante à cette question dramatique : pourquoi la création d'une communauté politique a toujours été « au premier chef une séparation »⁶²⁸ ? Partitive et différenciatrice, la paix apportée par le politique recèle un « processus d'exclusion d'un Dehors, dans le miroir duquel peut alors se fonder l'indivisibilité de son propre et intime Dedans »⁶²⁹.

161. Ces conclusions sur la mission du politique imposent, à présent, de reconsidérer les conditions de formation de notre ordre juridique moderne, c'est-à-dire de l'Etat et de la notion de souveraineté.

2) *La mission circonstanciée de l'Etat : transformer la violence destructrice en violence fondatrice*

162. L'un des juristes qui s'est rapproché le plus de la réalité de la violence réciproque et du rituel cathartique dans le droit étatique moderne est probablement Carl Schmitt. Le fait que ce dernier ait parfois fait l'apologie

⁶²⁶ V. n. W. Paolover, « A girardian reading of schmitt's "political theology" », *Telos*, New York, n°93, automne 92, p.43-68

⁶²⁷ Les auteurs modernes, en particulier Julien Freund et Carl Schmitt, considèrent que la violence humaine est une conséquence de la permanence de l'ennemi, lequel concept serait une réalité indépassable pour l'homme. Cette étude, au contraire, s'appuie sur le paradigme de René Girard et adopte, par voie de conséquence, un point de vu renversé du problème : ce qui est à proprement parlé ontologique, et peut-être indépassable, c'est la violence humaine. L'idée politique d'ennemi n'est au contraire qu'un artifice propre à une structure historique particulière visant à contenir la violence humaine sans jamais s'en séparer. Pour le dire autrement, l'*homo politicus* pourrait, par hypothèse, se passer de l'ennemi. Ce qu'il ne peut ignorer, en revanche, c'est la menace que représente pour toute société la violence réciproque.

⁶²⁸ R. Girard, *La Violence et le sacré*, op. cit., p. 398.

⁶²⁹ L. Chevalier, *La frontière entre guerre et paix. Du signe au sexe, le théâtre sacrificiel de l'homme*, L'Harmattan, coll. La Philosophie en Commun, 2003, p. 7.

de la fécondité de cette violence étatique, plutôt que de la condamner, n'affecte pas la pertinence de ses observations. Car il n'a pas seulement entrevu le fait matériel suivant, à savoir que les « bains de sang des guerres de partis religieux avaient engendré l'État européen » ; mais il a également déchiffré le mécanisme prophylactique (ou cathartique) sous-jacent à ces événements : l'Etat moderne a surmonté les guerres de religions par l'entremise d'une « décision souveraine » ayant permis le « passage de la guerre civile confessionnelle et internationale des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles à la « guerre en forme », à la guerre d'États propre au droit des gens européen »⁶³⁰. Bref, Schmitt et ses disciples ont non seulement caractérisé le rôle de l'Etat souverain dans la neutralisation de la violence civile (a), mais aussi le rôle de la guerre inter-étatique dans la conservation de cette paix sociale (b).

a. Le rôle de l'Etat souverain

163. Julien Freund, fidèle disciple du maître allemand, considère que l'Etat moderne a pour caractéristique principale « de supprimer à l'intérieur de son ressort la division de ses membres ou groupements internes en amis et en ennemis, pour ne tolérer que les simples rivalités agonales ou lutte de partis, et de réserver au gouvernement le droit de désigner l'ennemi extérieur »⁶³¹. L'ennemi public constitue, pour ces auteurs, le fil conducteur d'une violence castratrice de la mauvaise violence (civile et privée). La violence apparaît, par voie de conséquence, fondatrice d'un nouveau principe d'ordre : celui de l'Etat et de la notion moderne de souveraineté. Bref, la naissance de l'institution étatique aurait marqué le passage d'une violence réciproque et destructrice, ayant atteint son paroxysme en France avec la persécution des réformés sous la Saint-Barthélemy, à l'unanimité fondatrice d'une violence collective exercée et maîtrisée par un souverain territorial (unique et indivisible) contre un ennemi public. Dans ce système qui aboutira

⁶³⁰ C. Schmitt, *Le nomos...*, op. cit., p. 146.

⁶³¹ J. Freund, *L'essence du politique*, op. cit., p. 445. V. a. *Idem*, p. 169 : « l'Etat moderne est l'institution qui tend à supprimer l'ennemi intérieur pour ne laisser subsister que l'ennemi extérieur ».

à la formation du principe juridique de l'exclusivité territoriale, la guerre inter-étatique semble tenir un rôle qui ne s'éloigne pas foncièrement de celui tenu par les rituels sacrificiels dans les sociétés archaïques : ces « formes de violence plus ou moins ritualisées qui détournent la menace des objets proches vers des objets plus lointains »⁶³².

b. Le rôle de la guerre inter-étatique

164. La « guerre en forme », appelée aussi « guerre en dentelle »⁶³³, présente des analogies troublantes avec les diverses manifestations de la violence purificatrice dans les sociétés archaïques. Pour commencer, elle a bien les apparences d'une violence régulée et codifiée jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle : « une institution qui avait pour but de retenir et régler la violence »⁶³⁴. Puis, même lorsqu'elle supprime physiquement l'ennemi, elle poursuit de l'avis de Julien Freund un objectif politique qui n'est « pas de tuer pour tuer, mais de retrouver l'unité, d'établir la paix intérieure et la concorde »⁶³⁵. Dans un même ordre d'idées, Gaston Bouthoul décrit la guerre inter-étatique comme « un combat régulier et revêtu d'une certaine solennité »⁶³⁶, différent et étranger par nature à l'expression d'« hostilités confuses et indistinctes »⁶³⁷. Car lorsque la guerre correspond à la confrontation de deux Etats autour d'une bataille, « nous nous trouvons en face d'hostilités délimitées au point de vue de leur durée et aussi quant à la détermination de l'ennemi »⁶³⁸. Bouthoul en tire la conclusion suivante : « la guerre est une forme de la violence qui a pour caractéristique essentielle d'être méthodique et organisée quant aux groupes qui la font et aux manières dont ils la mènent. En outre elle est limitée dans le temps et dans l'espace, et soumise à des règles juridiques particulières »⁶³⁹. En résumé, ces auteurs

⁶³² R. Girard, *La Violence et le sacré*, op. cit., p. 488.

⁶³³ R. Girard, *Achever Clausewitz*, op. cit., p. 31.

⁶³⁴ R. Girard, *Ibidem*, p. 26.

⁶³⁵ J. Freund, *Ibidem*, p. 553.

⁶³⁶ G. Bouthoul, *Le phénomène guerre*, op. cit., p.52

⁶³⁷ G. Bouthoul, *Ibidem*, p.52.

⁶³⁸ *Idem*, p. 52.

⁶³⁹ *Idem*, p. 57-58.

semblent convaincus que la guerre menée par l'Etat moderne « n'a rien à voir avec un sadisme gratuit ; [elle] n'est pas orientée vers la violence mais vers l'ordre et la tranquillité. Le seul type de violence qu'[elle] cherche à reproduire est celui qui chasse la violence »⁶⁴⁰. Tous ces indices permettent de conclure que l'Etat moderne, avec la notion de souveraineté, a été lors de sa formation une réponse à deux besoins essentiels et indissociables : (1) exproprier définitivement les individus et corps intermédiaires de la violence privée ; (2) s'attribuer le monopole de cette violence expropriée pour l'utiliser, de façon régulière et encadrée, contre un ennemi public afin de tromper la violence essentielle. Rien de « paradoxal »⁶⁴¹, par conséquent, dans le fait que la notion moderne de souveraineté constitue un élément d'« ordre » à l'intérieur de l'Etat et un élément de « désordre » dans les rapports entre Etats. Le système politique moderne se caractérise au contraire par « une différence entre les modalités des rapports de force à l'intérieur d'un espace déterminé par des frontières où *Un* (le gouvernement) « posséderait » les moyens d'imposer son « ordre » à *Tous*, étant donné le consentement de ce *Tous* (et la dissymétrie qui caractérise de toute façon leurs relations), et les modalités des rapports de force à l'extérieur où là, joueraient à plein les calculs d'acteurs dans un espace non régulé, anarchique »⁶⁴². C'est pourquoi la « guerre n'est pas seulement la forme primordiale des relations internationales ; elle est aussi un puissant catalyseur de la notion moderne d'Etat, considéré à la fois dans sa structure interne et dans sa personnalité internationale »⁶⁴³. Relation « intime »⁶⁴⁴ entre la violence et l'Etat moderne qui confirme l'idée, exposée plus haut⁶⁴⁵, que « la relation du pouvoir et du droit ne peut se situer au sein d'une contradiction

⁶⁴⁰ R. Girard, *La violence et le sacré*, op. cit., p. 198.

⁶⁴¹ J. Morellet, « Le principe de la souveraineté de l'Etat et le droit international public », *R.G.D.I.P.*, t.33, n°1, 1926, p. 110-111.

⁶⁴² D. Bigo, « Guerre, conflits, transnational et territoire », in : *L'international sans territoire* (sous la dir. de BADIE (B.) et SMOUTS (M.C.)), *Culture et conflits*, n°21/22, printemps été 1996, p.415.

⁶⁴³ P. Haggemacher, « L'Etat souverain comme sujet de droit international de Vitoria à Vattel », *Droits*, n°16, 1992, p.13.

⁶⁴⁴ M. Weber, *Le savant et le politique*, op. cit., p.125.

⁶⁴⁵ V. supra Titre IPartie IChapitre ISection 1§3:.

imaginaire, mais dans la dépendance du droit à la menace de la violence de l'appareil étatique »⁶⁴⁶.

165. En somme, tous les chemins mènent à cette même conclusion : la violence, et à plus forte raison la contrainte, constitue « le fondement du droit étatique »⁶⁴⁷. Schmitt a donc raison, sur le plan historique, de considérer que « ce n'est pas l'abolition mais la limitation de la guerre qui forme le problème central de tout ordre juridique »⁶⁴⁸. Le droit étatique moderne ne garantit qu'une pacification limitée des relations sociales. Hans Kelsen reconnaît lui-même que si « par paix on entend le fait de ne pas recourir à la force, le droit n'assure pas une paix absolue, car il ne garantit pas l'absence de tout recours à la force. Il établit au contraire un monopole de la force au profit de la communauté juridique »⁶⁴⁹. L'objet du droit étatique et international moderne ne se limite donc pas à un principe de légalité ; il s'intéresse tout autant à maintenir une distinction subtile entre la *bonne* et la *mauvaise* violence à des fins cathartiques. C'est d'ailleurs, entre autres, pour incarner et consolider cette distinction fondamentale pour l'ordre moderne que des frontières ont été tracées. Pour les adeptes de la *permanence de l'ennemi*, « la société politique est close en vertu de l'exercice politique même. La vie politique est combat, lutte incessante, ce qui veut dire que la société politique est obligée de se délimiter elle-même pour délimiter l'adversaire ou l'ennemi »⁶⁵⁰. Propos qui en disent long sur le rôle de la ligne de séparation entre les territoires des Etats : la frontière moderne n'a pas été seulement un élément déterminant de la « dynamique interne » de l'Etat, mais aussi de sa « dynamique externe ».

⁶⁴⁶ T. Von Trotha, « La dépossession du pouvoir et la « déresponsabilisation » de l'individu dans l'évolution vers la constitution de l'État et l'acquisition de son monopole de la violence », *op. cit.*, p. 19.

⁶⁴⁷ T. Von Trotha, *Ibidem*, p. 19

⁶⁴⁸ C. Schmitt, *Le nomos...*, *op. cit.*, p.79.

⁶⁴⁹ H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *op. cit.*, p.27.

⁶⁵⁰ J. Freund, *L'essence du politique*, *op. cit.*, p. 40.

B. Le rôle de la frontière moderne dans la réponse étatique

166. Le rôle de la territorialité politique et des frontières, dans le dépassement des violences civiles, a été déterminant à plus d'un titre. Pour commencer, c'est l'association entre territoire et confession religieuse qui permettra de venir à bout de la guerre de trente ans⁶⁵¹. Mais le phénomène territorial a peut-être surtout participé à la formation d'un des concepts fondamentaux du pouvoir temporel : l'ennemi public. La frontière fut à la fois un marqueur qui permettait de définir l'ennemi de l'Etat (1), et une zone limitée et encadrée à l'intérieur de laquelle la violence de l'Etat pouvait s'exercer à des fins cathartiques (2).

1) La frontière comme marqueur de l'ennemi politique

167. L'Etat moderne qui émerge à la fin de la Renaissance a cela de particulier qu'il s'efforce de « chasser le traître à l'intérieur et de tenir les frontières contre l'ennemi extérieur »⁶⁵². Il cherche à refouler « l'ennemi à l'extérieur des frontières »⁶⁵³ pour mieux détourner les sentiments de haine et de vengeance qui accablaient à l'époque l'ennemi intérieur : le réformé. Une des réalisations concrètes de la frontière moderne fut donc la suivante : contribuer à la pacification sociale en éloignant la violence aux limites du royaume. Les cérémonies de serment, imposées au cours du XVIII^{ème} siècle aux populations des territoires nouvellement annexés, confirment cette hypothèse. Alliant déclaration et geste, ces cérémonies célébraient l'unité politique retrouvée dans les structures de la territorialité du royaume par la

⁶⁵¹ V. *supra* Titre I Partie I Chapitre I Section 2 § 2 : B. 2).

⁶⁵² D. Bigo, « Guerre, conflits, transnational et territoire », *op. cit.*, p.400. L'auteur évoque également un

⁶⁵³ J. Freund, « L'ennemi et le tiers dans l'Etat », *op. cit.*, p. 29.

formule suivante : « Nous jurons et protestons devant Dieu, et sur les saints Evangiles, tant en notre qualité de Président de la Chambre que pour tous ses officiers (...), que nous reconnoissons pour notre seul et légitime souverain eventuel Louis quinze par la grace de Dieu Roy de France et de Navarre et ses successeurs auxdits Royaumes (...); **nous promettons pareillement d'avoir pour ennemis tous ceux que sa Majesté très chretienne aura déclaréz tels**, de n'avoir aucune intelligence avec eux, ny leur prêter aucune aide, et faveur, directement, ny indirectement... »⁶⁵⁴. C'est bien en l'espèce le territoire, et la limite qui le sépare des Etats limitrophes, qui donne sens et forme à l'opposition politique entre ami et ennemi. Ce « front opposé aux ennemis », selon la définition du Dictionnaire Universel de Furetière en 1690, devient par la même occasion le front qui donne vie à l'ennemi : dorénavant, c'est « d'être né au-delà ou en deçà de cette limite de plus en plus épaisse, de cette frontière, de plus en plus importante qui distingue (...) les étrangers d'une part, et d'autre part les « naturels », « les bourgeois du royaume », ou les « régnicoles » »⁶⁵⁵. Fonction qui n'a pas échappé à Julien Freund : « la frontière exclut le reste. C'est elle qui donne un sens à l'acte de guerre, c'est elle qui définit l'étranger »⁶⁵⁶. Progressivement, les clivages potentiellement belliqueux ne traverseront plus l'intérieur du royaume pour être refoulés aux frontières : « la guerre se fut trouvée expulsée aux limites de l'Etat, à la fois centralisée dans sa pratique et refoulée à sa frontière »⁶⁵⁷. Du même coup, « par le fait de cette étatisation, s'est trouvé effacé du corps social, du rapport d'homme à homme, de groupe à groupe, ce qu'on pourrait appeler quotidienne, ce qu'on appelait effectivement la « guerre privée » »⁶⁵⁸. L'identification spatiale qu'autorise l'ordre de type frontalier va garantir à l'intérieur des limites de l'Etat « le triomphe du Même ou de l'Un par le sacrifice de l'Autre »⁶⁵⁹. On assiste à un « processus géopolitique de la frontaliérisation homogénéisant la population et expulsant l'ennemi hors du

⁶⁵⁴ Serment imposé à Antoine-Martin Chaumont de La Galaizière, chancelier en Lorraine en 1737 devant la chambre du conseil et des comptes de bar, rapporté par D. Nordman, *Frontière de France...*, *op. cit.*, p.432.

⁶⁵⁵ B. Guénée, « Etat et nation en France au Moyen-âge », *Rev. Hist.*, t. 237, 1967, p.25.

⁶⁵⁶ J. Freund, *L'essence du politique*, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁵⁷ M. Foucault, « Il faut défendre la société », *op. cit.*, p. 42.

⁶⁵⁸ M. Foucault, *Ibidem*, p. 41.

territoire »⁶⁶⁰. La frontière ne désignera d'ailleurs pas seulement « l'ennemi public » pour exprimer une forme régulée « de rapports belliqueux »⁶⁶¹ ; elle deviendra aussi la scène sur laquelle ce rapport belliqueux pourra s'exercer sans exposer les communautés politiques agissantes à un risque de contagion de la violence essentielle.

2) *La frontière comme théâtre d'opérations de la violence collective*

168. Les études de Gaston Bouthoul, fondées sur un recensement des batailles en France depuis le XII^{ème} siècle jusqu'à nos jours, démontrent que la zone frontalière a été de loin le théâtre du plus grand nombre d'affrontements guerriers. Une des grandes réalisations de la notion moderne de frontière fut donc la suivante : « les pratiques de guerre, les institutions de guerre tendent à ne plus exister, en quelque sorte, qu'aux frontières, aux limites extérieures des grandes unités étatiques, comme un rapport de violence effective ou menaçante entre États »⁶⁶². Incarné territorialement, l'ennemi politique sans cesse créé et recréé par le politique peut alors devenir « conducteur » d'une violence essentielle qui s'exerce principalement autour des frontières. La ligne de séparation nette et absolue que constitue la frontière moderne, avant de prendre une signification proprement juridique, se présentait donc sous les traits d'une « coupure sacralisante »⁶⁶³ ou d'une « déchirure sacrificielle »⁶⁶⁴ qui ouvre la voie à l'édification d'un système à l'intérieur duquel coexiste un « intérieur policé » et un « extérieur anarchique ». La frontière internationale a été ce concept clé qui a permis d'identifier « une certaine forme de violence comme « bonne », apparemment

⁶⁵⁹ L. Chevalier, *La frontière entre guerre et paix. Du signe au sexe, le théâtre sacrificiel de l'homme*, op. cit., p. 308.

⁶⁶⁰ D. Bigo, « Guerre, conflits, transnational et territoire », op. cit., p.400.

⁶⁶¹ D. Nordman, *Frontière de France...*, op. cit., p.44.

⁶⁶² M. Foucault, *Ibidem*, p. 42.

⁶⁶³ L. Chevalier, *La frontière entre guerre et paix...*, op. cit., p. 9.

⁶⁶⁴ L. Chevalier, *Ibidem*, p. 44.

nécessaire à l'unité de la communauté, face à une autre violence qui demeure « mauvaise » parce qu'elle reste assimilée à la mauvaise réciprocité »⁶⁶⁵. La linéarité n'a pas seulement été une technique rationnelle de délimitation de l'espace, mais aussi une pratique politique consistant à projeter dans l'espace un principe de cohésion et d'organisation visant à séparer de façon nette et absolue la « violence destructrice » de la « violence réparatrice ».

CONCLUSIONS PARTIE I

169. En résumé, la naissance de la notion moderne de souveraineté ne peut se comprendre en dehors de son contexte : les progrès du processus de territorialité politique et le spectre de la violence privée et anarchique. L'Etat moderne a d'abord été un remède « interne » au problème des violences civiles permettant de pacifier un espace strictement circonscrit en faisant appel, aux limites « externes » de ce dernier, à une violence collective strictement encadrée et contrôlée par ses institutions. Ce passage d'une violence privée destructrice à une violence collective contrôlée, sous l'auspice de l'Etat, n'aurait pas été possible sans les progrès de la territorialité politique et, en particulier, sans l'édification de frontières aux limites du royaume. En définitive, cette analyse du rôle joué par la frontière internationale dans la formation de la notion de souveraineté présente l'avantage de mettre à nu les finalités du dogme juridique de la dualité dans l'ordre moderne. Si le droit public européen post-westphalien pose une différence de nature (et non de degré) entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique externe, c'est peut-être parce que le premier repose sur une logique de différenciation dans une atmosphère pacifiante, alors que le second repose sur une logique d'égalité dans une atmosphère belliqueuse. La coexistence de ces deux ordres aux finalités *a priori* contradictoires n'est envisageable que par la médiation de la frontière impénétrable : ces ordres se touchent sans

⁶⁶⁵ R. Girard, *La violence et le sacré, op. cit.*, p.173.

jamais se confondre. L'harmonie de l'ensemble de ce système international horizontal tenait donc peut-être à l'interposition de la frontière internationale. À ce titre, la garantie de l'autonomie de l'Etat que confère la frontière face au droit international s'accompagne aussi nécessairement d'un devoir : ne pas empiéter sur la souveraineté de l'Etat voisin.

Partie II

LA CONTRIBUTION DE LA FRONTIERE A LA RETRACTION DU POUVOIR POLITIQUE

170. La notion moderne de souveraineté ne se réduit pas à un privilège ou à des droits exorbitants en faveur de l'Etat. Elle comporte également des devoirs pour la collectivité qui s'attache ses services. Si l'exclusivité territoriale a permis à l'Etat moderne de s'affranchir des ingérences externes pour organiser souverainement son ordre interne, ce fut au prix de la reconnaissance politique et juridique de frontières internationales. La notion moderne de souveraineté présuppose, en effet, d'accepter les obligations découlant de la participation à un ordre européen commun d'États territoriaux. Pour le dire autrement, le territoire de l'Etat, en tant que *cadre* et *support* spécifique du pouvoir politique, contribue aussi à dessiner les contours et les limites de ce pouvoir.

171. L'obtention d'un titre territorial est conditionnée, implicitement mais nécessairement⁶⁶⁶, à la reconnaissance de limites aux compétences gouvernementales et administratives du système de droit de la collectivité politique qui s'en prévaut⁶⁶⁷. La frontière juridique vient ainsi sceller dans le droit, et cela *ab initio*, le renoncement définitif de l'Etat à toute prétention impériale. Elle témoigne, à côté de l'émancipation analysée plus tôt, d'une logique de « rétractation du pouvoir sur la sphère limitée de l'espace national »⁶⁶⁸, laquelle présuppose une subordination au droit international général. Bref, la ligne de séparation entre les territoires vient une nouvelle fois, bien qu'à des fins différentes, remplir une fonction essentielle pour la souveraineté de l'Etat et le droit international public : castratrice de toute ambition impériale (Chapitre I), elle est la source d'un nouveau genre de

⁶⁶⁶ V. n. C.P.J.I., *Jaworzina*, avis consultatif du 6 décembre 1923, Rec. C.P.J.I. série B, n°8, p.32 : « Les clauses concernant la reconnaissance immédiate de la souveraineté des Etats intéressés sur les territoires (...) supposent l'existence d'un territoire entièrement circonscrit et délimité, notamment vis-à-vis de l'autre Etat » ; C.P.J.I., *Article 3, Paragraphe 2, du Traité de Lausanne (Frontière entre la Turquie et l'Irak)*, avis consultatif du 21 novembre 1925, Rec. C.P.I.J. série B, n°8, p.32 : « Il résulte (...) de la nature même d'une frontière et de toute convention destinée à établir les frontières entre deux pays, qu'une frontière doit être une délimitation précise dans toute son étendue ». Reste que pour des raisons pratiques, « ...l'incertitude des frontières ne saurait affecter les droits territoriaux. Aucune règle ne dispose par exemple que les frontières terrestres d'un Etat doivent être complètement délimitées et définies et il est fréquent qu'elle ne le soient pas en certains endroits pendant de longues périodes, comme le montre la question de l'admission » (C.I.J., *Plateau continental de la mer du nord (Danemark et Pays Bas c/ RFA)*, *op. cit.*, p.32, §46).

⁶⁶⁷ G. Scelle, « Obsession du territoire. Essai d'étude réaliste de droit international », *op. cit.*, p.352.

⁶⁶⁸ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 123.

rapports entre des Etats qui se reconnaissent mutuellement comme égaux en
droit (Chapitre II).

Chapitre I

Les frontières de l'Etat comme limite à la souveraineté

172. Les auteurs qui traitent des limites politico-juridiques opposables à la souveraineté dans l'ordre moderne se penchent généralement sur les *lois de Dieu*, les *lois naturelles* ou *fondamentales* du royaume, les *limites du principe supérieur du droit*⁶⁶⁹... etc. Il existe pourtant une autre limite qui, moins abstraite parce qu'inhérente à la nature même de la souveraineté moderne, est moins souvent traitée : la frontière internationale⁶⁷⁰. Cette limite spatiale à l'expression d'une puissance, *ratione loci*⁶⁷¹, s'affirme dès l'origine comme l'horizon indépassable de l'Etat. Pourtant, dans l'histoire des sociétés politiques, l'idée de structurer (et de limiter) le pouvoir politique autour d'une assise spatiale est assez marginale⁶⁷². L'Etat antique « ne pense pas ses limites »⁶⁷³ selon les mêmes catégories que l'Etat moderne ; pas plus d'ailleurs que la *Respublica Christiana* à l'époque médiévale. Ces organisations politiques, de type impérial, ne connaissaient pas la notion de frontière au sens moderne. Une autre forme de limite existait alors : les confins⁶⁷⁴. Cette différence de vocabulaire est d'ailleurs l'expression d'une disparité plus profonde qui touche à la nature même de l'ordre, à ses formes et à ses relations. Alors que la frontière impénétrable s'inscrit dans une logique centripète de rétractation, de rationalisation et d'objectivation du pouvoir (Section 2), les confins sont plutôt l'expression d'une logique impériale centrifuge s'appuyant sur une structure territoriale clairsemée (Section 1).

⁶⁶⁹ L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, éd. Panthéon-Assas, Thèse de droit soutenue en 1896, 2000, p. 443.

⁶⁷⁰ C. Jarrosson, « Réflexions sur l'Imperium », *op. cit.*, § 13 : « La toute puissance de l'Etat a des limites : celles tracées par ses frontières ; au-delà, il est sans pouvoir, en-deça, il est omnipotent ».

⁶⁷¹ R.J. Dupuy, « Souveraineté », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°7, 1998, p. 861 : la souveraineté de l'Etat ne connaît « de limitations ni *ratione materiae*, ni *ratione personae*. Elle est seulement limitée *ratione loci* ».

⁶⁷² La prétention de soumettre à son pouvoir l'univers est plus fréquentes dans l'histoire des civilisations que la prétention d'y soumettre un lopin de terre. Au Moyen âge Babylonien, déjà, les rois depuis la fin du II^e millénaire se disent *sar Kissati*, « roi de l'Univers ». Tendances que l'on retrouvera pas seulement sous l'Empire Romain, mais aussi sous l'Empire Chrétien.

⁶⁷³ S. Laghmani, *Histoire du droit des gens : du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, *op. cit.*, p.47.

⁶⁷⁴ La langue anglaise connaît une distinction similaire, quoique plus exacte entre « frontier » et « boundary » : la notion de *frontier* est orientée vers l'extérieur et sous entend une expansion, alors que celle de *boundary* est orientée vers l'intérieur et est séparatrice.

Section 1 Les implications des confins

173. La puissance politique d'un empire s'accommode difficilement de frontières impénétrables dans la mesure où elle repose sur une prétention plus ou moins dissimulée à la domination universelle⁶⁷⁵. Bien qu'inaccessible, cette prétention exerce une influence sensible sur la structure du pouvoir politique qui s'en prévaut. Celui-ci va chercher à étendre sa domination aussi loin que la force des armes le lui permet. Pour le dire autrement, les sociétés de type impérial ne connaissent de « limites à leur activité que la mesure de leur effort »⁶⁷⁶. L'idée de limite spatiale, si elle n'est pas totalement absente de ces organisations sociales, s'y présente sous une forme et une substance particulières. Les confins qui bordent les lisières d'un empire ne sont donc pas assimilables à la notion moderne de frontière : signe d'un penchant irrésistible à s'étendre vers l'extérieur, d'une dynamique centrifuge jamais rassasiée (§1), les confins provoquent sur le plan interne une intrication des liens de subordination qui empêche la formation de structures territoriales acquises et rationalisées pour l'exercice du pouvoir politique (§2).

§1: *Une limite extérieure élastique*

« À ceux-là - c'est-à-dire aux Romains – je ne mets terme de choses ni de temps : je leur ai donné empire sans fin » (*Virgile, l'Énéide, premier livre, parole de la personne de Dieu*)

⁶⁷⁵ S. Laghmani, *Ibidem*, p.47 : il y a « une contradiction logique entre l'idéologie de la domination mondiale qui anime les grands pouvoirs antiques et médiévaux et le concept de territoire ».

⁶⁷⁶ J. Ancel, *Géographie des frontières, op. cit.*, p.9.

174. Les limites de l'Empire Romain, les *limes imperii*, étaient déterminées non par le droit mais par l'étendue de la puissance de contrainte de l'empire. Ligne de défense entre la romanité et le monde barbare, elles ne représentaient pas une ligne de compétence juridique, mais la bordure des terres colonisées. Rome commandait bien au-delà des limites de la ville, voir des provinces conquises. C'est pourquoi le *limes* romain « ne fut jamais une ligne régulière, mais plutôt une zone stratégique, élastique »⁶⁷⁷. Plus on se rapprochait de ces *limes*, moins le joug de l'autorité impériale se faisait sentir, moins Rome conservait à son profit le monopole du pouvoir de coercition. Ces limites ne venaient donc pas délimiter un principe d'exclusivité territoriale au profit de l'autorité impériale, mais marquaient « le point d'arrêt provisoirement atteint par les légions en marche »⁶⁷⁸. Ces zones de fortification étaient un « symbole matérialisé dans l'espace de l'aboutissement d'opérations de conquête »⁶⁷⁹. Constantinople fut sur ce point le digne héritier de la conception romaine du monde, puisque l'Empire Byzantin émettait le souhait de voir coïncider les limites de son pouvoir avec celui de l'œcoumène⁶⁸⁰. Plus tard, le monde Chrétien médiéval sera aussi un héritier de cette sensibilité impériale étrangère à toute idée de frontière⁶⁸¹. Le *dominum mundi* fut non seulement le mirage que se disputèrent pape et empereur⁶⁸², mais aussi le terreau fertile dans lequel se développera le système féodal⁶⁸³. L'exclusivité territoriale était inconnue de ce système politique pour lequel toute société particulière se rattachait à la chrétienté universelle⁶⁸⁴.

⁶⁷⁷ J. Ancel, « Les frontières. Etudes de Géographie Politique », *op. cit.*, p. 208.

⁶⁷⁸ C. Blumann, « Frontière et limites », *op. cit.*, p. 4.

⁶⁷⁹ P. Allières, *L'invention du territoire*, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁸⁰ E. Nys, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, M. Weissenbruch, Bruxelles, 1912, t.I, p. 5.

⁶⁸¹ J. Ellul, *Histoire des institutions. Le moyen âge*, *op. cit.*, p. 94 : « C'est le point de départ de la chrétienté, c'est-à-dire une société où être sujet, c'est en même temps être chrétien – et inversement où le chrétien est nécessairement membre du corps social uniforme – une société où l'Eglise recouvre parfaitement le corps politique, et celui-ci tire sa puissance et son autorité de l'Eglise, une société qui doit être universelle comme l'Eglise, sans distinction de races ni de nations, où les frontières ne peuvent être la rupture de l'unité sociale... ».

⁶⁸² J. Quillet, *Les clefs du pouvoir au Moyen-âge*, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁸³ V. *supra* Titre I Partie I Chapitre I Section 2 § 1.

⁶⁸⁴ J. Ellul, *Histoire des institutions. Le moyen âge*, *op. cit.*, p. 133.

175. Les seules limites que connaissent les systèmes politiques de type impérial sont les confins. Ils sont l'expression d'un dynamisme inépuisé, d'une zone en mouvement vers la périphérie. Au Moyen Age, cette conception de l'espace était partagée par tous les acteurs politiques de l'époque. Les confins s'appelaient alors « marche », et les Capétiens n'hésitaient pas à aller débaucher certaines clientèles vassaliques au-delà des limites de leur royaume⁶⁸⁵. Il ne faudrait d'ailleurs pas s'imaginer que la naissance des frontières modernes mit un terme à l'existence politique des confins. La différence de nature qui sépare ces deux formes de limites spatiales constitue au contraire une grille de lecture particulièrement enrichissante de l'Histoire contemporaine. Les conceptions fondamentalement opposées que l'Europe et les Etats-Unis ont pu entretenir à l'égard de leur limite spatiale tout au long du XIX^{ème} siècle, par exemple, correspondent parfaitement à cette distinction : « Linéaire, précise et fixe pour celle-là [l'Europe], elle était pour ceux-ci une zone entière, floue et en déplacement constant [les Etats-Unis] »⁶⁸⁶. Le mythe fondateur de la *Frontier* aux Etats-Unis correspondait, en effet, à une ligne « mouvante, élastique, prospective, illimitée, puisque inscrite dans un plan divin qui exclut la finitude »⁶⁸⁷. De l'autre côté de l'Atlantique, les limites spatiales s'apparentaient au XIX^{ème} siècle bien plus aux confins des sociétés antiques, qu'aux frontières des Etats modernes européens. Pour les mêmes raisons, la théorie du territoire fluide⁶⁸⁸ développée par l'URSS est l'expression d'un système politique qui préfère les confins aux frontières au sens moderne. En résumé, les systèmes politiques de type impérial ne pensent pas leurs limites en termes de frontières, mais de confins. Ils rêvent de conquêtes et de grands espaces ; ambition qui laisse rarement le temps de se concentrer sur la rationalisation et le perfectionnement des formes du commandement à l'intérieur de son ressort.

⁶⁸⁵ Philippe Auguste par exemple, devenu maître du Vermandois, s'est octroyé d'importants vassaux directs dans le comté voisin de Hainaut situé en terre d'Empire (L. Halphen, « La place de la Royauté dans le système féodal », *Rev. Hist.*, t. 162, 1933, p.249).

⁶⁸⁶ Y. Delahaye, *La frontière et le texte, op. cit.*, p. 58.

⁶⁸⁷ M. Korinman et M. Ronai, « Les idéologies du territoire », in : *Histoire des idéologies – Savoir et pouvoir du XVIII^o au XX^o siècles* (sous la dir. de CHÂTELET (F.)), t. 3, Hachette, Paris, 1978, p. 246.

⁶⁸⁸ V. le préambule de la constitution soviétique du 6 juillet 1923.

§2: *Une territorialité interne anarchique*

176. L'Histoire laisse supposer qu'un système politique entouré de confins vers l'extérieur disposera d'une territorialité politique moins sophistiquée à l'intérieur. Les organisations politiques de type impérial concentrent, en effet, leurs efforts autour de l'extension, ou du moins la préservation de leurs confins externes. Préoccupation commune qui conduit, par la même occasion, ces autorités à se désintéresser de l'organisation territoriale interne de leur espace politique. Ils ne labourent pas inlassablement leur jardin privé avec les outils de la territorialité politique, à l'instar des Etats modernes européens⁶⁸⁹. Sans aller jusqu'à la reconnaissance d'un lien de cause à effet, il est possible de constater que le système impérial constitue un terreau particulièrement fertile au développement d'allégeances de nature extra-territoriale dans la distribution du pouvoir à l'intérieur de l'Empire. À tel point que de l'Antiquité à la *Respublica Christiana*, on rencontre principalement des structures de pouvoir reposant sur des liens de dépendance personnels (A) et dépourvues, en conséquence, de connaissance précise des contours territoriaux de ces rapports de subordination (B).

A. Les manifestations historiques des relations de domination de type personnel

177. L'analyse des manifestations structurelles des rapports de subordination dans les systèmes politiques antiques (1), comme dans le

⁶⁸⁹ V. n. la formule de Blandine Barret-Kriegel, *L'Etat et les esclaves*, op. cit., p.60.

système politique féodal (2), montre que c'est principalement la personne, et non le territoire ou l'espace, qui forme la base de l'allégeance des sujets au pouvoir politique.

1) La structure des systèmes politiques dans l'Antiquité

178. Les sociétés antiques pensaient leurs relations de domination en termes de personne ou de citoyenneté, plus rarement en termes d'espace : « les États [dans l'antiquité], lorsque l'on veut les caractériser brièvement, sont régulièrement assimilés à la somme de leurs habitants : Athènes, Corinthe, Rome... »⁶⁹⁰. Dans la Grèce Hellénistique, la cité est définie par Aristote comme « la foule des citoyens »⁶⁹¹. Plus largement, les spécialistes s'accordent généralement pour voir dans la cité grecque (*polis*) une « identification familiale quasi- raciale »⁶⁹². Forme d'allégeance politique qui n'est naturellement pas restée sans incidences sur le principal mode d'expression du commandement, à savoir le droit : « ...l'absence du concept juridique de territoire était compensée par le principe de personnalité du droit. La personne et non le territoire commandait le droit applicable »⁶⁹³. Constat qui peut également être transposé à l'Empire romain, dans lequel les citoyens romains se voyaient appliquer le *jus civile*, alors que les autres étaient soumis au *jus gentes*. Bref, à l'époque, l'idée d'Etat avait pour « substratum les citoyens, même quand ils quittent leur patrie, et non pas le territoire » et « parce que le droit civil est un droit basé sur l'organisation familiale, l'existence de l'Etat est liée à l'existence des races et non au pays qu'elles habitent, ni même aux lieux saints où résident les dieux vénérés par la nation »⁶⁹⁴.

⁶⁹⁰ W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *op. cit.*, p. 97.

⁶⁹¹ Aristote, *Politique*, trad. par J. Tricot, Vrin, 1962, 1274b.

⁶⁹² J.C. Jobart, « La notion de constitution chez Aristote », *RFD const.*, n° 65, 2006, p.125.

⁶⁹³ S. Laghmani, *Histoire du droit des gens...*, *op. cit.*, p.51.

⁶⁹⁴ Cité à partir de G. Jellinek, « L'Etat moderne et son droit », t. I, *op. cit.*, p.474.

179. La territorialité et les catégories objectives de sujétion n'étaient pas pour autant absentes du système juridique romain ; seulement elles laissent encore une place majeure aux relations de domination de type personnel. La chute de l'Empire romain n'apportera pas de modifications profondes sur la nature des formes de la sujétion. Les barbares apporteront avec eux un système de lois reposant sur des liens de subordination personnelle plus marqués encore que celui des romains. L'espace européen se compose alors de divers peuples (Romains, Saliens, Wisigoths, Burgondes...) et chaque individu est soumis à la loi du groupe ethnique auquel il appartient. Chaque homme est titulaire d'un droit subjectif à l'application de sa propre loi. Si un litige affecté d'un élément d'extranéité est porté devant le juge, la question de la loi applicable « ne dépend pas, alors, des limites d'un territoire, mais de l'origine des personnes à qui la loi doit être appliquée »⁶⁹⁵. Constat qui, avant d'être approfondi par une analyse du système féodal, peut être étayé par l'expérience politique de certaines sociétés extra-européennes : la territorialité politique constitue dans l'Histoire des sociétés humaine une mineure, rarement une majeure. La plupart des sociétés africaines qui ont précédé la colonisation européenne accordaient une place centrale aux groupes de descendance. La filiation était bien souvent l'élément constitutif de leur société. En conséquence, le rapport entre le pouvoir et ses sujets ne quittait que rarement les liens personnels pour des considérations d'ordre spatial⁶⁹⁶. La Cour Internationale de Justice aura d'ailleurs l'occasion, dans l'affaire du *Sahara Occidental*⁶⁹⁷, de remonter dans le temps pour apprécier de cette particularité de l'Etat chérifien. À savoir que ce dernier « était fondé sur le lien religieux de l'Islam qui unissait les populations et sur les allégeances de diverses tribus au Sultan, par l'intermédiaire de leurs caïds ou de leur cheiks, plus que sur la notion de territoire »⁶⁹⁸. Ces propos, adressés par la Cour à un système politique nord-africain avant la colonisation

⁶⁹⁵ E. M. Meijers, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, t. 49, 1934/III, p.551.

⁶⁹⁶ C. Tardits, « L'Etat moderne : le point de vue de l'anthropologue », in : *L'Etat moderne : le droit, l'espace et les formes de l'Etat* (sous la dir. COULET (N.) et GENET (J. P.)), éd. du CNRS, 1990, p.233.

⁶⁹⁷ C.I.J., *Sahara occidentale*, avis consultatif du 16 octobre 1975, *op. cit.*

⁶⁹⁸ C.I.J., *Ibidem*, p.44, §95.

européenne, pourraient tout aussi bien être adressés aux sociétés européennes de type féodal.

2) *La structure du système politique féodal*

180. Les relations de domination qui gouvernent l'époque médiévale puisent leur source dans des « liens de dépendance, d'homme à homme »⁶⁹⁹. Structure qui remonte probablement aux solidarités lignagères et parentales des conquérants barbares⁷⁰⁰. Le *Rex Francorum* était, en effet, « le chef personnel de la tribu des Vainqueurs »⁷⁰¹, le « chef d'un groupe de fidèle »⁷⁰², mais en aucun cas « le Roi d'une abstraction »⁷⁰³. L'obéissance des sujets du royaume reposait sur une fidélité personnelle au Roi. Les catégories objectives de sujétion qui avaient pu émerger sous l'Empire romain s'effacent devant la personnalisation croissante du statut de sujet (vassal, serf ...⁷⁰⁴). La logique féodale diffuse l'obéissance par le véhicule de l'hommage, c'est-à-dire l'idée que l'on peut « Etre « l'homme » d'un autre homme »⁷⁰⁵. À cette époque, « Le comte était l'homme du roi, comme le serf celui de son seigneur »⁷⁰⁶. Pour toutes ces raisons, la structure de subordination médiévale se présente comme un « vaste système de relations personnelles, dont les fils entrecroisés couraient d'un étage à l'autre de l'édifice social »⁷⁰⁷. À son sommet, en remontant la chaîne quelque peu fictive des hiérarchies féodales, se trouve la suzeraineté du roi (le *dominus superior*). Construction politique

⁶⁹⁹ M. Bloch, *La société féodale*, *op. cit.*, p.7.

⁷⁰⁰ J. Ellul, *Histoire des institutions. Le moyen âge*, *op. cit.*, p.152 : « la solidarité vassalique, répondant à l'insécurité sociale, était en somme un succédané de la solidarité familiale « lignagère », devenue insuffisamment efficace ».

⁷⁰¹ J. Ellul, *Ibidem*, p.60.

⁷⁰² *Idem*, p.58

⁷⁰³ *Idem*, p.60.

⁷⁰⁴ *Idem*, p.106.

⁷⁰⁵ M. Bloch, *La société féodale*, *op. cit.*, p.223. V. a. J. Ellul, *Ibidem*, p. 73 : « L'un des caractères importants de cette société est l'existence de liens personnels entre des personnes appartenant à des groupes différents ». V. a. L. Halphen, « La place de la Royauté dans le système féodal », *op. cit.*, p.249 : « ce qui prime tout est le lien d'homme à homme, de vassal à seigneur, avec comme contre-partie le fief, qui est à la fois le gage, le moyen d'action et, au point de départ au moins, la récompense du vassal ».

⁷⁰⁶ M. Bloch, *Ibidem*, p. 223.

⁷⁰⁷ M. Bloch, *Ibidem*, p.228. V. a. C. Lavielle, « De la fonction du territoire ... », *op. cit.*, p. 22 : « entrelacs de liens personnels entre seigneurs et vassaux, seigneurs et tenanciers ».

qui ne tardera pas à être systématisée avec la théorie de la « mouvance féodale »⁷⁰⁸. Bien que démentie par les faits, celle-ci permettra de conserver l'idée d'une unité et d'une hiérarchie au sein du royaume. Le sentiment que « tout seigneur dépend médiatement du Roi »⁷⁰⁹ sera préservé. Concrètement, toutefois, le Roi n'entretient en dehors de son domaine aucun lien direct avec ses sujets. Il ne peut exercer son autorité que sur la personne des seigneurs (vassaux directs)⁷¹⁰, lesquels s'interposent ainsi entre leurs propres vassaux et le Roi suzerain.

181. Dans le système féodal *le vassal de mon vassal n'est pas mon vassal*⁷¹¹. La médiation du seigneur tend progressivement à devenir « un écran presque infranchissable entre les deux extrémités »⁷¹² de la relation de domination. Pour exercer son pouvoir de commandement sur les sujets du royaume, le Roi suzerain sera donc obligé d'aller trouver un appui en la « personne » des corps intermédiaires. À cet égard, le consentement des « Grands » fut longtemps nécessaire à l'adoption des législations (*établissement*) dictées pour l'ensemble du royaume. Cette médiation seigneuriale n'a d'ailleurs rien de contradictoire avec nos conclusions précédentes sur la *puissance en propriété*⁷¹³. Car si la force de commandement s'impose bien au Moyen Age par la possession du sol, l'obéissance, en revanche, procède d'une allégeance personnelle : « au Moyen Age, le territoire [nous préférons *la terre*] était la source du pouvoir, mais l'autorité n'était fondée que dans l'existence du lien féodo-vassalique »⁷¹⁴. La tenure et les fiefs traduisaient certes un rapport au sol,

⁷⁰⁸ Théorie développée par les juristes au service du Roi, selon laquelle chaque fief procède nécessairement d'un autre fief plus vaste dont il a été démembré, de sorte qu'en remontant la chaîne des tenures à l'intérieur du royaume on devrait nécessairement *in fine* arrivé au domaine du roi. Le royaume de France apparaît ainsi comme « le champ territorial de la suzeraineté des Capétiens » (P. Sueur, *Histoire du droit public français XV^e-XVIII^e siècle*, t. I, *op. cit.*, p.40).

⁷⁰⁹ J. Ellul, *Histoire des institutions. Le moyen âge*, *op. cit.*, p.273.

⁷¹⁰ C. Laviolle, « De la fonction du territoire... », *op. cit.*, p.22 : « encore était-elle consentie et morale depuis que ceux-ci [les seigneurs] s'étaient appropriés leurs fiefs et les prérogatives de puissance publique afférentes ».

⁷¹¹ Depuis l'Empire Carolingien c'est le *senior* qui est responsable de l'engagement du *vassus* vis-à-vis de son propre suzerain (V.n. J. L. Harouel, J. Barbey, E. Bournazel et J. Thibaut-Payen, *Histoire des institutions : De l'époque franque à la Révolution*, 11^{ème} éd., PUF, coll. Droit Fondamental, 2007, p.231).

⁷¹² O. Beaud, *Etat et souveraineté*, *op. cit.*, p.111.

⁷¹³ V. *supra* Titre I Partie I Chapitre I Section 2 §1.

⁷¹⁴ P. Chrestia, *Le principe d'intégrité territoriale*, *op. cit.*, p. 7.

mais à la différence de la souveraineté territoriale, elles « n'épuisent pas l'espace dans une formule de pouvoir »⁷¹⁵.

182. En résumé, le statut de sujet n'a pas toujours été déterminé en référence à des lieux ou à des situations. C'est tout le contraire : les allégeances personnelles ou les logiques d'appartenances de type tribal, sans territorialité univoque, ont été beaucoup plus courantes dans l'Histoire des sociétés humaines⁷¹⁶.

B. Le rapport à l'espace des relations de domination de type personnel

183. Ce sont les rapports de subordination propres au système féodal, et leurs incidences sur l'organisation territoriale interne du pouvoir, qui seront analysés ici. Le système de l'allégeance personnelle s'est traduit au Moyen âge par une superposition sur un même espace d'une pluralité de pouvoirs (1) et, dans son prolongement, par un défaut d'organisation territoriale interne cohérent et univoque (2).

1) La confusion des limites dans le système féodal : la superposition des manifestations du pouvoir

184. La puissance de nombreux seigneurs allant jusqu'à égaler celle du Roi suzerain, il n'est pas rare de rencontrer des traités de limites négociés entre seigneuries. Ainsi du traité de Goulet signé le 22 mai 1200 au sujet des

⁷¹⁵ P. Allières, *L'invention du territoire*, op. cit., p. 23.

⁷¹⁶ C. Vandermotten et J. Vanderburie, *Territorialités et Politique*, op. cit., p.87-88.

limites de la Normandie⁷¹⁷ ou de la délimitation du Béarn en l'an 1398 par Gaston Fébus⁷¹⁸. De façon générale, les lieux-dits « Les Ormes » ou « Les Etaux » sont des vestiges encore présents de ces anciennes limites féodales. Si celles-ci ne s'apparentent pas à des confins *stricto sensu*, elles sont encore plus étrangères à nos frontières modernes. Les seigneurs aimaient prêter ou recevoir l'hommage « en marche » lorsque leurs fiefs étaient contigus⁷¹⁹ ; et « pour bien marquer leur territoire, manifester leur justice à ses limites. Là se tenaient leurs plaids. Là se dressaient leurs fourches patibulaires »⁷²⁰. Pour autant, force est de reconnaître que la logique du système politique féodal, fondé sur un enchevêtrement des allégeances personnelles, ne permettait pas de penser l'exercice du pouvoir en termes de frontière et de territoire⁷²¹. On assiste, bien au contraire, à une « superposition, dans un espace donné, de l'autorité du vassal et de celle du suzerain »⁷²². Le fief est le symbole de cet « éclatement du pouvoir dans l'espace » et les limites spatiales, entre chaque pouvoir, restent mouvantes. Les frontières « entre les groupements politiques, Seigneuries, états féodaux, royaumes ne sont pas encore bien fixées. Il y a donc très peu de structures acquises »⁷²³. Cette imbrication des droits, des devoirs et plus largement des pouvoirs dans le maillage des relations de domination personnelles est particulièrement bien illustrée par une description du duché allemand de Brunswick-Lunenbourg au XIII^{ème} siècle : « À tel endroit du duché, le duc a la haute juridiction sur tout un village ; à un autre endroit, il exerce une juridiction territoriale sur quelques arpents de terrain ; à tel autre endroit encore, il a seulement le droit de percevoir des rentes foncières sans la possibilité d'exercer la moindre juridiction territoriale sur les redevanciers. En d'autres lieux, il a des droits à faire valoir sur la personne de certains sujets, il est peut-être autorisé à réclamer des impôts de

⁷¹⁷ C. Petit-Dutaillis, « Les copies du traité de paix du Goulet (22 mai 1200) : variantes et falsifications », in *Bib.E.Ch.*, 1941, n°102, p.35-50 ; cité à partir de D. Nordman, *Les frontières de France...*, *op. cit.*, p. 536.

⁷¹⁸ P. Tucoo-Chala, « Principautés et frontières. Le cas du Béarn », *Les principautés au Moyen Âge*, Bordeaux, 1979, p. 123 ; cité à partir de D. Nordman, *Les frontières de France...*, *op. cit.*, p. 535.

⁷¹⁹ J.-F. Lemarignier, *Recherches sur l'hommage en marche et les frontières féodales*, Travaux et mémoires de l'Université de Lille. Nouvelle série, Droit et lettre, XXIV, Bibliothèque Universitaire de Lille, 1945, p. 3.

⁷²⁰ B. Guénéé, « Des limites féodales aux frontières politiques », *op. cit.*, p. 16.

⁷²¹ J. G. Ruggie, « Territoriality and beyond... », *op. cit.*, p.150: « the spatial extension of the medieval system of rule was structured by a non exclusive form of territoriality, in which authority was both personalized and parcelized within and across territorial formation and for which inclusive bases of legitimation prevailed ».

⁷²² J. Dauvillier, « Aux origines des notions d'Etat et de souveraineté sur un territoire », *op. cit.*, p. 438.

⁷²³ J. Ellul, *Histoire des Institutions. Le moyen âge*, *op. cit.*, p.128.

capitation ou de volaille, en confirmation d'un lien de dépendance personnelle »⁷²⁴. Il n'en va pas autrement à l'intérieur du royaume de France où des « droits liés à des institutions et à des centres de pouvoir distincts pèsent (...) sur un même lieu, qui peut dépendre d'un autre lieu – proche ou même lointain – pour la justice, d'un autre pour la fiscalité royale, d'un autre encore pour l'administration ecclésiastique, d'un quatrième pour des droits seigneuriaux et féodaux »⁷²⁵. Cette superposition d'une pluralité de pouvoir politique constituera un obstacle considérable au développement d'une connaissance précise de leur assise spatiale.

2) *La faiblesse de la territorialité politique dans le système féodal : l'absence d'espace de pouvoir*

185. Au milieu de cette confusion de droits politiques incertains (mouvance, concession, partage...), la mémoire précise et la consolidation juridique de limites spatiales n'était pas « le souci majeur des princes et de leurs hommes »⁷²⁶. Pire, la nature personnelle des rapports de sujétion dans la société féodale occulte le lien de chacun (prince et sujet) au territoire⁷²⁷ et empêche la formation de frontières juridiques linéaires⁷²⁸. C'est pourquoi le territoire politique, en tant qu'espace de pouvoir, n'existait pas. Il faudra attendre la déconfiture des liens personnels de type féodal à partir du XIV^{ème} siècle pour voir émerger subrepticement une forme de sujétion qui donne progressivement une place à la frontière et au territoire. L'ordre politique

⁷²⁴ Fritz Rörig, *Volk und Reich der Deutschen*, t.I, 1929, p.55; cité à partir de W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *op. cit.*, p. 99.

⁷²⁵ D. Nordman, *Les frontières de France...*, *op. cit.*, p. 518-519.

⁷²⁶ B. Guénee, « Des limites féodales aux frontières politiques », *op. cit.*, p. 15.

⁷²⁷ C. Lavialle, « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat en France sous l'ancien régime », *op. cit.*, p.19.

⁷²⁸ C. Vanderporten et J. Vanderburie, *Territorialité et Politique*, *op. cit.*, p.133 : « La notion de frontière linéaire, délimitant un territoire sur lequel l'Etat exerce sa juridiction de manière univoque, était, (...), étrangère au monde féodal ». V. a. P. Alliès, *L'invention du territoire*, *op. cit.*, p. 47 : « la nature des relations juridiques de la féodalité interdit toute homogénéité à la frontière » ; J. Ellul, *Histoire des Institutions. Le moyen âge*, *op. cit.*, p.160 : « il semble que dans bien des cas la notion de mouvance féodale remplace totalement l'idée de frontière, au milieu des enclaves, des concessions, des partages. Il en est de même pour les frontières du royaume : elles sont souvent indistinctes ».

féodal n'était pas pour autant dépourvu de tout élément de territorialité. Bien des seigneuries (fief) se développèrent au point de constituer des entités opaques face au Roi suzerain⁷²⁹. Elles se transforment parfois en « groupe de commandement »⁷³⁰ et présentent alors bien des analogies avec un territoire sur lequel le seigneur exercerait des droits de puissance publique (justice, police, armée...). C'est d'ailleurs le droit féodal, centré autour du fief, qui va le premier briser le monopole de la personnalité des lois⁷³¹. Le système féodal va, notamment, introduire la primauté des lois attachées au lieu (la terre) en matière de successions, de partage du sol, de droit d'emphytéose et de tenure de cens⁷³². À tel point que certains spécialistes du droit international privé considèrent que la féodalité a provoqué « la ruine de la doctrine italienne [personnaliste] et l'avènement de la doctrine française [territorialiste] », c'est-à-dire de « la souveraineté féodale des coutumes, source de la territorialité stricte et absolue du droit »⁷³³. La protection des libertés féodales contre l'autorité royale fut, en effet, à la base de la théorie territorialiste de Bertrand d'Argentré au XVI^{ème} siècle⁷³⁴. L'hypothèse est donc régulièrement avancée que le Roi souverain se serait simplement substitué au seigneur dans l'exercice d'un pouvoir de commandement déjà substantiellement territorialisé. C'est l'idée que le fief fut au seigneur féodal ce que le territoire sera au Roi souverain⁷³⁵. Georges Scelle n'utilise-t-il pas la formule significative de « féodalisme étatique »⁷³⁶ pour décrire l'ordre international

⁷²⁹ Les grands seigneurs prêtent l'hommage au Roi pour l'ensemble de leur principauté ou comté, lesquels deviennent des entités opaques à l'intérieur du royaume (J. Ellul, *Ibidem*, p. 158).

⁷³⁰ M. Bloch, *La société féodale*, *op. cit.*, p.421.

⁷³¹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF, coll. Thémis Droit, 2007, p. 341 : « Au IX^e siècle, les barbares se sont fixés géographiquement : la population se stabilise sur un territoire déterminé. Les particularismes de groupe s'estompent (mariages mixtes) ; les lois elles-mêmes tendent à fusionner. Alors apparaissent avec la féodalité des coutumes dont le champ d'application dépend non plus des personnes qui y sont soumises, mais du territoire sur lequel elles s'appliquent. La loi de la seigneurie s'applique ainsi à tous les biens situés sur le territoire, à toutes les personnes qui y habitent, à tous les actes qui y sont conclus : c'est le système féodal de la territorialité des lois ».

⁷³² A. Lainé, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le code civil*, t. I, Librairie Cotillon, 1888, Paris, p. 270.

⁷³³ A. Lainé, *Ibidem*, t. I, p.269. V. a. W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *op. cit.*, p. 100 : « Tandis que, dans la première période du Moyen-Âge, par exemple, était en vigueur le principe de la « personnalité du droit », (...), on voit peu à peu s'affirmer et triompher le principe contraire, en vertu duquel le droit de la partie prédominante des habitants du pays fait autorité pour l'ensemble des habitants, jusqu'à ce que enfin soit proclamé le principe juridique reconnu : *Quidquid est in territorio est etiam de territorio.* »⁷³³.

⁷³⁴ V. *infra* Titre II Partie I Chapitre I Section 1 §1:A.

⁷³⁵ J. Herz, « The rise and demise of the territorial state », *World Politics*, vol. 9, n°4, 1957, p.477 : « The large-area state came finally to occupy the place that the castle or fortified town had previously held as a unit of impenetrability ».

⁷³⁶ G. Scelle, « Obsession du territoire... », *op. cit.*, p.361.

moderne composé d'Etats souverains ? Pour éviter toute confusion, il faut rappeler que les rapports que le seigneur entretient avec ses sujets sont d'abord d'ordre personnel : « le seigneur est seigneur des hommes avant d'être seigneur des terres »⁷³⁷. La terre, le sol, dans le système féodal, ne s'immiscent pas dans la relation du commandement et de l'obéissance : « La seigneurie des âges où se développa et vécut la vassalité fut, avant tout, une collectivité de dépendants, tour à tour protégés, commandés et pressurés par leur chef et dont beaucoup lui étaient attachés par une sorte de vocation héréditaire, sans rapport avec la possession du sol ou l'habitat »⁷³⁸. C'est pourquoi l'avènement de la territorialité politique sous l'auspice des autorités royales marque incontestablement, dans l'exercice du pouvoir politique, une rupture avec l'ordre précédent⁷³⁹.

Conclusions de la Section 1

186. En résumé, les sociétés de type impérial correspondent à « une construction politique originale, dotée de son propre usage du territoire qui se distingue de l'Etat-nation pour opposer, aux vertus de l'unicité, de la fixité et de la frontière, celles de la multiplicité, de la souplesse et des *limes* »⁷⁴⁰. Les limites d'un Empire n'avaient « pas la même signification que pour les Etats modernes. Elles ne marquaient pas la limite de l'espace territorial sur lequel une puissance gouverne souverainement, mais les bornes de son influence politique »⁷⁴¹. Cette différence de nature entre les deux formes de limite constitue la « clé »⁷⁴² pour comprendre le droit international classique : une

⁷³⁷ J.-P. Genet, « La typologie de l'Etat moderne, le droit, l'espace », in : *L'Etat moderne : le droit, l'espace et les formes de l'Etat* (sous la dir. N. Coulet et J.-P. Genet), éd. du CNRS, 1990, p.13.

⁷³⁸ M. Bloch, *La société féodale*, *op. cit.*, p.428.

⁷³⁹ V. a. *supra* Titre I Partie I Chapitre I Section 2 §1:C.

⁷⁴⁰ B. Badie, *La fin des territoires*, *op. cit.*, p.27.

⁷⁴¹ M. Lemousse, *Le régime des relations internationales dans le haut empire romain*, Sirey, 1967, p.14.

⁷⁴² S. Laghami, *Histoire du droit des gens...*, *op. cit.*, p. : « L'explication du droit des gens ancien réside dans un système de pouvoir secrétant inlassablement une volonté de domination universelle qui pendant des millénaires a constitué « l'idéologie officielle » des systèmes politiques. C'est cette structure impérialiste qui nous donne la clé de la spécificité du droit des gens ancien ».

substitution, à « des confins de juridiction contestée », de la frontière, « ligne d'arrêt des compétences étatiques »⁷⁴³.

⁷⁴³ C. De Visscher, *Problèmes de confins...*, *op. cit.*, p.7.

Section 2 Les implications des frontières modernes

187. La consécration de la frontière juridique par le droit international moderne signe le déclin irréversible de deux éléments qui étaient au cœur de l'ancien ordre médiéval : l'ambition impériale et l'allégeance féodale. En imposant au pouvoir politique de limiter ses ambitions aux dimensions d'un territoire (§1), la frontière moderne va permettre à celui-ci de renforcer le degré d'objectivité de son commandement (§2).

§1: *La limitation des ambitions du pouvoir politique*

« Pour bien borner ton royaume, il faut premièrement que tu mettes des bornes convenables à ton espérance et désir » (Etienne Pasquier)

188. Les plénipotentiaires des traités de Westphalie ne signent pas seulement le terme d'une guerre de trente ans, mais surtout le démantèlement d'un Empire et la fin d'un système : la *Respublica Christiana*. À sa place, émerge un nouvel ordre européen reposant sur une notion juridique inconnue du monde médiéval : la frontière internationale. Celle-ci va contenir les ambitions du politique à l'intérieur d'un périmètre juridiquement délimité (A), par des lignes de séparation linéaires et précises (B).

A. Un pouvoir politique limité par l'espace

189. Le nouvel ordre inter-étatique, qui recevra ses plus célèbres expressions doctrinales sous la plume de Christian Wolff ou d'Emer de Vattel, s'inscrit clairement en rupture avec les visions universalistes d'un Francisco de Vitoria ou Francisco Suarez. Vattel proclame ainsi que toute prétention impériale est contraire au droit des gens : « À quiconque conviendra que le vol est un crime, qu'il n'est pas permis de ravir le bien d'autrui, nous dirons sans autre preuve, qu'aucune Nation n'est en droit d'en chasser une autre du pays qu'elle habite, pour s'y établir elle-même. Malgré l'extrême inégalité du Climat et du terroir, chacune doit se contenter de ce qui lui est échu en partage. (...) Il est des conquérants, qui n'aspirent qu'à reculer les bornes de leur Empire ; sans chasser les habitants d'un pays, se contentent de les soumettre. Violence moins barbare, moins non plus juste : En épargnant les biens des particuliers, elle ravit tous les droits de la Nation et du souverain »⁷⁴⁴. L'idée d'équilibre des puissances prend ainsi le pas sur le projet de dernier empire. Or, au cœur de cette logique de rétractation du pouvoir se trouve, naturellement, la frontière internationale : cette manifestation tangible et juridique d'un pouvoir politique qui a renoncé à l'application illimitée de son ordre. La discontinuité cesse d'être un *confin* (ordre impérial) pour devenir une *frontière* (ordre moderne), le jour où la limite spatiale qui ceinture le pouvoir politique devient une ligne infranchissable en droit : le principe d'impénétrabilité du territoire étatique⁷⁴⁵. Émerge alors une « thèse fondamentale qui est immanente à la conception même du droit des gens. L'Etat possède une sphère de domination qui lui est propre. Il y règne en maître, mais ne doit en dépasser les confins [*sic*]. C'est le principe de la *séparation des sphères*. »⁷⁴⁶. La souveraineté internationale de l'Etat implique ainsi un devoir d'abstention : « celui de ne

⁷⁴⁴ E. de Vattel, *Le droit des gens...*, *op. cit.*, Livre II, chap. VII, §90-91.

⁷⁴⁵ G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, t. II, *op. cit.*, p.20.

⁷⁴⁶ R. Redslob, *Traité de droit des gens*, *op. cit.*, p.141.

pas étendre ce contenu [l'ordre de l'Etat] au-delà de son propre territoire et de ses propres sujets »⁷⁴⁷. À tel point que sous la modernité, un juriste affirmera que la « liberté apparaît (...) comme une divinité frontière. Elle interdit l'empiètement sur le domaine voisin. Elle exige le parallélisme ordonné des pouvoirs »⁷⁴⁸. Paradoxalement, donc, le renforcement du pouvoir sous la modernité s'est accompagné de sa rétractation sur un espace circonscrit. Une formule lapidaire permet cependant d'expliquer cette relation complexe entre la frontière juridique et la souveraineté moderne : « l'Etat peut certes tout faire, mais il ne peut le faire que sur son territoire »⁷⁴⁹. La Cour Permanente d'Arbitrage, dans l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique Nord*, ne dit pas autre chose : « un des éléments essentiels de la souveraineté est qu'elle doit s'exercer à l'intérieur des limites territoriales »⁷⁵⁰. En somme, la frontière apparaît, une fois de plus, comme une composante de la notion moderne de souveraineté : « S'il est un élément central dans cette définition [de la souveraineté] cela nous semble bien être le territoire. Ce qui sépare le concept juridique de souveraineté de l'idée de puissance de l'État pur c'est ce fait que c'est une puissance limitée dans son déploiement par un espace, un lieu au-delà duquel elle se transforme en force prohibée par le droit international. C'est là la marque de la dialectisation de la souveraineté et de l'égalité. L'État moderne est territorial »⁷⁵¹. Pour mener à bien cette mission, la frontière internationale doit prévenir tout chevauchement de pouvoir par une délimitation précise et visible du territoire des Etats.

⁷⁴⁷ S. Romano, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 122.

⁷⁴⁸ R. Redslob, *Histoire des grands principes du droit des gens*, op. cit., p. 27.

⁷⁴⁹ J. Buisson, « L'érosion de la souveraineté fiscale dans les Etats membres de la communauté : l'exemple de la France », *D.*, Chroniques, 1999, 1^{er} avril 1999, p.129. De la même manière J. Aubry déclare que « Un Etat indépendant peut, en principe, exercer sa souveraineté comme il l'entend, dans les limites de son territoire » (« De la notion de territorialité, en droit international privé », *Clunet*, t. 28, 1901, p. 643).

⁷⁵⁰ Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), Arbitrage concernant les *pêcheries de l'Atlantique-Nord (Royaume-Unie c. Etats-Unis)*, 7 sept. 1910, RSA, vol. XI, p.180.

⁷⁵¹ S. Laghmani, *Histoire du droit des gens...*, op. cit., p.47. V. a. les propos de P.F. Moreau : « L'idée de territoire est liée à l'idée de souveraineté moderne... Un État universel ne peut avoir de territoire puisque le territoire le détermine dans sa particularité » (« Le Saint Empire », in : *Les idéologies du territoire* (sous la direction de F. Châtelet et G. Mairet), t. II, Marabout, 1986, p.65).

B. Une ligne de séparation des pouvoirs politiques précise et linéaire

190. Pour comprimer l'ambition du pouvoir politique aux limites d'un territoire, la frontière internationale doit s'assurer qu'aucun empiètement d'une souveraineté sur une autre n'est possible. C'est pourquoi la frontière moderne est par nature linéaire, stable et délimitée strictement par un traité. Alors que les confins ont quelque chose de profond, d'approximatif, de flottant et mouvant. La frontière, elle, « se réclame de la stabilité »⁷⁵². L'apparition de la notion moderne de frontière signale ainsi l'effacement de la traditionnelle logique centrifuge d'expansion guerrière du pouvoir politique, au profit d'une logique centripète de consolidation et d'assainissement du territoire. État d'esprit que la C.I.J. a d'ailleurs parfaitement retranscrit à l'occasion de la célèbre du *Temple de Préh Vihéar* : « d'une manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive »⁷⁵³. À la fin de la Renaissance, la préoccupation majeure des autorités politiques est de surmonter les guerres civiles qui dévastent l'Europe. Elles se détournent de l'illusion médiévale du *dominum mundi*, préférant se concentrer sur le projet d'*empire dans son propre royaume*. La notion moderne de souveraineté ne sera que l'aboutissement de cette logique d'enfermement, d'enclos, suscitée par les frontières modernes : des « États souverains qui labourent inlassablement leur jardin et ne grandissent que pour enclorre – dont Vauban donne le modèle dans l'image du pré-carré – succèdent à la militarisation extensive du monde antique et germanique. (...) Travail à huis clos, remaniement de la géographie interne, territorialisation »⁷⁵⁴. Michel Foucault décrit ainsi au XVII^{ème} siècle

⁷⁵² C. De Visser, *Problèmes de confins en droit international public*, op. cit., p. 7.

⁷⁵³ C.I.J., *Temple de Préh Vihéar*, arrêt du 15 juin 1962, op. cit., p. 13.

⁷⁵⁴ B. Barret-Kriegel, *L'Etat et les esclaves*, op. cit., p.60.

l'émergence d'une nouvelle « mécanique de pouvoir »⁷⁵⁵ reposant sur un « quadrillage serré de coercitions matérielles »⁷⁵⁶. Le philosophe qualifie celle-ci de « pouvoir disciplinaire »⁷⁵⁷ : « La discipline, elle est essentiellement centripète. Je veux dire que la discipline fonctionne dans la mesure où elle isole un espace, détermine un segment. La discipline concentre, elle centre, elle enferme. Le premier geste de la discipline, c'est bien en effet de circonscrire un espace dans lequel son pouvoir et les mécanismes de son pouvoir joueront à plein et sans limite »⁷⁵⁸. Pour toutes ces raisons, la période des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles marque en France la fin de l'ère des annexions et, corrélativement, le début de l'assainissement du territoire par la « régularisation » des confins⁷⁵⁹. La limite spatiale devient ainsi une frontière juridique, et l'Etat moderne devient à proprement parler un « espace limité au sein duquel s'applique un ordre juridique »⁷⁶⁰.

191. La frontière juridique a donc porté un coup fatal, dans le cadre circonscrit du droit des gens européen, à toute ambition impériale. Là ne s'arrêtent pas, ce faisant, les implications de la frontière moderne. Dans une perspective réaliste, l'ordre juridique moderne ne doit pas seulement être apprécié du point de vue de l'auteur de la norme, mais aussi « selon le sujet »⁷⁶¹, c'est-à-dire du point de vue du destinataire de la production juridique. Renversement de perspective qui met en avant une autre qualité de la souveraineté moderne directement imputable à l'existence des frontières : le déclin des liens d'allégeance personnelle et l'universalisation des rapports de sujétion.

⁷⁵⁵ M. Foucault, « Il faut défendre la société », *op. cit.*, p. 32.

⁷⁵⁶ M. Foucault, *Ibidem*, p. 32.

⁷⁵⁷ *Idem*, p. 33.

⁷⁵⁸ M. Foucault, « Sécurité, Territoire, Population », *op. cit.*, p. 46.

⁷⁵⁹ Dans les instructions que Louis XIV rédigea au cours des deux dernières années de sa vie, le Roi de France considère que le royaume est arrivé à maturité et recommande à ses successeurs de se contenter de tenir les frontières acquises (R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, *op. cit.*, p.530). On verra ainsi Louis XV refuser l'annexion des Pays-Bas autrichiens au traité d'Aix-la-Chapelle, ou Louis XVI repousser les avances de l'Empereur Joseph II concernant ces mêmes Pays-Bas au XVIII^{ème} siècle en contre-partie d'une aide dans le démembrement de l'Empire Ottoman (D. Nordman, « Des limites d'Etat aux frontières nationales », in : *Les lieux de mémoire. La nation (vol. II)* (sous la dir. de Nora (P.)), Gallimard, 1986, p. 45).

⁷⁶⁰ C. Girard, « La suppression des frontières temporelles par le traité constitutionnel européen », *Petites Affiches*, n°220, 4 nov. 2005, p.11.

⁷⁶¹ C. Grzegorzcyk, « Ordre juridique comme réalité », *Droits*, n° 35, 2001, p.114.

§2: *L'objectivation du pouvoir politique*

192. Les structures de subordination qui émergent sous la modernité sont, généralement, décrites comme « un pouvoir gestionnaire fondé sur des délimitations abstraites »⁷⁶², une « domination légale »⁷⁶³. De l'avis de bien des auteurs, cette relation de domination présente la particularité d'être anonyme et objective sous l'effet de classifications générales et de délimitations spatiales : ressort, juridiction, circonscription...etc. Certains rappellent à juste titre que lorsque « nous gémissons sous le poids des relations sociales devenues abstraites, médiates, impersonnelles, nous oublions combien les « liens de dépendance » féodaux étaient concrets, directs, humains, trop humains »⁷⁶⁴. La suzeraineté, émanation du droit féodal, s'appuyait sur des rapports de nature personnelle entre le seigneur et son vassal ; la souveraineté, émanation du droit public moderne, « repose sur l'idée abstraite d'un pouvoir qui s'exerce sur un territoire »⁷⁶⁵. Dans l'Histoire, le politique « n'est ni naturellement ni universellement territorialisable et, là où elle se réalise, cette construction connaît des modalités complexes, beaucoup plus exigeantes qu'on ne le croit, soumises à des effets de conjoncture qu'il ne faut pas négliger »⁷⁶⁶. Or s'il y a bien un « effet de conjoncture » qui ne doit pas être sous-estimé, c'est la formation des frontières juridiques. Dans ce système politique centré autour d'un Etat titulaire de la souveraineté, ce sont les frontières qui fixent le cadre à l'intérieur duquel *gît les subjectz naturelz du royaume*. Ces frontières permettront ainsi d'accroître le degré de généralisation et d'objectivation du

⁷⁶² C. Pollmann, « Pouvoir spatial, pouvoir horloger, pouvoir de classification », in : *Frontières et espaces frontaliers du Léman à la Meuse, recomposition et échange de 1789 à 1814*, comm. au colloque international organisé par le « Centre de recherches en histoire moderne et contemporaine » de l'Université de Nancy II, du 25 au 27 novembre 2004, p.8.

⁷⁶³ Pour Max Weber, le pouvoir rationalisé et bureaucratique moderne est indissociable d'une démarche de délimitation et de classification : « Une compétence (ressort), qui signifie : a) un domaine de devoirs d'exécution délimité objectivement en vertu du partage de cette exécution, b) avec l'adjonction de pouvoirs de commandement requis à cette fin et c) une délimitation précise des moyens de coercition et des hypothèses de leur application » (M. Weber, *Économie et société*, vol.I, *op. cit.*, p.292).

⁷⁶⁴ B. Barret-Kriegel, *L'Etat et ses esclaves*, *op. cit.*, p.53.

⁷⁶⁵ A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, p.62.

rapport entre le commandement et l'obéissance. Car si la territorialité politique « encourage le développement de relations impersonnelles »⁷⁶⁷, c'est en partie grâce à l'assistance d'une frontière qui « objective l'exercice du pouvoir »⁷⁶⁸. Le territoire et ses frontières sont donc plus que la *limite*, ou le *support*, de l'autorité de l'Etat : ils participent à la modification de la nature du pouvoir qu'ils ont contribué à façonner. L'ordre européen a été le témoin privilégié de la naissance d'un véritable « espace de pouvoir » dont il est nécessaire de dresser le portrait (B). Ce dernier n'est toutefois pas né d'un seul coup. En France, c'est l'extension et la consolidation du pouvoir sur un espace élargi qui obligera l'autorité royale à mener une réflexion sur les ressorts et les formes de la relation entre commandement et obéissance à l'intérieur de son cercle d'action (A).

A. La consolidation du territoire

193. La consolidation du territoire, encore appelé royaume de France, est passé d'abord par son extension (1). Celle-ci a engendré, par la force des choses, une dépersonnalisation du pouvoir royal qui est à l'origine du besoin, ressenti par ce dernier, d'affermir les limites d'un royaume qui présentera progressivement les qualités d'un territoire politique (2).

1) L'élargissement du royaume suscite une dépersonnalisation du pouvoir

194. La première étape entreprise par le système politique français en direction de la souveraineté fut l'extension du domaine sur lequel le Roi

⁷⁶⁶ B. Badie, *La fin des territoires*, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁶⁷ R.D. Sack, *Human Territoriality : It's theory and history* (trad. par l'auteur), *op.cit.*, p. 23: « fostering impersonal relationships ».

⁷⁶⁸ C. Pollman, « La frontière: horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectivé? », *RDP*, n° 2, 1999, p.482.

pouvait exercer un pouvoir direct sur les sujets : achats, mariages princiers, dévolutions successorales, retour de fiefs et guerres... Le Roi n'hésite pas à exploiter les mouvances féodales pour consommer de l'espace et étendre son royaume⁷⁶⁹. S'il y a bien concentration entre les mêmes mains de pouvoirs autrefois dispersés, cette centralisation n'en reste pas moins au départ de nature personnelle dans ses relations avec les sujets⁷⁷⁰. Ce faisant, lorsque le Roi met la main sur la terre d'un vassal ou d'un voisin, il crée des institutions nouvelles. À partir de la fin du Moyen Age, l'autorité royale cesse d'ailleurs de concéder des fiefs et préfère envoyer des représentants qui tiendront leurs ordres du Roi et agiront pour son compte (baillis et sénéchaux). Des « institutions centralisées sont mises en place pour gérer en régie le territoire, des « fonctionnaires » royaux apparaissent là où auparavant officiait l'armée des vassaux, une langue unique, le français, sera en 1539 imposée pour la rédaction des documents officiels »⁷⁷¹. L'élargissement territorial suscite ainsi une dépersonnalisation des rapports à l'autorité qui fait perdre au royaume sa consistance féodale et patrimoniale. Dès lors, de nouvelles justifications à l'obéissance vont émerger⁷⁷².

195. L'extrait du *songe du Vergier*, à la fin du XIV^{ème} siècle⁷⁷³, est une parfaite illustration de cette volonté du Roi de s'affranchir, avec l'aide de ses légistes, non seulement de l'idée de domaine mais aussi de tout lien féodal, au profit de « droits royaux » valables sur l'ensemble du royaume. Progressivement, une législation à prétention générale commence à se faire sentir par l'ensemble des populations du royaume. Si « on habitât d'un côté ou de l'autre de cette limite [entre le royaume et l'Empire], tout était déjà différent, et allait l'être de plus en plus. Un clerc avait des raisons particulières de savoir s'il était du royaume ou d'Empire. Si l'interdit était jeté sur le royaume, devait-il cesser de célébrer le divin office ? Si une

⁷⁶⁹ P. Allières, *L'invention du territoire*, op. cit., p. 53. V. a. R. Mousnier, *Les institutions de la France...*, op. cit., p. 529.

⁷⁷⁰ B. Guénéée, « Espace et Etat dans la France du bas Moyen Age », *Annales ESC*, éd. de l'EHESS, n°4, juillet-août 1968, p.746.

⁷⁷¹ C. Laviolle, « De la fonction du territoire... », op. cit., p.25.

⁷⁷² C. Vanderhoff et J. Vanderburie, *Territorialité politique*, op. cit., p.139.

⁷⁷³ J.M. Carbasse et G. Leyte, *L'Etat royal – XII^e-XVIII^e siècles – Une anthologie*, op. cit., p. 107-108.

décime était levée dans le royaume, devait-il la payer ? Si un concile était convoqué, en France ou en Allemagne, auquel devait-il aller ? (...) Parce que le pouvoir législatif du roi s'était développé et qu'il fallait bien savoir, par exemple, jusqu'où valait la prohibition des tournois que plusieurs Capétiens avaient édictée. Parce que la justice du roi s'était imposée et qu'il fallait bien savoir si, d'appel en appel, un procès pouvait aboutir, ou non, au Parlement de Paris. Parce que la politique douanière de Philippe le Bel rendait urgent de savoir où passait la limite du royaume »⁷⁷⁴. Bref, avec l'écoulement du temps et la détermination des autorités centrales, « les progrès de la justice royale, de la fiscalité royale et des armées royales donnèrent aux frontières du royaume une importance accrue »⁷⁷⁵. Le développement de la justice royale, de ses lois et de sa fiscalité, va progressivement surdéterminer les relations personnelles et contractuelles de la société féodale. Le royaume, autrefois entrelacs de liens de subordination personnelle, se transforme lentement en support juridique sur lequel convergent des droits multiples qui deviendront progressivement les attributs de la souveraineté moderne⁷⁷⁶. Du même coup, un besoin de frontière se fait ressentir de façon pressante chez ce pouvoir royal en voie d'émancipation par rapport aux catégories juridiques du système féodal.

2) *La dépersonnalisation du pouvoir appelle un affermissement des frontières*

196. Cet Etat centralisé, renforcé dans ses prérogatives de commandement, ressent de plus en plus le besoin de consolider ces progrès dans des frontières linéaires : l'existence « d'Etats structurés et hiérarchisés et (d'un) niveau élaboré des moyens de gouvernement, apparaît comme la condition nécessaire pour qu'une conscience plus ou moins nette des enjeux territoriaux et des

⁷⁷⁴ B. Guénée, « Des limites féodales aux frontières politiques », *op. cit.*, p. 21.

⁷⁷⁵ B. Guénée, *Ibidem*, p. 21.

⁷⁷⁶ C. Lavialle, « De la fonction du territoire... », *op. cit.*, p.26.

limites se soit, dans le croissant fertile, affirmée »⁷⁷⁷. La bureaucratie royale fait appel à « une notion radicalement nouvelle de la frontière, celle dont nous héritons encore aujourd'hui. Ce trait n'a rien de naturel. Son effet est de permettre une séparation interne/externe des espaces, de livrer un espace intérieur au pouvoir. Et celui-ci s'emploie à unifier ce qui lui est donné : tout ce qui est moyen de communication, depuis les points de passage aux péages, jusqu'aux langues et dialectes, tout cela désormais doit devenir cohérent, homogène. L'effacement des particularismes s'ordonne autour de la formation de centres ; la cour, la capitale. L'Etat dynastique se projette tout entier dans l'espace auquel il impose sa tutelle »⁷⁷⁸. La territorialité politique va susciter un processus de délimitation croissant qui sera plus soucieux d'épouser les enjeux politiques, humains et géographiques. La conquête et la débauche des fidélités vassaliques laissent place à la politique d'assainissement du territoire : suppression des enclaves par l'échange, abandon de la politique des terres « *pêle-meslées* » au profit de l'idée de linéarité et de continuité. À tel point qu'au XVII^{ème} siècle, au cours des négociations sur les limites, un village sera toujours « intégralement incorporé dans l'un des deux États frontaliers, sans que ses éventuelles dépendances – quelques propriétés ou quelques usages maintenus de l'autre côté de la limite – suffisent à obscurcir la netteté des lignes de souveraineté. De ce point de vue même, les opérations sur le terrain contribuent à définir la distinction entre le droit public et le droit privé avec beaucoup plus de pertinence et d'exactitude que n'importe quel mémoire de juriste »⁷⁷⁹. Les droits mélangés et superposés de la féodalité laissent place à des unités politiques physiquement homogènes, juxtaposées, sans interstice ou chevauchement. Le royaume n'est plus la propriété de la Couronne ; il ne se confond plus avec le domaine.

197. En somme, un processus est en cours au terme duquel le territoire prendra la place du fief dans la configuration du pouvoir, et l'exclusivité

⁷⁷⁷ M. Foucher, *L'invention des frontières*, op. cit., p.67.

⁷⁷⁸ P. Allières, *L'invention du territoire*, op. cit., p. 24.

⁷⁷⁹ D. Nordman, *Les frontières...*, op. cit., p. 523.

territoriale donnera naissance à la notion moderne de souveraineté⁷⁸⁰. L'espace devient alors, politiquement et juridiquement, « le lieu d'élection du pouvoir et donc de la souveraineté royale »⁷⁸¹. Dans ces conditions, avant la Révolution française, le royaume de France constituait déjà le prototype du territoire-souveraineté. La méthode de l'échiquier, qui sera retenue par le *Comité de constitution* en 1789 pour délimiter les circonscriptions administratives du territoire français, n'est que l'aboutissement du travail commencé sous l'ancien Régime⁷⁸². L'autorité royale était déjà parvenue à imposer dans certains domaines un droit uniforme sur le royaume au point que, dans ces domaines précis, ce soit une inscription spatiale, et non plus un assujettissement personnel, qui soit la cause principale de l'obéissance : « à l'obligation du vassal dérivant de l'hommage au roi succède la soumission à la compétence royale qui tient à la seule présence sur le territoire où celle-là s'exerce »⁷⁸³. Lorsque l'Etat moderne en Europe aura ramené « les concepts et les rapports juridiques médiévaux, tout imprégnés de loyautés personnelles, aux catégories de l'État souverain fermement établi sur son territoire et doté de normes impersonnelles et calculables »⁷⁸⁴, on pourra parler au sujet de ce territoire de véritable « espace de pouvoir ».

B. La formation d'un espace de pouvoir

198. Jean Gottmann nous enseigne qu'une définition du territoire, pour être complète, doit nécessairement comporter une composante « relationnelle »⁷⁸⁵. J.G. Ruggie, selon une approche similaire, considère que les Etats souverains territoriaux de l'âge moderne sont dotés d'une « même fonctionnalité »⁷⁸⁶. L'idée commune qui semble se dégager de ces propos, c'est que la

⁷⁸⁰ P. Sueur, *Histoire du droit public français*, *op. cit.*, p.41.

⁷⁸¹ C. Lavialle, « De la fonction du territoire... », *op. cit.*, p. 20.

⁷⁸² V. n. A. de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution*, Flammarion, coll. Folio, 1973.

⁷⁸³ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.20.

⁷⁸⁴ C. Schmitt, *Le nomos...*, *op. cit.*, p.201.

⁷⁸⁵ J. Gottmann, *The signification of territory*, Charlottesville, 1973, p.123.

⁷⁸⁶ J.G. Ruggie, « Territoriality and beyond... », *op. cit.*, p.151.

territorialité politique qui accompagne le triomphe de l'Etat a donné naissance à une nouvelle forme d'obéissance qui se rattache, plus largement, au courant de rationalisation des mécanismes du pouvoir sous la modernité. Sous la férule de l'Etat, la relation de domination se trouve transformée : objectivation, universalisation, généralisation, désincarnation... les mots ne manquent pas à la science politique et juridique pour décrire la révolution majeure qui s'est opérée dans la conception des relations qu'une population entretient avec son territoire et son souverain⁷⁸⁷. Or, un des éléments déterminants de cette révolution est le suivant : le territoire, avec ses frontières, s'est immiscé dans la relation qui lie la personne qui commande l'obligation à celle qui est tenue de l'exécuter. C'est la naissance d'un espace de pouvoir. Le territoire politique n'est donc pas seulement le fondement de l'exclusivité territoriale⁷⁸⁸, mais aussi le fondement d'une nouvelle forme d'expression du pouvoir de commandement. Ce nouveau modèle de subordination qui va influencer fortement les formes d'expression du pouvoir normatif de l'Etat se caractérise par la médiation du territoire : celle-ci favorise le triomphe d'une relation de domination directe sur le plan vertical (1), et indirecte sur le plan horizontal (2).

1) Une relation de domination verticale directe entre le souverain et ses sujets

199. La mise en place de l'Etat moderne européen a engendré « le renforcement du contrôle direct du souverain sur son territoire, sans passer par le système compliqué des allégeances personnelles de l'époque féodale »⁷⁸⁹. Le territoire moderne sera ainsi le ferment d'un lien nouveau entre le pouvoir et ses sujets : le premier s'affranchi des obstacles internes formés par les contrepouvoirs (aristocratie, municipalités, confréries, ordres,

⁷⁸⁷ C. Laviolle, « De la fonction du territoire... », *op. cit.*, p.28.

⁷⁸⁸ V. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 2§2:B.

⁷⁸⁹ L. Dembinski, « Le territoire et le développement du droit international », *op. cit.*, p. 125.

etc.), tandis que les seconds, eux, se retrouvent seuls et isolés⁷⁹⁰. Pour reprendre une formule de Michelet, *ne restait debout sur la France qu'un peuple et un roi*. Un espace de pouvoir émerge dans lequel la subordination se diffuse verticalement sans médiation ni différenciation. Le territoire est le nouveau support d'une relation de domination verticale directe entre l'auteur et l'adressataire du commandement. À cet égard, la pratique du serment après l'échange ou l'annexion d'une parcelle de territoire est, une fois de plus, riche d'enseignements. Ce cérémonial avait principalement pour objet de répondre au désir du souverain d'obtenir un acte public d'adhésion des populations autochtones. En incarnant de façon symbolique le passage du statut d'étranger à celui de régnicole, le serment de fidélité visait à renforcer le lien d'allégeance qui allait lier pour l'avenir le sujet à son nouveau souverain. Or, au cours de ce cérémonial, la question des droits seigneuriaux ou des propriétés disparaît. Dans les textes du serment apparaît, en revanche, la conscience de la dimension des unités territoriales en cause. Celle-ci se manifeste notamment par le déplacement des délégués du Roi le long des nouvelles limites du royaume. Puis, le rituel proprement dit, lorsqu'il se déroule devant un public de témoins et de garants, prend pour objet « l'unité territoriale du village »⁷⁹¹. Alors que l'hommage féodal permettait de diffuser un système de liens personnels, « les serments du XVII^{ème} siècle n'engagent pas des individus. En cela, ils sont fondamentalement différents de toutes les formes de contrats, médiévaux ou postérieurs au Moyen Âge, en usage en Occident ou hors de l'Occident, qui ne mettraient en présence que des personnes physiques, que des attaches d'homme à homme »⁷⁹². Le rituel villageois lie dorénavant directement le peuple au souverain par la médiation du territoire, lequel prend la place tenue autrefois par les corps intermédiaires : « Une relation directe se développe sur le pourtour du territoire royal, sans intermédiaires, entre le roi et le peuple, entre le souverain et les grains élémentaires du territoire »⁷⁹³.

⁷⁹⁰ J. Barraycoa, *Du pouvoir dans la modernité et la post-modernité*, Trad. de l'espagnol par E. Albert, Hora Decima, 2005, p. 52.

⁷⁹¹ Daniel Nordman, *Les frontières...*, op. cit., p. 568.

⁷⁹² Daniel Nordman, *Ibidem*, p. 436.

⁷⁹³ *Idem*, p. 442.

200. En définitive, on assiste sous l'égide de l'Etat moderne à un processus de « désincorporation »⁷⁹⁴ des sujets du royaume par le truchement du territoire dans l'exercice du pouvoir de commandement. Le territoire, consolidé juridiquement et politiquement⁷⁹⁵, permet « d'*interpeller les sujets en individus*, c'est-à-dire d'ignorer ou de neutraliser les « corps » intermédiaires, les « appartenances » qui confèrent aux individus une identité particulière, et qui pourraient être revendiquées soit les unes contre les autres, soit à l'encontre de la loi et du souverain lui-même »⁷⁹⁶. Les seules médiations qui subsistent sont celles qui procèdent de l'auteur même du commandement (loi, administration...), au premier rang desquelles figure le territoire. Reste que ce dernier ne s'immisce pas tant dans cette relation verticale de domination entre le souverain et ses sujets, mais plutôt dans la relation horizontale de domination au titre d'« instrument de mesure de la validité personnelle des normes »⁷⁹⁷.

2) *Une relation de domination horizontale indirecte entre le souverain et ses sujets*

201. L'ordre, pris dans son sens général, consiste essentiellement en « un ensemble de formes, de normes et de relations »⁷⁹⁸, en des moyens termes qui permettent au commandement et à l'obéissance de se tempérer réciproquement. Sous la féodalité, l'individu tombait sous l'emprise d'un commandement à raison de relations personnelles, de liens de domination d'homme à homme étroits et directs. Sous la modernité politique, l'homme

⁷⁹⁴ E. Balibar, *Nous, citoyens d'Europe ? Les frontières, l'État, le peuple*, op. cit., p. 271.

⁷⁹⁵ P. Sueur, *Histoire du droit public...*, t.I, op. cit., p.41 : « le roi ruina la médiatisation féodale (...) Au début du XVI^e siècle, il est acquis que le roi commande directement à tous sans intermédiaire possible (...) chaque parcelle du territoire était ainsi placée sous la subordination objective du roi (...). Le royaume, qui n'était pas la propriété de la Couronne et qui ne se confondait pas davantage avec le domaine de la Couronne, était bien le territoire exclusif de la souveraineté, devenu une réalité juridique et politique ».

⁷⁹⁶ E. Balibar, *Nous, citoyens d'Europe ? ...*, op. cit., p. 271.

⁷⁹⁷ C. Eisenmann, « Sur la Théorie Kelsenienne du Domaine de validité des Normes Juridiques », op. cit., p. 67

⁷⁹⁸ J. Freund, *L'essence du politique*, op. cit., p. 220.

tombe sous l'emprise d'un commandement « à raison du territoire »⁷⁹⁹. Ce dernier s'impose dans l'ordre étatique comme un « instrument de médiation entre le commandement et l'obéissance »⁸⁰⁰. La frontière provoque ainsi, historiquement, le passage d'une structure de subordination « binaire » (lien de sujétion personnel de type féodal) à une structure de subordination « triangulaire », dans laquelle le territoire fait figure de médiateur objectif entre l'auteur et l'adressataire du commandement⁸⁰¹. Cette nouvelle structure du pouvoir va favoriser le développement d'une loi dite « territoriale », c'est-à-dire d'une loi « qui régit sans distinction les faits qui se produisent dans un pays déterminé »⁸⁰². Car avec le territoire politique, la puissance de l'Etat peut dorénavant s'étendre « sur tous les individus, étrangers comme nationaux »⁸⁰³. La persistance à l'intérieur du territoire « d'une immunité personnelle, réservée aux étrangers serait contradictoire par essence avec l'idée même de la souveraineté étatique »⁸⁰⁴. Max Weber décèle d'ailleurs une des caractéristiques de l'Etat moderne dans le fait qu'il « revendique une validité non seulement pour les membres du groupement – qui y sont en substance incorporés par naissance – mais aussi, dans une large mesure, pour toute l'activité qui se déroule dans les limites du territoire qu'il domine (par conséquent conformément à l'institution territoriale) »⁸⁰⁵. C'est pourquoi, pour un juriste formé selon les canons de la modernité, « l'intérêt de l'Etat exige une loi générale, qui engendre un ordre applicable à tous »⁸⁰⁶. S'ébauche ainsi rapidement en Europe des systèmes juridiques dans lesquels « le « ressort » des lois et des coutumes est territorial : sur chaque portion de territoire est en vigueur un ensemble de règles qui ne distinguent plus selon l'origine ethnique des habitants »⁸⁰⁷. Si l'occasion se présentera de

⁷⁹⁹ J. Combacau et S. Sur, *Droit International Public*, *op. cit.*, p. 422.

⁸⁰⁰ J. Freund, *Ibidem*, p. 227.

⁸⁰¹ C. Raffestin, « Autour de la fonction sociale de la frontière », *Espaces et sociétés*, n°70-71, 1992, p.154-164 ; C. Raffestin, « Eléments pour une théorie de la frontière », *Diogenes*, Gallimard, n°134, avril-juin 1986, p.3-31.

⁸⁰² J.P. Niboyet, *Traité de Droit International Privé*, t. IV : « La territorialité », Sirey, 1947, p.4.

⁸⁰³ R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie...*, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁰⁴ O. Beaud, *La puissance...*, *op. cit.*, p.114.

⁸⁰⁵ M. Weber, *Économie et société*, vol.I, *op. cit.*, p.99.

⁸⁰⁶ A. Pillet, *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903, p. 394. V. a. Vlad Constantinesco et S. Pierrecaps, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., PUF, coll. Thémis droit, 2004, p.273 : « En principe, les lois d'un Etat ont vocation à s'appliquer sur l'ensemble de son territoire : c'est le principe de territorialité des lois, particulièrement affirmé en ce qui concerne les lois de police ».

⁸⁰⁷ P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *R.C.D.I.P.*, 1979, p.39.

vérifier que le principe de territorialité de la loi ne doit pas être confondu avec la frontière internationale⁸⁰⁸, reste que l'affermissement de cette dernière a apporté à la puissance publique le support sans lequel celle-ci n'aurait pas pu prétendre exercer un pouvoir de commandement « non pas sur l'espace lui-même mais dans l'espace, à l'égard des personnes soumises à leurs normes et à leurs opérations d'exécution »⁸⁰⁹. Une des spécificités de l'Etat souverain tient indiscutablement au fait que le pouvoir de commandement ne s'y exprime pas tant « sur le territoire mais plutôt sur des personnes qui sont à l'intérieur du territoire »⁸¹⁰. Devenu une « matrice des compétences de l'Etat »⁸¹¹, le territoire politico-juridique s'impose comme l'instrument principal de mesure de la puissance normative de l'Etat : un véritable espace de pouvoir. Bien entendu, les normes juridiques continuent de valoir pour des hommes (règle de conduite) ; mais la modernité politique a cela de particulier qu'il arrive souvent qu'un « facteur de nature territoriale contribue – au moins – à déterminer ces hommes, à limiter et délimiter leur cercle »⁸¹². Lien subtile et imprécis entre la territorialité des lois et la frontière internationale qui soulève bien des questions au regard de l'objet de cette dernière⁸¹³.

202. En somme, un nouveau « procédé de mesure »⁸¹⁴ s'applique à la dimension horizontale du commandement de l'Etat. Le territoire est le médiateur qui va donner à la relation de commandement-obéissance ses traits particuliers sous la modernité : une « forme impersonnelle du pouvoir organisé sur un territoire »⁸¹⁵. L'approfondissement de la frontière va permettre au rapport de sujétion d'être souvent commandé « par la seule inscription spatiale d'un individu »⁸¹⁶. Approche territoriale de l'allégeance à l'Etat qui sera d'ailleurs, outre le principe de territorialité de la loi, le ferment

⁸⁰⁸ V. *infra* Titre II Partie I Chapitre I Section 2 § 1 : B.

⁸⁰⁹ J. Comabacau et S. Sur, *Droit international...*, *op. cit.*, p. 422.

⁸¹⁰ J. Comabacau et S. Sur, *Droit international...*, *op. cit.*, p. 422.

⁸¹¹ H. Ruiz Fabri, « Immatériel, territorialité et Etat », *A.P.D.*, t. 43, 1999, p. 190.

⁸¹² C. Eisenmann, « Sur la Théorie Kelsenienne du Domaine de validité des Normes Juridiques », *op. cit.*, p. 67.

⁸¹³ V. *infra* Titre II Partie I Chapitre II Section 2.

⁸¹⁴ C. Eisenmann, *Ibidem*, p. 67.

⁸¹⁵ O. Beaud, « La notion d'Etat », *op. cit.*, p. 122.

⁸¹⁶ O. Beaud, *Ibidem*, p. 129.

du principe d'égalité devant la loi. Les lois de circonstance et privilèges, propres au pluralisme juridique de la société féodale, auront vocation à disparaître devant la toute puissance du modèle de la loi générale et territoriale. La puissance de commandement continue naturellement de s'exercer *in fine* sur des hommes. Mais, à moyen terme, elle se diffuse par le véhicule d'un territoire qui lui donne, par la même occasion, sa physionomie moderne : abstraction, impersonnalité et territorialité⁸¹⁷.

Conclusions du chapitre I

203. Cette ligne de séparation qui, jusqu'à présent, nous apparaissait uniquement sous l'angle d'une politique de puissance (ou de gestion de la violence), à la rigueur d'un droit pour l'Etat d'exercer ses prérogatives de souveraineté, se révèle maintenant dans toute son ampleur. La frontière moderne n'a pas seulement ouvert la voie à l'exclusivité territoriale de l'Etat. Elle a aussi instaurée l'obligation pour cet Etat « d'enfermer les manifestations de sa puissance de contrainte dans l'espace qui lui est assigné par le droit international »⁸¹⁸. À l'instar de la notion moderne de souveraineté, dont elle est une composante, la frontière contribue tant à renforcer la puissance publique (processus d'autonomisation) qu'à circonscrire strictement son champ d'application (processus de rétractation). Au titre de cette dernière fonction, au demeurant, la frontière ne va pas seulement imposer aux systèmes politiques de renoncer (*de jure*) à leurs ambitions impériales. Elle va aussi influencer les formes d'expression du pouvoir de commandement de l'Etat moderne. Plus précisément, elle va permettre au système politique moderne de se construire un espace de pouvoir à l'intérieur duquel le rapport de subordination est principalement commandé par l'inscription spatiale des biens et des hommes. Pour toutes ces raisons, la

⁸¹⁷ *Idem*, p. 122 : « Le rapport moderne, territorial, institué par l'Etat, entre le souverain et ses sujets, possède désormais un caractère abstrait, impersonnel ».

⁸¹⁸ H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, p.200.

frontière moderne apparaît, encore une fois, comme un des concepts fondateurs du système international moderne : « Limiter, juridiquement, en principe, chaque Etat (suivant l'expression personnificatrice courante) et sa puissance, à un territoire déterminé, à savoir son territoire étatique, rendre ainsi juridiquement possible la coexistence pacifique des différents ordres étatiques, c'est là l'œuvre propre et caractéristique du Droit International »⁸¹⁹. Cette limitation *ratione loci* de la puissance de l'Etat sous l'effet de la frontière va cependant plus loin que la seule condamnation en droit de toute ambition impériale ; elle impose aussi, implicitement, l'obligation pour l'Etat qui en accepte les privilèges de reconnaître juridiquement l'existence des Etats qui se trouvent de l'autre côté de la limite.

⁸¹⁹ H. Kelsen, *Ibidem*, p.192.

Chapitre II

Les frontières de l'Etat comme reconnaissance de l'autre

204. L'enclos, la fermeture, la séparation, n'épuisent pas complètement le rôle de la frontière internationale dans l'ordre moderne. Il ne s'agit que de la partie immergée de l'iceberg : « si la frontière signifie clôture et enfermement, elle crée également la relation et permet le passage »⁸²⁰. En effet, qu'elle soit frontière ou confin, la limite spatiale fixée à une organisation politique sert d'intermédiaire entre ce sujet collectif et l'altérité. Des différences entre les diverses formes de limites spatiales prennent toutefois rapidement le dessus, dès lors que l'on s'intéresse au sens et à la portée de cette relation avec l'extérieur. Il est acquis que la limite, lorsqu'elle s'apparente à la catégorie des confins, se présente généralement sous la forme d'une zone, alors que la frontière apparaît sous la forme d'une ligne précise. Or, cette différence de forme est l'expression d'une différence plus profonde qui touche aux fonctions assignées à chacune de ces limites : ligne juridique infranchissable pour la frontière, zone d'expansion pour le confin. Différence de fond, donc, qui se traduit par une variation du *sens* qu'il faut attribuer à chacune de ces limites : la relation avec l'extérieur change de nature selon que l'on est confronté à une frontière ou à un confin. L'Etat souverain entouré de frontières fixes s'engage dans un genre de relations inconnu du monde médiéval : la reconnaissance mutuelle d'une égale souveraineté entre les Etats. Pour le dire autrement, en réaction contre la portée discriminatoire des limites qui dessinaient les contours du monde chrétien ou romain (Section 1), la frontière moderne constitue la pierre angulaire d'un nouveau système international horizontal fondé sur une égalité en droit des autorités politiques limitrophes (Section 2).

⁸²⁰ C. Pollmann, « La frontière : horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectivé ? », *op. cit.*, p.486. V. a. D. Nordman, *Frontières de France...*, *op. cit.*, p.526 : la frontière est à la fois un *point de rupture* et un *point de passage*.

Section 1 La signification des confins

205. Les diverses manifestations historiques des confins le confirment : ces limites sont perçues, par leurs instigateurs, comme une protection du monde civilisé contre le monde sauvage et inconnu (§1). Ce constat, appuyé d'une analyse juridique plus approfondie, permet de conclure que le confin est porteur d'une discrimination sur le plan moral à destination de la collectivité politique limitrophe (§2).

§1: *La protection de la civilisation contre le monde inconnu*

206. L'Histoire montre que les limites entre les cités grecques de l'époque hellénistique, c'est-à-dire à l'intérieur d'une même civilisation, étaient généralement nettes et précises : « ici, comme ailleurs, la frontière est, d'abord, perçue comme une ligne précise et surveillée avec vigilance, séparant les Etats, qu'ils aient la forme d'une cité ou d'une fédération d'ethnies ou de *poleis* »⁸²¹. Pourtant, à la même époque, il est également rapporté par les historiens que lorsque la limite vient s'interposer avec une communauté politique réputée barbare, la ligne précise s'efface devant une zone épaisse et ombrageuse : « autant entre deux Etats [grecs] la limite apparaît nette, bien tracée, définie par des accords en bonne et due forme,

⁸²¹ P. Cabanes, « Frontière et rencontre de civilisations dans la Grèce du Nord-Ouest », *op. cit.*, p.183.

surveillée par des forteresses et par des soldats patrouilleurs, autant la rencontre des civilisations grecque et balkanique ne peut être localisée suivant une ligne précise »⁸²². L'explication de cette transformation de la limite spatiale au contact d'une civilisation barbare réside, probablement, dans la nature même des rapports officiés par ces limites. Si les Grecs ne ressentent pas le besoin de tracer des limites claires et précises pour séparer leur espace de celui des civilisations barbares, c'est parce qu'ils ne considèrent pas ces derniers comme leur égal sur le plan politique et moral.

207. Le *limes* de l'Empire romain est porteur, à cet égard, d'une signification comparable à celle des limites entre Grecs et Barbares. La différence de forme (zone stratégique élastique) avec la frontière linéaire n'est que le signifiant d'une différence plus profonde : le *limes* vient séparer « unilatéralement Rome du monde Barbare »⁸²³. Au-delà de ces confins, « il n'existe pas d'Etat au sens juridique du mot et en droit Rome ne reconnaît pas la législation en vigueur dans ces pays. Il n'est pas question de droit, mais de fait »⁸²⁴. Des remarques analogues peuvent être adressées aux limites qui ont ceinturé, au Moyen Age, le monde Chrétien : « L'idée de chrétienté entraîne une seconde conséquence : pour faire partie de la société (même civile), il faut être chrétien. À l'intérieur des frontières (*sic*) de la société peuvent seuls vivre des chrétiens, participant à une même vision de l'homme et du monde, à une même foi (au moins implicite). Au-delà des frontières, ce sont les païens, avec lesquels il ne peut y avoir aucune relation normale, mais seulement une hostilité réciproque et instinctive. Ils ne forment d'ailleurs pas une vraie société aux yeux des chrétiens, car on ne peut concevoir une société ordonnée et juste que chrétienne »⁸²⁵.

208. En définitive, il semble que les confins constituent une séparation entre une civilisation ordonnée et des populations réfractaires à l'ordre. La signification profonde de cette séparation est peut-être la suivante : marquer

⁸²² P. Cabanes, *Ibidem*, p.197.

⁸²³ M. Benhenda, *La frontière en Droit International Public, op. cit.*, p.60.

⁸²⁴ J. Dauvillier, « Aux origines des notions d'Etat et de souveraineté sur un territoire », *op. cit.*, p. 208.

une discrimination sur le plan moral à l'encontre du système politique qui se trouve de l'autre côté de la limite.

§2: *L'incarnation d'une discrimination sur le plan moral*

209. La signification des confins, en dépit de leurs caractéristiques communes, a rarement fait l'objet d'études particulières. Les juristes ne disposent sur ce sujet que des travaux de Carl Schmitt sur la *pensée par lignes globales*⁸²⁶. Cet auteur a pressenti que certaines lignes spatiales, qui s'apparentent à bien des égards aux confins définis plus haut, « forment une série cohérente, homogène, qui va de la découverte de l'Amérique en 1492 jusqu'aux déclarations américaines de la Seconde Guerre mondiale »⁸²⁷.

210. Il y a d'abord les *Rayas*, ces lignes de répartition du continent sud-américain (païens) entre deux princes chrétiens (Espagne et Portugal) placés sous une même autorité spirituelle (le Pape de Rome). Le juriste allemand considère cette limite comme une délimitation interne entre princes chrétiens d'un ordre spatial non-chrétien à acquérir, c'est-à-dire une ligne qui sépare deux ordres inégaux d'un point de vue juridique et moral. Carl Schmitt évoque également les *Amity lines*, ces lignes de séparation franco-anglaise entre l'Europe et le « nouveau monde », qui figuraient dans une clause secrète du traité hispano-français de Cateau-Cambrésis (1559). Pour le juriste allemand, l'objet de ces limites étaient « la délimitation d'une zone de

⁸²⁵ J. Ellul, *Histoire des Institutions. Le moyen âge, op. cit.*, p.133.

⁸²⁶ C. Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, p. 283.

⁸²⁷ C. Schmitt, *Ibidem*, p.91.

lutte »⁸²⁸, distincte de l'espace européen, lequel était régi par le droit public européen inter-étatique. Ces confins avaient donc pour objet d'affirmer un ordre et une paix limités à « l'ancien monde », par opposition à un état sauvage localisé « *beyond the line* ». Pour finir, Carl Schmitt prend l'exemple de la notion d'*hémisphère occidentale* telle qu'elle apparaît dans certains discours de chefs d'Etat nord-américains : une séparation qui longe le méridien au milieu de l'Atlantique. Cette ligne, dans les discours de Thomas Jefferson, apparaît comme une « partition à travers l'océan, qui séparera les deux hémisphères, et en deçà duquel on n'entendra aucun coup de feu européen, ni aucun coup de feu américain au-delà »⁸²⁹. Cette ligne vient encore, selon l'analyse de Carl Schmitt, partager « le monde en deux moitiés selon le bien et le mal (...) le plus et le moins dans l'ordre moral. Elle implique un refus permanent de l'autre partie de la planète, tant qu'elle ne se double pas d'une absence totale de relations »⁸³⁰.

211. En résumé, une caractéristique commune aux confins semble bien être leur portée discriminatoire à l'encontre de la communauté politique limitrophe. Le sens de la séparation introduite par des confins est toujours teinté d'une forme plus ou moins affichée d'exclusion, de discrimination. *A contrario*, quel sens doit-on donner à l'interposition d'une frontière moderne entre deux systèmes politiques ? Son tracé - lequel est toujours déterminé dans ses moindres détails - n'est-il pas le signe d'une reconnaissance de l'autre comme son égal sur le plan juridique ?

⁸²⁸ *Idem*, p.96.

⁸²⁹ Lettre du 4 août 1820 de Thomas Jefferson à William Short, rapporté par C. Schmitt, *Ibidem*, p.286.

⁸³⁰ *Idem*, p.292.

Section 2 La signification des frontières

212. La frontière moderne, à la différence des confins, n'a rien de commun avec une ligne poreuse, ou avec une muraille « derrière laquelle s'étend la zone déserte et redoutée de l'inexplorée »⁸³¹. La frontière moderne, qui trouve sa première expression dans l'ordre européen post-westphalien, consacre au contraire la fin des conquêtes et le passage à un principe de division de l'espace dans un monde exploré et conquis. Dans ce contexte, la frontière ouvre la voie à un rapport d'égalité entre les Etats qui se juxtaposent sur l'espace européen (§1). À ce titre, elle constitue une manifestation parmi d'autres du renoncement, dans l'ordre juridique international moderne, aux anciennes visions naturalistes du monde (§2).

§1: *La reconnaissance mutuelle des autorités politiques limitrophes*

213. La « limologie », cette étude sur les limites entreprise récemment par le Professeur Christopher Pollmann⁸³², est particulièrement enrichissante sur

⁸³¹ P.G. De la Pradelle, *La frontière*, *op. cit.*, p.18.

⁸³² C. Pollmann, « La frontière : horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectivé ? », *op. cit.*, p.481-499 ; « Le droit comme système de frontières. De l'étude des délimitations vers une théorie de la "construction juridique de la réalité" », in : *Les évolutions récentes de la coopération au-delà des frontières en Europe*, Annales de la Faculté de droit, économie et administration de Metz, n°5, 2005, p.7-22.

le « sens » qui doit être donné aux frontières dans l'ordre juridique international moderne : une séparation entre des « mêmes » (A), qui repose sur une représentation idéale de type juridique (B).

A. La frontière comme séparation entre des mêmes

214. Pollmann explique que les confins correspondent à un bord, au contour d'un phénomène matériel qui forme une entité face à un environnement différent. À l'instar de l'épiderme qui sépare le corps humain de la nature extérieure, les confins sont des limites qui ont ceci de particulier qu'elles « séparent ce qui est incomparable »⁸³³. Les frontières, au contraire, sont pour Pollmann une sous-catégorie de limites, distinctes des confins, dans la mesure où elles sont « caractérisées par leur rôle classificatoire des “mêmes” »⁸³⁴. La frontière a ceci de particulier qu'elle « disjoint ce qui est pareil »⁸³⁵. Transposées à la science politique, ces conclusions confirment bien l'hypothèse selon laquelle l'Empire ne connaît pas de frontières mais uniquement des confins, parce qu'il ne reconnaît pas le « même » dans l'autorité politique et les hommes qui se situent de l'autre côté de celle-ci. Au-delà des confins se cache l'inférieur, le sauvage, le barbare ou l'infidèle. Carl Schmitt avait parfaitement caractérisé cette portée politico-juridique de la frontière moderne : « Le sens de ces limites [les confins d'empire] était de séparer un ordre pacifié d'un désordre exempt de paix, un *Kosmos* d'un chaos, une Maison d'une non-Maison. Elles comportaient donc une séparation en vertu du droit des gens, alors que par exemple aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, les frontières de deux Etats territoriaux relevant du droit des gens européen moderne n'impliquent pas une exclusion, mais une reconnaissance internationale réciproque »⁸³⁶. Caractéristique de la frontière moderne qui en appelle une autre : si la frontière sépare ce qui est pareil,

⁸³³ C. Pollmann, « Pouvoir spatial, pouvoir horloger, pouvoir de classification », *op. cit.*, p.2.

⁸³⁴ C. Pollmann, « Le droit comme système de frontières... », *op. cit.*, p.8.

⁸³⁵ C. Pollmann, « Pouvoir spatial, pouvoir horloger... », *op. cit.*, p.2.

c'est qu'elle procède d'un acte de volonté, d'un « investissement de forme »⁸³⁷.

B. La frontière comme construit juridique délibéré

215. La frontière comme ligne de séparation est une *représentation idéale* de type juridique, c'est-à-dire un *devoir être* de type normatif. La frontière moderne, en dépit de son essence politique, constitue indiscutablement sous sa forme achevée une « norme juridique ». Les confins, au contraire, restent de simples *actes de connaissance*, des descriptions d'un phénomène matériel autonome qui ne présupposent pas un raisonnement de type juridique. Ils n'ont d'ailleurs jamais bénéficié en droit des gens d'un statut ou d'un régime qui leur soit propre. L'affirmation d'une frontière moderne a donc eu, dans l'Histoire du droit international, la signification suivante : deux entités politiques autonomes se reconnaissent mutuellement comme des « mêmes » dans l'espoir de rentrer en contact à l'avenir par les seules voies du droit.

216. Ces conclusions confirment nos développements antérieurs, à savoir que la formation du droit international classique, fondé sur l'égalité souveraine des Etats-sujets (système horizontal), est inextricablement liée à celle des frontières modernes. Bien des formules employées par la doctrine au sujet de la frontière prennent, une fois cette portée de la frontière vérifiée, toute leur signification : « la délimitation territoriale des Etats (...) est véritablement la prémisse sur laquelle reposent les relations [internationales] et le point de départ du développement de ces relations »⁸³⁸ ; « le « découpage

⁸³⁶ C. Schmitt, *Le nomos de la terre*, *op. cit.*, p.57.

⁸³⁷ L. Thevenot, « Les investissements de forme », in : *Conventions économiques*, Cahier du Centre d'études de l'emploi, n°29, 1985, p.25-31. La frontière est en effet bien créatrice et organisatrice d'un intérieur et d'un extérieur qui ne lui préexiste pas.

⁸³⁸ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 10.

politique et juridique de l'espace » (...) crée le fait international »⁸³⁹. Hans Kelsen, le maître autrichien, voit également dans la présence des frontières modernes une des conditions de la naissance du droit international. Il distingue « deux groupes bien différents de normes » et classe dans « celles qui remplissent une fonction essentielle du droit international, qui forment son contenu nécessaire, celui sans lequel il n'y aurait pas de droit international », les normes qui, comme la frontière, « rendent seules possibles la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques étatiques, la vie en commun des nombreux Etats, en tant que des sociétés coordonnées. Ces normes déterminent les domaines de validité des différents droits étatiques : elles tracent juridiquement leurs limites respectives »⁸⁴⁰. Kelsen ira même jusqu'à déclarer que la primauté du droit international est une conséquence de l'existence des frontières juridiques : « ... les Etats ou, pour éviter toute personnification, les divers ordres juridiques, doivent être considérés comme coordonnés les uns aux autres et leur domaine de validité, en particulier, de validité territoriale, comme juridiquement délimités les uns par rapport aux autres. Or cela n'est possible que si l'on suppose l'existence, au-dessus des divers ordres juridiques, d'un ordre juridique supérieur qui les coordonne et qui délimite, les uns par rapport aux autres, leurs domaines de validité respectifs. Cet ordre supérieur ne saurait être, et n'est autre, en effet, que celui de droit international ; car ce sont des normes du droit international qui remplissent cette fonction »⁸⁴¹. Nous ajouterons, par souci d'exhaustivité, que cette place privilégiée, la frontière la doit aussi aux genres singuliers de relations qu'elle autorise. Plus précisément, alors que les confins (*limes* de l'Empire romain, marches et lisières du royaume, *Frontier* des Etats-Unis, territoire fluide de l'URSS...) sont le front interne d'une puissance impériale mouvante et centrifuge, la frontière moderne apparaît comme le visage international d'une puissance souveraine territorialement enracinée, enfin disposée à rentrer en relation avec ses *alter ego*. Elle est d'ailleurs restée,

⁸³⁹ Y. Delahaye, *La frontière et le texte*, op. cit., p.16.

⁸⁴⁰ H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », op. cit., p.182.

⁸⁴¹ H. Kelsen, « Droit et Etat du point de vue d'une théorie pure », op. cit., p.59.

jusqu'à aujourd'hui, la garantie principale de ce rapport de strict égalité qui caractérise les relations entre Etats souverains.

217. En résumé, la singularité de la notion de frontière internationale tient autant à l'idée de *séparation* qu'à celle de *reconnaissance de l'autre* ; l'autre n'étant pas ici un individu, mais un groupe, une communauté politique rivale. L'interférence d'une frontière impénétrable entre deux communautés politiques est paradoxalement le signe que celles-ci se sont reconnues mutuellement la possibilité, en tant que *devoir être*, de coexister pacifiquement⁸⁴². Bref, la frontière nous rappelle que le lien, pour qu'il soit égalitaire, suppose paradoxalement une dose de séparation, de distance, pour permettre l'acceptation de l'autre. Mais on touche ici à des questions extra-juridiques qui montrent bien que la frontière participe, plus largement, à l'identité morale et philosophique de l'ordre post-westphalien : « L'idée que les divers Etats, quoique de grandeurs, de populations, et de puissances inégales, ont au point de vue juridique la même valeur et qu'ayant chacun sa sphère d'action propre, ils sont unis en une communauté supérieure est une idée éminemment morale, une des rares conquêtes vraiment importantes et incontestables de l'esprit moderne »⁸⁴³.

§2: *La renonciation aux visions naturalistes de l'ancien monde*

218. La souveraineté moderne, dans la mesure où elle prend sa source formelle et substantielle dans le territoire, est par nature plurielle : les limites

⁸⁴² V. n. M.W. Zacher, « The Territorial Integrity Norm : International Boundaries and the Use of Force », *op. cit.*, p. 246 : « In this sense mutually recognized and respected boundaries are not what separate peoples but what binds them together ».

⁸⁴³ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op.cit.*, p. 299.

du territoire, qui ne peuvent s'étendre sur l'ensemble du monde connu, déterminent nécessairement la communauté politique qui s'en prévaut dans sa particularité. C'est pourquoi les frontières modernes sont, à proprement parler, une manifestation normative tangible du relativisme moral (ou neutralité) qui en droit international se substitue, avec la modernité politique (B), aux anciennes approches naturalistes du droit (A).

A. Le déclin des visions naturalistes traditionnelles

219. Le droit des gens était, traditionnellement, l'apanage de visions du monde à coloration naturaliste, universaliste et parfois même eschatologique. Cicéron, par exemple, considérait le droit des gens romain comme « la droite raison, conforme à la nature, répandue dans tous les êtres, toujours d'accord avec elle-même, non sujette à périr (...). Cette loi n'est pas autre à Athènes, autre à Rome, autre aujourd'hui, autre demain, c'est une seule et même loi immuable, éternelle qui régit toutes les nations et en tout temps »⁸⁴⁴. Cette volonté de fondre les lois positives du droit international dans la loi du genre humain se rencontre aussi, pour ne citer que les plus célèbres, chez Gaius : « Tous les peuples qui sont régis par des lois et des mœurs se servent tantôt du droit qui leur est propre, tantôt du droit qui est commun à tous les hommes. En effet le droit que chaque peuple a établi pour lui-même, est propre à la Cité elle-même ; mais le droit que la raison naturelle a établi entre tous les hommes est une règle à laquelle tous se conforment également et s'appelle droit des gens, en tant que droit dont toutes les nations se servent »⁸⁴⁵. À partir de la Renaissance, cependant, un autre son de cloche commence à se faire entendre. Les sciences naturelles, d'abord, vont secouer les anciennes cosmologies, qu'elles soient antique ou chrétienne, sous les coups de Newton et de sa physique fondée sur l'articulation anarchique des forces. Puis Marsile de Padoue va proposer à l'humanité un nouvel idéal :

⁸⁴⁴ Cicéron, *De Republica* (1er siècle av.J.-C.), Livre III, § 22, trad. C. Appuhn, GF, 1965, p. 86

l'idée « que, dans diverses contrées, séparées par des frontières géographiques, linguistiques ou morales, chacune des communautés particulières se donne tel gouvernement qui lui convient »⁸⁴⁶. Enfin, un coup fatal sera porté au monde ancien avec le déclenchement des guerres de religion. La crise suscitée par la réforme en Europe laissera gravée dans les esprits l'idée suivante : derrière tout dogme à prétention universelle se terre le risque d'une « violence réciproque » ; tout Absolu est un guerrier potentiel aux conséquences dévastatrices. Pour les contemporains de la Saint-Barthélemy, l'œcuménisme catholique ne peut plus être synonyme de paix⁸⁴⁷. Le droit international ne tardera pas à épouser ce changement des mentalités en écartant l'unité chrétienne au profit d'un système international à valeurs ouvertes, qui n'est pas historiquement et juridiquement polarisé vers une unité ultime.

B. Le triomphe du perspectivisme métaphysique

220. Les nouvelles « valeurs » prônées par le système international moderne ressortent parfaitement de ces propos tenus par Emer de Vattel : « Un peuple indépendant n'a de compte à rendre qu'à Dieu au sujet de sa religion » ; car « De quel droit des hommes s'érigent-ils en défenseurs, en protecteurs de la cause de Dieu ? La monstrueuse maxime, d'étendre la religion par l'épée, est un renversement du droit des gens, et le fléau le plus terrible des Nations. Chaque furieux croira combattre pour la cause de Dieu, chaque ambitieux se couvrira de ce prétexte »⁸⁴⁸. L'effondrement de la

⁸⁴⁵ Gaïus, *Libro primo institutionum*, in : *Digeste de Justinien*, livre I, titre I.

⁸⁴⁶ Citation tirée de M. Mollat, *Genèse médiévale de la France moderne*, Arthaud, 1977, Paris, p.113.

⁸⁴⁷ J. Freund, *L'essence du politique*, *op.cit.*, p. 459 : « loin que cette religion ait été capable de convertir tous les hommes à la pureté de son principe, elle n'a même pas réussi à réunir ou à garder tous les chrétiens au sein d'une même église. Que d'hérésies et de chismes, mais aussi que de luttes et de combats violents n'ont pas eu lieu au cours des millénaires au nom de cet amour universel ».

⁸⁴⁸ E. de Vattel, *Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, *op. cit.*, Liv.II, Cha.IV, §58, p.31.

cosmologie chrétienne laisse place à un *perspectivisme métaphysique*⁸⁴⁹ qui va donner naissance au modèle politique de *l'équilibre des puissances* : « la paix universelle ne sera pas la conséquence d'une unification dans un empire temporel ou spirituel, mais la manière dont différents Etats, si effectivement les choses marchent, pourront coexister les uns avec les autres selon un équilibre qui empêchera justement la domination de l'un sur les autres »⁸⁵⁰. La frontière moderne « matérialise ce heurt des souverainetés qui coexistent »⁸⁵¹ et « exclut toute autorité extérieure [à l'Etat], morale ou matérielle »⁸⁵². Bref, elle consolide non seulement l'autonomie du droit étatique par rapport au droit international (dualisme juridique)⁸⁵³, mais aussi l'autonomie du droit international par rapport au droit naturel. Pour toutes ces raisons, elle est bien le fruit d'une rationalité spécifiquement moderne. Mais il ne s'agit là que de l'archétype de la frontière internationale. Dans la pratique, celle-ci subira bien des adaptations et modifications qui finiront par en altérer la substance.

221. L'exacerbation des frontières dans certaines parties de l'Europe à partir du XIX^{ème} siècle aura pour effet de corrompre les raisons et les finalités, explicites ou non, qui ont présidé à leur formation. Le nationalisme qui se développe sur le modèle de la révolution française donne naissance à un « esprit frontière » dans lequel la limite spatiale redevient une séparation sur le plan moral entre le positif et le négatif. La banderole placée le 18 juin 1790 par les Strasbourgeois sur le pont du Rhin en est une illustration topique : « Ici commence le pays de la liberté »⁸⁵⁴. La frontière moderne se transforme alors progressivement en fantasme pour l'imaginaire collectif des peuples. Une nouvelle phase s'amorce : « celle des passions et des revendications, qui font suite aux volontés de compromis du XVIII^{ème}

⁸⁴⁹ En quelques mots, le *perspectivisme* correspond à l'idée que « une opinion ne saurait faire l'unanimité ni être universelle, si universaliste que soient ses prétentions » (J. Freund, *L'essence du politique*, *op. cit.*, p. 41).

⁸⁵⁰ M. Foucault, « Sécurité, Territoire, Population », *op. cit.*, p. 266. L'auteur ajoute, plus loin, « La paix universelle, c'est la stabilité acquise dans et par la pluralité, par une pluralité équilibrée, tout à fait différente par conséquent de l'idée de l'Empire terminal » (*Idem*, p.266).

⁸⁵¹ O. Beaud, *Etat et souveraineté*, *op. cit.*, p.207.

⁸⁵² J. Morellet, « Le principe de la souveraineté de l'Etat et le droit international public », *op. cit.*, p. 110.

⁸⁵³ *V. supra* p.129.

⁸⁵⁴ C. Rousseau, *Les frontières de France*, Pedone, Paris, 1954, p.11

siècle »⁸⁵⁵. La voie sera alors ouverte à toutes formes de déviances, dont la formation d'une « frontière des races et des langues européennes »⁸⁵⁶ sera une illustration symptomatique. En somme, l'évolution politique et sociale des sociétés aura rapidement raison de l'esprit qui a présidé la formation de ces frontières juridiques: si l'arbre reste aujourd'hui encore debout, les racines, en revanche, semblent être mortes depuis longtemps.

CONCLUSIONS DE LA PARTIE II

222. La frontière internationale est une « limite » et une « ligne de contact » posée par le droit international classique, extérieure à la volonté des Etats, qui permet de séparer et d'associer au niveau international une pluralité de puissances qui se reconnaissent mutuellement comme souveraines en droit. Aux origines de la naissance de la notion moderne de souveraineté, elle a assuré l'émancipation du pouvoir politique dans les institutions de l'Etat pour, aussitôt, obliger ce dernier à reconnaître l'existence de limites juridiques inhérentes à sa puissance. En résumé, toutes ces fonctions remplies par la frontière internationale semblent converger vers la position des auteurs qui considèrent le territoire, et par voie de conséquence la frontière, comme *des éléments de la nature de l'Etat et de la notion moderne de souveraineté*⁸⁵⁷. Cette place primordiale de la frontière dans l'ordre moderne caractérisée, reste à démêler les problèmes concrets soulevés par l'indétermination de son objet : quelles sont les activités de l'Etat qui ne peuvent plus, en application du droit international public, se déployer au-delà des limites du territoire ?

⁸⁵⁵ D. Nordman, « Des limites d'Etat aux frontières nationales », *op. cit.*, p. 49.

⁸⁵⁶ J. Michelet, *Histoire de France*, Livre III, Flammarion, 1974, p.375.

⁸⁵⁷ D. Bardonnnet, « Les frontières et la relativité de leur tracé », *op. cit.*, p.18 : « la substance même et le support physique de la souveraineté étatique » ; v. a. D. Alland, « Les représentations de l'espace en droit international public », *A.P.D.*, t. 32, 1987, p.165 : le « substrat fondamental de l'Etat ».

Titre II

L'objet de la frontière internationale

223. Dans le meilleur des mondes, la question de l'objet de la frontière internationale se résoudrait, tout simplement, par le partage suivant : d'un côté les compétences « exécutives » de l'Etat (qualifiées aussi d'*imperium*), soumises à l'emprise de son impénétrabilité ; de l'autre, les compétences « normatives » de l'Etat (qualifiées aussi de *jurisdictio*⁸⁵⁸), qui lui échappent⁸⁵⁹. Une partie importante de la doctrine converge, en effet, au moins sur ce point : la frontière juridique constitue une limite matérielle qui délimite les compétences d'exécution de l'Etat moderne⁸⁶⁰. Le juge international est venu en personne, à l'occasion de l'affaire *Lotus*⁸⁶¹, « briser tout lien entre la compétence normative de l'Etat (*prescriptive jurisdiction*) et la compétence pour contraindre ou accomplir des actes matériels d'exécution (*enforcement jurisdiction*) »⁸⁶² pour apprécier de la portée spatiale du pouvoir de l'Etat. Tout semble donc reposer sur la notion de *legis executio*, en prenant soin de comprendre « dans ce dernier terme, *lato sensu*, à la fois la juridiction et l'administration, qui rentrent en effet toutes deux dans la notion plus large d'exécution des lois »⁸⁶³. Mais le monde du droit n'est malheureusement pas plus parfait que le monde réel : l'accord sur l'objet de la frontière-séparation n'est que superficiel. Cette belle façade s'écroule aussitôt que l'on cherche à déterminer dans le détail les compétences de l'Etat qui relèvent, ou pas, du champ d'application matériel des frontières internationales. Derrière les formules générales et à l'emporte-pièce⁸⁶⁴, le désaccord entre juristes est parfait aussitôt qu'il faut identifier la nature et le volume des activités

⁸⁵⁸ *Juris – dictio*, littéralement le pouvoir de « dire » le « droit ». Il appartient aussi bien au juge qu'au législateur et peut, à ce titre, être assimilé au pouvoir normatif (v.n. F. Terré, « L'américanisme et le droit français », *Krisis*, n° 26, 2005, p. 14).

⁸⁵⁹ Les juristes anglo-saxons désignent ce partage sous une forme originale, mais à la portée comparable, avec la distinction entre la « *jurisdiction to prescribe* » et la « *jurisdiction to enforce* » (D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p.81).

⁸⁶⁰ V. n. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p.46 : le territoire est la « limite matérielle de l'action effective des gouvernants » ; P. Juillard, « Les Nationalisations françaises, Chronique de Droit Economique », *An. Fr. dr. int.*, CNRS, 1982, p. 774 : « la compétence exécutive, c'est-à-dire la compétence d'application, pourrait se heurter à des limites pour mettre en œuvre en dehors du territoire national, les prescriptions de la loi de nationalisation » ; N. Melot, « Essai sur la compétence fiscale étatique », 2^{ème} partie, *J.D.I.* (Clunet), n°4, 2004, §52, p.1090 : « La compétence exécutive est, en vertu du droit international public, exclusivement territoriale, au sens où un Etat ne peut exercer de pouvoir de contrainte sur le territoire d'un autre Etat » ; P. Théry, « Judex Gladii. Des juges et de la contrainte en territoire français », in *Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 488 ; etc.

⁸⁶¹ C.P.J.I., « Lotus » (France c. Turquie), arrêt du 7 septembre 1927, Recueil C.P.I.J. A 10.

⁸⁶² D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p.81.

⁸⁶³ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p.257.

étatiques limitées *ratione loci* par la frontière. Pour commencer, l'exclusion même des compétences normatives ne fait pas l'unanimité. Il semble que la fascination exercée sur la conscience des élites par la territorialité politique a été telle que de nombreux juristes n'ont pas pu concevoir les limites de la compétence normative de leurs Etats respectifs sur un autre modèle que celui de la frontière internationale. Une clarification, en particulier, des relations que sont susceptibles d'entretenir la frontière internationale et le principe de territorialité de l'impôt est nécessaire. Enfin, à supposer la question des compétences normatives résolue, les désaccords sont encore plus profonds au sujet du domaine couvert concrètement par la frontière à l'intérieur des compétences dites exécutives de l'Etat. Dans cette controverse, les formules de « *imperium* », de « compétence exécutive », de compétence de « contrainte »⁸⁶⁵, de « coercition »⁸⁶⁶ ou outre-manche de « *enforcement* », se mêlent et sont utilisées indistinctement pour décrire ce même phénomène qui en devient, *in fine*, insaisissable. Rien de bien étonnant, cependant, si l'on accepte la précision suivante : l'*imperium* de l'Etat est, dans sa réalité concrète, « un mécanisme fractionné »⁸⁶⁷. C'est pourquoi, sans rien retirer de son prestige en droit constitutionnel, force est de reconnaître que la *summa divisio* entre pouvoir normatif et pouvoir exécutif est inadaptée lorsqu'il s'agit de déchiffrer la portée dans l'espace du pouvoir de l'Etat. Opportune dans l'analyse de la répartition des compétences à l'intérieur d'un Etat, la distinction paraît incommode lorsque l'on s'intéresse à la limitation des compétences de l'Etat *ratione loci*. Incommode ne signifie pas inexploitable ; en l'absence regrettable d'alternative, cette analyse sera obligée de reprendre à son compte l'opposition entre législation et exécution sans jamais, toutefois, perdre de vue ses imperfections. Un seul élément semble, en effet,

⁸⁶⁴ V. n. D. Bardonnat, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé », *op. cit.*, p.21 : « La fonction majeure de la frontière est, par conséquent, de délimiter les souverainetés et de séparer les espaces qui constituent le territoire d'un Etat, et sont soumis à sa juridiction, du territoire d'un autre Etat ».

⁸⁶⁵ C. Rousseau, « L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international », *R.C.A.D.I.*, t.73, 1948/II, p.224 : « la compétence de contrainte possède un caractère d'exclusivité, qui en fait peut-être la manifestation la plus saisissante de l'activité étatique ».

⁸⁶⁶ P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *R.C.D.I.P.*, 1979, p.579 : « le principe de la territorialité absolue n'est posé par le droit international public qu'à l'égard des mesures de coercition, et commander n'est pas contraindre ».

⁸⁶⁷ C. Jarrosson, « Réflexions sur l'Imperium », *op. cit.*, § 22.

a priori acquis et doit, en conséquence, servir de point de départ : l'exclusion des compétences normatives du champ de la frontière-séparation. Reste à clairement l'exposer ; c'est-à-dire à infirmer, pour commencer, les théories juridiques qui considèrent que l'imperméabilité des frontières internationales est allée jusqu'à pénétrer les sphères normatives de l'ordre juridique (Partie I). La question la plus délicate et technique sur le plan juridique pourra, ensuite, être abordée : l'unanimité affichée autour de l'application du principe de l'exclusivité territoriale aux compétences exécutives de l'Etat recèle bien des confusions qu'il va falloir, par une approche analytique méticuleuse du droit fiscal et du droit international privé, essayer de surmonter (Partie II).

Partie I

LES COMPETENCES NORMATIVES DE L'ÉTAT

224. L'activité normative des Etats consiste à produire des *éléments de réglementation de la conduite humaine*. Cette définition recouvre l'ensemble des règles dites de « droit » : lois, règlements, décisions, mais aussi jugements⁸⁶⁸. Réputée illimitée en raison de la nature propre de la souveraineté, cette activité rentre nécessairement en contact avec d'autres systèmes juridiques⁸⁶⁹. Car les Etats, du jour où ils « se sont livrés au commerce international et ont réciproquement autorisé leurs sujets à s'y livrer, (...) ont tacitement consenti à la pénétration mutuelle de leurs souverainetés »⁸⁷⁰. Pour répondre à ces chevauchements et imbrications de compétences législatives, les Etats ont développé des procédés de coordination unilatéraux. C'est l'objet propre et délicat du droit international privé de chaque ordre juridique : ajuster et organiser, si possible selon une logique systémique, l'interpénétrabilité des compétences normatives. La frontière internationale ne semble donc pas avoir sa place dans cet aménagement des compétences normatives de l'Etat. Pourtant, si cette position est aujourd'hui dominante dans la littérature juridique, reste qu'elle a été longtemps concurrencée et contestée par une approche spatiale et délimitatrice du pouvoir législatif qui peut se targuer, encore aujourd'hui, d'avoir conservé quelques fidèles dans certaines disciplines du droit public.

225. Avec la consolidation de l'Etat moderne, « l'image d'un monde géographique divisé en Etats séparés par des frontières qui leur attribuent à chacun un territoire évoque celle d'un monde juridique divisé à l'aide de frontières semblables entre les divers ordres juridiques »⁸⁷¹. Le droit international privé, sous l'influence du nouvel ordre international horizontal, sera longtemps perçu comme une « science des limites locales de l'empire des règles du droit »⁸⁷² dont l'objet prioritaire est de poser des « règles de

⁸⁶⁸ V. n. P. Vareilles-Sommières (de), *La compétence normative de l'Etat en matière de droit privé – Droit international public et droit international privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.257, 1997, p.65-69.

⁸⁶⁹ Appliquée extra-territorialement, par exemple, la loi de l'Etat d'origine se retrouve en concurrence avec la loi locale (v.n. B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 2006, p. 255).

⁸⁷⁰ A. Pillet, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, Chap.III, p. 73.

⁸⁷¹ P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p.553.

⁸⁷² A. Pillet, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, p.13.

séparation »⁸⁷³ entre les ordres juridiques étatiques. Dans toutes les disciplines, des juristes iront chercher dans les principes généraux du droit international public, et en particulier dans le territoire politico-juridique, une source commune aux diverses règles de compétence législative et juridictionnelle retenues par les Etats⁸⁷⁴. Au point que la frontière internationale sera parfois assimilée à un « signe matériel (...) de la portée des lois »⁸⁷⁵. Bref, l'idée que la territorialité de la loi constitue une manifestation parmi d'autres de la frontière internationale semble avoir longtemps triomphé : du XVII^{ème} au XX^{ème} siècle, il sera courant de classer l'espace des compétences normatives en droit international public selon le schéma, dit classique, de « la dualité fondamentale du territorial et de l'international, fondés respectivement sur la domination de la compétence territoriale et de la compétence personnelle »⁸⁷⁶. Ces théories, en dépit de leur variété, peuvent être réunies sous un même patronyme : le « *Grenzrecht* »⁸⁷⁷, c'est-à-dire le *droit des limites*. Elles partagent, en effet, un même présupposé : les conflits de lois soulèvent un problème préalable de droit international public et de compétence législative. Elles se nourrissent, de surcroît, d'une même idée fixe : transposer dans le domaine des compétences normatives de l'Etat une « séparation » sur le modèle de la frontière internationale qui s'interpose entre leurs compétences exécutives. Bref, les auteurs qui se rattachent de près ou de loin à cette école de pensée sont guidés par une même conviction : « la souveraineté législative s'arrête à la frontière »⁸⁷⁸. Ils cherchent, inconsciemment ou non, à copier le modèle de l'exclusivité territoriale en « délimitant » les compétences normatives de

⁸⁷³ E. Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. 1, 5^{ème} éd., Domat-Montchrestien, 1930, §55, p.112.

⁸⁷⁴ V. Constantinesco et S. Pierre-Caps, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 267 : décrit le territoire comme « l'assise physique de l'État, la portion de territoire terrestre, maritime et aérien qui est soumise à sa compétence et à sa juridiction, l'une et l'autre exclusive » ; A. Pillet, *Principes de droit international privé*, op. cit., chap.XIV, p.422 : le principe de territorialité est décrit comme le fruit naturel des « devoirs de l'Etat envers ses sujets, devoirs dont le respect s'impose dans les rapports des Etats entre eux » ; P. Sueur, *Histoire du droit public français XV^e-XVIII^e siècle*, op. cit., p.40 : le territoire de l'Etat est défini comme « l'aire géographique sur laquelle il exerce exclusivement sa souveraineté, soumettant chacun à sa justice et à l'obéissance de ses lois en vertu de la règle de territorialité » ;...etc.

⁸⁷⁵ J. Freund, *L'essence du politique*, op. cit., p.38.

⁸⁷⁶ D. Alland, « Les représentations de l'espace en droit international public », op. cit., p.172.

⁸⁷⁷ P. Vareilles-Sommières (de), *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, op. cit., p.19 et svf.

⁸⁷⁸ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, op. cit., p. 397.

l'Etat conformément à une logique territoriale. Fragile dans ses fondements, cette doctrine n'en a pas moins exercé une influence notable sur le droit positif des Etats et la jurisprudence internationale. Les théories du *Grenzrecht* ne peuvent donc être écartées d'un simple revers de main. Il faudra, bien au contraire, chercher à en déchiffrer les caractéristiques majeures (Chapitre I) pour clarifier, ensuite, le rôle éventuellement joué par la frontière internationale dans leur formation sous la modernité politique (Chapitre II).

Chapitre I

Les caractéristiques des théories du *Grenzrecht*

226. Étudier les théories du *Grenzrecht* suppose au préalable de bien définir l'estampille qui leur est commune : la territorialité des lois. La logique veut qu'un Etat dont les lois sont régies par un principe de territorialité est un système dans lequel « chaque loi doit être appliquée sur son territoire »⁸⁷⁹. Or, pour être absolument banale, cette formule n'en reste pas moins totalement équivoque⁸⁸⁰. Jacques Aubry juge nécessaire de distinguer deux espèces de territorialité : « l'une *ratione loci*, l'autre *ratione fori* »⁸⁸¹. La loi territoriale *ratione loci*, désigne celle « qui régit sans distinction les faits qui se produisent dans un pays déterminé »⁸⁸². Plus précisément, c'est lorsque le critère de rattachement (dit aussi critère départiteur) contenu dans la règle de conflit est de nature spatiale⁸⁸³. La loi territoriale entendue *ratione fori*, au contraire, désigne une application unilatérale et exclusive de la loi du for. Ces deux formes de territorialité, pour Aubry, ne peuvent être confondues. Non seulement le territoire tient dans chaque raisonnement une place différente aux fins de la détermination de la loi applicable ; mais surtout le résultat, c'est-à-dire la loi désignée, peut être différent : « Prenons un exemple. On veut dire qu'une loi oblige le juge à tenir telle convention (soit la convention de jeu) pour nulle, en quelque lieu qu'elle ait été conclue ou doive d'exécuter. Cette loi est-elle une loi territoriale ou extra-territoriale ? M. de Vareilles-Sommières, je suppose, lui appliquerait de préférence la seconde épithète, puisqu'elle prétend atteindre, contrairement au système de territorialité qu'il admet, des faits qui se passent en dehors de son territoire. Au contraire, M. Bartin verrait à coup sûr en elle une loi territoriale, à raison de ce seul fait que le juge du territoire où elle a été promulguée doit toujours la faire prévaloir sur celui-ci, en quelque lieu que les faits en question se soient accomplis. Enfin, M. Pillet la qualifierait cumulativement de territoriale et d'extra-territoriale, parce que le juge doit l'appliquer à la fois à des faits

⁸⁷⁹ J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », *Clunet*, t. 27, 1900, p. 256 : « On dira, par exemple, pour formuler le système de la territorialité des lois, que chaque loi doit être appliquée sur son territoire ».

⁸⁸⁰ J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », *op. cit.*, p. 256.

⁸⁸¹ J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », *Clunet*, t. 29, 1902, p. 243.

⁸⁸² J.P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. IV, *op. cit.*, p.4.

⁸⁸³ J. Aubry, « De la notion de territorialité... », t. 27, *op. cit.*, p. 693 : « dire de cette même loi qu'elle est une loi territoriale, c'est affirmer qu'elle doit prévaloir dans le conflit [de lois], à raison du rôle que son territoire joue dans le litige ».

accomplis sur son territoire et hors de son territoire. Ils auraient raison tous les trois, chacun d'eux se plaçant à un point de vue différent. Mais quelle singulière cause de confusion ! »⁸⁸⁴. Cette confusion peut toutefois être corrigée par un changement de perspective : définir la territorialité des lois non plus par rapport à leurs conséquences concrètes (la loi applicable), mais par rapport à leur origine commune (l'Etat moderne). Historiquement, en effet, la territorialité des lois peut être rattachée au triomphe d'une forme particulière de soumission à la règle de droit : un espace de pouvoir dans lequel les destinataires du commandement sont atteints par la médiation du territoire⁸⁸⁵. La loi territoriale *ratione loci* rentre indiscutablement dans cette définition générale de la territorialité. Peu importe, à cet égard, que la *lex loci* débouche parfois sur l'application d'une loi étrangère dès lors que la solution du conflit de lois est bien dictée par l'importance que le territoire a pu jouer dans la situation juridique concernée. De la même manière, l'application unilatérale de la *lex fori* (ou loi territoriale *ratione fori*), dans la mesure où elle présuppose une compétence juridictionnelle du for qui passe généralement par un *nexus* entre le litige et le territoire (le lieu du juge), constitue aussi le résultat de la médiation du territoire. Le fait que cette loi *ratione fori* aboutisse parfois à des phénomènes d'extra-territorialité n'altère pas, non plus, son appartenance au phénomène général de la territorialité normative sous l'impulsion de l'Etat moderne. En somme, une approche globalisante de la territorialité permet d'éviter que la loi territoriale soit réduite à la loi du for, à une loi de police ou à une loi d'ordre public. La loi peut être dite territoriale aussitôt qu'un espace de pouvoir se forme autour de l'autorité de l'Etat : le territoire devient, directement ou indirectement, l'instrument de mesure et d'orientation du commandement de l'Etat. Le principe de territorialité recouvre ainsi des règles de conflit aussi variées que la *lex rei sitae*, la *locus regit actum* ou la *lex fori* ; sous réserve que c'est bien l'idée de territoire, et pas tant la personne ou tout autre forme d'allégeance, qui s'interpose entre le sujet et le commandement pour désigner la loi applicable. Plus qu'une technique de conflit de lois, la territorialité désigne

⁸⁸⁴ J. Aubry, « De la notion de territorialité... », t. 27, *op. cit.*, p. 257.

en l'espèce un système dans lequel « le « ressort » des lois et des coutumes est territorial »⁸⁸⁶, c'est-à-dire où le territoire s'impose comme le médiateur principal entre le pouvoir de commandement du souverain et le sujet. Cette clarification sur la notion de territorialité acquise, l'étude des théories qui voient dans celle-ci une manifestation de la frontière internationale peut être engagée : le *Grenzrecht*. Dans ce travail, une typologie chronologique des diverses approches qui ont pris pour référence majeure la territorialité des lois (Section 1) ouvrira la voie, dans un second temps, à une analyse critique de leurs finalités communes (Section 2).

⁸⁸⁵ V. *supra* Titre I Partie II Chapitre I Section 2 § 2 : B.

⁸⁸⁶ P. Mayer et V. Heusé, *Droit international privé*, 8^{ème} éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2004, p.39.

Section 1 Typologie des théories du *Grenzrecht*

227. L'Histoire du droit international privé est fortement tributaire des rapports qu'entretient le droit avec le pouvoir politique⁸⁸⁷. Le contexte et les idées influent sur la conception que les juristes se font de leur ordre juridique et de son interaction avec des normes provenant de communautés juridiques différentes. L'Etat moderne fut l'œuvre d'un pouvoir politique désireux de rompre avec l'universalisme médiéval au profit d'un pouvoir de contrainte à l'assise territoriale⁸⁸⁸. Cette limitation spatiale des ambitions du politique ne restera pas sans influence sur les juristes de l'époque : si les premières formulations doctrinales de la territorialité normative doivent être portées au crédit de juristes du droit privé (§1), sa consécration comme prisme exclusif aux fins de la répartition des compétences de l'Etat est surtout imputable au droit public (§2).

⁸⁸⁷ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 41 : « L'histoire de la discipline est ainsi marqué par l'emprise successive de différentes doctrines relatives aux rapports qu'entretient le droit avec le pouvoir de contrainte territoriale du souverain, à sa vocation à l'universalité, ou encore à la séparation étanche qu'il opère entre les domaines public et privé ».

⁸⁸⁸ V. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 2§2: et Titre IPartie IChapitre ISection 2

§1: *Les premières formulations en droit privé*

« *Quand tu seras à Rome, conduis-toi en Romain* »⁸⁸⁹

228. La territorialité normative, bien qu'elle puise ses racines dans la modernité politique et la nature particulière de l'Etat moderne (B), doit sa naissance à des spécialistes du droit privé, qui plus est dans un contexte féodal (A). Diffuse et hétéroclite, elle a évolué sans jamais contrarier cette caractéristique qui lui donne son identité : la frontière reste le prisme réflexif principal d'une répartition des compétences normatives des Etats qui trouve son origine, *in fine*, dans le droit international public.

A. Naissance de la territorialité normative à l'époque médiéval

229. Les premières formulations de la territorialité normative remontent au contexte féodal de la France à la fin du Moyen Age. Les barbares se sont fixés géographiquement depuis le IX^{ème} siècle et leurs lois personnelles tendent à s'effacer devant la montée en puissance d'un juge seigneurial qui refuse d'appliquer une loi étrangère à l'intérieur des limites de son ressort (la seigneurie)⁸⁹⁰. Le problème du conflit de lois était alors absorbé par celui du conflit de juridiction. L'école italienne viendra cependant inaugurer, à partir du XIII^{ème} siècle, une théorie des statuts reposant sur des méthodes se rapprochant de nos règles de conflit contemporaines. Dans cette école, les glossateurs comme les post-glossateurs feront la part belle au statut

⁸⁸⁹ V.H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n°348, p.696.

⁸⁹⁰ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 341 : la loi seigneuriale a la prétention de s'appliquer à « tous les biens situés sur le territoire, à toutes les personnes qui y habitent, à tous les actes qui y sont conclus ».

personnel, c'est-à-dire à la loi personnelle : *statutum non ligat nisi sibi sibiectos*⁸⁹¹. Il faudra attendre le XVI^{ème} siècle, et la plume de Bernard d'Argentré, pour qu'un auteur systématise sous une forme moderne une approche territoriale des lois.

230. D'Argentré est un juriste breton qui a eu l'audace, à l'occasion d'une étude sur les conflits de coutumes à l'intérieur du royaume de France, de prendre à contre-courant toute la scolastique italienne et sa théorie des statuts personnels. Dans ses travaux, il nie l'existence même d'un *jus commune*. Mais surtout, il entreprend de construire une nouvelle théorie des statuts à partir du seul pouvoir territorial du seigneur, indépendamment de toute idée de « justice ». Car, pour cet auteur, le pouvoir du statut est limité aux frontières : « *finitae potestatis finita est jurisdictio et cognito* »⁸⁹². D'Argentré en déduit une présomption générale de réalité et, par voie de conséquence, de territorialité en faveur des coutumes de Bretagne⁸⁹³. Les statuts personnels et leurs effets extra-territoriaux sont réduits à une peau de chagrin (mariage, filiation...). Ceux-ci, de surcroît, sont soumis au régime de la loi du domicile. Bref, il « va systématiser la grande distinction du statut personnel et du statut réel. Mais en réalité, il hypertrophie le statut réel puisqu'il pose qu'en principe toutes les coutumes sont réelles »⁸⁹⁴. Cette doctrine restait cependant circonscrite aux coutumes du royaume de France et ignorait les rapports inter-étatiques. Il faudra attendre le XVII^{ème} siècle, et la consécration de la modernité politique, pour assister à une formulation pleine et entière du principe de territorialité dans les rapports entre Etats. Une simple technique de conflit de lois élaborée par des spécialistes du droit privé

⁸⁹¹ Voir la « Grande Glose » d'Accurse de 1228 qui dispose que « si un bolonais se rend à Modène, il ne doit pas être jugé selon les statuts de Modène auxquels il n'est pas soumis » (Cité à partir de Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2004, p.87).

⁸⁹² B. D'Argentré, *De statutis personalibus et realibus*, n°11 ; cité à partir de Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, *op. cit.*, p.92.

⁸⁹³ Avant même d'Argentré, la matière des successions, parce que le partage du sol mettait en cause la constitution même de la propriété locale, était la terre d'élection de la stricte territorialité. Dès les post-glossateurs (Bartole, Balde...), les droits réels furent soumis à la coutume du lieu, c'est-à-dire à un strict principe de territorialité, par opposition aux droits personnels et au *jus commune* (M. Gutzwiller, « Le développement historique du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, t. 29, 1929-IV, p.319).

⁸⁹⁴ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 342.

deviendra alors, *ex post*, associée à la souveraineté de l'Etat et érigée en critère de répartition des compétences de l'Etat en droit international⁸⁹⁵.

B. Consécration et déclin de la territorialité normative avec la modernité

231. L'émergence pleine et entière d'une doctrine de la territorialité des compétences normatives de l'Etat est à porter au crédit de l'école hollandaise. Au lendemain des traités de Westphalie, des auteurs comme Jean Voet ou Ulricus Huber vont développer une théorie moderne de la répartition des compétences entre Etats souverains reposant exclusivement sur le principe de territorialité⁸⁹⁶. Huber rompt avec la théorie des statuts et fonde un système de conflits de lois reposant sur les trois maximes suivantes : « 1^{ème} Les lois de chaque Etat règnent dans les limites de son territoire et régissent tous ses sujets, mais au-delà n'ont aucune force » ; « 2^{ème} Doivent être considérés comme sujets d'un Etat tous ceux qui se trouvent dans les limites de son territoire, qu'ils y soient fixés d'une manière définitive, ou n'y aient qu'une demeure temporaire » ; « 3^{ème} Les chefs des Etats, par courtoisie, font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leur effet en tout lieu, pourvu que ni les autres Etats, ni leurs sujets, n'en reçoivent aucune atteinte dans leur pouvoir ou dans leur Droit »⁸⁹⁷. À la traditionnelle *ratione fori* vient ainsi s'ajouter une *ratione loci* qui⁸⁹⁸, réunies dans un même système par Huber, donneront

⁸⁹⁵ B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, p.67 : « Apparu dans le contexte de la féodalité, le principe territorialiste a trouvé un fondement moderne dès le XVI siècle dans la notion de souveraineté de l'Etat ».

⁸⁹⁶ La théorie des conflits de lois de l'école hollandaise s'applique aux relations entre Etats souverains : « cette expression de statuts ne s'applique pas seulement aux règlements faits par les pouvoirs intérieurs, elle embrasse aussi les lois qui ont pour auteurs les princes et les peuples revêtus de la majesté suprême, qu'elles aient été expressément édictées ou se soient établies par la coutume ; elle comprend, par exemple, la loi des Allemands, des Anglais, (...), hormis le droit romain et le droit canonique ; » (J. Voet, *Commentarius ad Pandectas* ; cité à partir de A. Lainé, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le code civil*, t. II, Librairie Cotillon, 1892, p.100).

⁸⁹⁷ U. Huber, *Praelectiones juris civilis* ; cité à partir de A. Lainé, *Introduction au droit international privé...*, *Ibidem*, p.107.

⁸⁹⁸ V.n. J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », t. 27, *op. cit.*, p. 259 : « De ces trois fameux axiomes, les deux premiers pourraient être considérées comme l'expression très large et

naissance à une « territorialité stricte et absolue »⁸⁹⁹. Le territorialisme de Voet s'inscrit dans le prolongement du travail engagé par Huber. La territorialité s'applique chez cet auteur aussi bien aux statuts réels qu'aux statuts personnels et, en l'absence de droit naturel (*summo iure*) au-dessus des souverainetés, repose sur l'idée que le « législateur étranger n'a pas de lui-même le pouvoir d'exiger que le juge d'un autre Etat applique ses lois »⁹⁰⁰. Voet veut mettre un terme définitif à toute idée d'extra-territorialité, sauf acte de bienveillance du souverain territorial conformément à la *comitas gentium*. La territorialité normative s'affirme donc, dès les origines, comme un principe majeur assorti de mineurs⁹⁰¹. Sa singularité réside dans son postulat, cher aux contemporains de l'époque : la puissance publique est exclusive à l'intérieur de ses frontières. Cette territorialité de la loi a donc cela de nouveau qu'elle prétend, au moins implicitement, être une manifestation de la frontière internationale. Le succès remporté par les théories de l'école hollandaise ne se fera pas attendre : « c'est ce que demande l'absolutisme territorial pur : le pouvoir territorial exige la domination de tous ceux qui se trouvent sur le sol de l'État, personnes et choses : *ex summo jure et ratione naturali* »⁹⁰².

232. Dans le prolongement de l'école hollandaise, diverses approches territoriales des conflits de lois vont se développer jusqu'au XIX^{ème} siècle.

suffisamment nette d'un système de territorialité *ratione loci*. Il semble bien en résulter que le juge doit apprécier tous les faits juridiques accomplis sur un territoire quelconque, c'est-à-dire même sur un territoire étranger, que d'après la loi de ce territoire. Mais le troisième axiome vient apporter au principe fondamental ainsi formulé un correctif qui commande de l'interpréter dans un tout autre sens. Ce correctif, c'est la *Comitas gentium*, et celle-ci ne peut se concevoir que comme une limite à l'application de la *lex fori*, (...). En bonne logique, les Hollandais ne pouvaient donc viser sous leur formule générale que l'application pure et simple de la *lex fori* ».

⁸⁹⁹ P. Mayer et V. Heusé, *Droit international privé*, *op. cit.*, p.48.

⁹⁰⁰ E.M. Meijers, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé*, *op. cit.*, p.667.

⁹⁰¹ Aucune doctrine sur la territorialité des compétences normatives n'est en effet exclusivement territoriale. Les lois sont par nature « à la fois territoriales et extraterritoriales, mais l'harmonie à établir entre elles au point de vue internationale exige que l'on sacrifie dans chaque cas l'un de ces deux caractères pour s'attacher exclusivement à l'autre » (A. Pillet, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, chap. VIII, p.257). Les théories du *Grenzrecht*, dès lors qu'elles reposent sur une approche territoriale, consiste donc simplement à accorder une prépondérance aux rattachements territoriaux sur les autres rattachements, tels que la nationalité, la volonté des parties...etc (H. Muir Watt, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers la publicisation des conflits de lois?) », *APD*, t.41, 1997, p.209). À quoi s'ajoute l'élément suivant : le principe de territorialité est généralement bilatéralisé. C'est pourquoi la territorialité ne s'impose qu'au moment de la création des droits et ne constitue pas en principe un obstacle à l'efficacité extraterritoriale des droits ainsi créés (V. n. J.P. Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. IV, *op. cit.*, p.14).

⁹⁰² M. Gutzwiller, « Le développement historique du droit international privé », *op. cit.*, p.328.

Elles ont en commun le souci d'identifier des critères extérieurs, de préférence de nature territoriale, qui conformément à un schéma bilatéral permettent de départager les lois en concurrence pour aboutir à une attribution de compétence⁹⁰³. Ces approches reposent, *in fine*, sur les deux présupposés suivants : (i) la relation des ordres juridiques interne s'analyse en terme d'affrontement (ii) chaque loi contient une revendication spatiale déductible des attributs de la souveraineté de l'Etat, c'est-à-dire que chaque loi est limitée par un principe de territorialité qui présente de fortes analogies avec la notion de frontière internationale. Le fait que ces théories du *Grenzrecht* fonctionnent en vase clos et pour le seul ordre du for ne contrariera pas leur succès. Elles se diffuseront particulièrement bien dans les pays dits de *Common Law* où « le droit est indissociable du dire du juge au cas par cas, et ne revêt pas la forme d'une norme abstraite et générale »⁹⁰⁴. Le célèbre juge Marshall affirmera ainsi, en 1812, que « la juridiction de la nation à l'intérieur de son propre territoire est nécessairement exclusive et absolue »⁹⁰⁵. Puis Joseph Story défendra, en 1834, l'existence d'une répartition territoriale des compétences normatives des Etats dictées par le droit international général⁹⁰⁶. Pour cet auteur, l'ensemble du droit des conflits de lois est fourni par le principe de territorialité et se réduit à une question de l'efficacité des droits acquis en dehors du ressort du for⁹⁰⁷. En droit privé, cependant, ce territorialisme normatif va rapidement être concurrencé par d'autres techniques de conflits de lois.

233. Avec le triomphe de la citoyenneté et de l'Etat nation⁹⁰⁸, des critères extérieurs d'ordre personnel vont refaire surface⁹⁰⁹ et aboutir, dans les cas les

⁹⁰³ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 589 : « La méthodologie bilatéraliste postule la vocation concurrente des divers ordres juridiques liés à la question litigieuse pour fournir la règle applicable à celle-ci. Le recours à un critère extérieur pour les départager constitue donc d'une certaine façon une attribution de compétence, même si elle est faite en vase clos et pour le seul compte de l'ordre du for »

⁹⁰⁴ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 179.

⁹⁰⁵ Cour Suprême des Etats-Unis, 2 mars 1812, *Schooner Exchange v. M'Faddon*, 7 Cranch (US) 116 (cité à partir de C. Rousseau, *Droit international public*, t. III, 8^{ème} éd., Sirey, 1983, p.73).

⁹⁰⁶ J. Story, *Commentaries on the conflict of laws*, 2^{ème} éd., 1841, §18 ; cité à partir de la trad. de P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 539.

⁹⁰⁷ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 575.

⁹⁰⁸ À partir du XVIII^e siècle, en effet, l'Etat moderne devient une « entité juridique qui possède la caractéristique de réunir une unité territoriale et une unité personnelle » (O. Beaud, *Etat et souveraineté*, *op. cit.*, p.210).

⁹⁰⁹ V. n. A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, 2^{ème} éd., L. Larose & L. Tenin, Paris, 1912, p.69.

plus extrêmes, à une approche purement personnaliste des conflits de lois⁹¹⁰. Mais surtout, le déclin des théories du *Grenzrecht* deviendra irréversible avec le retour des théories universalistes sous l'impulsion d'auteurs comme Friedrich Carl Von Savigny : l'application de la loi étrangère ne s'impose plus à raison de sa revendication spatiale, ou d'une quelconque répartition des compétences, mais en raison de la communauté de droit qui unit les pays d'une même culture juridique⁹¹¹. Bref, la portée spatiale de la norme n'est plus au cœur du conflit de lois et du raisonnement tenu par le juge. Ce dernier sera dorénavant invité à rechercher la loi applicable en fonction de « la protection de la sphère de liberté individuelle »⁹¹², et ce à l'aide de critères tels que « les liens les plus étroits » ou « la proximité » avec le siège des rapports de droit. Pour le dire autrement, en droit privé, les conflits de lois vont progressivement se dépouiller de leur dimension spatiale et, par voie de conséquence, éloigner l'idée de frontière de l'esprit des juristes.

234. Le droit international privé, après la parenthèse orchestrée par l'école hollandaise, s'est ainsi rapidement affranchi de l'idée d'une territorialité absolue. La nature du droit privé était, en effet, difficilement conciliable avec les postulats du *Grenzrecht*. En droit privé, la situation juridique du sujet reste le point de départ du raisonnement juridique. Ce n'est que dans un second temps que la règle de conflit de lois, éventuellement, va intervenir pour désigner la loi la plus adaptée à la situation juridique de ce sujet. On ne peut en dire autant du droit public. Celui-ci part souvent de la loi, ou des attributs de l'Etat, avant de se pencher sur la situation juridique du sujet. Il est réputé, de surcroît, avoir échappé au commerce et à la mobilité qui caractérisaient les relations privées au XIX^{ème} siècle. C'est pourquoi le droit public deviendra, à partir du XIX^{ème} siècle, le terrain de prédilection des doctrines territorialistes⁹¹³. Pour le dire autrement, au moment même où les

⁹¹⁰ V. n. P.S. Mancini, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti: prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino*, Eredi Botta, Torino, 1851.

⁹¹¹ F. C. Von Savigny, *System des heutigen römischen Recht*, t. VIII, 1849, (trad. Guénonx, 1851) ; cité à partir de D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 156.

⁹¹² D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 335.

⁹¹³ J. Aubry emploie une formule saisissante à ce sujet, puisqu'il décrit l'impasse dans laquelle s'oriente l'ensemble des théories du « *Grenzrecht* » comme « une place forte assiégée » où « la loi territoriale doit se

théories du *Grenzrecht* sont déclinantes dans les matières du droit privé, elles triomphent et s'imposent comme un axiome majeur dans les disciplines du droit public.

§2: *La consécration en droit public*

235. Le droit public apportera à la territorialité des compétences normatives ses lettres de noblesse. L'influence des théories du *Grenzrecht* sur le droit positif sera, dans cette matière, particulièrement importante. Des sentences arbitrales, par exemple, consacreront le concept de *territoire flottant* pour décrire le statut d'un navire en haute mer arborant le pavillon d'un Etat, au motif que ce dernier continue à y exercer une compétence juridictionnelle⁹¹⁴. D'autres sentences arbitrales iront jusqu'à confondre la territorialité de la loi avec la frontière internationale, décrivant cette dernière comme une « ligne formée par la succession des points extrêmes du domaine de validité spatiale des normes de l'ordre juridique d'un Etat »⁹¹⁵. Pour autant, le contenu des théories du *Grenzrecht* appliqué au droit public n'aura pas sensiblement évolué depuis d'Argentré et Huber. La parenté structurale avec la frontière du droit international public sera toujours aussi saisissante : c'est la compétence exclusive dont l'Etat souverain dispose sur certaines matières qui justifierait une limitation spatiale de l'exercice de ces compétences par le droit international. Cette approche spatiale des compétences normatives de l'Etat va toucher l'ensemble du droit public (A), et plus particulièrement le droit fiscal (B).

défendre contre tous ces ennemis qui peuvent l'assaillir et menacer son enceinte de différents côtés » (J. Aubry, « De la notion de territorialité en droit international privé », t. 27, *op. cit.*, p. 696).

⁹¹⁴ Affaire du *baleinier Costa Rica Packet* (Grande Bretagne c/ les Pays-Bas), sentence arbitrale du 13 février 1897, R.S.A., vol. XI : « ...en haute mer, même les navires marchands constituent des parties séparées du territoire de l'Etat dont ils arborent le pavillon ».

A. Le droit public non fiscal

236. En droit public, l'idée a pu se maintenir jusqu'à aujourd'hui que par l'application d'une règle externe à l'ordre étatique, ou intrinsèque à la notion moderne de souveraineté, les compétences normatives de l'Etat sont soumises à un principe de territorialité absolu. Cette territorialité des compétences normatives s'explique d'abord par la persistance d'un « tabou », qui « prive les tribunaux du for du pouvoir de mettre en œuvre le droit public étranger »⁹¹⁶. Une prétendue indissolubilité entre compétence législative et compétence juridictionnelle dans le domaine du droit public a, en effet, permis de justifier l'existence d'une territorialité absolue (1). Dans le prolongement de celle-ci, se sont développées de nombreuses théories qui, sans reconnaître à l'exclusivité territoriale un monopole dans la répartition des compétences normatives, conservent celle-ci comme présupposé de la limitation spatiale du pouvoir normatif de l'Etat (2).

1) Les causes de la territorialité absolue en droit public

237. Le droit public est réputé échapper à tout conflit de lois. Il n'y a pas de concurrence pour une même situation juridique entre plusieurs lois applicables. La seule alternative pour le juge du for est entre l'application de la loi domestique et sa non-application⁹¹⁷. Chaque Etat ne se préoccupe donc que de l'application des lois qu'il édicte pour ses propres nécessités. Pire, l'application d'une loi étrangère reviendrait à donner appui à la politique d'un

⁹¹⁵ Affaire de la détermination de la frontière maritime entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal, sentence arbitrale du 31 juill. 1989, *R.G.D.I.P.*, vol. 94, n°1, 1990, p.253, §63.

⁹¹⁶ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 123.

⁹¹⁷ Pour la jurisprudence française à ce sujet: Cour d'appel de Paris, 30 juin 1933, *Clunet*, 1933, 963 ; Cour d'appel de Colmar, 16 févr. 1937, *R.C.D.I.P.*, 1937, p. 685, note Batiffol ; Cour d'appel de Besançon, 14 mai 1959, D., 1959, 515, note Esmein ; C. Cass., civ., 17 mars 1970, *R.C.D.I.P.*, 1970, p. 688, note Lagarde...etc.

Etat étranger et aux objectifs des lois de ce dernier. Or un tel soutien, selon une approche fonctionnaliste, n'est pas admissible dans une matière comme le droit public qui touche de trop près à la souveraineté des Etats. Ajoutons que, pour n'oublier aucun argument, les normes de droit public ont une consonance politique incompatible avec l'office du juge étranger.

238. Cette conviction d'une nécessaire concordance des compétences législatives et juridictionnelles a permis à certains juristes de revendiquer, pour les seules lois de droit public, un champ d'application spatial propre et limité. Ces juristes partent du postulat suivant : le droit international public reconnaît à l'Etat une compétence normative exclusive dans les domaines qui relèvent directement de sa souveraineté. Il en serait ainsi de la définition du régime politique de l'Etat, de son organisation judiciaire et répressive⁹¹⁸, des matières touchant à ses éléments constitutifs (gouvernement, territoire et population)⁹¹⁹, de la politique fiscale ou de la police des étrangers... etc.⁹²⁰ Cette liste imprécise de compétences exclusives au profit de l'Etat permet, à ces mêmes juristes, de conclure à l'existence dans ces domaines d'un « principe d'abstention »⁹²¹ pour les autres Etats : interdiction de toute ingérence dans le domaine réservé de ses *alter ego*⁹²². En somme, la compétence exclusive reconnue à l'Etat dans certaines matières, qui relèvent généralement du droit public, est créatrice d'une incompétence pour les autres Etats qui ne tardera pas à s'exprimer *ratione loci*. Les conditions d'un conflit de lois n'étant pas réunies et, de surcroît, une compétence exclusive ne

⁹¹⁸ V. n. D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 184 : « cette compétence se fonde sur le fait que le déroulement du procès est étroitement lié à la souveraineté de l'Etat, de sorte que la compétence normative exclusive de ce dernier pour « s'auto-organiser » comprend nécessairement celle d'agencer et d'actionner comme il l'entend son propre service public de la justice » ; P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 375 : l'Etat moderne aurait une compétence exclusive et impérative pour « s'auto-organiser ».

⁹¹⁹ P. Mayer, *Ibidem*, p.350.

⁹²⁰ L'article 22 du Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* contient ainsi une liste de cinq compétences exclusives présentées comme fondées sur l'implication de la souveraineté : le for du lieu de l'immeuble, le juge de l'Etat du lieu de l'exécution, les aspects organiques des groupements et personnes morales, le fonctionnement des registres publics, l'inscription ou la validité des droits de propriété intellectuelle.

⁹²¹ P. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence. Étude de droit international privé*, thèse dactyl., Paris II, 1981, p. 12.

⁹²² D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibid*, p. 104 : « les Etats adoptent une attitude d'abstention ou de non-interférence à l'égard des domaines souverains des autres » ; v. a. dans le même ouvrage p. 90 : « l'allocation exclusive des compétences normatives par le droit international donne lieu à une certaine autarcie sur le terrain des conflits de juridictions ».

pouvant par nature s'étendre à l'ensemble de la planète, les juristes vont imaginer un système reposant sur une délimitation spatiale des compétences normatives de l'Etat. Les lois de droit public apparaissent alors dotées d'une limite spatiale implicite qui doit séparer ce qui ne peut jamais, en application du droit international, se rencontrer. Bref, le principe de territorialité apparaît, une fois de plus, comme une manifestation de l'impénétrabilité de la frontière internationale. Toute compétence normative exclusive au profit de l'Etat donne naissance à une frontière dans l'exercice de cette compétence : « si le corollaire de la compétence exclusive est l'incompétence en la matière des autres Etats, ces derniers ayant interdiction de se reconnaître « compétence » pour émettre une norme ou une décision sur une question relevant de la compétence exclusive d'un autre Etat, le droit international vient limiter spatialement cette compétence »⁹²³. À la différence du droit privé qui connaît une compétence normative illimitée et concurrente, le droit public ignorerait toute concurrence de lois applicables sur une même situation juridique. Il rencontrerait, en revanche, des limites spatiales étanches à l'exercice de ces compétences normatives dictées par le droit international public.

2) *Les prolongements de la territorialité absolue en droit public*

239. Dans la lignée de la territorialité absolue, on rencontre aussi en droit public des théories revendiquant une délimitation internationale des compétences normatives sur la base de deux chefs de compétence strictement hiérarchisés : un critère principal de nature spatiale (le territoire) et un critère subsidiaire de nature personnelle (la nationalité)⁹²⁴. Infléchissement du territorialisme absolu probablement imputable à la démocratisation des

⁹²³ N. Melot, *Territorialité et Mondialité de l'impôt*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2004, p. 21.

⁹²⁴ Ces théories accordent généralement une importance prépondérante au rattachement spatial : « contre la compétence territoriale des autres Etats, la compétence personnelle de l'Etat national ne peut rien » (H. Thierry, J. Combacau, S. Sur et Ch. Vallée, *Droit international public*, 5^e éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 1975, p. 433). C'est la transcription au droit international privé d'une conception spécifique de l'Etat moderne en droit public, dans laquelle « L'unité territoriale est principale, l'unité personnelle subsidiaire » (O. Beaud, *Etat et souveraineté*, *op. cit.*, p.210).

régimes politiques sur le modèle de l'Etat nation, c'est-à-dire aux bouleversements qui ont touché la notion moderne de souveraineté. La puissance publique n'ayant cessé, depuis le XVIII^{ème} siècle, d'exploiter cette « double allégeance de l'individu à l'Etat »⁹²⁵, à savoir le « territoire » et, accessoirement, la « nationalité », il n'est pas surprenant que le principe de territorialité des compétences normatives se soit, très rapidement, enrichi du critère alternatif et subsidiaire de la nationalité.

240. Dans le prolongement de la territorialité absolue, enfin, il n'est pas inutile de mentionner les doctrines qui conçoivent la délimitation des compétences normatives de l'Etat en droit international sur la base d'un critère matériel : le critère du *rattachement effectif* ou *sérieux*. Le postulat et la finalité de cette théorie, qui s'applique en pratique essentiellement au droit public, sont très proches de ceux des théories du *Grenzrecht*. Le Professeur Pierre Mayer considère, par exemple, que dès qu'un des éléments constitutifs de l'Etat est impliqué personnellement dans la substance de la situation juridique, « lorsqu'il occupe la situation de *sujet de droit* »⁹²⁶, l'Etat a nécessairement compétence exclusive pour régir la situation⁹²⁷. Or, nous explique cet auteur, « il faut prendre en considération le fait que si chaque Etat a compétence dans une matière distincte, celle où il est personnellement impliqué, ces matières se regroupent en ensembles présentant un élément commun : la fonction, identique, des normes qui les régissent. (...) Or, il peut apparaître qu'une fonction est mal remplie si un trop grand nombre d'Etats sont autorisés à l'assumer en même temps, chacun pour son compte. »⁹²⁸. Ce risque de cumul de compétences exclusives étant incompatible avec les intérêts des Etats et des sujets concernés⁹²⁹, « l'utilisation de la compétence

⁹²⁵ L. Dembinski, « Le territoire et le développement du droit international », *op. cit.*, p. 126.

⁹²⁶ P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p.350.

⁹²⁷ La protection des intérêts étatiques au sens large apparaît ainsi régulièrement comme un chef de compétence justifiant une compétence normative exclusive de l'Etat concerné : B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Ann. fr. dr. int.*, t. 32, 1986, p.25 ; *Restatement of the foreign relations law (third)*, §402-3 ; *Annales de l'Institut de droit international*, 1931, t.36, n° 2, p.235, article 4...etc.

⁹²⁸ P. Mayer, *Ibidem*, p.562.

⁹²⁹ Exemple d'une concurrence de compétences fiscales préjudiciable aux Etats : « Ainsi, le fait pour l'Etat A de percevoir un impôt à l'occasion d'une opération réalisée dans l'Etat B par un individu domicilié sur le territoire de l'Etat B compromettrait la possibilité pour ce dernier Etat de percevoir lui-même l'impôt. (...) Même s'il est

dans un cas déterminé est limitée en raison de l'entrave qu'elle apporterait à la politique d'un autre Etat, également compétent, et considéré comme davantage intéressé »⁹³⁰. Conforté par la formule de l'arrêt *Nottebohm*⁹³¹, Mayer en déduit que les limites que le droit international fixe aux compétences normatives des Etats prennent « soit la forme de l'exigence d'un rattachement sérieux, effectif, soit celle de l'exclusion de critères particuliers »⁹³². Cet auteur demeure toutefois extrêmement prudent : il précise qu'il s'agit moins d'une délimitation des compétences normatives, que d'une limitation de « la compétence d'un Etat pour édicter une norme dans un sens déterminé »⁹³³.

241. Pour achever cette présentation des théories du *Grenzrecht* appliquées au droit public, il est un domaine à l'intérieur duquel la filiation de la territorialité de la loi avec la souveraineté de l'Etat et la frontière internationale s'affiche de façon particulièrement évidente : le droit fiscal.

B. Le droit fiscal

242. C'est en droit fiscal que l'on rencontre probablement les applications les plus zélées des théories du *Grenzrecht*. Elles s'affirment ici sans complexe. Maxime Chrétien considère la territorialité de la loi fiscale comme « presque absolue »⁹³⁴ et n'hésite pas à établir une filiation directe entre cette territorialité normative et le principe de l'exclusivité territoriale en droit international public : car c'est « dans sa souveraineté territoriale que l'État

impossible, sauf par la voie conventionnelle, de répartir rigoureusement les compétences à l'aide d'un critère spatial d'imposition unique, il pourrait au moins être admis que certains critères sont trop faibles, selon le droit international coutumier, pour justifier l'imposition ; » (P. Mayer, *Ibidem*, p.567).

⁹³⁰ *Idem*, p.572.

⁹³¹ C.I.J., *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, Recueil C.I.J., 1955, p. 263 : « un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé au but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat ».

⁹³² P. Mayer, *Ibidem*, p.567.

⁹³³ *Idem*, p.559.

⁹³⁴ M. Chrétien, *À la recherche du Droit International Fiscal Commun*, Sirey, 1955, p. 64.

trouve l'unique source de son pouvoir d'imposition »⁹³⁵. De la même manière, Louis Cartou considère que la loi fiscale est strictement territoriale parce que « sur le territoire du « souverain fiscal », le pouvoir des autorités nationales est exclusif »⁹³⁶. Les motivations de cet auteur ne sont pas très éloignées de celles du précédent : « la fiscalité restant souveraine ne peut s'appliquer que sur le territoire soumis à cette souveraineté, exclusivement et seulement sur ce territoire. Au-delà du territoire, elle rencontre un autre souverain »⁹³⁷. Bref, la territorialité absolue prend en l'espèce clairement les allures d'une frontière internationale. Son fonctionnement, à l'instar des autres théories du *Grenzrecht*, repose sur la combinaison de deux techniques complémentaires : le monopole de la *lex fori* (1), d'une part, et la priorité de la *lex loci*, d'autre part (2).

1) *Le monopole de la lex fori*

243. Pour les tenants du *Grenzrecht*, les autorités fiscales (juge et administration) n'ont pas la compétence pour appliquer une loi fiscale étrangère ; pas plus, d'ailleurs, que pour lui porter assistance. Un principe d'insularité fiscale (ou ignorance mutuelle) régit, il est vrai, la grande majorité des systèmes fiscaux (a). Ce qui ne va pas sans poser de problèmes au regard de la volonté récente des Etats de développer une assistance fiscale internationale dans le domaine de l'échange de renseignements (b).

⁹³⁵ M. Chrétien, « Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts entre les divers états », *R.C.D.A.I.*, t. 86, 1954/II, p.15.

⁹³⁶ L. Cartou, *Droit fiscal international et européen*, 1^e éd., Dalloz, 1981, p. 15-16.

⁹³⁷ L. Cartou, *Droit fiscal international et européen*, 2^e éd., Dalloz, 1986, p. 14. V. a. la doctrine comparable par ses finalités de la juridiction internationale, développée par F. A. Mann. Ce dernier considère que la compétence fiscale de l'Etat ne peut s'exercer en application du droit international que sur le fondement d'un rattachement territorial ou d'un rattachement personnel (« The Doctrine of International Jurisdiction revisited after Twenty Years », in : *Further Studies in International Law* (sous la dir. F. A. Mann), Clarendon Press, 1990, p. 19-32).

a. *L'insularité fiscale respective des systèmes fiscaux*

244. Fermement ancré dans les pays dits de *Common Law* depuis le XVII^{ème} siècle, le « *revenue rule* »⁹³⁸, appelé aussi doctrine *Mansfield*, permet aux juges anglais et américains d'exclure sur le fondement du droit international public la possibilité même d'un conflit de lois dans le domaine fiscal⁹³⁹ : « un Etat ne prend jamais en considération la loi fiscale d'un autre Etat »⁹⁴⁰. Cette insularité est également prônée par l'ordre juridique français, quoique de façon moins systématique. Le juge de l'impôt français, en pratique, se désintéresse de la loi fiscale étrangère et applique la loi fiscale française selon une démarche dite unilatéraliste⁹⁴¹. C'est la souveraineté fiscale, pour Louis Cartou, qui impose au juge français, « sur le territoire français », d'appliquer « la loi française à l'exclusion de toute loi étrangère »⁹⁴². Cette interdiction ne concerne d'ailleurs pas seulement l'application de la loi étrangère, mais plus largement l'appréciation et la discussion du droit étranger sous toutes ses formes. Dans le cadre des procédures d'assistance au recouvrement des créances fiscales étrangères, par exemple, le juge de l'impôt refuse toute discussion ou appréciation sur le contenu du droit étranger : « la juridiction administrative française n'est pas compétente pour

⁹³⁸ O. Marres, « Recent Developments in Cross-Border Enforcement of Tax Liability », *Diritto E Pratica Tributaria Internazionale*, 2009, p. 612.

⁹³⁹ V. n. N. Melot, « Essai sur la compétence fiscale étatique », 2^{ème} partie, *J.D.I.* (Clunet), n°4, 2004, p.1100 ; F. Mann, « The doctrine of International Jurisdiction Revised after Twenty Years », *R.C.A.D.I.*, t. 186, 1984/III, p.42 ; B. Mallinak, « The revenue rule : a common law doctrine for the twenty-first century », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 16, 2006, p. 79-124 ; JC Sherman et David Spencer, « International Tax Cooperation », *Journal of International Taxation*, New York, vol. 18, dec. 2007, p. 49...etc.

⁹⁴⁰ Formule employée en 1775 par le juge Lord Mansfield dans l'arrêt *Holman v. Johnson*, 1 Cowp. 341, 98 Eng. Rep. R 1120 (trad. de l'auteur) : « no country ever takes notice of the revenue laws of another ». Pour une application plus récente de cette jurisprudence en Grande Bretagne : House of Lords, *Government of India (Ministry of Finance) v Taylor*, (1955) A.C. 491 (H.L.) ; Court of Appeal, *QRS 1 Aps and others v Frandsen*, (1999) 3 All E.R. 289 ; Queen's Bench Division, *Walanpatrias Stiftung v Lehman Brothers International (Europe) and others*, (2006) EWHC 3034 (Comm). Pour une application de cette jurisprudence aux Etats-Unis : *United States v First National City Bank*, 210, F. Supp. Rep. 773 (S.D.N.Y. 1962) ; *Attorney General of Canada v R.J. Reynolds Tobacco Holdings*, 268 F. 3d 103 (2nd Circuit 2001) ; *Colorado v Harbeck*, in 232 N.Y. 71, 85, 133, N.E. 357, 360 (App. 1921) ; *Maryland v Turner*, in 75 Misc. 9, 10-13, 132 N.Y.S. 173, 175 (Sup. Ct. 1911).

⁹⁴¹ Le juge de l'impôt, par exemple, a jugé que les bénéfices réalisés en France par une société unipersonnelle à responsabilité limitée de droit espagnol, assimilable à une EURL de droit français, sont imposables à l'impôt sur le revenu au nom de l'associé unique (transparence) alors même que cette société était en droit espagnol une société de capitaux soumise à l'impôt sur les sociétés (CAA Nantes, 1^{ère} ch., 28 juin 2010, n° 09-653, *Guyot*).

⁹⁴² L. Cartou, *Droit fiscal international et européen*, 1^{er} éd., op. cit., p. 15-16.

apprécier le bien-fondé d'impositions établies par une autorité étrangère »⁹⁴³. Cette compétence appartient aux seuls juges de l'Etat dit requérant, c'est-à-dire au for de la créance fiscale étrangère. L'imperméabilité du droit fiscal interne à l'égard de tout droit fiscal étranger s'étend aussi à l'interprétation des conventions fiscales internationales⁹⁴⁴. L'application de celles-ci ne peut avoir pour résultat la mise en œuvre indirecte d'une loi étrangère⁹⁴⁵. Le juge de l'impôt français a d'ailleurs refusé, pour cette raison, de se prononcer sur l'existence d'une double imposition internationale⁹⁴⁶.

b. La difficile coopération entre les systèmes fiscaux

245. Une telle imperméabilité de la compétence normative ne va pas sans poser de problème aux administrations fiscales, en particulier dans le domaine de l'assistance administrative en matière d'assiette. Parce que cette coopération internationale conduit des autorités fiscales à faciliter l'application d'une norme fiscale étrangère sous la forme d'un échange de renseignements, ou de la notification de documents officiels étrangers, elle est perçue par beaucoup d'Etats comme une atteinte à « la souveraineté juridictionnelle de l'Etat sur son territoire »⁹⁴⁷. Les enjeux financiers n'ont pas eu raison de cette culture de l'insularité qui contrarie encore aujourd'hui le succès de cette coopération. L'imperméabilité à tout droit étranger, le formalisme de la procédure, la complexité des organisations administratives et de leur structure hiérarchique⁹⁴⁸ sont autant d'obstacles qui s'opposent à la

⁹⁴³ CE, sect., 21 déc. 1977, n° 1344, *DF*, n° 15, 1979, comm. 723. V. a. CE, sect., 23 déc. 1966, n° 60741, *DF*, n° 22, 1967, p. 30 ; CE, 8e et 9e s.s.r., 25 mai 1970, n° 61069, *Lebon*, p. 347 ; CAA Lyon, 16 avril 1992, n° 90599, *DF*, n° 5, 1993 comm. 189.

⁹⁴⁴ K. Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1991, p. 11-12.

⁹⁴⁵ D. Gutmann, « Le juge fiscal et la loi étrangère », in : *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité. Liber Amicorum Cyrille David*, LGDJ, 2005, p. 193 : « l'existence de conventions internationales attribuant le droit d'imposer à un Etat étranger ne signifie pas que le juge français applique une loi étrangère ».

⁹⁴⁶ CE, sect., 21 déc. 1977, n° 1344, *DF*, n° 15, 1979, comm. 723.

⁹⁴⁷ C. Docclo, « Belgium. Exchange of Information » (trad. par l'auteur), *European Taxation*, IBFD, n° 8, august 1999, p. 310: « the exchange of information between states conflict with the principle of sovereign jurisdiction of a state over its territory ».

⁹⁴⁸ V. n. T. Lambert, « Un aspect méconnu du contrôle fiscal : l'assistance fiscale internationale », *BF Lefebvre*, n°4, 2000, p. 218 ; V. Tanzi et H. H. Zee, « Can information Exchange be Effective in Taxing Cross-Border

correcte mise en œuvre d'une procédure d'assistance consacrée, pourtant, par des conventions internationales.

246. En résumé, la souveraineté fiscale des Etats modernes implique une coïncidence presque parfaite entre compétence législative et compétence juridictionnelle en matière d'imposition. Les systèmes fiscaux nationaux ne sont pas fongibles, mais réputés réciproquement imperméables. Or, c'est justement cette imperméabilité réciproque des législations nationales qui a donné naissance, dans l'esprit des juristes, à l'idée d'une nécessaire « séparation » entre les pouvoirs d'imposition par l'introduction d'une limite spatiale au champ de la loi fiscale.

2) *La priorité de la lex loci*

247. Les règles fiscales de source qui sont réputées « délimiter » le pouvoir d'imposition de l'Etat sont symptomatiques d'une approche spatiale de la compétence normative (b) ; celle-ci doit son succès à l'essence territoriale de la notion moderne de souveraineté (a).

a. Les causes de la territorialité ratione loci

248. L'exclusivité donnée à la *lex fori* provoque, spontanément, un besoin symétrique de limiter unilatéralement le champ d'application de la loi fiscale.

Income Flows? », in: *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer Law International, 2001, p. 261. Les efforts déployés par l'OCDE pour surmonter la diversité des cultures fiscales doivent être mentionnés : Recommandation du conseil de l'OCDE concernant « un formulaire normalisé destiné aux échanges automatiques de renseignements dans le cadre des conventions internationales » (C(81)39 du 5 mai 1981) ; Recommandation du conseil de l'OCDE concernant « un format magnétique normalisé destiné aux échanges automatiques de renseignements fiscaux » du 23 juin 1992 C(92)50 ; Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant « l'utilisation des numéros d'identification fiscale dans un contexte international » du 13 mars 1997 C(97)29/final ; Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant « l'utilisation du Modèle de memorandum d'accord de l'OCDE sur l'échange automatique de renseignements à des fins fiscales » du 10 juillet 1997 C(97)30/Final et C(2001)28/Final.

Or, dans ce processus de limitation *ratione loci*, c'est le territoire qui s'est imposé comme le critère majeur, pour ne pas dire unique, de référence⁹⁴⁹. Ce succès, la *ratione loci* ne le doit pas au hasard, mais à l'image que les juristes se font, sous la modernité, de la souveraineté fiscale : un pouvoir d'imposition strictement limité au territoire de l'Etat⁹⁵⁰. Louis Trotabas, par exemple, considère qu'une règle intrinsèque à la souveraineté de l'Etat voudrait que la loi fiscale s'arrête « à la frontière »⁹⁵¹. Sentiment qu'il retire très probablement de la lecture d'une décision de la Cour Suprême judiciaire de 1844 qui dit pour droit que « l'impôt n'a d'emprise que sur le territoire du royaume »⁹⁵². Dans le même temps, l'idée qui voulait que la nationalité puisse être un support légitime à l'exercice d'un pouvoir d'imposition n'a cessée de décliner depuis la fin du XIX^{ème} siècle⁹⁵³. À tel point que le critère de la résidence fiscale (ou du domicile fiscal) est aujourd'hui perçu comme une règle de source parmi d'autres qui participe à la limitation du pouvoir d'imposition de l'Etat autour de son territoire⁹⁵⁴. Les propos tenus à la

⁹⁴⁹ V. n. M. Bouvier, « La lutte contre l'évasion fiscale internationale: répression ou prévention? », *RF fin. publ.*, n° 110, 2010, p. 5 : « si l'espace économique transcende les frontières, l'espace fiscal demeure encore quant à lui largement enfermé au sein des espaces politiques, il est morcelé à l'image de la mosaïque que continuent à dessiner des Etats soucieux de ne pas voir leur souveraineté remise en cause » ; L. Cartou, *Droit fiscal international et européen*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 14 : « Ce que l'on appelle territorialité de l'impôt est constituée par les règles, les principes, qui déterminent l'aire géographique d'application de l'impôt » ; R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer, Boston, 1989, p. 43 et passim.

⁹⁵⁰ V. n. L. Cartou, *Ibidem*, p. 14 : « La loi fiscale ne peut légiférer et s'imposer que dans les limites du territoire soumis aux autorités disposant de la souveraineté fiscale » ; M.F. de Wilde, « Some Thoughts on a Fair Allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy », *Intertax*, vol. 38, n° 5, 2010, p. 281 : « the geographically restricted fiscal sovereignty of states » ; X., « Recouvrement. Généralités », *J.-Cl. Procédures Fiscales*, Fasc. 510, pt 9 : « Les lois fiscales sont strictement territoriales »...etc.

⁹⁵¹ L. Trotabas, *Précis de science et législation financières*, 9^e éd., Petits Précis Dalloz, 1947, n°66, p.88. Dans le prolongement de cette affirmation, l'auteur souligne bien cette dimension *ratione loci* de la loi fiscale : « Le principe de la territorialité de la loi fiscale rend cette loi exécutoire sur tout le territoire français : elle oblige ceux qui habitent le territoire et régit tous les biens, meubles et immeubles, qui se trouvent sur ce territoire ».

⁹⁵² Cass., 11 nov. 1844, S.1844, D. 1844, 1, 419.

⁹⁵³ V. n. W. Schön, « Persons and Territories : on the International Allocation of Taxing Rights », *British Tax Review*, n° 6, 2010, p. 556 : « Citizenship justifies the full subjection of a person to the powers of a state, including taxation of income wherever it originates. (...) When early forms of globalisation led to increasing migration between countries, the number of foreign nationals residing in a country rose to an extent which pressed for legislative action. Consequently, as we learn from authoritative writers on international taxation like Seligman or Bülher, residence taxation was modelled on the taxation of citizens. (...) Today, (...) taxation on the basis of citizenship has vanished from the international landscape outside the US ».

⁹⁵⁴ C'est pourquoi le champ d'application de l'impôt sur le revenu français, bien qu'il soit déterminé principalement par un critère d'ordre personnel (le domicile fiscal), lequel donne lieu à l'exercice d'une compétence fiscale extraterritoriale, est aussi considéré comme manifestant l'existence d'un principe général de territorialité de l'impôt (v.n. P.-J. Douvier, *Droit fiscal dans les relations internationales*, Pedone, coll. Études Internationales, 1996, p. 95-104 ; B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, 8^{ème} éd., *op. cit.*, p. 35-113 ; G. Tixier, G. Gest et J. Kerogues, *Droit fiscal international*, Litec, 2^{ème} éd., 1979, p. 21-47). V. a. O. Marres, « The principle of Territoriality and Cross-border Loss Compensation », *Intertax*, vol. 39, n° 3, p. 113 : « These territorial bases include taxation on the basis of residence and source. It is important to emphasize that taxation of residents is, in this context (i.e., in the international law context, rather than in international tax

chambre des Lords par Lord Herschell en 1889, au sujet de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, sont particulièrement significatifs à cet égard : l'exercice par le Royaume-Uni d'un pouvoir d'imposition est toujours soumis à « une limite territoriale », que ce soit au titre de la source du revenu imposable ou au titre de la résidence du contribuable⁹⁵⁵. C'est pourquoi, à la fin du XX^{ème} siècle, l'idée que l'existence d'un « rattachement territorial » est un préalable nécessaire à l'exercice par l'Etat d'un droit d'imposition est encore profondément ancrée dans la doctrine fiscale française⁹⁵⁶ comme étrangère⁹⁵⁷. À ce sujet, au Royaume-Uni, une décision concernant le célèbre joueur de tennis *André Agassi* illustre parfaitement l'actualité et la transversalité de cette conception spatiale du pouvoir d'imposition⁹⁵⁸ : le juge refusera à l'administration fiscale britannique la possibilité d'exercer un droit d'imposition sur des redevances versées entre deux sociétés étrangères, et cela contre l'avis de sa propre Cour suprême⁹⁵⁹, au motif que la « présence fiscale » (*tax presence*) d'un débiteur sur le territoire britannique faisait défaut⁹⁶⁰. Bref, en France, comme dans une bonne partie des systèmes fiscaux étrangers⁹⁶¹, les autorités publiques se sont mutuellement convaincues

practice), regarded as a manifestation of territoriality (a resident is taxed on the basis of the stable link with the territory of the state) ».

⁹⁵⁵ Lord Herschell (House of Lords'), *Colquhoun v. Brooks*, 1889, 2 TC 490, p. 499 : « The Income Tax Acts, however, themselves impose a territorial limit, either that from which the taxable income is derived must be situate in the United Kingdom or the person whose income is to be taxed must be resident there » (cite à partir de W. Schön, « Persons and Territories : on the International Allocation of Taxing Rights », *op. cit.*, p. 555).

⁹⁵⁶ V. n. G. Gest, G. Tixier, *Droit fiscal international*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1990, p. 120 : « la définition de critères de rattachement territorial est donc un préalable, au moins en théorie, à l'édiction des règles d'imposition proprement dites ».

⁹⁵⁷ V. n. F.A. Mann, « The Doctrine of International Jurisdiction revisited after Twenty Years », *op. cit.*, p. 19-32; O. Marres, « The principle of Territoriality and Cross-border Loss Compensation », *op. cit.*, p. 112 ; J. Prebble, « Exploiting From in Avoidance by International Tax Arbitrage – Arguments towards a Unifying Hypothesis of Taxation Law », *Asia-Pacific Tax Bulletin*, IBFD, n°1, 2011, p. 8 : « tax law cannot operate without assuming that as a matter of fact, every item of income has its source in a physical, geographical, jurisdiction in which it is liable to tax ».

⁹⁵⁸ Court of Appeal, 19 november 2004, *Andre Agassi v. Robinson (HMIT)*, [2004] EWCA Civ 1518, Case C3/2004/0829.

⁹⁵⁹ High Court of Justice, 17 mars 2004, *Andre Agassi v. Robinson (HMIT)*, (2004) EWHC 487 (Ch).

⁹⁶⁰ V.n. D. Molenaar, *Taxation of International Performing Artists: the problems with article 17 OECD and how to correct them*, Doctoral Series, vol. 10, IBFD, 2005, p. 156.

⁹⁶¹ V. a. la décision *GVK Industries Ltd v. Income Tax Officer* de la Cour Suprême Indienne du 1 Mars 2011 (Civil Appeal n° 7796), qui dit pour droit, en application de la Constitution Indienne, que la loi fiscale ne peut avoir d'impact sur une opération extraterritoriale, en l'occurrence une prestation de service rendue par un non-résident, qu'à la condition que cette opération est une connexion (« nexus ») avec le territoire Indien (S.S. Kamath, « Indian Supreme Court Clarifies Parliament's Power to Enact Extraterritorial Tax Law », *Tax Analysts*, mars 2011, Doc. 2011-5949).

qu'elles ne devaient imposer que les « revenus qui prennent leur source à l'intérieur de leurs frontières »⁹⁶².

249. À contre-courant de l'évolution du droit international privé, par conséquent, le principe de territorialité des compétences normatives n'a cessé de se renforcer en droit fiscal du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle. Sans surprise, s'est rapidement imposée dans l'esprit de certains juristes l'idée que de véritables « frontières fiscales » s'interposent entre les pouvoirs d'imposition des Etats⁹⁶³. Pour les mêmes raisons, l'accusation d'extra-territorialité dans l'exercice du pouvoir d'imposition rencontrera certains succès⁹⁶⁴. En somme, il est une idée reçue à laquelle n'échappent que peu de fiscalistes : le pouvoir d'imposition des Etats est enfermé dans des frontières étanches. Ce principe de territorialité absolue proclamé, reste à en comprendre les rouages, c'est-à-dire les techniques juridiques qui permettent de délimiter dans l'espace les compétences fiscales normatives de chaque Etat.

b. Les formes de la territorialité ratione loci

250. En droit fiscal interne (i), comme en droit fiscal conventionnel (ii), ce sont des règles de source (dites parfois « règles d'allégeance fiscale »⁹⁶⁵), et non des règles de conflit de lois, qui permettent de « localiser » la matière imposable pour, ensuite, lui « attribuer » un système fiscal compétent⁹⁶⁶.

⁹⁶² J. Prebble, « Ectopia, Tax Law and International Taxation » (trad. par l'auteur), *British Tax Review*, n° 5, 1997, p. 385: « income that is sourced within their boundaries ».

⁹⁶³ M.-M. Padovani, *La frontière fiscale*, Université Paris II, 2009, t. 1, p. 21 : la frontière fiscale recouvrirait « l'ensemble des manifestations de la fiscalité ayant une assiette territoriale » ; P. Pistone, « Ups and Downs in the Case Law of the European Court of Justice and the Swinging Pendulum of Direct Taxation », *Intertax*, vol. 36, n°4, 2008, p. 147: « EU Member States keep their competence to determine the boundaries (i.e. the territoriality) of their tax jurisdiction »; M.F. de Wilde, « Some Thoughts on a Fair Allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy », *op. cit.*, p. 281 : « The competence of states to tax the business profits these Multinational Enterprises realize, however, does not extend beyond national borders. The fiscal sovereignty of a state is limited to economic activities taking place within its geographical territory ».

⁹⁶⁴ V. n. L. Kopelmanas, « L'application du droit national aux sociétés multinationales », *R.C.A.D.I.*, t.150, 1976/II, p. 306 ; N. Melot, « Essai sur la compétence fiscale étatique », 2^{ème} partie, *op. cit.*, p.1120 ; M.F. de Wilde, « Some Thoughts on a Fair Allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy », *op. cit.*, p. 281.

⁹⁶⁵ G. Dalimier, « Droit fiscal international français », *op. cit.*, p. 3.

⁹⁶⁶ La rigueur pourrait conduire à distinguer, parmi les normes fiscales internes et conventionnelles qui aménagent le pouvoir d'imposition des Etats, celles qui ont pour objet d'identifier la source d'un revenu (« source

i. *Les formes internes unilatérales*

251. Pour les tenants du *Grenzrecht*, chaque système fiscal limite unilatéralement le champ de son pouvoir d'imposition par l'adoption de règles de source qui ont pour singularité de « rattacher un revenu et une dépense à un lieu géographique particulier »⁹⁶⁷. Ainsi, en dépit de la nature abstraite et relative de la notion de revenu⁹⁶⁸, « le système juridique est conduit à traiter un revenu comme ayant une source physique dans un emplacement géographique, au même titre qu'une rivière a nécessairement une source physique quelque part »⁹⁶⁹. L'impôt sur les sociétés (IS) français, par exemple, est dit « territorial » dans la mesure où l'application du prélèvement fiscal dépend d'abord du lieu de « réalisation » de la matière imposable, et non pas tant de la personne qui réalise le revenu⁹⁷⁰. Plus précisément, la règle de source qui va permettre de caractériser un revenu « réalisé » sur le territoire français correspond à la notion d'« entreprises

rules ») de celles qui ont pour objet d'*attribuer* ce revenu à une juridiction fiscale (« allocation rules »). Cette conception stricte de la règle de source sera écartée en l'espèce pour deux raisons. D'abord parce que ces deux fonctions sont, bien souvent, assurées par une seule et même norme juridique en droit fiscal interne et conventionnel. Puis, de surcroît, parce que ces deux fonctions sont interdépendantes : l'identification de la source d'un revenu n'a pas de sens si elle ne s'accompagne pas de l'attribution de ce revenu à une juridiction fiscale, et vice-versa (v. n. R. Rohatgi, *Basic International Taxation*, vol. 1 : « Principles of International taxation », Richmond Law & Tax, 2005, p. 101 et 222).

⁹⁶⁷ B. J. Arnold et J. Sasseville, « Source Rules for Taxing Business Profits Under Tax Treaties » (trad. par l'auteur), in: *The Taxation of Business profits under Tax Treaties*, Canadian Foundation, Toronto, 2003, p. 112 : « Source rules represent an attempt to link revenue and expenses to a particular geographical location ».

⁹⁶⁸ Pour une analyse détaillée du processus de « qualification » (dit aussi de « classification ») de la matière imposable qui permet de donner naissance à un « revenu » au sens de la norme fiscale, v. n. J.F. Avery Jones, « Problems of Categorising Income for Tax Treaty Purposes », in : *International and comparative taxation : essays in honour of Klaus Vogel*, Kluwer Law, 2002, p. 9-27.

⁹⁶⁹ J. Prebble, « Ectopia, Tax Law and International Taxation » (trad. par l'auteur), *op. cit.*, p. 386 : « Despite the abstract nature of income, the juridical system must treat income as if it has a physical source in a geographical location in the same manner as a river has a physical source in some place ». V. a. M.F. de Wilde, « Some Thoughts on a Fair Allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy », *op. cit.*, p. 282 : « The 'formula' currently applied in practice for corporate tax purposes seeks to capture the geographic location of a business activity and the business income that is produced (economic presence). It tries to localize geographically the value added in order to place it within the territory of a state that may subsequently tax it ».

⁹⁷⁰ V. n. T. Lambert et G. Orsini, « Introduction », in : *La territorialité fiscale dans l'Union Européenne*, Colloque tenu à Paris le 27 nov. 2002, *Petites Affiches*, n° 97, 15 mai 2002, p. 3 ; « Territorialité de l'impôt », *FR Lef.*, n° 5, 2011, no. 101 : « Le résultat imposable à l'impôt sur les sociétés est exclusivement un résultat de source française ».

exploitées en France »⁹⁷¹. Dans le silence de la loi, c'est la jurisprudence qui en a précisé les contours. Trois situations sont susceptibles de donner naissance à une obligation fiscale en France pour le juge de l'impôt : l'existence d'un établissement autonome⁹⁷², d'un représentant sans personnalité professionnelle indépendante⁹⁷³ ou d'un cycle commercial complet d'opérations⁹⁷⁴. Le législateur, assisté du juge de l'impôt, aurait ainsi interposé par le truchement de cette règle de source une frontière à l'intérieur même de l'activité commerciale d'une entreprise. Première conséquence tangible de cette supposée frontière rapportée par la doctrine : la séparation des dépenses et des produits au sein de l'entreprise selon leur origine géographique⁹⁷⁵. Mais surtout, cette règle de source entretient chez certains juristes l'idée que le pouvoir d'imposition de l'Etat français se présenterait comme un bloc de règles exclusivement applicables à un espace strictement délimité. L'image d'une limite d'ordre spatiale, fixée objectivement par le droit international, se forme alors presque naturellement dans l'esprit du fiscaliste⁹⁷⁶. Il faut séparer ces unités compactes à l'intérieur desquelles la détermination, comme le recouvrement de l'impôt, sont strictement enfermés⁹⁷⁷. Bref, le principe de territorialité de l'impôt ne serait qu'une manifestation, parmi d'autres, de la frontière internationale. Cette confusion entre la frontière et la territorialité de la loi ira d'ailleurs jusqu'à

⁹⁷¹ Article 209-I du Code Général des Impôts : « (...) les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés (...) en tenant compte uniquement des *bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France*, de ceux mentionnés aux a, e, e bis et e ter du I de l'article 164 B ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions » (souligné par l'auteur).

⁹⁷² La notion d'établissement vise toute installation matérielle possédant une certaine permanence, ainsi qu'une certaine autonomie, permettant d'exercer de façon habituelle en France une activité génératrice de profit (v. n. CE, 3-8^e s.s.r., 31 juillet 2009, n° 296471, *Sté Overseas Thoroughbred Racing Stud Farms Limited*, RJF, n°11, 2009, no. 979).

⁹⁷³ La notion de représentant recouvre tout préposé qui exerce habituellement une activité en France au service d'une entreprise étrangère. La dépendance à l'égard de l'entreprise étrangère et les pouvoirs d'engager celle-ci s'apprécient en droit et en fait (v. n. CE, 10-9^e s.s.r., 31 mars 2010, n° 304715 et 308525, *Sté Zimmer Ltd*, RJF, n°6, 2010, no. 568).

⁹⁷⁴ La notion de cycle complet d'opération recouvre une série d'opérations commerciales, artisanales ou industrielles dirigées vers un but déterminé et dont l'ensemble forme un tout cohérent et détachable des autres opérations réalisées par l'entreprise (Réponse *Valleix*, JO AN 22 septembre 1980, p. 4019).

⁹⁷⁵ V. *supra* p.76; v. a. N. Gharbi, *Le contrôle fiscal des prix de transfert*, op. cit., p. 22 : le principe de territorialité de l'IS conduit « à segmenter une entreprise qui exerce ses activités de part et d'autre d'une frontière afin d'identifier ses sources de revenus et de ventiler ceux-ci entre des souverainetés fiscales concurrentes ». V. a. le second « effet frontière » discuté plus haut, *Titre I Partie I Chapitre I Section 2 §1 : B*.

⁹⁷⁶ V. n. M.-M. Padovani, *La frontière fiscale*, op. cit., p. 21 ; P. Pistone, « Ups and Downs in the Case Law of the European Court of Justice and the Swinging Pendulum of Direct Taxation », op. cit., p. 147; M.F. de Wilde, « Some Thoughts on a Fair Allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy », op. cit., p. 281.

toucher les praticiens : que ce soit pour dénoncer le principe de territorialité de l'IS comme un « archaïsme »⁹⁷⁸ à l'heure de la mondialisation, ou pour traduire ce principe de territorialité de l'IS dans des manuels étrangers par le terme suggestif de « *border principle* » (principe frontière)⁹⁷⁹. Certaines règles fiscales de source constituent, en somme, une illustration symptomatique de la conception spatiale que le législateur national peut avoir de sa propre compétence⁹⁸⁰.

252. Ces règles fiscales de source (résidence et domicile inclus), à en croire les théories du *Grenzrecht*, permettent au législateur de dessiner les contours d'un « territoire fiscal » distinct réservé à l'application de son propre ordre juridique. Contrairement aux explications données par la théorie de l'équivalence⁹⁸¹, la règle de source n'aurait donc pas pour objectif principal de coller à la réalité économique. Le concept fiscal de « source » serait d'abord une règle juridique dont l'objet est de délimiter unilatéralement le pouvoir normatif des Etats, afin de permettre une attribution du revenu « localisé » à un système fiscal donné. À l'instar de la frontière internationale, la règle de source n'hésite d'ailleurs pas à se détacher de la réalité humaine et sociale au profit de critères perçus comme arbitraires par les acteurs économiques⁹⁸² : le lieu où se trouve le débiteur⁹⁸³, le lieu où est

⁹⁷⁷ W. Schön, « International Tax Coordination for a Second-Best World (I) », *World Tax Journal*, vol. 1, n° 1, 2009, p. 81: « the concept of Capital Import Neutrality is deeply rooted in the idea of a traditional unity of state, territory and market ».

⁹⁷⁸ P. Rassat, « Les tours de Manhattan et la fiscalité du XXI^e siècle », in : *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité. Liber amicorum Cyrille David*, LGDJ, 2005, Paris, p.267 : « L'article 209 du Code Général des impôts français constitue littéralement une « exception » qui est significative de l'archaïsme de la structure fiscale en France ».

⁹⁷⁹ FRANCE (*Business law, taxation, social law*), 4th ed., « International series » Francis Lefebvre, Paris, 2004, p. 167: « France applies a border principle to its company tax. Only activities exercised in France are subject to French company tax ».

⁹⁸⁰ S. A.-Y. Reuven, « Back to the future ? The Potential Revival of Territoriality », *Bulletin for International Taxation*, IBFD, n° 10, oct. 2008, p. 473: « any move in the direction of territoriality (...) puts more pressure on the source rules ».

⁹⁸¹ K. Vogel, « Worldwide vs. Source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments », Part II, *Intertax*, n° 10, 1988, p. 314.

⁹⁸² B. J. Arnold et J. Sasseville, « Source Rules for Taxing Business Profits Under Tax Treaties », *op. cit.*, p. 114-115: « Determining the source of income on a case-by-case basis on the facts of each case would be extremely difficult and in many instances would result in more than one country having a claim as the source of the income, at least in part (...) this complexity is avoided by adopting a simple source rule – the country where the property is located – that focuses on a factor that is almost always important, is easy to apply, and results in the attribution of the source of income to a single country ».

utilisée la prestation⁹⁸⁴, le lieu de réalisation du revenu⁹⁸⁵, le lieu de situation de l'immeuble⁹⁸⁶, le foyer ou le lieu de séjour principal du contribuable⁹⁸⁷... etc. Des considérations pratiques et politiques nécessitent « l'utilisation d'une règle de source simple et claire qui affecte le revenu à un seul pays »⁹⁸⁸. C'est d'ailleurs cette fonction délimitatrice qui justifierait qu'en France, à la différence des règles de conflit de lois du droit privé, la règle fiscale de source soit soulevée d'office par le juge de l'impôt⁹⁸⁹ : la question du domaine de la loi fiscale dans l'espace n'est pas neutre, mais l'expression d'une revendication politique de l'Etat⁹⁹⁰. Cette même règle de source interne va, en revanche, s'effacer aussitôt qu'une règle conventionnelle, applicable à la situation juridique, vient limiter l'exercice des droits d'imposition du for⁹⁹¹. À ce titre, les conventions fiscales internationales sont souvent perçues comme animées, elles aussi, d'une volonté « délimitatrice ». La position centrale du territoire dans la répartition des droits d'imposition y apparaît, cependant, plus mitigée.

⁹⁸³ En application de l'article 164 B, II du Code Général des Impôts (CGI) certains revenus sont de source française dès lors qu'ils sont payés par un débiteur domicilié ou établi en France : pensions et rentes viagères, revenus de la propriété intellectuelle, revenus de prestations de toute nature fournies ou utilisées en France (v. n. D. adm. 5 B 7111, n° 22).

⁹⁸⁴ Sous certaines conditions, des prestations de toute nature utilisées en France peuvent occasionner des revenus de source française en application de l'article 164 B, II-c du CGI (voir supra). De la même manière, des revenus provenant de prestations artistiques utilisées en France sont considérés de source française en application de l'article 164 B, I-g du CGI.

⁹⁸⁵ V. supra l'article 209 I du CGI, mais aussi l'article 164 B, I-c du CGI pour les exploitations agricoles ou commerciales situées en France.

⁹⁸⁶ En application de l'article 164 B, I-a du CGI les revenus provenant d'immeubles (ou droits immobiliers) situés en France sont de source française.

⁹⁸⁷ En application de l'article 4B, 1-a du CGI sont considérées comme soumis à une obligation fiscale illimitée en France au titre de l'impôt sur le revenu les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal.

⁹⁸⁸ B. J. Arnold et J. Sasseville, « Source Rules for Taxing Business Profits Under Tax Treaties » (trad. par l'auteur), *op. cit.*, p. 127.

⁹⁸⁹ M.H. Mitjavile, concl. sous CE, 10-9° s.s.r., 8 juill. 2002, n° 225159, *Lecat, DF*, n° 41, 2002, comm. 801.

⁹⁹⁰ V. n. D. Gutmann, « Le juge fiscal et la loi étrangère », *op. cit.*, p. 193 : « ... aucun Etat n'admet que sa matière imposable s'évanouisse au seul motif que le contribuable sera imposé de façon comparable ailleurs. En droit fiscal international, la théorie de l'équivalence des législations, apparemment admise par la Cour de cassation en droit international privé, n'a pas droit de cité ».

⁹⁹¹ En droit fiscal international français, la supériorité reconnue aux traités sur les lois fiscales internes a un caractère relatif et contingent : le juge de l'impôt se livre à un contrôle de « compatibilité » de la loi fiscale avec la convention internationale qui n'a pas pour finalité de constater une *invalidité* de la loi, au sens absolue, mais plutôt de constater son *inapplicabilité* dans un contexte de droit et de fait particulier (v. n. CE, 3°-8° s.s.r., 9 juill. 2010, n° 314406, *Sté Jas Hennessy et Cie*, note P. Dibout, *DF*, n° 45, 2010, p. 43).

ii. *Les formes conventionnelles bilatérales*

253. Dans le contexte d'une confrontation des revendications spatiales des règles de source de chaque Etat, le droit fiscal conventionnel semble intervenir pour limiter ces compétences normatives par l'institution de règles de source uniformes, ou du moins harmonisées. Le droit fiscal international recouvrerait ainsi « l'ensemble des règles que chaque puissance taxatrice doit respecter (...) pour tracer les limites et édicter les conditions d'application de son système fiscal »⁹⁹². Il est vrai que les conventions fiscales bilatérales n'ont pas pour objet d'harmoniser les règles d'assiette ou de tarif, ou encore moins de nier la pluralité des systèmes fiscaux⁹⁹³. Leur objet spécifique consisterait, pour les tenants du *Grenzrecht*, à « répartir » la matière imposable entre les Etats contractants par le truchement de règles de source conventionnelles à forte consonance spatiale⁹⁹⁴.

254. L'administration fiscale française considère d'ailleurs que la négociation des conventions fiscales est un moyen de prévenir les « éventuels frottements fiscaux »⁹⁹⁵ qu'occasionnerait inéluctablement, à l'image d'un choc entre deux icebergs, la confrontation des blocs de compétences fiscales étanches dont dispose chaque Etat. Le Professeur Patrick Dibout considère ainsi la règle de source conventionnelle, qui doit être soulevée d'office par le juge, comme une « réduction » du « champ d'application » de la loi fiscale⁹⁹⁶. En somme, le droit fiscal conventionnel viendrait harmoniser les différentes formes internes de territorialité normative pour « séparer » ce qui ne doit

⁹⁹² G. Dalimier, « Droit fiscal international français », *op. cit.*, p. 2.

⁹⁹³ V. n. B. J. Arnold, « Fearful Symmetry : The Attribution of Profits “in each contracting State” », *Bulletin for International Taxation*, vol. 61, n° 8, août 2007, p. 330: « The structure of the OECD Model allocates the right to tax, but does not specify how income allocated to a country must be taxed » ; P. Baker et R. S. Collier, « General Report », *The Attribution of Profits to Permanent Establishment*, IFA, vol. 91B, 2006, p. 31.

⁹⁹⁴ V. n. B.J. Arnold, « The taxation of Income from Services under Tax Treaties: Cleaning up the Mess », *Bulletin for International Taxation*, IBFD, vol. 65, n° 2, 2011, p. 65: « The most fundamental principle underlying the taxation of income from services under the OECD and UN Model is the source principle. A source country should be limited to taxing income from services performed in the source country. Income from services performed outside the source country should not generally be taxable by the source country ».

⁹⁹⁵ Instruction du 29 juillet 2010, 14 B-2-10, *BOI* No. 71 du 2 août 2010.

⁹⁹⁶ P. Dibout, « Subsidiarité des conventions fiscales, établissement stable et symétrie de l'art. 3, III de la loi du 28 dec. 1959 », *DF*, n° 50, 2009, comm.580, p.36: la substitution volontaire d'une règle de source conventionnelle à une règle de source interne par le juge n'est que « l'acceptation délibérée par l'Etat, en vertu

jamais se rencontrer : la compétence fiscale exclusive de chaque Etat. Bien que le mot soit rarement prononcé, il est difficile de ne pas voir dans ces règles de source conventionnelle l'ambition de tracer de véritables frontières internationales⁹⁹⁷. Dans l'Histoire fiscale du XX^{ème} siècle, d'ailleurs, l'espace territorial aura été le critère départiteur majeur des différents droits d'imposition⁹⁹⁸. Il connaîtra son apogée avec la convention modèle du Pacte Andin de 1971, dont l'article 4 proclamait de façon catégorique : « Les revenus ne sont imposables que par l'Etat où est située la source de ces revenus »⁹⁹⁹.

255. Depuis le milieu du XX^{ème} siècle, cependant, la centralité du territoire dans le processus de répartition des droits d'imposition est contestée par un critère concurrent qui ne cesse de prendre de l'importance : la résidence fiscale¹⁰⁰⁰. Alors que la règle de source traditionnelle participe indiscutablement de la territorialité normative (*ratione loci*), le critère de la résidence fiscale semble *a priori* renvoyer à la personnalité de la loi (*ratione personae*). Or, le modèle de convention fiscale qui gagne aujourd'hui la faveur des négociateurs est celui de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE), lequel véhicule l'image d'une compétence fiscale normative illimitée au profit de l'Etat de la résidence. La compétence fiscale de l'Etat de la source, en revanche, n'apparaît plus jamais exclusive, sous la seule réserve de l'imposition du salaire des fonctionnaires

d'une convention, de renoncer à son pouvoir d'imposition, la règle conventionnelle se substituant à la loi fiscale dont le champ d'application se trouve ainsi réduit ».

⁹⁹⁷ V. n. P. Derouin, « Différence de traitement fiscal résultant des conventions entre Etats de l'Union », *DF*, n° 30-35, 2005, p. 1292 : « les Etats membres sont compétents pour définir, en vue d'éliminer les doubles impositions, les critères de répartition entre eux du pouvoir de taxation. À cet effet, les États peuvent notamment retenir comme facteur de rattachement la durée de l'emploi, le secteur public ou privé dans lequel il s'exerce, l'État payeur d'un traitement public ou la nationalité du contribuable. Ce n'est, en quelque sorte, qu'une façon de tracer entre eux **leurs frontières fiscales** ».

⁹⁹⁸ W. Schön, « International Tax Coordination for a Second-Best World (I) », *op. cit.*, p. 67 : « Under the old thinking, international activities of business did exist, but they were perceived on a compartmentalized basis. The basic view was that the political territory of a country represented a particular "market" where (individual or corporate) taxpayers performed activities ».

⁹⁹⁹ J.C. Martinez, « Théorie générale des conventions fiscales », *J.-Cl. Droit Fiscal International*, fasc. 15, 1984, p. 11.

¹⁰⁰⁰ J.C. Martinez, « Théorie générale des conventions fiscales », *op. cit.*, p. 10.

des Etats contractants¹⁰⁰¹. Pour les tenants du *Grenzrecht*, cependant, il ne faudrait pas conclure trop vite au déclin du phénomène territorial dans la répartition conventionnelle des droits d'imposition. À l'instar de ce qui a été dit des règles de source internes¹⁰⁰², l'alternative disputée entre un critère personnel (la résidence) et un critère territorial (la source) peut apparaître, par bien des côtés, superficielle. *In fine*, le territoire reste pour beaucoup d'auteurs la clef de la répartition des droits d'imposition en droit fiscal international : « un critère de rattachement entre le sujet ou l'objet de l'impôt et le territoire de l'Etat d'imposition est nécessaire pour légitimer le droit de cet Etat d'imposer ce sujet ou cet objet »¹⁰⁰³. Nicolas Melot considère ainsi que la notion conventionnelle de résidence fiscale cache une règle de source de nature territoriale : c'est le « patrimoine » du contribuable et non sa « personne » qui serait en réalité visé par le critère de rattachement. L'Etat auquel est attribué le revenu à raison de la résidence du contribuable continuerait, par conséquent, à exercer sa compétence fiscale sur une base territoriale¹⁰⁰⁴. Bref, le cordon ombilical entre le droit fiscal international et le droit international public semble ne jamais avoir été rompu pour une part non négligeable de la doctrine fiscale¹⁰⁰⁵, pas plus que la filiation implicite avec la frontière internationale.

¹⁰⁰¹ Article 19(1) a du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE (version 2008) : « Les salaires, traitements et autres rémunérations similaires payés par un État contractant ou l'une de ses subdivisions politiques ou collectivités locales à une personne physique au titre de services rendus à cet État ou à cette subdivision ou collectivité ne sont imposables que dans cet État ».

¹⁰⁰² V. *supra* p. 283.

¹⁰⁰³ N. Melot, *Territorialité et Mondialité de l'impôt*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁰⁴ N. Melot, « Essai sur la compétence fiscale étatique », *op. cit.*, §48 : « ... la résidence en matière fiscale, qu'il convient donc de qualifier de territoriale, doit être analysée comme un critère de localisation d'un patrimoine sur le territoire d'un Etat qui permet à cet Etat de légitimer, par l'exercice de sa compétence territoriale, une imposition mondiale des revenus attachés à ce patrimoine ». V. a. du même auteur, *Territorialité et Mondialité de l'impôt*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁰⁵ V. n. N. Melot, « Essai sur la compétence fiscale étatique », *op. cit.*, §50 : « ... le droit international public restreint effectivement l'étendue du pouvoir fiscal normatif étatique. Ce dernier ne peut s'exercer que par le biais des chefs de compétence que sont la nationalité et le territoire » ; W. Schön, « International Tax Coordination for a Second-Best World », *op. cit.*, p. 91 : « it is widely acknowledge that general principles of international law do not prevent taxation of economic activities as long as a « genuine link » between taxable income and a jurisdiction can be ascertained. (...), such a genuine link can be established by either « political allegiance », such as citizenship or residence, or by « economic allegiance », such as permanent establishment or other investments and activities in a territory ».

Conclusions de la Section I

256. Pour conclure sur cette typologie, l'idée généralement véhiculée par les théories du *Grenzrecht* est la suivante : non seulement le juge du for ne peut appliquer une loi fiscale étrangère (monopole de la *lex fori*), mais encore le législateur a le devoir d'épouser autant que possible les limites du territoire du for lorsqu'il dessine les limites *ratione loci* de la loi nationale (priorité de la *lex loci*). À quoi s'ajoute le fait que la territorialité normative ne se présente pas comme une option à la disposition du législateur, mais bien comme une nécessité dictée par la nature de la souveraineté de l'Etat et les grands principes du droit international public. Pour le dire autrement, derrière la territorialité de la loi se cacherait l'impénétrabilité de la frontière internationale. Ce faisant, cette typologie révèle aussi que, sous réserve de cette structure commune, la territorialité normative défendue par les tenants du *Grenzrecht* prend des formes diverses, parfois contradictoires, au risque d'apparaître insaisissable. L'ampleur de ces tergiversations laisse, en quelque sorte, place au doute : existe-t-il réellement en droit des gens des principes ayant pour objet de « délimiter » les compétences normatives des Etats ? La réponse doit être négative : les théories du *Grenzrecht*, sous toutes leurs variantes, ne résistent pas longtemps à l'épreuve de la critique. Seules des considérations extra-juridiques permettent d'en expliquer la permanence sous la modernité politique : la noblesse des fins serait venue, en quelque sorte, justifier l'inconsistance des moyens.

Section 2 Finalités des théories du *Grenzrecht*

257. Les théories du *Grenzrecht* ne manquent pas de pragmatisme. Elles peuvent, au contraire, se targuer d'être en accord avec leur époque puisqu'elles gravitent autour de cet élément déterminant pour la modernité politique : la limitation du pouvoir de contrainte de l'Etat à son territoire¹⁰⁰⁶. Ce réalisme ne saurait pour autant justifier un décalage complet avec le droit positif (§1). La motivation réelle de ces théories doit donc être recherchée ailleurs. Plutôt que la volonté pragmatique de coller au réel, il s'agit peut-être de la volonté de changer cette réalité au profit d'un idéal : la remise en cause de la souveraineté normative de l'Etat (§2).

§1: *Tenir compte d'une réalité : l'existence de frontières impénétrables*

258. Les théories du *Grenzrecht* semblent partir d'un phénomène concret : l'existence de frontières internationales imperméables entre les Etats (A). Le pragmatisme ne semble pourtant pas être leur qualité première, dès lors que ces théories sont quotidiennement contrariées par le droit positif interne et international (B).

¹⁰⁰⁶ V. Titre I Partie II Chapitre I Section 2 §1:

A. La règle de droit est indissociable du pouvoir de sanction

259. Les arguments favorables à l'idée de territorialité normative ne manquent pas de réalisme : « le respect du droit procède d'un pouvoir de contrainte qui est essentiellement territorial »¹⁰⁰⁷. Le champ d'application des règles de droit doit donc, logiquement, se modeler sur celui de l'*imperium* de l'Etat, c'est-à-dire veiller à ne pas franchir la frontière posée par le droit international public. Cette homologie structurale entre l'encadrement des activités normatives et celui des activités exécutives de l'Etat moderne apparaît de façon particulièrement nette dans la première maxime de la théorie des statuts de Huber : « Les lois de chaque État règnent dans les limites de son territoire et régissent tous ses sujets, mais au-delà n'ont aucune force »¹⁰⁰⁸. La portée normative des lois apparaît dans cette formule du juriste hollandais clairement conditionnée par leur portée coercitive. Un raisonnement comparable se retrouve également chez bien d'autres tenants de la territorialité fiscale. Maxime Chrétien, par exemple, situe la source de la compétence fiscale normative dans la souveraineté territoriale de l'Etat, c'est-à-dire le monopole de la contrainte¹⁰⁰⁹. Louis Trotabas, pour sa part, affirme que le « principe de territorialité de la loi fiscale rend cette loi **exécutoire** sur tout le territoire *français* »¹⁰¹⁰. Cette confusion entre pouvoir normatif et pouvoir de contrainte de l'Etat est d'ailleurs clairement assumée par les fiscalistes rattachés à l'école dite *réaliste*¹⁰¹¹ : « le pouvoir physique de recouvrer l'impôt vaut celui de l'instituer en droit international

¹⁰⁰⁷ B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, p.67.

¹⁰⁰⁸ Souligné par l'auteur, V. Titre II Partie I Chapitre I Section 1 §2: A. 1).

¹⁰⁰⁹ M. Chrétien, « Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement de questions d'impôts entre les divers Etats », *R.C.A.D.I.*, t. 86, 1954/II, p. 15.

¹⁰¹⁰ L. Trotabas, *Précis de science et législation financières, op. cit.*, p. 88.

¹⁰¹¹ E. Stimson, *Jurisdiction & Power to tax*, 1933, p. 111; R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer, The Netherlands, 1989, p.19; A.A. Knechtle, *Basic Problems in International Fiscal Law*, Kluwer Fiscale en Financiele, The Netherlands, 1979, p. 37; A.H. Qureshi, « The Freedom of a State to Legislate in Fiscal

coutumier »¹⁰¹². Brian J. Arnold et Jacques Sasseville considèrent ainsi que « le rapport entre la localisation d'un revenu-activité productive et la possibilité pour un Etat d'imposer ces activités est très certainement à la base de la reconnaissance universelle de la priorité de l'Etat de la source pour imposer des revenus de source domestique »¹⁰¹³. En somme les théories du *Grenzrecht*, en particulier dans le domaine fiscal, présenteraient l'avantage d'avoir une prise sur le réel. Reste que ce pragmatisme perd toute crédibilité dès lors que les conséquences de ces théories sont mises à l'épreuve de la pratique.

B. L'occultation du droit positif

260. Contrairement à la formule employée dans une sentence arbitrale portant sur la détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal¹⁰¹⁴, ce n'est pas la validité des normes qui expire aux limites du territoire, en application du droit international, mais uniquement leur effectivité directe. Ce statut non spatial de la norme étatique, qui ne doit pas être confondu avec le pouvoir de contrainte, se vérifie aussi bien en droit fiscal positif (1), que dans le domaine plus général des conflits de lois et de juridictions (2).

1) *Le cas spécifique du droit fiscal*

261. La lecture du droit positif fiscal, en France comme à l'étranger, montre rapidement les inexactitudes sur lesquelles sont fondées les théories du *Grenzrecht* : le monopole de la *lex fori* (a), comme la priorité de la *lex loci*

Matters under General International Law », *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD, vol. 41, n°1, 1987, p.21.

¹⁰¹² A. A. Skaar, *Permanent Establishment. Erosion of a Tax Treaty Principle*, *op. cit.*, p. 18: « physical power to enforce taxation equals the right to tax under general customary international law ».

¹⁰¹³ B. J. Arnold et J. Sasseville, « Source Rules for Taxing Business Profits Under Tax Treaties », *op. cit.*, p. 113.

(b), ne correspondent que très imparfaitement à la réalité de l'exercice du pouvoir d'imposition de l'Etat moderne.

a. La relativisation du monopole de la lex fori

262. En droit public, si le juge français refuse effectivement d'appliquer directement des lois étrangères, aucune décision n'est cependant venue proclamer une inapplicabilité générale du droit public étranger. Bien au contraire, l'individualisme commence aussi à pénétrer un droit public de plus en plus enclin à tolérer des formes de dissociations entre le for compétent et la loi applicable. L'évolution suivante peut ainsi être constatée : le juge de l'impôt est enclin à tenir compte du droit fiscal étranger (i), et le juge judiciaire n'hésite plus à appliquer une règle de droit public étrangère (ii).

i. La prise en compte du droit étranger par le juge de l'impôt

263. En droit fiscal, le juge de l'impôt n'ignore plus complètement le droit fiscal étranger, dès lors que ce dernier a un impact légitime sur la situation de fait considérée¹⁰¹⁵. En 1956 déjà, le mouvement était engagé par un juge judiciaire qui accepta que la nullité d'un contrat soit occasionnée par la violation d'une règle douanière étrangère¹⁰¹⁶. Plus récemment, le juge de l'impôt a accepté de prendre en compte une législation portugaise en matière de droit des sociétés pour apprécier de la normalité d'une aide financière apportée par une société mère française à sa filiale portugaise¹⁰¹⁷. Dans cette

¹⁰¹⁴ Affaire de la détermination de la frontière maritime entre la République Guinée-Bissau et la République du Sénégal, sentence arbitrale du 31 juill. 1989, *op. cit.*, p. 204.

¹⁰¹⁵ V. n. Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 1990, Bull. civ. I, n°123 ; CE, sect., 21 déc. 1977, n° 1344, *DF*, n° 15, 1979, comm. 723, concl. Fabre.

¹⁰¹⁶ Trib. Civ. Seine, 4 janv. 1956, *R.C.D.I.P.*, 1956, p. 679.

¹⁰¹⁷ CE, 8^e-3^e s.s.r., 7 septembre 2009, n° 303560, *SNC Immobilière GSE*, *DF*, n°12, 2009, comm. 1068. Pour le Directeur de la DVNI Olivier Siviéude, cette solution qui consiste à appliquer la législation étrangère du pays qui

décision, le juge de l'impôt a fait l'effort d'une analyse préalable du droit étranger non-fiscal, applicable à une institution étrangère, pour apprécier de l'existence d'un acte anormal de gestion selon la loi française (qualification *lege fori*)¹⁰¹⁸. Enfin, bien que le contraire soit affirmé, le juge de l'impôt tient nécessairement compte de l'existence du droit étranger lorsqu'il octroie dans l'ordre du for, en application de règles internes ou conventionnelles, un crédit d'impôt pour éliminer la double imposition internationale¹⁰¹⁹. Cette tendance n'est d'ailleurs pas prête de s'épuiser avec l'introduction récente, dans le droit fiscal français, de dispositifs internes unilatéraux d'élimination de la double imposition internationale applicables aux relations avec le Danemark¹⁰²⁰ et Taiwan¹⁰²¹. En somme, le juge de l'impôt pratique régulièrement la méthode dite de la prise en considération de la loi étrangère¹⁰²² : « il s'agit seulement de tenir compte de son existence dans la mise en œuvre de la règle de droit substantiel applicable, et non pas de l'appliquer en tant que telle »¹⁰²³. Certes, la norme étrangère n'a pas de normativité propre dans l'ordre juridique du for. Reste qu'elle est tout de même prise en considération en tant que « fait » pour la mise en œuvre de la loi du for¹⁰²⁴. Certains, à l'image du Professeur Daniel Gutmann, vont même jusqu'à considérer que cette prise en considération manifeste l'existence d'un

a reçu l'aide (Etat d'accueil de la filiale bénéficiaire) pour déterminer la déductibilité de cet abandon de créance en France à vocation à se généraliser à l'avenir pour prévenir des mécanismes d'évasion consistant à créer une charge déductible dans l'Etat de la source (société mère salvatrice) sans imposition correspondante dans l'Etat de la résidence (filiale en difficulté) (12^e Conférence annuelle « Panorama des redressements fiscaux », Abandons de créances à une société étrangère, *FR Lef.*, n° 40, 2010, p. 33).

¹⁰¹⁸ Cette consultation du droit étranger a également été retenue par le juge de l'impôt pour apprécier du fait générateur de l'impôt sur la fortune (L. Jaillais, « Le trust de l'oncle d'Amérique, l'ISF et le juge de l'impôt, *Dr. et patr.*, n° 131, nov. 2004, p. 22).

¹⁰¹⁹ En matière conventionnelle, ne serait-ce que pour juger de l'applicabilité d'une convention fiscale, le juge est bien obligé d'apprécier de la notion de résidence fiscale en application de la loi fiscale étrangère : « la référence, dans la quasi-totalité des conventions fiscales, à l'imposition dans le pays étranger « en raison » de certains facteurs oblige ainsi le juge du for à une recherche de l'esprit du droit étranger, au-delà de sa lettre » (D.Gutmann, « Le juge fiscal et la loi étrangère », *op. cit.*, p. 200).

¹⁰²⁰ Instr. (DGI) du 29 juill. 2010, BOI 14 B-2-10, n° 71 du 2 août 2010.

¹⁰²¹ L'article 77 de la loi de finances rectificative pour 2010 (n° 2010-1658) du 29 dec. 2010 a pour objet d'introduire dans les relations fiscales avec Taiwan des dispositifs d'élimination de la double imposition : réduction des retenus à la source, crédit d'impôt pour impôt payé à l'étranger...etc.

¹⁰²² E. Fohrer, *La prise en considération des normes étrangères*, thèse dact., Université Paris II, 2004.

¹⁰²³ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 230.

¹⁰²⁴ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 451 : « la loi ou le jugement étranger ne déploie pas ses effets juridiques propres, mais constitue une condition d'application d'une norme du for, dont dépend seul l'effet juridique recherché. La normativité de l'événement législatif ou judiciaire étranger n'est pas en cause ».

« raisonnement préalable de droit étranger »¹⁰²⁵, comparable au système des « questions préalables » pratiqué par la Cour de Cassation¹⁰²⁶.

264. Le comité des affaires fiscales de l'OCDE milite d'ailleurs pour un approfondissement de cette prise en considération qui aboutit à remettre en cause, au moins partiellement, le monopole de la *lex fori*. Pour les conflits de qualification, par exemple, les commentaires de l'article 23 A et 23 B du modèle OCDE recommandent aux Etats contractants confrontés à un problème de qualification, dans le traitement fiscal de revenus de source étrangère perçus par leurs résidents fiscaux, d'apprécier le rapport de droit litigieux selon la loi étrangère de l'Etat de la source (*lege causae*)¹⁰²⁷. Idem pour le traitement fiscal des sociétés de personne : les commentaires de l'article 1¹⁰²⁸ et de l'article 4¹⁰²⁹ du modèle OCDE recommandent à l'Etat de

¹⁰²⁵ D.Gutmann, « Le juge fiscal et la loi étrangère », *op. cit.*, p. 194.

¹⁰²⁶ La Cour de Cassation considère que l'éventuelle question préalable qui se pose à la résolution d'un litige doit être tranchée, indépendamment de la loi applicable à la question principale, selon la règle de conflit de lois du for (Cass. 1^o civ., 22 avr. 1986, Djenangi, *R.C.D.I.P.*, 1988, p. 302, note Bischoff). Daniel Gutmann transpose ce raisonnement à la jurisprudence fiscale étudiée en l'espèce pour en déduire qu'il est « parfaitement naturel que la loi fiscale française, gouvernant la question principale (à savoir l'imposition d'une personne donnée), n'intervient en rien avec la loi applicable à la question préalable, qui doit être désignée selon les règles de conflits ordinaires » (D.Gutmann, *Ibidem*, p. 196). Cet auteur considère, en effet, qu'au moment de la « consultation » du droit étranger aux fins de la mise en œuvre de la loi fiscale du for, le juge fiscal ne va pas uniquement « se plier à la qualification retenue par le droit étranger », mais va aussi « connaître le droit étranger pour procéder à la qualification selon le droit français » (*Idem*, p. 197). Il en déduit que la loi étrangère constitue, pour le juge fiscale, non pas un « fait » mais « une véritable règle de droit » qui s'impose dans la résolution du litige (*Idem*, p. 203).

¹⁰²⁷ Paragraphe 32.2 et 32.3 des Commentaires OCDE sur les articles 23 A et 23 B du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : « L'interprétation des mots « conformément aux dispositions de la présente Convention, sont imposables » qui sont utilisés dans les deux articles présente une importance particulière pour le traitement des cas dans lesquels l'Etat de la résidence et l'Etat de la source classent de manière différente le même élément de revenu ou de fortune pour l'application des dispositions de la Convention. Différentes situations doivent être prises en considération à cet égard. Lorsque, en raison de différences entre les droits internes de l'Etat de la source et de l'Etat de la résidence, le premier applique à un élément particulier de revenu ou de fortune, des dispositions de la Convention différentes de celles qu'auraient appliquées l'Etat de la résidence au même élément, le revenu n'en reste pas moins imposé conformément aux dispositions de la Convention telles que les interprète et les applique l'Etat de la source. Dans un cas de ce genre, les deux articles requièrent donc que l'Etat de la résidence accorde un allègement de la double imposition en dépit du conflit de qualification résultant de ces différences entre les droits internes. ».

¹⁰²⁸ Paragraphe 6.3 des commentaires OCDE sur l'article 1 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : « le principe en vertu duquel l'Etat de la source doit prendre en compte, en tant que faisant partie du contexte factuel dans lequel la Convention doit être appliquée, la manière dont un élément de revenu perçu sur son territoire est traité dans l'Etat dont la personne qui réclame les avantages des dispositions de la Convention est un résident ».

¹⁰²⁹ Paragraphe 8.7 des commentaires OCDE sur l'article 4(1) du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : « Lorsqu'un Etat ne tient pas compte de l'existence d'une société de personnes pour fins fiscales et lui applique le régime de la transparence fiscale, imposant plutôt les associés sur leur part du revenu de la société de personnes, cette dernière n'est pas assujettie à l'impôt et ne peut donc pas être considérée comme un résident de cet Etat. Dans un tel cas où le revenu de la société de personnes « transite » vers les associés en vertu de la législation interne de cet Etat, les associés sont les personnes qui sont assujetties à l'impôt sur ce revenu et qui peuvent donc demander à bénéficier des conventions conclues par les Etats dont elles sont résidentes. Cette dernière situation prévaudra même si, en vertu de la législation interne de l'Etat de la source, le revenu est

la source, pour les besoins de l'imposition de revenus « sortant » à destination de sociétés de personnes étrangères, de juger du degré de transparence fiscale de celles-ci conformément à la loi de leur Etat de résidence. Sur cette question, bien que la France n'applique pas en la matière les recommandations de l'OCDE, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de qualifier une société de personne étrangère (société CV néerlandaise¹⁰³⁰) de transparente aux fins de l'application d'une convention fiscale sur des revenus sortants de source française, sur la base d'une analyse approfondie du droit des sociétés de cet Etat étranger¹⁰³¹. Le droit communautaire n'est pas en reste sur ce sujet, puisque la jurisprudence de la Cour de Justice impose à l'Etat de la résidence d'une société mère de tenir compte des pertes réalisées par une filiale établie dans un autre Etat membre, dès lors que celles-ci sont « définitives » ou « finales »¹⁰³². Or, pour juger du caractère final d'une perte étrangère, le juge fiscal national sera bien obligé de se pencher sur le contenu de ce droit fiscal étranger. Jurisprudence qui ne va pas sans susciter certaines critiques, dans la mesure où le traitement fiscal d'une perte dans un Etat membre dépend, *in fine*, du droit fiscal étranger applicable à cette perte dans un autre Etat membre¹⁰³³.

attribué à une société de personnes qui est traitée comme une entité indépendante imposable. Les États qui ne seraient pas en mesure de se rallier à cette interprétation de l'article pourraient obtenir le même résultat au moyen d'une disposition spéciale qui éviterait la double imposition résultant d'une imputation différente du revenu de la société de personnes par les deux États. »

¹⁰³⁰ *Gesloten Commanditaire Vennootschap (CV)*.

¹⁰³¹ CE, 8^e-9^e s.s.r., 13 Oct. 1999, n° 191191, *SA Diebold Courtage, RJF*, n°12, 1999, no. 1492. V. a. B. Gouthière, « Eligibility of Foreign Partnerships for Treaty Benefits », *European Taxation*, IBFD, vol. 40, n° 5, 2000, p. 195.

¹⁰³² CJCE, 13 décembre 2005, C-446/03, « Marks & Spencer plc contre David Halsey », *JO C 36* du 11 fév. 2006, p. 5, pt 55. Cette jurisprudence a été transposée aux relations entre un siège et sa succursale étrangère : CJCE, 15 mai 2008, C-414/06, « Lidl Belgium GmbH & Co KG », *JO C 171* du 5 juill. 2008, p.6 ; G.T.K. Meussen, « Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishment : *Lidl Belgium and Deutsche Shell* », *European Taxation*, vol. 48, n° 5, mai 2008, p. 234 ; C. Wimpissiger, « Cross-border transfer of losses, the ECJ does not agree with Advocate General Sharpston », *EC Tax Review*, n° 4, 2008, p. 178.

¹⁰³³ V. n. les problèmes rencontrés par la Cour de Justice dans l'affaire « Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH » du 23 octobre 2008 (C-157/07). Pour une critique approfondie des contradictions nées de la jurisprudence de la Cour de Justice sur les pertes étrangères, v. n. M.J. Graetz and A.C. Warren, « Income tax discrimination and the political and economic integration of Europe », *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1220 ; P. J. Wattel, « Corporate tax jurisdictions in the EU with respect to branches and subsidiaries ; dislocation distinguished from discrimination and disparity ; a plea of territoriality », *EC Tax Review*, n° 4, 2003, p.199 ; D. Weber, « In Search of a (New) Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within the EC », *Intertax*, Vol. 34, n° 12, 2006, p. 587.

265. Enfin, le développement récent de l'assistance administrative internationale contribue aussi à remettre en question l'idée du monopole de la *lex fori*. D'abord parce que cette coopération oblige les administrations fiscales à se porter mutuellement assistance dans l'application de leur législation fiscale par l'échange d'informations et la notification de documents officiels étrangers. Puis, surtout, parce qu'elle ouvre la voie, dans le cadre de l'assistance au recouvrement d'une créance fiscale étrangère, à une application indirecte de la loi étrangère par le juge de l'exécution de l'Etat requis dans les cas suivants : la question des délais de prescription de la créance fiscale étrangère et des actes de poursuite interruptifs de prescription¹⁰³⁴, et la question de l'exigibilité de la créance fiscale étrangère¹⁰³⁵. Il est vrai que ces éléments normatifs étrangers tenant à l'existence de la créance fiscale ne font l'objet, pour le moment, que d'un contrôle limité de la part des juridictions françaises compétentes en matière de recouvrement de l'impôt¹⁰³⁶. Reste que l'idée et la possibilité d'un tel contrôle n'en constituent pas moins, en soi, un affront au monopole de la *lex fori*¹⁰³⁷. Pour finir, cette assistance administrative a été l'occasion pour le juge judiciaire de se reconnaître compétent pour vérifier si l'impôt étranger,

¹⁰³⁴ En application de l'article 27(5) du modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'OCDE, « tant qu'une créance fiscale peut encore être recouvrée (...) ou donner lieu à des mesures conservatoires (...) dans l'Etat requérant, aucune objection fondée sur les délais de prescription prévus par les lois de l'Etat requis ne peut être opposée à l'application du paragraphe 3 ou 4 à cette créance fiscale » (commentaires OCDE de l'article 27, pt. 23) ; *a contrario*, cette exclusion signifie que le juge de l'exécution de l'Etat requis devra juger de la prescription de la créance fiscale étrangère en application de la loi de l'Etat requérant. Reste que pour les juridictions françaises, cette dérogation au monopole de la *lex fori* ne couvre pas la question des délais de prescription (v. n. CE, 9^e-10^e s.s.r., 28 mars 2007, n° 289613 et 289614, *Sté Hallumeca*, *DF*, n° 25, 2007, comm. 665).

¹⁰³⁵ Au cours du contentieux du recouvrement porté devant le juge de l'exécution, ce dernier peut-être amené à juger de l'exigibilité de l'impôt étranger pour vérifier la régularité en la forme de la demande d'assistance de l'Etat étranger : Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-12.068, *Mme Keeser*, *DF*, n°40, 2010, p. 58. De surcroît, au cours du contentieux du recouvrement, le contribuable en France est susceptible de contester un commandement de payer pour absence de bien-fondé de l'imposition (l'opposition à contrainte). La question de la compétence du juge de l'impôt français pour apprécier du bien-fondé de mesures de poursuites prises par l'administration fiscale française dans le cadre d'une procédure d'assistance conventionnelle, c'est-à-dire de mesures prises sur le fondement d'une créance fiscale étrangère, ne trouve pas de réponse nette et a donc été transmise au Tribunal des conflits (v. CE, 9^e-10^e s.s.r., 30 juillet 2010, n° 317575, *Keeser*, *RJF*, n°10, 2010, no. 1057).

¹⁰³⁶ J.P. Maublanc, « Le non-respect des conditions de forme d'une demande d'assistance internationale au recouvrement est sans incidence sur la validité de cette demande », *DF*, n° 40, 2010, p. 59.

¹⁰³⁷ Certains auteurs sont même allés jusqu'à affirmer que « l'exclusion radicale de toute idée de conflit de lois en matière fiscale ne reflète peut-être plus le droit positif. Datée, sans doute acceptable voici quelques décennies, lorsque les conventions fiscales ne tenaient encore qu'une place marginale, elle ne va plus de soi, comme si l'ouverture des frontières aux marchandises et aux services s'accompagnait à terme, de celle du droit fiscal aux méthodes du droit international privé » (J.P. Bertolas et D. Cohen, « note sous Cass. Com. 24 mars 1992 », *R.C.D.I.P.*, 1993, p. 261 et s., cité à partir de D. Gutmann, « Le juge fiscal et la loi étrangère », *op. cit.*, p. 194).

dont le recouvrement est poursuivi, entre bien dans le champ d'application de la convention fiscale appliquée¹⁰³⁸.

ii. L'application du droit public étranger par le juge judiciaire

266. En droit public non fiscal, le juge administratif prend soin de ne pas se prononcer explicitement sur le sujet¹⁰³⁹ ; les juridictions judiciaires, en revanche, n'hésitent pas à appliquer une règle de droit administratif étrangère. C'est le cas, par exemple, de la compétence de l'officier d'état civil étranger pour célébrer un mariage, ou des lois étrangères en matière de nationalité. Pour le juge judiciaire français, la nature de la loi étrangère applicable importe peu : « dès lors que la relation juridique à propos de laquelle on s'interroge met en présence non seulement un ou plusieurs individus, mais un Etat déterminé – impliqué soit comme sujet, soit à un autre titre – seule la loi de cet Etat est applicable, et ce sans aucune limitation spatiale »¹⁰⁴⁰. Le juge judiciaire accepte aussi de reconnaître des effets à des situations créées par le droit public étranger : « Attendu qu'en droit international privé il est de règle en France que les droits acquis à l'étranger en vertu d'une loi de droit public peuvent être valablement invoqués dans la mesure où ils ne sont pas contraires à l'ordre public »¹⁰⁴¹. Décision d'autant plus remarquable que le juge de *l'exequatur*, à l'époque, étendait son contrôle sur le fond de la décision étrangère¹⁰⁴². Aucun droit public étranger n'a toutefois encore été appliqué par le juge du for français au titre de la « création » d'un droit, même si certains dispositifs conventionnels invitent le juge à franchir ce pas en reconnaissant un effet aux lois de police d'Etat tiers. Cette dernière notion, en effet, est susceptible de recouvrir les lois étrangères de droit public économique¹⁰⁴³. La position réservée du juge judiciaire ne

¹⁰³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1963, *Chassagne*, D. 1963, p. 259.

¹⁰³⁹ P. Mayer, « Le rôle du droit public en droit international privé », *RID comp.*, n°2, 1986, p.478.

¹⁰⁴⁰ P. Mayer, « Le rôle du droit public en droit international privé », *op. cit.*, p.478.

¹⁰⁴¹ Cour d'appel de Rouen, 20 mars 1968, *R.C.D.I.P.*, 1970, p. 70, note Jambu-Merlin.

¹⁰⁴² V. *infra* Titre II Partie II Chapitre I Section 2 §1:A.

¹⁰⁴³ Article 7§1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles : « Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux

semble donc pas définitive ; mieux, « on a l'impression que les conflits de droit public économique en sont aujourd'hui au même point que celui où se sont trouvés les conflits de lois de droit privé au tournant du siècle dernier »¹⁰⁴⁴.

267. En résumé, il est possible de souscrire à la Résolution de l'Institut de Droit International qui proclamait, dès 1975, que l'idée d'une inapplicabilité *a priori* du droit public étranger n'est fondée sur aucune raison théorique et pratique valable en droit international¹⁰⁴⁵. Résolution qui condamne d'ailleurs, tout aussi fermement, le prétendu principe de territorialité absolue.

b. La contestation du prisme de la lex loci

268. La réalité du droit fiscal est que chaque impôt a ses propres règles de source internes, de même que chaque convention fiscale coordonne ces règles de source internes de façon différente. Deux éléments, en particulier, permettent de discréditer l'hypothèse d'une limite aux compétences normatives épousant les contours du territoire du for : les Etats exercent régulièrement leur pouvoir d'imposition au-delà des limites de leur territoire (i), et les règles de source conventionnelles, en dépit de leur caractère bilatéral, ont pour seul objet d'éliminer la double imposition sans jamais se préoccuper d'une quelconque « délimitation » des pouvoirs d'imposition (ii).

dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application ».

¹⁰⁴⁴ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁴⁵ Résolution de l'Institut de Droit International, Session de Wiesbaden – 11 août 1975, « L'application du droit public étranger », Vingtième Commission, Rapporteur M. Pierre Lalive.

i. *L'exercice de compétences fiscales extra-territoriales*

269. Le droit positif nous offre une multitude d'exemples où la loi fiscale revendique, plus ou moins explicitement, une portée extra-territoriale¹⁰⁴⁶. En matière d'impôt sur le revenu des personnes physiques (IR), pour commencer, les Etats-Unis ont coutume d'exercer un pouvoir d'imposition sur les revenus mondiaux de leurs citoyens quelle que soit leur résidence fiscale¹⁰⁴⁷. Un citoyen étasunien résident fiscal de France et ne percevant que des revenus de source française, par exemple, restera soumis à une obligation fiscale illimitée aux Etats-Unis à raison de sa seule nationalité. Compétence fiscale extra-territoriale, donc, qui ne soulève pas le moindre froncement de sourcil des diplomates ; mieux, elle est parfois justifiée doctrinalement comme la forme d'imposition la plus adaptée à notre société globalisée¹⁰⁴⁸. Plus modestement, la majorité des Etats soumettent leurs résidents fiscaux à une obligation fiscale illimitée, c'est-à-dire couvrant les revenus de source étrangère comme ceux de source domestique, quelle que soit leur nationalité¹⁰⁴⁹. Que l'Etat exerce une compétence fiscale illimitée (dite aussi « mondiale ») sur ses citoyens pourrait, à la rigueur, être présenté comme une exception au principe de territorialité fondée sur le principe de nationalité¹⁰⁵⁰. Mais comment justifier, *ratione loci*, l'exercice d'une compétence fiscale illimitée sur des résidents fiscaux dépourvus de la nationalité de l'Etat créancier ? Nicolas Melot s'est naturellement penché sur cette question délicate de l'imposition mondiale d'un résident fiscal non national à la

¹⁰⁴⁶ Les Etats-Unis sont, dès lors qu'il s'agit de combattre l'évasion fiscale, particulièrement friand de législation à portée extra-territoriale : en application du *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA, août 2010), par exemple, une retenue de 30% doit être appliquée sur tous les paiements effectués sur des comptes ouverts auprès d'institution financières étrangères, à moins que celles-ci ne communiquent à l'administration américaine (l'IRS) certaines informations relatives aux comptes possédés par des résidents américains (v.n. C. Acard, « Fiscalité Financière », *DF*, n°38, 2010, p. 20).

¹⁰⁴⁷ V.n. J. G. Rienstra, « United States – Individuals », in: *Country Survey*, IBFD publication, 2010, p. 1.

¹⁰⁴⁸ M.S. Kirsh, « Taxing Citizens in a Global Economy », *New York University Law Review*, n° 82, 2007, p. 443; J. Prebble, « Ectopia, Tax Law and International Taxation », *op. cit.*, p. 385: « In fact, countries sometimes do tax income derived by non-residents that has a foreign source according to general principle ».

¹⁰⁴⁹ Pour la France, c'est l'article 4 A du CGI qui dispose : « Les personnes qui ont en France leur domicile fiscal sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison de l'ensemble de leurs revenus. Celles dont le domicile fiscal est situé hors de France sont passibles de cet impôt en raison de leurs seuls revenus de source française ».

¹⁰⁵⁰ V. en ce sens F.A. Mann, « The doctrine of International Jurisdiction revisited after Twenty Years », *op. cit.*, p. 19-32.

lumière de sa propre théorie du *Grenzrecht*. Pour surmonter cette contradiction, il explique que la résidence est une règle de source qui se rattache, implicitement, au territoire de l'Etat : c'est le « patrimoine » du contribuable et non sa « personne » qui est visé par la loi fiscale qui définit la résidence fiscale¹⁰⁵¹. Cette compétence ne s'exerce par conséquent qu'en apparence sur la base d'un rattachement personnel, le véritable lien d'allégeance étant, lui, de nature territoriale. Cette démonstration ne convainc cependant qu'à moitié. La notion conventionnelle de « résidence » renvoie à celle, interne, de « domicile ». Or, dans le langage traditionnel des conflits celle-ci « a toujours fait abstraction du terme matériel de ce rapport, et, bien loin d'appeler territoriale la loi du domicile, on l'oppose à la loi territoriale en la qualifiant de personnelle, comme si le territoire ici disparaissait et s'effaçait en quelque sorte derrière la personne »¹⁰⁵². Par conséquent, si l'assimilation du critère de la résidence à une règle de source au sens large (ou règle d'allégeance) est concevable, en raison de leur finalité commune¹⁰⁵³, celle du critère de la résidence à un critère de rattachement de nature territoriale l'est beaucoup moins. Un problème similaire se pose d'ailleurs en matière d'impôt sur les sociétés (IS): comment expliquer qu'un Etat puisse imposer une obligation illimitée aux succursales de sociétés étrangères établies sur son territoire? Le concept conventionnel d'établissement stable¹⁰⁵⁴, qui autorise l'imposition mondiale d'une succursale par l'Etat d'accueil, ne se réduit pas à une simple règle de source à connotation territoriale. Il témoigne plutôt de l'existence de critères de rattachement hybrides : une sorte de « quasi-résidence »¹⁰⁵⁵. De la même manière, comment rendre compte, *ratione loci*, de l'exercice par des Etats

¹⁰⁵¹ N. Melot, « Essai sur la compétence fiscale étatique », *op. cit.*, §48 : « ... la résidence en matière fiscale, qu'il convient donc de qualifier de territoriale, doit être analysée comme un critère de localisation d'un patrimoine sur le territoire d'un Etat qui permet à cet Etat de légitimer, par l'exercice de sa compétence territoriale, une imposition mondiale des revenus attachés à ce patrimoine ». V. a. du même auteur, *Territorialité et Mondialité de l'impôt*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁵² J. Aubry, « De la notion de territorialité en droit international privé », t. 27, *op. cit.*, p. 694.

¹⁰⁵³ Cette finalité commune correspond à la *détermination* de la compétence fiscale pour les règles de source internes, et à la *distribution* de l'exercice de cette compétence fiscale pour les règles de source conventionnelles (v. *infra* p. 308).

¹⁰⁵⁴ L'article 5(1) du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE fournit la définition générale de la notion d'établissement stable (version 2008) : « Au sens de la présente Convention, l'expression « établissement stable » désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité ».

¹⁰⁵⁵ W. Schön, « International Tax Coordination for a Second-Best World (I) », *op. cit.*, p. 120.

d'un pouvoir d'imposition sur des revenus réalisés à l'étranger par une société étrangère contrôlée (lesdites *Controlled Foreign Corporation rules*)¹⁰⁵⁶ ? Le seul lien d'allégeance identifiable dans ce cas est le suivant : les liens capitalistiques qui unissent la société étrangère à la société mère résidente de l'Etat créancier. Critère de rattachement un peu précaire à la lumière des théories du *Grenzrecht*¹⁰⁵⁷ ; et pourtant, cette mesure anti-évasion se retrouve dans la majorité des législations fiscales des Etats membres de l'OCDE.

ii. L'absence de limitation du champ ratione loci de la loi fiscale sous l'impulsion des règles de source conventionnelle

270. Le droit positif nous enseigne qu'aucun principe général du droit international n'interdit l'imposition mondiale des bénéfices commerciaux, même lorsqu'ils sont réalisés à l'étranger par des entités étrangères¹⁰⁵⁸. À l'inverse, la pratique montre que l'existence d'un pouvoir de contrainte de l'Etat sur une matière imposable, localisée à l'intérieur de son territoire, n'est pas toujours suffisante à l'exercice d'un droit d'imposition. Tant l'Etat de passage d'oléoducs et gazoducs¹⁰⁵⁹, que l'Etat de transit d'avions de transport¹⁰⁶⁰, renoncent régulièrement à l'exercice de leur droit d'imposition

¹⁰⁵⁶ En France l'article 209 B du CGI permet de rendre imposable en France, sous la forme de dividendes réputés distribués, les bénéfices réalisés dans les filiales étrangères (v. n. *BOI*, 4 H-1-07, 16 janvier 2007).

¹⁰⁵⁷ V. n. D. Sandler, *Pushing the Boundaries: The Interaction Between Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*, The Institute of Taxation, London, 1994, p. 93-102.

¹⁰⁵⁸ W. Schön, « International Tax Coordination for a Second-Best World (I) » (trad. par l'auteur), *op. cit.*, p. 91 : « no general principle of international law will prevent worldwide taxation of corporate profits ».

¹⁰⁵⁹ De nombreux Etats, dans leur législation nationale, peuvent exercer un droit d'imposition sur des oléoducs par l'intermédiaire du critère de l'établissement stable : c'est le cas de la Papouasie Nouvelle-Guinée (v. *Income tax Act*, No. 24 1959, IBFD Publications), mais aussi de l'Allemagne (v. n. Cour Fédérale de Dusseldorf (*Finanzgericht*), 10 Septembre 1991, 9 K 524/86 BB, in EFG 1992, pt. 717 ; M. Lampe, « Broadening the Definition of a Permanent Establishment : The Pipeline decision », *European Taxation*, IBFD, vol. 38, n°2, 1998, p. 67). Le modèle de convention OCDE, en revanche, oblige les Etats qui s'y conforme à renoncer à ces formes d'imposition conformément au paragraphe 26.1 des Commentaires OCDE de l'article 5(4) du modèle (v. n. H. Pijl, « The Concept of Permanent Establishment and the Proposed Changes to the OECD Commentary with Special Reference to Dutch Case Law », *Bulletin of International Taxation*, IBFD, vol. 56, n° 11, nov. 2002, p. 558-559). Les travaux menés par le Groupe de travail n°1 du Comité des affaires fiscales de l'OCDE accentue, vis-à-vis des câbles de transmission de matières premières ou de communication, la limitation des droits d'imposition de l'Etat de la source (v. n. M. Bennett, « La mise à jour 2010 du modèle de convention fiscale de l'OCDE », *JCP E*, n° 42, 2010, p. 51).

¹⁰⁶⁰ En application du modèle de convention fiscale de l'OCDE, l'Etat de la source est privé de tout droit d'imposition sur les activités de transport qui transitent sur son territoire : « Les bénéfices provenant de

par des engagements conventionnels. C'est à croire que les règles dites de « source », posées par les conventions fiscales¹⁰⁶¹, n'ont pas réellement pour objet d'orchestrer une limitation *ratione loci* des compétences fiscales normatives respectives de chaque Etat contractant autour de leur territoire.

271. Lorsque les Etats négocient dans les conventions fiscales des critères de rattachement de la matière imposable par catégorie de revenus, ce n'est pas dans le but de « délimiter » leurs compétences fiscales respectives, mais dans celui d'assurer à leurs sujets une élimination de la double imposition juridique par un renoncement, réciproque, à l'exercice de compétences fiscales préexistantes¹⁰⁶². Conformément au principe de subsidiarité reconnu et appliqué dans la majorité des systèmes fiscaux¹⁰⁶³, « l'objet des conventions fiscales est de limiter l'exercice de la juridiction fiscale – non pas la limitation de la compétence législative des Etats impliqués »¹⁰⁶⁴. Contrairement aux apparences, les règles de source conventionnelles n'ont donc pas pour effet de « délimiter » ou de « limiter » le pouvoir d'imposition des Etats, mais uniquement de « distribuer » le droit d'exercer un pouvoir

l'exploitation, en trafic international, de navires ou d'aéronefs ne sont imposables que dans l'Etat contractant où le siège de direction effective de l'entreprise est situé » (article 8 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE, version 2010).

¹⁰⁶¹ Les règles de source internes ne seront pas traitées dans ce paragraphe. Des conclusions similaires seront toutefois dressées plus tard à leur sujet, mais sur la base d'un raisonnement différent (v. *infra* p. 353).

¹⁰⁶² C'est pourquoi le raisonnement qui va suivre n'est valable que pour les règles de source dites conventionnelles. Pour ce qui est des règles de source internes, elles participent clairement à la « détermination » de la compétence fiscale de l'Etat et peuvent, le cas échéant, « limiter » cette compétence fiscale *ratione loci*. Celles-ci ne peuvent, en revanche, prétendre faire l'œuvre du bornage entre deux pouvoirs d'imposition en raison de leur caractère interne et unilatérale (v. *infra* p. Titre II Partie I Chapitre II Section 2§2:B.).

¹⁰⁶³ En France, la question du principe de subsidiarité, qui est indissociable de celle de la légalité de l'impôt, a suscité d'intéressantes discussions lors de l'entrée en vigueur de l'avenant signé le 26 mai 2003 à la convention fiscale du 18 mai 1963 avec Monaco, dans la mesure où ce dernier semble avoir la prétention de fonder juridiquement une imposition sans fondement dans la loi française (J.P. Maublanc, « Taxation rétroactive à l'ISF, sur leur patrimoine mondiale, des Français établis à Monaco depuis 1989 », *DF*, n°3, 2011, comm. 117, p. 32). Pour des analyses plus générales du principe de subsidiarité, v. n. M.C. Bergerès, « Le principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales », *DF*, 2005/36, p. 1328-1334 ; A. Lecocq, « Le principe de subsidiarité confirmé par la Cour suprême administrative française », *Revue générale de fiscalité*, éd. Waterloo, Vol. 41, n° 1, 2010, p. 4-11 ; ...etc.

¹⁰⁶⁴ K. Holmes, *International Tax Policy and Double Tax Treaties* (trad. par l'auteur), IBFD, Amsterdam, 2007, p.87: « While conflict rules address the enforcement jurisdiction of the states involved, they are not concerned with the states' legislative jurisdiction. Conflict rules leave the fiscal jurisdiction unchanged, or restrict it, but they cannot extend it. *The object of DTA is the limitation of the exercise of fiscal jurisdiction – not the limitation of the legislative competence of the states involved* » (souligné par l'auteur).

d'imposition préexistant¹⁰⁶⁵. Précision élémentaire sur la nature et la portée de ces normes conventionnelles qui permet d'émettre de sérieux doutes sur l'opportunité de la jurisprudence du Conseil d'Etat consistant à assimiler ces normes à des règles de source interne limitant le champ d'application de la loi fiscale¹⁰⁶⁶. Elle conforte en revanche la position de la France qui, contre l'opinion majoritaire des Etats membres de l'OCDE¹⁰⁶⁷, considère qu'une personne ne peut opposer à l'Etat de la source d'un revenu les droits découlant d'une convention fiscale bilatérale sans être soumise à une imposition effective dans son Etat de résidence. Pour l'administration fiscale¹⁰⁶⁸ comme pour le juge de l'impôt¹⁰⁶⁹ français, en effet, l'existence matérielle d'une double imposition est un préalable nécessaire à l'application d'une convention fiscale : une personne exonérée d'impôt dans son Etat d'origine n'est donc pas, *de facto*, éligible à la qualité de « résident » au sens conventionnel. Une convention fiscale n'a pas vocation à « délimiter » dans l'abstrait des compétences fiscales que les Etats contractants sont libres, par la suite, d'exercer. Elle intervient au contraire pour résoudre concrètement un problème de double imposition née de la liberté dont dispose les Etats pour déterminer leur compétence fiscale respective. Bref, la répartition des droits d'imposition découlant du droit fiscal conventionnel n'implique pas, et n'aboutit pas, au bornage *ex ante* des compétences normatives des Etats contractants. Ces derniers ne font que renoncer à l'exercice d'une compétence fiscale déjà acquise en application de leurs règles de source internes aux fins de l'élimination de la double imposition.

¹⁰⁶⁵ À ce sujet, peut-être que l'usage du terme de règle « distributive » serait préférable à celui de règle de « source » au sujet de ces règles conventionnelles. Le terme de règle de source pourrait, dans ces conditions, être réservé aux règles internes et unilatérales de détermination de la compétence fiscale de l'Etat.

¹⁰⁶⁶ V. n. CE, Plén., 28 juin 2002, n° 232276, *min. c/ Sté Schneider Electric, RJF*, n° 10, 2002, n° 1080; B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales, op. cit.*, p. 201.

¹⁰⁶⁷ V. n. le paragraphe 8(5) des commentaires OCDE sur l'article 4 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (version 2008), qui stipule qu'une personne doit être considérée comme « résidente » au sens de la convention dès lors qu'elle est susceptible d'être soumise, dans un Etat contractant, à une obligation fiscale illimitée. Peu importe que cet Etat ne lui applique pas, en fait, d'impôt (v.a. B. da Silva, « Granting Tax Treaty Benefits to Collective Investment Vehicles : A Review of the OECD Report and the 2010 Amendments to the Model Tax Convention », *Intertax*, vol. 39, n° 4, 2011, p. 200 : « an entity that enjoys a complete exemption from tax should still be considered as a resident of a certain State as long as such State could exercise jurisdiction to tax that entity on its worldwide income »).

¹⁰⁶⁸ Instr. du 22 mai 2003, BOI 14 B-3-03, n° 92 du 22 mai 2003, commentaires de la convention fiscale signée avec l'Algérie le 17 octobre 1999.

¹⁰⁶⁹ V. n. CAA Paris, 3e ch., 21 mai 1991, n° 89845 et 89846, *Safyurtlu* ; CAA Bordeaux, 1^{er} ch., 9 juill. 1991, n° 89640, *de Montal, DF*, n° 15, 1992, comm. 761 ; CAA Paris, 3^e ch., 15 juin 1993, n° 92-56, *Chuter*; Cass. com., no 83D, 11 janv. 2000, *Ginez, RJF*, n° 4, 2000, no 571.

272. En résumé, il n'y a pas en droit international de principe contraignant les Etats à ne pas exercer leur pouvoir d'imposition au-delà de leurs frontières¹⁰⁷⁰. Pire, « peut-être que la règle fondamentale en matière d'imposition internationale est qu'il n'y a pas de règles internationales d'imposition »¹⁰⁷¹. Quelle que soit leur proximité avec la notion de territoire, les critères de rattachement utilisés par les règles de source (internes ou conventionnelles) correspondent, dans le meilleur des cas, à une « autolimitation »¹⁰⁷² du législateur. Bref, la territorialité de l'impôt, sous toutes ses formes, est étrangère à la notion de frontière internationale sur le plan juridique. Car « il n'y a pas de principe en droit international qui interdise à un Etat de tenter d'imposer des revenus de source étrangère reçus par des personnes ni résidentes, ni citoyennes »¹⁰⁷³. Des limites extérieures et spatiales à cette compétence fiscale n'existent pas plus dans un espace intégré comme l'Union Européenne. La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), faute de prescriptions en droit communautaire sur la répartition ou la limitation de la souveraineté fiscale, « semble finalement aller jusqu'à accepter l'emprise illimitée de deux États sur la même substance fiscale »¹⁰⁷⁴. Cette absence de critères communs découlant du droit international public aux fins de la répartition de la compétence fiscale des Etats concerne également, à plus forte raison, les autres compétences normatives de l'Etat.

¹⁰⁷⁰ K. Holmes, *International Tax Policy and Double Tax Treaties*, *op. cit.*, p. 99: « ...there is very limited international law constraining countries from imposing taxes outside of their borders ».

¹⁰⁷¹ V. n. R.M. Bird and J.S. Wilkie, « Source vs. Residence-based taxation in the European Union: the wrong question? » (trad. par l'auteur), in: *Taxing Capital Income in the European Union*, Cnossen, Oxford University Press, 2002, p. 91: « Perhaps the most fundamental rule of international taxation is that there are no rules of international taxation »; W. Schön, « Persons and Territories : on the International Allocation of Taxing Rights », *British Tax Review*, n°6, 2010, p. 559.

¹⁰⁷² J. Prebble, « Ectopia, Tax Law and International Taxation » (trad. par l'auteur), *op. cit.*, p. 385: « These rules [territorialité] are self-imposed ».

¹⁰⁷³ J. Prebble, *Ibidem* (trad. par l'auteur), p. 385: « These rules [territorialité] are self-imposed. There is no principle of international law that prevents a country from trying to tax foreign-source income that is derived by someone who is neither a resident nor a citizen ».

¹⁰⁷⁴ J. Kokott, concl. sous l'affaire C-282/07, *Truck Center SA*, présentées le 18 septembre 2008, Rec. 2009, p. 12, pt 59.

2) *Le cas général des conflits de lois ou de juridictions*

273. Le premier défaut qui entache les théories du *Grenzrecht* à la lumière du droit international privé contemporain, sans même traiter de la question de leur fondement, est leur inutilité pratique (a). Le second repose, plus profondément, dans la contrariété insurmontable entre ces théories et le droit international privé contemporain (b).

a. *L'inefficacité pratique des théories du Grenzrecht pour limiter le pouvoir normatif des Etats*

274. À la différence du droit public, la pluralité des lois applicables devant le juge du for s'est imposée très tôt en droit privé¹⁰⁷⁵. La règle de conflit contemporaine peut désigner une loi étrangère et servir, alors, de norme d'habilitation « dictant au juge du for de faire de la loi étrangère la base de son raisonnement »¹⁰⁷⁶. Des anciennes théories du *Grenzrecht* ne subsistent par conséquent que (i) la priorité de la loi territoriale *ratione loci*, (ii) l'origine commune des règles de conflit dans le droit international public et, enfin, (iii) le caractère attributif de compétence de la règle de conflit. Mais à supposer que cette manifestation imparfaite de la frontière internationale existe, ne serait-ce que comme critère exclusif ou principal de désignation de la loi applicable, elle s'avère de toute façon impuissante à limiter concrètement et harmonieusement l'activité normative des Etats.

275. À supposer l'existence d'une exclusivité ou d'une priorité de la *ratione loci* dans la caractérisation de la loi applicable, celle-ci peut se décliner en des lieux multiples et donner naissance à des situations

¹⁰⁷⁵ Cass. Civ. Ire, 21 juin 1948, *Patino*, *JCP G*, n° 2, 1948, p.4422.

¹⁰⁷⁶ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 448.

d'éclatement. Tout critère de rattachement de nature spatiale peut mettre en concurrence une pluralité de lois se disputant la qualification de lois territoriales. Face à un délit géographiquement dispersé, par exemple, la loi du lieu du délit (*lex loci delicti*) peut se décliner en des territoires multiples. De la même manière, la loi du lieu d'un bien peut rentrer en conflit avec la loi de la forme lorsque l'acte est passé dans un autre pays que celui où est situé le bien. C'est la « grande équivoque »¹⁰⁷⁷, parfaitement exposée par Aubry, qui entoure la territorialité des lois. Or, cette variété de lois territoriales compromet sérieusement la prétendue finalité « délimitatrice » des règles de conflit de lois.

276. Par ailleurs, il y a longtemps qu'en droit privé le territoire, même assisté de la nationalité, a perdu le monopole de la définition des critères de rattachement. Ces derniers sont aujourd'hui incontestablement multiples : attributs de la personne (nationalité, domicile ou résidence)¹⁰⁷⁸, situation physique d'une chose, d'un acte ou d'un fait juridique, accord des volontés¹⁰⁷⁹, gestion des services publics¹⁰⁸⁰... etc. Bref, force est de constater que face à la diversité des critères de rattachement, tout projet visant à les classer à l'intérieur d'un ou deux chefs de compétence est nécessairement réducteur.

277. Pour finir, c'est peut-être surtout la « relativisation »¹⁰⁸¹ croissante des critères de rattachement, en droit international privé, qui porte un coup fatal au crédit des théories du *Grenzrecht*. Les clauses d'exception autorisant le

¹⁰⁷⁷ J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », t. 27, *op. cit.*, p. 256.

¹⁰⁷⁸ La loi personnelle, à l'instar de la loi territoriale, ne fait pas l'objet d'aucun accord universel et est susceptible de donner lieu à des situations d'éclatement : « Ainsi, il apparaît difficile de soutenir que le droit international public donne compétence, en matière de statut personnel, au seul Etat de la nationalité, alors que la moitié des Etats appliquent la loi du domicile » (P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.* p.7).

¹⁰⁷⁹ L'accord des parties sur la loi applicable est désormais constitutif d'un chef de compétence en matière contractuelle, mais aussi en matière de filiation (v. n. article 311-6 du Code civil) ou de succession (v. n. article 5 de la convention de la Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort).

¹⁰⁸⁰ L'idée d'une compétence normative de l'Etat à l'égard de ses services publics, même à l'étranger, a souvent été défendue en doctrine : J. Basdevant, « La compétence relative aux services publics », *Mémoires et plaidoiries dans l'affaire du Lotus : CPJI, série C, n°13* ; B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, p.25-26 ; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public, op. cit.*, p.352-357... Pour une application de ce critère de rattachement en droit positif, v. n. Cour Permanente d'Arbitrage., 22 mai 1909, affaire des *Déserteurs de Casablanca, R.S.A.*, n°11, p. 126.

¹⁰⁸¹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 523.

juge d'un litige à écarter la loi normalement applicable, au profit de celle présentant des liens plus étroits avec la situation qui est soumise à son appréciation, sont aujourd'hui largement acceptées¹⁰⁸². De la même manière, on assiste au développement de règles de conflit de lois à coloration matérielle : parmi plusieurs lois potentiellement applicables, le juge doit choisir celle qui est la plus adaptée à la poursuite de l'objectif fixé par la règle de conflit¹⁰⁸³. Enfin, l'interminable progression du rôle de la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable participe, aussi, de cette relativisation des critères de rattachement¹⁰⁸⁴. Pour résumer, le droit international privé contemporain semble avoir clairement abandonné toute idée de système « fondé sur le simple énoncé d'un rattachement exclusif et rigide »¹⁰⁸⁵. Le souci du législateur et du juge n'est plus tant de « répartir dans l'espace des situations homogènes entre lois exclusivement applicables, mais plutôt de combiner les ingrédients d'origine diverse au sein d'une « recette » à finalité matérielle axée sur la satisfaction des intérêts privés en jeu »¹⁰⁸⁶.

278. En résumé, l'imprécision et la confusion semblent régner en maître absolu autour de l'interprétation desdits critères de rattachement territorial. Confusion qui discrédite la prétention des théories du *Grenzrecht* à constituer une réponse harmonieuse aux chevauchements des compétences normatives des Etats. Comment expliquer, en effet, la contradiction suivante : d'un côté, certains auteurs sont enclins à attribuer à la territorialité de la loi une fonction délimitatrice des activités normatives de l'Etat ; de l'autre, cette même territorialité permet de justifier des doctrines à l'instar de celle des « effets préjudiciables »¹⁰⁸⁷ en droit de la concurrence, ou du critère de

¹⁰⁸² V. n. l'article 6(2) de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui autorise le juge à écarter la loi normalement applicable « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

¹⁰⁸³ V. n. l'article 311-C du Code civil ; l'article 1 de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires...etc.

¹⁰⁸⁴ A.E. Von Overbeck, « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in *Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 619 ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 532.

¹⁰⁸⁵ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 523.

¹⁰⁸⁶ *Idem*, p. 491.

¹⁰⁸⁷ V. n. aux Etats-Unis, *Restatement*, §402, point 1c et §415. Un raisonnement comparable existe aussi dans le droit de la consommation français : l'article L. 121-5 alinéa 2 du Code de la consommation dispose qu'une

« l'accessibilité »¹⁰⁸⁸ en matière de diffusion d'informations sur internet. Cette inefficacité pratique de la territorialité normative pour assurer toute fonction « délimitatrice » est d'autant plus inacceptable qu'elle rentre aujourd'hui en conflit ouvert avec le droit positif.

*b. La contradiction insurmontable entre les théories du *Grenzrecht* et le droit positif*

279. L'irrecevabilité juridique des théories du *Grenzrecht* se vérifie aussi bien en théorie (i), par rapport à la nature de la règle de conflit de lois, qu'en pratique (ii), par rapport à un droit positif qui autorise largement l'exercice par les Etats de compétences normatives extra-territoriales.

i. La contradiction in abstracto

280. Si le droit international prescrivait certaines règles ou standards octroyant des chefs de compétence aux Etats pour exercer leur pouvoir normatif, sur le modèle de la frontière, la règle de conflit étrangère devrait dans certaines circonstances être opposable au juge du for, ou du moins au juge international¹⁰⁸⁹. Or, en l'état actuel du droit international, tel n'est pas

publicité fautive ou de nature à induire en erreur est constitué « dès lors que la publicité est faite, reçue ou perçue en France ». Pour une application de cet article par le juge : Cass. crim., 15 mai 2001, *Bull. crim.* n°122.

¹⁰⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, n° 01-03.225, *Roederer*, *JCP G*, 2004, II, p. 10055, note C. Chabert : dès l'instant qu'une partie constate qu'un contenu litigieux est accessible sur un site en France, elle est recevable à saisir un tribunal français pris en tant que juridiction du lieu où le dommage survient ou menace de survenir, sans qu'il soit utile de rechercher s'il existe ou non un lien suffisant, substantiel ou significatif avec le territoire français. V. a. Cass. com., 20 mars 2007, n° 04-19.679, *JCP G*, 2007, II, 10088, note ME Ancel ; CA Paris, 2^e ch., 2 dec. 2009, *eBay Europe, France et Inc. c/ Maceo*, D., n°8, 2010, p. 403.

¹⁰⁸⁹ Dans une application fidèle de la théorie des droits acquis de l'école hollandaise, rien ne s'oppose à l'efficacité normative d'un jugement en dehors de son Etat d'origine dans la mesure où sa validité relève de la compétence exclusive de l'Etat d'origine. Il faudrait supprimer tout conflit de lois pour ne constater que l'existence d'un droit née à l'étranger susceptible, en vertu de la courtoisie internationale, de déployer ses effets à l'étranger (A. Ferrer-Correia, « La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales », in : *Mélanges Wengler*, t. 2, 1973, p.285).

le cas¹⁰⁹⁰. Dans le meilleur des cas, l'Etat lésé par l'exercice abusif d'une compétence normative d'un autre Etat peut obtenir l'inopposabilité de ces normes au niveau de l'ordre juridique international¹⁰⁹¹. Sur le plan interne, de surcroît, la procédure d'*exequatur* s'oppose systématiquement, dans chaque ordre juridique, à la reconnaissance *de plano* d'un droit acquis en application d'une règle de conflit étrangère. Le système du « renvoi »¹⁰⁹², qui permettait dans des cas exceptionnels au juge du for de faire application d'une règle de conflit étrangère, connaît aujourd'hui « une désaffectation »¹⁰⁹³ certaine en droit conventionnel. Rappelons enfin que, en *sus* de cette inopposabilité de la règle de conflit étrangère, on assiste aujourd'hui à une relativisation de la règle de conflit du for qui discrédite complètement les théories du *Grenzrecht*. Ces dernières reposent, en effet, sur le postulat que la règle de conflit a une vocation universelle puisqu'elle procède d'une règle du droit international public. Dans ce système, aucun droit acquis à l'étranger ne peut prétendre à la régularité internationale sans respecter « la répartition des souverainetés dans l'espace établi par la règle de conflit du for »¹⁰⁹⁴. Mais dans le droit international privé contemporain, la reconnaissance des jugements étrangers n'a cessé de se libéraliser en France au point de revenir sur le contrôle, autrefois exercé par le juge d'*exequatur*, de la conformité de la loi appliquée dans la décision étrangère avec la règle de conflit du for¹⁰⁹⁵. Les jugements étrangers sont désormais admis en France à « déployer leurs effets en raison de leur valeur propre, plutôt que de leur conformité à l'image que se fait l'ordre du for de la répartition dans l'espace des prérogatives

¹⁰⁹⁰ V. n. Pascal Vareilles-Sommières (de), *La compétence normative de l'Etat en matière de droit privé – Droit international public et droit international privé*, *op. cit.*, p.182 : « L'opposabilité, dans les ordres internes étrangers, d'un droit privé interne internationalement régulier, si elle était garantie par le droit international, signifierait donc que les Etats auraient, chaque fois qu'ils se trouvent face à une norme étrangère édictée conformément au droit international, l'obligation de la reconnaître pour efficace dans leur ordre juridique (obligation d'appliquer la loi étrangère à un rapport juridique qui entre légitimement dans son champs d'application, obligation d'accorder l'*exequatur* à un jugement internationalement régulier...) » ; J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », t. 28, *op. cit.* ; p. 671 : « C'est bien en vain que l'on demande au droit des gens d'élever la voix en faveur de la territorialité de certaines lois ; ils ne peut rendre ce service, parce qu'il n'a aucune autorité sur les Etats en pareille matière, et les réponses qu'on lui arrache ne sauraient être que très vagues ou très subtiles ».

¹⁰⁹¹ V. n. C.I.J., *Nottenbohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, Recueil C.I.J. 1955, p.307.

¹⁰⁹² Cass., 22 fév. 1882, S., 1882.1.393, note Labbé.

¹⁰⁹³ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 499.

¹⁰⁹⁴ *Idem*, p.267.

¹⁰⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 20 fév. 2007, D., 2007.892, obs. P. Chauvin.

étatiques »¹⁰⁹⁶. Bref, le raisonnement tenu par le juge en droit international privé rend irrecevable, sur le pan juridique, les théories du *Grenzrecht*. Le droit positif n'a d'ailleurs jamais privé les Etats de leur liberté d'exercer des compétences normatives extra-territoriales.

ii. *La contradiction in concreto*

281. Les exemples ne manquent pas où un Etat projette unilatéralement, ou par voie conventionnelle, sa compétence normative à l'extérieur de ses frontières. C'est particulièrement vrai des juges des pays dits de *Common Law*. En application de l'*Alien Torts Claim Act*¹⁰⁹⁷, par exemple, les juridictions fédérales américaines se reconnaissent compétentes pour réparer civilement les conséquences d'atteintes au droit des gens subies par un ressortissant étranger indépendamment du lieu du fait dommageable ou du lieu de la commission de l'acte¹⁰⁹⁸. Bien que le for n'entretienne en l'espèce qu'un lien très ténu avec le litige, il n'y a jamais eu, pour autant, de réclamation à l'encontre de cette procédure excipant d'une violation du droit international public. Du côté des juges anglais, il faut mentionner l'injonction « *anti-suit* » qui permet, à ces derniers, d'exiger d'un défendeur qu'il se désiste d'une procédure étrangère pour lutter contre le *forum shopping*¹⁰⁹⁹. Si le juge communautaire en a interdit l'usage à l'intérieur de l'espace judiciaire européen, il n'y a rien de tel dans l'espace international, où cette compétence juridictionnelle extra-territoriale ne suscite aucune contestation juridique. La France n'est d'ailleurs pas restée à l'écart de ce mouvement général, puisque les sages du Conseil Constitutionnel ont reconnu explicitement une compétence normative extra-territoriale au législateur français :

¹⁰⁹⁶ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 265.

¹⁰⁹⁷ Il s'agit d'un chef de compétence extraterritoriale qui remonte au *Federal Judiciary Act* du 24 septembre 1789, dont la version actuelle figure à la Section 1350 de l'article 28 de l'*United States Code* : « The districts courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only in violation of the law of nations or a treaty of the United States ».

¹⁰⁹⁸ C. Kessedjian, « Les actions civiles pour violation des droits de l'homme. Aspects de droit international privé », *Trav. Com.Fr.de DIP*, 2002-2004, p. 151.

¹⁰⁹⁹ V. n. S. Clavel, *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse dact., Université Paris I, 2001. Le corollaire de l'« *anti-suit* », c'est le *forum non conveniens*, lequel permet au juge de *Common Law* de s'abstenir d'exercer une compétence internationale par ailleurs établie.

« Considérant qu'il appartient au législateur de prononcer la nationalisation de sociétés ayant leur siège social en France (...); que les limites éventuellement rencontrées hors du territoire national en ce qui concerne les effets de ces nationalisations constitueraient un fait qui ne saurait restreindre en quoi que ce soit l'exercice de la compétence dévolue au législateur par l'article 34 de la Constitution... »¹¹⁰⁰. Décision qui, de l'avis du Professeur Patrick Juillard, implique que « la compétence législative, c'est-à-dire la compétence d'édicter, ne saurait être restreinte, même par les limites de la souveraineté territoriale, puisque les obstacles que rencontrerait le gouvernement français pour lui faire produire ses effets en dehors du territoire national ne sauraient l'arrêter »¹¹⁰¹. Cette irrecevabilité juridique des théories du *Grenzrecht* n'aurait cependant pas été catégorique sans l'intervention du juge international à l'occasion de l'affaire dite du *Lotus* en 1927¹¹⁰². Était en cause l'exercice extra-territorial de la compétence juridictionnelle de l'Etat turc à l'encontre d'un citoyen français pour des faits commis en dehors de sa souveraineté territoriale : la collision entre deux bateaux en haute mer¹¹⁰³. La Cour Permanente de Justice, après avoir reconnu solennellement le caractère impénétrable des frontières internationales, rejette explicitement les théories du *Grenzrecht* qui cherchent à étendre cette impénétrabilité aux compétences normatives des Etats : « Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, (...). Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse à cet égard une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas

¹¹⁰⁰ Décision du Cons. Const. n° 82-139 DC du 11 février 1982, *Rec. Cons. Const.*, 1982, p.32 ; *R.C.D.I.P.*, 1982, p.351, note J.M. Bischoff.

¹¹⁰¹ P. Juillard, « Les Nationalisations françaises, Chronique de Droit Economique », *An. Fr. dr. int.*, 1982, p. 774.

¹¹⁰² C.P.J.I., « *Lotus* » (*France c. Turquie*), arrêt du 7 septembre 1927, *op. cit.*.

¹¹⁰³ L'article 6 du Code Pénal turc de la loi n°765 du 1^{er} mars 1926 (*Journal officiel*, n°320, du 13 mars 1926) dispose : « L'étranger qui, hors les cas prévus par l'article 4, commet à l'étranger, au préjudice de la Turquie ou d'un Turc, un délit pour lequel la loi turque prononce une peine restrictive de la liberté dont le minimum ne soit pas inférieur à une année, est puni, d'après le Code pénal turc, pourvu qu'il soit arrêté en Turquie. (...) ».

par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables ». La Cour a ainsi reconnu explicitement la conformité, avec le droit international, de l'exercice de compétence normative extra-territoriale. Confirmant, *a contrario*, la thèse qui veut que la notion de souveraineté territoriale soit « impuissante à tracer des limites à l'activité normative des États dans l'espace, ou en tout cas n'est pas investie de cette fonction »¹¹⁰⁴.

282. En résumé, les chefs de compétence variables que sont le territoire, la nationalité ou le lien effectif... ne font l'objet d'aucun accord au niveau international sur leur contenu ou leur interprétation¹¹⁰⁵. Cette imprécision offre aux Etats les plus opportunistes des critères de rattachement extensibles à merci. Les théories du *Grenzrecht* semblent n'être plus que des écrans de fumée derrière lesquels les Etats conservent des compétences normatives illimitées. D'ailleurs, un élément commun à toutes les tentatives récentes pour édifier une théorie structurant les activités normatives de l'Etat sur le modèle plus ou moins avoué de l'exclusivité territoriale, est la prudence d'approche de ses auteurs et la complexité de leurs démonstrations¹¹⁰⁶. Une question vient alors à l'esprit : d'où provient cet acharnement thérapeutique visant à maintenir artificiellement en vie l'idée que le droit des gens contient certains indices axiomatiques pour la répartition des compétences normatives de l'Etat ? Il semble que le principe de territorialité comme tentative

¹¹⁰⁴ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 80.

¹¹⁰⁵ J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », *op. cit.*, tome 27, p. 692 : « ...une des grandes équivoques du droit international privé, qui semble avoir passé jusqu'à présent presque inaperçue. Elle porte sur la notion même de territorialité, c'est-à-dire sur les fondements, ou sur l'un des fondements, de ce droit ».

¹¹⁰⁶ V. n. J. Combacau et S. Sur, *Droit international public, op. cit.*, 7^e édition, p.345-354 : Dans un premier temps ils admettent une « tendance spontanée » de certains Etats « à rester dans les limites d'un rattachement raisonnable », ainsi que les conséquences qui s'imposent depuis la jurisprudence *Nottebohm*, à savoir que « c'est seulement si un "rattachement" suffisant les unit qu'il peut s'attendre à voir la compétence qu'il croit détenir reconnue par le droit international ». Dans un second temps ces auteurs précisent que « le droit coutumier ne comporte qu'un petit nombre de prohibitions limitant la compétence législative de l'État » et que « si on peut légitimement alléguer que la répartition des pouvoirs normatifs entre les Etats résulte du droit international, on ne doit pas entendre par là qu'il leur attribuerait des compétences ; plus modestement, il se borne à prendre acte des pouvoirs normatifs que chaque État se reconnaît à lui-même lorsque, à l'occasion de son activité législative ou réglementaire, il détermine le champ d'application de ses règles, et à habiliter chacun des autres États à se les déclarer inopposables dans la mesure où elles enfreindraient une règle prohibitive reconnaissant par exemple la compétence exclusive de l'un d'entre eux ».

d'explication de la répartition des compétences législatives entre les Etats répond moins à une technique qu'à un idéal juridique.

§2: *Poursuivre un idéal : remettre en cause la souveraineté de l'Etat*

283. La caractérisation des causes réelles qui animent les tenants des théories du *Grenzrecht* conduit à rejeter encore plus fermement toute idée de frontière dans le domaine des compétences normatives. Ces théories ne se contentent pas d'extrapoler, et par la même occasion de dénaturer, l'objet de la frontière internationale ; elles vont justifier la faiblesse des moyens (l'idée de délimitation) par la noblesse de leurs fins : une conception moniste de l'ordre juridique (A) et, dans son prolongement, un encadrement contraignant de la souveraineté normative des Etats (B).

A. Un cadre moniste

284. La volonté de transposer au droit international privé les concepts qui structurent le droit international public n'est pas propre aux publicistes mais, plus précisément, aux auteurs souscrivant à une conception moniste des rapports entre droit interne et droit international. Pour de nombreux auteurs rattachés à cette école, le droit international privé constitue le frère jumeau du droit international public : ces deux disciplines formeraient les branches d'un tronc commun constitué par le *jus gentium*. Le droit international privé, à l'instar de son jumeau, doit donc être investi d'une mission pacificatrice : assurer la coexistence des Etats en dépit de la pluralité de souveraineté. Sans

entrer dans le débat extrêmement riche qui oppose le monisme au dualisme¹¹⁰⁷, il suffit en l'espèce de constater que la position des monistes a pour effet d'imposer au droit international privé des finalités qui lui sont étrangères : trancher un conflit de souveraineté entre compétences législatives. C'était l'avis de Bartin, par exemple, pour qui le droit international privé avait pour objet de « concilier, en fixant les justes limites de chacune d'elles, les différentes souverainetés, dans leur double fonction législative et juridictionnelle »¹¹⁰⁸. Or, par nature, le droit international privé est confronté à des individus et cherche, dans ces conditions, à trancher un conflit d'intérêts privés entre particuliers. Cette discipline, si elle est bien confrontée à des chevauchements de compétences normatives, reste cantonnée à des finalités plutôt d'ordre privé : l'épanouissement de l'individu et la bonne administration de la justice.

B. Une finalité libérale : encadrer la souveraineté de l'Etat

285. Dans le prolongement d'une approche moniste du droit international, les théories du *Grenzrecht* partagent un même présupposé : la règle de conflit correspond à une limitation de la compétence normative des Etats. Pour les théoriciens de la territorialité normative, le conflit de lois est un conflit de souveraineté. Par conséquent, lorsqu'une loi est désignée plutôt qu'une autre, la règle de conflit « limite la compétence d'un Etat au profit d'un autre »¹¹⁰⁹. Certains auteurs ont donc vu, dans le droit international privé, un moyen de relativiser *l'omnicompétence* normative de l'Etat, c'est-à-dire sa « présomption de liberté » en droit international public¹¹¹⁰. Pour le dire autrement, territorialisme normatif ne rime pas nécessairement avec

¹¹⁰⁷ V. n. G. Arango-ruiz, « Dualism revisited. International Law and Interindividual Law », *Rivista di diritto internazionale*, n° 86, 2003, p. 909 ; G. de Burca et O. Gerstenberg, « The Denationalization of Constitutionnal Law », *Harvard International Law Journal*, n° 47, 2006, p. 243 ; P. Daillier, « Monisme et dualisme : un débat dépassé ? », in *Droit international et droits internes, développements récent*, 1999, p. 9-21.

¹¹⁰⁸ Bartin, *Principes*, paragraphe 55.

¹¹⁰⁹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 344.

souverainisme. Les théories du *Grenzrecht* sont parfois motivées par des intentions libérales : transposer dans le domaine normatif une limite inviolable comparable à celle qui s'est imposée dans le domaine exécutif des Etats. Si Maxime Chrétien, par exemple, cherche à nouer des liens entre les règles de source fiscale et le droit international public, c'est dans l'espoir de permettre la création « d'un tribunal international en matière fiscale, lequel pourrait être une chambre de la C.I.J. »¹¹¹¹. La territorialité normative, si elle existait réellement, permettrait de limiter les activités normatives de l'Etat en fonction de principes juridiques extérieurs et supérieurs à celui-ci. Mais cet idéal de limitation des compétences de l'Etat repose sur un malentendu autour du rôle et de l'effet d'une règle de conflit. Confusion qui alimente, de surcroît, de nombreux amalgames autour de l'objet de la frontière internationale.

286. La frontière internationale, en droit international public, constitue à la fois une garantie de la liberté de l'Etat pour aménager souverainement ses compétences normatives, et la limite infranchissable à l'exercice de sa puissance exécutive¹¹¹². Autrement dit, l'Etat moderne n'a jamais consenti à limiter son pouvoir de contrainte : la frontière internationale constitue une véritable règle objective du droit des gens, indépendante et extérieure à la volonté des Etats¹¹¹³. La territorialité normative, au contraire, est le fruit de la volonté des Etats. Dans l'ordre moderne, le législateur est le juge unique de sa propre compétence¹¹¹⁴ et, dans ces conditions, il ne fait que « ménager »

¹¹¹⁰ C.P.J.I., arrêt du 7 septembre 1927, affaire du *Lotus*, Publications de la Cour, série AB, n°22, p.18 : Signifie que le droit international public habilite l'Etat à agir en l'absence de règle internationale contraire.

¹¹¹¹ M. Chrétien, « Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts entre les divers Etats », *R.C.A.D.I.*, t. 86, 1954, p. 111.

¹¹¹² V. *supra* Titre I Partie II Chapitre I Section 2 §1.

¹¹¹³ Cela suppose toutefois que la frontière est déjà acquise une forme juridique, c'est-à-dire que la frontière ait été identifiée dans un traité de délimitation (v. *supra* Titre I Partie I Chapitre I Section 1 §2:A. 1) b.). La délimitation du territoire par des frontières n'en constitue pas moins une condition de la formation et de la reconnaissance de l'Etat en droit international public (v. *supra* Titre I Partie I Chapitre I Section 1 §2:B. 1)). Pour le dire autrement, afin d'acquies une existence comme sujet privilégié du droit international, l'Etat doit d'abord reconnaître l'essentiel de ses propres frontières.

¹¹¹⁴ C'est la raison pour laquelle les règles de conflits ne répondent pas à un modèle juridique universel et uniforme. V. n. P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p.555 : « Sans doute n'est-il pas idéal que la même situation ne soit pas appréciée partout de la même façon. Mais il est facile de constater que c'est bien néanmoins ce qui se passe dans la réalité ; aujourd'hui même, bien que la *lex forisme* absolu soit écartée par tous les Etats, la diversité des règles de conflit

dans son propre système juridique une certaine place aux lois étrangères¹¹¹⁵. C'est l'ordre juridique du for qui détermine la place qui revient aux lois étrangères dans le règlement des conflits de lois. Les conflits de qualification sont ainsi réglés par la *lege fori* et non la *lege causae*¹¹¹⁶, manifestant par là-même les limites de la tolérance de l'ordre juridique du for à l'égard des lois étrangères¹¹¹⁷. Les différences entre la frontière internationale et la territorialité de la loi ne s'arrêtent cependant pas là. Les règles de conflit de lois concernent des « rapports transfrontières de *droit privé* »¹¹¹⁸, c'est-à-dire uniquement les situations qui ne sont pas couvertes, traditionnellement, par le droit international public. Précisons, enfin, que la loi étrangère éventuellement désignée par la règle de conflit du for est appliquée comme un fait et non comme du droit : le juge du fond dispose en France d'un pouvoir souverain pour interpréter la loi étrangère désignée par la règle de conflit¹¹¹⁹. Pour toutes ces raisons, le seul projet d'une « délimitation » des compétences normatives constitue une analogie maladroite et forcée entre les règles du droit international privé et celles du droit international public. Alors que cette notion implique que la ligne de démarcation ait été déterminée par une instance supérieure, ou de façon multilatérale (ou tout au moins bilatérale), on constate que, sous la seule réserve du droit conventionnel, les règles de conflits ont été jusqu'à aujourd'hui principalement des mécanismes de « coordination unilatérale des compétences législatives de différents Etats »¹¹²⁰. Ces sources internes du droit international privé acceptées, il faut bien admettre le syllogisme suivant : « On peut déterminer l'application de

entraîne des décisions divergentes ; bien audacieux pourtant celui qui prétendrait que l'application au statut personnel, soit de la loi nationale (solution des pays latins), soit de la loi du domicile (solution des pays anglo-saxons) est contraire au droit international public. On ne peut tirer prétexte du silence de ce droit pour lui imputer toutes les exceptions qui paraîtraient opportunes à son postulat essentiel : la souveraineté et l'indépendance des Etats ».

¹¹¹⁵ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 32 : le droit international privé est décrit comme « un instrument de gestion de la diversité des droits ».

¹¹¹⁶ Cass. Civ. 1re, 22 juin 1955, *Caraslanis, R.C.D.I.P.*, 1955, p. 723, note Batiffol.

¹¹¹⁷ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 388.

¹¹¹⁸ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 21.

¹¹¹⁹ Le juge de cassation s'est reconnu incompétente pour contrôler l'interprétation par le juge du fond de la loi étrangère (v. n. Cass. civ. 25 sept. 1829, S., 1930.1.151 ; Cass. crim., 12 nov. 1997, Bull. crim., n° 383, p. 1286). Il se limite à un contrôle de dénaturation de la loi étrangère, pour méconnaissance du sens précis et clair d'un texte, d'un document (v. n. Cass. civ., 21 nov. 1961, *R.C.D.I.P.*, 1962, p. 329, note P. Lagarde).

¹¹²⁰ S. Romano, *L'ordre juridique, op. cit.*, p.129.

son ordre propre, mais il n'est ni possible, ni concevable de dire qu'en déterminant les règles étrangères, on procède à l'œuvre du bornage rationnel »¹¹²¹. La contradiction dénoncée par Etienne Bartin¹¹²² entre les sources et l'objet du droit international privé apparaît donc bien futile, dès lors que l'on accepte de changer de perspective. La mission des règles de conflit n'est pas tant de « délimiter » les compétences normatives de l'Etat, ou, dans un même ordre d'idée, de prévenir les collisions de souveraineté. La règle de conflit n'introduit pas de limites spatiales au système normatif du for¹¹²³. Il s'agit plutôt de concilier l'*omnicompétence* normative des Etats avec les difficultés matérielles découlant de l'existence de frontières exécutives impénétrables en droit international public, le tout dans la recherche bienveillante de l'intérêt des sujets eux-mêmes. En d'autres termes, cette discipline « ne désigne pas un véritable droit international, mais simplement cette partie du droit privé qui naît de la diversité des Etats et des législations, et qui tend d'ailleurs à faire régner une certaine harmonie dans cette diversité, en prévenant sur son territoire quelques-uns des effets fâcheux de celle-ci »¹¹²⁴. En résumé, si le principe de territorialité des lois s'inscrit bien dans une logique de limitation des pouvoirs de l'Etat, reste qu'il puise ses sources dans la volonté de l'Etat et qu'il est au mieux une projection au-dehors de celui-ci, mais en aucun cas une manifestation (même partielle) de la frontière internationale. Il relève peut-être du droit étatique externe, mais certainement pas du *jus gentium* ou d'un principe normatif supérieur¹¹²⁵

¹¹²¹ S. Rundstein, « La structure du droit international privé et ses rapports avec le droit des gens », *R.D.I. et lég. Comp.*, 1936, p.319. L'auteur ajoute plus loin : « Le contenu de la règle et la détermination de son volume sont indivisibles – donc « *cujus est condere, ejus est fines regere* ». Démembrer ces deux éléments est une tâche qui ne pourrait être entreprise que par le créateur de la norme ; si un ordre étranger s'arroge cette mission, il s'approprie des pouvoirs qui, tant en droit qu'en pure logique, ne lui appartiennent pas » (*Idem*, p.337).

¹¹²² E. Bartin, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, §55, p.112 : « Règles de séparation de leurs domaines respectifs, règles de répartition de leurs compétences respectives, tout cela suppose des règles supérieures, par leur autorité comme par leur but, à ces souverainetés mêmes. Et il se trouve que les moyens qui les fournissent, dans chaque Etat, restent des moyens nationaux, de même autorité comme de même origine que les lois et les juridictions dont elles prétendent, sur le territoire de cet Etat, définir les limites et circonscrire le pouvoir... C'est une contradiction, il n'y a pas de doute ».

¹¹²³ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 579 : il n'y a pas de « limites spatiales au système de conflit du for ».

¹¹²⁴ J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », t. 27, *op. cit.*, p. 690.

¹¹²⁵ J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », t. 29, *op. cit.*, p. 231 : « Nous retrouvons ici le lien de connexité que j'ai déjà signalé entre le droit international public et le droit international privé. Il est évident que celui-ci présuppose l'existence de celui-là. Mais il n'est pas moins évident que le droit international privé, dans chaque pays, dépend de la même manière du droit constitutionnel, sans que l'on ait jamais songé à le confondre avec ce dernier ».

s'imposant à la volonté de l'Etat, à l'instar de la frontière internationale. Les seules limites connues que pose le droit international public à la souveraineté normative des Etats, à savoir l'immunité juridictionnelle et l'immunité d'exécution¹¹²⁶, sont d'ailleurs étrangères à la notion de frontière internationale.

Conclusions du Chapitre I

287. D'un point de vue normatif, dire que l'ordre juridique étatique est souverain et originaire « doit s'entendre en ce qu'il peut, mais non qu'il doit nécessairement nier la valeur juridique de tout autre »¹¹²⁷. N'en déplaise aux amateurs des théories du *Grenzrecht*, conformément à la notion moderne de souveraineté, l'Etat est titulaire d'une *omnicompétence* normative tempérée par la dimension territoriale de sa seule compétence exécutive. Le principe de territorialité de la loi qui a dominé la modernité politique ne constitue pas, par conséquent, une manifestation parmi d'autres de la frontière internationale. Il faudrait plutôt parler, à son sujet, d'une autolimitation de la puissance législative : une simple « obligation de l'Etat vis-à-vis de lui-même »¹¹²⁸. Cette conclusion laisse cependant inexplicé le phénomène suivant : comment et pourquoi ce processus d'autolimitation des compétences normatives, calqué sur le modèle du territoire, s'est-il diffusé dans la majorité des Etats sous la modernité ? Peut-être que la territorialité des lois, à défaut d'être une manifestation de la frontière internationale, entretient avec celle-ci des liens étroits qui restent à définir. Une analyse approfondie des sources des théories du *Grenzrecht* permet d'entrevoir, en effet, que la frontière internationale n'est pas complètement étrangère à la formation, ainsi qu'à la diffusion, du principe de territorialité de la loi sous la modernité.

¹¹²⁶ V. n. P. Herzog, « La théorie de l'*Act of State* dans le droit des Etats-Unis », *R.C.D.I.P.*, 1982, p. 617 ; D. Nedjar, « Tendances actuelles du droit international des immunités des États », *J.D.I.*, n°1, 1997, p.59 ; J. Verhoeven, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets de droit international », in : *Le droit international des immunités : contestations ou consolidation ?*, Larcier, 2004, p. 61...etc.

¹¹²⁷ S. Romano, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 106.

¹¹²⁸ J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », t. 29, *op. cit.*, p. 664.

Chapitre II

Les sources des théories du *Grenzrecht*

288. Ce survol des théories du *Grenzrecht* a permis d'identifier bien des lacunes communes. L'objectif sera à présent, enrichi de cette typologie, de remonter aux *origines de la maladie*. Elles sont de deux ordres. D'abord, le postulat selon lequel la principale manifestation de la souveraineté est de type normative : les limites *ratione loci* que connaît la première peuvent donc s'étendre, en bonne logique, à la seconde (Section 1). Puis, il est un autre élément déterminant souvent occulté dans l'analyse des théories du *Grenzrecht* : l'influence de type organique exercée sur le législateur étatique par le modèle de la frontière impénétrable consacré par le droit international public (Section 2). Précisons immédiatement que si la première source est le produit d'une illusion de l'esprit, un malentendu qui ne correspond pas à une réalité tangible. La seconde source, elle, est matérielle et psychologique et, par voie de conséquence, bien réelle.

Section 1 La surestimation de la norme juridique

289. Une explication commune aux théories du *Grenzrecht* est l'approche trop idéaliste que certains juristes se font du droit étatique et de la norme en général, oubliant que le principe de validité ne se confond pas avec celui de l'effectivité (§1). Cette illusion surmontée, une analyse des caractères intrinsèques de la norme juridique révèle au contraire que le pouvoir normatif des Etats n'est pas un terrain favorable à la formation de limites spatiales (§2).

§1: Une norme juridique dépourvue d'efficacité per se

290. Si les hypothèses qui cherchent dans le droit des gens un principe délimitant les compétences normatives des Etats ne sont pas seulement irréalisables, mais également inefficaces, c'est parce qu'elles reposent toutes sur un postulat spéculaire : la norme aurait une efficacité *per se*. Dans la continuation des doctrines réduisant la notion moderne de souveraineté à son volet normatif¹¹²⁹, beaucoup de juristes ont le sentiment que l'existence formelle et substantielle d'une norme étatique prescriptive suffit à atteindre directement ses destinataires. La métaphore belliqueuse de « conflit » de lois, prise trop à la lettre, les conduit à s'imaginer « que les conflits de lois sont

¹¹²⁹ V. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 1§1:A.

des conflits réels, des conflits entre Etats, provoqués par l'exercice de leur fonction législative, et qui, (...), ne différencieraient pas des autres conflits internationaux »¹¹³⁰. Bref, c'est la crainte de laisser toute vie internationale en proie à des conflits incessants qui les poussent, bien souvent, à défendre la territorialité absolue des lois. La délimitation objective des compétences normatives des Etats est ainsi investie, à l'instar de celle des compétences exécutives, d'une mission pacificatrice. Pour Nicolas Melot, par exemple, l'intervention du droit international est clairement perçue comme une nécessité : « Seule une délimitation spatiale d'une telle compétence exclusive peut en effet permettre de préserver l'harmonie des rapports juridiques entre États, objet même du droit international public »¹¹³¹. En somme, c'est parce que ces auteurs sont convaincus de la puissance intrinsèque de la norme qu'il est nécessaire de limiter la portée de celle-ci au territoire de l'Etat.

291. La réalité de la souveraineté étatique est pourtant bien différente. Elle ne se manifeste pas, exclusivement, par la loi. La souveraineté moderne octroie bien à son titulaire une *omnicompétence* normative ; mais il ne s'agit pas, pour autant, d'une compétence normative exclusive sur certains domaines prédéterminés. Bien au contraire, l'*omnicompétence* de l'Etat laisse celui-ci libre de déterminer sa propre compétence, que celle-ci soit exclusive ou partagée. La compétence exclusive qu'un Etat est susceptible de se reconnaître sur un sujet de son choix n'a donc pas de caractère objectif. Bien au contraire, cette compétence est simplement « revendiquée comme telle par l'État, qui tiendra pour exclusif le titre d'intervention de ses propres organes et prévoira l'applicabilité nécessaire du droit du for érigé en loi de police. (...) Or, pour exclusive que soit cette revendication, il n'est pas exclu que des conflits de lois réapparaissent à travers un chevauchement des compétences

¹¹³⁰ J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », *op. cit.*, p. 650. L'auteur ajoute plus loin « Si les conflits de lois étaient de véritables conflits internationaux, il est de toute évidence que l'arbitrage du juge ne pourrait pas toujours les clore. La sentence rendue ne terminerait que le litige à l'occasion duquel le conflit s'est élevé ; mais celui-ci subsisterait entre les Etats restés dans la coulisse, et, par suite, il pourrait faire parler de lui dans le monde, donner lieu à des négociations diplomatiques, devenir peut-être un casus belli. Chose étrange, les conflits de lois n'ont jamais eu pareille destinée, (...), ils n'ont jamais troublé les relations de la politique extérieurs ni provoqué même le plus léger froissement de sourcil d'un diplomate » (*Idem*, p. 651).

¹¹³¹ N. Melot, « Essai sur la compétence fiscale étatique », *op. cit.*, n°31.

[réputées exclusives] »¹¹³². Bref, ce qui échappe aux théoriciens du *Grenzrecht*, c'est que « la loi n'a pas d'efficacité par elle-même »¹¹³³. Le risque de conflits normatifs insolubles qui hante l'esprit de ces auteurs est donc purement factice. La frontière internationale, en séparant les compétences exécutives de l'Etat, préserve déjà ce qui ne doit jamais être violé pour la stabilité de l'ordre : « la répartition des pouvoirs coercitifs suffit à assurer une coexistence pacifique »¹¹³⁴. Or, si un juriste se doit de croire à la force des lois, il a aussi « le devoir de ne pas s'illusionner sur leur propre vertu »¹¹³⁵. Contre les illusions diffusées par les théories du *Grenzrecht*, donc, il est nécessaire de réintroduire une distinction nette entre le principe de validité, qui conditionne l'existence de la norme juridique, et celui d'effectivité, qui gouverne uniquement sa réalisation. Ce correctif acquis, la norme juridique révèle rapidement sa vraie nature : une règle qui vaut d'abord pour des hommes, et non pas pour des territoires.

§2: *Une norme juridique dépourvue de caractère spatial*

292. Il est fondamental de ne pas confondre la validité et l'effectivité de la norme, c'est-à-dire le droit *per se* qui existe indépendamment de la réalité (*le devoir être*), et la réalisation de ce droit (*l'être*). Car « la norme n'est en soi (...) qu'une manifestation de volonté qui n'affecte en rien la situation de ceux auxquels elle s'adresse. Elle n'est effective que dans la mesure où elle est susceptible d'être mise en œuvre, c'est-à-dire, en fin de compte, de donner

¹¹³² D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 96.

¹¹³³ J. Freund, *L'essence du politique*, *op. cit.*, p. 239.

¹¹³⁴ P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p.555. V. a. H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, p. 200 : « Ainsi les conflits, qui enlèveraient son caractère pacifique à la vie en commun des Etats, sont prévenus par l'obligation pour chacun d'eux d'enfermer les manifestations de sa puissance de contrainte dans l'espace qui lui est assigné par le droit international ».

¹¹³⁵ R. Perrot, « Présentation générale de la réforme », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2010, 1993, p. 8.

lieu à un acte de contrainte »¹¹³⁶. La norme juridique reste, dans son essence, une construction de l'esprit qui se rapproche plus du noumène que du phénomène. Abstraite, elle possède clairement « une vocation universelle »¹¹³⁷ : la norme juridique cherche à atteindre aussi bien la généralité (principe de territorialité), que la permanence (principe d'extra-territorialité). Le mode d'existence spécifique de la norme juridique, dans sa forme paradigmatique, c'est d'affirmer un *devoir être* du type « quelque chose doit être fait ou ne doit pas être fait », et non du type « quelque chose doit être fait dans cet espace » ou du type « quelqu'un en particulier doit faire ou ne pas faire ». La norme juridique est, par conséquent, rarement porteuse d'une limite spatiale implicite et difficilement réductible à un espace délimité comme le territoire. Impropre à la délimitation spatiale, la loi rentre donc le plus souvent en concurrence avec un nombre infini de normes du même type. La position du Professeur Pierre Mayer, en somme, est bien moins coupée de la réalité de l'ordre : « la sphère spatiale de compétence normative ne comporte aucune limite »¹¹³⁸. Cette position, partagée par une large partie de la doctrine contemporaine¹¹³⁹, fut déjà remarquablement formulée par Hans Kelsen. Le juriste Autrichien explique, en effet, que le domaine de validité territoriale du droit étatique ne concerne que « le fait conditionné, la sanction, l'acte de contrainte »¹¹⁴⁰ et en aucun cas « l'acte de création juridique »¹¹⁴¹ : « Du point de vue du droit international (...), la question n'est pas de savoir où s'accomplissent les actes de l'Etat par lesquels sont édictées les normes du droit étatique, où s'accomplissent les actes de création juridiques, ni à quel

¹¹³⁶ P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p.544.

¹¹³⁷ P. Mayer, *Ibidem*, p.556.

¹¹³⁸ *Idem*, p. 547.

¹¹³⁹ V. n. S. Rundstein, « La structure du droit international privé et ses rapports avec le droit des gens », *op. cit.*, p.320 : « ... est-ce qu'une règle préétablie dicte à chaque ordonnancement quel critère de rattachement doit être obligatoire ? Le choix en est libre tant en matière "personnelle" qu'en matière "territoriale" » ; P. Vareilles-Sommières (de), *La compétence normative de l'Etat en matière de droit privé – Droit international public et droit international privé*, *op. cit.*, p.235 : « ... la compétence de l'Etat, comme condition internationale de régularité, dans l'ordre interne, d'une norme de droit privé à raison de son origine, n'est pas déterminée par le droit internationale, ou, si l'on veut, n'est pas limité par lui. ».

¹¹⁴⁰ H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, p.198.

¹¹⁴¹ H. Kelsen, *Ibidem*, p.198. Il développe dans le même paragraphe sa position de façon non-équivoque : « ... c'est à ce dernier [l'acte de contrainte lui-même], et non au fait qui constitue la condition que se réfère la limitation apportée par le droit international au domaine de validité territorial du droit étatique ». V. a., *Idem*, p.223 : « Le domaine de validité territoriale du droit interne a moins trait au lieu où doivent se passer les faits-conditions, qu'à celui où doit être situé le fait conditionné, la conséquence juridique, l'acte de contrainte ».

endroit est commis le délit civil ou pénal. Il s'agit seulement de savoir où est accompli l'acte de contrainte étatique. Si le droit international restreint le domaine de validité territorial des différents droits étatiques et les délimite ainsi réciproquement, c'est parce qu'il exige que les normes d'un droit étatique n'ordonnent l'acte de contrainte qui leur est essentiel que dans un espace bien déterminé »¹¹⁴². La frontière internationale n'a donc pas, contrairement aux apparences, infiltré le champ du privé et du particulier pour encadrer les activités du législateur. Toute hypothèse contraire repose sur une déformation de l'idée de souveraineté¹¹⁴³, aggravée d'une surestimation des qualités intrinsèques de la norme juridique. La frontière internationale reste un principe normatif propre au droit public qui ne doit pas être confondu de près ou de loin avec la territorialité des lois : « si le pouvoir coercitif fait l'objet d'une répartition, il n'en va pas de même pour le pouvoir normatif »¹¹⁴⁴.

Conclusions de la Section 1

293. Le pouvoir normatif est, par essence, impropre à toute *réduction spatialisatrice*. Les sages du Conseil constitutionnel ont vu juste en déclarant qu'il n'existait pas en droit international général de principe de territorialité absolue applicable aux lois de droit public, en l'occurrence une loi d'expropriation de titres de propriétés¹¹⁴⁵. Faut-il, pour autant, approuver leur argumentation incidente consistant à assimiler « les limites éventuellement rencontrées hors du territoire national » à « un fait » ? Absolument pas, tant à

¹¹⁴² *Idem*, p.200. L'auteur poursuit sa démonstration ainsi : « Ces faits auxquels l'acte de contrainte est attaché comme à des conditions par ces normes de droit étatique, peuvent se produire n'importe où. Mais les normes d'un ordre étatique ne peuvent prévoir la réalisation de la conséquence de l'acte de contrainte lui-même, que dans l'espace que le Droit International garantit comme étant « l'espace de validité » propre à cet ordre ». V. a. C. Eisenmann, « Sur la Théorie Kelsenienne du Domaine de validité des Normes Juridiques », *op. cit.*, p. 61 : « le législateur étatique a toute liberté, selon le droit international public, d'édicter des règles relatives à la conduite ou à la condition de ses nationaux, sans acception, en tout cas, du lieu où ils peuvent se trouver ou avoir agi, - mais que la réalisation ou la sanction de ces règles par la contrainte ne pourra, elle, avoir lieu, en règle très générale, que dans les limites du territoire de l'Etat ».

¹¹⁴³ J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », t. 27, *op. cit.*, p. 271-271.

¹¹⁴⁴ P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 556.

l'aune des développements précédents sur la frontière internationale, que de la jurisprudence internationale, sous peine de réduire le principe de l'exclusivité territoriale à un simple « fait ». Il est vrai que toute loi possède une vocation universelle. Mais, à cause justement de l'existence d'un ordre juridique international comportant une répartition territoriale du pouvoir de contrainte, le législateur est conduit inéluctablement à sacrifier certains aspects de cette universalité de la loi (généralité et permanence). Les théories du *Grenzrecht* sont, en dépit de tous leurs défauts, parties d'un bon pressentiment : il existe bien des limites, même sporadique et indirecte, à l'exercice par les Etats de leurs compétences normatives. Celles-ci doivent bien être « contenues dans une règle déductible de certains principes incontestés du droit des gens »¹¹⁴⁶ et entretenir, à plus forte raison, des liens étroits avec la notion de frontière internationale et de souveraineté¹¹⁴⁷. Ce lien n'est cependant peut-être pas de nature juridique, mais d'ordre structural : la frontière internationale n'exercerait-elle pas, de façon atypique, une influence organique sur le législateur national ?

¹¹⁴⁵ V. Titre II Partie I Chapitre I Section 2 § 1 : B. 2) b. ii. .

¹¹⁴⁶ P. Vareilles-Sommières (de), *La compétence normative de l'Etat...*, op. cit., p.245.

¹¹⁴⁷ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, op. cit., p. 83

Section 2 L'influence de la frontière internationale

294. L'importance du phénomène de la territorialité normative ne peut être sérieusement niée dans l'Histoire de la modernité politique. Historiquement, le droit subjectif de vivre selon sa loi personnelle, qui remontait à l'Antiquité, a décliné proportionnellement aux progrès recueillis par les concepts juridiques de territoire et de souveraineté¹¹⁴⁸. Ce n'est qu'à partir du XVII^{ème} siècle, consécutivement au triomphe de la souveraineté territoriale, que la territorialité normative s'impose comme un élément incontournable de l'environnement juridique international. Politiquement, de surcroît, le principe de territorialité de la loi s'inscrit clairement dans les pas de la souveraineté : il remet en cause la notion de *jus commune*¹¹⁴⁹ et, plus généralement, l'idée de « justice » en faveur de la primauté de l'autorité territoriale : *auctoritas non veritas facit legem*¹¹⁵⁰. Une explication rationnelle de cette diffusion de la territorialité sous la modernité doit donc bien exister. Le juriste pressant bien qu'un lien de causalité relie la formation d'un espace de pouvoir (le territoire politique et juridique) à la souveraineté de l'Etat pour, enfin, favoriser la diffusion de la territorialité des lois¹¹⁵¹ ; autrement dit, qu'il y a très certainement un rapport entre la frontière internationale et la territorialité des lois... mais lequel ?

¹¹⁴⁸ S. Laghmani, *Histoire du droit des gens : du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, *op. cit.*, p.51 : Avant la naissance de l'Etat, « l'absence du concept juridique de territoire était compensée par le principe de personnalité du droit. La personne et non le territoire commandait le droit applicable ».

¹¹⁴⁹ J. Aubry, « De la notion de territorialité, en droit international privé », *op. cit.*, p. 259 : « ...la territorialité des lois, de quelque façon qu'on la comprenne, exclut toute communauté du droit, si l'on entend par celle-ci que tous les actes divers d'une même personne doivent être jugés, non seulement partout, mais *toujours*, d'après la même loi ».

¹¹⁵⁰ T. Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, *op. cit.*, chap. XXVI.

295. Il est acquis, après une analyse critique des théories du *Grenzrecht*, que le principe de territorialité de la loi n'entretient aucun lien de type juridique avec la frontière internationale ou avec la notion moderne de souveraineté. N'en déplaise aux amateurs de théories « pures » du droit, puisque tout rapport juridique se révèle en l'espèce inadapté, c'est qu'il faut se tourner vers l'hypothèse de rapports de nature extra-juridique. Deux facteurs peuvent alors tenir lieu d'explication du phénomène territorial : une influence, indirecte, de la frontière internationale et, accessoirement, une question d'opportunité politique. Cette dernière a déjà été développée : la loi territoriale est l'instrument d'une puissance publique centralisée qui, en s'appuyant sur un *espace de pouvoir*, cherche à dépasser les particularités locales et privilèges hérités de l'époque féodale¹¹⁵². Cet opportunisme politique des autorités centralisatrices ne permet pas, cependant, d'expliquer à lui seul le succès rencontré par le principe de territorialité de la loi sous la modernité. Si une nouvelle allégeance, de type territoriale, guide le législateur dans sa volonté de rompre avec l'ordre féodal pour étendre sa loi sur l'ensemble du territoire, elle n'explique pas pourquoi ce même législateur cède selon une logique systémique à la tentation d'étendre sa compétence normative au-delà de ce territoire. Un autre facteur doit pouvoir expliquer ce phénomène : la territorialité normative est porteuse d'une idée de *limitation spatiale* des compétences normatives qui découle, très probablement, du prestige de la frontière internationale sous la modernité. Cette dernière, pour mémoire, présente la particularité d'être à la fois une garantie de liberté de l'Etat pour organiser souverainement ses compétences, et une limite infranchissable à l'exercice de la puissance de contrainte (*l'imperium*)¹¹⁵³. Dans de telles conditions, l'hypothèse d'une influence indirecte de l'exclusivité territoriale sur l'aménagement des compétences normatives de l'Etat ne peut être exclue. Cette influence, bien qu'elle ait emprunté des voies différentes de celles du droit, peut être caractérisée à partir de la

¹¹⁵¹ V. *supra* Titre I Partie II Chapitre I Section 2 § 2 : B.

¹¹⁵² V. *supra* Titre I Partie II Chapitre I Section 2 § 2 :

¹¹⁵³ V. *supra* Titre I Partie II Chapitre I Section 2 § 1 :

jurisprudence et du droit positif : en posant d'abord clairement les grandes lignes de cette hypothèse *in abstracto* (§1) pour l'enrichir, ensuite, d'une analyse *in concreto* du droit fiscal (§2).

**§1: *Les caractéristiques de
l'hypothèse : l'influence
organique de la frontière
internationale sur la
coordination des compétences
normatives des Etats***

296. L'affirmation selon laquelle la compétence normative des Etats est par essence illimitée et que le droit international privé relève d'une logique d'autolimitation de l'Etat n'est pas de nature à susciter, à elle seule, une levée de bouclier. Celle, en revanche, qui voit dans le principe de territorialité de la loi une conséquence, de type organique, de l'influence de l'impénétrabilité de la frontière internationale risque d'être beaucoup plus controversée. Il est donc nécessaire de clairement l'exposer.

297. L'Etat moderne est titulaire d'une *omnicompétence* normative compensée par le support territorial de sa compétence exécutive. Autrement dit, si la validité de l'ordre normatif étatique est bien illimitée en application du droit international, l'exercice de cette compétence normative peut toutefois rencontrer, dans des cas extrêmes, une limite qui lui est à la fois intrinsèque, en tant que composante de la souveraineté, et supérieure, en tant que pierre angulaire du droit des gens : la frontière impénétrable d'un autre Etat. C'est dans cette limite ultime, ou disons indirecte, à l'exercice des

compétences normatives (A) que se trouve l'explication, extra-juridique, du phénomène de territorialité normative propre à l'ordre moderne (B).

A. L'existence d'une limite indirecte à la compétence normative des Etats souverains

298. Le juge international a eu l'occasion de statuer, sous l'affaire *Lotus*¹¹⁵⁴, sur la question de la compétence normative d'un Etat pour régir une situation extra-territoriale. Si les théories du *Grenzrecht* furent à cette occasion explicitement rejetées¹¹⁵⁵, dans le même temps, la Cour Permanente formula une réserve au principe de la compétence normative illimitée de l'Etat : celle « de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence »¹¹⁵⁶. Cette règle prohibitive, ce faisant, la Cour se garde bien de la décrire dans sa nature, comme dans sa consistance. Une lecture attentive de la décision permet cependant d'en deviner quelques caractères. La seule « limite », en droit, à laquelle le juge fait en l'espèce allusion, est celle qui s'applique à la « puissance » de l'Etat. Or ce terme renvoie, implicitement mais nécessairement, à la compétence exécutive. Cette interprétation est confortée par une formule ultérieure employée de façon incidente par la Cour : « La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu du droit international et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale »¹¹⁵⁷. Exégèse : la compétence normative est illimitée en application de la notion moderne de souveraineté (*a contrario*, la territorialité du droit pénal ne découle donc pas du droit des gens), et seule la compétence exécutive (désignée par le terme de « souveraineté territoriale ») supporte des limites spatiales en application du droit international. Bref, ce

¹¹⁵⁴ C.P.J.I., « *Lotus* » (*France c. Turquie*), arrêt du 7 septembre 1927, *op. cit.*, p. 10 et suivants.

¹¹⁵⁵ V. *supra* Titre II Partie I Chapitre I Section 2 § 1 : B. 2) b. ii. .

¹¹⁵⁶ C.P.J.I., *Ibidem*, p. 19.

¹¹⁵⁷ *Idem*, p. 20.

qui ressort en filigrane de cette décision, c'est que la seule « limite » susceptible de s'opposer à l'exercice d'une compétence normative ne peut que provenir d'une interaction de cette dernière avec la compétence exécutive d'un autre Etat. Pour le dire autrement, le juge international reconnaît dans l'affaire *Lotus* « toute liberté aux Etats pour rétablir leurs règles de compétence, sauf à respecter l'intégrité des territoires des autres dans l'exercice du pouvoir de contrainte »¹¹⁵⁸. Constat qui revient finalement à déplacer le problème sans le résoudre : comment une compétence normative exercée par un Etat peut-elle porter atteinte à la compétence exécutive d'un autre Etat ?

299. Dans la doctrine juridique, le seul fait internationalement illicite qui peut être attribué à l'exercice extra-territorial d'une compétence normative correspond à la violation du principe de non-intervention¹¹⁵⁹. Pascal de Vareilles-Sommière considère ainsi que le droit international public, à défaut de délimiter spatialement les compétences normatives des Etats, intervient pour encadrer leur exercice : « seul le comportement de l'Etat étendant abusivement sa compétence [*normative*] au préjudice d'un de ses pairs est réglé par le droit international »¹¹⁶⁰. Puis il ajoute, en note de bas de page, un détail qui a en l'espèce toute son importance : un tel abus ne peut être caractérisé que par « la violation du principe de non-intervention »¹¹⁶¹. Vareilles-Sommière n'ira cependant pas plus loin dans son raisonnement et

¹¹⁵⁸ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 78.

¹¹⁵⁹ M. Eeckman, « L'application de l'article 85 du Traité de Rome aux ententes étrangères à la CEE mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du Marché commun », *R.C.D.I.P.*, 1965, p. 515 ; cité à partir de P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 573 : « La seule limite certaine que le droit des gens impose aux Etats dans l'exercice de leur compétence législative est qu'elle doit être exercée de façon à ne pas porter atteinte à la souveraineté territoriale des autres Etats. Cette limite serait dépassée, par exemple, par une législation exigeant des nationaux ou des étrangers l'accomplissement de certains actes sur le territoire d'un Etat étranger où ces actes sont prohibés. Dans les cas de cette nature, l'exercice extraterritorial de la compétence étatique constituerait une violation du principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats étrangers, qui est lui-même le corollaire de la souveraineté territoriale des Etats ». V. a. P. Mayer, *Ibidem*, p. 575 : « le point de départ doit toujours être qu'un Etat qui possède la compétence peut en principe l'exercer, même si le cumul des compétences conduit à des résultats fâcheux. C'est seulement lorsque l'exercice d'une compétence perturberait gravement la politique suivie par un autre Etat dans sa sphère légitime d'activité que des limites peuvent être posées. ». V. a. P. Vareilles-Sommières (de), *La compétence de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 246 : « Il nous semble que le seul cas certain dans lequel le droit international estimera qu'un normateur de droit privé outrepassa les limites internationales relatives à sa compétence est celui dans lequel le principe de non-intervention, par un membre de la communauté internationale, dans les affaires d'un de ses semblables, a été violé ».

¹¹⁶⁰ P. Vareilles-Sommières (de), *Ibidem*, p. 223.

¹¹⁶¹ *Idem*, p. 223.

manquera, de peu, l'origine matricielle de cette limite à l'exercice d'une compétence normative. Car le principe de non-intervention n'est ici qu'un visage, une des nombreuses déclinaisons particulières derrière lesquelles se profile le centre d'impulsion réel de cette réserve à l'*omnicompétence* normative de l'Etat : la frontière internationale¹¹⁶². En somme, ce n'est que lorsque l'exercice de la compétence normative de l'Etat aboutit dans les faits à une immixtion préjudiciable dans l'*imperium* d'un autre Etat, c'est-à-dire à une violation de son exclusivité territoriale, que le droit international général intervient. Ce n'est donc pas l'activité normative en tant que telle qui est délimitée par ce dernier, mais certains de ses effets concrets, dans la mesure où ils portent préjudice à l'exclusivité des compétences exécutives d'un autre Etat. Voilà pourquoi la frontière internationale a exercé une influence substantielle sur la coordination des compétences normatives de l'Etat, au point de donner naissance à ce phénomène diffus de la territorialité normative.

B. L'influence indirecte de la frontière internationale sur la configuration des compétences normatives

300. La reconnaissance mutuelle de la souveraine égalité induite par le droit des gens impose aux Etats de respecter les revendications légitimes de leurs homologues, sous peine de s'exposer à des sanctions (représailles, guerre...). Le législateur national, dans un ordre international dévoué au principe de la balance politique et de la réciprocité, est naturellement enclin à tenir compte, dans l'aménagement de son pouvoir normatif, de l'existence de l'appétit normatif légitime de ses *alter ego*¹¹⁶³. Un comportement insulaire serait non

¹¹⁶² V. *supra* Titre I Partie I Chapitre I Section 1 § 2 : B. 2)

¹¹⁶³ G. Dalimier, « Droit fiscal international français – Généralités », *op. cit.*, p. 3 : « chaque puissance taxatrice ne peut tracer les limites internationales de son système fiscal interne qu'en tenant compte des systèmes concurrents ».

seulement risqué pour son instigateur, mais surtout infructueux : l'efficacité de la revendication normative extra-territoriale étant soumise au bon vouloir de l'autorité territoriale locale. Pour toutes ces raisons, il n'est pas absurde d'émettre l'hypothèse que la frontière internationale, en tant que « structure des rapports réels »¹¹⁶⁴ en droit international classique, a bien constitué une contrainte matérielle dissuasive pour tout législateur consciencieux dans l'aménagement de ses compétences normatives¹¹⁶⁵. Cette influence indirecte de la frontière n'a d'ailleurs pas échappé à Hans Kelsen lorsque, au sujet du soi-disant chef de compétence personnel, il soutient très justement que « l'Etat a le droit – un droit qui est reconnu et, par conséquent, conféré par le droit international – de soumettre en principe tous les individus à sa puissance, mais seulement en respectant la limite tracée par le droit international à son domaine de validité territorial, c'est-à-dire avec la restriction que l'accomplissement de l'acte de contrainte – qui constitue l'obligation juridique – ne doit être ordonné que dans les limites du territoire de l'Etat. (...) Il ne limite le domaine de validité personnel de l'ordre juridique étatique qu'indirectement, en limitant le domaine de validité territoriale, de sorte que l'acte de contrainte constituant l'obligation, et par conséquent le droit subjectif, ne doit être ordonné et accompli qu'envers des individus qui se trouvent dans le territoire de l'Etat, au sens propre et étroit du mot »¹¹⁶⁶. Kelsen s'arrête cependant au constat : celui d'une influence indirecte, sur le champ *ratione loci* des compétences normatives, des restrictions territoriales aux compétences exécutives de l'Etat. Il ne poursuit pas son raisonnement jusqu'à la compréhension de la nature de cette influence ; par crainte, peut-être, de s'exposer à des considérations extra-

¹¹⁶⁴ S. Rundstein, « La structure du droit international privé et ses rapports avec le droit des gens », *op. cit.*, p.317.

¹¹⁶⁵ Certains n'hésiteront pas à en conclure que l'affirmation de l'*omnicompétence* normative de l'Etat est purement déclaratoire, impraticable et par voie de conséquence absurde. Mais c'est justement méconnaître le message déclaratoire et symbolique, pour ne pas dire spirituel, portée par la notion moderne de souveraineté dans l'ordre moderne. Un tel raisonnement, transposé à l'ordre post-moderne, reviendrait à tirer prétexte de l'impossible application universelle des droits de l'homme pour critiquer le principe même de leur déclaration.

¹¹⁶⁶ H. Kelsen, « Théorie général du droit international public », *op. cit.*, p.236-237. Plus loin dans cet article, Kelsen procède à un constat analogue concernant le domaine de validité matériel de l'ordre étatique : « ...on peut peut-être parler aussi d'une détermination indirecte du domaine de validité matérielle des ordres étatiques par le droit international. (...) cette limitation consiste essentiellement en ce que les normes de l'ordre étatique doivent être telles qu'elles ne prévoient pas d'actes de souveraineté, c'est-à-dire d'acte de contrainte, en dehors du territoire de l'Etat » (*Idem*, p.298-299).

juridiques. Cette appréhension n'étant pas partagée par tout le monde, il est à présent nécessaire de poursuivre le raisonnement.

301. Une lecture attentive des théories du *Grenzrecht* est particulièrement riche d'enseignements pour comprendre la nature de l'influence exercée par la frontière internationale sur le législateur national. Le raisonnement de Story, l'importateur du principe de territorialité des compétences normatives aux Etats-Unis, expose particulièrement bien la nature des rapports entre la frontière internationale et la territorialité des lois. Il faut rappeler sa doctrine, qui est construite autour de trois axiomes : « La première maxime ou proposition, et la plus générale, est que chaque nation possède une souveraineté et une compétence exclusive sur son propre territoire. La conséquence directe de cette règle est que les lois de chaque Etat s'adressent et s'imposent directement à toute chose qui se trouve sur son territoire ; à tout individu qui y réside, qu'il soit national ou étranger ; et à tout contrat qui y est conclu, ou tout acte qui y est fait » ; « Une autre maxime ou proposition est qu'aucun Etat ou nation ne peut, par ses lois, directement s'adresser et s'imposer aux choses situées hors de son territoire, ou aux individus qui n'y résident pas, nationaux ou étrangers... Il serait tout à fait incompatible avec l'égalité et l'exclusivité de la compétence des nations qu'une nation quelconque puisse régir des personnes ou des choses qui se trouvent hors de son territoire » ; « De ces deux maximes ou propositions en découle une troisième, à savoir que la force obligatoire des lois d'un pays dans un autre dépend uniquement des lois et des règlements du second, c'est-à-dire de sa propre politique législative, telle qu'elle lui convient, et de son propre consentement exprès ou tacite »¹¹⁶⁷. C'est en l'espèce la seconde maxime qui est particulièrement significative : Story y soutient que c'est parce que la loi ne peut s'imposer « directement » (synonyme d'effectivité d'après la première maxime) aux situations extra-territoriales, qu'existe entre les Etats cette pratique selon laquelle la loi ne doit pas « régir » (synonyme de commandement normatif) ces situations extra-territoriales. Autrement dit,

¹¹⁶⁷ J. Story, *Commentaries on the conflict of laws*, op. cit., §18, §20 et §25.

c'est le constat de l'existence en droit des gens du principe immanent de la frontière impénétrable qui conduit Story à défendre l'instauration d'un principe de territorialité des compétences normatives. Or, l'Etat souverain ne pouvant être d'un point de vue normatif hétérolimité, c'est bien une invitation de *l'intérieur* que Story rédige en l'espèce à destination des Etats : autolimitez-vous sur le modèle de la prestigieuse frontière internationale.

302. En somme, seule l'assise historique, politique et philosophique des auteurs qui ont donné au *Grenzrecht* ses lettres de noblesse, permet de comprendre cette démarche scientifique consistant à vouloir, au risque de confusions insurmontables, tracer des quasi-frontières entre les compétences normatives des Etats. Pour la conscience des élites de l'époque, en effet, l'ascendant de la frontière internationale était tel que son extension aux compétences normatives de l'Etat devait sembler naturelle. Pour le dire autrement, c'est l'existence matérielle de la frontière (le monopole de la violence légitime au profit de l'Etat¹¹⁶⁸), ainsi qu'idéelle (l'essence territoriale de la souveraineté moderne¹¹⁶⁹), indépendamment de tout « devoir être », qui semble être à l'origine de son extrapolation normative dans les ordres juridiques étatiques. Cette infiltration indirecte et atypique de la frontière internationale dans la conception des limites du pouvoir normatif étatique peut être qualifiée de type *organique*. Par organique, il faut entendre en l'espèce un rapport de causalité différent de tout lien juridique, naturel ou mécanique. Cette influence a eu cela de spécifique qu'elle fut un « inconscient systémique », qui par sa seule force idéelle et matérielle s'est imposé de lui-même aux diverses parties autonomes d'un système qui forme, par voie de conséquence, un tout structural¹¹⁷⁰. Pour le dire autrement, c'est sous l'impulsion d'un ensemble organique, celui de la territorialité politique, que s'est formé et généralisé le principe de territorialité des activités normatives de l'Etat. L'hypothèse posée dans son abstraction, il s'agit à présent de la vérifier concrètement par une analyse de la norme fiscale.

¹¹⁶⁸ V. *supra* Titre IPartie IChapitre IISection 1.

¹¹⁶⁹ V. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 1.

¹¹⁷⁰ J.B. Fage, *Comprendre le structuralisme*, collection regard, édition Privat, 1968, p.64.

§2: *La vérification de l'hypothèse : l'influence de la frontière internationale sur la territorialisation de la loi fiscale*

303. Si les limites spatiales aux compétences normatives introduites spontanément par les Etats proviennent, *in fine*, de l'existence de la frontière impénétrable en droit international, la logique voudrait que les disciplines où la territorialité de la norme est la plus stricte correspondent à celles où l'élément coercitif du système est difficilement dissociable de l'élément normatif. Pour le dire autrement, il faudrait que l'influence organique de la frontière internationale sur le législateur national augmente à mesure que la distinction entre la norme et sa sanction diminue. Dans une discipline aussi « répressive » que le droit pénal, par exemple, le principe de territorialité est particulièrement bien implanté : monopole de la *lex fori*¹¹⁷¹, mais aussi prédominance de la *lex loci*¹¹⁷². La forte dimension coercitive du droit pénal, à l'intérieur même du commandement normatif, n'est probablement pas étrangère à cette influence exercée par l'idée de frontière sur le législateur interne. Remarque qui peut aussi, sans surprise, être adressée à la discipline

¹¹⁷¹ J. Mattout, « Le droit pénal, la banque et les frontières », *JCP G*, n°36, 2010, p. 1642 : « principe de l'unicité des compétences législatives et judiciaires ».

¹¹⁷² L'article 113-2 al.1 du Code Pénal dispose que « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République », tandis que l'alinéa second précise que « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a lieu sur ce territoire ». Ce principe de territorialité de la loi pénale *ratione loci* a fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales, v. n. A. Huet, R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, 2005, 3^e éd., no. 122 ; E. Verny, « Le principe de territorialité de l'ordre répressif français : « Quand tu seras à Rome, conduis toi en Romain » », in : *Mélanges offerts à André Decocq. Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 593-604 ; P. Mayer, « Le rôle du droit public en droit international privé », *op. cit.*, p.473.

juridique qui se charge d'encadrer l'opération d'imposition : « Tout se passe, en matière fiscale, comme si l'Etat souverain étirait à leurs limites maximales ses compétences de législation et de réglementation. Mais l'Etat souverain, malgré tout, agit comme s'il rencontrait des limites »¹¹⁷³. Cette limite qui s'est formé dans l'esprit de bien des législateurs fiscaux, c'est peut-être la frontière internationale qui lui donne sens et crédibilité. La très artificielle distinction en droit fiscal entre l'émission de la norme et les mesures garantissant sa réalisation (A) semble, en effet, avoir engendré chez le législateur national un besoin de limiter sa compétence fiscale aux dimensions de son territoire (B).

A. Les causes de la territorialité fiscale : l'indissociabilité entre pouvoir normatif et pouvoir de contrainte

304. Il est un fait souvent relevé par les publicistes : « dans les rapports de la puissance publique avec les citoyens, l'obligation et la coercition sont indissolublement liées »¹¹⁷⁴. Cette remarque est particulièrement vraie pour le droit fiscal français, où le contribuable n'est pas un destinataire du pouvoir normatif comme les autres : placé dans une situation statutaire¹¹⁷⁵, fixée de manière générale et impersonnelle, le contribuable est un sujet, et non pas une partie, à l'obligation fiscale¹¹⁷⁶. Cette dernière n'est donc pas le fruit de la volonté du contribuable, mais de celle de la nation qui s'exprime au

¹¹⁷³ P. Levine, *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*, LGDJ, Biblio. de science financière, t.24, 1988, p. 114.

¹¹⁷⁴ J. Romieu, concl. sous TC, 2 déc. 1902, n° 00543, *Société Immobilière de Saint-Just*, Rec. Lebon, p. 715.

¹¹⁷⁵ V. n. J.C. Martinez, *Le statut du contribuable*, LGDJ, Biblio. de science financière, t. 15, 1980, p. 15 et passim.

¹¹⁷⁶ J. Lamarques, « Sources du droit fiscal – Droits fondamentaux constitutionnels », *J.Cl. Procédures Fiscales*, fasc. 112, 1997, p. 3 : « L'impôt relève d'un régime exclusivement légal et réglementaire, et en principe, purement objectif. Il s'ensuit que le contribuable est placé dans une situation statutaire, dont le contenu est fixé d'une manière générale et impersonnelle, par voie de lois ou de règlements (...). Par là, le principe de légalité n'est pas seulement le garant du caractère obligatoire de l'impôt ; il assure aussi l'égalité, du moins l'égalité juridique de tous les citoyens devant l'impôt. L'égalité fiscale est ainsi étroitement liée à la légalité de l'impôt ».

Parlement par ses représentants¹¹⁷⁷. L'emprise de la volonté individuelle dans la détermination du juge ou de la loi applicable étant quasi-inexistante, la contrainte de l'Etat se doit d'être particulièrement manifeste : « L'importance de la sanction comme garantie d'effectivité du droit est essentielle en matière fiscale »¹¹⁷⁸. L'impôt, qui vient étymologiquement du mot « imposer », et historiquement du « tribut » payé par une population vaincue à son conquérant¹¹⁷⁹, n'est donc jamais très éloigné de la violence. L'administration fiscale contemporaine, à côté de ses pouvoirs d'enquête et d'investigation¹¹⁸⁰, ne dispose-t-elle pas du pouvoir « très exorbitant »¹¹⁸¹ d'infliger elle-même au contribuable des sanctions de nature « punitive »¹¹⁸² dans le but, affiché, de conforter la réalisation de la norme¹¹⁸³: les dites « sanctions fiscales »¹¹⁸⁴ ? Bref, une des spécificités de ce droit tient probablement à l'absence complète d'efficacité *per se* de ses règles de conduite : « l'application régulière d'une imposition est subordonnée à la condition que l'administration fiscale responsable dispose, d'une part de moyens d'investigation précis pour déceler l'existence de la matière imposable et en contrôler le montant ou l'évaluation, d'autre part de voies d'exécution assorties de sûretés suffisantes pour assurer, en cas d'inertie ou de résistance des redevables, le recouvrement de ses créances fiscales »¹¹⁸⁵. Or, c'est justement cette forte dimension coercitive de la loi fiscale qui explique le choix du législateur en faveur de la territorialité : décision dictée non pas par une analyse savante du droit des gens, mais par l'influence organique exercée par la frontière impénétrable.

¹¹⁷⁷ Article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs Représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

¹¹⁷⁸ M. Collet, *Droit fiscal*, 1^e éd., PUF, 2007, p. 152.

¹¹⁷⁹ G. Ardant, *Histoire de l'impôt*, *op. cit.*, p. 40.

¹¹⁸⁰ V. *infra* Titre II Partie II Chapitre I Section 1 § 1 : A.

¹¹⁸¹ Y. Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, t. 1, 16^e éd., LGDJ, 2001, p. 645.

¹¹⁸² J. Grosclaude et P. Marchessou, *Procédures fiscales*, *op. cit.*, p. 213-214.

¹¹⁸³ Cass. crim., 6 nov. 1997, *M. Pini*, *DF*, n° 9, 1998, comm. 521 : « Les poursuites pénales du chef de fraude fiscale, qui visent à réprimer des comportements délictueux tendant à la soustraction à l'impôt, ont une nature et un objet différents de ceux des poursuites exercées par l'administration dans le cadre du contrôle fiscal, qui tendent au recouvrement des impositions éludées ».

¹¹⁸⁴ Majorations de droits et amendes posées par les articles 1725 et suivants du Code Général des Impôts.

¹¹⁸⁵ F. Boisset-Repkat, « Contrôle et rectification des opérations internationales », *J.-Cl. Procédures Fiscales*, fasc. 374-10, 2008, pt 6.

305. Parce que la norme fiscale est exposée à l'incivisme et à la fraude¹¹⁸⁶, le législateur s'est montré particulièrement prudent dans la détermination de sa propre compétences. Il a veillé, en particulier, à ne pas dépasser les limites spatiales tracées à son pouvoir de coercition pour ne pas hypothéquer la crédibilité de tout son système¹¹⁸⁷. Trop de compétence fiscale, lorsqu'une frontière internationale vient limiter spatialement la portée du pouvoir de contrainte, risquerait de tuer la compétence fiscale. C'est le constat de Gilles Dalimier : si l'instauration unilatérale par un Etat d'un impôt universel, en soi, « ne violerait aucune règle du droit des gens », reste que « se dégagerait, sous l'empire des nécessités, une règle de territorialité empirique, suppléant celle que le législateur aurait omis d'énoncer »¹¹⁸⁸. C'est l'ombre de la contrainte qui plane derrière toute norme fiscale qui aurait encouragé le législateur à s'auto-discipliner dans l'affirmation de sa propre compétence : « la territorialité de la compétence fiscale exécutive contribue à façonner (...) les règles d'imposabilité »¹¹⁸⁹. Autrement dit, la limitation par le législateur de l'assiette de ses impôts au territoire de l'Etat serait la conséquence d'une influence d'ordre structural exercée par la frontière internationale qui s'applique au recouvrement de l'impôt¹¹⁹⁰. Ce ne serait plus la frontière internationale en tant que norme, mais la limitation territoriale de la puissance publique en tant que phénomène matériel, qui expliquerait le succès rencontré par le principe de territorialité dans les ordres juridiques étatiques avec la modernité politique. Cette influence indirecte de la frontière semble d'ailleurs avoir été telle que bien des règles de source retenues par les Etats, à savoir les normes internes qui ont pour fonction de *déterminer* la compétence fiscale de l'Etat et les normes conventionnelles qui ont pour

¹¹⁸⁶ J. C. Martinez, *La fraude fiscale*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1990, p.15 et passim.

¹¹⁸⁷ J. Isenbergh, *International Taxation ; US taxation of foreign persons and foreign income*, Little, Brown, 2^e ed., 1996, 1:14 (propos traduit et rapporté par N. Melot, *Territorialité et Mondialité de l'impôt*, *op. cit.*, p. 6) : « Probablement, la nécessité d'un lien de rattachement avec les Etats-Unis en tant que condition à l'imposition est en fait nécessaire dans le sens où il donne de quoi contraindre ».

¹¹⁸⁸ G. Dalimier, *Conventions internationales en matière fiscale*, Librairies techniques, 1955 ; cité à partir de N. Melot, « Essai sur la compétence fiscale... », *op. cit.*, p. 1120.

¹¹⁸⁹ N. Melot, *Ibidem*, p. 1121.

¹¹⁹⁰ V. n. J. Prebble, « Ectopia, Tax Law and International Taxation », *op. cit.*, p. 386: « ...ordinarily, countries do not try to tax income that is neither sourced within their borders nor is derived by a resident or citizen. One reason is comity : a reluctance to tax something in someone else's jurisdiction. A second is practicality : it is hard to collect tax on income that has little or no connection with one's own jurisdiction. A third is, no doubt, (...) a common understanding as to the reach of a nation's public law in general. Ordinarily, states do not support to accord to their public law an ability to operate beyond its home jurisdiction and individual subjects ».

fonction de *distribuer* ces compétences fiscales prédéterminées¹¹⁹¹, se singularisent par leur objectif de « séparation » et leur consonance territoriale.

B. Les formes de la territorialité fiscale : la formation de normes séparatrices

306. Alors que la règle de conflit de lois classique se présente comme un « choix *ex ante* »¹¹⁹² entre plusieurs normes concurrentes, la règle fiscale de source prétend généralement localiser la matière imposable dans l'espace pour lui attribuer, ensuite, un ordre juridique compétent¹¹⁹³. Si en droit international privé, la seule désignation d'un ordre juridique donné ne permet pas de tenir le problème du conflit de lois pour épuisé¹¹⁹⁴, en droit fiscal, c'est l'ordre juridique étranger dans son intégralité qui est implicitement désigné lorsque la règle de source commande à l'ordre juridique du for de s'effacer (*jurisdictio* incluse). Cette spécificité de la règle fiscale de source, surtout lorsqu'elle s'accompagne d'un critère de rattachement purement territorial, met bien en évidence l'influence organique exercée par la frontière internationale sur le législateur fiscal. Les règles fiscales de source qui se rattachent plus ou moins directement au principe de territorialité de l'impôt méritent bien, à ce titre, l'attribution d'une terminologie particulière : celle de « norme séparatrice »¹¹⁹⁵. Celles-ci ont cela de particulier qu'elles prétendent

¹¹⁹¹ V. *supra* Titre II Partie I Chapitre I Section 1 § 2: B. 2) b. i. et Titre II Partie I Chapitre I Section 1 § 2: B. 2) b. ii. .

¹¹⁹² D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 227.

¹¹⁹³ Ce sont les règles de source qui retiennent un critère de rattachement de nature territoriale qui sont, en l'espèce, principalement concernées. Les règles de source qui retiennent un critère de rattachement de nature personnel (la résidence ou le domicile) sont, *a priori*, moins sensibles à l'influence de la frontière internationale (v. *supra* Titre II Partie I Chapitre I Section 1 § 2: B. 2) b.).

¹¹⁹⁴ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 433.

¹¹⁹⁵ Ce néologisme n'apporte aucun éclairage nouveau sur la science du droit international privé. Il a pour seul but de bien mettre en évidence le lien organique qui relie ces deux notions, par ailleurs autonome sur le plan du droit, que sont le principe de territorialité de l'impôt et la frontière internationale. Si ces *normes séparatrices* se rapprochent, par certains aspects, des *lois de police* posées par l'article 3 du Code Civil français. Des différences essentielles empêchent de retenir cette terminologie en droit fiscal. La loi de police est une règle impérative qui s'applique aux situations internationales, sans égard à la règle de conflit de lois, en raison des intérêts essentiels qu'elle vise à protéger. Alors que la règle fiscale de source se caractérise non pas par la poursuite d'un objectif d'intérêt général, mais par un objectif de séparation des juridictions fiscales (v. n. A. Audolant, « Les lois de

« délimiter », de façon objective, la compétence normative d'un Etat alors même que cette dernière est, par nature, impropre à toute détermination spatiale¹¹⁹⁶. Ses caractéristiques peuvent être résumées de la façon suivante : (i) une cause commune : poursuivre une politique de souveraineté¹¹⁹⁷ ; (ii) un objectif commun : chercher à délimiter objectivement dans l'espace le pouvoir d'imposition exclusif de l'Etat, à l'instar d'une véritable frontière internationale¹¹⁹⁸ ; (iii) un statut commun : d'ordre public, la règle de source ne laisse aucune place à la volonté du sujet¹¹⁹⁹. Ces qualités bien particulières de certaines règles de source doivent être approfondies par un exemple concret : la notion française d'« entreprise exploitée en France » par l'intermédiaire d'un établissement autonome¹²⁰⁰ qui a été reproduite en droit conventionnel, presque à l'identique, sous la forme de la notion d'établissement stable (ES). Consacrée par le modèle de convention fiscale de l'OCDE depuis 1963¹²⁰¹, cette règle de source interne et conventionnelle est symptomatique des velléités « séparatrices » des autorités de l'Etat sous la modernité.

307. La notion d'ES tient lieu de règle de source pour les bénéficiaires commerciaux des entreprises. Il s'agit du seuil de pénétration au-delà duquel une activité économique internationale est réputée donner naissance à des profits à l'intérieur du territoire de l'Etat d'accueil d'une entreprise

police en droit international privé : une force « super-impérative » ? », in : *La force normative, Naissance d'un concept* (sous la dir. de C. Thibierge et alii), LGDJ, 2009, p. 309-322).

¹¹⁹⁶ V. *supra* Titre II Partie I Chapitre II Section 1 § 2.

¹¹⁹⁷ La règle de source ne correspond pas à une « recette » conciliant des intérêts privés en vue de découvrir la loi adaptées à la résolution du litige, mais vient satisfaire l'intérêt subjectif d'un Etat (v. n. N. Melot, « Essai sur la compétence... », *op. cit.*, p.1105).

¹¹⁹⁸ La règle de source interne ou conventionnelle n'aboutit pas à la désignation d'une loi étrangère particulière, mais commande à l'ordre juridique du for de s'effacer, implicitement, au profit d'un ordre juridique étranger. Elle prétend ainsi faire œuvre de *délimitation* et, à ce titre, cherche à se prévaloir d'une filiation avec le droit international publique.

¹¹⁹⁹ La règle fiscale de source doit être soulevée d'office par le juge (v. *supra* p. 291), à la différence de la règle de conflit classique (Cass. Civ. 1re, 12 mai 1959, *Bisbal*, *R.C.D.I.P.*, 1960, p. 62, note H. Batiffol ; Cass. Civ. 1re, 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*, *R.C.D.I.P.*, 1999, p. 707, note H. Muir Watt ; Cass. Civ. 1re, 26 mai 1999, *Belaid*, *R.C.D.I.P.*, 1999, p.707, note H. Muir Watt).

¹²⁰⁰ V. *supra* Titre II Partie I Chapitre I Section 1 § 2: B. 2) b. i. .

¹²⁰¹ L'ES est le critère central retenu par la règle distributive des pouvoirs d'imposition posée à l'article 7 du modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'OCDE. La définition de ce critère est posée par l'article 5 de ce même modèle OCDE.

étrangère¹²⁰². Une fois le seuil franchi, l'ES a pour effet d'introduire une séparation artificielle entre le siège de l'entreprise et sa succursale étrangère aux fins de la répartition de la matière imposable : « lorsque le droit fiscal se réfère à la notion d'établissement, c'est pour désigner, non une émanation de la société dans son ensemble, mais une *fraction* de celle-ci, un démembrement. Dès lors, pour qu'il y ait établissement imposable en France, il faut que l'on puisse *distinguer, séparer* l'établissement du siège »¹²⁰³. Klaus Vogel décrit ainsi l'article 7 du modèle OCDE comme une règle distributive qui « trace une ligne entre les droits d'imposition de chaque Etat contractant »¹²⁰⁴. Bref, l'influence organique de la frontière impénétrable ne fait aucun doute : l'ES est le seuil au-delà duquel le pouvoir de contrainte de l'Etat d'accueil sur la matière imposable est considéré comme suffisamment effectif pour permettre l'exercice d'une compétence normative. Lien extra-juridique avec la frontière internationale qui explique peut-être la formule, unique en son genre, de l'article 7(2) du modèle OCDE (versions 2008 et 2010) : « dans chaque Etat contractant », « in each contracting state »¹²⁰⁵. Cette terminologie laisse entendre, en effet, qu'il existerait une *symétrie* parfaite entre l'imposition de l'entreprise dans l'Etat de la source et dans l'Etat de la résidence, comme si une séparation précise et étanche de la matière imposable entre les deux Etats contractants était à l'oeuvre¹²⁰⁶. Pourtant, en cas de divergence d'interprétation entre les deux Etats dans l'application de cette symétrie¹²⁰⁷, qui renvoie elle-même au principe de pleine concurrence¹²⁰⁸, le modèle OCDE ne propose pour l'heure pas d'autre solution que le recours à des négociations extra-juridiques : la procédure

¹²⁰² P. Baker and R. S. Collier, « General Report », *The Attribution of Profits to Permanent Establishment*, Cahiers de l'IFA, vol. 91B, 2006, p. 42: « The PE concept is often regarded as a threshold for source-State taxation »; B. J. Arnold et J. Sasseville, « Source Rules for Taxing Business Profits Under Tax Treaties », *op. cit.*, p. 117: « The existence of a PE is a threshold requirement ».

¹²⁰³ D. Gutmann, « Un dirigeant de société peut-il être considéré comme un établissement stable ? », in : *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, 2006, p. 549.

¹²⁰⁴ K. Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, *op. cit.*, p. 404.

¹²⁰⁵ B. J. Arnold, « Fearful Symmetry : The Attribution of Profits "in each contracting State" », *op. cit.*, p. 312.

¹²⁰⁶ B. J. Arnold, « Fearful Symmetry... », *op. cit.*, p. 313.

¹²⁰⁷ P. Baker and R. S. Collier, « General Report », *op. cit.*, p. 34: « There is considerable variation in the domestic laws of the Member countries regarding the taxation of PEs. Currently, there is also not a consensus amongst the Member countries as to the correct interpretation of Article 7 ».

¹²⁰⁸ B. J. Arnold et J. Sasseville, « Source Rules for Taxing Business Profits Under Tax Treaties », *op. cit.*, p. 121: « this general principle invokes the arm's length principle of article 9 to govern dealings between a PE and its head office or other PEs » ; B. J. Arnold, « Fearful Symmetry... », *op. cit.*, p. 334: « the wording of Art. 7(2) is clearly intended to make the arm's length principle in Art. 9 applicable to PEs ».

amiable de l'article 23¹²⁰⁹. En d'autres termes, si la notion interne et conventionnelle d'ES entretient bien un lien fort, de type organique, avec la frontière internationale, cette notion ne correspond pas pour autant à une véritable frontière internationale au sens juridique ayant pour effet de « délimiter » objectivement les compétences fiscales des Etats¹²¹⁰.

308. Sous l'empire de l'ES, toute activité transfrontalière n'ouvre pas droit à l'exercice d'un droit d'imposition au profit de l'Etat de la source ; il faut au contraire attendre qu'un seuil de pénétration, jugé arbitraire et irrégulier par les praticiens, soit franchi. Mais surtout, le franchissement du seuil de pénétration défini par l'article 5 du modèle OCDE n'exclut pas pour l'avenir l'exercice, par l'Etat de la résidence, d'un pouvoir d'imposition : l'article 7 du modèle OCDE ne fait pas œuvre de « délimitation » entre deux Etats, mais uniquement de limitation de l'exercice des droits d'imposition de l'Etat de la source¹²¹¹. Enfin, la notion d'ES ne cantonne pas l'Etat de la source à exercer son pouvoir d'imposition sur des revenus de source territoriale, mais l'autorise à exercer ce pouvoir sur des revenus *a priori* de source étrangère, dès lors qu'ils sont attribuables à cet ES. Bref, si la fiction juridique de l'ES est bien un prolongement organique de la frontière internationale, reste (i) que ce lien demeure indirect et extra-juridique, (ii) qu'il ne présente aucun caractère impératif, et (iii) qu'il n'a pas pour effet d'orchestrer une véritable « délimitation » des compétences fiscales de chaque Etat. Cette dernière remarque, particulièrement vraie pour la formulation conventionnelle de

¹²⁰⁹ B. J. Arnold, *Ibidem*, p. 329: « Symmetry can be achieved only through the mutual agreement procedure ».

¹²¹⁰ V. *supra* Titre II Partie I Chapitre I Section 2 § 1: B. 1) b.

¹²¹¹ Si l'article 7 du modèle a été rédigé à l'origine dans l'optique d'un système de neutralité à l'importation (méthode de l'exonération), aujourd'hui cet article s'accommode de système fiscaux nationaux retenant une neutralité à l'exportation (mondialité de l'impôt compensée par une méthode du crédit d'impôt) : « The taxation of permanent establishment is nowadays best viewed as a residence-supporting concept rather than as a source taxing principle » (R. J. Vann, « Reflections on Business Profits and the Arm's-Length Principle », in : *The Taxation of Business profits under Tax Treaties*, Canadian Foundation, 2003, p. 135). Il y a cependant des cas particuliers où la règle distributive est rédigée de telle sorte que l'identification d'un établissement stable dans l'Etat de la source retire à l'Etat de la résidence de l'entreprise le droit d'exercer son pouvoir d'imposition sur les bénéfices attribués à cet établissement stable : « Les bénéfices d'une entreprise de l'un des Etats Contractants ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que l'entreprise n'effectue des opérations commerciales dans l'autre Etat par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise effectue de telles opérations commerciales, l'impôt peut être perçu sur les bénéfices de l'entreprise dans l'autre Etat, mais uniquement dans la mesure où ces bénéfices peuvent être attribués audit établissement stable. Cette fraction des bénéfices n'est pas imposable dans le premier mentionné des Etats Contractants » (article 4 de la Convention fiscale signée le 21 juillet 1959 entre la France et l'Allemagne).

l'ES¹²¹², vaut également pour ses formulations internes. La notion française d'« entreprise exploitée en France », par exemple, participe bien à la *détermination* de la compétence fiscale du for en matière de bénéfices commerciaux et peut, le cas échéant, avoir pour effet de *limiter* cette compétence fiscale. Reste que son caractère unilatéral lui interdit d'avoir une quelconque incidence sur la compétence fiscale des autres Etats. Dans ces conditions, à l'instar des règles de conflit de lois en droit privé¹²¹³, cette règle de source interne ne peut prétendre assurer une *délimitation* entre deux compétences fiscales concurrentes. En somme l'ES, comme toutes les règles fiscales de source, ne peut avoir que la prétention et les apparences de la frontière internationale.

CONCLUSIONS DE LA PARTIE I

309. Dans l'ordre moderne, les compétences normatives des Etats sont inter-pénétrables et ne connaissent pas l'existence de limites impénétrables. Le principe de territorialité n'est donc pas une manifestation de la frontière internationale, mais de la volonté du législateur national d'auto-limiter la portée spatiale de ses propres lois. Dans cet exercice, ce faisant, l'esprit du législateur national ne fut pas indifférent à l'existence des frontières internationales. Il faut même reconnaître que celles-ci ont largement influencé ce choix, en particulier dans les domaines où l'existence de la norme perd toute signification sans la présence tangible d'un pouvoir de contrainte : droit fiscal, mais aussi droit pénal. En somme, à défaut d'être la manifestation d'une règle super-ordonnée du droit des gens imputable à la frontière internationale, le phénomène de territorialité des compétences normatives peut s'expliquer comme une conséquence indirecte de la frontière internationale, bien qu'extra-juridique, qui s'intègre dans la totalité structurale de la territorialité politique. Si une définition de l'objet de la

¹²¹² V. *supra* Titre II Partie I Chapitre I Section 2 § 1 : B. 1) b. ii. .

frontière internationale par rapport au pouvoir législatif de l'Etat semble maintenant prendre une forme précise et intelligible, peut-on en dire autant du pouvoir exécutif de l'Etat ? L'imperméabilité de la frontière à l'égard de ce dernier n'est pas non plus à l'abri de toute confusion, dès lors que l'on cherche à comprendre les applications concrètes du principe d'imperméabilité si promptement proclamé.

¹²¹³ V. *supra* Titre II Partie I Chapitre I Section 2 § 1 : B. 2) .

Partie II

LES COMPETENCES EXECUTIVES DE L'ETAT

310. Dès lors que l'on quitte le droit privé et interne de l'Etat pour le droit international public, le concept de frontière apparaît *a priori* clair et connu : il a pour objet de délimiter les compétences d'exécution, appelées aussi de contrainte, de l'Etat moderne. Certains juristes précisent que c'est « l'*imperium* » de l'Etat, en tant que substance irréductible de la souveraineté¹²¹⁴, qui expire aux limites du territoire¹²¹⁵. L'*imperium* serait cette « prérogative de l'Etat, qui dérive de sa souveraineté et trouve sa limite dans le principe de territorialité »¹²¹⁶. Dès lors que cette substance est mise en cause, en conséquence, l'emprise des lois et des organes de l'ordre juridique du for doit être absolue : « Sur le plan législatif, la loi française règle, seule, l'*imperium* sur le territoire et, sur le plan juridictionnel, seul le juge français peut autoriser une mesure de contrainte en France, ou en apprécier la régularité. En d'autres termes, les seules mesures susceptibles d'être mises en œuvre sont celles du droit français »¹²¹⁷. L'objet de la frontière semble donc ne soulever aucune discussion. Les ouvrages juridiques peuvent se contenter d'en énumérer les exceptions : le droit de suite ou de poursuite terrestre et maritime¹²¹⁸, le droit de passage¹²¹⁹, le territoire flottant¹²²⁰, l'immunité diplomatique¹²²¹, le condominium¹²²², les bases militaires à l'étranger¹²²³,... etc. À côté de ces exceptions, il est également reconnu que les Etats sont libres d'aménager selon leur convenance le tracé, ainsi que le détail du

¹²¹⁴ Cet *imperium* recouvre, bien entendu, les compétences d'exécution de l'Etat, puisque « l'exécution se rattache à l'*imperium* et non point à la *juridistio* » (R. Perrot, « Présentation générale de la réforme », *op. cit.*, p. 3).

¹²¹⁵ V. n. B. Goldman, « Le champ d'application territorial des lois sur la concurrence », *R.C.A.D.I.*, t.128, 1969/III, p.696 : « c'est (...) dans la prétention d'exercer l'*imperium* sur un territoire étranger que se trouve l'excès de l'extraterritorialité » ; C. Jarrosson, « Réflexions sur l'*Imperium* », *op. cit.*, § 8 : « souveraineté et territorialité sont les supports nécessaires de l'*imperium* de l'Etat ».

¹²¹⁶ C. Jarrosson, *Ibidem*, § 79.

¹²¹⁷ P. Théry, « *Judex Gladii...* », *op. cit.*, p. 478.

¹²¹⁸ L'article 41 de la convention d'application de l'accord de Schengen (CAS) du 14 juin 1990, incorporé au droit communautaire depuis le traité d'Amsterdam (1997), admet entre Etats partis un droit de poursuite d'un délinquant à l'étranger. Cette technique permet, en cas d'infractions flagrantes ou d'évasion, à des agents de l'Etat de poursuivre à l'étranger une « chasse » débutée sur leur territoire.

¹²¹⁹ Les articles 17 à 19 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de Montego Bay (CMB) accordent un droit de passage à tout navire étranger sur la mer territoriale dans la mesure où il ne porte pas atteinte à la sécurité de l'Etat côtier.

¹²²⁰ Les articles 27, 28 et 92 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (CMB) autorisent l'Etat du pavillon d'un navire en transit sur la mer territoriale d'un Etat étranger à exercer sa juridiction pénale et civile sur les passagers dudit navire. Les articles 3 et 4 de la convention de Tokyo du 14 novembre 1973 prévoient la même dérogation, en matière de juridiction pénale, pour le cas d'un aéronef en vol dans l'espace aérien d'un Etat étranger. V. a. la Sentence arbitrale du 13 février 1897 dans l'affaire du baleinier *Costa Rica Packet*, entre la Grande Bretagne et les Pays-Bas, *op. cit.*, : « ...en haute mer, même les navires marchands constituent des parties séparées du territoire de l'Etat dont ils arborent le pavillon ».

¹²²¹ V. n. J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 252-254.

¹²²² V. n. P.M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, 10^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2010, p. 96.

régime juridique, des frontières qui limitent la portée de leur *imperium*. Le contexte particulier de la construction de l'aéroport Bâle-Mulhouse, en application de la convention franco-suisse du 4 juillet 1949, est une illustration topique de cette faculté : car « à la limite, demeurée inchangée, des deux territoires est venue se juxtaposer une limite nouvelle relative à l'exercice d'un faisceau d'attributs de la souveraineté »¹²²⁴. Bref, la dialectique juridique du principe et de l'exception semble clairement fixée sur le sujet. Reste à en comprendre les applications concrètes pour caractériser, de façon tangible et détaillée, l'objet de cette frontière. Commencent alors les complications.

311. Ce qui apparaît au premier regard évident, c'est-à-dire une ligne de démarcation entre les compétences exécutives des Etats, devient rapidement, à la loupe, équivoque : comment déterminer et vérifier *in concreto*, c'est-à-dire dans le détail des compétences exécutives de l'Etat (usage de la force publique, mesure de saisie, mesure conservatoire, commandement de payer...), les implications du principe de la frontière défini *in abstracto* ? Le désaccord est général dès qu'il faut rapporter, dans le détail des diverses compétences exécutives, les conséquences du principe de la frontière internationale préalablement affirmé. Faut-il s'en étonner, alors que les juristes persistent en la matière à partir du concept pour aller au réel, et non son contraire. L'*imperium*, à l'instar de la compétence d'exécution, constitue une illustration symptomatique de ces notions à la fois floues et familières des juristes : l'*imperium* n'est « jamais précisément cerné, ni dans son sens, ni dans son contenu, ni même dans son domaine d'application »¹²²⁵. S'il évoque à tout un chacun l'idée de force publique, de contrainte, et ce dans l'enceinte des prérogatives de l'Etat, reste qu'il se traduit dans la littérature juridique par des formules vagues et variées utilisées indistinctement. Les juristes mettent sur le compte de cette notion des pouvoirs aussi différents

¹²²³ V. n. M. Flory, « Les bases militaires à l'étranger », *An. fr. dr. int.*, vol. 1, 1955, p. 3-30.

¹²²⁴ D. Bardonnnet, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé », *op. cit.*, p.82.

¹²²⁵ C. Jarrosson, « Réflexions sur l'Imperium », *op. cit.*, §1.

que la coercition¹²²⁶, les voies d'exécution¹²²⁷, le commandement¹²²⁸ ou parfois même la *jurisdictio*¹²²⁹. L'*imperium* ne peut donc, raisonnablement, servir de point de départ à la définition de l'objet de la frontière internationale. *Quid*, alors, de la notion de « contrainte » ? Tout aussi populaire que l'*imperium* pour décrire l'objet des limites spatiales assignées aux Etats par le droit international¹²³⁰, elle n'apporte pas beaucoup plus de lumière sur la question. Car la notion juridique de contrainte a cela de particulier qu'elle peut faire l'objet d'une définition plurielle. Très étendue, elle peut couvrir l'ensemble « des voies et moyens de droit offerts et garantis par l'Etat en vue de l'exécution (au besoin forcée) des obligations et du respect du droit »¹²³¹. Dès lors que « la contrainte ne se résume pas à l'exécution forcée »¹²³², sont couvertes par cette définition les mesures d'exécution forcée, mais aussi les mesures conservatoires ou l'astreinte, voire même le titre exécutoire. À l'inverse, la définition de la contrainte peut être excessivement étroite ; au point de se confondre avec la notion de coercition pour ne viser que les actes comportant l'emploi de la force par un individu contre un autre. En somme, le mieux est peut-être de souscrire aux conclusions de ceux qui voient dans la contrainte une notion à géométrie variable couvrant l'ensemble des mesures qui permettent l'exécution d'une

¹²²⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. I, 8^e éd., LGDJ, 1993, n° 711.

¹²²⁷ R. Perrot et P. Théry, *Les procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2005, p.1 : « les procédures civiles d'exécution relèvent du domaine de l'*imperium* ».

¹²²⁸ C. Jarrosson, « Réflexions sur l'*Imperium* », *op. cit.*, § 31 : « C'est déjà avoir l'*imperium* que de commander ».

¹²²⁹ V. n. D. Bardonnnet, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé », *op. cit.*, p.21 : « La fonction majeure de la frontière est, par conséquent, de délimiter les souverainetés et de séparer les espaces qui constituent le territoire d'un Etat, et sont soumis à sa juridiction, du territoire d'un autre Etat » ; D. Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, T. I, Paris, 1771, p. 2 ; cité à partir de C. Jarrosson, *Ibidem*, § 39 : cet auteur effectue ainsi une distinction entre « l'*imperium merum*, noyau dur qui correspond à la contrainte, et l'*imperium mixtum*, notion plus souple qui recouvre aussi la *jurisdictio* » ; V. a. Constantinesco et S. Pierre-Caps, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 267 : le territoire est défini comme « l'assise physique de l'État, la portion de territoire terrestre, maritime et aérien qui est soumise à sa compétence et à sa juridiction, l'une et l'autre exclusive ». Pour une opinion contraire, v. n. M. Défossez, « Titre exécutoire », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2100, 2006, p. 5.

¹²³⁰ La notion de contrainte fut, en particulier, le critère déterminant retenu par Kelsen pour caractériser l'objet de la frontière internationale : « Ce ne sont pas seulement des faits qualifiés « d'exécution forcée » ou de « peine » au sens strict de ces mots, que le droit international limite au territoire propre à l'Etat ; il y enferme aussi toutes les manifestations de la puissance étatique, et notamment les actes de contrainte accomplis au cours des procédures qui préparent la peine et l'exécution forcée. Il y enferme, d'une manière générale, toutes les formes de contrainte appliquées par un homme contre un autre. (...) C'est pourquoi un Etat ne peut pas non plus accomplir sur le territoire d'un autre des actes qui ne possèdent pas eux-mêmes le caractère d'actes de contrainte, mais sont simplement des actes préparatoires d'actes de contrainte » (H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, p.202).

¹²³¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.227.

¹²³² P. Théry, « *Judex Gladii* », *op. cit.*, p. 480.

obligation par son débiteur, que cette dernière soit volontaire ou forcée¹²³³. Car en matière d'exécution et de contrainte, « le chemin du normatif au factuel passe par tout un processus qui conduit à la mise en œuvre de moyens de plus en plus graves et contraignants à l'encontre de la volonté de leur destinataire : la contrainte non autrement définie se constitue en réalité de toute une gradation de moyens divers »¹²³⁴. À l'intérieur de la notion d'exécution, des distinctions opportunes doivent donc être introduites en fonction de l'intensité de la contrainte exercée : exécution « tout à fait spontanée », exécution « encore volontaire mais sous pression », ou exécution « véritablement forcée »¹²³⁵. Bref, la contrainte présente « un champ d'application si étendu, se manifeste de manières si différentes, que la notion perd même sa spécificité juridique : son contenu est si hétérogène qu'il finit par se dissoudre »¹²³⁶. Dans ces conditions, le projet de ranger dans l'objet de la frontière internationale l'ensemble des mesures qui se rattachent au pouvoir de contrainte de l'Etat ne semble ni raisonnable, ni conforme à la réalité du droit international. L'hétérogénéité des mesures dites d'exécution, ou de contrainte, exclut de les soumettre ensemble, tel un bloc uni, au respect du principe de l'exclusivité territoriale. Cette différence de nature entre les différents niveaux de contrainte en appelle, au contraire, une autre : une différence de régime juridique, cette fois. Au cours du processus d'exécution qui voit le niveau de contrainte exercé sur le destinataire de la norme croître, n'y a-t-il pas un seuil identifiable en deçà duquel la compétence de l'Etat échappe à l'imperméabilité des frontières, mais au-delà duquel la compétence tombe sous le coup de cette imperméabilité ? Autrement dit, au cours de la gradation de la contrainte qui caractérise le processus de mise en application de la norme, est-il possible de déterminer objectivement un niveau de contrainte au-delà duquel la frontière internationale s'interpose et déploie ses effets restrictifs ? L'existence d'un tel critère permettrait, indiscutablement,

¹²³³ P. Théry, « Procédures civiles d'exécution », *Defrènois*, n°4, 2008, p. 421 : « De l'exécution volontaire à l'exécution forcée, il y a continuité plus que rupture ».

¹²³⁴ N. Ferreira, « La notion d'exécution d'office », *AJDA*, n° spéc. août 1999, p. 41. V. a. dans cet article, p. 41 : « La contrainte englobe donc un ensemble de procédés de pression qui peuvent être psychologiques ou matériels, selon une gamme assez étendue de techniques, et qui portent à la volonté du sujet une atteinte variable ».

¹²³⁵ S. Cimamonti, « Notion de saisie », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2020, 1993, pt 66.

¹²³⁶ N. Ferreira, « La notion d'exécution d'office », *op. cit.*, p. 41.

de saisir avec précision l'objet de la ligne de séparation entre le territoire des Etats. Malheureusement, l'imprécision sur ce sujet crucial règne, pour le moment, en maître incontesté¹²³⁷. Il suffit, pourtant, de remonter aux origines du principe de l'exclusivité territoriale et de la notion de contrainte pour surmonter ces équivoques et, par voie de conséquence, saisir le dénominateur commun aux compétences de l'Etat qui sont soumises à l'emprise de la frontière internationale.

312. Le premier Titre de cette thèse sur la notion de frontière a permis de constater que l'exclusivité territoriale n'est que la traduction juridique *ex post* d'un phénomène social préexistant : la monopolisation de la violence entre les mains d'une autorité centralisée et territorialisée¹²³⁸. Or cette question de la violence humaine, qui est au cœur de la naissance de la notion moderne de souveraineté¹²³⁹, constitue également le noyau dur et originel de la notion de contrainte. Cette dernière, étymologiquement, provient du terme latin « stringere », lequel signifie « serrer, étrangler »¹²⁴⁰. En somme, les deux termes renvoient directement au degré ultime de la force exercée contre un individu : la violence humaine¹²⁴¹. L'impénétrabilité de la frontière internationale ne fait par conséquent aucun doute lorsque l'on est confronté à la forme la plus aboutie de la violence étatique : la coercition¹²⁴². Degré ultime de la contrainte au sens juridique, la coercition est définie comme « l'usage légitime de la force physique dans un Etat de droit ; elle est le synonyme du terme de force matérielle auquel toutefois elle ajoute le caractère justifié »¹²⁴³. Traduction juridique de la violence humaine qui

¹²³⁷ N. Melot, « Essai sur la compétence fiscale étatique », *op. cit.*, p.1092 : « ... la frontière séparant la persuasion, l'incitation et la coercition peut alors parfois s'avérer délicate à tracer, ce qui peut rendre particulièrement floue la distinction entre les compétences normative et exécutive ».

¹²³⁸ V. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 2§2:B.

¹²³⁹ V. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 2§1:.

¹²⁴⁰ L. Grynbaum, « La contrainte, garantie de l'accès au droit », *op. cit.*, p. 6.

¹²⁴¹ La violence humaine désigne une force employée contre la volonté de son destinataire, comme l'atteste le terme « violer ». Elle forme le degré ultime de la force dans la mesure où elle cause nécessairement un préjudice, plus ou moins grave, à son destinataire (E. Enriquez, « Tuer sans culpabilité. Quelques réflexions sur les meurtres collectifs », in : *L'idée de meurtre, L'inactuel*, Circé, n°2, printemps 1999, p.15).

¹²⁴² Les spécialistes du droit international privé ne s'y sont, d'ailleurs, pas trompés : « c'est un principe du droit international public que le pouvoir coercitif ne peut s'appliquer que sur le territoire de l'État qui l'exerce » (H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 711).

¹²⁴³ N. Ferreira, *La coercition en droit public français*, thèse (présentée et soutenue le 10 janvier 2000), Université Paris I, p.6 ; v. a. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.156 : la coercition est défini comme la « contrainte,

s'exerce sous l'autorité de l'Etat, la coercition ne peut que se soumettre, sans discussion, au principe de l'exclusivité territoriale qui fonde l'ordre moderne. La nature et les origines de la souveraineté de l'Etat moderne, en somme, conduisent à émettre l'hypothèse suivante : en l'absence de coercition proprement dite, l'impénétrabilité de la frontière internationale a-t-elle réellement vocation à s'interposer entre les compétences des Etats ? Les origines de l'Etat, et plus particulièrement les fonctions remplies par la frontière dans l'ordre moderne¹²⁴⁴, semblent pencher en faveur d'une réponse négative. Une réponse définitive ne peut, cependant, s'affranchir d'une analyse affinée de la pratique juridique contemporaine : est-ce que, au-delà de la coercition *stricto sensu* (l'exécution « véritablement forcée »), d'autres mesures d'exécution prises par les Etats modernes sont soumises, *in concreto*, au respect de l'impénétrabilité des frontières en droit international ? La réponse à cette question cruciale sera recherchée dans le corps du droit fiscal français et, à l'intérieur de celui-ci, à la lecture du traitement juridique réservé aux opérations d'imposition relatives aux impôts directs. Entre la fixation de l'assiette de l'impôt direct et son recouvrement par l'Etat, y a-t-il un critère intelligible permettant de déterminer à quel moment l'exercice de cette compétence d'imposition sera strictement circonscrit, par le droit international, au territoire de l'Etat ?

313. Il est nécessaire de préciser que l'objet de cette étude ne sera pas d'analyser de façon exhaustive et approfondie les moyens d'exécution de la norme fiscale. Il s'agira plutôt d'identifier, parmi ceux-ci, les indices qui permettront de départager, parmi les compétences exécutives de l'Etat, celles qui relèvent (ou pas) de l'objet de la frontière internationale. Techniquement complexe, cet exercice permettra de confirmer *in concreto* l'idée que seule la coercition, c'est-à-dire l'*imperium stricto sensu*, tombe dans les filets de l'impénétrabilité de la frontière (Chapitre II), puisque les autres compétences

d'origine étatique, exercée sur les biens d'un individu (saisie) ou sa personne (emprisonnement) comportant l'emploi de la force au service du Droit... ».

¹²⁴⁴ V. *supra* Titre I Partie I Chapitre II Section 2§2:.

de l'Etat, c'est-à-dire l'*imperium lato sensu*, peuvent librement s'exercer au-delà de l'espace territorial (Chapitre I). De nombreux obstacles juridiques à l'exercice extra-territorial de l'*imperium* de l'Etat entendu *lato sensu* seront néanmoins identifiés et offriront l'occasion d'étudier, accessoirement, des manifestations concrètes de la notion de frontière-obstacle esquissée en introduction : des mesures discriminatoires introduites par les Etats à l'encontre des circulations transfrontalières¹²⁴⁵.

¹²⁴⁵ V. *supra* p. 63.

Chapitre I

L'imperium lato sensu : les commandements catégoriques

314. La première confusion qui doit être surmontée concerne le problème de l'inclusion de certains commandement de l'Etat, dès lors qu'ils se rattachent formellement au pouvoir d'exécution de ce dernier, dans l'objet de la frontière internationale. La notion de commandement, même appliquée aux seules disciplines juridiques, donne lieu à de multiples significations. Pour les praticiens du droit, la notion renvoie principalement au terme précis de « commandement de payer ». Largement étudié dans les manuels de droit privé, ce terme désigne l'acte d'huissier de justice (ou de l'administration fiscale)¹²⁴⁶ qui, signifié au débiteur, le met en demeure d'exécuter ses obligations et l'informe des sanctions dont la non-exécution est assortie. Premier « acte de poursuite », il n'emporte pourtant aucun effet coercitif, ou même conservatoire, sur le patrimoine du débiteur¹²⁴⁷. Car c'est bien dans la *menace de sanction* que réside l'apport déterminant du commandement de payer. Aussi bien par rapport au titre exécutoire en vertu duquel il est signifié¹²⁴⁸, que par rapport aux éventuelles mesures de coercition dont il conditionne la validité. L'étroitesse de cette définition rend donc ce terme impropre à saisir le pouvoir de commandement de l'Etat en tant que manifestation de *l'imperium lato sensu*. C'est vers la notion plus large, et imprécise, de « commandement catégorique » qu'il faut se tourner. Employé aussi bien en droit public qu'en droit privé, le commandement catégorique désigne, en plus des commandements de payer, l'ensemble des ordres formels émis à destination du débiteur dans le dessein d'accroître l'opposabilité et, par voie de conséquence, le crédit attaché à la norme dont l'exécution est recherchée. Ce sont les ordres qui concourent à accentuer, dans l'esprit de son destinataire, la force obligatoire de la règle de conduite à laquelle ils sont attachés : mise en demeure, commandement de payer, mesures conservatoires. Ces commandements catégoriques ne s'adressent pas, cependant, uniquement au débiteur. Sont également concernés les ordres

¹²⁴⁶ L'administration fiscale a la possibilité, en vertu de son privilège du préalable, de notifier elle-même le commandement de payer au contribuable (v.n. CE, 1^o s.s., 1 dec. 1976, n^o 98393, *DF*, n^o 8, 1977, comm. 272).

¹²⁴⁷ Le commandement de payer est un acte de poursuite en application de l'article 2244 du Code Civil qui ne produit aucune contrainte matérielle à l'encontre du contribuable, pas même un « effet d'indisponibilité ». Il interrompt le cours de la prescription et prépare, en officialisant la résistance du contribuable, la saisie proprement dite (v. n. G. Legrand, *Le recouvrement de l'impôt*, *op. cit.*, p. 203).

formels émis à destination des agents publics comme le titre exécutoire. En octroyant la force exécutoire à la règle de conduite dont l'exécution est recherchée, ce dernier participe également au renforcement de la contrainte attachée à la non-exécution¹²⁴⁹. Dans tous les cas, c'est la subjectivité des sujets de l'ordre juridique que le commandement catégorique cherche à sensibiliser : une sorte de contrainte psychologique. Que son destinataire soit le sujet de l'obligation à exécuter, ou un agent public chargé de l'exécution forcée, ces commandements sont tous préoccupés par un même objectif : obtenir un respect spontané de la règle de droit par les acteurs de l'ordre juridique dans un climat de non-violence (une exécution « encore volontaire mais sous pression »)¹²⁵⁰.

315. En raison de cette finalité singulière, les commandements catégoriques se présentent sous une forme originale : à l'instar du commandement de payer, le commandement catégorique n'est rien qu'un dédoublement d'une norme principale (la règle de conduite¹²⁵¹), qui trouve sa raison d'être dans la menace de sanction dont il est porteur. Le commandement catégorique est donc une aide extérieure à la norme principale dont l'exécution est recherchée, généralement émise par les agents de la puissance publique. À la fois manifestation et condition de la puissance de l'Etat, ces commandements sont, sans surprise, rattachés au pouvoir exécutif de l'Etat. Leur objet est d'assurer à l'ordre juridique concerné le minimum d'efficacité dont il a besoin. Dans ces conditions, il n'est pas absurde d'émettre l'hypothèse que la frontière internationale s'oppose à l'extension extra-territoriale de ces

¹²⁴⁸ Le commandement de payer doit toujours faire mention du titre exécutoire qui fonde les poursuites (v.n. CE, 8^e-9^e s.s.r., 2 juin 1993, n° 67942, *SA Fidevry*, *DF*, n°45, 1993, comm. 2166).

¹²⁴⁹ Le titre exécutoire, d'ailleurs, s'il est bien un ordre adressé aux agents de l'Etat, est corrélativement toujours notifié au débiteur de l'obligation dont l'exécution est recherchée. Le titre exécutoire, en droit fiscal, ne commence ainsi à produire ses effets (l'exigibilité) qu'à compter de la date à laquelle le contribuable a été informé de la mise en recouvrement du rôle, c'est-à-dire de l'émission du titre exécutoire (v.n. CE, sect., 20 nov. 1992, n° 71902, *M. Seigneur*, *DF*, n° 11, 1993, comm. 567 ; voir aussi Instr. CP, n° 98-010-A1, 12 janv. 1998).

¹²⁵⁰ J.H. Robert, *Les sanctions prétorienne en droit privé français*, Thèse, Paris II, 1972, p. 256 : « les législateurs modernes répugnent au recours à la force et la résistance des plaideurs aux ordres de la loi cède souvent avant qu'on ait à en venir à cette extrémité ».

¹²⁵¹ En l'espèce, la norme porteuse de la règle de conduite humaine est qualifiée de norme principale. Kelsen, en revanche, lui attribua le qualificatif de norme secondaire, considérant que la norme primaire désignait celle qui était porteuse de la sanction (v. *supra* Titre I Partie I Chapitre I Section I §3:B. 2).

commandements. Dans le même temps, force est de reconnaître que ces commandements ont pour seul effet l'exécution « tout à fait spontanée » ou « encore volontaire mais sous pression » du sujet de l'obligation. Mieux, ils visent indirectement à prévenir un usage trop fréquent de la violence, c'est-à-dire des procédures d'exécution « véritablement forcée ». Les véritables mesures de contrainte, en effet, ne peuvent être utilisées qu'avec parcimonie sous peine, au-delà d'un certain seuil, de mettre en péril la légitimité de l'ordre juridique dont elles sont supposées garantir l'efficacité. C'est pourquoi l'analyse approfondie du droit fiscal français, et plus particulièrement de son dispositif en matière de commandements catégoriques, permettra de démontrer l'innocuité de la frontière internationale sur l'exercice de ces compétences dite « exécutives » de l'Etat.

316. En droit fiscal français, le législateur a doté l'Etat (l'administration fiscale¹²⁵²) de prérogatives en matière de commandements particulièrement dissuasives. Ces mesures, qui visent toutes à renforcer le caractère contraignant de la norme fiscale, concernent autant l'obligatorité de la norme fiscale (Section 1), que sa force exécutoire (Section 2). Car si l'impôt est généralement payé volontairement, c'est uniquement parce que le contribuable est l'un des débiteurs de France le plus mis « sous pression ».

¹²⁵² La récente réforme de l'organisation de l'administration fiscale visant à réunir au sein de la direction générale des finances publiques les comptables du trésor (direction générale des comptes publiques) et les comptables des impôts (direction générale des impôts) n'est pas prise en compte dans les développements qui vont suivre, dans la mesure où son entrée en vigueur est progressive et non encore pleinement mise en oeuvre au moment de la rédaction de ce chapitre (v. n. *Harmonisation des procédures de recouvrement forcé au sein de la DGFIP*, Commission des finances du Sénat, Rapporteur général MARINI (Ph.), Rapport d'information n° 166, le 13.12.2010).

Section 1 L'obligatorietà de la norme

317. L'obligatorietà désigne la force obligatoire attachée à une règle de conduite humaine par son destinataire¹²⁵³. Toute norme est par nature obligatoire¹²⁵⁴. Ses destinataires sont, en théorie, tenus par la situation substantielle créée par elle ; mais encore faut-il que ces destinataires soient, *in concreto*, convaincus de cette force obligatoire¹²⁵⁵. À cette fin, l'ordre contenu dans le commandement est généralement accompagné de menaces : des commandements dits « catégoriques », émis par l'Etat et ses agents, accompagnent la règle de conduite humaine pour renforcer sa dimension dissuasive et contraignante. La force obligatoire ne découle donc pas seulement de la norme principale dans laquelle est formulée la règle de conduite : l'obligation de faire, ou de ne pas faire. Elle procède surtout, dans les faits, de son régime contextuel : l'obligatorietà se manifeste de façon plus intense par la multitude de norme auxiliaires¹²⁵⁶, au ton menaçant, qui s'associent à la norme principale dans laquelle le comportement obligatoire est formulé. Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un co-contractant, d'une partie à un procès ou d'un contribuable, l'obligatorietà remplit une fonction persuasive distincte, par son objet et ses méthodes, de l'exécution véritablement forcée. Ici, l'Etat « préfère brandir le glaive plutôt que de

¹²⁵³ H. Péroz, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, *op. cit.*, n° 255.

¹²⁵⁴ P. Amselek, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in : *La force normative, Naissance d'un concept* (sous la dir. de C. Thibierge et alii), LGDJ, 2009, p. 3.

¹²⁵⁵ G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 544 : « le fondement de tout droit réside en dernière analyse dans la conviction que l'on a (...) de sa [la règle] force normative (...). Ainsi donc, c'est de la conviction populaire (...) qu'il dépend à un moment donné, qu'une prétendue norme possède réellement le caractère de norme véritable ».

¹²⁵⁶ Le terme auxiliaire est ici employé pour souligner l'absence d'autonomie de ces normes par rapport à la norme principale dont elles cherchent à favoriser l'exécution. Ces normes, appelées commandements catégoriques, ne sont qu'un dédoublement de la norme principale dans la mesure où ils ne modifient pas la règle de conduite à respecter.

l'asséner »¹²⁵⁷. Ces commandements ne sont donc que des « avertissements » adressés au destinataire de la norme principale pour le mettre sous pression. Ils visent à informer le sujet de l'ordre juridique des conséquences du non-respect de son obligation pour le faire « fléchir »¹²⁵⁸ psychologiquement. Tout cela, précisément, sans jamais faire appel à la violence¹²⁵⁹. Reste que le commandement catégorique demeure, sciemment, un simulacre de violence légale. Proximité indéniable, donc, avec les mesures d'exécution « véritablement forcée », qui peut expliquer pourquoi leur portée a souvent été jugée limitée, *de jure*, au territoire de chaque Etat. Pourtant, la seule étude des dispositifs particulièrement contraignants qui sous-tendent la norme fiscale permet de prouver le contraire. À l'instar du pouvoir normatif authentique¹²⁶⁰, les commandements catégoriques que l'Etat adresse autoritairement à destination des sujets de l'obligation fiscale ne sont pas susceptibles de rentrer en collusion avec les frontières internationales. Cela se vérifie aussi bien pour les mesures qui visent à s'enquérir de la rectitude des déclarations du contribuable (§1), que celles qui introduisent des gages de recouvrement au profit de l'administration fiscale sur le patrimoine du contribuable (§2).

§1: *La dissuasion par l'enquête et l'investigation*

318. En matière d'impôts directs, un dispositif fiscal particulièrement dissuasif veille à la sincérité des informations fournies par le contribuable. L'identification de la matière imposable, en matière d'impôt sur le revenu (IR) et d'impôt sur les sociétés (IS), repose en effet sur une déclaration du sujet de l'obligation fiscale (ou d'un tiers). L'absence ou l'insuffisance de

¹²⁵⁷ C. Jarrosson, « Réflexions sur l'Imperium », *op. cit.*, § 18.

¹²⁵⁸ C. Jarrosson, *Ibidem*, § 22.

¹²⁵⁹ *Idem*, § 18 : « l'Etat enjoint, commande, mais retarde au maximum le recours à la force proprement dite ».

¹²⁶⁰ V. *supra* Titre II Partie I Chapitre II.

cette « confession »¹²⁶¹ se traduirait par une inexécution de la norme fiscale particulièrement préjudiciable aux finances de l'Etat. Les armes de dissuasion qui sous-tendent la norme fiscale sont donc à la mesure des enjeux : massives et persuasives. Aussi contraignantes qu'elles puissent paraître aux yeux du contribuable, elles n'aboutissent pourtant jamais, sauf exception, à l'usage réel de la violence humaine (A). Dépouillée de cet attribut, tout laisse à penser que la frontière internationale ne s'opposera pas à ce qu'un Etat exerce cette compétence au-delà des limites de son territoire (B).

A. Aperçu général des mesures à la disposition de l'administration fiscale

319. Tout commence, généralement, par un simple contrôle de bureau des déclarations du contribuable. D'abord informel et superficiel, le contrôle peut se prolonger et aboutir à une analyse approfondie du dossier du contribuable dont les déclarations éveillent les soupçons de l'agent des impôts. Commence alors le contrôle sur pièces : recoupement d'informations et examen critique des déclarations du contribuable¹²⁶². Des discordances ou contradictions peuvent alors apparaître et renforcer les soupçons de l'administration. Pour y remédier, celle-ci dispose de la faculté de s'adresser directement au

¹²⁶¹ L. Mehl et P. Beltrame, *Science et techniques fiscales*, PUF, coll. Thémis-Droit, 1984, p. 89.

¹²⁶² L'administration dispose de nombreux fichiers informatiques à partir desquels peut s'opérer le travail de recoupement : (1) Fichier FICOBA : regroupe les déclarations d'ouverture ou de clôture de comptes de toute nature auxquelles sont astreintes les personnes visées à l'article 1649 A CGI (ex. administrations publiques, personnes recevant habituellement en dépôt des valeurs mobilières, titres ou espèces...); (2) Fichier FIP : fichier d'imposition des personnes qui regroupe les informations relatives à l'identité et aux adresses des contribuables à l'IR, la taxe d'habitation et l'ISF; (3) Fichier MEDOC (mécanisation des opérations comptables) qui permet l'identification des personnes physiques ou morales, ou de leurs représentants fiscaux quand elles sont établies ou domiciliées hors de France, redevable de la TVA, de la taxe sur les salaires, de l'IR au titre des BIC/BNC/BA, de l'IS et taxes annexes, de la taxe professionnelle ainsi que la gestion, pour l'ensemble des redevables, de certaines informations relatives à l'assiette et au recouvrement de l'impôt; (4) Fichier SPI (simplification des procédures d'imposition) assure, au plan national, la gestion des informations sur les personnes physiques et morales relevant de la compétence de l'ancienne Direction Générale des Impôts; il gère également les données afférentes aux personnes appartenant ou rattachées au foyer fiscal du contribuable; (5) Fichier RTU : traitement automatisé du recouvrement des taxes d'urbanisme.

contribuable pour lui demander des renseignements sur ses déclarations¹²⁶³ et, le cas échéant, engager des recherches parallèles auprès de tiers par l'exercice de son droit de communication¹²⁶⁴. En l'absence de réponse, ou lorsque celle-ci lui paraît insuffisante, l'administration a toutes les raisons de penser qu'elle est confrontée à une inexécution de la norme fiscale¹²⁶⁵. Elle peut alors faire appel à des commandements catégoriques : « on quitte le registre de la conversation pour se rapprocher de celui de l'injonction »¹²⁶⁶. L'enquête sera diligentée sous la forme d'une demande d'éclaircissement sur certains points précis (et obscurs) de la déclaration du contribuable¹²⁶⁷, accompagnée, le plus souvent, d'une demande de justification¹²⁶⁸. Le formalisme fait alors son entrée, et la contrainte qui va avec. Ces commandements seront adressés au contribuable par lettre recommandée avec accusé de réception¹²⁶⁹. En guise de réponse, le contribuable a l'obligation d'apporter un commencement de preuve, sous peine de s'exposer à une sanction : la procédure de taxation d'office¹²⁷⁰. Procédure particulièrement dissuasive, cette dernière est la contrainte ultime qui couronne l'ensemble des commandements précédents. Procédure d'imposition unilatérale, elle permet à l'administration d'imposer le contribuable à partir des seuls éléments dont elle dispose. Ce n'est qu'une

¹²⁶³ L'administration fiscale est libre de demander au contribuable tout renseignement relatifs aux déclarations déposées. Elles n'entraînent toutefois aucune sanction, les contribuables étant libres de s'abstenir d'y répondre (Rép. Min. à A. Bourgeois, *JOAN Q*, 29 juin 1974, p. 3225).

¹²⁶⁴ I. Vestris, « Le droit à l'information de l'administration », *DF*, n° 3, 2007, p. 22 : « son association [le droit de communication] éventuelle à d'autres moyens de contrôle contribue à assurer l'efficacité de ce droit qui permet à l'administration de s'informer, de relever éventuellement des incohérences, et peut l'inciter à poursuivre ses investigations par d'autres moyens plus contraignants ».

¹²⁶⁵ Généralement, l'administration aura réuni des éléments permettant d'établir, par une analyse des flux, que le contribuable est susceptible de percevoir des revenus plus importants que ceux figurant dans sa déclaration (CE, 8^e-9^e s.s.r., 16 mai 1997, *Mme Niollon*, n° 145097 et 145121, *RJF*, n° 7, 1997, no. 647).

¹²⁶⁶ V. Dumas, « Pouvoirs de contrôle de l'administration et garanties du contribuable : un équilibre en perpétuelle construction », *RJF*, n° 8-9, 2010, p. 626.

¹²⁶⁷ Ces demandes ne peuvent porter que sur des mentions contenues dans la déclaration du contribuable (CE, 16 mai 1997, *Mme Niollon*, *op. cit.*).

¹²⁶⁸ La distinction entre ces deux procédures, posées à l'article L 16 et L 16 A du LPF, n'est toutefois pas très claire aussi bien dans le texte que dans la pratique : « l'emploi de la demande d'éclaircissements s'est progressivement effacé devant celui de la demande de justifications pour des raisons d'efficacité. Ce transfert s'est néanmoins effectué de manière invisible, l'administration utilisant des imprimés communs à ces deux demandes et se gardant d'opérer, notamment vis-à-vis du contribuable une distinction » (G. Vidal, « Les limites du droit à l'information de l'administration », *DF*, n° 3, 2007, p. 33).

¹²⁶⁹ Le commandement catégorique de l'article L 16 du LPF, qui concerne l'IR, est corroboré de dispositions comparables pour l'ISF (art. L 23 A) ou les taxes sur le chiffre d'affaires (art. L 70) ainsi que les droits de succession (art. L 19). Enfin, dernier en date, les demandes de justifications pour les prix de transfert dans le cadre d'opérations internationales (art. L 13 B LPF).

¹²⁷⁰ En application de l'article L 65 et suivants du LPF, le déclenchement de cette procédure dérogatoire au droit fiscal commun est limité aux cas suivants : (i) défaut ou retard de production de la déclaration ; (ii) non-respect de certaines obligations incombant aux micro-entreprises ; (iii) absence de réponse à une demande

fois l'impôt mis en recouvrement que le contribuable pourra présenter une réclamation en vue d'obtenir une réduction ou la décharge de l'imposition, en supportant la preuve de son exagération. Contrainte oblige, le formalisme attaché à cette procédure dérogatoire est particulièrement rigoureux. Non seulement le contribuable doit être avisé de son déclenchement par l'envoi d'une mise en demeure¹²⁷¹, mais aussi informé du résultat de cette procédure par l'envoi d'une proposition de rectification avant la mise en recouvrement¹²⁷². Bref, le contribuable n'a qu'à bien se tenir face à une administration fiscale disposant d'un « véritable arsenal lui permettant de lutter contre la fraude fiscale »¹²⁷³. D'autant plus que celle-ci peut avoir engagé, dans le secret le plus complet¹²⁷⁴, une enquête parallèle auprès de tiers détenant des informations sur le contribuable.

320. Pour s'assurer de la bonne exécution de la norme fiscale, les pouvoirs d'enquête de l'administration fiscale peuvent s'étendre à des tiers. Le fisc peut d'abord librement, et sans contrainte, s'adresser à des tiers pour s'informer sur la situation personnelle d'un contribuable. Ces mesures informelles ne sont pas susceptibles d'entacher la procédure d'imposition d'une irrégularité tant que le tiers n'est pas induit en erreur sur le caractère juridiquement non contraignant de la demande, et facultatif de sa réponse¹²⁷⁵. L'administration fiscale peut aussi considérer que le recours à la contrainte est nécessaire, même à l'encontre d'un tiers à l'opération d'imposition, et

d'éclaircissements ou de justifications ; (iiii) opposition à contrôle fiscal ; (iiiiii) refus de désignation en France d'un représentant fiscal.

¹²⁷¹ Cette mise en demeure est une invitation pour le contribuable à régulariser sa situation. En matière de TVA, ainsi que dans certains cas énoncés par la loi, l'administration est libérée de l'obligation formelle d'adresser une mise en demeure au contribuable (v.n. G. Legrand, *Le recouvrement de l'impôt*, op. cit., p. 156).

¹²⁷² L'administration fiscale doit notamment inclure dans cette proposition les éléments et les méthodes utilisées par elle pour asseoir l'impôt (v.n. G. Legrand, *Ibidem*, p. 156).

¹²⁷³ I. Vestris, « Le droit à l'information de l'administration », op. cit., p. 25.

¹²⁷⁴ Le droit de communication s'exerce auprès de tiers sans formalité aucune vis-à-vis du redevable de l'impôt : absence d'obligation de notification au contribuable concerné de l'exercice de ce droit à l'égard d'un tiers (CE, 8^e-7^e s.s.r., 27 avril 1987, n° 63634, *RJF*, n° 6, 1987, no. 660 ; CE, 9^e-8^e s.s.r., 10 décembre 1990, n° 68670, *CBI Import*, *RJF*, n° 2, 1991, no. 193). Ce n'est que lorsque l'administration entendra utiliser ces informations à l'encontre du redevable qu'elle sera obligée de l'informer de la nature, de la teneur et de l'origine des documents (CE, 9^e-10^e s.s.r., 16 nov. 2005, n° 270342, *Min. c/ SARL Manufacture française des chaussures Eram*, *DF*, n° 11, 2006, comm. 255).

¹²⁷⁵ V.n. CE, 8^e-7^e s.s.r., 27 avr. 1987, n° 63634, *Menella*, *DF*, n° 43, 1987, comm. 1948.

exercer son droit de communication¹²⁷⁶. Celui-ci autorise les agents de l'administration à prendre unilatéralement connaissance et copie de certains documents détenus par des tiers, limitativement énumérés par la loi¹²⁷⁷, dès lors que l'information est utile aux opérations d'assiette et de liquidation des impôts¹²⁷⁸ et, implicitement, à la bonne application de la norme fiscale¹²⁷⁹. Ce droit de communication, en sus de l'entorse au secret professionnel¹²⁸⁰, correspond bien à un commandement assorti d'une menace de sanction : les assujettis au droit de communication sont, en l'absence de réponse, passibles d'une amende¹²⁸¹. Les agents des impôts ne peuvent toutefois pas exiger le déplacement des documents comptables, le droit de communication ne mettant à la charge des assujettis qu'une obligation passive de mise à disposition des informations. Ce droit va donc s'exercer le plus souvent « sur place »¹²⁸², l'agent se déplaçant lui-même au lieu où se trouvent les documents visés ou, à défaut, « par correspondance »¹²⁸³. Si le second moyen conserve bien la nature d'un commandement catégorique, le premier moyen prend en revanche l'allure d'une coercition proprement dite¹²⁸⁴. La consultation des documents sur place, à l'intérieur même des locaux des

¹²⁷⁶ Article L 81 et suivants du Livre des Procédures Fiscales. Ce droit de communication peut se répéter plusieurs fois, il n'est pas limité dans le temps et n'est pas soumis aux règles du contradictoire.

¹²⁷⁷ Ce sont pas moins de trente six articles du LPF qui définissent, exhaustivement, les personnes concernées ainsi que les documents sur lesquels le droit porte : les entreprises commerciales et sociétés, notamment les banques (art. L 85 LPF), les avocats, notaires, experts-comptables, huissiers (art. L 86 LPF), ainsi que les architectes, urbanistes, artistes-peintres, dessinateurs, sculpteurs, décorateurs, paysagistes, agriculteurs (art. L 85 A), les associations, coopératives, syndicats qui versent des salaires ou honoraires (art. L 87 LPF). Depuis peu, le droit a été étendu aux autorités judiciaires lorsque l'information est de nature à faire présumer une fraude commise en matière fiscale (art. L 101 LPF). Les personnes assujetties ont l'obligation de conserver les documents concernés pendant six ans (art. L 102 B LPF).

¹²⁷⁸ Ce droit peut également être étendu, pour les documents mentionnés aux articles L 83 à L 95 du LPF, aux comptables publics chargés du recouvrement afin de leur permettre de rechercher les conditions dans lesquelles ils peuvent prendre des garanties contre les contribuables défaillants (v. art. 7 de la loi n° 81-1179 du 31 déc. 1981).

¹²⁷⁹ V.n. O. Foucquet, concl. sous CE, 7^e-8^e s.s.r., 1^{er} juill. 1987, n° 54222, *Marcantetti*, *RJF*, n° 10, 1987, p. 505 ; CE, 7^e 8^e 9^e s.s.r., 13 mars 1967, n° 62338, *Association Football-Club de Strasbourg*, *DF*, n° 1, 1967, comm. 45. ; G. Bachelier, concl. sous CE, sect., 6 oct. 2000, n° 208765, *SARL Trace*, *DF*, n° 49, 2000, comm. 975.

¹²⁸⁰ J. Grosclaude et P. Marchessou, *Procédures fiscales*, op. cit., p. 130 : « on peut considérer l'inopposabilité du secret professionnel aux agents de l'administration comme un principe non écrit ». Le secret médical demeure, en revanche, opposable à l'administration fiscale (CE, Plén., 12 mars 1982, n° 11099, 11100, 11451, 11413, 11414 et 11466, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, *RJF*, n° 5, 1982, no.475).

¹²⁸¹ Si le refus de communication persiste, ce refus est susceptible de caractériser une opposition individuelle au contrôle fiscal passible d'une amende de 25 000 € et, en cas de récidive, d'une peine de prison de 6 mois maximum.

¹²⁸² Lorsque ce droit est exercé sur place, les résultats de l'investigation sont systématiquement mentionnés sur procès-verbal non contradictoire établi par l'agent, lequel remet également au tiers concerné un avis de passage (Note DGI 10 décembre 1955 n° 2957 ; D. adm. 13 K-114, 1er juin 2001).

¹²⁸³ D. adm. 13 K-113 n° 5, 1er juin 2001.

¹²⁸⁴ V. pour plus de précisions *infra* Titre II Partie II Chapitre II.

sujets de l'ordre juridique, se traduit bien par une contrainte matérielle et effective sur ce dernier qui ne correspond plus à un simple avertissement. Le droit de communication se place, à ce titre, à la lisière de l'obligatorité et de la coercition proprement dite.

321. L'administration fiscale, armée d'une panoplie de commandements catégoriques plus dissuasifs les uns que les autres, est devenue le service de l'Etat « destinataire du plus grand nombre d'informations sur les citoyens »¹²⁸⁵. Avec un tel niveau de surveillance, la tentation est faible pour le contribuable de se soustraire à l'exécution de son obligation. Pourtant, exception faite de l'exercice du droit de communication sur place, l'usage de ces mesures de contrainte par l'administration fiscale ne se traduit jamais par une effusion de violence. Ces multiples commandements catégoriques demeurent fidèles à la définition esquissée plus haut : de simples avertissements, des menaces de sanctions. En l'absence de violence réelle exercée sur la personne du contribuable ou des tiers tenus à des obligations d'informations, le droit international va-t-il tout de même s'opposer à ce que l'administration fiscale exerce ces pouvoirs au-delà des frontières de l'Etat ?

B. L'absence de contrariété de ces mesures avec la frontière internationale

322. La pratique laisse à penser que les actes de procédure, et en particulier les commandements catégoriques qui sont généralement soumis à des formalités de notifications, n'ont pas vocation à s'exécuter dans le ressort de juridictions étrangères¹²⁸⁶. Pourtant, en dépit du peu d'informations disponibles dans le domaine fiscal (doctrine administrative, contentieux...), certains indices inclinent nettement en faveur de l'hypothèse d'une frontière

¹²⁸⁵ J. Grosclaude et P. Marchessou, *Procédures fiscales*, *op. cit.*, p. 132.

¹²⁸⁶ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 192.

internationale indifférente à la portée de ces commandements catégoriques et des formalités de notification qui leur sont attachées. Dans un contexte transfrontalier, en effet, l'administration n'a renoncé ni à l'exercice de son pouvoir général d'enquête, ni à l'exercice particulier de son droit de communication (1). Cette liberté n'empêche pas cette même administration de faire appel, le cas échéant, à l'aide d'une administration étrangère pour l'assister dans l'exercice de son pouvoir d'enquête. Cette coopération n'a pas pour objet, cependant, de contrecarrer une frontière qui juridiquement ne s'interpose pas ; mais bien d'accroître dans l'esprit du contribuable l'obligatorité attachée à la norme et, en cas de contentieux, l'opposabilité des actes de procédure (2).

1) L'exercice extra-territorial des pouvoirs d'investigation

323. Il est important de rappeler, au préalable, que le juge de l'impôt laisse à l'administration fiscale, dans le silence des textes légaux, une marge de manœuvre considérable pour enquêter sur l'assiette des différents impôts. Ainsi l'administration peut-elle, sans formalité aucune, s'adresser directement à un tiers dans l'espoir de lui soutirer des informations sur un contribuable. Mais surtout, l'administration a le pouvoir de notifier elle-même, sans l'intermédiaire d'un huissier, ses propres commandements catégoriques sous la forme de simples lettres recommandées avec accusé de réception¹²⁸⁷. Affranchi des formalités liées à la signification¹²⁸⁸, le droit positif français ne s'est jamais opposé à ce que l'administration, en toute régularité, adresse des demandes de justification ou d'éclaircissement à des

¹²⁸⁷ L'administration fiscale échappe ainsi aux limites posées par le droit interne à l'article 684 du Nouveau Code de procédure civile (NCPC), qui dispose que « l'acte destiné à être notifié à une personne ayant sa résidence habituelle à l'étranger est remis au parquet, sauf dans les cas où un règlement communautaire ou un traité international autorise l'huissier de justice ou le greffe à transmettre directement cet acte à son destinataire ou à une autorité compétente de l'Etat de destination ».

¹²⁸⁸ La signification est la notification faite par huissier de justice consistant en la remise de la copie, sur place, d'un acte de procédure d'exécution à son destinataire. Il va de soi que l'huissier ne peut se déplacer au-delà de ses frontières pour signifier ce titre à un débiteur localisé sur un territoire étranger.

contribuables domiciliés à l'étranger¹²⁸⁹. Car un contribuable, même s'il n'est pas domicilié en France, peut être astreint à y souscrire une déclaration de revenu et l'envoi d'une demande de justification n'est qu'une technique de vérification de la sincérité d'une telle déclaration¹²⁹⁰. Un contribuable non-résident est d'ailleurs passible, au même titre que le résident, de la sanction suprême : la procédure de taxation d'office¹²⁹¹. Enfin, le législateur en personne est venu explicitement donner une portée extra-territoriale à ces mesures de contrainte, en faisant du refus de désigner un représentant fiscal en France par le non-résident une cause autonome de déclenchement de la procédure de taxation d'office¹²⁹².

324. Une approche similaire a été retenue par le juge judiciaire au sujet de la taxe annuelle de 3% sur la valeur vénale des immeubles situés en France¹²⁹³. La Cour de Cassation a dit pour droit que la mise en demeure de produire la déclaration, au titre de la taxe de 3%, adressée à un contribuable localisé à l'étranger peut lui être notifiée par simple pli recommandé avec accusé de réception en application de l'article 1728 du CGI¹²⁹⁴. En somme, ni la signification, ni l'assistance administrative internationale, ne sont des passages obligés à l'extension extra-territoriale de ces commandements catégoriques¹²⁹⁵. Mieux, le Conseil d'Etat a jugé qu'une notification de

¹²⁸⁹ La jurisprudence exige cependant que l'administration fiscale ait réuni, au préalable, des indices permettant d'établir que le contribuable peut avoir des revenus de source française plus importants que ceux déclarés (CE, 8^e 3^e s.s.r., 29 novembre 2000, n° 197551, *Arvanitakis*, *RJF*, n° 2, 2001, no. 215 ; v. a. B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, *op. cit.*, pt. 3735).

¹²⁹⁰ V. n. CE, 7^e-8^e s.s.r., 4 déc. 1985, n° 43383, *DF*, n° 15, 1986, comm. 775, concl. Mme M.A. Latournerie. Cette décision ne précise pas toutefois à quel endroit exactement, et selon quelles modalités, ces commandements ont été notifiés au contribuable.

¹²⁹¹ V.n. CE, 7^e-8^e s.s.r., 21 avr. 1986, n° 43402, *DF*, n° 26, 1986, comm. 1242, concl. M. A. Latournerie ; CE, 9^e-8^e s.s.r., 13 novembre 1998, n° 154950, *Entremont*, *RJF*, n° 1, 1999, no. 69 ; Cass. Com., 29 juin 2010, n° Z 09-14.847, *Scté JHH Exploitation Maaatschappij BV*, *RJF*, n° 12, 2010, no. 1240.

¹²⁹² Article L 72 du LPF : « Sont taxées d'office à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés, lorsqu'elles n'ont pas satisfait dans le délai de quatre-vingt-dix jours à la demande de l'administration des impôts les invitant à désigner un représentant en France : (i) Les personnes physiques exerçant des activités en France ou y possédant des biens sans y avoir leur domicile fiscal et les agents de l'Etat désignés au 2 de l'article 4 B du code général des impôts ; (ii) Les personnes morales exerçant des activités en France ou y possédant des biens, sans y avoir leur siège social ».

¹²⁹³ Les personnes morales, organismes, fiducies ou institutions comparables qui, directement ou par entité interposée, possèdent un ou plusieurs immeubles en France (ou des droits réels sur ces immeubles) sont redevables d'une tax annuelle de 3% sur la valeur vénale de ces immeubles ou droits (Article 990D à 990 G du CGI).

¹²⁹⁴ Cass. Com., 29 juin 2010, *Scté JHH Exploitation Maaatschappij BV*, *op. cit.*.

¹²⁹⁵ L'administration peut, par exemple, régulièrement envoyer une mise en demeure à un contribuable non-résident localisé à l'étranger, ainsi qu'une notification de redressement (CE, 9^e-8^e s.s.r., 13 mai 1992, n° 80314-

redressements était irrégulière dès lors qu'elle avait été notifiée en France, alors que le contribuable était régulièrement domicilié à l'étranger et avait communiqué son adresse à l'administration¹²⁹⁶. Pour toutes ces raisons, bien qu'aucun texte ne mentionne explicitement la possibilité pour l'administration de notifier directement par voie postale un courrier recommandé en dehors des limites de son territoire, aucune raison valable ne permet de considérer qu'elle soit privée d'une telle compétence¹²⁹⁷. Constat valable aussi pour le droit de communication et, l'occasion se présentera ultérieurement de le vérifier, pour la notification du titre exécutoire.

325. Rien ne s'oppose à ce que le droit de communication s'exerce par correspondance sur un territoire étranger¹²⁹⁸, si ce n'est l'efficacité pratique d'une telle demande. À l'inverse, la seule réception par un contribuable sur le territoire français, par courrier simple sous pli fermé, d'une demande de communication provenant d'une autorité fiscale étrangère n'a jamais suscité aucune réprobation des autorités françaises. L'Histoire contemporaine n'a pas connaissance de l'engagement de la responsabilité internationale d'un Etat créancier d'une obligation fiscale pour violation, dans de telles circonstances, de l'exclusivité territoriale d'un autre Etat. C'est d'ailleurs ce que reconnaît, explicitement, la nouvelle Directive 2010/24/UE sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement : l'existence d'une assistance administrative entre Etats membres de l'UE n'affecte pas la possibilité, pour ces derniers, de « notifier tout document directement par courrier recommandé ou

82444, *Plante*, *RJF*, n° 7, 1992, no. 1032 ; B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, 8^e éd., op. cit., pt. 3740).

¹²⁹⁶ CE, 13 mai 1992, *Plante*, op. cit., no. 1032 : « ... qu'ainsi, l'adresse de M. Plante à Martigny, seule officiellement communiquée à l'administration, était celle à laquelle cette dernière devait lui envoyer toutes les notifications le concernant, même si elle estimait que l'intéressé avait gardé son domicile fiscal en France et devait être soumis à l'impôt à raison de l'ensemble des revenus dont l'imposition est attribuée à la France par la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966 lorsqu'ils bénéficient à des contribuables ayant la qualité de résident en France ».

¹²⁹⁷ Par analogie avec les actes extra-judiciaires en matière civile et commerciale, v. n. S. Thouret, « Signification et notification des actes de procédure », *JCP Droit de la famille*, n° 11, 2008, p.8.

¹²⁹⁸ À ce sujet, il n'est pas inutile de relever que l'administration a eu l'occasion de signaler, dans une circulaire ancienne, que le commerçant d'une succursale française ne saurait exciper de la tenue de la comptabilité au siège étranger pour se soustraire à l'obligation de présenter aux agents chargés du contrôle de l'impôt les écritures se rapportant aux affaires traitées par cette succursale (Circulaire du Préfet de la Seine du 29 janvier 1929).

électronique à une personne établie sur le territoire d'un autre Etat membre »¹²⁹⁹.

326. Bref, les frontières internationales ne s'opposent pas plus à l'exercice extra-territorial de ces prérogatives de l'Etat que le droit fiscal interne français. Mais alors pourquoi demander à un contribuable non-résident la désignation d'un représentant fiscal sur le territoire national¹³⁰⁰ ou, plus largement, pourquoi négocier des conventions internationales en matière d'assistance administrative dans le domaine précis des pouvoirs d'enquête et d'investigation ? La raison est la suivante : le commandement catégorique risque de se retrouver, une fois la frontière internationale franchie, dépouillé de toute contrainte et, par voie de conséquence, de l'effet dissuasif tant recherché. Dès lors que le contribuable se trouve à l'extérieur des frontières de l'Etat et sans représentation fiscale dans ce dernier, tout se passe comme si le charme de l'obligatorité était rompu : le caractère purement normatif du commandement catégorique devient manifeste. Bref, si rien ne s'oppose juridiquement à l'exercice d'un commandement catégorique extra-territorial, reste la question de son efficacité pratique. Pour conserver un simulacre de violence et accroître, en cas de contentieux, l'opposabilité de ces actes de procédure (sécurité juridique), les Etats ont un intérêt réel dans le développement d'une assistance administrative internationale dans ce domaine¹³⁰¹.

¹²⁹⁹ Article 12 de la Directive 2010/24/UE sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement qui abroge et remplace la Directive 76/308/CEE. Ce n'est d'ailleurs que dans le cas où cette notification extraterritoriale est impossible ou difficile que l'Etat membre pourra demander dans ce domaine l'assistance d'un autre Etat membre (article 8(2) de la Directive 2010/24/UE).

¹³⁰⁰ Les personnes physiques ou morales qui exercent en France des activités ou qui y possèdent des biens sans y avoir leur résidence fiscale peuvent être invitées par l'administration fiscale à désigner un représentant en France autorisé à recevoir les communications relatives à l'assiette, au recouvrement et au contentieux de l'impôt (v. article 164 D et 223 quinquies A du CGI). Ce dernier s'engage, en cas de défaut de paiement du contribuable non-résident, à acquitter les sommes dues au lieu et place du premier (Instr. du 4 août 2005, BOI 8 M-1-05).

¹³⁰¹ Le premier accord international sur la coopération dans le domaine de l'enquête fiscale date, d'ailleurs, d'une convention d'assistance administrative réciproque entre la France et la Belgique, signée le 12 août 1843 à Lille, relative à l'échange de renseignements tirés des actes présentés à la formalité de l'enregistrement, des déclarations de succession ou de mutation par décès et d'autres documents administratifs.

2) *L'assistance administrative internationale en matière d'investigation*

327. L'assistance administrative en matière d'assiette (dite « échange d'informations ») concerne, entre autres, les mesures dites de contrôle et d'investigation. Elle permet, en particulier, aux Etats d'obtenir le traitement national de leurs commandements catégoriques dans un autre système juridique, c'est-à-dire de s'assurer de l'appui de l'autorité publique (et de son *imperium lato sensu*) sur le territoire duquel le contribuable est situé. Face à des situations transfrontalières particulièrement complexes, l'obligatorité de la norme fiscale sort considérablement renforcée de cette assistance dans le domaine de l'investigation. Cette assistance se présente, généralement, sous les formes suivantes : la notification du commandement¹³⁰², l'échange de renseignements disponibles sur le contribuable, mais aussi l'exercice de droits d'enquête et d'investigation. Leurs fondements juridiques sont principalement de deux ordres : conventionnel et communautaire (a). Dans les deux cas, il ne s'agit aucunement d'une limitation des effets du principe de l'exclusivité territoriale, mais simplement de l'introduction d'une obligation pour les Etats contractants de mettre en action leurs organes de contrainte au service d'un Etat étranger (b).

a. Les fondements juridiques de cette assistance administrative

328. Il est devenu courant de trouver, dans les conventions fiscales bilatérales qui s'inspirent de l'article 26 du modèle de convention OCDE, des clauses contenant une assistance administrative internationale permettant la

¹³⁰² La question de la notification du commandement sera traité, de façon plus détaillé, ultérieurement dans le cadre de l'analyse de la force exécutoire de la norme (v. *Titre II Partie II Chapitre I Section 2 § 2: B. 1*).

notification de document et l'échange de renseignement¹³⁰³. Il n'est pas moins rare de tomber sur des conventions fiscales contenant des dispositions inspirées de l'article 26(4) du modèle OCDE¹³⁰⁴, lequel oblige l'Etat requis à mener des enquêtes et des investigations au service de l'Etat requérant. Ces mesures d'investigation au service d'une créance fiscale étrangère se rencontrent dans les engagements conventionnels français, mais aussi dans ceux de pays réputés réfractaires à ce genre de coopération, comme les Etats-Unis¹³⁰⁵ ou l'Australie¹³⁰⁶. Toujours dans le cadre de l'assistance administrative à l'assiette, enfin, se développent aussi des procédures de contrôle fiscal simultanée. Très populaire pour contrôler la politique des prix de transfert des groupes d'entreprises à l'échelle internationale¹³⁰⁷, cette procédure consiste à « contrôler simultanément et de manière indépendante, chacun sur son territoire, la situation fiscale d'un ou plusieurs contribuables qui présentent pour [les autorités fiscales] un intérêt commun ou

¹³⁰³ L'article 26 du modèle OCDE et les commentaires qui lui sont dédiés limitent cependant la portée de cette assistance par toute sorte de conditions ou échappatoires à la disposition des Etats : (i) les pouvoirs d'investigations et les échanges d'informations sont limités aux « renseignements vraisemblablement pertinents », ce qui interdit toute forme de « pêche aux renseignements » (J. Herdin-Winter, « Exchange of information and Legal Protection: DTCs and EC law », in : *EC Treaty and EC Law* (sous la dir. de M. Lang J. Schuch et C. Staringer), Kluwer Law International, 2007, p. 251; R. Hamilton, « International exchange of taxation information », *The Tax Specialist*, vol. 10, n°2, 2006, p. 90); (ii) la clause de législation et de réciprocité permet d'opposer à la demande de l'Etat requérant les dispositions du droit interne de chaque Etat, de prévenir tout élargissement des prérogatives des administrations fiscales nationales et de s'assurer que l'assistance s'opérera sur la base de la plus restrictive des deux législations en présence (J.C. Sherman et D. Spencer, « International Tax Cooperation », *op. cit.*, p. 39 ; F. Boisset-Repkat, « Contrôle et rectification des opérations internationales », *JurisClasseur Procédures fiscales*, *op. cit.*, pt 66) ; (iii) l'assistance ne saurait porter atteinte à l'ordre public ou révéler un secret commercial, industriel ou professionnel ; enfin (iiii) l'assistance peut-être refusée lorsque l'Etat requis rencontre des difficultés pratiques insurmontables ou tout simplement disproportionnées (C. Medori, « EU exchange of information and recovery of direct taxes: the UK perspective », *International Tax Report*, sept. 2002, p. 3).

¹³⁰⁴ L'article 26(4) du modèle OCDE dispose « Si des renseignements sont demandés par un Etat contractant conformément à cet article, l'autre Etat contractant utilise les pouvoirs dont il dispose pour obtenir les renseignements demandés, même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales (...) ». Cette clause oblige les Etats contractants à utiliser les moyens d'enquête et d'investigation dont ils disposent en application de leur législation interne. On parle généralement d'une obligation de traitement national de la demande étrangère (F. Boisset-Repkat, « Contrôle et rectification des opérations internationales », *op. cit.*, pt 69).

¹³⁰⁵ V. n. US second circuit, *US v. A.L. Burbank & Co., Ltd.* 525 F 2d9: « the fair reading of the Treaty is that if Canada is investigating the tax liability of one who is potentially delinquent to it, then the United States may utilize the same investigative techniques that it would employ if that person were under investigation here for a domestic tax liability. To do otherwise would negate the very purpose of the Treaty » (Cité à partir de M. O'Sullivan, « Exchange of Information and Taxpayer Protections : A Comparative View », *Irish Tax Review*, mai 2006, p. 68).

¹³⁰⁶ Depuis la modification de l'*International Tax Agreements Act 1953*, le « Commissioner » en Australie est en droit d'utiliser ses droits d'enquêtes pour les besoins de l'assistance d'un Etat étranger (R. Hamilton, « International exchange of taxation information », *op. cit.*, p. 93).

¹³⁰⁷ J.T. Monsenego, « Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Profit Potential », *Taxe Notes International*, 19 July 2010, p. 194.

complémentaire en vue d'échanger les renseignements ainsi obtenus »¹³⁰⁸. Cette forme particulièrement poussée de coopération à des fins d'investigation fiscale exige, en plus de l'accord de principe consacré dans une convention fiscale bilatérale¹³⁰⁹ ou multilatérale¹³¹⁰, des accords particuliers organisant la mise en œuvre concrète de l'assistance (critère de sélection des dossiers, modes de communication, autorités compétentes...) ¹³¹¹.

329. À l'intérieur de l'Union Européenne (UE), le droit communautaire dérivé met aussi à la disposition des Etats membres des mécanismes d'entraide comprenant l'échange d'informations, la notification de documents, la mise en œuvre de mesures d'investigation et la possibilité d'entreprendre des contrôles fiscaux simultanés¹³¹². Dans l'ensemble, cependant, cette assistance communautaire ne se distingue pas réellement de l'assistance conventionnelle inspirée du modèle OCDE¹³¹³. La seule différence tient au contexte : le marché intérieur est un cadre économiquement intégré particulièrement propice à la mise en œuvre concrète de ces coopérations. Le programme *Fiscalis* adopté le 30 mars

¹³⁰⁸ OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, Module 5 sur les contrôles fiscaux simultanés, p. 4.

¹³⁰⁹ L'ensemble des conventions fiscales bilatérales rédigées sur le modèle de l'article 26 du modèle OCDE, ou des Accords en matière d'échange de renseignement (AER) inspiré de l'article 5 du modèle d'AER de l'OCDE.

¹³¹⁰ V. n. l'article 8 de la Convention multilatérale sur l'assistance fiscale signée en 1988 sous l'auspice du Conseil de l'Europe ; l'article 12 de la Convention nordique pour une assistance administrative mutuelle en matière fiscale.

¹³¹¹ V. n. pour la France les accords signés avec la Russie le 28 janvier 2004 (Instr. adm. n° 196, 27 oct. 2004, BOI 13 K-7-04), l'Allemagne le 18 octobre 2001 (Instr. adm. 13 nov. 2001, BOI 13 K-13-01), la Belgique le 10 juillet 2002 (Instr. adm. 14 oct. 2002, BOI 13K-10-02) ou l'Espagne le 28 janvier 2002 (Instr. adm. 26 mars 2002, BOI, 13 K-3-02).

¹³¹² La Directive 77/799/CEE du 19 décembre 1977 concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs, de certains droits d'accises et des taxes sur les primes d'assurance (JO L 336 du 27 dec. 1977, p. 15) ; modifiée en dernier lieu par la directive 2003/93/CE (JO L 264 du 15 oct. 2003, p. 23) et la Directive 2004/56/CE du 21 avril 2004 (JO L 127, 29 avr. 2004, p. 70). À compter du 1^{er} janvier 2013, cette directive sera abrogée et remplacée par la Directive 2011/16/UE du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal (JO L 64 du 11.3.2011).

¹³¹³ La seule novation substantielle du droit communautaire dérivé par rapport aux conventions fiscales bilatérales, réside dans la possibilité pour l'Etat membre requérant, avec l'autorisation de l'Etat membre requis, de communiquer les renseignements obtenus à un autre Etat membre (article 7(4) de la directive 77/799). On retrouve, sinon, les mêmes limites au développement de l'assistance : (i) l'Etat requérant doit avoir préalablement exercé l'ensemble des moyens de recours disponibles en droit interne (article 2(1) de la directive 77/799) ; (ii) clause de législation et de réciprocité (article 7(2) et 8(1) de la directive 77/799) ; (iii) la protection du secret commercial, industriel ou professionnel de l'Etat requis (article 8(2) de la directive 77/799)...etc.

1998¹³¹⁴, par exemple, permet d'assurer une formation commune des agents fiscaux des différents Etats membres aux nouveaux enjeux de la fiscalité européenne¹³¹⁵, parmi lesquels l'assistance administrative transfrontalière tient une place privilégiée. L'Europe communautaire n'est cependant pas le seul cadre à l'intérieur duquel se développent des formes concrètes et pragmatiques de coopération dans le domaine du contrôle ou de l'investigation. Les Etats disposent souvent d'attachés fiscaux, intégrés dans les services de l'ambassade de leurs partenaires commerciaux les plus importants, qui assurent une liaison entre les autorités fiscales et contribuent à renforcer l'efficacité de toutes ces formes de coopération¹³¹⁶. La France connaît aussi, depuis les années 1970, une forme originale de coopération visant à coordonner l'assistance dans la lutte contre l'évasion fiscale sous la forme du « groupe des 4 » : France, Allemagne, Grande-Bretagne et Etats-Unis. Échange d'expérience ou vérifications fiscales simultanées s'y développent de façon *sui generis*. Bref, la diversité des formes d'assistance administrative internationale dans le domaine de l'investigation est considérable. Reste que ces multiples formes d'entraides administratives, qu'elles soient conventionnelles ou communautaires, partagent toutes une caractéristique commune : elles se déroulent toujours dans le respect le plus complet de l'existence matérielle et juridique de la frontière impénétrable en droit international.

b. Les effets juridiques de cette assistance administrative

330. Ce serait donner beaucoup trop d'importance à ces formes d'assistance que d'y voir une faculté pour les administrations d'étendre leurs droits

¹³¹⁴ Décision de la Commission européenne n° 888/98 du 2 juillet 1998, *JOCE* L 126 du 28 mars 1998. Le programme a été prolongé par la Décision n° 2235/2002 du 3 décembre 2003 et la Décision n° 1482/2007 du 11 décembre 2007.

¹³¹⁵ Il s'agit pour l'essentiel de séminaires de formation, d'échange de personnels, d'exercice linguistiques et du développement de contrôles fiscaux multilatéraux (F. Le Mentec, « L'intensification de l'assistance fiscale internationale : les administrations fiscales à l'heure de la mondialisation », *L'Année fiscale 2005*, p. 232).

¹³¹⁶ La France, par exemple, dispose d'attachés fiscaux à Bruxelles, Londres, Washington, Berne... etc (Rép. min. *Maman*, n°17990, *JO*, Sén. 5 déc. 1996, p. 3234).

d'investigation à l'extérieur du territoire¹³¹⁷, ou encore, d'y voir un moyen de contourner l'imperméabilité des frontières internationales. Les conventions internationales qui permettent la notification d'actes officiels sur des territoires étrangers ne visent aucunement à contourner ou à limiter le principe de l'exclusivité territoriale. Elles permettent simplement de suppléer aux carences d'un droit international public qui « n'impose jamais à un Etat de donner effet à la décision d'un Etat étranger, même si la compétence de celui-ci est absolument indiscutable »¹³¹⁸. Les conventions fiscales qui ouvrent la possibilité aux Etats contractants de procéder à des contrôles fiscaux simultanés garantissent systématiquement, par voie d'accords particuliers, que ces contrôles seront diligentés « séparément, chacun sur son territoire, dans le cadre de la législation et des pratiques internes »¹³¹⁹. Même dans les modes de coopération les plus aboutis, les mesures d'assistance à l'assiette décrites plus haut ne permettent qu'une mise à disposition des organes de contrainte d'un Etat au service des intérêts d'un autre Etat¹³²⁰. Ce n'est jamais l'Etat requérant qui va étendre ses moyens d'investigation sur le territoire de l'Etat requis, mais ce dernier qui va mettre en mouvement ses propres organes de contrainte pour le compte du premier, et ce, dans un esprit de réciprocité. Lorsque certains Etats, à l'image de la Grande-Bretagne¹³²¹, s'opposent à la mise en œuvre efficace d'une assistance en matière d'enquête et d'investigations, ce n'est pas la protection de leur exclusivité territoriale

¹³¹⁷ M. Bouvier, « La lutte contre l'évasion fiscale internationale: répression ou prévention? », *RF fin. pub.*, n° 110, 2010, p. 6 : Cette assistance permettrait à l'administration française d'« étendre à l'extérieur son droit de communication » ; T. Lambert, « Un aspect méconnu du contrôle fiscal : l'assistance fiscale internationale », *op. cit.*, p. 215 : Cette assistance aurait pour objet « de dépasser les limites territoriales des pouvoirs d'investigation des différentes administrations fiscales ».

¹³¹⁸ P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 548.

¹³¹⁹ OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions...*, *op. cit.*, p. 7.

¹³²⁰ Il y a cependant des cas, exceptionnels, où ces formes d'assistance peuvent aboutir à une véritable pénétration de la frontière internationale. C'est le cas en particulier du Protocole signé en 2006 entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie instituant une procédure de contrôle simultanée qui habilite des agents fiscaux australiens à interroger et à contrôler des contribuables situés en Nouvelle-Zélande (et vice-versa) (R. Hamilton, « International exchange of taxation information », *The Tax Specialist*, *op. cit.*, p. 90).

¹³²¹ L'administration fiscale de la Grande Bretagne, en dehors du droit communautaire, n'a pas le droit en application de son droit fiscal interne d'exercer ses pouvoirs d'investigation et d'enquêtes (ou de notification) au service d'un autre Etat. L'assistance conventionnelle est donc limitée, pour ce qui est de cet Etat, à l'échange d'informations déjà disponibles (v. n. J. L. Hans Keijzer etc. , « Exchange of Information Within the EU », *Tax Planning International Review*, vol. 24, 1997, p. 5 ; C. Medori, « EU exchange of information and recovery of direct taxes: the UK perspective », *op. cit.*, p. 3).

qui est en jeu mais, plus prosaïquement, le maintien d'une application unilatérale et insulaire de la loi fiscale.

331. En résumé, si la frontière internationale agit sur les commandements catégoriques qui participent au renforcement de l'obligatorité de la norme, ce n'est pas à raison de leur validité (influence *de jure*), mais à raison de leur efficacité pratique (influence *de facto*). L'ensemble de ces commandements catégoriques (décisions, injonctions, autorisations...) peut porter, sans soulever aucune irrégularité à l'échelle de l'ordre juridique international, sur une personne ou un bien situé à l'étranger¹³²². L'influence que la frontière internationale est susceptible d'exercer sur l'obligatorité des normes juridiques n'est pas de nature juridique, mais bien matérielle, dans la mesure où la frontière peut rendre pratiquement stérile l'exercice extra-territorial de ces commandements catégoriques. Pour pallier à ces désagréments, les Etats ont généralement recours à l'assistance administrative internationale. Ce constat, adressé aux mesures d'investigation à la disposition de l'administration fiscale, est également valable pour les mesures de contrainte qui se présentent sous la forme de garanties sur le patrimoine du contribuable.

§2: *La dissuasion par les garanties de recouvrement*

332. Le contribuable qui projette de ne pas respecter son obligation fiscale sera, bien souvent, tenté d'anticiper une exécution forcée de l'Etat en organisant son insolvabilité. Pour dissuader le contribuable de ce type de comportement, la norme fiscale s'est renforcée d'une multitude de gages sur

¹³²² G. Cuniberti, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, Biblio. De Droit Privé, t. 341, 2000, p.25-26, §31.

le patrimoine du premier : privilège du trésor¹³²³, mesure conservatoire, astreinte... etc. Ces mesures constituent aussi des commandements catégoriques : une menace dont l'objet est d'accentuer la pression sur le contribuable. Pour les mêmes raisons que celles évoquées plus haut, notamment le simulacre de violence dont elles sont revêtues, ces mesures sont souvent réputées limitées dans leur portée au territoire de l'Etat. C'est particulièrement le cas des mesures conservatoires qui, en raison de leur proximité avec les procédures de saisie, retiendront ici notre attention. Pourtant, une analyse approfondie de leur nature confirme qu'il s'agit bien de commandements catégoriques et non de mesures de coercition (A). Leur effet juridique, à la lumière de la frontière internationale, ne fait d'ailleurs l'objet d'aucune limitation (B).

A. La nature des mesures conservatoires

333. En matière fiscale, les agents de l'administration peuvent diligenter eux-mêmes, à la différence des particuliers¹³²⁴, des mesures conservatoires de droit commun : saisie-conservatoire, mise sous séquestre, saisie de sommes d'argent ou d'objets mobiliers détenus par un tiers... etc. Ces mesures entraînent l'indisponibilité des biens du débiteur de l'obligation fiscale, sous la garde de celui entre les mains duquel la mesure a été pratiquée. Elle n'est toutefois que provisoire, dans la mesure où elle peut être diligentée en l'absence de titre exécutoire. La créance fiscale doit donc simplement, à défaut d'être exigible, être (i) fondée dans son principe, et (ii) confrontée à des circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement. Cette tolérance s'explique par l'objet limité de ces mesures, à savoir la « sauvegarde du gage

¹³²³ L'article 1920 du CGI instaure un droit de préférence en faveur de la créance fiscale qui permet de primer les privilèges mobiliers généraux du Code Civil ainsi que d'ouvrir droit à la voie d'exécution extra-ordinaire qu'est l'avis à tiers détenteur.

¹³²⁴ Les particuliers doivent obtenir, à défaut de titre exécutoire, une autorisation judiciaire.

d'un créancier en vue d'une exécution forcée ultérieure »¹³²⁵. La mesure conservatoire entraîne, en effet, uniquement une privation « en droit » de la disposition des biens du débiteur, sans toutefois jamais affecter « matériellement » leur jouissance. Contrairement aux apparences, ces mesures ne constituent donc pas « à proprement parler »¹³²⁶ des voies d'exécution, mais plutôt des mesures hétérogènes à l'intérieur desquelles il est possible de distinguer la *décision*¹³²⁷, qui admet la mesure conservatoire, de l'*exécution* concrète¹³²⁸. C'est la Cour d'appel de Paris qui a, semble-t-il, reconnu pour la première fois cette nature principalement normative de la mesure conservatoire : « la saisie conservatoire constitue une garantie générale de notre procédure civile et, non pas, comme les autres saisies, une règle d'exécution forcée des jugements »¹³²⁹. Puis, à l'occasion de la réforme des procédures d'exécution en 1991, le législateur a également pris le soin de nettement distinguer pour l'avenir le régime juridique des mesures d'exécution forcée, réservé aux créanciers munis d'un titre exécutoire, et celui des mesures conservatoires, ouvert à toute personne dont la créance paraît fondée dans son principe sur autorisation du juge. C'est donc sans hésitations que la mesure conservatoire doit être rangée parmi les commandements catégoriques de l'Etat, et non parmi les mesures d'exécution « véritablement forcée ». Simple avertissement quant aux conséquences d'un recouvrement forcé sur les biens du débiteur, la mesure conservatoire vise à renforcer l'idée que se fait ce dernier de l'obligatorité de son obligation. Dans ces conditions, l'hypothèse d'une interposition de la frontière internationale est peu probable.

¹³²⁵ R. Perrot et P. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p.40. P. Théry décrit, dans un autre texte, ces mesures comme « un permis d'exercer une contrainte sur les biens du débiteur » (« Procédures civiles d'exécution et droit international privé », *op. cit.*, p. 54).

¹³²⁶ M. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 5^e éd., Litec, 1999, p. 133.

¹³²⁷ Dans la législation française civile et commerciale, elle revêt la forme d'une ordonnance du juge de l'exécution sauf dérogations prévues par la loi (article 67 et 68 de la loi du 9 juillet 1998).

¹³²⁸ Pour passer au stade de l'exécution, c'est-à-dire à l'expropriation effective des biens du débiteur, l'article 70 de la loi du 9 juillet 1991 exige que le créancier engage une procédure permettant d'obtenir un titre exécutoire.

¹³²⁹ CA Paris, 30 mai 1959, *JCP A*, 1960, IV, p. 3547.

B. La portée des mesures conservatoires

334. Les juges français, fortement imprégnés de territorialisme, se prononcent traditionnellement contre l'extension extra-territoriale des mesures conservatoires¹³³⁰. Cette position repose principalement sur l'idée, défendue par une partie de la doctrine¹³³¹, que la distinction entre la mesure conservatoire et la mesure de coercition qu'elle autorise est dépourvue d'effet pratique. Incontestablement, le justiciable (surtout l'administration fiscale) qui bénéficie d'une mesure conservatoire à portée extra-territoriale risque de se voir refuser l'*exequatur* par l'autorité territoriale du lieu où est localisé le bien lors de la demande du *titre exécutoire*¹³³². Pour le Professeur Philippe Théry, en particulier, la mesure conservatoire n'est qu'une autorisation qui « n'a aucune valeur *en elle-même*, et ne trouve son sens que par la contrainte qu'elle permet d'exercer. La mesure conservatoire est un tout, qui, plus encore que l'*exequatur*, relève de l'*imperium* »¹³³³. Mais cette affirmation, dans l'optique qui est la nôtre, n'est que partiellement vraie. Les mesures conservatoires, en tant que commandement catégorique, ont un objectif qui leur est propre : renforcer l'obligatorité de la norme par la menace de sanction qui pèse sur le sujet et prévenir, justement, l'usage de la coercition proprement dite. Reste alors un argument : l'existence de nombreuses clauses dans les conventions internationales (fiscales notamment) visant à permettre la prise de mesures conservatoires à portée extra-territoriale¹³³⁴. Quelle serait

¹³³⁰ V.n. Cass. 2^e civ., 29 fév. 1984, *Sté Varonas Invest. corp. c/ EDF*, R.C.D.I.P., 1985, p. 545, note A. Sinay-Cytermann : « les procédures conservatoires et d'exécution relèvent de la compétence de l'Etat où ces procédures sont diligentées, même si d'autres juridictions sont compétentes pour statuer sur le fond » ; TGI Paris, 29 juin 1988, *de Dampierre c/ Mme Grenier*, R.C.D.I.P., 1990, p. 339, note B. Ancel ; TGI Paris, 15 mars 1995, *Sté MK Technology trading c/ Sté Dilet Dis Ticaret AS*, J.D.I., 1997, p. 813, note B. Audit...etc.

¹³³¹ V.n. P. Théry, « Procédures civiles d'exécution et droit international privé », *Petites Affiches*, n°254, 22 dec. 1999, p. 51 : « Les mesures préparant l'exécution de la sentence à intervenir relèvent en effet de la compétence exclusive des juridictions étatiques, même lorsqu'elles interviennent à titre conservatoire ». Du même auteur, « *Judex Gladii* », *op. cit.*, p. 491 : « les juridictions compétentes pour statuer sur le fond ne peuvent avoir, de ce seul fait, une compétence générale pour autoriser les mesures conservatoires prévues par la loi de 1991. Elles ne peuvent le faire que si le bien à saisir se trouve sur le territoire de l'Etat dont elles dépendent ».

¹³³² R. Perrot et P. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p.42 : « Mais où est alors l'intérêt d'une circulation de l'autorisation si elle risque de se heurter fréquemment à un refus ? ».

¹³³³ P. Théry, « *Judex Gladii* », *op. cit.*, p. 490.

¹³³⁴ Certaines conventions fiscales bilatérales autorisent ces mesures même en l'absence de titre exécutoire : l'article 39 de la convention France-Liban du 24 juillet 1962, l'article 23-4 de la convention franco-allemande du

la motivation des Etats qui négocient de telles clauses, si ce n'est justement de contourner les effets fâcheux de la frontière internationale ? Mais, là encore, il est important de préciser que ce type de clauses ne constitue pas une dérogation à l'impénétrabilité des frontières internationales. Elles engagent simplement l'Etat requis à respecter une obligation qui limite sa souveraineté normative : mettre en action ses propres moyens de contraintes pour préserver l'obligatorité de la norme de l'Etat requérant dans l'esprit du contribuable. Dans ces conditions, la position des juges de *Common Law* paraît beaucoup plus réaliste.

335. Les juges anglais ont accepté de reconnaître, en droit, une portée extra-territoriale aux mesures conservatoires. C'est la jurisprudence dite *Mareva*¹³³⁵ : elle autorise l'adoption de mesures injonctives à effet conservatoire, adressé *in personam* au défendeur, mais pour des biens localisés en dehors du ressort territorial du juge¹³³⁶. Les critiques de la doctrine française à destination de cette jurisprudence sont courantes, au motif que de telles mesures ont « pour effet pratique d'immobiliser des biens situés dans un autre Etat par l'effet de la menace des sanctions sévères qui assortissent en *Equity* le *contempt of court* et qui s'étendent au demeurant aux tiers complices de la violation »¹³³⁷. Mais le juge français n'est cependant pas allé jusqu'à reconnaître une contrariété avec l'ordre public international de l'injonction *Mareva*¹³³⁸. La tendance, au contraire, est plutôt au desserrement de l'état territorial. Dans le prolongement du droit communautaire¹³³⁹, la

21 juillet 1959...etc. D'autres conventions fiscales autorisent uniquement ces mesures en présence d'un titre exécutoire, à l'image du protocole additionnel à la convention entre les Pays-Bas et le Canada du 15 janvier 1999 (R.R. Knobbout, « Mutual Tax Assistance between Canada and the Netherlands », *Intertax*, vol. 28, n° 2, 2000, p. 88). En France, c'est l'article L 238 B du LPF qui autorise le comptable public, sur demande de l'Etat requérant, à prendre toutes les mesures conservatoires nécessaires pour garantir le recouvrement de la créance de l'Etat étranger. Pour de plus amples informations sur la diversité des fondements conventionnels, v. *Titre II Partie II Chapitre I Section 2 § 2 : B*.

¹³³⁵ *Mareva Companiera S.A. v International Bulkcarriers Ltd*, (1975) 2 Lloyd's Rep 509.

¹³³⁶ H. Muir Watt, « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* », *R.C.D.I.P.*, 1998, p. 27.

¹³³⁷ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 102.

¹³³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 30 juin 2004, Bull. civ., I, n°191.

¹³³⁹ C.J.C.E., 21 mai 1980, C-125/79, « Denilauler C/ Couchet Frères », *R.C.D.I.P.*, 1980, p.787, note Mezger ; C.J.C.E., 17 nov. 1998, C-391/95, « Van Uden C/ Deco-Line », *RTD eur.*, 1999, p.180, obs. J. Normand. Le juge communautaire subordonne toutefois l'exercice de cette compétence à l'existence d'un « lien réel » entre le juge et l'objet de la mesure.

Cour de cassation a indirectement consacré des mécanismes analogues par leurs effets et leurs ambitions, dès lors que la compétence au fond est solidement établie¹³⁴⁰. La Convention de Bruxelles, enfin, semble admettre ces pratiques. Son article 24 dispose que « les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat contractant peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet Etat même si, en vertu de la présente convention, une juridiction d'un autre Etat est compétente pour connaître du fond », alors que la compétence au fond est attribuée exclusivement, par l'article 16-5 de cette même convention, au juge du lieu de l'exécution. Ce qui laisse à penser que, même en France, « il n'est plus exclu que le juge du for puisse autoriser des mesures conservatoires sur des biens sis à l'étranger »¹³⁴¹.

Conclusions de la Section 1

336. Les mesures conservatoires, à l'instar des autres commandements visant à renforcer l'obligatorité attachée à la norme, peuvent librement pénétrer les frontières internationales. Il y a, bien loin de la réalité de la violence et de l'objet de la frontière, « l'obligatorité » d'une norme (loi, jugement, décision...) auprès de ses destinataires. Supposons que le destinataire de la norme, et des commandements itératifs qui s'y ajoutent, persiste dans son refus d'exécution. L'obligatorité de la norme ne permettra jamais de contraindre matériellement celui-ci à s'exécuter. Les mesures propres à l'obligatorité, si elles sont généralement classées par les juristes dans la catégorie des mesures de contrainte qui s'exercent dans le cadre de l'*imperium* de l'Etat, demeurent en réalité un simulacre de violence. C'est pourquoi dans un contexte international, les commandements visant à renforcer cette obligatorité ne sont pas concernés par la frontière

¹³⁴⁰ V. n. Cass. civ. 1^{re}, 19 nov. 2002, *Banque Worms c. Époux Brachot*, JCP G, 2002, II, p. 10201 ; C. Cass. Civ. 1^{re}, 22 juin 1999, R.C.D.I.P., 2000, p. 42, note G. Cuniberti...etc.

¹³⁴¹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, op. cit., p. 156.

impénétrable du droit international public. Car une chose « est d'émettre à destination de sujets supposés des normes ayant pour objet de déterminer leur conduite par la seule *force obligatoire* que l'émetteur et le récepteur y attachent, autre chose de déployer sur place l'appareil organique de l'Etat, avec ce qu'il représente de puissance matérielle, alors même que l'Etat étranger n'en est pas l'objet mais que son espace propre en est le cadre »¹³⁴². L'hypothèse selon laquelle seule la dernière situation rentre dans l'objet de la frontière internationale semble se confirmer. Pour ne laisser place à aucun doute, c'est la force exécutoire de la norme, laquelle présente bien des similitudes avec son obligatorité, qui va à présent être analysée à la lumière de la frontière internationale.

¹³⁴² J. Combacau et S. Sur, *Droit international public, op. cit.*, p.359.

Section 2 La force exécutoire de la norme

337. À l'intérieur de l'*imperium* de l'Etat, à proximité de l'exécution « véritablement forcée » et de la violence, se trouve la force exécutoire¹³⁴³ : le pouvoir de faire appel aux agents de la force publique afin d'obtenir l'exécution forcée des aménagements concrets compris dans une norme¹³⁴⁴. Cette force se présente sous la forme d'une formule, d'un ordre¹³⁴⁵. Il s'agit d'un commandement catégorique qui, à l'instar des mesures étudiées plus haut, s'ajoute à la règle de conduite humaine contenue dans la norme principale¹³⁴⁶. La force exécutoire n'en présente pas moins des différences essentielles avec l'obligatorité de la norme qu'il est nécessaire, au préalable, d'exposer.

338. La différence, pour commencer, est d'objet. À la différence des commandements touchant à l'obligatorité des normes d'un ordre juridique, la force exécutoire permet (et conditionne) l'engagement des poursuites et, par voie de conséquence, l'exécution forcée des normes individualisées de cet ordre¹³⁴⁷. Le commandement qui porte en son sein la formule exécutoire est

¹³⁴³ C. Jarrosson, « Réflexions sur l'Imperium », *op. cit.*, § 58 : « La force exécutoire relève donc de l'*imperium merum*, de cet *imperium* à l'état pur qui ne pourra jamais appartenir à l'arbitre et qui justifie, pour les sentences, la nécessité de recourir au juge de l'exequatur ».

¹³⁴⁴ H. Péroz, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, *op. cit.*, n° 313.

¹³⁴⁵ H. Péroz, *Ibidem*, n° 262.

¹³⁴⁶ Le droit français connaît quatre variétés de titres exécutoires (v.n. l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991) : (i) les jugements (juridictions judiciaires ou administratives) passés en force de chose jugée ; (ii) les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties, ou une transaction homologuée par un jugement ; (iii) les actes et jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoire par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution ; ou (iiii) toute créance dès lors qu'elle est authentifiée par un titre exécutoire : les actes notariés revêtus de la formule exécutoire, le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non paiement d'un chèque, les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi.

¹³⁴⁷ L'article 52 du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) dispose que « nul jugement, nul acte ne peut être mis à exécution que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

l'instrumentum (le titre exécutoire) qui permet au créancier, en sa possession, de recourir aux mesures d'exécution forcée à l'encontre d'un débiteur récalcitrant¹³⁴⁸. Cette proximité vis-à-vis des mesures de coercition exige que la formule soit apposée par une autorité publique désignée par la loi et, à ce titre, dépositaire d'une parcelle de *l'imperium* de l'Etat : juge, préfet, notaire, huissier de justice... Mais cette force exécutoire participe aussi, accessoirement, au renforcement de l'obligatorité de la norme. Car le commandement concerné est systématiquement notifié (ou signifié) au destinataire de la norme pour les rappeler à leurs obligations¹³⁴⁹. Ce dernier n'est pas, pour autant, le destinataire naturel et principal de cette formule ; il perd ici la place centrale que lui accordaient les commandements touchant à l'obligatorité de la norme. En résumé, la force exécutoire est un commandement catégorique, surajouté à la norme dont l'exécution est recherchée¹³⁵⁰, qui s'adresse à des tiers : les agents de la force publique¹³⁵¹. C'est un ordre donné par l'Etat, titulaire de la souveraineté¹³⁵², enjoignant ses agents de mettre à exécution une norme individualisée, si besoin par le recours à la violence. Cette proximité avec la violence ne doit toutefois pas être exagérée. Si la force exécutoire est un maillon nécessaire de la chaîne de production normative qui mène à l'exécution « véritablement forcée », elle ne se confond pas pour autant avec cette dernière. Pour le juriste, la formule exécutoire est seulement « une condition de l'exécution forcée »¹³⁵³ et, à la différence de cette dernière, son existence reste indépendante de toute inexécution par le destinataire de son obligation. Détail qui a son importance,

¹³⁴⁸ T. Gasquet, « Action en recouvrement. Poursuites. Généralités », *J.-Cl. Procédures Fiscales*, fasc. 550, 2000, p. 11.

¹³⁴⁹ La notification au débiteur d'une créance est une condition de fond, et non de forme, de la validité des poursuites : C. Cass. 2^e civ., 10 nov. 1998, n° 1229 P, *TPG de la Région de Haute-Normandie*, *RJF*, n°4, 1999, no. 489 ; Cass. 20 nov. 1990, n° 1342 P, *Donsimoni*, *RJF*, n°1, 1991, no. 123.

¹³⁵⁰ P. Hebraud, « L'exécution des jugements civils », p. 177 ; cité à partir de H. Péroz, *La réception des jugements étrangers...*, *op. cit.*, n° 259.

¹³⁵¹ H. Péroz, *Ibidem*, n° 259. Ainsi l'article 502 du NCPC précise bien que la formule exécutoire fait « mandement aux officiers de justice ».

¹³⁵² En France les mandements aux agents de l'Etat sont effectués au nom du peuple français. Les « grosses » présentées par l'huissier de justice, par exemple, sont intitulées « République française. Au nom du peuple français » et se terminent par la formule « En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main forte lorsqu'ils en seront légalement requis » (article 15 du décret n° 47-1047 du 12 juin 1947).

¹³⁵³ P. Théry, « *Judex Gladii* », *op. cit.*, p. 480.

car en dépit des différences d'objet ou de destinataire entre la force exécutoire et l'obligatorité, la première conserve la même nature que la seconde : un commandement catégorique, un dédoublement de la norme principale. La force exécutoire demeure ainsi une *faculté* de faire appel aux agents de la force publique, une « possibilité d'exécution forcée »¹³⁵⁴. Cette compétence de l'Etat reste du domaine de l'abstraction juridique et n'intègre jamais le domaine de la coercition matérielle. La formule exécutoire apposée par le juge sur ses décisions au titre de son *imperium*, par exemple, est réputée se situer à « la frontière des « effets » du jugement et des voies d'exécution »¹³⁵⁵, c'est-à-dire à la lisière du pouvoir normatif et du pouvoir exécutif de l'Etat.

339. Dans ces conditions, la position de cette force exécutoire par rapport à la frontière internationale est particulièrement difficile à définir et prête, souvent, à toutes sortes d'affirmations précipitées. Certains considèrent que la force exécutoire, parce qu'elle procède directement de la souveraineté de l'Etat, ne peut franchir la frontière. Cette prise de position est courante au sujet du pouvoir d'imposition des Etats (la force exécutoire attachée aux créances fiscales)¹³⁵⁶, mais aussi du pouvoir juridictionnel de l'Etat (la force exécutoire attachée aux décisions de justice)¹³⁵⁷. Un Etat ne saurait émettre de tels commandements à destination des agents d'un autre Etat sans mettre en cause l'intégrité territoriale de ce dernier¹³⁵⁸. Seule l'autorité territoriale, dotée d'une parcelle de la puissance publique, disposerait du droit d'autoriser

¹³⁵⁴ H. Péroz, *Ibidem*, n° 261.

¹³⁵⁵ *Idem*, n° 256.

¹³⁵⁶ P. Dibout, « Assistance fiscale internationale », *J.-Cl. Droit Fiscal International*, fasc. 358, 1984, pt 1 : il est un « principe traditionnel selon lequel les administrations fiscales des divers Etats s'ignorent entre elles, et selon lequel également les titres exécutoires émis en vue du recouvrement des impôts sont dépourvus de toute autorité hors des frontières de l'Etat au profit duquel ont été institués les impôts qu'il s'agit de recouvrer ». V. a. le « *revenue rule* » qui interdit dans les Etats de Common Law aux organes de contrainte et juges de participer au recouvrement d'une créance fiscale étrangère (N.S.W. Supreme court (Cour Suprême d'Australie), *Jamieson v Commissioner for Internal Revenue* [2007] NSWSC 324, 18 April 2007).

¹³⁵⁷ Particulièrement significative à cet égard est la position exprimée par le célèbre juge Marshall dans l'arrêt *Schooner Exchange v. M'Faddon*, 1812, 7 Cranch (US) 116 : « la juridiction de la nation à l'intérieur de son propre territoire est nécessairement exclusive et absolue » (Cité à partir de L.C. Grenn, *International law through the cases*, 2^e éd., Stevens & Sons Ltd. London, 1959, p. 194).

¹³⁵⁸ H. Péroz, *La réception des jugements étrangers...*, *op. cit.*, n° 289 : « une souveraineté étrangère ne peut commander aux agents de la force publique d'un autre Etat, car, en le faisant, elle violerait la souveraineté de l'Etat en question ». Il semble, pour ces auteurs, que la formule exécutoire ne peut pas plus, accessoirement, être adressée à un débiteur dès lors qu'il est situé à l'étranger.

le recours à la violence légale. À l'intérieur des frontières étanches de l'ordre juridique moderne, les organes de l'Etat « parmi lesquels figurent nos tribunaux et nos organes de contrainte, n'ont pas pour mission d'aider les Etats étrangers ; l'égoïsme est pour eux une obligation, liée à l'étendue de leurs pouvoirs »¹³⁵⁹. L'idée sous-jacente à ces prises de position, c'est que l'agent d'exécution qui a recours à la violence légale n'est pas dissociable du mandement qui lui a été adressé par le titulaire de la force exécutoire. Dans l'hypothèse, donc, où un agent d'exécution accepterait d'appliquer une formule exécutoire d'origine étrangère, le caractère allogène de cette force exécutoire contaminerait nécessairement la coercition proprement dite. L'exécution matérielle serait indissociable de la force exécutoire et, par voie de conséquence, soumise à l'impénétrabilité de la frontière. Autrement dit, le droit international public interdirait à tout détenteur de la force exécutoire (juge, huissier, administration fiscale...) de prononcer ce type de commandement catégorique à destination d'un organe ou d'une personne localisée à l'étranger¹³⁶⁰. Pour vérifier la crédibilité de cette interprétation de l'objet de la frontière internationale, l'analyse du traitement de la force exécutoire en droit fiscal ne serait pas suffisante. À côté du privilège du préalable de l'administration fiscale (§2), l'*imperium* du juge sera donc également traité (§1).

§1: *L'imperium du juge*

340. Il est un vieux serpent de mer du droit qui veut que la *jurisdictio* du juge (le pouvoir de fixer les droits des parties) soit distinguée de son *imperium* (le pouvoir d'être obéi). Séparation que la doctrine, aidée parfois du droit positif, utilise pour affirmer que l'*imperium* du juge, à la différence de sa *jurisdictio*, serait prisonnier des filets de l'exclusivité territoriale. Des

¹³⁵⁹ P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p.370.

¹³⁶⁰ V. n. P. Fedozzi, « De l'efficacité extraterritoriale des lois et actes de droit public », *R.C.A.D.I.*, t. 27, 1929/II, p. 211.

« frontières juridictionnelles »¹³⁶¹, sans autres précisions, viendraient ainsi s'opposer à ce que le commandement du juge, dont la force exécutoire est un des attributs, puisse traverser les limites de son territoire pour s'adresser directement à un organe de contrainte étranger. Fidèle à cette idée que la « justice est toujours rendue au nom d'une souveraineté étatique enfermée dans ses frontières »¹³⁶², la Cour de Cassation française a pris position pour la compétence exclusive des tribunaux de l'Etat territorial pour « ordonner » des mesures d'exécution forcée¹³⁶³. La France, à l'instar de bien d'autres Etats, considère que seule une force exécutoire indigène, c'est-à-dire d'origine territoriale, peut mouvoir les agents de la force publique sur ce même territoire¹³⁶⁴. C'est pourquoi un jugement étranger ne pourra déployer ses effets en France sans une préalable amputation de la force exécutoire étrangère¹³⁶⁵, accompagnée d'une incorporation du contenu restant de la décision étrangère dans l'ordre juridique du for par l'apposition d'une nouvelle formule exécutoire¹³⁶⁶. Il est tentant de voir dans cette réception du jugement étranger une manifestation de la frontière internationale, pour conclure que la souveraineté territoriale commande que la force exécutoire s'arrête à la limite du territoire de l'Etat dont elle procède. Mais est-il réaliste d'affirmer que la frontière internationale s'oppose à ce qu'un Etat souverain reconnaisse et applique une force exécutoire étrangère (*l'instrumentum*) dès lors que ce sont bien ses agents, désignés par ses propres lois, qui procèdent concrètement à l'exécution forcée ?

¹³⁶¹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p.133 et p. 293 ;

¹³⁶² R. Perrot et P. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p.29.

¹³⁶³ Cass. Civ. 12 mai 1931, *Cie française de navigation Cyprien Fabre*, S., 1932.1.137, rap. Casteil, note Niboyet. ; *J.D.I.*, 1932, p. 387, note Perroud.

¹³⁶⁴ C. Jarrosson, « Réflexions sur l'Imperium », *op. cit.*, § 9 : « L'Etat ne peut conférer la force exécutoire qu'aux actes et décisions qui relèvent de sa propre autorité, sans cela il se soumettrait à une autorité étrangère. Cette considération constitue le fondement de la procédure d'exequatur ».

¹³⁶⁵ Il est impossible, de l'avis d'une partie de la doctrine française, « que le juge français proroge sur le territoire français l'autorité et la force exécutoire du jugement étranger. Cela reviendrait à dire qu'il confère au juge étranger un pouvoir de commandement sur le territoire français, spécialement le pouvoir de commander aux organes de contrainte français de prêter main-forte à l'exécution forcée. Un tel pouvoir n'appartient qu'au juge français ; c'est donc bien lui qui, par le jugement d'exequatur, commande aux organes de contrainte » (P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 305).

¹³⁶⁶ Le jugement d'exequatur « consacre l'état de droit qui en résulte (de la décision étrangère), et est revêtu lui-même de l'autorité de chose jugée » (P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 313).

341. Une étude approfondie de la procédure d'*exequatur* en droit international privé français conduit, encore une fois, à rejeter ces interprétations qui exploitent le silence du droit international pour lui imputer la responsabilité de phénomènes juridiques qui lui sont étrangers. La frontière internationale est indifférente à la proclamation, par un juge, de sa force exécutoire sur le territoire d'un autre Etat (A). L'hypothèse de la frontière internationale écartée, il faudra s'intéresser à l'origine et à la nature des obstacles qui s'opposent à la pénétration sur le territoire d'un Etat d'une force exécutoire étrangère. Si le terme de « frontières juridictionnelles » peut être éventuellement retenu pour les décrire, c'est à la condition d'en avoir préalablement précisé la qualité : il ne s'agit pas de mesures imputables à la frontière internationale, mais de frontières-obstacles posées par le droit interne de chaque Etat (B).

A. La méprise : l'interposition d'une frontière internationale au stade de la force exécutoire

342. En droit international privé français les jugements étrangers, quelle que soit leur nature, ne peuvent pas se déplacer avec leur force exécutoire sur le territoire français. Peu importe que les intéressés aient déjà réglé leur conduite sur les directives contenues dans la norme individuelle étrangère ; un « jugement étranger ne peut commander aux organes d'exécution français »¹³⁶⁷. Il faut donc que la décision étrangère soit réceptionnée, traitée et, pour ainsi dire, territorialisée. C'est là l'objet spécifique de l'instance d'*exequatur*¹³⁶⁸ : se prononcer sur l'aptitude d'une décision étrangère à être reconnue et mise à exécution sur un territoire, sans toucher au contenu normatif de cette décision étrangère¹³⁶⁹. En cas de décision favorable, le juge

¹³⁶⁷ H. Péroz, *La réception des jugements étrangers...*, *op. cit.*, n° 254.

¹³⁶⁸ Il faut y ajouter, accessoirement, l'autorité de la chose jugée ainsi que l'opposabilité à des tiers de la situation juridique créée (P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, p. 306).

¹³⁶⁹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 284 : « Le juge de l'*exequatur* se prononce sur l'aptitude de la décision étrangère à être reconnue et mise à exécution au regard de critères extrinsèques, son

de l'*exequatur* apposera une nouvelle formule exécutoire sur la décision étrangère pour lui donner « vie » auprès de ses propres organes de contrainte. Cette procédure, dans la mesure où elle semble supprimer tout effet au commandement du juge étranger sur le territoire du for, correspond-elle à une manifestation de l'exclusivité territoriale dont dispose chaque Etat en application du droit international public ?

343. Répondre positivement reviendrait à méconnaître la nature réelle de la souveraineté de l'Etat moderne. Ce dernier est justement libre, à raison de son *omnicompétence normative*, de « déterminer à partir de quelles normes, générales ou individuelles, doivent raisonner ses propres juges » ainsi que de « dire quels jugements sont assortis de la force exécutoire devant ses propres organes de contrainte »¹³⁷⁰. C'est pourquoi la « décision d'accepter ou non de réceptionner une norme étrangère dans notre ordonnancement juridique est politique, pratique, mais ne dépend pas d'une raison juridique »¹³⁷¹. Rien ne s'oppose, dans ces conditions, à ce qu'un Etat refuse de reconnaître à un jugement étranger une valeur normative dans son propre ordre juridique, au point de forcer les parties à ce jugement de recommencer le procès devant ses propres juridictions. Mais l'inverse est tout aussi vrai : rien ne s'oppose à ce qu'un Etat accepte de reconnaître dans son ordre juridique, *de plano*, une efficacité normative à un jugement étranger. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un cas d'école, ni d'une pratique limitée à des situations juridiques purement abstraites¹³⁷².

344. Au XIX^{ème} siècle la France a expérimenté, à l'occasion de la succession de l'Empire français sur la Savoie, une reconnaissance *de plano* de

contenu restant intangible » ; B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, p. 395 : « L'objet normal de la procédure d'*exequatur*, comme sa dénomination l'indique, est de conférer force exécutoire à la décision étrangère ».

¹³⁷⁰ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 222.

¹³⁷¹ H. Péroz, *La réception des jugements étrangers...*, *op. cit.*, n° 180.

¹³⁷² Ces situations abstraites recouvrent, en particulier, les jugements constitutifs et jugements déclaratifs concernant l'état et la capacité des personnes. Leur validité normative dans l'ordre juridique d'accueil est cependant qualifiée de « précaire », en raison des contestations possibles devant le juge de cet ordre (v. n. H. Péroz, *Ibidem*, n°102).

la force exécutoire. Sous l'auspice d'un décret impérial, les jugements étrangers prononcés sous l'empire de l'ordre antérieur ont pu déployer tous leurs effets, sous la seule condition formelle (mais automatique) de l'apposition par le greffier d'une formule exécutoire¹³⁷³. À l'heure de la construction européenne, les conditions de circulation des jugements à l'intérieur de l'UE ne cessent, aussi, d'être allégées par le droit communautaire dérivé¹³⁷⁴. Le juge français se limite ainsi, en matière civile et commerciale (Règlement dit *Bruxelles I*), à émettre des « déclarations constatant la force exécutoire »¹³⁷⁵ lorsque le jugement étranger provient d'un autre Etat membre. Si les jugements concernés peuvent passer les frontières intérieures de l'Union par l'accomplissement d'une simple formalité d'enregistrement, c'est bien que « la force exécutoire ne fait l'objet d'aucune décision du juge de l'Etat requis. La force exécutoire est octroyée *de plano*, même si elle est subordonnée à la constatation de certaines formalités »¹³⁷⁶. De la même manière, en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (Règlement dit *Bruxelles II bis*), les décisions sur le droit de visite et le retour de l'enfant jouissent « de la force exécutoire dans un autre Etat membre sans qu'aucune déclaration (leur) reconnaissant force exécutoire ne soit requise »¹³⁷⁷. Enfin, toujours en matière civile et commerciale, certaines créances dites « incontestées »¹³⁷⁸ peuvent, sur la seule décision du juge de l'Etat d'origine, accéder « à la force exécutoire dans l'ensemble des Etats

¹³⁷³ Article 3 du Décret impérial du 12-18 juin 1860 (D. 1860.IV, p. 69-70 ; cité à partir de H. Péroz, *Ibidem*, n° 293).

¹³⁷⁴ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 257

¹³⁷⁵ Article 41, 42, 43, 45, 47, 48 et 53 du Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution en matière civile et commerciale. L'octroi de l'*exequatur*, sous l'égide de ce Règlement, n'est plus un acte décisionnel mais une simple formalité. L'organe requis de l'Etat d'accueil, le greffier du Tribunal de grande instance en France, ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation sur la régularité du jugement étranger. Une contestation de la régularité du jugement étranger, et donc de son efficacité, pourra toutefois être menée par le défenseur devant le juge de la Cour d'appel (v. n. G.A.L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *R.C.D.I.P.*, n° 4, 2001, p. 644).

¹³⁷⁶ H. Péroz, *La réception des jugements étrangers...*, *op. cit.*, n° 302.

¹³⁷⁷ Article 47 du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (*JOCE*, n° L 338 du 23/12/2003 p. 1).

¹³⁷⁸ Les créances incontestées qui bénéficient de cette extraterritorialité de la force exécutoire sont celles qui relèvent du Règlement Bruxelles I, en application de l'article 3 du Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.

membres »¹³⁷⁹, et cela sans recourir à une procédure intermédiaire dans l'Etat membre d'exécution. Cette circulation de la force exécutoire à l'intérieur de l'UE se développe, de surcroît, sans préjudice pour l'exclusivité territoriale de chaque Etat membre : la décision étrangère qui accède à la force exécutoire continue de relever, dans l'ordre juridique du for, des voies d'exécution du droit interne¹³⁸⁰. Le droit communautaire dérivé respecte ainsi scrupuleusement la frontière internationale en soumettant la mise à exécution effective des jugements étrangers à la procédure civile du lieu où l'exécution est recherchée (le *situs*)¹³⁸¹. Constat qui permet de rappeler la distinction suivante : si la force exécutoire octroyée par l'*exequatur* « autorise » l'exécution forcée du jugement, elle ne se « confond » pas pour autant avec cette dernière¹³⁸². C'est ce qu'a rappelé la Cour de Cassation en jugeant que « l'*exequatur* ne constitue pas, en lui-même, un acte d'exécution de nature à provoquer l'immunité d'exécution de l'Etat considéré »¹³⁸³.

345. En résumé, l'*exequatur*, et la force exécutoire qui l'accompagne, ne quittent qu'en apparence la sphère abstraite de la *jurisdictio* pour le monde concret et brutal de l'*imperium*. C'est pourquoi la frontière impénétrable du droit international public ne s'est jamais préoccupée de la force exécutoire des décisions de justice et de leur éventuelle portée extra-territoriale¹³⁸⁴. Est-il d'ailleurs besoin de rappeler que la fonction de cette frontière n'est pas tant d'entraver ou de contrôler les circulations, mais bien de prévenir les chevauchements malencontreux de compétence entre les Etats. L'hypothèse

¹³⁷⁹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 297.

¹³⁸⁰ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 249.

¹³⁸¹ V.n. l'article 20 du Règlement (CE) n° 805/2004 et l'article 47 du Règlement (CE) n° 2201/2003.

¹³⁸² V. n. B. Audit, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 395 : « L'*exequatur* ne constitue pas lui-même une mesure d'exécution mais un préalable à ces mesures » ; C. Jarrosson, « Réflexions sur l'*Imperium* », *Études offertes à Pierre Bellet*, § 19 : « le texte de la formule exécutoire fait clairement apparaître que le juge de ne participe pas lui-même à l'exécution forcée de la décision qu'il a rendue. Il appose simplement la formule exécutoire, laquelle ouvre, le cas échéant, le droit pour celui qui veut faire exécuter le jugement, d'en demander l'exécution forcée ».

¹³⁸³ Cass. Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, *SOABI c/ État du Sénégal*, R. 1992.331, note P.L..

¹³⁸⁴ L'idée de séparation, propre à la frontière internationale, pourrait bien au contraire être un argument en faveur d'une reconnaissance automatique de la force exécutoire d'une décision étrangère dans l'Etat d'accueil. Dans une application fidèle de la théorie des droits acquis de l'école hollandaise, en effet, plus rien ne s'oppose à l'efficacité normative d'un jugement en dehors de son Etat d'origine dans la mesure où sa validité relève de la compétence exclusive de l'Etat d'origine. Il faudrait supprimer tout conflit de lois pour ne constater que l'existence d'un droit née à l'étranger susceptible, en vertu de la courtoisie internationale, de déployer ses effets à l'étranger (A. Ferrer-Correia, « La doctrine des droits acquis... », *op. cit.*, p.285).

de la frontière internationale écartée, reste à déterminer la nature et l'origine de cet *exequatur* susceptible de s'opposer à la pénétration sur un territoire d'un droit acquis à l'étranger.

B. La clarification : l'interposition d'une frontière- obstacle à la circulation d'un droit allogène

346. La confusion qui règne autour de la nature et de l'origine de ces « frontières juridictionnelles » tient à l'absence d'analyse approfondie des qualités de ces dernières. Si l'obstacle que constitue l'instance d'*exequatur* à la circulation de la force exécutoire ne correspond pas à une frontière internationale, l'hypothèse, en revanche, de l'interposition d'une frontière-obstacle, c'est-à-dire d'une législation interne discriminatoire à l'encontre des circulations transfrontalières, doit être envisagée. À cette fin, il est nécessaire de rappeler les deux étapes du raisonnement du juge de l'*exequatur* : vérifier dans un premier temps si le droit présenté a été acquis régulièrement à l'étranger, pour déterminer, ensuite, s'il peut lui être accordé la force exécutoire nécessaire au déploiement de ses effets sur le territoire du for¹³⁸⁵. Le cœur de l'instance d'*exequatur* réside, ainsi, dans l'analyse de la régularité du droit acquis à l'étranger : ladite médiation de la norme habilitante (1). Or, ce sont les caractéristiques de celle-ci qui vont permettre, sans difficulté, de ranger l'*exequatur* dans la catégorie des frontières-obstacles (2).

1) *La norme d'habilitation au cœur de l'instance d'exequatur*

347. Le jugement étranger, lorsqu'il se présente à l'*exequatur*, correspond à une norme prise par une autorité publique au nom d'une souveraineté étrangère. Il est donc réputé dépourvu de toute force exécutoire par l'Etat d'accueil. En France, la démarche du juge consistera d'abord à reconnaître une « normativité » à cette décision étrangère. On parle aussi d'obligatorité entre les parties au procès¹³⁸⁶. Cette reconnaissance n'est toutefois pas automatique¹³⁸⁷ ; elle dépend, au contraire, « de la seule volonté de l'État récepteur »¹³⁸⁸. Une intervention de l'ordre juridique français est donc nécessaire. Elle prend la forme d'une décision du juge ; lequel va devoir accepter, ou non, « d'insérer dans son ordre juridique la norme dont la décision est en quelque sorte porteuse » pour faire « sienne la situation juridique que la décision consacre »¹³⁸⁹. Le juge du for pratique, pour ainsi dire, une *territorialisation*¹³⁹⁰ du jugement étranger : celui-ci accède à la normativité dans l'ordre juridique d'accueil par la médiation d'une norme habilitante contrôlée par ce dernier¹³⁹¹.

348. Cette norme habilitante contenue dans le jugement d'*exequatur*¹³⁹² repose sur des critères extrêmement variables¹³⁹³. En France, jusqu'en 1964 et

¹³⁸⁵ V. n. B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, p. 370.

¹³⁸⁶ Dans le prolongement de cette obligatorité du jugement étranger vient se greffer, aussi, l'autorité négative de chose jugée. La reconnaissance du jugement étranger va ainsi interdire pour l'avenir que le procès soit renouvelé en France.

¹³⁸⁷ B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, p. 365 : « Chaque Etat (...) détermine dans quelle mesure et à quelles conditions il accepte de donner effet aux décisions étrangères lorsqu'il en est requis ».

¹³⁸⁸ H. Péroz, *La réception des jugements étrangers...*, *op. cit.*, n° 123.

¹³⁸⁹ P. Gothot, D. Holleaux et H. Battifol, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985, no. 247 ; cité à partir de D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 227.

¹³⁹⁰ La doctrine parle généralement d'une « francisation » du jugement étranger (B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, p. 394).

¹³⁹¹ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, p. 265.

¹³⁹² P. Mayer et V. Heuzé, *Ibidem*, p. 305 : « le jugement étranger reste ce qu'il était, seul son contenu est reçu, incorporé dans le jugement d'exequatur et se trouve recouvert de la force exécutoire et de l'autorité de chose jugée qui appartient à ce jugement ».

¹³⁹³ F. C. Von Savigny, *System des heutigen römischen Recht*, t. VIII, 1849, (trad. Guénonx, 1851), 131 : « pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il faut d'abord savoir d'après quel droit local nous devrions juger de leur acquisition ? » (cité à partir de D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 156).

l'arrêt *Munzer*¹³⁹⁴, il était courant que le juge étende son contrôle jusqu'aux conflits d'intérêts privés tranchés par le tribunal étranger¹³⁹⁵. C'était la *révision au fond* : « examiner la valeur du dispositif sous le double rapport de l'appréciation des faits et de l'application des règles de droit »¹³⁹⁶. Depuis lors, le juge ne peut plus en France refaire le raisonnement du juge étranger : « le contrôle de la rectitude de l'opération intellectuelle qui fonde la décision céda alors la place à des exigences de régularité d'ordre extrinsèque »¹³⁹⁷. Les cinq critères de régularité internationale¹³⁹⁸ posés par la décision *Munzer* n'ont cependant pas éliminé toute forme de « réexamen »¹³⁹⁹ de la décision étrangère. L'abandon ultérieur de la condition de conformité du jugement étranger à la règle de conflit du for marque, en revanche, un pas significatif vers l'ouverture de l'ordre juridique français aux droits acquis à l'étranger¹⁴⁰⁰. Au terme d'une importante évolution, donc, les jugements étrangers sont désormais admis à « déployer leurs effets en raison de leur valeur propre, plutôt que de leur conformité à l'image que se fait l'ordre du for de la répartition dans l'espace des prérogatives étatiques »¹⁴⁰¹. Les conditions d'accueil du droit acquis à l'étranger se limite (i) à l'existence de liens sérieux entre l'Etat dont la norme individuelle émane et la relation juridique concernée (ladite *compétence internationale indirecte*), et (ii) à sa conformité avec l'exception d'ordre public ou de fraude à la loi. Le droit acquis à l'étranger une fois reconnu, ou disons « habilité », le juge sera obligé

¹³⁹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, *Munzer*, R.C.D.I.P., 1964, p. 344, note H. Batiffol.

¹³⁹⁵ Après la rédaction du code civil, les conditions de la reconnaissance d'un jugement étranger étaient particulièrement rigoureuses, comme l'atteste la célèbre affaire *Parker* (Cass. civ., 19 avr. 1819, S., 1819.I.129).

¹³⁹⁶ Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. XII, 5^e ed. par Bartin, §769 *ter*, p. 487 ; cité à partir de B. Ancel et Y. Lecquette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e ed., Dalloz, 2006, p. 369.

¹³⁹⁷ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem.*, p. 251.

¹³⁹⁸ Les conditions extrinsèques, dites de *régularité internationale*, posées par cette décision sont au nombre de cinq : la compétence du tribunal étranger, la régularité de la procédure suivie, l'application de la loi compétente selon la règle de conflit française, la conformité à l'ordre public international et à l'absence de fraude à la loi. La Cour suprême conclut l'énonciation de ces conditions par la formule suivante : « cette vérification, qui suffit à assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français, objet même de l'institution de l'exequatur, constitue en toute matière à la fois l'expression et la limite du pouvoir de contrôle du juge chargé de rendre exécutoire en France une décision étrangère, sans que ce juge doive procéder à une révision au fond de la décision » (Civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, *Munzer*, *op. cit.*).

¹³⁹⁹ P. Mayer et V. Heuzé, *Ibidem.*, p. 268-269.

¹⁴⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 20 fév. 2007, *Cornelissen*, D. 2007, p. 1115, note d'Avout et Bollée ; R.C.D.I.P. 2007.420, note B. Ancel et H. Muir Watt. Il faudrait également mentionner, pour être exhaustif, la suppression du contrôle de la régularité de la procédure suivie par l'arrêt *Bachir* en 1967, au profit de la seule vérification « par rapport à l'ordre public international français et au respect des droits de la défense » (Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 1967, D. 1968.95, note Mezger ; R.C.D.I.P. 1968.98, note Lagarde).

¹⁴⁰¹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem.*, p. 265.

d'octroyer à ce jugement une force exécutoire sur le territoire du for sous la seule réserve de sa régularité intrinsèque¹⁴⁰².

349. En résumé, c'est l'application par le juge du for de la norme habilitante, et plus particulièrement des critères de l'ordre public, qui se trouve être au cœur de l'instance d'*exequatur*. Cette norme habilitante a pour objet spécifique, en l'absence même d'une révision au fond, de laisser au juge du for les mains libres de refuser l'accueil d'un jugement étranger au nom de la protection de son ordre juridique¹⁴⁰³. Mesure discriminatoire exercée par le juge au service de la protection de la politique législative du for, l'instance d'*exequatur* ne semble pas très éloignée de la notion de frontière-obstacle esquissée en introduction¹⁴⁰⁴.

2) *L'exequatur comme manifestation d'une frontière-obstacle de l'Etat*

350. En France, l'ordre public est progressivement devenu la matrice de la norme habilitante, c'est-à-dire des conditions d'accueil des droit acquis à l'étranger. Pour commencer, l'appréciation par le juge du for de la compétence internationale indirecte du juge étranger ne s'éloigne plus beaucoup, sur le fond comme sur la forme, de l'idée que se fait l'ordre juridique du for d'un certain ordre public international appliqué aux compétences juridictionnelles. Puis, la seule différence que conserve la fraude à la loi avec l'ordre public *stricto sensu* réside dans la motivation de la discrimination. Alors que pour la fraude, il s'agit de l'intention de la personne, pour l'exception d'ordre public, c'est objectivement l'effet du droit

¹⁴⁰² Le juge va simplement vérifier la « régularité intrinsèque » de la décision étrangère : (i) la décision est titulaire de la force exécutoire dans son ordre juridique d'origine ; (ii) la décision est définitive dans son ordre juridique d'origine (épuisement des voies de recours interne) ; (iii) l'absence de violation de l'autorité de la chose jugée dans l'Etat d'origine ou dans l'Etat du for.

¹⁴⁰³ L'arrêt *Munzer* exprime bien cette idée que « le juge de l'exequatur est le « gardien de la souveraineté française » » (P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, p. 314).

¹⁴⁰⁴ V. *supra* p.62.

acquis sur le territoire du for¹⁴⁰⁵. Bref, l'ordre public s'impose comme l'épine dorsale du processus de réception d'une décision étrangère. Ce sont d'ailleurs les qualités de cet ordre public, et *a fortiori*, de la norme habilitante (a), qui vont permettre de ranger l'instance d'*exequatur* dans la catégorie des frontières-obstacles de l'Etat (b).

a. Précisions sur les qualités de l'ordre public en matière d'exequatur

351. L'ordre public opposé au cours de l'instance d'*exequatur* pour connaître de l'efficacité d'un droit sur le territoire du for ne présente pas beaucoup de similitudes avec l'ordre public valable en matière de conflit de lois, lequel est opposé à l'occasion de la création d'un droit. Les différences tiennent d'abord au contenu : c'est le résultat de l'application au cas d'espèce de la loi étrangère (le droit acquis à l'étranger), et non la loi appliquée *in abstracto*, qui est confronté à l'ordre public dans l'instance d'*exequatur*¹⁴⁰⁶. Appréciation *in concreto*, donc, qui justifie que le seuil de tolérance de l'ordre public soit plus flexible et, parfois même, « atténué »¹⁴⁰⁷. Puis, dans la mesure où il s'agit bien d'un jugement qui est soumis à l'appréciation du juge, l'ordre public en instance d'*exequatur* est susceptible de couvrir la procédure suivie devant le juge étranger et, plus largement, les modalités d'élaboration de cette décision. Les différences tiennent ensuite à leur effet : l'ordre public en instance d'*exequatur* a uniquement un effet d'éviction, et

¹⁴⁰⁵ Y. Loussouarn, *Droit international privé, op. cit.*, p.332 : « ...dans l'ordre public, c'est le contenu de la loi étrangère qui justifie son éviction alors qu'elle était normalement applicable. Dans la fraude à la loi au contraire, l'éviction a sa source dans la manipulation artificieuse par les intéressés de l'élément de rattachement de telle sorte que, comme on l'a justement relevé, la loi étrangère n'était qu'apparemment applicable ».

¹⁴⁰⁶ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, p. 283 : « une loi conforme à l'ordre public peut donner lieu à une solution injuste en raison de la façon dont elle a été appliquée ». V. a. B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, p. 385 : « la règle étrangère a par hypothèse reçu une application concrète. C'est donc le résultat de son application dans le cas d'espèce plutôt que son contenu abstrait qui doit être confronté à l'ordre public du for : on jugera en quelque sorte l'arbre à ses fruits ».

¹⁴⁰⁷ « la réaction à l'encontre d'une disposition d'ordre public n'est pas la même suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français » (Cass. civ. 11 avr. et 1^{er} mai 1945, *Rivière*, D.1945.245, note P.L.-P., S.1945.I.121, note Batiffol, JCP, 1945.II.2895, note Savatier).

non de substitution¹⁴⁰⁸. Le jugement étranger n'est pas tenu pour nul, c'est uniquement l'effet qui en découle qui est comme paralysé à la frontière de l'ordre juridique du for. Bref, le juge de l'*exequatur*, qui est en France libre de soulever l'ordre public d'office, fait figure d'« expérimentateur chargé de regarder, de peser le pour et le contre, et de se rendre compte dans chaque cas concret s'il existe ou non une rupture d'équilibre » entre la législation du for et celle du for étranger¹⁴⁰⁹. Rien d'étonnant, dans ces conditions, que certains auteurs aient vu dans ces règles d'ordre public les « limites de l'application des règles du droit international [privé] dans l'espace »¹⁴¹⁰ ou « l'influence du phénomène de la frontière »¹⁴¹¹. Car l'instance d'*exequatur* a tout d'une frontière dès lors que l'on inclut, dans cette notion, les filtres introduits par chaque Etat aux circulations entre leurs ordres juridiques respectifs.

b. Précisions sur les qualités de l'instance d'exequatur à la lumière de la notion de frontière-obstacle

352. Pour commencer, l'instance d'*exequatur* porte bien sur la circulation transfrontalière d'un droit. Le droit que l'on invoque devant le juge du for, c'est le droit même que l'on possédait déjà à l'étranger. On assiste donc, virtuellement, à un déplacement de ce droit acquis d'un ordre juridique vers un autre ; et cela sans altération de sa substance. L'instance d'*exequatur* met donc le juge du for en présence de l'alternative suivante : accepter, ou refuser, la circulation transfrontalière du jugement étranger¹⁴¹². En cas de refus du juge, l'effet de l'ordre public sera d'ordre négatif, ou plus précisément d'inopposabilité : le droit acquis à l'étranger est bloqué à la

¹⁴⁰⁸ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, p. 282 : « l'ordre public du conflit de juridictions n'a qu'un effet d'éviction du jugement étranger ; aucun jugement ne lui est substitué ».

¹⁴⁰⁹ J.P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. III : « Conflit de lois, d'autorités et de juridictions (théorie générale) », Sirey, 1944, p. 548.

¹⁴¹⁰ E. Bartin, *Etudes de Droit International Privé*, A. Chevalier-Maresco & Cie éditeurs, coll. Biblio. de jurisprudence civile contemporaine, 1899, p.191.

¹⁴¹¹ J.P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. III, op. cit., p. 502.

¹⁴¹² D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international...*, op. cit., p. 589 : « L'existence d'une décision met en présence non plus d'une problématique de choix entre plusieurs normes virtuellement applicables, mais devant l'alternative accueil/refus d'une norme individualisée ».

frontière de l'ordre juridique, mais conserve sa validité en deçà de cette limite. L'ordre public apparaît comme « une sorte de barrière fermant le passage au droit étranger »¹⁴¹³. Inversement, en cas d'accueil du jugement étranger, la décision du juge du for peut s'analyser comme un « respect d'une certaine permanence transfrontière du statut juridique issu du jugement étranger »¹⁴¹⁴. Tel un douanier, le juge de l'*exequatur* est donc chargé de réguler la circulation de ces droits acquis entre les ordres juridiques¹⁴¹⁵. En somme, c'est l'ensemble de l'instance d'*exequatur* qui est destiné, en France, « à constituer une barrière de protection, (...), contre l'intrusion de normes indésirables dans notre système juridique »¹⁴¹⁶. La norme habilitante qui conditionne la reconnaissance des droits acquis à l'étranger peut, ainsi, être perçue comme un filtre qui s'ouvre aux bons jugements, mais se ferme aux mauvais. Cette fonction a été particulièrement bien caractérisée par Jean Paulin Niboyet : « ou bien il existe du droit indésirable qui menace de pénétrer et il faut se clore ; ou bien celui-ci n'existe pas, et la barrière est inutile. Nous ne pouvons donc pas concevoir que l'on confonde le cas du droit qui est déjà dans l'enceinte avec celui qui projette seulement d'y pénétrer. L'un est autochtone, l'autre est étranger ou aborigène »¹⁴¹⁷. Pour remplir cette mission de filtre, la norme d'habilitation doit reposer sur « un critère adéquat de sélection »¹⁴¹⁸. Meticuleuse, elle aboutira parfois à rejeter uniquement une partie de la décision étrangère, tout en acceptant la pénétration du reste du jugement sous la forme d'un *exequatur* partiel¹⁴¹⁹. Bref, la reconnaissance ou non de l'effet d'un droit acquis à l'étranger (l'*exequatur*) correspond, indiscutablement, au deuxième élément de la notion juridique de frontière caractérisé dans cette introduction sous le terme de frontière-obstacle.

¹⁴¹³ J.P. Niboyet, *Ibidem*, p. 493.

¹⁴¹⁴ P. De Vareilles-Sommières, « Jugement étranger (Matières civiles et commerciales) », *Répertoire de Droit international*, Dalloz, 2001, n°6.

¹⁴¹⁵ À cet égard, le fait qu'en France l'instance d'*exequatur* relève de la compétence exclusive du tribunal de grande instance à juge unique est particulièrement révélateur de la volonté de centraliser ce pouvoir de police sur les circulations transfrontalières (article L 311-11 al.1 du Code de l'organisation judiciaire).

¹⁴¹⁶ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit...*, *op. cit.*, p. 270.

¹⁴¹⁷ J.P. Niboyet, *Ibidem*, t. III, p.494.

¹⁴¹⁸ P. Mayer et V. Heuzé, *Ibidem*, p. 271

¹⁴¹⁹ V. n. Cass. civ., 30 janv. 1979, *J.D.I.* 1979.393, note D. Mayer.

353. Cette précision sur la nature de ces « frontières juridictionnelles » semble confirmer les limites du processus d'intégration communautaire vis-à-vis de la notion de frontière : la construction du marché intérieur s'intéresse d'abord à l'élimination des frontières-obstacles entre Etats membres et pas tant à l'élimination des frontières internationales¹⁴²⁰. Les moyens employés par les institutions communautaires peuvent cependant surprendre : le recours au législateur (droit communautaire dérivé) était-il nécessaire face à des « restrictions » dont la compatibilité avec les libertés de circulation semble *a priori* contestable ? La raison en est simple : la coopération judiciaire n'a été communautarisée que très tardivement, en 1999, avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam¹⁴²¹. La compétence du juge national et, en particulier, la procédure d'*exequatur* était jusqu'alors en dehors du champ du processus d'intégration communautaire. Les progrès réalisés depuis 1999 par le législateur européen n'en sont pas moins importants : à l'intérieur de l'espace judiciaire européen, « les conditions de l'accueil sont (...) si libérales, et les procédures à ce point allégées, que l'on a alors l'impression que la frontière s'est effacée pour laisser place à « l'autorité de plein droit » des jugements étrangers »¹⁴²². Une réserve toutefois : l'efficacité des jugements étrangers devant les organes de contrainte de l'Etat du for repose toujours sur une norme habilitante posée par celui-ci, aussi libérale soit-elle¹⁴²³. La formule exécutoire à l'origine de l'exécution, du moins en France, demeure celle de l'Etat d'accueil¹⁴²⁴. Reste que l'apposition de cette formule, sous l'égide du droit communautaire, se limite aujourd'hui à une simple formalité. Le ré-

¹⁴²⁰ V. Titre I Partie I Chapitre I Section 1 § 2 : B. 2) b.

¹⁴²¹ V. n. F. Paulino Pereira, « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspective », *R.C.D.I.P.*, n° 1, 2010, p. 16.

¹⁴²² D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁴²³ *Idem*, p. 222 : « Toutefois, il y a là sans doute une simple illusion d'optique, car l'efficacité des jugements étrangers devant les organes de l'Etat du for résulte nécessairement d'une norme habilitante posée par celui-ci, aussi libérale soit-elle ».

¹⁴²⁴ L'exemple des effets, dans les Etats membres de l'UE, des arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) est particulièrement significatif à cet égard. L'ancien article 256 CE posait que « La formule exécutoire est apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale que le gouvernement de chacun des Etats membres désignera à cet effet... » ; en France, c'est le Garde des Sceaux (D. n° 77-533 du 18 mai 1977, *JCP*, 1977.III.47754). Ces décisions, tout en étant exécutoires de plein droit dans les Etats membres, demeurent soumises à la formalité de l'apposition d'une formule exécutoire nationale (V. Constantinesco, JP Jacque, R. Kovar et D. Simon, *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, 1992, p. 1196). On peut donc considérer que la force exécutoire appartient aux arrêts de la CJUE (voir ancien article 187), bien que la formule exécutoire soit apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale (C. Jarrosson, « Réflexions sur l'Imperium », *op. cit.*, § 11.

examen de la norme étrangère, ce centre névralgique de l'instance d'*exequatur*, a été dépouillé de toute sa substance. L'Etat du for n'étant plus maître du contenu des ordres adressés à ses propres organes de contrainte, il faut bien reconnaître que, au-delà des apparences, l'action de la force publique trouve sa source réelle dans une force exécutoire étrangère. Il est d'ailleurs envisageable, dans un futur proche, que la loi d'un Etat membre reconnaisse entièrement la compétence d'autorités étrangères pour délivrer la force exécutoire. Doit-on en conclure, pour autant, que « l'apparition du titre exécutoire européen conduira peut-être à faire de l'ensemble du territoire communautaire un territoire unique du point de vue juridictionnel »¹⁴²⁵ ? Certainement pas ; car si l'ordre juridique d'un Etat membre est libre de laisser une autorité étrangère donner des ordres (commandement catégorique) à ses propres organes de contrainte en application du droit communautaire, reste que c'est toujours la force publique de cet Etat membre qui conserve le monopole de l'usage de la violence sur son territoire. La frontière internationale n'a pas, pour le moment, été remise en cause par le processus d'intégration communautaire dans le domaine juridictionnel. En somme, la distinction esquissée en introduction entre la « frontière internationale », qui sépare, et la « frontière-obstacle », qui filtre, prend ici toute son importance : elle exclut pour l'espace judiciaire européen la qualification de *territoire unique*, au sens juridique et politique, au motif qu'une telle qualité présuppose non seulement la suppression des frontières-obstacles, mais aussi celle des frontières internationales entre les Etats membres.

354. En résumé, l'*imperium* du juge ne connaît pas de frontières internationales, mais que des frontières-obstacles introduites par les Etats. La force exécutoire contenue dans les décisions du juge peut, en théorie, librement circuler au-delà du territoire du for sans jamais affecter l'exclusivité territoriale des Etats voisins. Ce constat va devoir être maintenant confirmé par un exemple en droit fiscal, ce terrain de prédilection pour la territorialité politique. Le cloisonnement territorial, en effet, y est

¹⁴²⁵ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 133.

réputé bien plus inflexible qu'en matière civile ou commerciale, « car s'il exclut que les jugements répressifs, fiscaux, ou de droit publics étrangers puissent bénéficier de plein droit de la force exécutoire en France, il conduit également à refuser l'existence même à leur égard d'une procédure d'*exequatur* »¹⁴²⁶. Mais, là encore, mieux vaut éviter les amalgames : la source véritable de ces obstacles ne réside pas non plus dans la frontière internationale.

§2: *Le privilège du préalable de l'administration fiscale*

355. Exception faite des particularités touchant à la qualité du créancier, le titre exécutoire en droit fiscal (ou *titre de recette* au sens de la comptabilité publique) ne se distingue pas foncièrement de l'*imperium* du juge. Tout laisse donc à penser que cet *instrumentum*, à l'instar des autres commandements catégoriques, ne connaît pas de limites spatiales à ses prétentions. Et pourtant, en droit fiscal positif, non seulement le titre exécutoire perd toute autorité au-delà des frontières de l'Etat au profit duquel il a été institué¹⁴²⁷, mais il perd aussi la faculté même de bénéficier dans l'Etat étranger d'une procédure d'*exequatur*¹⁴²⁸. Maigre consolation à la disposition des administrations fiscales : l'existence d'une clause conventionnelle obligeant l'Etat étranger (dit requis) à porter assistance à l'Etat d'origine (dit requérant) pour la notification ou le recouvrement des créances fiscales de ce dernier. À l'heure de la mondialisation et de la planification fiscale internationale, les Etats ont ressenti le besoin de desserrer ce cloisonnement territorial qui

¹⁴²⁶ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 229.

¹⁴²⁷ P. Dibout, « Assistance fiscale internationale », *J.-Cl. Droit fiscal international*, fasc. 358, 1984, pt 1 : il est un « principe traditionnel selon lequel les administrations fiscales des divers Etats s'ignorent entre elles, et selon lequel également les titres exécutoires émis en vue du recouvrement des impôts sont dépourvus de toute autorité hors des frontières de l'Etat au profit duquel ont été institués les impôts qu'il s'agit de recouvrer ».

¹⁴²⁸ En matière fiscale, un Etat étranger ne peut tenter une procédure d'*exequatur* devant le juge français. De façon générale, les Etats modernes considèrent que l'*exequatur* est inaccessible aux créances fiscales (D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 229).

limitait la circulation transfrontalière de leurs titres exécutoires. Le développement récent de l'assistance administrative internationale permet d'étendre au titre exécutoire étranger le bénéfice du traitement national dans l'Etat requis, tant en matière de notification que de recouvrement. Dans ces conditions, deux questions inextricables se posent à la lumière de l'objet de la frontière internationale. La première, qui a déjà été partiellement traitée au sujet des commandements touchant à l'obligatorité de la norme, consiste à vérifier si en l'absence d'*exequatur* dans l'Etat étranger le titre exécutoire peut passer la frontière sous la forme d'une notification extra-territoriale, sans porter atteinte à l'exclusivité territoriale de l'Etat sur le territoire duquel le contribuable est situé. La seconde, dont l'issue est largement tributaire de la réponse apportée à la première, consiste à s'interroger sur le rôle qu'il faut attribuer à l'assistance administrative internationale dans ce domaine. Dans la mesure où cette assistance permet au titre exécutoire d'un Etat d'être notifié ou recouvré sur le territoire d'un autre Etat, doit-elle être considérée comme le signe d'un déclin, ou du moins d'une limitation de l'emprise de l'impénétrabilité des frontières internationales ?

356. L'analyse approfondie du titre exécutoire en droit fiscal, ainsi que de son traitement dans une situation transfrontalière, permettra d'exposer la nature des obstacles érigés à la circulation internationale des titres exécutoires (A) et, par la même occasion, la portée des mesures d'assistance conventionnelle qui limitent l'effet restrictif de ces obstacles (B).

A. La nature des obstacles à la circulation internationale des titres exécutoires

357. En matière fiscale, l'administration est titulaire d'une parcelle de l'*imperium* de l'Etat. Ce créancier d'un genre un peu particulier peut donc se délivrer lui-même le titre exécutoire sans recourir au juge¹⁴²⁹. C'est le privilège du préalable : les titres délivrés par les personnes morales de droit public ont de plein droit force exécutoire¹⁴³⁰. Mais ce privilège n'altère pas la nature intrinsèque de la force exécutoire dont *l'instrumentum* est le support ; il facilite uniquement son émission. Or c'est, encore une fois, les ressorts profonds de cette force exécutoire qui permettent d'apprécier le régime juridique de ces titres à l'aune de la frontière internationale. Acte charnière qui permet à l'opération d'imposition de passer de la procédure d'assiette à la procédure de recouvrement, le titre exécutoire se place à la lisière de la *jurisdictio* sans, pour autant, jamais empiéter sur le domaine *stricto sensu* de l'*executio* (1). C'est la raison pour laquelle ces titres juridiques ne sont pas confrontés en pratique à des frontières internationales, mais simplement à des frontières-obstacles (2).

¹⁴²⁹ J. Grosclaude et P. Marchessou, *Procédures fiscales, op. cit.*, p. 94. Les autorités administratives ne peuvent d'ailleurs renoncées à cette prérogative de puissance publique en allant demander au juge le prononcé de mesures qu'elles ont le pouvoir de décider elle-meme (CE, 30 mai 1913, S. 1915, note Hauriou).

¹⁴³⁰ Il s'agit, selon les termes de la Cour suprême, de « la règle fondamentale du droit public » (CE, Plén., 2 juill. 1982, n° 25288 et 25323, *Huglo et a.*, *Rec. Lebon*, p. 257).

1) *La nature des titres exécutoires en droit fiscal*

358. Autrefois, c'était la notion de contrainte qui, en droit fiscal, remplissait très imparfaitement le rôle de titre exécutoire¹⁴³¹. Si elle correspondait bien au « fondement juridique donné par le législateur à la poursuite »¹⁴³², paradoxalement, elle ne faisait l'objet d'aucun acte administratif distinct porté à la connaissance du contribuable. Bien qu'essentielle, cette contrainte se réduisait donc, au dire des experts, à « l'« âme » des poursuites »¹⁴³³. Le législateur a tout de même entrepris de formaliser ce titre avec l'article 98 de la loi n° 92-1476 du 31 décembre 1992, aujourd'hui repris à l'article L 252 A du LPF¹⁴³⁴. Il s'agit principalement, pour les impôts directs, de « l'homologation » du rôle¹⁴³⁵ et du « visa » apposé sur l'avis de mise en recouvrement (AMR)¹⁴³⁶. L'émission de ce titre par l'administration fiscale remplit deux fonctions cardinales pour la suite des opérations d'imposition : « constater » la créance de l'Etat et, par la même occasion, rendre cette créance « recouvrable » (a). À ce titre, le titre exécutoire vient achever la phase normative de l'opération d'imposition pour préparer la phase dite de recouvrement : à la limite de la *jurisdictio*, ce titre ne se traduit pour autant jamais par une coercition proprement dite (b).

¹⁴³¹ Introduite par l'article 46 de la loi du 23 décembre 1946, cette formalité quelque peu « invisible » a été progressivement supprimée par le décret n° 70-223 du 17 mars 1970, le décret n° 80-216 du 17 mars 1980 et enfin par l'article 98-II de la loi n° 87-1060.

¹⁴³² V. Haïm, « De l'opposition à contrainte au contentieux de l'obligation de payer », *DF*, n° 52, 1995, p. 1880.

¹⁴³³ V. n. D. Fabre, concl. sous CE, sect., 21 déc. 1977, n° 1344, *DF*, n° 15, 1979, comm. 723, p. 477 ; V. Haïm, « De l'opposition à contrainte au contentieux de l'obligation de payer », *DF*, n° 52, 1995, p. 1881.

¹⁴³⁴ L'article L 252 A du LPF stipule que « Constituent des titres exécutoires les arrêtés, états, rôles, avis de mise en recouvrement, titres de perception ou de recettes que l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics dotés d'un comptable public délivrent pour le recouvrement des recettes de toute nature qu'ils sont habilités à recevoir ».

¹⁴³⁵ C'est le Préfet qui, en accord avec le trésorier payeur général, va apposer la formule exécutoire en tête du rôle (article 1658 à 1659 A du CGI). Cette homologation est l'acte qui institue le contribuable débiteur de la créance fiscale et qui crée le droit d'en recouvrer le montant (V. Haïm, *Ibidem*, p. 1882).

¹⁴³⁶ L'AMR est émis, signé et rendu exécutoire par l'apposition de la formule par le comptable de la Direction générale des impôts territorialement compétent (article L 256 et L 257 du LPF, voir aussi D. adm. DGI, 12 C-1221, n° 39-40, 1^{er} déc. 1984). Ce titre présente toutefois la particularité de n'être émis que lorsque le contribuable refuse de s'acquitter spontanément de son impôt. Il n'en conserve pas moins toutes les caractéristiques d'un titre exécutoire (CE, 7^e-8^e s.s.r., 3 avr. 1991, n° 80572, *M. Coffinet*, *DF*, n° 23, 1992, comm. 1176, concl. Fouquet).

a. Les fonctions du titre exécutoire

359. Le titre exécutoire est, d'abord, l'aboutissement de l'opération normative d'assise de l'impôt, plus connue sous le terme de procédure d'assiette¹⁴³⁷. Il vient concrétiser le droit de l'Etat en « authentifiant »¹⁴³⁸ la créance. Il atteste ainsi de son caractère liquide et exigible¹⁴³⁹. À cette fin, le titre doit nécessairement indiquer les bases de la liquidation de la créance¹⁴⁴⁰. Une fois constatée, la créance fiscale est réputée « exécutoire »¹⁴⁴¹. Ce titre est ainsi « l'acte unilatéral d'imposition »¹⁴⁴² qui ouvre la voie au recouvrement de l'impôt et, éventuellement, à l'exercice de poursuites à l'encontre du contribuable récalcitrant. C'est pourquoi le titre exécutoire constitue aussi le fondement juridique du recouvrement de l'impôt¹⁴⁴³. Porteur de la formule exécutoire, il comporte un mandement d'exécuter à destination des agents de l'Etat et, accessoirement, une injonction de payer à destination du contribuable¹⁴⁴⁴. Mais si ce titre exécutoire « autorise » l'exécution forcée ou, pour être précis, le recouvrement forcé de l'impôt, il ne se confond pour autant jamais avec lui¹⁴⁴⁵. Il se place juste à la lisière, entre le principe de validité dont il est le garant, et la procédure d'exécution forcée dont il est le fondement.

¹⁴³⁷ Le titre exécutoire interrompt, à ce titre, la prescription du droit de reprise de l'administration fiscale : CE, 10^e s.s., 23 fév. 2005, n° 264748, *Sté Kathrein France*, RJF, n° 5, 2005, no. 474, p. 350.

¹⁴³⁸ J. Grosclaude et P. Marchessou, *Procédures fiscales*, op. cit., p. 95.

¹⁴³⁹ La condition du caractère « certain » de la créance a été supprimé par la loi du juillet 1991. Ainsi « Les conditions d'exigibilité de liquidité et implicitement de certitude de la créance, (...) doivent donc être cumulativement réunies et constatées par le titre exécutoire pour servir de cause à une mesure d'exécution forcée » (S. Cimamonti, « Notion de saisie », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2020, 1993, pt 41).

¹⁴⁴⁰ CE, 9^e-8^e s.s.r., 21 août 1996, *Ifremer*, n° 143173, DF, n° 49, 1996, comm. 1471, concl. Goulard ; v. aussi l'article 81 al.1 du décret No. 62-1587 du 29 décembre 1962, qui précise que tout ordre de recette doit indiquer les bases de la liquidation.

¹⁴⁴¹ Une contestation de la validité de ce titre devant la juridiction compétente est, cependant, susceptible de faire perdre au titre son caractère exécutoire (Cass. com., 12 janv. 1993, n° 90-20758, *M. Begue*, DF, n° 31, 1993, comm. 1616 ; Cass. com., 13 oct. 1992, n° 1423 P, *Agence de Bassin Adour-Garonne c/ Richard*, RJF, n° 12, 1992, no. 1733 ; CE, 7^e-8^e s.s.r., 3 avr. 1991, n° 80572, *M. Coffinet*, DF, n° 23, 1992, comm. 1176).

¹⁴⁴² B. Castagnède, « Nature et caractères du droit fiscal », DF, n° 25, 2007, comm. 623, p. 24.

¹⁴⁴³ En l'absence de ce titre exécutoire, le recouvrement de l'impôt est entaché d'irrégularité : CE, 9^e-8^e s.s.r., 9 janv. 1995, n° 135520, *Nizard*, RJF, n° 2, 1995, no. 264.

¹⁴⁴⁴ Le titre exécutoire doit nécessairement être notifié au contribuable sous peine d'entacher d'irrégularité les mesures de poursuite ; car ici « le droit fiscal ne déroge pas au droit commun qui distingue la décision, laquelle existe dès sa signature, de son opposabilité subordonnée à une publicité adéquate » (V. Haïm, « De l'opposition à contrainte au contentieux de l'obligation de payer », op. cit., p. 1882).

b. La place du titre exécutoire par rapport à l'exécution forcée

360. À la frontière entre la *jurisdictio* (le pouvoir de dire le droit) et l'*executio* (le pouvoir de contraindre le contribuable à s'exécuter), le titre exécutoire est généralement décrit comme « l'acte charnière »¹⁴⁴⁶ qui permet de passer, dans l'opération d'imposition, de la procédure d'assiette à la procédure de recouvrement. Cette « transition »¹⁴⁴⁷, toutefois, le titre exécutoire l'assure sans jamais se fondre dans les mesures de poursuite et, à plus forte raison, sans jamais se traduire par des mesures de coercition. Pour s'en convaincre, il suffit de se pencher sur le traitement contentieux des contestations de ce titre exécutoire.

361. Une « césure »¹⁴⁴⁸, sur le plan contentieux, s'opère à compter de l'émission du titre exécutoire : le passage du contentieux d'assiette (compétence du juge de l'impôt) au contentieux du recouvrement (compétence du juge de l'exécution)¹⁴⁴⁹. Comme pour mieux marquer le passage de la *jurisdictio* à l'*executio*, le droit fiscal français a choisi « d'enfermer dans deux sas hermétiques le contentieux de l'assiette et celui du recouvrement »¹⁴⁵⁰. En application de l'article L 281 combiné avec l'article L 199 du LPF, un contribuable ne saurait utilement exciper, à l'appui de sa demande de décharge ou de réduction devant le juge de l'impôt, d'une irrégularité entachant le recouvrement de cet impôt au prétexte que celui-ci a nécessairement été commis postérieurement à la concrétisation de la créance

¹⁴⁴⁵ J. Grosclaude et P. Marchessou, *Procédures fiscales, op. cit.*, p. 95 : « le titre exécutoire, constituant tout à la fois le dernier acte de la procédure d'imposition et le premier acte de la procédure de recouvrement, mais sans pour autant être considéré comme un acte de poursuite ».

¹⁴⁴⁶ V. Haïm, *Ibidem*, p. 1882.

¹⁴⁴⁷ *Idem*, p. 1882.

¹⁴⁴⁸ J.-C. Duchon-Doris, « Procès équitable et contentieux du recouvrement », *DF*, n° 17, 2002, p. 694.

¹⁴⁴⁹ Le titre exécutoire substitue à la prescription du droit de reprise la prescription de quatre ans de l'action en recouvrement (G. Legrand, *Le recouvrement de l'impôt, op. cit.*, p. 72).

¹⁴⁵⁰ CE, 7^e-8^e s.s.r., 13 nov. 1974, n° 90511, *DF*, n° 5, 1975, comm. 163 ; CE, 9^e-7^e s.s.r., 24 juill. 1981, n° 15128 et n° 14974, *Mme Barrat, DF*, n° 47, 1981, comm. 2123 ; *RJF*, n° 10, 1981, no. 936.

fiscale¹⁴⁵¹. Inversement, à l'occasion de la contestation des opérations de recouvrement de l'impôt devant le juge de l'exécution, un contribuable sera irrecevable à contester la régularité ou le bien-fondé de cet impôt¹⁴⁵². Au moment de l'attribution de la force exécutoire à la créance fiscale, toutefois, le passage à la phase du recouvrement de l'impôt n'est pas encore intégralement consumé sur le plan contentieux : une distinction a été introduite par le législateur, à l'intérieur même du contentieux du recouvrement de l'impôt, entre l'opposition à contrainte (contestation de l'existence de l'obligation de payer) et l'opposition à poursuite (contestation de la régularité en la forme de l'acte de poursuite). Distinction qui permet justement de soustraire à la compétence du juge de l'exécution les contestations touchant à la « contrainte », c'est-à-dire au titre de recouvrement. Pour le dire autrement, le juge de l'impôt (juge de la bonne assise, au regard de la loi fiscale, de l'impôt) a pu conserver, sous la forme du contrôle de la légalité interne des opérations de recouvrement, toute sa compétence sur les contestations soulevées, même en phase de recouvrement de l'impôt, à l'encontre du titre exécutoire¹⁴⁵³. L'idée sous-jacente à cette réserve du législateur, c'est probablement que la contestation du titre exécutoire porte sur le fond du droit, et non pas tant sur la régularité des opérations de recouvrement¹⁴⁵⁴. Le titre exécutoire est bien une norme abstraite dont l'appréciation relève du juge de l'impôt, et pas une opération d'exécution (susceptible de se traduire par une coercition) dont l'appréciation relève du juge de l'exécution.

¹⁴⁵¹ Plus largement, le Tribunal des Conflits a dit pour droit que « le juge administratif est incompétent pour apprécier la validité en la forme d'un commandement, quelle que soit la nature de la créance dont il tend à assurer le recouvrement » (TC, 22 fév. 1960, *Bernard*, *Rec. CE*, p. 861).

¹⁴⁵² CE, 24 juill. 1981, *Mme Barrat*, *op. cit.*.

¹⁴⁵³ V. n. Cass. com. 6 oct. 1998, *Houzel*, *RJF*, n° 12, 1998, no. 1497; Cass., avis, 16 juin 1995, *Bull. civ.* n° 9, *RTD civ.* 1995, p. 691 ; TC, 17 juin 1991, n° 2640, *Matijaca*, *RJF*, n° 11, 1991, no. 1438

¹⁴⁵⁴ V. Haïm, « De l'opposition à contrainte au contentieux de l'obligation de payer », *op. cit.*, p. 1880 : « Le juge administratif pouvait annuler la contrainte (i.e. fondement juridique des poursuites) mais, ne pouvant aller au-delà, laissait au juge judiciaire le soin d'en tirer les conséquences sur le sort à réserver aux poursuites ». Pour autant, si l'opposition à contrainte est implicitement rattachée au fond du droit, l'irrégularité du titre exécutoire constatée par le juge de l'impôt reste sans incidence sur la régularité de la procédure, dite d'assiette, qui a permis à l'administration d'établir le montant de la créance fiscale (Cass. com., 26 mai 2004, n° 845 FS-PB, *DGI c/ Zangarelli*, *RJF*, n°10, 2004, no. 1053).

362. Cette nature normative du titre exécutoire permet, d'ailleurs, d'expliquer pourquoi l'émission du titre exécutoire continue de relever du privilège du préalable de l'administration fiscale. Ce dernier, en effet, trouve ses limites dans les mesures de coercition : il est « exclusif du recours à la contrainte ou à la force publique » et ne peut outrepasser « le refus de l'exécution spontanée d'un acte »¹⁴⁵⁵. C'est donc parce que la force exécutoire ne quitte jamais, en soi, le domaine abstrait du normatif, que l'administration est en mesure de se délivrer elle-même ce titre. Ce détail, s'il n'affecte pas l'efficacité du titre exécutoire et du privilège du préalable de l'administration fiscale¹⁴⁵⁶, est d'une importance majeure pour l'analyse de l'objet de la frontière internationale. Étant donné que celle-ci, selon toute vraisemblance, ne s'intéresse qu'au pouvoir d'exécution *stricto sensu*.

2) *La nature des restrictions à la circulation des titres exécutoires en droit fiscal*

363. Les restrictions qui s'opposent à la circulation des titres exécutoires en droit fiscal français, comme dans bien d'autres systèmes étrangers, sont imputables à deux principes très courants dans les systèmes fiscaux étatiques : le principe d'ignorance mutuelle (a) et l'exigence d'un acte administratif intercalaire (b). Ces derniers, s'ils sont étrangers à la frontière internationale du droit des gens, présentent en revanche des caractéristiques proches de celles d'une frontière-obstacle.

¹⁴⁵⁵ V. Tchen, « Exécution de l'acte administratif », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 108-10, 2008, pt 6 et 32.

¹⁴⁵⁶ P. Ancel, « L'exécution par la puissance publique », *RTD Civ.*, n° spéc., 1993, p. 140.

a. *Le paradigme de l'insularité fiscale*

364. La préservation de la souveraineté fiscale exige, à en écouter certains, que chaque Etat s'ignore mutuellement¹⁴⁵⁷ : une sorte de paradigme de l'insularité fiscale. La majorité des Etats ont en effet une conception purement unilatérale et finaliste de la loi fiscale qui leur interdit de se préoccuper des intérêts d'un ordre fiscal étranger¹⁴⁵⁸. La première conséquence de cette insularité n'a rien de très singulier : le titre exécutoire perd sa force exécutoire la frontière passée (i). La seconde, en revanche, est propre au droit public : la créance fiscale n'est pas éligible à l'*exequatur* dans un ordre juridique étranger (ii).

i. *La force exécutoire de la créance fiscale étrangère ne passe pas les frontières*

365. En France, un titre de perception de nature fiscale, né dans un droit public étranger, ne peut bénéficier de plein droit de la force exécutoire du for. Pour le dire autrement, l'*instrumentum* fiscal porteur d'une force exécutoire étrangère ne peut pénétrer l'ordre fiscal français. Ce mur semble d'ailleurs couvrir l'ensemble du droit public, y compris le droit pénal : « Les décisions répressives étrangères, comme celles qui mettent en œuvre le droit public ou fiscal étranger, sont en l'état actuel du droit positif comparé réputées dépourvues de toute vocation à accéder à l'efficacité internationale »¹⁴⁵⁹. L'intransigeance est telle que l'administration fiscale française ne peut pas non plus, sous peine d'irrégularité, spontanément assister une administration étrangère dans la notification ou le recouvrement de son titre exécutoire. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'affirmer clairement que l'administration fiscale n'est pas compétente pour assister au recouvrement un Etat étranger

¹⁴⁵⁷ P. Dibout, « Assistance fiscale internationale », *op. cit.*, pt 1 : Il est un « principe traditionnel selon lequel les administrations fiscales des divers Etats s'ignorent entre elles, et selon lequel également les titres exécutoires émis en vue du recouvrement des impôts sont dépourvus de toute autorité hors des frontières de l'Etat au profit duquel ont été institués les impôts qu'il s'agit de recouvrer ».

¹⁴⁵⁸ V. *supra* Titre II Partie I Chapitre I Section 1 § 2 : B. 1) .

¹⁴⁵⁹ D. Bureau, *Droit international privé, op. cit.*, p. 225.

sur le seul fondement du titre exécutoire étranger¹⁴⁶⁰. Cette irrégularité n'affecte pas seulement la validité de la procédure de recouvrement, mais aussi la compétence même du juge de l'impôt : « la contrainte pour le recouvrement de laquelle le commandement litigieux a été émis émane d'une autorité étrangère ; que par suite, la juridiction administrative française n'est pas compétente pour en apprécier le bien-fondé »¹⁴⁶¹. L'administration fiscale française est-elle pour autant privée de la possibilité d'essayer, par ses propres moyens, de notifier un titre exécutoire sur le territoire d'un autre Etat ?

366. La réponse semble négative. À l'instar des commandements touchant à l'obligatorité de l'obligation fiscale, l'administration peut adresser sans irrégularité ses titres exécutoires par simple notification. Lorsqu'il s'agit d'un rôle, la notification prend la forme d'une lettre simple sous pli fermé¹⁴⁶² ; souplesse qui soulève, au passage, bien des problèmes quant à la réalité de la notification du titre¹⁴⁶³. Pour ce qui est des avis de mise en recouvrement (AMR), l'obligation formelle d'une lettre recommandée avec accusé de réception a été supprimée en 2004¹⁴⁶⁴. Le régime est à présent aligné sur celui des impôts recouverts par voie de rôle : en l'absence de décision de justice, ce qui est courant en raison du privilège du préalable de l'administration fiscale, le titre exécutoire est notifié au contribuable par lettre simple sous pli fermé, sans passer par le ministère d'un huissier¹⁴⁶⁵. Dans ces conditions, pour les mêmes raisons que celles évoquées plus haut au sujet des mesures de contrainte à finalité dissuasive¹⁴⁶⁶, il n'y a pas de raison que la frontière internationale s'oppose à la notification extra-territoriale de ces titres exécutoires. C'est d'ailleurs la position de l'administration fiscale française, qui reconnaît dans sa doctrine la possibilité d'adresser à l'étranger des « avis

¹⁴⁶⁰ F. Lavondès, concl. sous concl. sous CE, sect., 23 déc. 1966, n° 60741, *DF*, n° 22, 1967, p. 31.

¹⁴⁶¹ CE, Sect., 23 déc. 1966, n° 60741, *DF*, n° 22, 1967, p. 30.

¹⁴⁶² Article L 253 du LPF.

¹⁴⁶³ T. Gasquet, « Action en recouvrement. Poursuites. Généralités », *J.-Cl. Procédures fiscales*, Fasc. 550, 2000, p. 25.

¹⁴⁶⁴ Loi du 22 déc. 2003 n° 2003-1235 codifiée à l'article L 256 LPF et R. 256-6 du LPF.

¹⁴⁶⁵ T. Gasquet, « Action en recouvrement. Poursuites. Généralités », *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁶⁶ V. *Titre II Partie II Chapitre I Section 1 §1:B.*

d'imposition sous enveloppe fermée »¹⁴⁶⁷, ainsi que de la Cour de cassation, qui a validé cette pratique à destination du siège social d'une société localisée à l'étranger, sous réserve de pouvoir obtenir la preuve que l'acte est bien parvenu à son destinataire¹⁴⁶⁸. Il faut donc conclure que la réception par voie postale d'un titre exécutoire (*injonction de payer* et *formule exécutoire*) issu d'un droit public étranger, sans la médiation de l'Etat du for du débiteur, n'affecte pas plus l'exclusivité territoriale de ce dernier, que la validité du titre exécutoire étranger.

ii. La force exécutoire dans l'Etat d'accueil n'est pas accessible aux créances fiscales étrangères

367. La force du cloisonnement territorial dans le domaine fiscal est telle que le paradigme de l'insularité comporte un obstacle supplémentaire à la circulation transfrontalière de la force exécutoire : la créance fiscale ne peut pas accéder à l'*exequatur* dans un Etat étranger¹⁴⁶⁹. Non seulement le titre exécutoire est réputé perdre dans l'Etat d'accueil, passé la frontière, la force exécutoire acquise dans son Etat d'origine ; mais le titre est aussi irrecevable à demander, par le biais de l'*exequatur*, le bénéfice d'une nouvelle force exécutoire dans cet Etat d'accueil. L'Etat qui revendiquerait un droit public devant le juge d'*exequatur* d'un autre Etat commettrait, à l'égard de ce dernier, un abus de souveraineté en exerçant une prérogative de puissance publique en dehors de son ressort¹⁴⁷⁰. Mais, là encore, cet obstacle érigé par certains Etats à la circulation des titres exécutoires n'est pas le fruit de la frontière internationale. Il s'agit plutôt d'une tradition commune aux systèmes fiscaux des Etats sans fondement dans l'ordre juridique

¹⁴⁶⁷ Instr. codificatrice (CP) n° 98-010-A1 du 12 janvier 1998 : « ...deux situations peuvent se présenter : - Si le redevable réside dans un pays à monnaie librement transférable ou s'il est susceptible de se libérer en France dans la monnaie ayant cours, le comptable lui envoie directement les avis d'imposition sous enveloppe fermée ; - dans les autres cas, les avis sont adressés pour envoi au débiteur, au payeur auprès de l'ambassade de France territorialement compétent ou, à défaut, au trésorier-payeur général pour l'étranger ».

¹⁴⁶⁸ Cass. com. 3 juin 1998, n°1159 D., *Sté Simex*.

¹⁴⁶⁹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, op. cit., p. 229

¹⁴⁷⁰ V. n. House of Lords, 21 avril 1983, *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz and Others* [1984], AC 1, [1983] 2 All ER 93.

international¹⁴⁷¹ qui, en raison de son caractère discriminatoire à destination des titres exécutoires d'origine extraterritoriale, présente bien plus de similitudes avec la notion de frontière-obstacle. D'ailleurs, le développement récent des demandes en restitution de biens culturels illicitement exportés, faites directement par des Etats devant un juge d'un ordre juridique étranger, constitue la preuve vivante que « la qualité étatique du demandeur n'est aucunement un obstacle intrinsèque au développement du contentieux international impliquant l'exercice d'une prérogative souveraine »¹⁴⁷². Il n'en demeure pas moins que les traditions ont la peau dure et qu'il faut l'appui du droit conventionnel pour, dans ce contexte défavorable, frayer un passage permettant au titre exécutoire de circuler dans de bonnes conditions. Un engagement conventionnel de l'Etat d'accueil en matière d'assistance administrative internationale peut se substituer, ou du moins compenser, l'absence d'*exequatur* dans cet Etat¹⁴⁷³. Cette faculté, lorsqu'elle existe, doit cependant être interprétée strictement¹⁴⁷⁴. En France, par exemple, une entraide conventionnelle ne saurait avoir un quelconque effet rétroactif¹⁴⁷⁵. Enfin, un dernier obstacle risque de s'ériger dans l'Etat requis à la mise en œuvre de cette assistance conventionnelle : la condition formelle de la norme d'habilitation.

¹⁴⁷¹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 229 : « Il est difficile cependant de comprendre en quoi la souveraineté du for serait atteinte, alors que l'Etat du for conserve la maîtrise des conditions d'accès à l'efficacité des décisions étrangères sur son territoire, fussent-elles pénales, fiscales ou de droit public. À ce dernier égard, en effet, à partir du moment où l'Etat du for détermine les bases normatives à partir desquelles ses organes doivent raisonner, rien ne s'oppose à ce qu'il décide d'y inclure des décisions rendues sur le fondement du droit public, répressif ou fiscal étranger ».

¹⁴⁷² D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 121.

¹⁴⁷³ Rép. min. n° 15207 à Pierre Schièle, *JO déb. Sénat* 21 déc. 1974, p. 3239.

¹⁴⁷⁴ D. Bureau et H. Muir Watt, *Ibidem*, p. 225 : « Les décisions répressives étrangères, comme celles qui mettent en œuvre le droit public ou fiscal étranger, sont en l'état actuel du droit positif comparé réputées dépourvues de toute vocation à accéder à l'efficacité internationale, *en dehors* des hypothèses d'entraide conventionnelle ».

¹⁴⁷⁵ L'administration fiscale française « n'est pas compétente pour décerner une contrainte tendant au recouvrement d'impositions établies par une autorité étrangère à moins qu'une convention entre la France et l'Etat titulaire de la créance à recouvrer prévoie expressément une assistance de cette nature ; qu'en l'espèce pareille assistance était prévue dans une convention (...), que toutefois cette convention n'avait pas, à la date des commandements litigieux, été approuvée ni publiée au Journal Officiel de la République française et n'était dès lors pas applicable en France ; qu'ainsi la contrainte décernée à l'encontre des époux X manque de base légale » (CE, 7^e-9^e s.s.r., 25 oct. 1978, n° 07313, *RJF*, 1978, no. 576).

b. L'exigence de l'acte administratif intercalaire

368. En droit fiscal français, la clause d'assistance conventionnelle ne permet pas, en soi, la circulation de la force exécutoire attachée au titre exécutoire étranger sous la forme d'une notification ou d'un recouvrement dans l'Etat d'accueil. Il faut, en plus du titre exécutoire étranger et de la clause conventionnelle applicable, l'émission d'un nouveau titre exécutoire par les autorités du for requis (i). Celle-ci est constitutive d'une restriction qui, sans rapport avec la notion de frontière internationale, manifeste l'interposition d'une frontière-obstacle (ii).

i. La forme : un exequatur administratif

369. Devant le juge de l'impôt, l'omission d'un titre exécutoire procédant des autorités du for est systématiquement sanctionnée par la nullité des mesures de poursuite¹⁴⁷⁶. Le droit positif est catégorique sur ce sujet : l'assistance au service d'une créance fiscale étrangère présuppose l'intervention « d'une « décision de poursuivre » autonome du comptable français saisi de la contrainte extérieure, même si sa compétence est liée par les stipulations de la convention internationale, puisqu'il lui incombe de s'assurer que les conditions auxquelles ce texte subordonne le jeu de l'« assistance » sont réunies, à la fois quant à la nature et quant au caractère « définitivement dû » des impositions à recouvrer »¹⁴⁷⁷. Cette mesure administrative se manifeste par une décision du Préfet pour les impôts recouverts par voie de rôle¹⁴⁷⁸, et par une décision du directeur départemental

¹⁴⁷⁶ V. n. CE, sect., 23 déc. 1966, n° 60741, *DF*, n° 22, 1967, p. 30 ; CE, 25 oct. 1978, n° 07313, *RJF*, 1978, no. 576.

¹⁴⁷⁷ D. Fabre, concl. sous CE, sect., 21 déc. 1977, n° 1344, *DF*, n° 15, 1979, comm. 723, p. 477.

¹⁴⁷⁸ C'est le préfet qui, sur saisine du trésorier payeur général, rend la créance de l'Etat requérant exécutoire en France (G. Tixier et T. Lamulle, « notes sous CAA Lyon, 16 avr. 1992 n°90599 », *DF*, n° 5, 1993, comm. 189, p. 276 ; Instruction de la DCP, n° 64-32, 2 fév. 1964). Il appose sur la créance fiscale étrangère la formule exécutoire suivante : « En application de l'article... de la convention franco-..., du... rendue applicable par le

des services fiscaux pour les autres¹⁴⁷⁹. Pratique qui exprime, de toute évidence, la volonté des autorités publiques d'« intercaler »¹⁴⁸⁰, entre le titre exécutoire étranger et l'exercice de poursuite en France, une sorte de « contrainte-relais »¹⁴⁸¹ ou « d'« *exequatur* » administratif »¹⁴⁸². En d'autres termes, à l'instar de ce qui a été vu au sujet de l'*imperium* du juge, l'acte domestique intercalaire constitue une norme habilitante qui sert d'interface entre la force exécutoire étrangère et la force exécutoire française. Bien que cette pratique ne soit pas propre à l'ordre juridique français¹⁴⁸³, elle a cela de paradoxal qu'elle n'est pas explicitement prévue par les dispositifs conventionnels qu'elle est pourtant supposée mettre en œuvre¹⁴⁸⁴. Le Commissaire du Gouvernement Fabre justifie cette médiation de la « contrainte interne »¹⁴⁸⁵, dans le silence du texte conventionnel, par le système du renvoi au droit interne propre aux méthodes d'interprétation des conventions fiscales bilatérales¹⁴⁸⁶. Mais cet argument, valable à la rigueur face à une clause imprécise, ne tient plus lorsque le texte même de la convention rentre dans le détail sans, pour autant, autoriser cette pratique. Ce fut le cas de l'article 15(2) de la convention fiscale franco-belge signée le 16 mai 1931, qui dispose que : « Les poursuites et mesures d'exécution auront

décret du..., la présente contrainte est rendue exécutoire en France pour le montant des impôts et intérêts de retard qui y sont repris, soit... euros, sans préjudice des intérêts de retard échus depuis l'établissement de la contrainte » (F. Boisset-Repkat, « Assistance administrative internationale au recouvrement », *op. cit.*, pt 28).

¹⁴⁷⁹ Le titre exécutoire étranger est transmis au directeur départemental des services fiscaux compétent, lequel va émettre un nouvel avis de mis en recouvrement (AMR), mais sur le fondement du titre exécutoire étranger (Article L 257 du LPF). La copie de ce dernier sera d'ailleurs joint à l'avis envoyé au contribuable.

¹⁴⁸⁰ F. Lavondès, concl. sous CE 23 déc. 1966, *op. cit.*, p. 31 : « Le comptable français a donc entendu, (...) procéder aux actes de poursuites en exécution d'une décision belge, sans qu'aucune décision de l'administration française ne s'intercale entre la contrainte Belge et l'acte de poursuites français ».

¹⁴⁸¹ CE, 8^e et 9^e ss., 25 mai 1970, n° 61069, *Lebon*, p. 347.

¹⁴⁸² D. Fabre, concl. sous CE, 21 déc. 1977, *op. cit.*, p. 478.

¹⁴⁸³ Aux Pays-Bas et au Canada, l'assistance à la notification ou au recouvrement d'un titre exécutoire étranger suppose qu'un « distress warrant for international collection » vienne se substituer au titre étranger (R. R. Knobbout, « Mutual Tax Assistance between Canada and the Netherlands », *Intertax*, Kluwer Law International, vol. 28, n° 2, 2000, p. 88).

¹⁴⁸⁴ Le droit communautaire dérivé, en revanche, prévoit explicitement la faculté pour un Etat membre d'intercaler un *instrumentum* domestique pour la mise en œuvre de l'assistance au recouvrement (article 8 (2)-(4) de la Directive 76/308/CEE).

¹⁴⁸⁵ D. Fabre, concl. sous CE 21 déc. 1977, *op. cit.*, p. 477 : « L'existence d'une contrainte interne est, en effet, dictée par la loi française à laquelle il est renvoyé par la convention internationale – puisque l'article 1843 du CGI dispose que « les poursuites... procèdent d'une contrainte administrative décernée par le receveur des finance... » ».

¹⁴⁸⁶ Article 3§2 du modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'OCDE (version 2008) : « Pour l'application de la Convention à un moment donné par un État contractant, tout terme ou expression qui n'y est pas défini a, sauf si le contexte exige une interprétation différente, le sens que lui attribue, à ce moment, le droit de

lieu sur production d'une copie officielle des titres exécutoires [de l'Etat requérant] accompagnée éventuellement des décisions passées en force de chose jugée ». Les commentateurs de l'administration furent ici fidèles à la lettre du texte, puisqu'ils prescrivaient au comptable français d'engager des poursuites sur le seul fondement de la « contrainte extérieure »¹⁴⁸⁷ décernée par le comptable belge. L'Etat belge était donc titulaire, en application de cette convention fiscale, d'un privilège du préalable à l'égard des organes de contrainte français lui permettant de se délivrer lui-même des titres exécutoires directement recouvrables sur le territoire français¹⁴⁸⁸. Mais pour le juge de l'impôt, qui s'est aligné sur les conclusions du Commissaire du gouvernement en l'espèce, « l'acte par lequel l'autorité publique belge décide de procéder au recouvrement constitue un acte d'une autorité administrative étrangère, dont vous ne sauriez admettre, pensons-nous, qu'il puisse être directement exécutoire en France »¹⁴⁸⁹. Excipant que le texte de la convention, à la différence de la doctrine administrative, n'accordait pas explicitement une force exécutoire en France aux titres de recette belges, le Conseil d'Etat jugea que ce dernier ne pouvait être exécutoire en France sans l'intervention d'une autorité française¹⁴⁹⁰.

ii. *La nature : une frontière-obstacle*

370. Une territorialité fiscale absolue aux effets comparables à ceux de la frontière internationale, sous couvert de protéger la souveraineté territoriale de l'Etat souverain, semble donc triompher. Dans l'ordre juridique français, la force exécutoire attachée au titre exécutoire en droit fiscal n'est pas en mesure de pénétrer, par elle-même, le territoire d'un autre Etat. Cette restriction, bien réelle et efficace, ne doit cependant pas induire le juriste en

cet Etat concernant les impôts auxquels s'applique la Convention, le sens attribué à ce terme ou expression par le droit fiscal de cet Etat prévalant sur le sens que lui attribuent les autres branches du droit de cet Etat ».

¹⁴⁸⁷ Circulaire n°1286, Direction de la Comptabilité publique, 31 juillet 1953.

¹⁴⁸⁸ F. Lavondès, concl. sous CE, 23 déc. 1966, *op. cit.*, p. 30 : « l'Etat Belge de la sorte se délivre à soi-même son propre titre et bénéficie à l'évidence du privilège du préalable ».

¹⁴⁸⁹ F. Lavondès, *Ibidem*, p. 31.

erreur. Il ne s'agit pas d'une manifestation supplémentaire de la frontière internationale. La norme habilitante, dans le contexte de l'assistance conventionnelle, à l'instar du principe de l'insularité fiscale, procèdent de mesures internes que les Etats introduisent dans le dessein de réglementer la réception des commandements catégoriques d'origine étrangère. Pour le dire autrement, cette interface qui filtre sous des formes variées la circulation des créances fiscales entre les ordres juridiques étatiques correspond à une frontière-obstacle. L'exclusivité territoriale, en revanche, n'interdit pas aux Etats d'ouvrir leur ordre juridique respectif à la force exécutoire émise par des autorités publiques étrangères. À ce titre, force est de constater que le développement récent de l'assistance administrative internationale ne contrarie en rien l'impénétrabilité de la frontière internationale.

B. L'effet des passages ouverts à la circulation internationale des titres exécutoires

371. L'assistance administrative internationale est généralement définie comme l'ensemble des opérations traduisant une coopération entre les administrations fiscales de deux ou plusieurs États pour permettre une application correcte des dispositions régissant l'assiette, le contrôle et le recouvrement des impôts de chacun des États intéressés¹⁴⁹¹. Elle peut donc prendre les formes les plus variées¹⁴⁹². Celle qui nous intéresse en l'espèce, à la lumière du titre exécutoire en droit fiscal, est l'assistance qui favorise la circulation entre systèmes fiscaux des titres de recette : la notification de documents étrangers et le recouvrement de créances fiscales étrangères.

¹⁴⁹⁰ CE, sect., 23 déc. 1966, n° 60741, *DF*, n° 22, 1967, p. 28.

¹⁴⁹¹ D. Chaikin, « The impact of Swiss Principles of Mutual Assistance on Financial and Fiscal Crimes », *Revenue Law Journal*, vol. 16, Issue 1, 2006, p. 192 ; G. Gest, « Assistance administrative », *op. cit.*, p. 44 ; J. M. Langer, « 21st Century Tax Information Exchange Agreements », *Offshore Investment*, n° 190, oct. 2008, p. 8 ; G. Sass, « Les deux directives fiscales concernant la coopération transfrontalière dans la communauté européenne entre entreprise », *RFE dr. int. aff.*, n°2, 1991, p.19.

¹⁴⁹² Pour l'assistance en matière d'enquêtes et d'investigations, v. *Titre II Partie II Chapitre I Section 1 §1 : B. 2* .

372. Cette collaboration, en raison de son caractère international, est souvent décrite comme un passage ouvert à l'intérieur même des frontières internationales. Pour l'administration fiscale française, par exemple, cette assistance est vécue comme une véritable concession sur le plan de la souveraineté territoriale : « les Etats qui se prêtent assistance acceptent de mettre en œuvre les divers moyens juridiques et pratiques que leur confère leur législation nationale pour aider une administration étrangère à remplir ses attributions fiscales sans se heurter aux limites de souveraineté qui constituent les frontières nationales »¹⁴⁹³. La doctrine est souvent du même avis, décrivant cette assistance comme le moyen privilégié pour « dépasser les limites territoriales »¹⁴⁹⁴ du pouvoir de contrainte des administrations fiscales. Il s'agit pourtant là d'une simple illusion d'optique. Cette assistance respecte scrupuleusement les frontières internationales de chaque Etat. En revanche, elle contraint les Etats, pour parvenir à une collaboration efficace dans le domaine de la lutte contre l'évasion fiscale, à renoncer à l'application de leurs frontières-obstacles : des dispositifs internes qui réglementent, généralement de manière restrictive, la pénétration sur leur territoire de droits acquis dans des ordres juridiques étrangers. Ce constat, déjà esquissé plus haut au sujet des mesures d'investigation et de contrôle, sera confirmé en l'espèce aussi bien pour la notification de titres exécutoires étrangers (1), que pour le recouvrement de créances fiscales constatées par un titre exécutoire étranger (2).

¹⁴⁹³ Instr. du 17 déc. 1981, BOI, 13 K-81 (v.n. « Assistance Administrative », Francis Lefebvre, INT-Div. GEN, 2011, no. 10550).

¹⁴⁹⁴ V. n. F. Boisset-Repkat, « Contrôle et rectification des opérations internationales », *op. cit.*, pt 2 ; T. Lambert, « Un aspect méconnu du contrôle fiscal : l'assistance fiscale internationale », *op. cit.*, p. 215.

1) *L'assistance par la notification de documents étrangers*

373. Avant d'étudier les conditions concrètes (fondements juridiques et mises en application) dans lesquelles se déroule l'assistance administrative internationale pour la notification de documents étrangers (b), il est nécessaire de comprendre les raisons juridiques et matérielles qui ont conduit les administrations fiscales à faire appel à cette assistance (a).

a. Les causes du recours à l'assistance administrative internationale

374. En France, la notification du titre exécutoire au redevable de l'impôt conditionne la régularité des mesures de poursuites diligentées, le cas échéant, sur le fondement du premier¹⁴⁹⁵ : « le droit fiscal ne déroge pas au droit commun qui distingue la décision, laquelle existe dès sa signature, de son opposabilité subordonnée à une publicité adéquate »¹⁴⁹⁶. Cette publicité se déroule conformément à la procédure peu formalisée de la notification, et non de la signification¹⁴⁹⁷. C'est pourquoi elle peut librement s'exercer à l'encontre d'un contribuable situé sur un territoire étranger. Cette notification extra-territoriale n'en reste pas moins vulnérable, sur le plan juridique, en cas de contestation ultérieure des mesures de poursuite devant le juge. Car la preuve de la correcte réception du titre exécutoire par le contribuable à l'étranger sera difficile à rapporter. Pour les besoins de la sécurité juridique, par conséquent, l'administration fiscale française favorise la désignation d'un représentant fiscal en France ou, en son absence, le recours à l'assistance administrative internationale pour la notification de ses propres titres exécutoires sur un territoire étranger. D'autant plus que depuis un décret du

¹⁴⁹⁵ De surcroît, l'absence de notification de ce titre avant la mise en œuvre d'un recouvrement forcé est constitutive d'une faute lourde permettant d'engager la responsabilité de l'Etat (CAA Nancy, 10 déc. 1992, n° 91-425, *Broutard*, *DF*, n° 13, 1994, comm. 636).

¹⁴⁹⁶ V. Haïm, « De l'opposition à contrainte au contentieux de l'obligation de payer », *op. cit.*, p. 1882.

¹⁴⁹⁷ V. *supra* Titre II Partie II Chapitre I Section 1.

28 décembre 2005¹⁴⁹⁸, la procédure de « transmission au parquet »¹⁴⁹⁹ des actes de procédure destinés à des sujets localisés à l'étranger est réservée aux cas où l'entraide conventionnelle fait défaut¹⁵⁰⁰. Bref, pour éviter de s'exposer à une mise en cause de la régularité de ses mesures de poursuites, il est préférable en présence d'une clause conventionnelle de procéder à une notification internationale dans l'Etat de résidence du débiteur plutôt que d'exercer unilatéralement une notification extra-territoriale du titre.

b. Les modalités du recours à l'assistance administrative internationale

375. Dans le cas de la France, les bases sur lesquelles une assistance administrative pour la notification du titre exécutoire peut être engagée sont multiples. Outre les nombreuses clauses contenues dans les conventions fiscales bilatérales¹⁵⁰¹, l'administration fiscale française a le privilège de pouvoir se prévaloir d'une convention multilatérale rédigée et signée sous le patronage du Conseil de l'Europe et de l'OCDE le 25 juin 1988, ainsi que du droit communautaire dérivé à l'intérieur de l'Union Européenne (UE). La première, qui a été ratifiée par la France en 2005¹⁵⁰², concerne un très large éventail d'impôts nationaux pour lesquels l'assistance par la notification de documents est disponible¹⁵⁰³. Celle-ci ne s'applique, toutefois, que dans la mesure où la situation n'est pas déjà régie par le droit communautaire dérivé. Ce dernier, en matière de notification de documents étrangers, s'articule principalement autour de deux directives : l'une porte sur l'assistance

¹⁴⁹⁸ Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, *JO* du 29 dec. 2005, p. 20350.

¹⁴⁹⁹ Lorsque le redevable de l'impôt a une adresse à l'étranger mais ni domicile, ni résidence, ni établissement connu en France, l'acte (ex. titre exécutoire) est remis au parquet qui est chargé d'en assurer la transmission soit (i) par voie diplomatique (plus de sept intermédiaire entre l'autorité à l'origine de l'acte et le destinataire de l'acte), (ii) par voie consulaire, ou (iii) par voie d'autorités centrales lorsqu'une convention le permet (S. Thouret, « Signification et notification des actes de procédure », *op. cit.*, p. 8).

¹⁵⁰⁰ F. Boisset-Repkat, « Assistance administrative internationale au recouvrement », *op. cit.*, pt 52.

¹⁵⁰¹ Elles sont généralement rédigées sur le modèle des articles 26 et 27 du modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'OCDE :

¹⁵⁰² Loi n° 2005-225 du 14 mars 2005, *JO* n° 62 du 15 mars 2005.

mutuelle en matière d'échange d'informations¹⁵⁰⁴ (l'équivalent de la phase de l'opération d'imposition dite d'assiette), l'autre sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement¹⁵⁰⁵. Les deux comportent une assistance en matière de notification qui assure aux demandes de notification provenant d'un autre Etat membre un traitement national¹⁵⁰⁶ : l'Etat requis doit notifier toute décision ou demande (ex. avis d'imposition, proposition de rectification, décision administrative) au contribuable qui se trouve sur son territoire comme s'il s'agissait d'une décision ou demande domestique. L'usage veut, en droit communautaire comme en droit conventionnel, que l'Etat requérant soit avisé par l'Etat requis de la suite de sa demande, en particulier de la date de délivrance du document au destinataire. Dans le même souci de sécurité juridique, une attestation de la notification au destinataire est toujours renvoyée, au final, à l'Etat requérant.

376. Lorsque la France est appelée à remplir ses engagements en portant assistance à une demande de notification étrangère, deux fondements juridiques internes se présentent à elle. Le plus récent, codifié à l'article L 289 du LPF¹⁵⁰⁷, est autonome de toute procédure de recouvrement, mais limité aux demandes émanant d'un autre Etat membre. Le second, codifié à l'article L 283 A du LPF¹⁵⁰⁸, s'inscrit dans le cadre général de l'assistance au recouvrement. Dans ce dernier cas, le législateur est intervenu en personne

¹⁵⁰³ Tous les impôts sont concernés (impôts directs, droits de mutation, contributions sociales...), à l'exception des droits de douane (J. Malherbe, « De l'entraide à la coordination fiscale internationale », in : *Liber Amicorum Luc Hinnekens*, Bruylant, 2002, p. 290).

¹⁵⁰⁴ La Directive 77/799/CEE du 19 décembre 1977 concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs, de certains droits d'accises et des taxes sur les primes d'assurance (JO L 336 du 27.12.1977, p. 15) ; modifiée en dernier lieu par la directive 2003/93/CE (JO L 264 du 15.10.2003, p. 23) et la Directive 2004/56/CE (JO L 127, 29.4.2004, p. 70). À compter du 1^{er} janvier 2013, cette directive sera abrogée et remplacée par la Directive 2011/16/UE du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal (JO L 64 du 11.3.2011).

¹⁵⁰⁵ La Directive 76/308/CEE du Conseil du 15 mars 1976 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certains cotisations, droits, taxes et autres mesures (JO L 73 du 19.3.1976, p. 18) ; qui a été modifiée par la Directive 79/1071/CEE (JO L 331 du 27.12.1979, p. 10), la Directive 92/12/CEE (JO L 76 du 23.3.1992, p. 1), la Directive 2001/44/CE (JO L 175 du 28.6.2001, p. 17) et enfin codifiée par la Directive 2008/55/CE (JO L 150 du 10.6.2008, p. 28). À compter du 1^{er} janvier 2012, cette directive sera abrogée et remplacée par la Directive 2010/24/UE du 16 mars 2010, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certains cotisations, droits, taxes et autres mesures (JO L 84 du 31.3.2010).

¹⁵⁰⁶ Article 8(a) de la Directive 2004/56/CE et article 5 de la Directive 2008/55/CE.

¹⁵⁰⁷ Article 22, II de la Loi 2004-1495 du 30 décembre 2004.

¹⁵⁰⁸ Article 42 de la Loi 2002-1576 du 30 décembre 2002.

pour préciser que les titres exécutoires étrangers sont « directement » exécutoires sur le territoire français¹⁵⁰⁹. De surcroît, l'article R 283 A-14 du LPF vient préciser que « en aucun cas, les administrations financières ne mettent en cause la validité de l'acte ou de la décision dont la notification est demandée »¹⁵¹⁰. C'est donc incontestablement le titre exécutoire acquis à l'étranger, doté de sa force exécutoire propre, qui franchit la frontière pour s'adresser, à côté du contribuable, aux organes de contrainte français¹⁵¹¹. L'assistance administrative internationale, dans le cas français, permet donc de supprimer toute norme habilitante dans l'Etat d'accueil et, par la même occasion, la frontière-obstacle qui entravait la circulation des titres exécutoires. L'article L 289 du LPF, en revanche, reste étrangement muet sur le sujet et laisse une place à une éventuelle « contrainte-relais »¹⁵¹². Dans tous les cas, c'est la loi du for qui s'applique à la procédure de notification. Lorsque l'assistance est menée par l'administration française, donc, ce sera toujours une notification par lettre recommandée avec accusé de réception.

377. Cette assistance administrative internationale ne s'arrête cependant pas toujours à la seule notification du titre exécutoire étranger ; elle est, au contraire, encline à se poursuivre jusqu'au recouvrement proprement dit de la créance fiscale étrangère.

¹⁵⁰⁹ L'article 283 B du LPF dispose, en effet, que « les titres de recouvrement transmis par l'Etat membre requérant sont directement reconnus comme des titres exécutoires. Ils sont notifiés au débiteur ».

¹⁵¹⁰ Cette disposition est conforme à la jurisprudence de la CJUE qui a dit pour droit, au regard de l'interprétation de la Directive 76/308/CEE sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement, que l'Etat requis ne peut pas « mettre en cause la validité et le caractère exécutoire de l'acte ou de la décision dont la notification est demandée par l'autorité requérante » (CJUE, 14 janvier 2010, C-233/08, *Milan Kyrian c/ Celni urad Tabor*, JO C 63 du 13 mars 2010, p.6, pt 41).

¹⁵¹¹ Cette ouverture de l'ordre juridique français à destination d'un titre exécutoire étranger est conforme à l'évolution du droit communautaire. Celui-ci va supprimer à compter du 1^{er} janvier 2012 la possibilité pour les Etats membres d'introduire un titre intercalaire domestique et imposer la reconnaissance d'un instrument uniformisé (titre exécutoire) permettant le recouvrement de créance fiscale au sein du marché intérieur (v. l'article 12(1) de la nouvelle Directive 2010/24/UE en matière d'assistance au recouvrement).

¹⁵¹² Bien que cette disposition législative renvoie aux « règles en vigueur en France pour la notification d'actes ou de décisions », il ne faut pas nécessairement y voir une reconnaissance implicite des contraintes-relais. Cette disposition étant limitée aux seules notifications, le législateur a pu se croire dispensée de traiter du problème de la force exécutoire attachée, le cas échéant, au titre étranger.

2) *L'assistance par le recouvrement des créances fiscales étrangères*

378. Pour transporter la force exécutoire attachée au titre de recouvrement sur un autre territoire et, en particulier, mettre en exécution les organes de contrainte situés sur ce dernier, l'assistance à la notification ne suffit pas. Elle doit laisser place à une assistance au recouvrement proprement dit de l'impôt. Celle-ci, contrairement à des apparences trompeuses (a), est pleinement respectueuse des frontières internationales des Etats (b).

a. Les apparences trompeuses : une assistance en contrariété avec la souveraineté territoriale des Etats

379. La lecture des dispositifs conventionnels et communautaires en la matière donne le sentiment qu'une ligne sacrée doit être franchie avant que les Etats conviennent de s'aider mutuellement dans ce domaine. Lorsqu'il s'agit d'aider un autre Etat au recouvrement concret de ses propres impôts, tout se passe comme si l'Etat requis renonçait à un de ses privilèges de souveraineté et creusait un passage à l'intérieur de ses précieuses frontières internationales.

380. L'assistance conventionnelle en matière de recouvrement a longtemps été absente du modèle de convention fiscale de l'OCDE, qui se limitait à promouvoir une assistance sous la forme des « échanges de renseignements »¹⁵¹³, à l'exclusion des opérations dites de recouvrement de

¹⁵¹³ Art. 26 du modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'OCDE publié en 1963 (version anglaise) : « The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is necessary for the carrying out of this Convention and of the domestic laws of the Contracting States concerning taxes covered by this Convention insofar as the taxation thereunder is in accordance with this Convention. Any information so exchanged shall be treated as secret and shall not be disclosed to any persons or authorities other than those concerned with the assessment or collection of the taxes which are the subject of the Convention ».

l'impôt¹⁵¹⁴. Abstention que le comité des affaires fiscales de cette organisation justifiait, à l'époque, par le souci de ne pas trop empiéter sur la souveraineté fiscale des Etats¹⁵¹⁵. Cette crainte a été finalement surmontée en 1981, avec la publication d'un modèle de convention bilatérale, distinct du modèle général, assurant une assistance internationale dans le domaine du recouvrement de l'impôt¹⁵¹⁶. Il faudra cependant attendre l'année 2003, et l'introduction d'un nouvel article 27 au modèle de convention fiscale de l'OCDE¹⁵¹⁷, pour assister à une véritable consécration générale de cette forme d'assistance administrative entre les Etats. Reconnue dans le cénacle de l'OCDE, cette assistance ne s'est pas diffusée pour autant rapidement dans la pratique.

381. Le premier modèle autonome de 1983, pour commencer, n'a jamais servi de base aux négociations d'une convention bilatérale¹⁵¹⁸. L'analyse du réseau conventionnel français, d'autre part, révèle que seul un tiers des conventions fiscales signées par la France contiennent une clause d'assistance au recouvrement¹⁵¹⁹. Parmi ces *happy few*, se trouvent principalement des Etats de l'ancien Empire français¹⁵²⁰ et les grands partenaires commerciaux de la France¹⁵²¹. Enfin, à supposer qu'une telle assistance soit incorporée au texte de la convention fiscale, c'est rarement sous la forme d'une clause complète et détaillée sur son contenu et sa portée¹⁵²². Il n'est pas rare que les Etats se contentent d'exprimer, en des termes généraux, leur volonté

¹⁵¹⁴ Il y a eu, cependant, des exceptions. Ainsi la convention fiscale signée le 31 décembre 1921 entre l'Allemagne et la Tchécoslovaquie comprenait déjà une clause d'assistance au recouvrement.

¹⁵¹⁵ F. Le Mentec, « L'intensification de l'assistance fiscale internationale : les administrations fiscales à l'heure de la mondialisation », *op. cit.*, p. 245.

¹⁵¹⁶ F. Le Mentec, *Ibidem*, p. 245.

¹⁵¹⁷ Article 27 du modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'OCDE publié en 2003. Les Etats-Unis ont émis une réserve sur cet article.

¹⁵¹⁸ F. Le Mentec, *Ibidem*, p. 245.

¹⁵¹⁹ V. n. J.L. Pierre, « Le recouvrement de créances fiscales étrangères en France et de créances fiscales françaises à l'étranger », *Procédures*, n° 6, 2000, p. 3 ; F. Le Mentec, *Ibidem*, p. 242-243.

¹⁵²⁰ L'article 40 de la convention fiscale signée le 6 avril 1966 avec la Côte d'Ivoire, par exemple, contient une assistance dans le domaine du recouvrement de l'impôt. Certains y voient une rémanence de l'époque coloniale (M.J. Langer, « 21st Century Tax Information Exchange Agreements », *Offshore Investment*, n° 190, 2008, p. 8).

¹⁵²¹ Il s'agit, entre autres, de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Italie ou des Etats-Unis (pour une liste détaillée et actualisée, v. n. F. Boisset-Repkat, « Assistance administrative internationale au recouvrement », *op. cit.*, pt 3). Il est suprenant de constater que sont encore privées de cette clause les conventions fiscales signées par la France avec les Pays-Bas (16 mars 1973), l'Irlande (21 mars 1968), le Portugal (14 janvier 1971), la Russie (26 novembre 1996)...etc.

¹⁵²² F. Le Mentec, *Ibidem*, p. 243.

d'approfondir une assistance dans le domaine du recouvrement tout en laissant le soin à un accord ultérieur de finaliser le mécanisme¹⁵²³ ; ou que les Etats s'entendent pour donner à cette assistance une portée limitée à certains impôts strictement définis¹⁵²⁴. Enfin le renvoi au droit interne, systématique face à des clauses qui rentrent difficilement dans le détail de la procédure¹⁵²⁵, permet aux Etats de maintenir dans leurs législations respectives des conditions rendant plus difficile l'usage de cette assistance¹⁵²⁶. Résultat : pour ne prendre que l'exemple de l'Union Européenne, moins de 5% des demandes d'assistance au recouvrement aboutissent à un recouvrement effectif de la créance fiscale dans l'autre Etat membre¹⁵²⁷.

382. Cette réticence des Etats à s'assister mutuellement ne doit pas être imputée au souci de protéger leur souveraineté territoriale respective. Tout rapprochement de cette forme d'assistance avec la frontière internationale n'est que le produit d'une illusion d'optique.

b. La réalité : des dispositifs concrets respectueux des frontières internationales de chaque Etat

383. En ce qui concerne la France, cette assistance peut s'appuyer, selon les circonstances, sur divers fondements juridiques : conventions fiscales

¹⁵²³ V. n. l'article 26 de la convention fiscale entre l'Autriche et le Luxembourg signée le 18 octobre 1962, ou l'article 27 de la convention fiscale entre l'Azerbaïdjan et le Kazakhstan signée le 16 septembre 1996 (F. Le Mentec, *Ibidem*, p. 243).

¹⁵²⁴ V. n. l'article 27-1 de la convention signée entre la France et le Japon le 3 mars 1995, qui dispose que l'assistance au recouvrement est limitée : (i) aux impôts pour lesquels une exonération ou une réduction a été accordée à des personnes n'ayant pas droit à ces avantages, (ii) aux paiements de l'avoir fiscal, et enfin (iii) aux remboursements de précompte effectués à tort par l'Etat français.

¹⁵²⁵ Conformément à l'article 3(2) du modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'OCDE (version 2008) : « Pour l'application de la Convention à un moment donné par un Etat contractant, tout terme ou expression qui n'y est pas défini a, sauf si le contexte exige une interprétation différente, le sens que lui attribue, à ce moment, le droit de cet Etat concernant les impôts auxquels s'applique la Convention, le sens attribué à ce terme ou expression par le droit fiscal de cet Etat prévalant sur le sens que lui attribuent les autres branches du droit de cet Etat ».

¹⁵²⁶ V., pour le cas français, *supra* Titre II Partie II Chapitre I Section 2§2:A. 2) b. .

¹⁵²⁷ M. Vascega et S. Van Thiel, « Council Adopts New Directive on Mutual Assistance in Recovery of Tax and Similar Claims », *European Taxation*, vol. 50, n°6, 2010, p. 26.

bilatérales¹⁵²⁸, convention multilatérale du Conseil de l'Europe de 1988 ou droit communautaire dérivé¹⁵²⁹. Ces dispositifs, nonobstant des détails qui leur sont propres, reposent tous sur un même principe fondamental : le traitement national de la créance étrangère aux fins de son recouvrement.

384. Le traitement national suppose une préalable reconnaissance, par l'Etat requis, de la créance de l'Etat requérant ; ou, pour être plus précis, du titre exécutoire de ce dernier. Cette reconnaissance, même lorsqu'elle est dite « automatique »¹⁵³⁰, est subordonnée au respect d'un principe de subsidiarité formulé systématiquement dans le corps même du texte conventionnel : ledit « épuisement des voies de recours interne » ou « *exhaustion rule* »¹⁵³¹. Exigence générale qui peut se décomposer, en pratique, sous la forme de deux conditions essentielles appliquées à la créance étrangère : (i) avoir acquis dans l'ordre juridique de l'Etat requérant un caractère « définitif »¹⁵³², et (ii) n'être pas susceptible de recouvrement sur le territoire de l'Etat requérant¹⁵³³. Tout manquement à ces exigences est systématiquement sanctionné par la

¹⁵²⁸ L'article 27(1) du modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'OCDE (version 2008) : « Les États contractants se prêtent mutuellement assistance pour le recouvrement de leurs créances fiscales. Cette assistance n'est pas limitée par les articles 1 et 2. Les autorités compétentes des États peuvent régler d'un commun accord les modalités d'application du présent Article ».

¹⁵²⁹ La Directive 76/308/CEE du Conseil du 15 mars 1976 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certaines cotisations, droits, taxes et autres mesures, *op. cit.* .

¹⁵³⁰ Article 6 de la Directive 76/308/CEE.

¹⁵³¹ V. n. article 7(2)b de la Directive 76/308/CEE.

¹⁵³² Cela signifie que le titre de recouvrement doit avoir, au préalable, été rendu exécutoire dans l'Etat requérant avant de pouvoir prétendre à cette qualité sur le territoire de l'Etat requis. Une marge d'interprétation existe cependant concernant l'expiration, ou non, du délai de réclamation à l'encontre de l'exigibilité de la créance dans l'Etat requérant (C. Medori, « EU exchange of information and recovery of direct taxes: the UK perspective », *op. cit.*, p. 4). Pour des exemples concrets de formulation de cette condition, v. n. l'article 28 de la convention entre la France et l'Italie signée en 1989, l'article 23 de la convention entre la France et le Luxembourg signée en 1958, l'article 11(2) de la Convention multilatérale de 1988 du Conseil de l'Europe, l'article 7(2)b de la Directive 76/308/CEE...etc. Pour un cas de transposition en droit interne de cette condition, v. l'article R. 196-1 du LPF.

¹⁵³³ Cela signifie que toutes les procédures de recouvrement forcées disponibles sur le territoire de l'Etat requérant sont vouées à l'échec (v. n. l'article 28(4) de la convention entre la France et l'Espagne signée le 10 octobre 1995, l'article 15(5)a de la convention entre la France et l'Autriche signée le 26 mars 1993). Ainsi en France, du côté de l'administration fiscale « les comptables doivent s'abstenir d'envoyer des contraintes lorsque le débiteur vient résider périodiquement en France ou y a laissé un mandataire chargé de la gestion de ses affaires, ou y possède des fonds en dépôt chez un tiers ou des immeubles productifs de revenus » et, inversement le contribuable situé en France peut « demander aux autorités françaises de suspendre ces poursuites s'il est en mesure de faire valoir des actes de propriété concernant des biens situés sur le territoire de l'Etat requérant ou une créance sur une collectivité publique ou parapublique de cet Etat » (F. Boisset-Repkat, « Assistance administrative internationale. Assistance au recouvrement », *op. cit.*, pt 17 et 36). De la même manière, l'article 14(2) de la *Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen*, aux Pays-Bas, interdit que l'assistance soit engagée dès lors que l'Etat requérant n'a pas utilisé tous les moyens légaux à sa disposition sur son territoire pour obtenir le recouvrement (J.L.H. Keijzer, « Exchange of Information Within the EU », *Tax Planning International Review*, vol. 24, 1997, p. 7).

nullité des poursuites, du moins dans l'ordre juridique français¹⁵³⁴. Ce standard conventionnel rempli, l'Etat requis conserve encore la possibilité d'exiger l'adoption d'un acte juridique interne afin de réceptionner le titre étranger¹⁵³⁵ ou, encore, d'exiger la traduction de ce titre dans sa langue nationale¹⁵³⁶. Il ressort néanmoins clairement des différents dispositifs conventionnels concernés que ces mesures de transposition doivent rester purement formelles¹⁵³⁷. Elles sont, de surcroît, facultatives. La France, par exemple, a opté pour une reconnaissance directe du titre exécutoire étranger transmis dans le cadre d'une assistance administrative conventionnelle¹⁵³⁸. Ce qui ne l'empêche pas d'exiger de ses propres comptables publics, le moment de l'engagement des poursuites venu, que soit adressé un titre exécutoire d'origine domestique au contribuable situé sur son territoire. Ces mesures de poursuites n'en restent pas moins « fondées » sur le titre exécutoire étranger ; lequel apparaît, à ce titre, en copie du commandement domestique notifié au contribuable¹⁵³⁹. Mais on touche ici à l'autre conséquence, en sus de la reconnaissance, du traitement national de la créance fiscale étrangère : l'Etat requis va procéder au recouvrement de la créance fiscale de l'Etat requérant de la même manière que s'il recouvrait ses propres impôts¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁴ TA Paris, 1^{er} sect., 5 janv. 1987, n° 41465/83-1, *DF*, n° 28, 1987, comm. 1296 : « il ressort des pièces du dossier (...) que le 4 octobre 1980, date à laquelle la demande d'assistance a été formulée par le gouvernement grec, les impositions recouvrables en Grèce n'étaient pas définitivement dues ; qu'à cette date, le litige opposant la société C au gouvernement grec était pendant devant la Cour de Cassation de cet État ainsi qu'il ressort des décisions intervenues en 1982 (...) que dans ces conditions, la demande d'assistance susmentionnée du 4 octobre 1980 était prématurée et devait être rejetée ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la contrainte dont procède le commandement attaqué du 1^{er} août 1983 doit être annulée ». La Cour de Cassation vient cependant de rendre une décision surprenante à ce sujet, ne sanctionnant pas par la nullité une demande d'assistance dépourvue de déclaration attestant du caractère définitif et non-recouvrable de la créance dans l'Etat d'origine (Cass. Com. 18 mai 2010, n° 09-12068 (No. 547 F-PB), *Keeser, RJF*, n° 8-9, 2010, no. 859).

¹⁵³⁵ V. n. l'article 8(2)-(4) de la Directive 76/308/CEE. L'article 12(1) de la nouvelle Directive 2010/24/UE va, cependant, retirer cette faculté aux Etats membres dans le cadre du marché intérieur en introduisant un modèle uniforme d'*instrumentum* (un « instrument uniformisé ») et, corrélativement, en interdisant tout « acte visant à le faire reconnaître, à le compléter ou à le remplacer ».

¹⁵³⁶ V. n. article 17 de la Directive 76/308/CEE.

¹⁵³⁷ L'Etat requis a une compétence liée en application de ces dispositifs conventionnels, c'est-à-dire qu'il a renoncé à une appréciation discrétionnaire sur l'opportunité de reconnaître le titre exécutoire étranger (V. n. M.A. Grau Ruiz, « Convention on mutual administrative assistance in tax matters and Community rules: how to improve their interaction? », *op. cit.*, p. 198).

¹⁵³⁸ V. l'article L 283 B du LPF (v. *supra* p. 426).

¹⁵³⁹ V. n. F. Boisset-Repkat, « Assistance administrative internationale. Assistance au recouvrement », *op. cit.*, pt 59.

¹⁵⁴⁰ V. n. article 27(3) du modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'OCDE (version 2010) ; article 11(1) de la convention multilatérale du Conseil de l'Europe ; article 6 de la Directive 76/308/CEE.

385. L'exécution commencée, bien que le fondement des mesures de poursuite engagées soit un titre étranger, la loi applicable aux opérations de recouvrement menées par l'Etat requis restera toujours la loi du lieu de l'exécution¹⁵⁴¹. Exclusivité de compétence de la loi du for qui s'étend, bien entendu, à la compétence juridictionnelle si, le cas échéant, des contestations sont soulevées à l'encontre des mesures d'exécution¹⁵⁴². La logique propre au traitement national voudrait que tous les moyens de contrainte à la disposition de l'Etat requis soient susceptibles d'être employés. Certaines clauses limitent cependant la portée de cette règle et offre, notamment, la possibilité aux Etats de refuser aux créances étrangères le bénéfice des privilèges spéciaux attachés à leurs titres de recouvrement¹⁵⁴³. En France, par exemple, le privilège du trésor, et par voie de conséquence l'avis à tiers détenteur, est généralement refusé aux créances fiscales étrangères. Mais il s'agit là encore d'une faculté, à laquelle la France a d'ailleurs souvent renoncé dans un cadre bilatéral¹⁵⁴⁴. Enfin, il est important de mentionner les limites opposées à cette coopération au nom de la protection des intérêts considérés comme fondamentaux par les Etats contractants : le respect de l'ordre public de l'Etat requis constitue ainsi une constante dans tous les dispositifs conventionnels¹⁵⁴⁵ et, moins souvent, la protection des nationaux de l'Etat requis¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴¹ V. n. l'article 27(6) du modèle de convention OCDE. Dans la pratique conventionnelle française, deux formules interchangeable sont généralement employées : « suivant les règles de sa propre législation » ou « conformément aux lois applicables pour le recouvrement de ses propres impôts » (D. Fabre, concl. sous CE, 21 déc. 1977, *op. cit.*, p. 476). Cette position est conforme à la jurisprudence constante sur ce sujet du juge français de l'exécution en matière civile et commerciale (Civ. 1re, 17 janv. 1995, *Meridien Breckwoldt et Cie c/ Cobenam et autres*, D. 1995), comme celle du juge de l'impôt (L. Haelvoet, concl. sous CAA Lyon, 2^e ch., 16 avr. 1992, n° 90-599, *Melhber-Regereau*, *DF* n°5, 1993, comm. 89 : « Que la dette soit définitive ou susceptible de recours, l'État requis applique sa propre législation au regard des mesures de recouvrement »).

¹⁵⁴² Le commandement de payer émis par un comptable du trésor français sans être précédé de l'envoi d'une lettre de rappel comme l'exige l'article L 255 du LPF, bien qu'émis pour le compte d'un receveur des impôts Belge en application de l'article 21 de la convention fiscale de 1964, est entaché d'irrégularité (TA Toulouse, 3 octobre 2002, n° 99-161, *Attali*, *RJF* 2003/2, n° 23).

¹⁵⁴³ V. n. l'article 15 de la convention multilatérale de 1988, l'article 10 de la Directive 76/308/CEE, article 27(5) du modèle OCDE, article 26 de la convention entre la France et l'Autriche signée le 26 mars 1993, article 20 de la convention entre la France et la Belgique signée le 10 mars 1964.

¹⁵⁴⁴ La France a étendu par la voie conventionnelle son privilège du trésor à des créances fiscales étrangères dans de nombreuses conventions fiscales : convention entre la France et l'Allemagne (Inst. n° 64-118-A3 du 23 octobre 1964) ; convention entre la France et le Togo signée le 24 novembre 1971 ; convention entre la France et le Niger signée le 1^{er} juin 1965 ; convention entre la France et l'Algérie signée le 17 oct. 1999...etc.

¹⁵⁴⁵ L'article 14(a) de la directive 76/308/CEE dispose que le recouvrement peut-être refusé par l'Etat requis lorsqu'il est susceptible de produire des difficultés économiques ou sociales à l'intérieur du territoire de cet Etat, ou encore lorsqu'il est susceptible d'entraver le bon recouvrement de ses propres impôts. L'article 27.... En pratique les Etats refusent ainsi de pratiquer cette assistance à des coûts trop élevés : « exchanges of information are sometimes limited by the cost and amount of work involved in obtaining and providing the information when

386. Pour conclure, le long processus au travers duquel se déploie cette assistance au recouvrement laisse transparaître le fait suivant : c'est le titre exécutoire étranger qui circule et pénètre le territoire national pour y « fonder » des mesures de poursuite et, le cas échéant, un recouvrement forcé de l'impôt. Mais ce recouvrement forcé, en revanche, sera toujours l'œuvre des organes de contrainte de l'Etat requis. Ce dernier s'engage, conformément à sa souveraineté normative, à mettre en mouvement son appareil coercitif au service d'une créance fiscale étrangère sans jamais, pour autant, renoncer à son exclusivité territoriale. À aucun moment, cette assistance n'autorise les organes de contrainte de l'Etat requérant à se déplacer pour pénétrer le territoire de l'Etat requis ; pas plus d'ailleurs qu'elle n'autorise les organes de contrainte de l'Etat requis à pénétrer le territoire de l'Etat requérant ou d'un Etat tiers¹⁵⁴⁷. Aucun pont, aussi mince soit-il, n'est ainsi jeté entre le pouvoir coercitif de deux Etats souverains. Si l'Etat requis rencontre des difficultés pratiques pour remplir ses obligations conventionnelles, cette carence l'oblige à se justifier sous la forme d'une note motivée, mais en aucun cas à ouvrir ses propres frontières internationales aux agents d'exécution de l'autre Etat contractant¹⁵⁴⁸. La réticence et la prudence exprimées par certains Etats à l'égard de cette forme d'assistance procèdent d'ailleurs d'une problématique étrangère à celle des limites *ratione loci* des compétences exécutives de l'Etat. C'est la question de l'opportunité pour un Etat de mettre ses organes de contrainte (dans l'exercice de sa souveraineté normative) au service des intérêts d'une souveraineté étrangère qui est en cause. En d'autres termes, cette assistance administrative internationale au recouvrement de l'impôt se déroule dans le respect le plus absolu, dans son

they are disproportionate to the tax at stake » (C. Medori, « EU exchange of information and recovery of direct taxes: the UK perspective », *op. cit.*, p. 3).

¹⁵⁴⁶ L'article 28(5) de la convention entre la France et les Etats-Unis signée le 1994 dispose que l'assistance au recouvrement « n'est pas accordée lorsqu'elle concerne des nationaux, sociétés ou autres entités de l'Etat requis ».

¹⁵⁴⁷ C. Docclo, « Belgium. Exchange of Information », *op. cit.*, p. 311: « Belgian tax authorities may only require information from persons who have a link with the Belgian territory. They cannot force a non-resident company without a Belgium permanent establishment to provide them with information ».

¹⁵⁴⁸ V. n. l'article 5 de la directive 77/799/CEE.

existence tant matérielle que juridique, de la ligne de séparation posée par le droit international public.

Conclusions du chapitre I

387. Cette analyse des compétences de l'Etat réputées relever de l'*imperium lato sensu* (mesures dissuasives, mesures conservatoires, titre exécutoire) semble avoir permis de clarifier l'objet de la frontière internationale. La notification extra-territoriale de documents judiciaires ou extra-judiciaires ne souffre pas des limites de celle-ci¹⁵⁴⁹. Ces notifications n'ont, pour reprendre une formule célèbre, jamais suscité *le moindre froncement de sourcil des diplomates*. La frontière internationale n'interdit pas, non plus, à un Etat d'émettre un ordre d'exécution à destination des agents de contrainte d'un autre Etat. Le titre exécutoire en droit fiscal devrait en théorie pouvoir franchir librement les frontières sans jamais affecter l'exclusivité territoriale des autres Etats. De façon générale, l'agent de l'Etat qui commande, dans l'exercice de l'*imperium lato sensu* de l'Etat, la réalisation d'actes positifs sur un territoire étranger ne rentre pas en contrariété avec la frontière internationale¹⁵⁵⁰. Ce constat permet de conforter l'hypothèse de départ, à savoir que l'impénétrabilité des frontières internationales ne vaut que pour les mesures de coercition entendues *stricto sensu* (l'exécution « véritablement forcée »). Les propos adressés par Kelsen aux commandements des organes de l'Eglise catholique à portée extra-territoriale peuvent, ainsi, être transposés aux commandements de l'Etat :

¹⁵⁴⁹ Si les actes judiciaires, soumis à la formalité de la signification, ne peuvent avoir de portée extraterritoriale en France, c'est uniquement en raison des conditions posées par les dispositions internes du Nouveau Code de Procédure Civile.

¹⁵⁵⁰ Cette position a d'ailleurs été déjà reconnue, implicitement, par bien des auteurs : P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p.580 : « l'ordre adressé par un tribunal ou une autorité administrative en application de son droit de la concurrence ne revêt aucune particularité essentielle. Ni son caractère catégorique, ni le fait qu'il demande l'adoption d'une conduite positive, ne justifient une restriction de compétence » ; L. Idot, « L'efficacité des décisions dans l'espace », *Rev. conc. cons.*, n°118, 2000, p. 31 : « Pour les amendes, une distinction est traditionnellement opérée entre l'infliction de l'amende et son recouvrement. En effet, le pouvoir d'infliger l'amende relève

« Les organes de l’Eglise catholique, (...), peuvent accomplir dans tous les Etats des actes qui ont un caractère éminemment officiel au regard de l’ordre normatif qui constitue l’Eglise. Il s’agit d’actes qui concernent la croyance catholique. (...). La souveraineté territoriale de l’État en cause, garantie par le droit international, n’est cependant pas violée parce que et dans la mesure où ces actes n’ont aucun caractère de contrainte (dans un sens étroit du mot), ne tendent en aucune manière à la réalisation d’un acte de contrainte d’un homme sur un autre »¹⁵⁵¹. Bref, ne sont condamnées à la stricte territorialité que les actions coercitives des organes d’exécution¹⁵⁵². L’ensemble des « commandements catégoriques », en revanche, qu’ils soient prescrits sous une forme générale (loi, règlement) ou particulière (jugement, acte administratif), échappent à l’emprise de la frontière posée par le droit international. Peu importe que ces actes juridiques soient imprégnés d’une forte dimension exécutive, ou qu’ils soient classés par la doctrine comme une prérogative relevant de l’*imperium* de l’Etat. La « contrainte », lorsqu’il s’agit de dessiner l’objet de la frontière internationale, ne saurait être ni morale, ni psychologique et encore moins intellectuelle, sous peine de brouiller toute représentation concrète et crédible des contours de cette notion. Ce n’est pas l’appel à la violence, mais bien l’usage de la violence qui constitue l’objet particulier de l’exclusivité territoriale. La coercition ne peut pas être confondue avec d’autres moyens de contrainte, intellectuels ou psychologiques, pour juger de l’objet des frontières internationales¹⁵⁵³. Au contraire, une distinction nette entre le commandement et la coercition, entre les activités matérielles de l’Etat et ses activités de « production normative »¹⁵⁵⁴, est la pièce maîtresse du système juridique moderne sans laquelle le juriste est irrémédiablement enclin à formuler « en termes

également de la *jurisdictio*. En revanche, les mesures de recouvrement forcé ne peuvent intervenir que sur le territoire de l’autorité ».

¹⁵⁵¹ H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, p.203.

¹⁵⁵² V. n. G. Cuniberti, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l’étranger*, *op. cit.*, p.25-26, §31.

¹⁵⁵³ N. Ferreira, « La notion d’exécution d’office », *AJDA*, n° spéc. août 1999, p. 44 : « On ne peut assimiler la coercition avec les autres moyens de contrainte, notamment psychologique : l’atteinte à la liberté n’est pas de même intensité, cette différence de degré s’assimilant bien à une différence de nature. Et il conviendrait de traduire cette différence de nature en différences de régime ».

¹⁵⁵⁴ P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l’angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 2.

d'interdiction pour l'Etat qui commande ce qui n'est en fait qu'une absence d'obligation pour l'Etat local »¹⁵⁵⁵. La notion générique de « contrainte » doit donc, en l'espèce, être écartée au profit de la seule « coercition », ou « contrainte de type coercitif ». Pour le dire autrement, c'est l'analyse de l'*imperium stricto sensu* qui doit être engagée pour caractériser *in concreto* les activités de l'Etat qui sont, seules, confrontées à l'étanchéité des frontières internationales.

¹⁵⁵⁵ P. Mayer, *Ibidem*, p.579.

Chapitre II

L'imperium stricto sensu : la coercition

388. Par *imperium stricto sensu*, il faut entendre mesures de « coercition ». À la différence de la notion évasive de contrainte, l'inclusion dans le champ de l'impénétrabilité de la frontière de la coercition, en tant que manifestation matérielle de la violence, ne fait aucun doute. L'Etat moderne ne peut en effet renoncer *de jure* au monopole de la violence sur son territoire sans perdre, par la même occasion, sa qualité de souverain¹⁵⁵⁶. C'est là l'objet particulier, et essentiel, de la frontière internationale moderne : séparer des compétences de coercition qui ne doivent jamais se rencontrer. Un Etat moderne ne saurait, sous la réserve du droit conventionnel¹⁵⁵⁷, poursuivre en territoire étranger les prévenus d'un crime, les y faire saisir ou arrêter, sous peine d'engager sa responsabilité pour violation de l'exclusivité territoriale de l'Etat sur le territoire duquel la mesure de coercition a été déployée¹⁵⁵⁸. C'est l'ensemble des mesures matérielles de coercition qui sont concernées par ce principe d'impénétrabilité. Le juriste français pensera, bien évidemment, aux « manifestations type de la prérogative de puissance publique »¹⁵⁵⁹ que sont l'emprisonnement, le privilège d'exécution d'office, le privilège d'exécution forcée¹⁵⁶⁰ et le recours à la force publique¹⁵⁶¹. Il s'agit aussi, plus

¹⁵⁵⁶ T. Hobbes, *Léviathan...*, *op. cit.*, p.634 : « ...il est impossible de conserver l'Etat là où quelqu'un d'autre que le souverain dispose du pouvoir d'accorder des récompenses plus fortes que la vie, et d'infliger des peines plus grandes que la mort ». V. a. *Titre I Partie I Chapitre I Section 1*.

¹⁵⁵⁷ L'Etat souverain est libre de donner la permission à des agents d'exécution d'un Etat étranger de pénétrer son territoire pour y accomplir, le cas échéant, des actes de coercition (M. Giuliano, T. Scovazzi, T. Treves, *Diritto internazionale*, vol. 2, 2^{me} éd., Giuffrè, Milan, 1983, p. 525).

¹⁵⁵⁸ Dans l'affaire *Eichmann*, par exemple, l'enlèvement sur le territoire Argentin d'un ancien membre de la Gestapo par les services Israéliens a donné lieu à une condamnation par le Conseil de sécurité de l'ONU de ce dernier Etat pour violation de l'exclusivité territoriale du premier Etat (Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 138 UN Doc S/4349 (23 juin 1960), 15 UN SCOR Res et Decl. 4.). Exclusivité territoriale qui continue, aujourd'hui, de soulever des problèmes dans la lutte effrénée que mènent les Etats-Unis contre le terrorisme à l'étranger : « in general, I would say that seizure by US officials of terrorist suspects abroad might constitute a serious breach of the territorial sovereignty of a foreign state, and could violate kidnapping laws » (Discours de A. Sofaer, legal adviser of the State Department, Bill to Authorize Prosecution of Terrorists and Others Who Attack US Government Employees and Citizens Abroad: Hearing before the Subcomm. On Security and Terrorism of the Senate Comm. on the Judiciary, 99th Cong. 1st Sess (1985)).

¹⁵⁵⁹ P. Levayé, « Les pouvoirs de réquisition », *AJDA*, n° spéc. Août 1999, p. 22.

¹⁵⁶⁰ Une « exécution d'office » consiste pour l'administration à se substituer à l'intéressé pour pallier à sa carence (travaux exécutés d'office sur un immeuble aux frais des propriétaires, enlèvement de voiture sur la voie publique,...), alors que « l'exécution forcée » consiste pour l'administration à imposer par la force un comportement au sujet (réquisition forcée). Les hypothèses dans lesquelles l'administration est susceptible d'employer elle-même des moyens matériels de coercition sont cependant de nature exceptionnelle (v. n. J. Romieu, concl. sous 2 déc. 1902, n° 00543, *Société Immobilière de Saint-Just*, Rec. Lebon, p. 715 ; Sirey 1904, 3, p. 17). Il faut, cumulativement, que (i) la loi l'ait spécialement permis ; (ii) que l'urgence le justifie, et enfin (iii) qu'aucune sanction légale, notamment pénale, ne soit disponible. Hypothèse d'autant plus rare en droit fiscal, car « lorsqu'il s'agit de recouvrer des créances, l'urgence à agir se conçoit difficilement et le recours à la force semble précisément exclu par l'existence de ces procédures spécifiques que sont les saisies, auxquelles l'Administration sera donc obligé de recourir, même si elles ne sont pas faites spécialement pour elles » (P. Ancel, « L'exécution par la puissance publique », *op. cit.*, p. 136).

modestement, des mesures d'exécution forcée de droit commun : saisie-vente, saisie des rémunérations... etc. Le fiscaliste, enfin, pensera aux mesures de coercition prises par les agents de l'administration fiscale : perquisition fiscale, contrainte par corps¹⁵⁶²... etc. Les agents de l'administration fiscale ne peuvent, d'ailleurs, se déplacer sur le territoire d'un Etat étranger pour y recouvrer une créance (ou mener une enquête) sans se heurter aux limites de souveraineté que constituent les frontières internationales¹⁵⁶³. La question se pose cependant de savoir si cette interdiction concerne aussi la seule présence physique d'un agent du fisc à l'étranger, en sa qualité de comptable public chargé du recouvrement des impôts, même en l'absence d'usage de la violence légale.

389. La réponse doit être positive. La seule présence de cet agent, dès lors qu'il se déplace en cette qualité, correspond à une manifestation matérielle et tangible de la puissance de l'Etat qui est considérée, par les Etats et leurs sujets, comme une violence matérielle. La pratique montre d'ailleurs qu'un militaire, un huissier de justice ou un inspecteur des impôts ne peuvent, en leur qualité de serviteur de l'Etat, franchir librement la frontière sans risquer de susciter un conflit diplomatique. Dans l'ordre international moderne, les agents d'exécution de l'Etat, passée la frontière, doivent redevenir de simples particuliers dépourvus de toute autorité effective sous peine de violer l'exclusivité territoriale des autres Etats¹⁵⁶⁴. Pour cette raison, la notion juridique de coercition doit être précisée : elle ne recouvre pas uniquement

¹⁵⁶¹ Le « concours de la force publique » est fourni par la police ou la gendarmerie, sous l'autorité du préfet, auquel il appartient de prendre la décision administrative d'apporter ce concours. Ce concours est réputé constitué « l'ultime recours pour faire respecter, si besoin est, de manière effective le caractère exécutoire d'un titre quelle que soit sa nature juridique » (F. Arbellot, « Concours de la Force Publique », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2110, 2004, pt 1). Pour les créances fiscales, l'administration a précisé que si l'agent de poursuites est dans l'obligation de requérir le concours de la force publique, il doit en référer immédiatement au comptable public chargé du recouvrement qui appréciera l'opportunité de saisir le préfet (Inst. du 16 fév. 1999 n° 99-026-1-M).

¹⁵⁶² En France, l'article 198 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a abrogé le régime fiscal de la contrainte par corps qui autrefois pouvait être mise en œuvre par l'administration fiscale en application des articles L 271, L 272, L 272 A du LPF.

¹⁵⁶³ V. n. Rép. Min. n°15207 à P. Schièle, *J.O. déb.* Sénat 21 déc. 1974, p.3239 ; G. Gest et Gilbert Tixier, *Droit fiscal international*, 1990, p. 567 ; O. Marres, « Recent Developments in Cross-Border Enforcement of Tax Liability », *Diritto E Pratica Tributaria Internazionale*, 2009, p. 584.

¹⁵⁶⁴ J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 7^{ème} éd., *op. cit.*, p.359 : « l'autorité des agents de la force publique d'un Etat – de sa police, de ses forces armées, de son service des douanes...- bute sur la frontière des autres Etats ».

les mesures contraignantes exercées contre les sujets d'un ordre juridique, mais concerne aussi la présence tangible des acteurs de la coercition, c'est-à-dire de ceux qui « représentent matériellement le bras armé de l'Etat »¹⁵⁶⁵. Ces acteurs sont le plus souvent désignés par le terme d'« agent d'exécution ». De façon générale, il s'agit de personnes désignées par l'ordre juridique étatique ayant la responsabilité de déclencher (certains préféreraient le terme « requérir ») ou de faire un usage direct de la violence légale¹⁵⁶⁶ : agents de la force publique (police, gendarme, armée...), huissiers de justice¹⁵⁶⁷ ou du trésor¹⁵⁶⁸, agents des impôts ou des douanes... Ces agents ne peuvent, en leur qualité de titulaire d'une compétence d'exécution relevant de l'*imperium* de l'Etat, franchir librement les frontières des Etats. En conséquence, si la « notification » de documents officiels peut ignorer les frontières internationales¹⁵⁶⁹, la « signification » par huissier, elle, est strictement cantonnée au territoire national¹⁵⁷⁰. Parce que cette dernière implique une « délivrance physique » des documents papiers par l'agent d'exécution à la personne concernée, ou à toute personne présente à son domicile¹⁵⁷¹, elle tombe dans les filets de la limitation *ratione loci* des compétences de l'Etat moderne. En l'absence d'assistance conventionnelle, par conséquent, l'acte sera systématiquement remis au parquet pour être acheminé à son destinataire par voie diplomatique. Celle-ci aboutira, dans le meilleur des cas, à une remise directe de l'acte à son destinataire par l'administration consulaire française ou à une remise de l'acte par l'intermédiaire des autorités locales. Dans le premier cas, inutile de préciser

¹⁵⁶⁵ C. Jarrosson, « Réflexions sur l'Imperium », *op. cit.*, § 26.

¹⁵⁶⁶ F. Kamara, « Agents de l'exécution », *J.-Cl. Voie d'exécution*, fasc. 450, 2002, p. 2.

¹⁵⁶⁷ L'huissier de justice est le principal agent d'exécution de l'Etat dans l'ordre juridique français. Il n'agit pas seulement comme mandataire de son client, mais aussi comme auxiliaire de justice. À ce titre, il est investi d'une parcelle de la puissance publique et dispose d'importants pouvoirs : celui de requérir la force publique, ou celui de prendre en personne des mesures coercitives (dite, par euphémisme, *mesure de persuasion*) : pénétration d'un local privé, immobilisation d'un véhicule par l'installation d'un sabot de Denver, enlèvement et transport de biens saisis... etc (F. Kamara, « Agents de l'exécution », *op. cit.*, p. 26).

¹⁵⁶⁸ L'article 294 du décret n° 92-755 mentionne « Outre les huissiers de justice, les personnes chargées des mesures d'exécution forcée et des mesures conservatoires nécessaires au recouvrement des créances de l'État (...) sont les agents des services du Trésor public habilités en application de l'article L 258 du LPF ». Les huissiers de justice peuvent également diligenter des mesures de poursuite pour le compte de l'administration fiscale, mais celle-ci s'efforce cependant de mandater en priorité ses propres huissiers (T. Gasquet, « Action en recouvrement. Poursuites. Généralités », *op. cit.*, p. 30).

¹⁵⁶⁹ V. *Titre II Partie II Chapitre I Section 2 § 2-B. 1* .

¹⁵⁷⁰ En l'absence de dispositions conventionnelles ou communautaires, lorsque l'acte est destiné à une personne résidant à l'étranger, il doit être remis au parquet (Article 684 du NCPC).

¹⁵⁷¹ N. Cayrol, « Saisie-Attribution », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2240, 2008, pt 31 et 62.

que la remise « doit être effectuée sans contrainte : il s'agit d'une remise pure et simple que le destinataire est libre de refuser »¹⁵⁷².

390. Les contours de la notion de coercition doivent donc être, autant que possible, précisés. C'est la condition nécessaire à l'identification des compétences de l'Etat visées par la frontière internationale (Section 1), ainsi que des rares dérogations acceptées par les Etats à cette impénétrabilité (Section 2).

¹⁵⁷² B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, p. 346.

Section 1 L'interposition de principe de la frontière internationale

391. Le recouvrement forcé de l'impôt sur un territoire étranger est interdit par le droit international public¹⁵⁷³. Plus largement, le droit positif français et européen tend à considérer que c'est l'ensemble des voies d'exécution qui, au nom du « principe d'indépendance et de la souveraineté respective des Etats »¹⁵⁷⁴, ne peuvent connaître une portée extra-territoriale¹⁵⁷⁵. Ces affirmations ne résolvent cependant qu'imparfaitement la question de l'objet de la frontière internationale. La notion de recouvrement forcé en droit fiscal¹⁵⁷⁶, à l'instar de celle d'exécution forcée en droit civil¹⁵⁷⁷, s'avère en effet particulièrement inadaptée à la compréhension de l'objet de la frontière

¹⁵⁷³ O. Marres, « Recent Developments in Cross-Border Enforcement of Tax Liability », *op. cit.*, p. 584: « the tax administration of one State cannot use the tax recovery process outside of its territorial borders to collect taxes owing to it ».

¹⁵⁷⁴ Cass. Civ., 12 mars 1931, « Soc. Cyprien », *J.D.I.*, 1932, p.387, note Perroud ; Cass. Civ., 27 mai 1970, *R.C.D.I.*, 1971, p. 113, note Batiffol.

¹⁵⁷⁵ V. n. l'article 16(5) de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968 range les voies d'exécution parmi les « compétences exclusives » de l'Etat : « Sont seuls compétents, sans considération de domicile : (...) en matière d'exécution des décisions, les tribunaux de l'État contractant du lieu de l'exécution » ; l'article 22(5) du Règlement CE n°44/2001 du 22 décembre 2000 confère une compétence exclusive en matière de voies d'exécution aux juridictions de l'Etat dans lequel l'exécution a lieu ; P. Théry, « Procédures civiles d'exécution et droit international privé », *Petites affiches*, n° 254, 1999, p. 50...etc.

¹⁵⁷⁶ En droit fiscal, conformément à l'article L 258 du LPF, le moyen habituel, normal, d'exécution forcé, correspond aux voies d'exécution prévues par le Nouveau Code de Procédure Civile, lesquelles sont pour une large part organisées par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 (Y. Gaudemet, « Exécution forcée et puissance publique : les prérogatives de la puissance publique pour requérir l'exécution », *RDC*, n° 1, 2005, p. 139). Reste que les règles du droit administratif « font également sentir leur poids dans l'exercice même des poursuites ». Cette tendance est particulièrement vraie depuis la réforme opérée par la loi de 1991 qui permet à tout particulier titulaire d'un titre exécutoire d'engager des poursuites sans passer par un juge. Dans la mesure où l'administration se délivre elle-même son titre exécutoire, ce sera donc uniquement par le biais d'une opposition à poursuite ou d'une opposition à exécution que le juge exercera un contrôle sur les poursuites engagées par elle (P. Ancel, « L'exécution par la puissance publique », *op. cit.*, p. 141 et 149). De surcroît, en matière fiscale, l'opposition n'a pas d'effet suspensif, sauf pour le contribuable à présenter des garanties suffisantes au trésor (J. Maña, « La singularité des procédures fiscales est-elle sans limite ? », *RJF*, n° 4, 2002, p. 287).

¹⁵⁷⁷ P. Théry, « Procédures civiles d'exécution et droit international privé », *op. cit.*, p. 50.

internationale. En droit français, par exemple, cette notion recouvre l'ensemble des mesures de poursuite qui surviennent dans le prolongement de l'exigibilité de l'impôt¹⁵⁷⁸. Or ces mesures de poursuite ne sont pas homogènes. Beaucoup d'entre elles conservent un caractère normatif et ne se traduisent par aucune contrainte matérielle : les commandements de payer¹⁵⁷⁹, bien entendu, mais aussi certaines mesures de saisie proprement dites. Toutes les mesures classées dans ledit recouvrement forcé ne correspondent donc pas à des mesures de « coercition » et, inversement, tous les moyens de coercition ne sont pas toujours classés parmi les mesures de recouvrement forcé¹⁵⁸⁰. Bref, le juriste est ici confronté à une zone grise qui se nourrit de l'articulation délicate entre un droit international public qui ne fait que poser un principe d'impénétrabilité valable pour tous les Etats modernes, et un droit interne propre à chacun de ces Etats chargé de définir concrètement le recouvrement ou l'exécution forcée sous la forme de classifications et qualifications. Pour le dire autrement, la notion de frontière internationale est définie par le droit international public mais s'applique concrètement à des compétences d'exécution définies par le droit interne de chaque Etat. Cette imperfection, bien qu'insurmontable, peut être limitée dans ses effets sous réserve de s'affranchir justement de ces classifications et définitions nationales. L'objectif en l'espèce sera donc de saisir, à défaut de pouvoir le définir dans le détail, le critère déterminant à l'intérieur de la notion de coercition qui permet de caractériser au mieux l'objet de la frontière internationale. Cet élément inaltérable se cache, selon toute vraisemblance, dans le degré de violence exercé sur le sujet (l'individu ou ses biens). La pertinence de cette hypothèse sera confirmée par l'analyse des deux phénomènes suivants : la coercition se manifeste aussi bien avant l'engagement dudit « recouvrement forcé » de l'impôt, que pendant ce dernier

¹⁵⁷⁸ V. n. G. Legrand, *Le recouvrement de l'impôt*, *op. cit.*, p. 203. Il faut cependant préciser, pour être exact, que l'engagement de poursuite pour le recouvrement forcé de l'impôt suppose la résistance du contribuable et, à ce titre, l'envoi préalable d'un rappel de ses obligations sous la forme d'une lettre de rappel (article L 255 du LPF) ou d'une mise en demeure (article 257 du LPF) : Cass. com. 9 fév. 1999, n° 394 D, *Sté Force, formation recrutement conseil en entreprise*, *RJF*, n°5, 1999, no. 639 (Mise en demeure) ; CAA Marseille, 29 mars 1999, n° 96-12359, *Lagrange*, *DF*, n° 50-51, 1999, comm. 928 (Mise en demeure) ; CE, 9^e-8^e s.s.r., 21 juill. 1995, n° 138455, *M. Guillet*, *DF*, n° 49, 1995, comm. 2139 (Lettre de rappel).

¹⁵⁷⁹ V. *supra* Titre II Partie II Chapitre I.

¹⁵⁸⁰ C. Jarrosson, « Réflexions sur l'Imperium », *op. cit.*, § 67.

(§1) ; inversement, certaines « mesures de poursuites » diligentées par l'administration fiscale réputées exorbitantes (l'avis à tiers détenteur) ne rentrent pas dans l'objet de la frontière internationale (§2).

§1: *Les mesures de coercition préalables à l'engagement des poursuites*

392. La recherche du débiteur et des éléments de son patrimoine est un outil fondamental pour la bonne application de la norme fiscale, en particulier lorsque le contribuable a décidé de ne pas payer sa dette. Ces mesures sont d'ordre purement normatif lorsqu'elles ne cherchent qu'à renforcer, par la dissuasion, l'obligatorité attachée à la norme fiscale par le contribuable. D'autres mesures à la disposition de l'administration fiscale vont cependant au-delà du seul commandement et se traduisent par de véritables coercitions. On pense à la perquisition fiscale au domicile du contribuable, bien sûr ; mais aussi, bien que moins spectaculaire, au débat oral et contradictoire entre le contribuable et l'administration fiscale. La coercition n'attend donc pas toujours l'émission d'un titre exécutoire authentifiant l'obligation fiscale pour déployer ses effets contraignants à l'égard des sujets de l'ordre juridique. Elle est susceptible d'apparaître en amont, tant au stade de l'exercice des droits d'investigation de l'administration fiscale (A), qu'au stade de l'exercice de ses droits de vérification (B). L'application du principe d'impénétrabilité de la frontière internationale à ces mesures, dès lors qu'un effet coercitif est bien caractérisé, ne souffre aucune discussion.

A. La coercition dans le cadre des droits d'investigation de l'administration fiscale

393. La collecte d'information sur le débiteur peut prendre les formes les plus diverses au point, dans les cas extrêmes, d'aboutir à la pénétration du domicile privé. Si cette procédure d'enquête extraordinaire est accessible au particulier par l'entremise de son huissier¹⁵⁸¹, elle est plus courante et efficace lorsqu'elle est exercée directement par l'administration fiscale dans le cadre de ses droits d'investigation¹⁵⁸². Ce droit de visite et de saisie au domicile du contribuable, posé à l'article L 16 B du LPF, est plus connu sous le terme de « perquisition fiscale »¹⁵⁸³. D'un champ d'application étendu (impôts directs, mais aussi TVA), cette mesure s'adresse au contribuable comme à des tiers (avocats, comptables), pour leurs locaux professionnels comme privés. Elle présuppose cependant la réunion des deux conditions suivantes : (i) la caractérisation d'une présomption de fraude limitativement énumérée par la loi¹⁵⁸⁴, et (ii) une ordonnance de visite motivée du juge des libertés et de la détention du Tribunal de Grande Instance¹⁵⁸⁵. Si une formule exécutoire s'interpose nécessairement par l'entremise de la décision du juge, aucun titre exécutoire n'est, en revanche, nécessaire pour la créance fiscale.

¹⁵⁸¹ L'huissier de justice a le pouvoir de pénétrer le local privé d'un débiteur à la demande d'un particulier pour exécuter une décision d'expulsion ou une saisie en application de l'article 21 de la loi du 16 juillet 1991 (v. a. Rép. min. n° 6353, 4 oct. 1993, *JOAN Q.*, 17 janv. 1994, p. 271 ; R. Perrot, « Présentation générale de la réforme », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2010, 1993, p. 5).

¹⁵⁸² Les agents de l'administration sont soumis à la règle du secret professionnel et peuvent, à ce titre, exercer directement des pouvoirs d'investigation (article L 103 du LPF).

¹⁵⁸³ G. Vidal, « Les limites du droit à l'information de l'administration », *op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁸⁴ L'article L 16 B I du LPF mentionne l'achat ou la vente sans facture, l'utilisation ou la délivrance de factures ou documents ne correspondant pas à des opérations réelles, l'omission d'écritures ou la passation d'écritures inexactes ou fictives dans les documents comptables, la présomption d'agissements frauduleux au sens des articles 1741 et 1743 du CGI. Il est important, toutefois, de préciser que le juge ne s'oppose pas à ce qu'une déclaration anonyme puisse corroborer d'autres éléments d'informations, de même qu'une pièce obtenue par le biais du droit de communication (Cass. com., 16 juin 1998, n° 9630135, *SA Mediatime France et autres*, *DF*, n° 37, 1998, comm. 778).

¹⁵⁸⁵ Depuis la loi 2008-776 du 4 août 2008, visant à mettre en conformité l'article L 16 B du LPF avec la convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 21 février 2008, n° 18497/03, 3° sect., *Ravon c/ France*, *RJF*, n° 5, 2008, no. 571), cette ordonnance du juge peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la Cour d'appel. La réalité de ce contrôle, et en particulier de la motivation du juge, reste cependant l'objet de critiques acerbes de certains juristes qui considèrent que le juge ne fait que « recopier les conclusions d'une partie ou de signer une décision rédigée par l'une des parties sans y ajouter ou y retrancher » (B. Hatoux, « L'article L 16 B du LPF : une réforme avortée ? », *RJF*, n° 12, 2010, p. 939).

Celle-ci n'a donc pas vocation à être exigible avant le déclenchement de la procédure de perquisition. La visite peut avoir lieu de 6h à 21h, en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant, ainsi que d'un officier de police judiciaire, mais en l'absence du juge des libertés ou d'un juge d'instruction. À cette occasion, les agents de l'administration doivent se limiter à effectuer des constatations et des saisies de documents, à l'exclusion de toute audition ou interrogation. Au début de la visite, la notification de l'ordonnance du juge s'effectue par simple voie orale et sur place. À la fin de la visite, un procès-verbal est dressé relatant les modalités et le déroulement de la visite. Le cas échéant, les pièces et documents saisis apparaissent en annexe de ce procès-verbal et doivent être restitués au contribuable dans un délai de 6 mois¹⁵⁸⁶. Bref, en dépit d'un formalisme ténu et de garanties fragiles au bénéfice du contribuable, cette « perquisition » est indiscutablement la manifestation d'un pouvoir de coercition. Que ces visites ne soient pas, en application du droit fiscal français, des mesures de poursuite n'y change rien. À la lumière du principe de l'exclusivité territoriale, elles sont strictement cantonnées dans leur application au territoire national. Un constat similaire peut être adressé à certains des pouvoirs dont dispose l'administration fiscale au titre de son droit de contrôle et de vérification.

B. La coercition dans le cadre des droits de vérification de l'administration fiscale

394. Les mesures de vérification se distinguent des mesures d'investigation dans la mesure où il s'agit, pour les premières, de procéder à une recherche de conformité et de cohérence entre l'ensemble des documents disponibles. Contrôle approfondi de l'administration fiscale, donc, qui offre au

¹⁵⁸⁶ L'administration fiscale ne pourra opposer ces documents au contribuable qu'après leur restitution et l'ouverture d'une procédure de contrôle fiscal (v. n. B. Hatoux, « L'article L 16 B du LPF : une réforme avortée ? », *op. cit.*, p. 941).

contribuable certaines garanties supplémentaires¹⁵⁸⁷. Si l'exercice de ces pouvoirs de vérification n'exclut pas, concomitamment, la poursuite de la collecte d'informations¹⁵⁸⁸, le juge de l'impôt veillera cependant à ce que derrière une simple collecte d'informations ne se cache pas en réalité l'exercice de véritables pouvoirs de vérification¹⁵⁸⁹. Ces procédures de vérification ont en commun l'existence d'une garantie au profit du contribuable qui se traduit, paradoxalement, par une coercition matérielle : le débat oral et contradictoire (1). Celui-ci devrait conduire, par conséquent, à interdire tout exercice extra-territorial de ces procédures (2).

1) La caractéristique commune aux procédures de vérification : le débat oral et contradictoire

395. Lorsque la procédure de vérification porte sur une entreprise, le terme retenu est celui de « vérification de comptabilité ». Elle a pour objet de « contrôler, après examen de la comptabilité, l'exactitude et la sincérité des déclarations souscrites par un contribuable et d'assurer éventuellement à l'issue de ce contrôle l'établissement de l'impôt ou de taxes indûment éludés »¹⁵⁹⁰. Les garanties offertes dans ce cadre au contribuable reposent, d'abord, dans ce qui est communément appelé les droits de la défense : (i) envoi préalable d'un avis de vérification indiquant la date du contrôle¹⁵⁹¹ et de la charte du contribuable vérifié¹⁵⁹² ; (ii) droit à être assisté du conseiller

¹⁵⁸⁷ I. Vestris, « Le droit à l'information de l'administration », *op. cit.*, p. 25 : « La distinction est importante car alors que les droits d'investigation de l'administration ne se limitent qu'à la seule collecte d'informations, le droit de vérification qui consiste en un contrôle de cohérence, offre au contribuable certaines garanties ».

¹⁵⁸⁸ CE, sect., 19 déc. 1984, n° 34731, *DF*, n° 14, 1985, comm. 728 ; Cass. com. 16 nov. 1999, n° 97-15.159, *Sté Procotim*, *DF*, n° 38, 2000, comm. 689 ;

¹⁵⁸⁹ Le juge de l'impôt n'hésite pas à requalifier en opérations de vérification les opérations entreprises par l'administration fiscale sous la forme d'une simple opération d'investigation : CE, 9^e-7^e s.s.r., 9 juill. 1982, n° 26309 et 26309 bis, *DF*, 1983, comm. 701 ; CE, 8^e-9^e s.s.r., 3 juin 1983, n° 34253, *DF*, 1983, comm. 2060.

¹⁵⁹⁰ CE, 7^e-8^e-9^e s.s.r., 13 mars 1967, n° 62338, *Association Football-Club de Strasbourg*, *DF*, 1967, comm. 45., concl. Lavondès.

¹⁵⁹¹ Cet avis doit aussi préciser les années soumises à vérification (article L 47 du LPF). Le législateur a, cependant, ouvert la voie à des vérifications inopinées pour des contrôles matériels : l'inventaire des valeurs en caisse, l'inventaire des stocks physiques, l'existence de documents comptables (art. L 47 al.4 du LPF).

¹⁵⁹² Ce document, qui est transmis au contribuable avec l'avis de vérification, a pour objet de résumer les règles applicables en matière de contrôle fiscal (D. adm., 13 L-1311, no. 47).

de son choix¹⁵⁹³. Puis, en sus des droits de la défense, l'administration fiscale a l'obligation d'assurer au contribuable un débat oral et contradictoire avec le vérificateur. C'est le droit à un dialogue contradictoire¹⁵⁹⁴. Il interdit à l'administration d'emporter des documents, sous peine de priver le contribuable du dialogue auquel il peut légitimement s'attendre¹⁵⁹⁵. Lorsque la procédure de vérification porte sur un particulier, il faut alors parler d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle du contribuable (ESFP). La finalité reste identique à la première procédure de contrôle, puisque selon les termes même de l'article L 12 du LPF, il s'agit d'un contrôle de la « cohérence entre, d'une part, les revenus déclarés et, d'autre part, la situation patrimoniale, la situation de trésorerie et les éléments du train de vie des membres du foyer fiscal ». Les garanties offertes au contribuable sont donc globalement similaires¹⁵⁹⁶, si ce n'est que l'ESFP n'est pas juridiquement une procédure contraignante¹⁵⁹⁷ : le contribuable peut, en théorie, librement s'y soustraire¹⁵⁹⁸.

396. En résumé, au centre de ces deux procédures de contrôle se retrouve toujours cette joute verbale entre les deux protagonistes : le débat oral et contradictoire. Questions et interrogations à l'adresse du contribuable ; mais surtout, en pratique, « un minimum de contact humain »¹⁵⁹⁹ : présence physique d'un vérificateur missionné par l'Etat pour assurer la bonne application de la norme fiscale¹⁶⁰⁰. Bref, la coercition est partout, même si ce

¹⁵⁹³ Cette faculté doit figurer expressément sur l'avis de vérification (article L 47 du LPF et D. adm. 13 L-1312, no. 3).

¹⁵⁹⁴ CE, 7^e s.s., 2 mai 1990, n° 58215, *Donati*, *RJF*, n° 6, 1990, no. 721.

¹⁵⁹⁵ Une autre garantie offerte au contribuable réside dans l'interdiction faite à l'administration de procéder à un nouveau contrôle une fois la vérification de comptabilité achevée (Article L 51 du LPF), ainsi que dans la limitation de la durée de la vérification (article L 52 du LPF).

¹⁵⁹⁶ On retrouve ainsi les droits de la défense (avis de vérification, assistance d'un conseiller de son choix, limitation de la durée de la vérification, non renouvellement de la durée de vérification) et le droit à un débat oral et contradictoire (CE, 3^e-8^e s.s.r., 10 janvier 2001, n° 2111967-212114, *min. c/ Loubet, Murgis e.a.*, *RJF*, n° 4, 2001, no. 436).

¹⁵⁹⁷ J. Grosclaude et P. Marchessou, *Procédures fiscales*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁵⁹⁸ L'administration n'est plus tenue, cependant, d'avertir le contribuable du caractère non-contraignant de la procédure (CE, 7^e-8^e s.s., 9 oct. 1992, n° 86531, *Chollet*, *DF*, n° 21, 1993, comm. 1100).

¹⁵⁹⁹ V. Dumas, « Pouvoirs de contrôle de l'administration et garanties du contribuable : un équilibre en perpétuelle construction », *op. cit.*, p. 631.

¹⁶⁰⁰ La vérification de comptabilité, par exemple, doit en principe se dérouler dans les locaux de l'entreprise vérifiée. Elle peut également avoir lieu dans un autre endroit, mais d'un commun accord entre le vérificateur et le contribuable et dans la mesure où la possibilité d'un débat oral et contradictoire demeure offerte (CE, 3^e-8^e s.s.r., 16 juin 2010, n° 311756 et 311752, *min. c/ Rondot et min. c/ Proveux*, *RJF*, n° 8-9, 2010, no. 934).

sont les garanties apportées au contribuable qui, paradoxalement, conduisent à qualifier ces procédures de « coercitives ».

2) *La portée spatiale des procédures de vérification*

397. Faut-il déduire de l'existence de cet élément coercitif que l'exercice de ces procédures de vérification est strictement cantonné au territoire national ? C'était, implicitement, la position traditionnelle et prudente du juge de l'impôt au sujet de l'ESFP. Le Conseil d'Etat considérait qu'un contribuable domicilié à l'étranger, bien qu'imposable en France pour ses revenus de source française, ne peut légalement faire l'objet d'une procédure de vérification dans la mesure où celle-ci implique « un examen d'ensemble de ses revenus et de sa situation patrimoniale »¹⁶⁰¹. C'était donc le caractère « global »¹⁶⁰² de la procédure de contrôle, qui dans le cas d'un non-résident deviendrait nécessairement extra-territoriale, qui justifiait dans l'esprit du juge qu'elle soit réservée aux seuls contribuables ayant leur domicile en France.

398. Le législateur est toutefois intervenu de manière rétroactive en 1996 pour faire échec à cette décision¹⁶⁰³. L'article L 12 du LPF, sous sa nouvelle mouture, contient la précision suivante : « qu'elles aient ou non leur domicile fiscal en France ». Cette intervention législative ne semble pas toutefois avoir complètement ignoré le caractère coercitif de la procédure, puisque l'article L 12 prévoit explicitement que le non-résident, à qui s'applique la procédure de vérification, doit avoir des « obligations » en France au titre de l'IR. L'accueil de cette nouvelle loi n'en fut pas moins mitigé chez les spécialistes de la matière. C'est ce que révèlent les opinions du Commissaire du Gouvernement André Bonnet à l'occasion d'une décision de la Cour

¹⁶⁰¹ CE, 8^e-9^e s.s.r., 10 juill. 1996, n° 127892, *M. Dody*, *DF*, n° 43, 1996, comm. 1310, concl. Bachelier ; v. a. P. Philip, « Les spécificités du contrôle fiscal à l'égard des non-résidents », *DF*, n° 44, 1996, p. 1353.

¹⁶⁰² A. Bonnet, concl. sous CAA Marseille, 28 mars 2006, n° 03-00392, *Azar*, *DF*, n° 51, 2006, p. 2223.

¹⁶⁰³ Loi n° 96-1182, du 30 dec. 1996, portant loi de finance rectificative pour 1996, *DF*, n° 1-2, 1997, comm. 1.

administrative d'appel de Marseille qui a, contre l'opinion du premier, validé l'exercice d'un ESFP à l'encontre d'un non-résident¹⁶⁰⁴. Bonnet soutenait dans ses conclusions que la possibilité même de diligenter un ESFP devait rester subordonnée, selon les propres termes de la loi, à « l'existence d'obligations déclaratives en France »¹⁶⁰⁵. Or, selon le Commissaire du gouvernement, cette exigence comportait pour l'administration fiscale française l'obligation préalable de réunir des « indices suffisants permettant de penser que le contribuable potentiel pourrait avoir, de fait, des obligations déclaratives en France »¹⁶⁰⁶. Cette interprétation restrictive de la loi, Bonnet la justifiait de la façon suivante : toute solution contraire signifierait que l'administration française est « en droit, à toutes fins utiles et de manière gratuite, de lancer un ECSFP à l'égard de toute personne pouvant avoir, éventuellement, et selon elle, la qualité de contribuable. Compte tenu du caractère approfondi de cette procédure de contrôle, que le LPF et la charte des droits du contribuable vérifié encadrent à juste titre pour cette raison même, c'est une solution qui nous paraît difficilement tenable en droit »¹⁶⁰⁷. Impossible de ne pas percevoir, dans cette réserve, la dénonciation des risques que comporte l'extension d'une procédure contraignante, comme l'ESFP, à des non-résidents au regard de l'impénétrabilité de la frontière internationale. Comment développer dans de bonnes conditions un débat oral et contradictoire avec un contribuable localisé à l'étranger ? Comment assurer un contrôle global quand le contribuable dispose, par hypothèse, d'un patrimoine et de revenus principalement localisés à l'étranger ? La réalisation concrète d'un tel contrôle, en l'absence d'obligations déclaratives en France, impliquerait nécessairement un déplacement du vérificateur sur le territoire étranger. La position du juge de l'impôt, face à ces difficultés, n'est cependant pas dénouée de bon sens. Elle consiste à laisser une marge de manœuvre importante à l'administration pour manipuler cette procédure dans un sens qui, selon toute vraisemblance, restera respectueux de la frontière internationale des autres Etats. L'objectif n'est pas tant d'autoriser la

¹⁶⁰⁴ CAA Marseille, 28 mars 2006, n° 03-00392, *Azar*, *DF*, n° 51, 2006, comm. 815.

¹⁶⁰⁵ A. Bonnet, concl. sous CAA Marseille, 28 mars 2006, *op. cit.*, p. 2224.

¹⁶⁰⁶ A. Bonnet, *Ibidem*, p. 2225.

violation de l'exclusivité territoriale des autres Etats, que de donner à l'administration fiscale les moyens de lutter efficacement contre les contribuables non-résidents dissimulant des revenus de source française¹⁶⁰⁸. Il n'en reste pas moins que, *de jure*, la complète mise en œuvre de cette procédure à l'encontre de contribuables non-résidents risque de soulever bien des difficultés et, pour cette raison, d'être à l'origine de nombreuses irrégularités.

399. En résumé, les mesures d'investigation et de vérification doivent être limitées au territoire national aussitôt qu'elles se traduisent par des mesures de coercition matérielles : perquisition fiscale, mais aussi débat oral et contradictoire. Ces mêmes mesures peuvent, en revanche, s'exercer sans considération de l'espace lorsqu'elles sont de nature uniquement dissuasives ou persuasives : demande de renseignement, droit de communication... Les mesures de type coercitif ne se rencontrent donc pas seulement au stade de l'exécution forcée. Elles recouvrent également d'autres prérogatives qui, sans avoir la qualité de mesure de poursuite, se traduisent par une atteinte matérielle du corps ou du patrimoine du contribuable. En d'autres termes, ce ne sont pas des catégories juridiques abstraites, et facilement manipulables par les Etats, qui tracent les limites de l'objet de la frontière internationale, mais bien le degré de violence exercé sur (et ressenti par) l'individu et ses biens. C'est pourquoi à l'intérieur même du recouvrement forcé de l'impôt, certaines mesures de poursuite dépourvues de toute coercition échappent à l'emprise de la frontière internationale.

¹⁶⁰⁷ *Idem*, p. 2225.

¹⁶⁰⁸ Le conseil d'Etat a d'ailleurs eu l'occasion de s'expliquer récemment sur ce sujet en affirmant que la loi fiscale ne fait pas « obstacle à ce que l'administration engage un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle de contribuables se déclarant non-résidents, afin notamment d'établir leur domiciliation fiscale et de

§2: *Les mesures de poursuite dépourvues de coercition*

400. À l'intérieur même de la phase dite de « recouvrement forcé », il existe des mesures de poursuite où la violence exercée à l'encontre du contribuable reste virtuelle. Les saisies, en particulier, ne font pas toujours appel à la coercition. Si elles ont toutes pour finalité commune la réalisation du droit par l'utilisation de la contrainte, certaines présentent la particularité de déployer leurs effets sans déboucher sur une coercition matérielle. C'est le cas, en particulier, de l'avis à tiers détenteur (ATD)¹⁶⁰⁹ : l'équivalent fiscal de la saisie-attribution mise à la disposition des particuliers depuis 1991. Tout en déployant les effets propres à la procédure de saisie, à savoir l'indisponibilité du bien saisi et le désintéressement du créancier, l'ATD n'implique jamais, *per se*, une coercition à l'encontre du contribuable ou du tiers détenteur.

401. Un rapide survol de la doctrine et de la pratique laisse pourtant planer l'idée que ces mesures seraient soumises aux limites *ratione loci* de la frontière internationale¹⁶¹⁰. La dénonciation au tiers, dans ces conditions, ne pourrait aboutir que sur le fondement d'une assistance conventionnelle au recouvrement. De surcroît, en droit interne l'ATD est une mesure de poursuite strictement nationale qui n'est pas accessible aux créances fiscales étrangères dans le cadre de l'assistance administrative internationale¹⁶¹¹. Mais, là encore, il est important d'éviter les amalgames et de ne pas se tromper de frontière : les obstacles rencontrés en pratique par l'ATD ne

contrôler l'existence éventuelle de revenus imposables en France et devant être déclarés à ce titre » (CE, 8^e et 3^e s.s.r., 27 avril 2011, n° 316082, *Zitouni*).

¹⁶⁰⁹ Article L 262 à L 273 A du LPF.

¹⁶¹⁰ G. Legrand, *Le recouvrement de l'impôt, op. cit.*, p. 232 : « le principe de territorialité s'y oppose ».

¹⁶¹¹ En règle générale, les dispositions fiscales assurant une assistance administrative dans le domaine du recouvrement écarte explicitement le privilège du trésor du traitement national de la créance étrangère (pour les dérogations à cette politique conventionnelle, v. *Titre II Partie II Chapitre I Section 2 §2:B. 2*). La créance fiscale de l'Etat requérant prend donc la nature de créance chirographaire en France, non éligible en application de l'article L 262 du LPF à la procédure de l'ATD.

procèdent aucunement de l'exclusivité territoriale des Etats souverains, mais de frontières-obstacles introduites par ces derniers. Un effort d'analyse de la nature de l'ATD, et en particulier de sa portée strictement normative (A), permettra de lever ces confusions autour de l'objet de la frontière internationale (B).

A. Le caractère normatif de l'avis à tiers détenteur

402. L'ATD est, sans conteste, un acte de poursuite. La dette fiscale doit préalablement être acquise et constatée par l'émission d'un titre exécutoire, c'est-à-dire exigible, avant de pouvoir donner lieu à l'ouverture d'une telle procédure¹⁶¹². L'ATD ne peut, dans ces conditions, être utilisé par le comptable public à titre de mesure conservatoire, ou être diligenté lorsque le contribuable concerné a formulé une réclamation d'assiette ou une demande de sursis de paiement. Pour les mêmes raisons, la notification de l'ATD est interruptive du délai de prescription de l'action en recouvrement. En somme, l'ATD est étranger tant aux droits d'enquête qu'aux droits d'investigation de l'administration ; il a pour seule finalité la réalisation des droits du créancier. Il ne s'agit pas, de surcroît, d'une voie d'exécution classique. On parle à son sujet d'une procédure d'exception¹⁶¹³. Ce régime réputé exorbitant se justifie par l'objet particulier et limité de cette procédure : le recouvrement forcé des créances fiscales garanties par le privilège général du trésor. Si l'ATD ne peut s'appliquer qu'aux créances de sommes d'argent (deniers, y compris les rémunérations du travail)¹⁶¹⁴, à l'exclusion des biens mobiliers, il peut en revanche être notifié à tous les tiers détenant des fonds appartenant au contribuable, et ce à quelque titre que ce soit (banque, locataire, fermiers, notaires...). Il s'agit là de l'objet même de cette procédure spécifique :

¹⁶¹² CE, 9^e-8^e s.s.r., 21 dec. 1994, n° 126113, *Min. c/ Sté Patol Équipements*, *RJF*, n° 2, 1995, no. 265.

¹⁶¹³ Cette singularité a perdu beaucoup de son importance, toutefois, depuis que tous les créanciers ont à leur disposition la saisie-attribution (N. Cayrol, « Saisie-Attribution », *op. cit.*, p. 3).

obliger un tiers à verser entre les mains du comptable public les fonds dont il est « détenteur » ou « débiteur » à l'égard du redevable de l'impôt. L'effet de l'ATD semble donc, *a priori*, particulièrement contraignant pour le tiers visé, autant que pour le contribuable lésé dans ses droits. Les précautions formelles sont d'ailleurs de rigueur : envoi préalable d'une lettre de rappel au redevable (ou mise en demeure)¹⁶¹⁵, ainsi que d'un commandement de payer¹⁶¹⁶. Mais que faut-il entendre réellement par « obligation » faite au tiers de s'acquitter de sa créance auprès de l'administration fiscale ?

403. La notification de l'ATD au tiers détenteur¹⁶¹⁷ entraîne « l'attribution immédiate »¹⁶¹⁸ de la créance que le redevable de l'impôt possédait à l'encontre du tiers, au bénéfice du trésor¹⁶¹⁹. La créance saisie est ainsi extraite du patrimoine du redevable de l'impôt pour être transférée dans celui du trésor¹⁶²⁰ : c'est l'effet dit « translatif » de l'ATD. Or, à y regarder de plus près, il ne s'agit là que d'un effet juridique dépourvu de toute coercition matérielle. La créance transférée n'est, dans un premier temps, qu'indisponible entre les mains du tiers. Ce n'est qu'au bout de l'écoulement d'un délai de deux mois que ce dernier est tenu, en droit, au règlement de la dette auprès de l'administration fiscale. Mais il ne s'agit là encore que d'une obligation normative que le tiers est susceptible de ne pas respecter sans encourir, au titre de l'ATD, une coercition. La résistance du tiers détenteur au terme du délai de deux mois ne pourra pas être surmontée par la seule force contraignante de l'ATD ; l'administration fiscale sera obligée de faire appel à

¹⁶¹⁴ De surcroît, l'ATD produit ses effets tant sur les créances exigibles que sur les créances conditionnelles, tant sur les créances à exécution successive (loyer, rémunération...) que sur les créances à terme (S. Rezek, « L'avis à tiers détenteur », *DF*, n° 20, 2002, p. 756).

¹⁶¹⁵ Article L 258 al. 1 du LPF.

¹⁶¹⁶ Cass. com. 12 mars 2002, n° 99-10423, *M. Robert*, *DF*, n° 25, 2002, p. 936.

¹⁶¹⁷ L'ATD doit également être notifié au redevable de l'impôt, qui doit être tenu informé de l'engagement de la procédure.

¹⁶¹⁸ Immédiat en ce sens que le tiers détenteur devient débiteur du trésor avant même notification au redevable de l'impôt. Avant la loi n° 91-650, l'ATD n'avait d'abord qu'un effet conservatoire et ne devenait définitif (transfert de propriété de la créance) qu'à l'expiration du délai de 2 mois.

¹⁶¹⁹ Le tiers détenteur doit, dès notification, déclarer au comptable l'étendue de ses obligations à l'égard du redevable de l'impôt.

¹⁶²⁰ La créance saisie par la procédure de l'ATD échappe par conséquent au concours de créanciers ultérieurs et continu à produire ses effets en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (Cass. com. 8 juill. 2003, n° 00-13309, *Me Savanier* *ès qualité c/ Receveur principal de la recette des impôts de Neuilly-sur-Marne*, *RJF*, n°12, 2003, no. 1450).

d'autres voies d'exécution. En somme, l'ATD se limite à un « ordre », disons à un « commandement », adressé au tiers détenteur ou débiteur. Le caractère principalement normatif de cette mesure amène, par conséquent, à formuler une hypothèse à rebours de la doctrine dominante : l'ATD n'est pas limité, en droit international (comme en droit interne d'ailleurs), au territoire de l'Etat français.

B. L'absence de limite spatiale à l'avis à tiers détenteur

404. L'effet translatif de l'ATD étant dépourvu de coercition, l'administration fiscale française devrait être libre, du moins en application du droit international public, d'adresser des ATD à (i) des tiers détenteurs situés à l'étranger, ou (ii) des tiers situés en France pour une créance fiscale à l'encontre d'un redevable situé à l'étranger. C'est d'ailleurs, depuis peu, la position des juridictions judiciaires françaises à l'égard de la saisie-attribution, sœur jumelle de l'ATD.

405. Après avoir implicitement reconnu la compétence du juge français pour statuer sur la validité d'une saisie de fonds pratiquée sur un territoire étranger¹⁶²¹, la Cour de Cassation a explicitement reconnu en 2008 une portée extra-territoriale aux saisies-attributions du droit privé¹⁶²². Dans cette dernière affaire était en cause non pas le débiteur mais le tiers. Une banque française, qui détenait les fonds du débiteur sur un compte d'une succursale étrangère à Monaco, refusait d'exécuter la saisie considérant qu'elle ne pouvait être contrainte matériellement à rapatrier en France des fonds situés à l'étranger. Bref, cette affaire soulevait la question du domaine d'application dans l'espace de l'effet attributif immédiat de la saisie-attribution. La Cour d'Appel de Paris jugea dans le sens de l'interposition d'une frontière internationale : les procédures d'exécution sont soumises au principe de

¹⁶²¹ Cass. Civ. 1^{re}, 22 juin 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, p.42, note G. Cuniberti.

territorialité et, par conséquent, l'effet attributif d'une saisie pratiquée sur le sol français ne pouvait jouer, « par-dessus les frontières », sur des fonds se trouvant sur un compte bancaire à l'étranger¹⁶²³. Mais la Cour suprême a cassé et annulé cette décision au motif que « la circonstance que les fonds sont déposés dans une telle succursale est, (...), sans incidence sur l'effet d'attribution au profit du créancier saisissant de la créance de somme d'argent à la restitution de laquelle est tenue la banque tiers-saisie en sa qualité de dépositaire ». Pour la Cour suprême, donc, l'effet attributif de la saisie-attribution, et par analogie de l'ATD, ne connaît pas de limites dans l'espace en l'absence de stipulations explicites en ce sens de la loi interne ou d'une convention internationale.

406. La frontière internationale ne s'oppose donc pas à l'exercice extraterritorial de l'effet attributif de certaines mesures de poursuites comme l'ATD. D'autant plus que ce dernier, à la différence de la saisie-attribution, est soumis à une procédure peu formalisée : « l'avis à tiers détenteur, s'il a perdu l'avantage de la rapidité, conserve celui de la simplicité, puisqu'il résulte d'une simple lettre adressée au tiers détenteur, alors que la saisie-attribution suppose un exploit d'huissier »¹⁶²⁴. La notification de l'avis peut donc également parvenir au tiers détenteur situé à l'étranger sans passer par le canal diplomatique, ou par une procédure d'assistance conventionnelle. En pratique, cependant, l'administration fiscale française ne diligentera pas un ATD à l'étranger en l'absence d'assistance conventionnelle pour les deux raisons suivantes : (i) efficacité pratique : l'ATD, passée la frontière, est réduit à une simple norme sans la menace du pouvoir coercitif de l'Etat d'accueil du contribuable¹⁶²⁵ ; (ii) la preuve de la notification à l'étranger sera difficile à apporter et, par voie de conséquence, susceptible d'entraîner un vice de forme. Bref, si la frontière internationale rend difficile l'usage extra-

¹⁶²² Cass. civ. , 14 fev. 2008, n° B 05-16167, Bulletin 2008, II, n° 36.

¹⁶²³ Cour d'appel de Paris, 8° ch., 31 mars 2005.

¹⁶²⁴ P. Ancel, « L'exécution par la puissance publique », *op. cit.*, p. 145.

territorial de ces instruments normatifs par les Etats, et en particulier par les administrations fiscales, reste qu'il ne s'agit là que d'un effet secondaire (ou dommage collatéral) étranger tant à l'objet qu'à la finalité de la frontière internationale.

Conclusions de la Section 1

407. La ligne de séparation entre les territoires de l'Etat ne devient à proprement parler étanche, d'un point de vue juridique, que lorsque les Etats exercent de véritables mesures de coercition : signification matérielle par voie d'huissier, saisie-vente, mesure d'expulsion, exécution d'office, réquisition, contrainte judiciaire... etc. C'est le degré de contrainte exercé à l'encontre du débiteur qui détermine, indépendamment des qualifications juridiques retenues par chaque Etat (recouvrement forcé, voies d'exécution, mesures de poursuite... etc.)¹⁶²⁶, l'objet de la frontière internationale. Bref, la notion de coercition, aux fins de la délimitation de l'objet de la frontière internationale, doit être prise dans son sens le plus étroit : « la perte de la vie, de la liberté, de la santé, d'un bien ou de quelque autre valeur »¹⁶²⁷. L'impénétrabilité des frontières ne concerne que les actes comportant une effusion de violence à l'encontre des destinataires de l'obligation normative. Cette impénétrabilité n'est toutefois pas toujours absolue, ni immuable : elle n'interdit pas aux Etats, qui le souhaitent, de permettre sur leur territoire à d'autres Etats d'exercer leur pouvoir de coercition. C'est la question des exceptions à la frontière internationale qui a tendance, ces derniers temps, à prendre une importance accrue dans le domaine fiscal.

¹⁶²⁵ L'ATD reprend, en revanche, tout son intérêt pratique dès lors que le tiers situé à l'étranger dispose, par ailleurs, de biens ou valeurs situés en France qui tombent sous l'emprise du pouvoir coercitif des autorités française.

¹⁶²⁶ D'ailleurs, par analogie, il est intéressant de remarquer qu'en droit international privé français « la qualification de l'acte d'exécution forcée ne dépend pas de la nature intrinsèque de l'acte à accomplir, à savoir l'appréhension des biens, mais du risque qu'il comporte de faire grief à quelqu'un » (D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, op. cit., p. 248).

¹⁶²⁷ H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *op. cit.*, p.13.

Section 2 L’effacement exceptionnel de la frontière internationale

408. En matière fiscale, l’assistance administrative que les Etats peuvent s’octroyer mutuellement sous une forme conventionnelle est trop rapidement présentée comme une exception à la frontière internationale. Les Etats ont le sentiment que « cette assistance entre autorités fiscales constitue une restriction à leur souveraineté territoriale » et que « un Etat poursuivant un titre de recouvrement au-delà de ses frontières s’adonnerait à un exercice extra-territorial de sa souveraineté »¹⁶²⁸. Cette impression est la source d’une équivoque qui se manifeste dans les commentaires mêmes de la Convention multilatérale concernant l’assistance mutuelle en matière de recouvrement, pourtant rédigés sous le patronage du Conseil de l’Europe : « l’effet de ce renforcement de la coopération entre les parties contractantes n’est pas d’étendre les pouvoirs respectifs de chaque administration en application de leur droit interne, mais de les améliorer par *un élargissement de l’espace territorial sur lequel ces pouvoirs sont susceptibles de devenir effectifs* »¹⁶²⁹. L’ambiguïté de ces affirmations laisse place au doute sur la portée réelle de cette assistance administrative internationale. Celle-ci, pourtant, se déroule la plupart du temps dans le respect le plus complet de la frontière

¹⁶²⁸ O. Marres, « Recent Developments in Cross-Border Enforcement of Tax Liability » (trad. par l’auteur), *op. cit.*, p. 610 : « From a historical perspective, States have always believed that assistance between tax authorities represents a restriction of their territorial sovereignty. Therefore, A State pursuing revenue claims outside of its borders would undertake an extraterritorial exercise of its sovereignty ».

¹⁶²⁹ Souligné et traduit par l’auteur à partir de la Note 26 du Commentaire: « the effect of strengthening the cooperation between parties is not to extend the existing domestic powers of their tax administrations, but to improve them by widening the territorial area in which they can be effective ».

internationale¹⁶³⁰. Il faut cependant reconnaître que les bouleversements récents du contexte mondial (crise dite des « subprimes » en 2008) ont obligé les Etats à approfondir ces coopérations jusqu'à, parfois, accepter certains écarts à leur exclusivité territoriale respective¹⁶³¹.

409. L'évasion fiscale internationale se nourrit, en effet, de cette impénétrabilité des frontières internationales qui permet la mise en concurrence des systèmes fiscaux¹⁶³². Évasion devenue d'autant plus corrosive pour les finances des Etats que, corrélativement, leurs dispositifs internes discriminatoires qui avaient vocation à filtrer les circulations transfrontalière (frontières-obstacles) disparaissent les uns après les autres sous les coups du principe de non-discrimination consacré dans de nombreux traités en matière de libéralisation des échanges et des marchés¹⁶³³. Ce besoin de coopération transfrontalière se nourrit aussi du déclin croissant des droits d'imposition de l'Etat de la source au profit de l'Etat de la résidence qui a « pour conséquence d'accroître la proportion des biens et revenus sur lesquels l'administration chargée de liquider et de recouvrer l'impôt ne peut exercer aucune action directe »¹⁶³⁴. En somme, s'impose « l'idée qu'il y a, pour les États, un intérêt réciproque et mutuel à coopérer dans la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales »¹⁶³⁵, quitte à renoncer à une fraction (limitée) de leur souveraineté territoriale. Mais alors qu'est ce qui relève, au sein de cette coopération toujours plus poussée, de l'exception à l'impénétrabilité des frontières internationales ? Certainement pas les formes d'assistance administrative à l'assiette, ou au recouvrement, étudiées plus haut¹⁶³⁶. Celles-ci ne cherchent pas à pénétrer les frontières du droit international public, mais à lever les obstacles à l'application efficace de la norme fiscale découlant des

¹⁶³⁰ V. *supra* Titre II Partie II Chapitre I Section 2 § 2 : B. 2) .

¹⁶³¹ M.A. Grau Ruiz, « Convention on mutual administrative assistance in tax matters and Community rules: how to improve their interaction? », *op. cit.*, p. 197.

¹⁶³² V. *Titre I Partie I Chapitre I Section 2 § 1 : F.* .

¹⁶³³ V. *supra* p. 68; v. a. P. Ciocca, Président du Comité des affaires fiscales de l'OCDE, « OECD welcomes new Tax Information Exchange Agreements between Guernsey and Netherlands and Isle of Man and Ireland », OCDE Communiqué de Presse du 25/04/2008, sur www.oecd.org : « Recent events have put international tax evasion in the spotlight, demonstrating the pressing need for action to tackle tax compliance issues in an increasingly borderless world ».

¹⁶³⁴ F. Boisset-Repkat, « Contrôle et rectification des opérations internationales », *op. cit.*, pt 6.

¹⁶³⁵ F. Boisset-Repkat, *Ibidem*, pt 65.

¹⁶³⁶ V. *supra* Titre II Partie II Chapitre I Section 2 § 2 : B. 1) et Titre II Partie II Chapitre I Section 2 § 2 : B. 2) .

frontières-obstacles introduites par chaque Etat dans leurs législations internes. Il existe cependant une modalité d'assistance administrative qui s'affranchit clairement du respect des frontières internationales qui n'a pas encore été traitée : l'organisation du déplacement des organes de contrainte, en la personne des agents de l'administration fiscale, sur le territoire d'un Etat étranger à des fins d'investigation et de contrôle. Cette forme particulière d'assistance, encore à l'état d'ébauche, « autorise » un agents des impôts à franchir les frontières internationales aux fins de la bonne application de la norme fiscale de son Etat d'origine, c'est-à-dire qu'elle l'autorise à franchir cette frontière tout en conservant la compétence (*l'imperium*) dont il est titulaire en application de son ordre juridique d'origine¹⁶³⁷.

410. Cette brèche percée dans l'exclusivité territoriale des Etats semble rencontrer, du moins en théorie, un réel succès qui se traduit par une « inflation normative »¹⁶³⁸. Mais si cette assistance se retrouve aujourd'hui dans les dispositifs conventionnels les plus divers (§1), reste qu'elle doit sa naissance, du moins pour la France, aux progrès du marché commun (§2). Dans tous les cas, toutefois, il est à déplorer que cette assistance demeure à l'état de « faculté ».

¹⁶³⁷ Cette habilitation, qui concerne d'ailleurs aussi bien l'Etat d'origine que l'Etat d'accueil, est particulièrement bien illustrée par l'article 7(3) de la Directive 2010/24/UE concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement, qui dispose que les agents des impôts qui se déplacent sur le territoire d'un autre Etat à des fins de contrôle « sont toujours en mesure de présenter un mandat écrit précisant leur identité et leur qualité officielle ».

¹⁶³⁸ M.A. Grau Ruiz, « Convention on mutual administrative assistance... », *op. cit.*, p. 197: « In few years, the context has changed enormously. Starting from the need to update them, we have arrived at the present situation, where we have to face the risks of normative inflation ».

§1: *Le déplacement des organes de contrainte en application du droit communautaire*

411. L'obtention de preuves à l'étranger par l'exercice de mesures d'investigation extra-territoriales est, dans toutes les disciplines, considérée comme « attentatoire à la souveraineté de l'Etat territorial »¹⁶³⁹. Les dérogations à la frontière introduites ces dernières années, sous forme conventionnelle, sont donc limitées et strictement encadrées. En matière commerciale, civile et pénale, ces exceptions prennent généralement la forme de commissions rogatoires : Convention Européenne d'Entraide Judiciaire en matière pénale (20 avril 1959), Convention de la Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale (18 mars 1970), Règlement CE n° 1206/2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale¹⁶⁴⁰... etc. La pratique des commissions rogatoires est en revanche exclue dans le domaine fiscal. Pour autant, dans le cadre du marché commun, l'idée qu'un agent des impôts doit avoir la faculté de se déplacer sur le territoire d'un autre Etat membre à des fins d'investigation et de collecte d'informations a rapidement émergée. Si cette forme de coopération ne subsiste pour le moment qu'à l'état d'ébauche (A), de réels progrès peuvent toutefois déjà être constatés (B).

¹⁶³⁹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 194.

¹⁶⁴⁰ Le Règlement CE n° 1206/2001 du 28 mai 2001 permet au juge du fond, par exemple, de procéder directement à un acte d'instruction sur le territoire d'un autre Etat membre (article 1.1.b), à la condition d'y être autorisé par l'autorité centrale du lieu d'exécution de la mesure et que cette exécution puisse se réaliser sans coercition (article 17). Bref, à l'intérieur du marché commun, un « expert nommé par le tribunal saisi au fond pourra dans ces conditions se rendre dans cet autre Etat membre pour y conduire des investigations » (D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 195).

A. La naissance d'une nouvelle forme de coopération

412. L'initiative remonte à la Directive 77/799 CEE concernant l'assistance administrative en matière d'assiette, dont l'article 6 offre aux Etats membres la possibilité de s'engager sur la voie de la relativisation de leurs frontières internationales en permettant le déplacement transfrontalier de leurs organes de contrainte respectifs. Il ne s'agit, pour le moment, que de la « présence » sur le territoire d'un Etat membre d'agents d'un autre Etat membre aux fins de la collecte d'informations. Présence qui ne saurait, par ailleurs, affecter le droit du contribuable de contester devant les tribunaux de l'Etat requis la possibilité même d'un échange d'information. Présence, enfin, qui n'a aucun caractère obligatoire : cette pénétration limitée et encadrée des frontières internationales n'est qu'une option à la disposition des Etats membres, soumise à l'adoption préalable d'accords bilatéraux entre les Etats conformément aux procédures de négociation posées à l'article 9 de cette directive. Autant dire que le succès rencontré en pratique par cette forme d'assistance administrative a été limité. En 2008, Ben J.M. Terra et Peter J. Wattel peuvent encore dresser le constat suivant : « la plupart des Etats membres n'ont pas prévu cette possibilité dans leur législation nationale, et en pratique la grande majorité des membres permet uniquement la présence de fonctionnaires étrangers au cours d'opérations de contrôle avec l'accord du contribuable (...). De surcroît, un petit nombre d'Etats membres interdisent même formellement toute présence d'un fonctionnaire étranger à des opérations d'investigation menées sur leur territoire, excipant de problèmes légaux »¹⁶⁴¹. L'adoption récente de la Directive 2010/24/UE concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement semble, cependant, marquer un pas significatif en faveur de cette forme

¹⁶⁴¹ B.J.M. Terra et P.J. Wattel, *European Tax Law* (trad. par l'auteur), *op.cit.*, p. 330: « However, most of the Member States have not provided for that possibility in their national legislation, and in practice the vast majority of Member only permit the presence of foreign officials during controls with the permission of the taxable person (...). Moreover, a small number of Member States even formally forbid an official of another Member State to be present at an investigation on the territory of the other Member State, claiming legal problems ».

d'assistance¹⁶⁴². Si celle-ci demeure soumise à un « commun accord » entre les Etats concernés et à la bienveillance de « la législation de l'Etat membre requis », elle ne se limite plus à la présence de fonctionnaires étrangers et ouvre à la voie à une réelle participation aux enquêtes administratives de l'Etat requis aboutissant, le cas échéant, à un véritable interrogatoire et examen sous l'action directe de l'agent étranger¹⁶⁴³. Le tableau qui doit être dressé sur l'évolution de cette forme d'assistance n'est, d'ailleurs, pas si noir. Certains progrès réels peuvent être constatés, en particulier concernant l'Etat français.

B. Les progrès de cette forme de coopération

413. La France a jusqu'à récemment toujours exprimé son « refus de la venue sur le territoire national de vérificateurs qui procèderaient à des contrôles fiscaux pour le compte d'une administration étrangère »¹⁶⁴⁴. À tel point que, face aux pressions tant des institutions communautaires que de celles du Conseil de l'Europe¹⁶⁴⁵, le législateur français préféra se figer sur ses positions en adoptant les dispositions de l'ancien article L 80 C du LPF¹⁶⁴⁶ : « l'intervention, auprès d'un contribuable, sur le territoire national, d'un agent d'une administration fiscale d'un pays étranger, rend nul et de nul effet le redressement ainsi que toute poursuite fondée sur celui-ci ». Le message était clair : pas de dérogation, sur le plan fiscal, à l'exclusivité territoriale de l'Etat français. Les progrès de l'intégration communautaire

¹⁶⁴² L'article 7 de la Directive 2010/24/UE du Conseil, adoptée le 16 mars 2010, contient un article 7 sur la « Présence dans les bureaux administratifs et participation aux enquêtes administratives ».

¹⁶⁴³ Un projet contenant des progrès encore plus significatif dans le sens de la perméabilité des frontières internationales est en cours de préparation dans les bureaux de la Commission Européenne. Adopté le 2 février 2009, le projet de Directive concernant l'assistance fiscale en matière d'échange de renseignements prévoit à l'article 10(2), dans sa rédaction actuelle, que les agents fiscaux étrangers qui participent au contrôle fiscal seront dotés des pouvoirs d'investigation et de contrôle des agents fiscaux nationaux sous la seule réserve que ces pouvoirs soient exercés conformément à la *lex loci* (I.J. Mosquera Valderrama, « EU and OECD Proposals for International Tax Cooperation : A New Road ? », *Special Reports, Tax analysts*, 23 Août 2010, p. 609).

¹⁶⁴⁴ F. Le Mentec, « L'intensification de l'assistance fiscale internationale... », *op. cit.*, p. 236.

¹⁶⁴⁵ L'article 9 de la convention multilatérale d'assistance mutuelle du Conseil de l'Europe (1988) contient, aussi, une procédure de contrôle fiscal extraterritorial.

¹⁶⁴⁶ Article 20 de la loi n°87-502 du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières.

aidant, appuyé de la volonté de ratifier la convention multilatérale sur l'assistance mutuelle en matière fiscale du Conseil de l'Europe, le législateur est finalement revenu sur ses positions en abrogeant en 1999 l'article cité sans jamais, toutefois, aller jusqu'à reconnaître explicitement la possibilité pour des organes de contrainte étrangers de se déplacer sur le territoire français à des fins d'investigation ou de contrôle fiscal¹⁶⁴⁷. Le droit positif actuel, qui figure à l'article L 114-A du LPF, autorise l'échange de renseignements tout en restant étrangement muet sur la question du déplacement extra-territorial des agents fiscaux¹⁶⁴⁸.

414. Tous les Etats, cependant, n'ont pas montré la même réticence à l'égard de l'idée d'ouvrir, de façon limitée, des brèches dans leurs frontières internationales. En Italie, par exemple, c'est un Décret Présidentiel (n^{ème} 506) du 5 juin 1982 qui introduit, pour la première fois, une autorisation pour « la présence dans l'Etat d'agents des autorités fiscales en provenance d'autres Etats Membres ». Les Pays-Bas, pour leur part, introduiront dans leur législation interne la faculté de recevoir un agent fiscal étranger en 1986 à l'article 12 de la *Wet op de international bijstandsverlening bij de heffing van belastingen*. L'un des Etats le plus progressiste sur ce sujet délicat demeure, cependant, la Belgique. L'article 338 du code des impôts sur les revenus autorise, en effet, non seulement la présence d'un agent fiscal étranger sur le territoire belge mais aussi son action coercitive sous la forme de collecte d'informations¹⁶⁴⁹. De nombreuses opérations d'investigations extra-territoriales, opérées en présence et sous le contrôle d'un agent des autorités fiscales belges¹⁶⁵⁰, semblent ainsi avoir été réalisées sur le territoire belge¹⁶⁵¹. Ces progrès ne sont toutefois pas uniquement imputables au contexte

¹⁶⁴⁷ Article 107 de la loi de finances pour 2010 (n° 99-1172) du 30 décembre 1999.

¹⁶⁴⁸ C. Coussot, « Le recouvrement à l'étranger en application des conventions bilatérales d'assistance au recouvrement », *La Revue du Trésor*, n° 2, 2001, p. 89.

¹⁶⁴⁹ C. Docclo, « Belgium. Exchange of Information », *op. cit.*, p. 316 : « The direct tax authorities may also, pursuant to an agreement entered into with the competent authorities of an EC Member State, authorize the presence of officials of the tax authorities of that Member State in order to collect any information that may enable them to effect a correct assessment of taxes on income and capital within the EC ».

¹⁶⁵⁰ Instruction Ci.R9.Div/460.792, §62 ; à partir de C. Docclo, « Belgium. Exchange of Information », *op. cit.*, p. 316.

¹⁶⁵¹ Question Parlementaire n° 466, Kuilpers, 29 July 1993, B.C., 734/1.94, at 169 ; à partir de C. Docclo, *Ibidem*, p. 316.

européen. Le contexte international a, lui aussi, profondément évolué et favorisé l'émergence d'entraides en matière fiscale qui dérogent aux frontières internationales entre Etats.

§2: *Le déplacement des organes de contrainte en application du droit conventionnel*

415. Dans le prolongement des contrôles fiscaux simultanés, le droit international conventionnel a vu naître, ces dernières années, de nombreux accords permettant le déplacement sur le territoire d'un Etat contractant des agents fiscaux de l'autre Etat contractant. La première brèche introduite dans le principe de l'impénétrabilité des frontières fut introduite par la convention multilatérale sur l'assistance mutuelle en matière fiscale signée le 25 juin 1988 sous le patronage conjoint du Conseil de l'Europe et de l'OCDE. Outre l'échange d'informations et l'assistance au recouvrement, elle comportait dès l'origine une procédure de contrôle fiscal extra-territorial¹⁶⁵². Son caractère multilatéral étant souvent perçu comme contraignant, ou inefficace, elle ne sera pas ratifiée par beaucoup d'Etats¹⁶⁵³. En France, par exemple, il faudra attendre la loi n° 2005-225 du 14 mars 2005¹⁶⁵⁴. Face à cet échec, l'OCDE prendra l'initiative d'offrir aux Etats un nouveau modèle bilatéral plus flexible, s'inspirant du modèle des accords dit CBERA développé par les Etats-Unis avec leurs Etats voisins des Caraïbes¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵² Article 9 de la convention. V.n. X. Oberson, « Assistance internationale en matière fiscale », *L'Expert Comptable Suisse*, n° 3, 2006, p. 179.

¹⁶⁵³ T.R. Cole, G.A. Richard et John Venuti, « Exchange of Information Assistance in Tax collection (part I) », *Tax Management International Journal*, vol. 22, 1994, p. 608.

¹⁶⁵⁴ *JO* n° 62 du 15 mars 2005.

¹⁶⁵⁵ Les Etats-Unis ont dès les années 80 développé leur propre modèle d'accords bilatéraux d'assistance administrative connu sous le terme « Caribbean Basin Discussion » or « Caribbean Basin Model Agreement ».

416. Publié en 2002, avant la modification en 2005 des commentaires sur l'article 26 du modèle général de convention fiscale¹⁶⁵⁶, cet Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale (AER) de l'OCDE se présente sous la forme de 16 articles. C'est l'article 6 de cet accord, intitulé « Enquêtes et contrôles fiscaux à l'étranger », qui introduit une exception à l'impénétrabilité des frontières en permettant « aux administrations fiscales, lorsque la demande en a été faite et dans les limites imposées par les lois de leur pays, à autoriser les fonctionnaires des impôts d'un pays étranger à participer à des contrôles fiscaux menés par le pays requis »¹⁶⁵⁷. Plus précisément, l'OCDE propose aux Etats deux formes de « participation », plus ou moins respectueuses de leur exclusivité territoriale. La première est dite *active*, dans la mesure où de véritables mesures de coercition pourront être prises par l'agent fiscal étranger : « les fonctionnaires des impôts étrangers [sont autorisés] à mener des entretiens et à examiner des documents concernant les contribuables en question »¹⁶⁵⁸. L'autre est dite *passive*, dans la mesure où aucun acte de coercition en sus de sa présence physique ne peut être entrepris par l'agent fiscal étranger : « les fonctionnaires des impôts étrangers ne sont pas autorisés à s'entretenir directement avec les contribuables ou d'autres personnes »¹⁶⁵⁹. Quelle que soit la formule retenue, cette assistance reste soumise à des conditions particulièrement strictes : (i) la décision d'accepter ou non la participation d'un agent fiscal étranger relève « exclusivement »¹⁶⁶⁰ de la compétence des autorités de l'Etat requis, (ii) l'investigation est toujours menée sous l'autorité des agents fiscaux de l'Etat requis, les agents fiscaux étrangers ne faisant que participer plus ou moins activement à celle-ci, et (iii) la loi applicable aux opérations d'investigation

Outre l'échange de renseignement et l'assistance au recouvrement, ce modèle contient une clause qui permet, sous des formes limitées, l'exercice d'un contrôle fiscal extraterritorial.

¹⁶⁵⁶ L'article 26 du modèle OCDE, qui porte sur l'échange de renseignement, ne comporte pas dans le corps du texte de référence explicite à la possibilité de développer des contrôles fiscaux extra-territoriaux. Le paragraphe 9.1 des commentaires OCDE de l'article 26 prévoit, en revanche, la possibilité de développer de telles mesures d'entraide.

¹⁶⁵⁷ OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, Module 6 sur les contrôles fiscaux à l'étranger, p. 4.

¹⁶⁵⁸ OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions...*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁵⁹ *Idem*, p. 4.

¹⁶⁶⁰ *Idem*, p.10.

et de contrôle est toujours celle de l'Etat requis (*lex loci*), même pour les agents fiscaux de l'Etat étranger¹⁶⁶¹. L'initiative d'une telle participation revient évidemment à l'Etat requérant, lequel doit sous la forme d'une demande écrite, exposer les « raisons spécifiques expliquant pourquoi la présence physique du ou des fonctionnaires des impôts revêt un caractère crucial »¹⁶⁶².

417. La France a signé plusieurs dizaines d'AER ces dernières années contenant un article 6 ouvrant la voie à des enquêtes fiscales extra-territoriales¹⁶⁶³. Parmi ces accords, ils sont peu nombreux à être déjà entrés en vigueur. L'un des premiers fut l'AER signé le 28 janvier 2002 entre la France et l'Espagne¹⁶⁶⁴, dont l'article 4 dispose, sans autre précision, que les « fonctionnaires d'une administration fiscale d'un Etat peuvent être présents sur le territoire de l'autre Etat en vue d'y recueillir toute information utile pour la détermination des impôts ». Preuve que la mise en œuvre concrète de cette forme d'assistance devra, au cas par cas, être organisée d'un commun accord entre les autorités compétentes. Le succès remporté par cette forme particulière d'assistance ne doit pas¹⁶⁶⁵, par conséquent, faire oublier l'absence d'expérience pratique en la matière et l'incertitude qui en découle.

¹⁶⁶¹ *Idem*, p. 14.

¹⁶⁶² OCDE, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, Module 6 sur les contrôles fiscaux à l'étranger, p.11.

¹⁶⁶³ Ces enquêtes sont généralement soumises non seulement à l'accord de l'Etat requis, mais aussi au consentement écrit et préalable du contribuable concerné (v.n. l'article 6 de l'AER signé le 1 avril entre la France et Saint-Lucie, l'article 6 de l'AER signé le 22 septembre 2009 entre la France et le Lichtenstein).

¹⁶⁶⁴ Accord signé sur la base de la Convention fiscale signé entre la France et l'Espagne le 10 Octobre 1995 et de la Directive 77/799/CEE (*BOI*, 13K-3-02, 26 mars 2002).

¹⁶⁶⁵ Pour un exemple détaillé d'AER signé par un autre Etat que la France, v. le *Mémoire d'accord entre autorités compétentes des Pays-Bas et du Canada sur la présence d'agents fiscaux officiels d'un Etat sur le territoire de l'autre Etat à des fins de contrôle fiscal* (n°AFZ97/3711, publié au *Government Gazette* n° 231 du 1^{er} décembre 1997 ; v.a. R.R. Knobbout, « Mutual Tax Assistance between Canada and the Netherlands », *op. cit.*, p. 86).

CONCLUSIONS DE LA PARTIE II

418. Cette analyse technique des différentes compétences d'exécution de l'Etat moderne semble montrer que l'objet de la frontière internationale est, contrairement à certaines idées reçues, extrêmement étroit. La notion générique de « contrainte », retenue généralement par la doctrine pour décrire l'objet de la frontière internationale, doit être écartée au profit de la seule « coercition », ou « contrainte de type coercitif ». Dès que l'on s'éloigne de la violence, de la coercition *stricto sensu*, la frontière redevient perméable et cesse de produire ses effets contraignants sur la personne de l'Etat. On assiste, en quelque sorte, à un effacement du principe de l'exclusivité territoriale aussitôt que la violence et la sanction laisse place à la persuasion exercée par la seule production normative. En somme, tant les fonctions que l'objet de la frontière internationale sont indissociables de l'origine de la souveraineté moderne, à savoir le monopole de la violence légitime sur un espace strictement circonscrit.

Conclusions Générales

419. L'étude des fonctions remplies par la frontière internationale à partir du droit international, de la théorie du droit et de la science politique a permis de reconnaître l'existence d'un lien profond entre cette frontière, le territoire de l'Etat (au sens juridique et politique) et la notion moderne de souveraineté. La frontière internationale qui limite *de jure* la puissance publique est la fois une manifestation et une condition de cet axiome autour duquel s'est structurée la plupart des institutions de la modernité politique : l'exclusivité territoriale. C'est en effet la centralisation de la faculté de contraindre autour d'un espace strictement délimité qui a donné à l'Etat moderne sa spécificité, c'est-à-dire la notion moderne de souveraineté. Constat qui semble accréditer les théories juridiques qui voient dans le territoire un élément constitutif de l'Etat moderne, c'est-à-dire un élément de son *être* et non de son *avoir*. Puis, l'analyse s'est tournée vers les questions plus concrètes qui touchent à l'objet de la frontière internationale. Elle a alors permis d'écarter l'hypothèse qui voudrait que la puissance législative s'arrête aux frontières de l'Etat. Le principe de territorialité des lois n'est pas une manifestation, parmi d'autres, de la frontière internationale. L'impénétrabilité de cette dernière, au contraire, ne vise que l'*imperium stricto sensu* de l'Etat. La frontière internationale, en tant qu'élément constitutif de la notion moderne de souveraineté, ne s'intéresse qu'à la part irréductible et primitive de cette dernière : le monopole de la violence légitime¹⁶⁶⁶. C'est pourquoi ce n'est pas l'appel à la violence, ni sa menace, mais bien son usage qui constitue l'objet particulier de cette frontière: la coercition, ou l'exécution « véritablement

¹⁶⁶⁶ V. *supra* Titre IPartie IChapitre ISection 1§1:B. et Titre IPartie IChapitre ISection 2§2:B. 2) .

forcée ». En somme, cet exercice de théorisation de la frontière semble avoir permis de récolter quelques fruits : l'intelligibilité du droit positif en ressort, par certains aspects, renforcée. Pour s'en convaincre, en guise de conclusion, une dernière donnée empirique sera soumise au crible de cette définition : le processus communautaire d'intégration négative appliqué au droit fiscal. Alors même que le marché intérieur se présente officiellement comme « un espace sans frontières intérieures »¹⁶⁶⁷ dont la réalisation repose principalement sur l'application des libertés de circulation¹⁶⁶⁸, il semblerait que les acteurs de cette construction communautaire n'ont pas réellement une idée précise de la nature, ni de la consistance, de cette notion de « frontières intérieures » qui est supposée guider leurs actions. C'est particulièrement vrai du juge national ou européen qui, dans l'application des libertés de circulation, est chargé de veiller à ce que les Etats membres respectent les obligations découlant du marché intérieur. Car après plus de vingt-cinq ans de jurisprudence fiscale, l'étendue comme la nature des obligations pesant sur les Etats membres en application du droit communautaire originaire restent l'objet d'une indétermination préoccupante¹⁶⁶⁹. Il faut donc espérer que la définition de la frontière développée en l'espèce soit susceptible d'y apporter quelques lumières.

420. Au regard des éléments qui composent la notion moderne de frontière, il est acquis que la frontière internationale se place en dehors du processus

¹⁶⁶⁷ Article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) : « Le marché intérieur comporte **un espace sans frontières intérieures** dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités » (souligné par l'auteur). V. a. T. Lambert et G. Orsini, « Introduction à l'étude de la territorialité fiscale », *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁶⁸ Ces libertés de circulation peuvent, le cas échéant, être appuyées d'une action du législateur européen qui, en application de l'article 114 du TFUE (ex-article 95 CE), est en mesure d'adopter des dispositions qui « ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur » (v. n. L. Dubouis et C. Blumann, *Droit matériel de l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 316, §490).

¹⁶⁶⁹ V. n. D. Berlin, « Chronique de jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 1997-31 décembre 1997) », *RTD eur.*, n° 2, 1998, p. 259 : « le droit communautaire devient de moins en moins prévisible » ; M. Luby, « Libre établissement des sociétés et fiscalité directe : un bilan contrasté », *Europe*, n° 1, janvier 2002, p. 5 : « si la Cour accentue, année après année, le jeu extensif du droit d'établissement, c'est au travers de chemins tortueux, incertains, voire sans issue, qu'elle poursuit ou rebrousse. Le vocable utilisé est ambigu, empruntant à des distinguos subtils (et inutiles ?) entre les notions « d'entraves », de mesure « distinctement » ou « indistinctement » applicable, « clairement discriminatoire » » ; M. Whatelet, « Direct taxation and EU law : integration or disintegration ? », *EC Tax Review*, n° 1, 2004, p. 3 : « the situation is far from being satisfactory, from at least two points of view : first, the legal uncertainty is high, not only for taxpayers but even for national legislators » ;...etc.

d'intégration négative¹⁶⁷⁰. L'administration fiscale d'un Etat membre ne saurait exciper de l'existence du marché intérieur pour aller directement recouvrer un impôt sur le territoire d'un autre Etat membre. De la même manière, il ne fait aucun doute que les frontières-obstacles sont strictement interdites par ce droit communautaire originaire : sauf justification au titre d'une raison impérieuse d'intérêt général, une mesure nationale qui traite de façon moins favorable des circulations intra-communautaires par rapport à des circulations intérieures comparables constitue une restriction incompatible avec l'existence d'un marché intérieur¹⁶⁷¹. Faut-il en conclure que la notion de « frontière intérieure » à laquelle se réfère le Traité correspond, ni plus ni moins, à la notion de « frontières-obstacles » définie plus haut¹⁶⁷² ? Rien n'est moins sûr : subsiste dans la jurisprudence de la Cour de Justice une zone grise qui est actuellement au cœur de nombreuses controverses doctrinales. Il s'agit du traitement de certaines mesures nationales qui ont pour objet de *déterminer* (à défaut de « délimiter ») la compétence fiscale des Etats membres¹⁶⁷³. Non-discriminatoires par leur objet, ces mesures ne sont pas pour autant toujours dépourvues d'effet restrictif sur les échanges intra-communautaires. C'est particulièrement vrai de certaines règles fiscales de source¹⁶⁷⁴ qui, à l'instar du principe de territorialité de l'impôt (les dites « normes séparatrices »), contribuent à aggraver la fragmentation de la matière imposable le long des frontières internationales¹⁶⁷⁵. Est-ce que l'évolution en cours de la jurisprudence fiscale de la Cour de Justice, notamment en raison du glissement sémantique de la

¹⁶⁷⁰ V. *supra* p. 68 et 403.

¹⁶⁷¹ V. n. L. Brosens, « Thin capitalization rules and EU law », *EC Tax Review*, n° 4, 2004, p. 192 : « Since the protection of cross-border economic transaction is at issue, the relevant comparison factor is the hypothetical purely domestic situation, which is equivalent to the cross-border element. Consequently, if a Member State treats a cross-border transaction worse than a similar domestic transaction, discrimination may be at issue if it cannot be justified » ; H. Onno Ruding, « The long way to removing obstacles in Company Taxation in Europe », *European Taxation*, n° 3, janv. 2002, p. 4 : « Tax obstacles are being defined as cases of distortions where companies face discrimination in their tax treatment in the European Union on cross-border transactions (trades, investments, shareholdings, etc.), by being subject to double taxation (subject to tax in two countries) or a higher tax burden within a country than domestic companies for a similar transaction or profit » ; ...etc.

¹⁶⁷² V. *supra* p. 66.

¹⁶⁷³ V. *supra* Titre II Partie I Chapitre I Section 2 § 1 : B. 1) b. ii. .

¹⁶⁷⁴ La notion de règle de source est ici employée dans son acceptation large : elle recouvre l'ensemble des critères de rattachement (territorial, personnel ou hybride) susceptibles d'être retenus par la loi fiscale aux fins de la *détermination* de la compétence de l'Etat ou, dans un cadre conventionnel, aux fins de la *distribution* de l'exercice de la compétence fiscale pré-existante des Etats impliqués (v. *supra* Titre II Partie I Chapitre I Section 1 § 2 : B. 2) a.).

¹⁶⁷⁵ P.J. Wattel et B.J. Terra, *European Tax Law*, 5^{ème} éd., Kluwer, 2008, p. 1.

notion de *discrimination* à celle d'*entrave*¹⁶⁷⁶, reflète un élargissement de la notion de « frontière intérieure » susceptible d'y inclure les règles de source qui participent à la fragmentation du marché intérieur en une pluralité de juridictions fiscales ? Deux positions doctrinales s'affrontent actuellement sur ce sujet crucial pour l'avenir du droit fiscal interne, international et communautaire.

421. D'un côté, il y a ceux qui sont favorables à un affranchissement complet des règles fiscales de source par rapport aux libertés de circulation. Ils considèrent que les Etats devraient être « libres de fixer les limites de leurs territoires fiscaux respectifs »¹⁶⁷⁷, car l'objectif du marché intérieur n'est pas tant « de supprimer la frontière fiscale en ce qu'elle marque la limite du droit d'imposer de chaque Etat membre, mais de faire en sorte que cette frontière soit neutre par elle-même, c'est-à-dire qu'elle n'ajoute pas aux impositions nationales des taxes ou charges spécifiques ayant pour seule origine le franchissement de la frontière »¹⁶⁷⁸. Plus précisément, ces auteurs estiment que les restrictions aux libertés de circulation qui sont la conséquence directe du phénomène dit de « dislocation »¹⁶⁷⁹, et non d'une discrimination, ne sont pas interdites par le Traité. Par restriction imputable au phénomène de dislocation, ils entendent exclure du champ des libertés l'ensemble des désavantages fiscaux qui trouvent leur source dans le fait que

¹⁶⁷⁶ V. n. D. Berlin, « Chronique de jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 2000-31 décembre 2000) », *RTD eur.*, n°3, 2002, p. 596 : « il est important de remarquer que le glissement de la notion de discrimination à celle d'entrave reflète outre un élargissement considérable de la portée fiscale des dispositions du Traité relatives aux libertés fondamentales, mais également une confrontation brutale entre la logique du droit fiscal international et celle du droit communautaire qui ont parfois du mal à coexister » ; J. Kokott, concl. sous l'affaire C-282/07, *Truck Center SA*, présentées le 18 septembre 2008, Rec. 2009, pt 31 : « La liberté d'établissement ne se réduit cependant pas à une simple interdiction de discrimination, car elle comporte également une interdiction d'entrave. (...) doit être considéré comme une entrave à la liberté d'établissement toute mesure qui interdit, gêne ou rend moins attrayant l'exercice de ladite liberté » ; E. Mignon, « L'apport des juridictions communautaire et européenne au droit fiscal français », *Petites Affiches*, n° 97, 2002, p. 62 : « Une restriction et une discrimination, aussi appelée restriction discriminatoire, sont deux choses différentes. Il n'est pas toujours évident de les distinguer » ; ...etc.

¹⁶⁷⁷ P. Derouin, « Différence de traitement fiscal résultant des conventions entre Etats de l'Union », *DF*, n° 30-35, 2005, p. 1293.

¹⁶⁷⁸ P. de Fréminet, « La fiscalité de l'épargne en Europe », *RMC*, n° 363, 1992, p. 890.

¹⁶⁷⁹ V. n. L. Hinnekens, « Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe », *L'Année fiscale*, 2004, p. 56 : « La « dislocation », de fait, expose la société qui y procède au risque de la double imposition de son revenu étranger et/ou à des formalités, comptabilités et charges administratives supplémentaires, qui sont de nature à entraver le libre exercice de son droit d'établissement. Cette imposition ne constitue cependant pas une discrimination, puisqu'il y a une différence objective avec la situation interne » ; P.J. Wattel, « Corporate tax jurisdictions in the EU with respect to branches and subsidiaries ; dislocation distinguished from discrimination and disparity ; a plea of territoriality », *EC Tax Review*, n° 4, 2003, p. 194 ; P.J. Wattel et B.J.M. Terra, *European Tax Law*, *op. cit.*, p. 48 ;

la base imposable du contribuable s'étend sur plusieurs juridictions fiscales et suscite, à ce titre, « le besoin de diviser cette base imposable entre les juridictions fiscales impliquées »¹⁶⁸⁰. Ces désavantages ne sont donc pas réellement imputables au comportement unilatéral d'un Etat membre, mais plutôt à l'existence d'une pluralité de juridictions fiscales pourvues de règles de source propres et autonomes¹⁶⁸¹. Bref, ignorer le fait que le contribuable qui s'expose dans l'exercice de son activité économique à une pluralité de juridictions fiscales rentre dans une situation objectivement différente de celle d'un contribuable qui ne s'expose qu'à une seule juridiction fiscale, reviendrait pour ces auteurs à nier la réalité du marché intérieur : un espace encore composé d'une pluralité de juridictions fiscales qui, en conformité avec le Traité, sont séparées par des frontières internationales¹⁶⁸². La conséquence logique de ce raisonnement est que « toute mesure nationale pouvant affecter la liberté de circulation n'est pas nécessairement condamnable si elle n'a pas de caractère discriminatoire »¹⁶⁸³. La Cour de Justice n'a pas été insensible à ces analyses. Son avocat général (AG) L.A. Geelhoed, en particulier, s'est fait le porte-drapeau de cette doctrine en introduisant dans ses conclusions une distinction subtile entre les « restrictions authentiques » interdites par le Traité et les « quasi-restrictions » compatibles avec celui-ci, selon le critère central de l'existence ou non d'une discrimination¹⁶⁸⁴. Précisons que cette notion de quasi-restriction recouvre notamment, pour l'AG, les distorsions « découlant

¹⁶⁸⁰ P.J. Wattel et B.J.M. Terra, *European Tax Law* (trad. de l'auteur), *op. cit.*, p. 48 : « the disadvantageous tax effect is caused by the fact that the tax base (the income) falls within two jurisdictions, causing the need to divide that tax base between the two jurisdictions involved and to apply double tax relief mechanisms ». Plus loin, ces auteurs précisent que « the disadvantageous tax effect occurs because of cross-border activity of a taxpayer, but one cannot say that one single jurisdiction (either the residence State or the source State) is to blame (therefore, no discrimination or restriction is afoot), and one cannot say either that the effect is caused by a disparity, since both States apply the same (but equally inconsistent) tax system ».

¹⁶⁸¹ D. Weber, « In Search of a (New) Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within the EC », *Intertax*, Vol. 34, n° 12, 2006, p. 588 : « They do not occur because there is a single tax system but because there are discrete sovereign tax systems that exist simultaneously, each having its own rules and which rules are not (always) harmonized ».

¹⁶⁸² P.J. Wattel, « Corporate tax jurisdictions in the EU with respect to branches and subsidiaries ; dislocation distinguished from discrimination and disparity ; a plea of territoriality », *op. cit.*, p.194 : « Sooner or later, however, the Court will have to recognize (...) that being subject to two or more taxing jurisdictions is not the same thing as being subject to only one (at least not if national fiscal sovereignty has any significance and the Court's referral to it is not just lip service) ».

¹⁶⁸³ P. Martin, « La portée fiscale des libertés communautaires de circulation : réflexions au regard du droit interne », *DF*, n° 44, 2000, p.1446.

¹⁶⁸⁴ L.A. Geelhoed, concl. présentées le 23 février 2006 sous l'affaire C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Rec. 2006 p. 11-13, pt 35 à 55.

inévitablement de la coexistence de systèmes fiscaux nationaux »¹⁶⁸⁵. Si la Cour de Justice n'est pas allée jusqu'à reprendre explicitement cette distinction formulée par son AG, elle a cependant rendu plusieurs décisions qui se rallient implicitement à cette interprétation stricte des obligations découlant du marché intérieur. Les plus symptomatiques sur ce sujet sont, entre autres¹⁶⁸⁶, les décisions *Kerckhaert et Morres*¹⁶⁸⁷ et *X Holding B.V.*¹⁶⁸⁸. Dans la première affaire, la Cour de justice dit pour droit que les libertés de circulation n'engendrent pas l'obligation, du chef des Etats membres, d'éliminer les conséquences défavorables (en l'espèce une double imposition juridique) qui « découlent de l'exercice parallèle par deux Etats de leur compétence fiscale »¹⁶⁸⁹. Dans la seconde affaire, la Cour de Justice va accepter la compatibilité avec les libertés de circulation d'une législation nationale qui ouvre la possibilité à une société mère de consolider ses résultats fiscaux avec sa filiale résidente, mais interdit cette consolidation fiscale avec une filiale non-résidente. Car dans le premier cas les bénéficiaires de la filiale sont sous l'emprise de la compétence fiscale de l'Etat membre en application de ses propres règles de source, alors que dans le second cas les bénéficiaires de la filiale y échappent en application de ces mêmes règles de source¹⁶⁹⁰. Or, comme la Cour a eu l'occasion de le répéter à plusieurs reprises, les Etats membres sont libres « de fixer les facteurs de rattachement aux fins de la répartition de la compétence fiscale »¹⁶⁹¹. Reste que la

¹⁶⁸⁵ L.A. Geelhoed, concl. présentées le 23 février 2006 sous l'affaire C-374/04, *op. cit.*, pt 37.

¹⁶⁸⁶ V. n. CJCE, 12 mai 1998, C-336/96, *Époux Robert Gilly*, Rec., 1998, p. 2823 ; CJCE, 5 juill. 2005, C-376/03, *D.*, *JO C* 271 du 29 oct. 2005, p. 4 ; CJCE, 12 juill. 2005, C-403/03, *Egon Schemp*, *JO C* 217 du 3 sept. 2005, p. 12 ; CJCE, 21 fév. 2006, C-152/03, *Ritter-Coulais*, *JO C* 131 du 3 juin 2006, p. 2 ; CJCE, 12 déc. 2006, C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, *JO C* 331 du 30 déc. 2006 p.3 ; CJCE, 6 déc. 2007, C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co*, *JO C* 271 du 29 oct. 2007, p. 3 ; CJCE, 20 mai 2008, C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, *JO C* 171 du 5 juill. 2008 p.4 ; CJCE, 22 déc. 2008, C-282/07, *Truck Center SA*, *JO C* 153 du 04 juin 2009, p.39 ; ...etc.

¹⁶⁸⁷ CJCE, 14 nov. 2006, C-513/04, *Kerckhaert et Morres*, *JO C* 326 du 30 dec. 2006, p.6.

¹⁶⁸⁸ CJCE, 11 fév. 2010, C-337/08, *X Holding B.V.*, *JO C* 100 du 17 avril 2010, p.3.

¹⁶⁸⁹ CJCE, 14 nov. 2006, C-513/04, *Kerckhaert et Morres*, *op. cit.*, pt. 20 ; v. a. L. Bernardeau, « Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (janv./mars 2007) », *DF*, n° 25, 2007, p. 25 : « On sait en effet que, en application du principe de territorialité, une restriction qui ne résulte que de la seule disparité des législations fiscales et de l'exercice parallèle de compétences fiscales ne tombe pas sous le coup de l'exigence d'égalité de traitement fiscal ».

¹⁶⁹⁰ CJCE, 11 fév. 2010, C-337/08, *X Holding B.V.*, *op. cit.*, pt. 43.

¹⁶⁹¹ V. n. CJCE, 14 déc. 2006, C-170/05, *Denkavit Internationaal et Denkavit France*, *JO C* 331 du 30 déc. 2006, p.11, pt 43-44 ; CJCE, 12 mai 1998, C-336/96, *Époux Robert Gilly*, *op. cit.*, pt. 30 ; v. a. D. Berlin, « Chronique de jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 2001- 31 octobre 2003) », *RTD eur.*, n° 4, 2003, p. 167-168 ; D. Weber, « In Search of a (New) Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within the EC », *op. cit.*, p. 586 : « the power to determine the criteria for the levy of taxes with a view to defining taxation rights and avoiding double taxation lies with the Member States ».

jurisprudence de la Cour de Justice en la matière est loin d'être univoque. Pire, l'idée que des restrictions imputables au phénomène de dislocation seraient compatibles avec le marché intérieur est loin d'être partagée par tout le monde.

422. De nombreux auteurs considèrent, avec la Commission Européenne¹⁶⁹², que le respect du seul principe de non-discrimination ne permet pas de mettre un Etat membre en conformité avec les exigences découlant du marché intérieur¹⁶⁹³. Ce dernier instituerait, au contraire, « une véritable obligation de fluidité des biens et des personnes au sein de l'Union, que les uns ou les autres quittent un État ou qu'ils viennent s'y établir »¹⁶⁹⁴. Cette fluidité se traduirait, notamment, par une logique du « toujours quelque part » (« *always somewhere* »¹⁶⁹⁵) : une obligation, à la charge des Etats membres, d'organiser leur compétence fiscale respective d'une façon qui permette de prendre en compte au moins une fois, et rien qu'une fois, un déficit ou un revenu à l'intérieur de l'Union Européenne¹⁶⁹⁶. Autant dire que pour ces auteurs, les règles de source internes ou conventionnelles qui participent à la compartimentation du marché intérieur, à l'instar du principe de territorialité de l'impôt, ne sauraient être à l'origine de distorsions fiscales

¹⁶⁹² V. n. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Économique et Social Européen, *Le traitement des pertes dans les situations transfrontalières*, le 19.12.2006, COM(2006)824 final, p. 3 : « Le manque (ou la limitation) de compensation transfrontalière constitue un obstacle à l'entrée sur d'autres marchés, maintenant ainsi une segmentation artificielle du marché intérieur selon une logique nationale ».

¹⁶⁹³ V. n. R. Lyal, « EU Report », in : *Non-Discrimination at the crossroads of international taxation*, Cahiers de l'IFA, vol. 93a, 2008, p. 59 : « a narrow interpretation of the freedoms confined to the simple application of that concept [non-discrimination] would fail to grasp the requirements of the internal market » ; v. a. dans le même article, p. 71 : « An ND rule cannot solve all the problems faced by persons who engage in cross-border transactions. For example, a migrant worker may find that the tax burden is greater in the state of employment, or that tax advantages such as income splitting are not available there. More generally, persons and companies which work or do business across frontiers are faced with a range of tax problems, from additional administrative burdens to varying tax treatment of items of revenue ».

¹⁶⁹⁴ E. Ginter, « Appréciation des mesures fiscales nationales au regard des principes de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation des capitaux », *DF*, n° 15, 2003, p. 589.

¹⁶⁹⁵ P.J. Wattel, « Fiscal cohesion, fiscal territoriality and preservation of the (balanced) allocation of taxing power; what is the difference? », in: *The influence of European law on direct taxation : recent and future developments* (sous la dir. A. Aan Den Rijn), Kluwer Law International, 2007, pt.13.

¹⁶⁹⁶ G.T.K. Meussen, « Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishment : Lidl Belgium and Deutsche Shell », *European Taxation*, IBFD, 2008, p. 223 : « a real economic loss should be taken into consideration either by the source Member State or the home Member State of the (parent) company » ; F. Vanistendael, « The ECJ at the crossroads : balancing tax sovereignty against the imperatives of the single market », *European Taxation*, IBFD, n° 9, 2006, p. 419 : « in the Single Market, income should be taxed effectively once and that deductions or credits should also be applied only once ».

sans rentrer en contrariété avec le droit communautaire originaire¹⁶⁹⁷. Pour arriver à cette conclusion, ces auteurs s'appuient généralement sur une interprétation extensive du « concept de marché intérieur »¹⁶⁹⁸ et, par la même occasion, de la notion co-substantielle de « frontière intérieure »¹⁶⁹⁹. Ce courant semble avoir exercé, comme le précédent, une influence considérable sur la jurisprudence de la Cour de Justice¹⁷⁰⁰. Dans l'affaire *Schumacker*¹⁷⁰¹, par exemple, un désavantage fiscal découlant d'une incompatibilité entre les règles de source de deux Etats membres a été à l'origine d'une condamnation de l'Etat de la source du revenu pour contrariété avec les libertés de circulation, alors même que l'Etat de la résidence du contribuable aurait pu être également tenu pour responsable de cette distorsion¹⁷⁰². Un raisonnement comparable permettra à la Cour de

¹⁶⁹⁷ V. n. W. Schön, « Losing Out at the Snooker Table: Cross-Border Loss Compensation for PEs and the Fundamental Freedoms », in : *A vision of Taxes within and outside European Borders* (sous la dir. de L. Hinnekens and P. Hinnekens), Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael, Kluwer Law International, 2008, p.825 : « Any ``compartmentalization`` of the Internal Market in tax matters which provide for profit and loss offset only within a given territory will force the economic agents to concentrate their investment in one Member State, thus endangering the overarching aim of optional allocation of ressources within the territory of the European Union as such » ; M. Wathelet, « Refus d'harmonisation fiscale et condamnations de la CJCE : cohabitation diabolique », *RJF*, n°7, 2005, p. 482 : « Cela n'aurait d'ailleurs dû surprendre personne qu'on découvre un jour qu'on ne pouvait créer un grand marché intérieur, sans que jamais les systèmes fiscaux nationaux puissent être considérés comme des obstacles à la libre circulation ou des restrictions à la concurrence » ; Communication de la Commission Européenne, *Le traitement des pertes dans les situations transfrontalières*, *op. cit.*, p. 6 : « Si les pertes subies par les établissements stables ne peuvent pas être compensées par les bénéfices du siège central (« compensation verticale des pertes en amont »), il existera une différence de traitement par rapport à une situation purement nationale. L'exercice de la liberté d'établissement perd alors de son attrait et il est possible qu'une société renonce à implanter un établissement perd alors de son attrait (...). Une telle différence de traitement constitue un obstacle à la liberté d'établissement, ce qui est interdit par l'article 43 CE » ; ...etc.

¹⁶⁹⁸ F. Vanistendael, « Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms ? », *EC Tax Review*, n° 2, 2008, p. 61 ; v. a. F. Vanistendael, « The ECJ at the crossroads : balancing tax sovereignty against the imperatives of the single market », *op. cit.*, p. 419 : « It is here [the Single Market] that there is room for further ECJ action, without requiring the Court to make political choices. Even if two national tax systems or two tax treaties are in question, the ECJ is entitled to base its decisions on the nature and the internal logic and (yes !) on the cohesion of the tax systems to eliminate double taxation, whereby one system must leave the priority to tax to another ».

¹⁶⁹⁹ J. Monsenego, « Réflexions sur les conséquences de l'abrogation de l'article 293, alinéa 2 du Traité », *DF*, n°9, 2011, p. 17 : « il est possible de s'interroger sur la notion même de marché intérieur. L'article 26 du TFUE fait référence à « un espace sans frontières intérieures », ce qui tend à rapprocher le marché intérieur des conditions existant au sein d'un seul et même Etat. (...) Si l'objectif du marché intérieur est de se rapprocher des conditions existants au sein d'un seul et même Etat, alors la double imposition internationale est en conflit avec cet objectif ».

¹⁷⁰⁰ V. n. CJCE, 18 juill. 2007, C-182/06, *Hans Ulrich Lakebrink et Peters Lakebrink*, JO C 211 du 8 sept. 2007, p.7 ; CJCE, 28 fév. 2008, C-293/06, *Deutsche Shell GmbH*, JO C 107 du 26 avril 2008, p.4 ; CJCE, 15 mai 2008, C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co KG*, JO C 171 du 5 juill. 2008, p.6 ; CJCE, 16 oct. 2008, C-527/06, *Renneberg*, JO C 313 du 6 dec. 2008 p.4 ; ...etc.

¹⁷⁰¹ CJCE, 14 fév. 1995, C-279/93, *Schumacker*, Rec. 1995, p.I-225.

¹⁷⁰² Dans cette affaire, c'est le mécanisme de l'exonération du revenu dans l'Etat de la résidence (règle de source propre à la Belgique), combiné à une imposition des seuls revenus de source territoriale dans l'Etat de la source (règle de source propre à l'Allemagne), qui est à l'origine du désavantage fiscal contesté par le contribuable : le fait de ne pas pouvoir être imposé en fonction de sa capacité contributive, en particulier sa situation personnelle et familiale. Or, contrairement à ce que laisse entendre la Cour (CJCE, *Schumacker*, *op. cit.*, pt 41), rien n'empêchait en l'espèce à l'Etat de la résidence (Belgique) de changer ses propres règles de source pour permettre

Justice, dans l'affaire *Marks & Spencer*¹⁷⁰³, d'ignorer les effets d'un changement de juridiction fiscale pour apprécier de la conformité d'un régime fiscal de groupe de sociétés¹⁷⁰⁴. Le résultat est édifiant : une règle fiscale de source (le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés au Royaume-Uni) a été déclassée de la catégorie des compétences retenues des Etats membres par la Cour de Justice, pour être soumise au respect des libertés de circulation : « la circonstance qu'il [l'Etat de la résidence] n'impose pas les bénéfices des filiales non résidentes d'une société mère établie sur son territoire ne justifie pas, *en soi*, une limitation du dégrèvement de groupe aux pertes subies par les sociétés résidentes »¹⁷⁰⁵. Il ne fait d'ailleurs aucun doute, pour les auteurs qui souscrivent à cette approche dite de la « cohésion transfrontalière »¹⁷⁰⁶ ou du « Marché Unique Européen »¹⁷⁰⁷, que la faculté de consolider fiscalement des pertes transfrontalières à l'intérieur d'un groupe de sociétés est plus qu'un idéal du droit communautaire : « il s'agit d'une exigence d'un marché intérieur sans frontières »¹⁷⁰⁸. C'est donc bien l'idée d'un marché intérieur comparable à un véritable territoire communautaire qui permet, à ce courant doctrinal, de justifier une interprétation audacieuse des libertés de circulation.

la prise en compte des revenus de source étrangère du contribuable et, par la même occasion, pour éliminer la distorsion fiscale dont il était la regrettable victime.

¹⁷⁰³ CJCE, 13 décembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, JO C 36 du 11 fév. 2006, p. 5 ; v. a. M.M. Poiars Maduro, concl. présentées le 7 avril 2005 sous l'affaire C-446/03, *Marks & Spencer*, Rec. p. I-10837.

¹⁷⁰⁴ L. Hinnekens, « Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe », *L'Année fiscale*, 2004, p.56 : La Cour de Justice semble oublier dans cette décision lorsque « une société s'étend par l'établissement d'une succursale ou d'une filiale au-delà de la frontière, elle ne se trouve plus, objectivement, dans la même position que celle d'une société qui ne connaît pas un tel déploiement et ne court pas, ainsi, le risque d'être exposée à deux juridictions fiscales distinctes » ; P.J. Wattel et B.J.M. Terra, *European Tax Law*, op. cit., p.29: « the Court simply ignores a change in taxing jurisdiction as a relevant difference »;

¹⁷⁰⁵ CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, op. cit., pt. 40 (souligné par l'auteur) ; v. a. S. Eden, « The Obstacles Faced by the European Court of Justice in Removing the 'Obstacles' Faced by the Taxpayer : the Difficult Case of Double Taxation », *British Tax Review*, n°6, 2010, p. 613.

¹⁷⁰⁶ P. Cussons et E. Fitzgerald, « EU Report », in : *The Attribution of Profits to Permanent Establishment*, Cahiers de l'IFA, vol. 91B, 2006, p. 84.

¹⁷⁰⁷ H. Van Den Hurk et J. Korving, « The ECJ's Judgment in OESF – Is Horizontal Discrimination a Threat to the Internal Market? », *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, n° 3, 2009, p. 99.

¹⁷⁰⁸ I. Doerr, « A step forward in the field of european corporate taxation and cross border loss relief : some comments on the « Marks & Spencer » Case » (trad. par l'auteur), *Intertax*, n° 4, 2004, p. 186 : « In any case, cross-border relief within a group of companies is more than a wishful thinking in Community Law, it is a requirement of an internal market without borders ».

423. En résumé, la profondeur des divergences qui peuvent séparer les deux formes d'interprétation de la notion de « frontière intérieure » exposées ici laisse peu de place au compromis, ou à une forme de conciliation. Dans le même temps, des arguments de poids semblent se situer des deux côtés de la balance, empêchant le juge de trancher clairement en faveur de l'une de ces interprétations. Bref, le droit fiscal communautaire semble être actuellement confronté à une véritable impasse. À moins qu'une connaissance plus précise de la nature et de la consistance de la frontière moderne, à l'instar de la définition esquissée dans cet ouvrage, soit en mesure d'y apporter quelques éléments de clarification. Cette étude a montré que les règles fiscales de source, en l'absence de caractère discriminatoire, ne rentrent pas dans la catégorie des frontières obstacles. De surcroît, contre l'illusion entretenue par les théories du *Grenzrecht*, cette étude a démontré que ces règles de source, même sous la forme symptomatique du principe de territorialité de l'impôt, ne correspondent ni à une composante, ni à une manifestation de la frontière internationale. Par conséquent, à supposer que les termes dans le monde du droit aient encore une signification précise, force est de reconnaître que celui de « frontière intérieure » employé dans le Traité ne peut pas couvrir les règles fiscales de source, pas plus d'ailleurs que les autres normes qui ont pour objet de définir le champ spatial et personnel de la compétence normative d'un Etat. Il est vrai, cependant, que le principe de territorialité entretient des liens étroits avec la frontière internationale¹⁷⁰⁹. Reste que ceux-ci sont de nature extra-juridique et que, de toute façon, cette frontière internationale qui sépare le territoire des Etats a été implicitement reconnue par le droit communautaire originaire. En somme, il apparaît clair qu'un espace sans frontière, débarrassé à la fois des frontières obstacles et des frontières internationales, ne se limiterait pas à un espace octroyant un droit de circulation (« *a right of cross-border circulation* »¹⁷¹⁰). Un tel espace supposerait également que la faculté de contraindre, laquelle est généralement suivie de près de la puissance de faire et de casser les lois¹⁷¹¹, soit réunie

¹⁷⁰⁹ V. *supra* Titre II Partie I Chapitre II Section 2.

¹⁷¹⁰ L. Brosens, « Thin capitalization rules and EU law », *op. cit.*, p. 192.

¹⁷¹¹ V. *supra* Titre I Partie I Chapitre I Section 1 § 3: A. .

entre les mains d'une seule autorité¹⁷¹². Ici doit cependant s'arrêter cette analyse ; car il n'est pas dans l'intention de l'auteur de trancher une question aussi complexe que celle de la nature et de la portée des obligations découlant du marché intérieur. L'objectif est plus modeste et, semble-t-il, déjà atteint : mettre en exergue les avantages que peuvent présenter les éléments exposés dans cet ouvrage sur la frontière pour l'analyse du droit positif.

¹⁷¹² V. a. *supra* Titre II Partie II Chapitre I Section 2 § 1 : B. 2) b. .

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

A. Ouvrages de droit fiscal

- ARDANT (G.), *Histoire de l'impôt*, Livre 1 : « De l'Antiquité au XVIII^{ème} siècle », Fayard, coll. Les grandes études historiques, 1971 ;
- ASAKURA (H.), *L'histoire de la douane et des tarifs douaniers*, 1^{ère} éd., éd. de l'Organisation Mondiale des Douanes, 2003 ;
- BERLIN (D.), *Droit fiscal communautaire*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Droit Fondamental, 1988 ;
- BERR (J.C.) et TRÉMEAU (H.), *Le droit douanier communautaire et national*, 7^{ème} éd., Economica, coll. Droit des Affaires et de l'Entreprise, 2006 ;
- BIENVENU (J.J.) et LAMBERT (T.), *Droit fiscal*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2003 ;
- BUR (C.), *L'acte anormal de gestion ou le premier risque fiscal pour l'entreprise*, Formation Entreprise, coll. Audit juridique comptable et fiscal, 1999 ;
- CARTOU (L.), *Droit fiscal international et européen*, 1^{ère} éd., Dalloz, 1981 ;
- CARTOU (L.), *Droit fiscal international et européen*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1986 ;

- CASTAGNÈDE (B.), *Précis de fiscalité internationale*, 2^{ème} éd., PUF, coll. Fiscalité, 2006 ;
- COLLET (M.), *Droit fiscal*, 1^{ère} éd., PUF, 2007 ;
- COMMUNIER (J.M.), *Droit fiscal communautaire*, Bruylant, 2001 ;
- COZIAN (M.), *Précis de fiscalité des entreprises*, 29^{ème} éd., Litec, coll. Litec fiscal, 2005 ;
- COZIAN (M.), *Précis de fiscalité des entreprises*, 31^{ème} éd., Litec, coll. Litec fiscal, 2007 ;
- CHADEFaux (M.), *Les fusions de sociétés, Régime juridique et fiscal*, 6^{ème} éd., Groupe Revue fiduciaire, 2005 ;
- CHRÉTIEN (M.), *À la recherche du Droit International Fiscal Commun : Étude de droit positif à partir de la jurisprudence des cours internationales*, Sirey, Paris, 1955 ;
- DEROUIN (P.) et MARTIN (P.), *Droit communautaire et fiscalité*, Litec, coll. Litec Fiscale, 2004 ;
- DOUVIER (P.-J.), *Droit fiscal dans les relations internationales*, Pedone, coll. Études Internationales, 1996;
- FINNERTY (J.C.), MERKS (P.), PETRICCIONE (M.) et RUSSO (R.), *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam, 2007 ;
- GASTINEAU (P.), *La fiscalité des groupes de sociétés*, Litec, coll. Litec Fiscal, 2003 ;
- GEST (G.) et TIXIER (G.), *Droit fiscal international*, 2^e éd., PUF, Coll. Droit fondamental, 1990 ;
- GOUTHIERE (B.), *Les impôts dans les affaires internationales*, 6^{ème} éd., Francis Lefebvre, 2004 ;
- GOUTHIERE (B.), *Les impôts dans les affaires internationales*, 8^{ème} éd., Francis Lefebvre, 2010 ;
- GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.), *Procédures fiscales*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2007 ;
- HECKLY (C.), *Fiscalité et mondialisation*, L.G.D.J., coll. Systemes. Fiscalité, 2006 ;
- HOLMES (K.), *International Tax Policy and Double Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam, 2007 ;

- KNECHTLE (A.A.), *Basic Problems in International Fiscal Law*, Kluwer Fiscale en Financiele, The Netherlands, 1979;
- LAMORLETTE (T.), *Actes anormaux de gestion*, Economica, 1985 ;
- LAURÉ (M.), *Science Fiscale*, 1^{ère} éd., PUF, 1993 ;
- LEGRAND (G.), *Le recouvrement de l'impôt*, 1^{ère} éd., Litec, 2006 ;
- MARTHA (R.S.J.), *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer, Boston, 1989 ;
- MARTINEZ (J.C.), *La fraude fiscale*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1990 ;
- MARTINIÈRE (D. de la), *L'impôt du diable. Le naufrage de la fiscalité française*, Calman-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1990 ;
- MEHL (L.) et BELTRAME (P.), *Science et techniques fiscales*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Thémis-Droit, 1984 ;
- MOLENAAR (D.), *Taxation of International Performing Artistes: the problems with article 17 OECD and how to correct them*, Doctoral Series, vol. 10, IBFD, 2005;
- RASSAT (P.) et MONSELLATO (G.), *Les prix de transfert*, Laurent du Mesnil, coll. Maxima, Paris, 1998 ;
- ROHATGI (R.), *Basic International Taxation*, vol. 1 : « Principles of International taxation », Richmond Law & Tax, 2005;
- SKAAR (A.A.), *Permanent Establishment. Erosion of a Tax Treaty Principle*, Kluwer, The Netherlands, 1991 ;
- SANDLER (D.), *Pushing the Boundaries: The Interaction Between Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*, The institute of Taxation in collaboration with The Institute for Fiscal Studies, London, 1994;
- STIMSON (E.), *Jurisdiction & Power to tax*, 1933;
- TANZI (V.), *Taxation in an Integrating World*, The Brookings Institution, Washington, 1995;
- TERRA (B.J.M.) et WATTEL (P.J.), *European Tax Law*, 5^{ème} éd., Kluwer, coll. « fiscal studieserie », 2008 ;
- TIXIER (G.), GEST (G.) et KEROGUES (J.), *Droit fiscal international*, Litec, 2^{ème} éd., 1979 ;

- TROTABAS (L.), *Précis de science et législation financières*, 9^{ème} éd., Petits Précis Dalloz, 1947 ;
- VOGEL (K.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3e éd., Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1991;
- WEBER (D.), *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, Kluwer, The Netherlands, 2005 ;
- X., *FRANCE (Business law, taxation, social law)*, 4^{ème} éd., « International series » Francis Lefebvre, Paris, 2004;

B. Autres ouvrages de droit

- ALLAND (D.), *Droit international Public*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Droit Fondamental, Paris, 2000 ;
- ALLIÈS (P.), *L'invention du territoire*, Presse Universitaire de Grenoble, coll. Critique du droit, 1980 ;
- ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e ed., Dalloz, 2006 ;
- ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, trad. de G. Gidel, Sirey, Paris, 1929 ;
- ARANGO-RUIZ (G.), *L'Etat dans le sens du Droit des Gens et la Notion du Droit international*, Cooperativa Libreria Universitaria, Bologna, 1975 ;
- ARNAUD (A.J.), *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, 2^{ème} éd., LGDJ, coll. droit et société, Paris, 2004 ;
- AUBY (J.B.), *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, coll. Clefs/Politique, 2003 ;
- AUDIT (B.), *Droit international privé*, 4^{ème} éd., Economica, coll. Corpusdroitprivé, 2006 ;

- BARANGER (D.), *Le droit Constitutionnel*, 4^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2009 ;
- BARRET-KRIEGEL (B.), *L'Etat et les esclaves*, Payot, Paris, 1989 ;
- BARTIN (E.), *Etudes de Droit International Privé*, A. Chevalier-Maresco & Cie éditeurs, Bibliothèque de jurisprudence civile contemporaine, 1899 ;
- BARTIN (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. 1, 5^{ème} éd., Domat-Montchrestien, 1930 ;
- BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, t. I, 8^e éd., LGDJ, 1993 ;
- BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 1994 ;
- BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.), *Droit matériel de l'Union Européenne*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2004 ;
- BODIN (J.), *Les Six Livres de la République*, 10^e éd. (1593), rééd. Fayard, Corpus des œuvres de philosophie en langue française, 1986 ;
- BURDEAU (G.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, Paris, 1967 ;
- BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, t. II : « L'Etat », 3^e éd., LGDJ, 1980 ;
- BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, PUF, coll. Thémis Droit, 2007 ;
- BYÉ (M.) et DESTANNE (B.G. de), *Relations économiques internationales*, t. I, 4^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis Dalloz, 1977 ;
- CARBASSE (J.-M.) et LEYTE (G.), *L'Etat royal – XII^o-XVIII^o siècles – Une anthologie*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Léviathan, 2004 ;
- CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1920 ;
- CARREAU (D.) et JULLIARD (P.), *Droit international économique*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2007 ;
- CASTALDO (A.), *Introduction historique au droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Droit public Science politique, 2006 ;
- CHEVALLIER (J.), *L'Etat postmoderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003 ;

- CHEVALLIER (J.J.), CARCASSONE (G.) et DUHAMEL (O.), *Histoire de la Ve République (1958-2009)*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2009 ;
- COLLIARD (Cl.A.) et MANIN (A.), *Droit international et histoire diplomatique*, t. I, vol.2, Montchrestien, Paris, 1971 ;
- COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, 8^{ème} éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2008 ;
- COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, 9^{ème} éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2010 ;
- CONNELL (D.P.), *International Law*, vol. 2, 2^{ème} éd., Stevens & Sons, London, 1970 ;
- CONSTANTINESCO (V.), JACQUES (J.P.), KOVAR (R.) et SIMON (D.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, 1992 ;
- CONSTANTINESCO (V.) et PIERRÉ-CAPS (S.), *Droit Constitutionnel*, 2^{ème} éd., PUF, coll. Thémis droit, 2004 ;
- DELAHAYE (Y.), *La frontière et le texte. Pour une sémiotique des relations internationales*, Payot, 1977 ;
- DELMAS-MARTY (M.), *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil Essais, 1998, p.100 ;
- DISTEFANO (G.) et BUZZINI (P.G.), *Bréviaire de jurisprudence internationale. Les fondamentaux du droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2005 ;
- DONNIER (M.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 5^e éd., Litec, 1999 ;
- DUGUIT (L.), *Manuel de droit public français*, t. 1 : « Droit constitutionnel - Théorie générale de l'Etat – Organisation politique », Albert Fontemoing, coll. Manuel de Droit Public Français, 1907 ;
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. 1 : « La règle de droit, le problème de l'Etat », 3^{ème} éd., E. Bocard, 1927 ;
- DUPUY (P.M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, 10^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2010
- DURAND (L.), *Essai de droit international privé*, Rolin, Paris, 1884 ;
- ELLUL (J.), *Histoire des institutions. Le moyen âge*, PUF, coll. Quadrige, 2006 ;

- ELLUL (J.), *Histoire des institutions. XVI^e-XVIII^e siècle*, PUF, coll. Quadrige, 1999 ;
- FAUCHILLE (P.), *Traité de droit international public*, t.1, 8^{ème} éd., Rousseau, Paris, 1922 ;
- FREUND (J.), *L'essence du politique*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2004 ;
- FRICKER (C.V.), *Gebiet und Gebietshoheit, Anhang. Vom Staatsgebiet*, Tübingen, 1901 ;
- GAUDEMET (J.), *Les Institutions de l'Antiquité*, 7^{ème} éd., Montchrestien, coll. Domat, 2002 ;
- GAUDEMET (J.) et BASDEVANT-GAUDEMET (B.), *Introduction historique au droit XIII^e-XX^e siècles*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2003 ;
- GAUDEMET (Y.), *Traité de Droit Administratif*, t. 1, 16^{ème} éd., LGDJ, 2001 ;
- GIULIANO (M.), SCOVAZZI (T.), TREVES (T.), *Diritto internazionale*, vol. 1 et 2, 2^{ème} éd., Giuffrè, Milan, 1983 ;
- GRENN (L.C.), *International law through the cases*, 2^e éd., Stevens & Sons Ltd. London , 1959 ;
- GROTIUS (H.), *Mare liberum – De la liberté des mers*, trad. par A. de Courtin et C. Monet, Presses universitaires de Caen, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1990 ;
- HAGGENMACHER (P.), *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, PUF, Publication de l'IUHEI, Genève, 1983 ;
- HALL (W.E.), *A treatise on International Law*, 8^{ème} éd., A. Pearce Higgins, Oxford University Press, Londres, 1924;
- HAROUEL (J.-L.), BARBEY (J.), BOURNAZEL (E.), THIBAUT-PAYEN (J.), *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, 11^{ème} éd., PUF, coll. Droit Fondamental, 2007 ;
- HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, trad. par M. Van De Kerchove, Facultés universitaire Saint-Louis, Bruxelles, 1976 ;
- HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2002 ;
- HAURIOU (M.), *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence, 3^e année et en doctorat ès-sciences politiques*, 2^{ème} éd., Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1916 ;

- HOBBS (T.), *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, trad. par G. Mairet, Gallimard, coll. Folio/Essai, 2000 ;
- HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, 3^e éd., PUF, 2005 ;
- JELLINEK (G.), *L'Etat moderne et son droit*, t. 1 et 2, Panthéon-Assas, 2005 ;
- JELLINEK (G.), *Gesetz und Verordnung*, Freiburg IB, 1887;
- JENNINGS (R.) et WATTS (R.), *Oppenheim's International Law*, vol.1: « Peace », 9^e éd., Harlow, Longman, 1992;
- JÈZE (G.), *Étude théorique et pratique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international*, V. Girard & F. Brière, Paris, 1896 ;
- JOUANNET (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Pedone, Paris, 1998 ;
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. par C. Eisenmann, 2^{ème} éd., Bruylant-L.G.D.J., 1999 ;
- KELSEN (H.), *Principles of International Law*, New York, 1952;
- LABAND (P.), *Le droit public de l'Empire Allemand*, t. 1, Giard et Brière, coll. Biblio. Internationale de Droit Public, 1900 ;
- LAGHMANI (S.), *Histoire du droit des gens : du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Pedone, Paris, 2003 ;
- LAINÉ (A.), *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le code civil*, t. I et II, Librairie Cotillon, Paris, 1888 et 1892 ;
- LAWRENCE (O.), *The Principles of International Law*, 7^e éd., Winfield, London, 1923;
- LEIBNIZ (G.W.), *Entretien de Philarète et d'Eugène, sur la question du temps, agitée à Nimwègue, touchant le droit d'ambassade des électeurs et princes de l'Empire*, Duisbourg ;
- LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P. de), *Droit international privé*, 8^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2004 ;

- LUNDSTEDT (A.V.), *Law and Justice*, éd. Almqvist et Wiksell, Suède, 1952;
- MACCORMICK (N.) et WEINBERGER (O.), *Pour une théorie institutionnelle du droit*, LGDJ, Paris, 1993 ;
- MANCINI (P.S.), *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti: prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino*, Eredi Botta, Torino, 1851 ;
- MARCIC (R.), *Rechtsphilosophie*, Fribourg en Brisgau, 1969 ;
- MAULIN (E.), *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Léviathan, Paris, 2003 ;
- MAYER (P.) et HEUSÉ (V.), *Droit international privé*, 8^{ème} éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2004 ;
- MEIJERS (E.M.), *Études d'histoire du droit international privé*, vol. I : « Contribution à l'histoire du droit international privé et pénal en France et dans les Pays-Bas aux XIIIe et XIVE siècles », Trad. de P. C. Timbal et J. Metman, C. N. R. S., Paris, 1967 ;
- MOUSNIER (R.), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Quadrige, 2005 ;
- NGUYEN (Q.D.), DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 1980 ;
- NIBOYET (J.P.), *Traité de droit international privé français*, t. IV : « La territorialité », Sirey, 1947 ;
- NIBOYET (J.P.), *Traité de droit international privé français*, t. III, « Conflit de lois, d'autorités et de juridictions (théorie générale) », Sirey, 1944 ;
- NYS (E.), *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, M. Weissenbruch, Bruxelles, 1912 ;
- OLIVECRONA (K.), *Law as fact*, 2^{ème} éd., Stevens, 1971 ;
- ORTOLAN (J.L.), *Explication historique des Institus de Justinien*, t. 1, 4^{ème} éd., Joubert, Paris, 1850 ;
- PACTET (P.) et MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Droit constitutionnel*, 25^{ème} éd., Dalloz, Sirey, 2006 ;
- PERROT (R.) et THÉRY (P.), *Les procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2005 ;

- PILLET (A.), *De l'ordre public en droit international privé*, L. Larose et Forcel, Paris, 1890 ;
- PILLET (A.), *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903 ;
- PUFENDORF (S.), *Le Droit de la nature et des gens : ou systeme general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique (De jure naturae et gentium)*, trad. et notes de J. Barbeyrac, JR Thourneisen, Bâle, 1732 ;
- REDSLOB (R.), *Histoire des grands principes du droit des gens. Depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre*, Rousseau et Cie, Paris, 1923 ;
- REDSLOB (R.), *Traité de droit des gens*, Sirey, Paris, 1950 ;
- REUTER (P.), *Droit international public*, 1^{ère} éd., PUF, Paris, 1958 ;
- ROLAND (V.H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999 ;
- ROUSSEAU (C.), *Droit international public*, 5 Tomes, Sirey, 1970-1983 ;
- ROUSSEAU (C.), *Les frontières de France*, Pedone, Paris, 1954 ;
- ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, trad. de la 2^{ème} éd. par L. François et P. Gothot, Dalloz, 2002 ;
- SCELLE (G.), *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Dalloz, Paris, 2008 ;
- SCHMITT (C.), *Le nomos de la terre*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Léviathan, 2001, 363p. ;
- SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, PUF, coll. Léviathan, 1993 ;
- SCHMITT (C.), *La notion de politique. La théorie du partisan*, Flammarion, coll. Champs classiques, 2009
- SUEUR (P.), *Histoire du droit public français XV^e-XVIII^e siècle*, t. I : « La constitution monarchique », 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis Droit Public, 2001 ;
- THIERRY (H.), COMBACAU (J.), SUR (S.) et VALLÉE (C.), *Droit international public*, 5^e éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 1975 ;

- TRUYOL Y SERRA (A.) (revue et augmentée par KOLB (R.)), *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Pedone, coll. Ouvertures Internationales, 2007 ;
- VATTEL (E. de), *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquées à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, tome I-II-III, nouvelle éd. par M.P. Pradier-Fodéré, Paris, 1863 ;
- VECCHIO (G.del), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2004 ;
- VECCHIO (G.del), *L'Etat et le droit*, Dalloz, 1964 ;
- VERZIJL (J.H.W.), *International Law in Historical Perspective*, Webo Heere, 1998;
- VISSCHER (C. de), *Problèmes de confins en droit international public*, Pedone, Paris, 1969 ;
- VON IHERING (R.), *L'évolution du droit*, Librairie Chevalier Marescq et Cie, 1901 ;
- WEISS (A.), *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, 2^{ème} éd., L. Larose & L. Tenin, Paris, 1912 ;

C. Ouvrages de sciences humaines

- ANCEL (J.), *Géographie des frontières*, 6^{ème} éd., Gallimard, coll. « Géographie Humaine », Paris, 1938 ;
- ADORNO (T.W.), *Prismes. Critique de la culture et société*, Payot, coll. critique de la politique, Paris, 1986 ;
- ALTMAN (I.), *The Environment and Social Behavior*, Brooks/Cole publishing Company, Monterey, 1975;
- ANCEL (J.), *Géopolitique*, Librairie Delagrave, coll. Bibliothèque d'histoire et de politique, Paris, 1936 ;
- ARISTOTE, *Politique*, trad. par J. Tricot, Vrin, 1962 ;
- ARON (R.), *Introduction à la philosophie de l'histoire*, Gallimard, coll. TEL, 1986 ;
- ARON (R.), *Guerre et paix entre les nations*, Calman Lévy, Paris, 1984 ;

- AUFFRET (D.), *Alexandre Kojève, La philosophie, l'Etat, la fin de l'histoire*, Grasset et Pasquelle, 1990 ;
- BADIE (B.), *La fin des territoires*, Fayard, 1995 ;
- BALLIGAND (J.P.) et MAQUART (D.), *La fin du territoire jacobin*, Albin Michel, 1990 ;
- BALIBAR (E.), *Nous, citoyens d'Europe ? Les frontières, l'État, le peuple*, La Découverte & Syros, Paris, 2001 ;
- BARRAYCOA (J.), *Du pouvoir dans la modernité et la post-modernité*, Trad. de l'espagnole par E. Albert, Hora Decima, 2005 ;
- BÉTHUNE (M. de), baron de Rosny, duc de Sully, *Mémoire des sages et royales oeconomies d'Etat, domestiques, politiques et militaires de Henri le Grand*, t.2, éd. Michaud & Poujoulat, « Nouvelle Collection des mémoires pour servir à l'histoire de France », Paris, 1837 ;
- BLOCH (M.), *La société féodale. La formation des liens de dépendance*, Albin Michel, Paris, 1949 ;
- BOUET (A.), *Le protectionnisme*, Vuibert, Paris, 1998 ;
- BOUTHOU (G.), *Traité de polémologie*, Payot, 1970 ;
- BOUTHOU (G.), *La guerre*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1973 ;
- BULL (H.), *The Anarchical Society. A study of Order in World Politics*, Columbia University Press, New York, 1977 ;
- CAMUS (A.), *Actuelles I. Écrits Politiques*, Chroniques 1944-1948, Gallimard, 1950 ;
- CICÉRON, *De Republica* (1er siècle av.J.-C.), Livre III, § 22, trad. C. Appuhn, GF, 1965 ;
- COLLIOT-THÉLÈNE (C.), *La sociologie de Max Weber*, La découverte, coll. Repère, Paris, 2006 ;
- CUREAU (A.L.), *Les sociétés primitives de l'Afrique équatoriale*, A. Colin, 1912 ;
- DEBRAY (R.), *Éloge des frontières*, Gallimard, 2010 ;
- DELAISI (F.), *Les contradictions du monde moderne*, Payot, coll. Bibliothèque Politique et Économique, Paris, 1925 ;
- DELAY (Y.), *La frontière et le texte*, Payot, Paris, 1977 ;
- DION (R.), *Les frontières de la France*, Hachette, Paris, 1947 ;

- DULAURE (J.A.), *Des cultes qui ont précédé et amené l'idolâtrie ou l'adoration des figures humaines*, De l'Imprimerie de Fournier Frères, Paris, 1805 ;
- DUPONT-FERRIER (G.), *La formation de l'Etat français et l'unité française*, Armand Colin, 1929 ;
- EIBL-EIBESFELDT (I.), *Ethologie. Biologie du comportement*, Biologica, 1997 ;
- EINSENSTADT (S.N.), *The political system of empires*, New Brunswick (N.J.), Transaction Publishers, London, 1993 ;
- ELKIN (A.P.), *Les aborigènes australiens*, Gallimard, Paris, 1967 ;
- FAGE (J.B.), *Comprendre le structuralisme*, Privat, coll. regard, 1968 ;
- FERRY (L.), *Le système des philosophies de l'histoire*, in : *Philosophie politique*, t. 2, PUF, coll. Quadrige, 1996 ;
- FIERRO (A.), *Le pré carré. Géographie historique de la France*, Hachette Education, Paris, 1989 ;
- FINKIELKRAUT (A.), *Nous autres, moderne*, Ellipses, Ecole Polytechnique, 2005 ;
- FOUCAULT (M.), « Sécurité, Territoire, Population » : *Cours au collège de France (1977-1978)*, Seuil, 1997 ;
- FOUCAULT (M.), « Il faut défendre la société » : *Cours au collège de France (1975-1976)*, Seuil, 1997 ;
- FOUCHER (M.), *Fronts et frontières. Un tour du monde géopolitique*, Fayard, Paris, 1988 ;
- FOUCHER (M.), *L'invention des frontières*, Fondation pour les Etudes de Défense Nationale, coll. Les 7 épées, Paris, 1986 ;
- FUMET (S.), *L'impatience des limites. Petit traité du Firmament*, Saint-Paul, 1999 ;
- GAUCHET (M.), *Le désenchantement du monde*, Gallimard, coll. Biblio. Des sciences humaines, 1985 ;
- GIRARD (R.), *Mensonges romantiques et vérités romanesques*, 2^{ème} éd., Poche, coll. Pluriel, 1978 ;
- GIRARD (R.), *La violence et le sacré*, Flammarion, 1976 ;
- GIRARD (R.), *La voix méconnue du réel*, Flammarion, 1992 ;

- GIRARD (R.), *Achever Clausewitz*, entretiens avec CHANTRE (B.), Carnetsnord, 2007;
- GOTTMANN (J.), *The significance of territory*, University press of Virginia, Charlottesville, 1973 ;
- GOTTMANN (J.), *La politique des Etats et leur géographie*, Armand Collin, coll. « Science Politique », Paris, 1952 ;
- GUICHONNET (P.) et Raffestin (C.), *Géographie de frontières*, PUF, Paris, 1974 ;
- JARCZYCK (G.) et LABARRIÈRE (P.J.), *De Kojève à Hegel – 150ans de pensée Hégélienne en France*, Albin Michel, 1996 ;
- KANT (E.), *Métaphysique des mœurs*, Première partie : Doctrine du droit, trad. A. Philonenko, 5^e éd., Vrin, 1993 ;
- KENNEDY (P.), *Naissance et déclin des grandes puissances. Transformations économiques et conflits militaires entre 1500 et 2000*, trad. par M.A. Cochez et J.L. Lebrave, Payot, 1991 ;
- KOJÈVE (A.), *Introduction à la lecture de Hegel*, Gallimard, coll. TEL, 1947 ;
- LABORIT (H.), *L'homme et la ville*, Flammarion, Paris, 1971 ;
- LEMARIGNIER (J.-F.), *Recherches sur l'hommage en marche et les frontières féodales*, Travaux et mémoires de l'Université de Lille. Nouvelle série, Droit et lettre, XXIV, Bibliothèque Universitaire de Lille, 1945 ;
- LORENZ (K.), *Trois Essais sur le comportement animal et humain*, Poche, coll. Points, 1974 ;
- LEMOUSSE (M.), *Le régime des relations internationales dans le haut empire romain*, Sirey, 1967 ;
- MACHIAVEL (N.), *Discours sur la première décade de Tite-Live*, Gallimard, Biblio. de la Pléiade, 1952 ;
- MAÎTRE (A. le), *La Métropolitie, ou De l'établissement des villes Capitales, de leur Utilité passive & active, de l'Union de leurs parties & de leur anatomie, de leur commerce, etc.*, B. Bockholt, Amsterdam, 1682 ;
- MARX (J.-L.), *Les territoires de l'État*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1997 ;

- MERLEAU-PONTY (M.), *Phénoménologie de la perception*, Gallimard (NRF), coll. Tel, 1996;
- MICHELET (J.), *Histoire de France*, Livre III, Flammarion, 1974;
- MITRANY (D.), *The functional theory of politics*, Martin Robertson for London school of economics and political science, 1975 ;
- MITRANY (D.), *A working peace system*, The Royal Institute of International Affairs, Londres, 1943;
- MOLLAT (M.), *Genèse médiévale de la France moderne*, Arthaud, 1977 ;
- MOREAU-DEFARGES (P.), *La mondialisation : vers la fin des frontières ?*, IFRI/Dunod, coll. Ramses, Paris, 1993 ;
- NORDMAN (D.), *Frontières de France. De l'espace au territoire*, Gallimard, 1998 ;
- NOZICK (R.), *Anarchie, État et utopie*, trad. par E. d'Auzac de Lamartine, PUF, coll. « Libre échange », 1988 ;
- OHMAE (K.), *L'entreprise sans frontières*, Interéditions, Paris, 1991 ;
- OHMAE (K.), *De l'Etat nation aux Etats régions*, Dunod, Paris, 1996 ;
- PRADEAU (C.), *Jeux et enjeux des frontières*, Presse Universitaire de Bordeaux, 1994 ;
- QUILLET (J.), *Les clefs du pouvoir au Moyen-âge*, Flammarion, Paris, 1972 ;
- QUILLET (J.), *La philosophie politique de Marsile de Padoue*, Vrin, 1970 ;
- RAFFESTIN (C.), *Pour une géographie du pouvoir*, Litec, coll. Géographie Economique et Sociale (t. XIII), 1980 ;
- RATZEL (F.), *Géographie politique*, trad. de l'allemand par F. Ewald, Fayard, 1987, 218 p. ;
- ROUSSEAU (J.J.), *Contrat social*, Paris, Garnier, 1965 ;
- SACK (R.D.), *Human Territoriality : Its Theory and History*, Cambridge University Press, New York, 1986 ;
- SASSEN (S.) , *Losing control ? Sovereignty in an age of globaliation*, Columbia University Press, New York, 1996 ;
- SAUL (J.), *Mort de la globalisation*, Payot & Rivages, 2006 ;

- TOCQUEVILLE (A.), *L'ancien régime et la révolution française*, Gallimard, coll. Folio/Histoire, 1995 ;
- VANDERMOTTEN (C.) et VANDERBURIE (J.), *Territorialités et Politique*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2005 ;
- WACKERMANN (G.), *Les frontières dans un monde en mouvement*, Ellipses, coll. Carrefours, 2003 ;
- WEBER (M.), *Le savant et le politique*, éd. 10/18, coll. Département d'Univers Poche, 1963 ;
- WEBER (M.), *Économie et société*, vol.1 : « Les catégories de la sociologie » et vol.2 : « L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie », Pocket, Paris, 1995 ;
- WILL (E.), MOSSE (C.) et GOUKOWSKY (P.), *Le monde grec et l'orient*, t. I : « Le V^e siècle, (501-403) », 4^{ème} éd., PUF, coll. Peuple et civilisation, 1991 ;
- ZIEGLER (J.), *Sociologie et contestation*, Gallimard, Paris, 1969 ;

D. Dictionnaires et Encyclopédies

- ALLAND (D.) et RIALS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Quadrige, 2003 ;
- BASDEVANT (J.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960 ;
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Association Henri Capitant, 7^e éd., 2005 ;

II. Thèses

A. Thèses de droit fiscal

- BILON (J.L.), *Transferts indirects de bénéficiaires à l'étranger*, Librairie technique, Coll. Biblio. de droit de l'entreprise, Thèse de droit, 1981 ;

- GHARBI (N.), *Le contrôle fiscal des prix de transfert*, L'Harmattan, coll. Finances Publiques, Thèse Paris, 2005 ;
- LABRUNIE (J.-L.), *L'article 57 du Code général des impôts et la lutte contre l'évasion fiscale internationale*, Thèse Université d'Aix-Marseille, 1979 ;
- LÉVINE (P.), *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international*, LGDJ, coll. Biblio. de science financière, t.24, 1988 ;
- MAITROT DE LA MOTTE (A.), *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, t. 37, LGDJ, coll. Bibl. de science financière, Paris, 2005 ;
- MALESYS (T.), *La théorie de l'acte anormal de gestion et le droit fiscal international*, 2 tome, Thèse manuscrite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), soutenue le 15 juin 1990 ;
- MARTINEZ (J.C.), *Le statut du contribuable*, LGDJ, Biblio. de science financière, t. 15, 1980 ;
- MELOT (N.), *Territorialité et Mondialité de l'impôt*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2004 ;
- NOZET N., *L'acte anormal de gestion*, Thèse de l'Université de Dijon, 1974 ;
- PADOVANI (M.-M.), *La frontière fiscale*, t.1 et t.2, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2009 ;
- ROBBEZ-MASSON (C.), *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, LGDJ, coll. Biblio. de science financière », 1990 ;
- THOMAS (J.N.), *Le contrôle fiscal des opérations internationales*, L'Harmattan, coll. Finances Publiques, 2004 ;
- WOLF (M. de), *Souveraineté fiscale et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE et de la Cour suprême des Etats-Unis*, Bruylant-LGDJ, Thèse de droit, 2005 ;

C. Autres thèses de droit

- BEAUD (O.), *Etat et souveraineté. Eléments pour une théorie de l'Etat*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), soutenue le 28 janvier 1989 ;
- BENHENDA (M.), *La frontière en Droit International Public*, Atelier national de reproduction des thèses, Université René Descartes Paris V, 14 mars 1998 ;
- CHERSTIA (P.), *Le principe d'intégrité territoriale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Thèse Université de Lille III, 2002 ;
- CLAVEL (S.), *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse dact., Université Paris I, 2001 ;
- COLIN (J.-P.), *Le gouvernement des juges dans les Communautés Européennes*, LGDJ, coll. Biblio. de Droit International, t. n° 31, 1966 ;
- CUNIBERTI (G.), *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, Biblio. De Droit Privé, t. 341, 2000 ;
- DISTEFANO (G.), *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Pedone, Paris, 2002 ;
- DUBOUT (E.), *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de la lutte contre les discriminations*, Bruylant, coll. Droit de l'Union Européenne, 2006 ;
- FERREIRA (N.), *La coercition en droit public français*, Thèse Université Sorbonnes (Paris I), soutenue le 10 janvier 2000 ;
- FOHRER (E.), *La prise en considération des normes étrangères*, thèse dact., Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004 ;
- GOMIEN (G.), *La politique douanière de Colbert*, Arthur Rousseau, Thèse Université de Nancy, 1903 ;
- GOUBRAN (C.), *Le problème des sanctions dans l'évolution de l'arbitrage international*, Thèse de droit, E. Sagot, Paris, 1923 ;
- HÉRAUD (G.), *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Librairie du Recueil Sirey, Thèse Université de Toulouse, 1946 ;

- LE FUR (L.), *Etat fédéral et confédération d'Etats*, éd. Panthéon-Assas, Thèse de droit soutenue en 1896, 2000 ;
- LEYTE (G.), *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e-XV^e siècles)*, PUF, 1996 ;
- MICHOUUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 3^e éd., LGDJ, 1998 ;
- OWONA (J.), *La notion d'intégrité territoriale dans la vie politique et le droit constitutionnel français depuis 1789*, Thèse Université Panthéon-Assas (Paris II), soutenue en novembre 1972 ;
- PEROZ (H.), *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, t. 430, LGDJ, coll. Thèses, 2005 ;
- PORET (M.), *L'exercice de la compétence coercitive en territoire étranger*, Thèse Paris, 1964 ;
- PRADELLE (P.G. de la), *La frontière*, Les éditions Internationales, Université Paris, Paris ;
- ROBERT (J.H.), *Les sanctions prétoriennes en droit privé français*, Thèse, Paris II, 1972 ;
- THÉRY (P.), *Pouvoir juridictionnel et compétence. Étude de droit international privé*, thèse dactyl., Paris II, 1981 ;
- TURRETINI (R.), *La signification des traités de Westphalie dans le domaine du droit des gens*, imp. Genévoise, Thèse de droit, Genève, 1949 ;
- VAREILLES-SOMMIÈRES (P.de), *La compétence normative de l'Etat en matière de droit privé – Droit international public et droit international privé*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t.257, 1997 ;

C. Thèses de sciences humaines

- CHEVALIER (L.), *La frontière entre guerre et paix*, L'Harmattan, thèse de philosophie, Université Paris X, 2002 ;
- MATRICON (R.), *Souveraineté territoriale – Recherche sur les évolutions et transformations d'une notion complexe dans les situations politiques de cession, d'échange, d'adjonction et de sécession de*

territoire, Thèse pour le doctorat en science politique, Université Jean Moulin – Lyon III, 1999 ;

III. Rapports et études

A. Rapports et études en droit fiscal

- *Abandons de créances à une société étrangère*, 12^{ème} Conférence annuelle « Panorama des redressements fiscaux », *FR Lef.*, n° 40, 2010, p. 31-35 ;
- *L'achèvement du marché intérieur, le rapprochement des taux d'imposition indirecte et l'harmonisation de la structure de la fiscalité indirecte*, Communication de la Commission Européenne au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Économique et Social Européen, le 26.08.1987, COM(87)320 final/2 ;
- *Coordination des systèmes de fiscalité directe des États membres dans le marché intérieur*, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Économique et Social Européen, le 19.12.2006, COM(2006)823 final ;
- *Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial*, OCDE, 1998, 86p. ;
- *Harmonisation des procédures de recouvrement forcé au sein de la DGFIP*, Commission des finances du Sénat, Rapporteur général MARINI (Ph.), Rapport d'information n° 166, le 13.12.2010 ;
- *Imposition à la sortie et nécessité de coordonner les politiques fiscales des États membres*, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Économique et Social Européen, le 19.12.2006, COM(2006)825 final ;
- *La concurrence fiscale en Europe : une contribution au débat*, Commission des Finances au Sénat, Rapporteur général MARINI (P.), Rapport d'Information 483 (98-99) ;

- *La concurrence fiscale et l'entreprise*, Conseil des impôts, XXIIe rapport au président de la République, septembre 2004 ;
- *Un ensemble de mesures pour lutter contre la concurrence fiscale dommageable dans l'Union Européenne*, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Économique et Social Européen, le 05.11.1997, COM(1997)564 final ;
- *La fiscalité des entreprises dans le Marché intérieur*, Rapport des services de la Commission, SEC (2001) 1681 final, 437p. ;
- *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, OCDE, Module 6 sur les contrôles fiscaux à l'étranger, 2010 ;
- *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, OCDE, Module 5 sur les contrôles fiscaux simultanés, 2010 ;
- *Un marché intérieur dans obstacles liés à la fiscalité des entreprises : réalisations, initiatives en cours et défis restants*, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité économique et social, le 24.11.2003, COM(2003)726 final ;
- *Politique fiscale de l'Union Européenne – Priorités pour les prochaines années*, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité économique et social, le 23.05.2001, COM(2001) 260 final ;
- *Un système commun de TVA, Un programme pour le Marché unique*, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité économique et social, le 22.07.1996 , COM(96)328 final ;
- *Le traitement des pertes dans les situations transfrontalières*, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Économique et Social Européen, le 19.12.2006, COM(2006)824 final ;
- *Vers un marché intérieur sans entraves fiscales – Une stratégie pour permettre aux entreprises d'être imposées sur la base d'une assiette consolidée de l'impôt sur les sociétés couvrant l'ensemble de leurs activités dans l'Union européenne*, Communication de la Commission

au Conseil, au Parlement Européen et au Comité économique et social, le 23.10.2011, COM(2001)582 final ;

B. Autres rapports et études

- LAMASSOURE (A.), *Rapport sur les coopérations transfrontalières*, Ministère des affaires étrangères (France), La Documentation Française, Biblio. des Rapports Publics, mai 2005 ;
- JACKSON (R.), « International Boundaries in Theory and Practice », in: *Rapport de la 16^{ème} IPSA World Conference* (Berlin (Allemagne), 21-25 août 1994) ;

IV. Articles, notes et commentaires

A. Articles, notes et commentaires de droit fiscal

- ACARD (C.), « Fiscalité Financière », *DF*, n°38, 2010, p. 20 ;
- ALIOUAT (B.), « Le nouveau traitement fiscal des activités transfrontalières ; l'Europe de la coopération », *Petites Affiches*, 1991, n°55, p.9-16 ;
- AILLIER (P.), « Les frontières douanières de la CEE », *An. fr. dr. int.*, 1968, p.789 ;
- ARNOLD (J.B.), « Fearful Symmetry : The Attribution of Profits “in each contracting State” », *Bulletin for International Taxation*, IBFD, vol. 61, n° 8, août 2007, p. 312-337;
- ARNOLD (J.B.), « The taxation of Income from Services under Tax Treaties: Cleaning up the Mess », *Bulletin for International Taxation*, IBFD, vol. 65, n° 2, 2011, p. 59-68;
- ARNOLD (J.B.) et SASSEVILLE (J.), « Source Rules for Taxing Business Profits Under Tax Treaties », in : *The Taxation of Business*

- profits under Tax Treaties*, Canadian Foundation, 2003, Toronto, p. 109-131;
- AUJEAN (M.), « La Commission européenne adopte une stratégie globale pour promouvoir la coordination fiscale dans l'UE », *DF*, n° 4, 2007, p.7 ;
 - AUSTRY (S.), GELIN (S.) et SOREL (D.), « Les clauses de bénéficiaire effectif ont-elles un effet utile ? », *RJF*, n° 12, 2008, p. 1097-1103 ;
 - AVERY JONES (J.F.) et BOBBETT (C.), « The proposed redraft of Article 7 of the OECD Model », *Bulletin for international taxation*, IBFD, Vol. 64, 2010, no. 1, p. 20-27;
 - AVERY JONES (J.F.), « Problems of Categorising Income for Tax Treaty Purposes », in : *International and comparative taxation : essays in honour of Klaus Vogel*, Kluwer Law, 2002, p. 9-27;
 - BAKER (P.) et COLLIER (R.S.), « General Report », in : *The Attribution of Profits to Permanent Establishment*, Cahier de l'IFA, vol. 91B, 2006, p. 25-67;
 - BARILARI (A.), « La question de l'autonomie fiscale », *RF fin. publ.*, déc. 2002, n° 80, p. 77 ;
 - BARQUE (F.), « La rationalisation du coût des dépenses fiscales ou la difficile appréhension de l'interventionnisme fiscal par le droit budgétaire », *DF*, n° 40, 2010, p. 22-31 ;
 - BELLINGWOUT (J.), « Amurta : a Tribute to (the Late) Advocate General Geelhoed », *European Taxation*, IBFD, mars 2008, p.124 ;
 - BELTRAME (P.) et MONTAGNIER (G.), « L'Europe des Impôts », *AJDA*, 1990, n° 4, p. 242-257 ;
 - BELTRAME (P.) et MONTAGNIER (G.), « L'influence de l'Union Européenne sur la fiscalité française », *RF fin. pub.*, 1999, n° 68, p. 129-147 ;
 - BENNET (M.), « La mise à jour 2010 du modèle de convention fiscale de l'OCDE », *JCP E*, n° 42, 2010, p. 51 ;
 - BENTLEY (Q.C.P.), « Banking Secrecy, Tax Investigations and the European Convention on Mutual Assistanc in Criminal Matters », *The EC Tax Journal*, vol. 5, n°3, 2001, p. 161-175 ;

- BERGERÈS (M.-C.), « L'article 123 bis à la lumière des principes posés par l'arrêt « Schneider » », *Dr. et patr.*, mai 2003, p. 48 ;
- BERGERÈS (M.-C.), « Des fissures dans le régime du bénéfice mondial consolidé », *DF*, n° 13, 2005, p. 638 ;
- BERGERÈS (M.-C.), « L'arsenal législatif contre les expatriations fiscales », *DF*, n° 5, 2001, p. 222-226 ;
- BERGERÈS (M.-C.), « Une limite à la liberté d'établissement : la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition », *DF*, n° 40, 2007, p. 14-15 ;
- BERGERÈS (M.C.), « Le principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales », *DF*, n° 36, 2005, p. 1328-1334 ;
- BERGERÈS (M.-C.), « note sous l'arrêt de la CJCE, 18 juillet 2007, C-231/05, « Oy AA » », *DF*, n° 52, 2007, p. 32-36 ;
- BERLIN (D.), « Chronique de jurisprudence fiscale européenne (1er mai 1993 – 31 décembre 1996) », *RTD eur.*, 1997, n°1, p. 105-160 et p. 299-370 ;
- BERLIN (D.), « Chronique de jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 1997 – 31 décembre 1997) », *RTD eur.*, 1998, n° 2, p. 257-285 ;
- BERLIN (D.), « Chronique de jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 1997 – 31 décembre 1997) », *RTD eur.*, 1998, n°3, p. 329-363 ;
- BERLIN (D.), « Chronique de jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 1998 – 31 décembre 1998) », *RTD eur.*, 1999, n° 3 p. 451-511 ;
- BERLIN (D.), « Chronique de jurisprudence fiscale européenne », *RTD eur.*, 2000, n° 3 p. 547-622 ;
- BERLIN (D.), « Chronique de jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 2000 – 31 décembre 2000) », *RTD eur.*, 2002, n°3, p. 642-659 ;
- BERLIN (D.), « Chronique de jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 2001 – 31 octobre 2003) », *RTD eur.*, 2003, n° 4, p. 762 ;

- BERLIN (D.), « Jurisprudence fiscale européenne : contentieux de l’harmonisation (1er janvier 2001-31 décembre 2002) », *RTD eur.*, 2004, n° 1, p. 135-183 ;
- BERLIN (D.), « Jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 2003-30 juin 2004) », *RTD eur.*, n° 3, 2005, p. 711-748 ;
- BERLIN (D.), « Jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 2004 – 31 décembre 2005) », *RTD eur.*, n° 2, 2006, p. 329-367 ;
- BERLIN (D.), « Jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 2005 – 31 décembre 2006) », *RTD eur.*, n° 1, 2007, p.111-142 ;
- BERLIN (D.), « Jurisprudence fiscale européenne (1er janvier 2007 – 31 décembre 2007) », *RTD eur.*, n° 1, 2008, p. 125-170 ;
- BERLIN (D.), « Caractère discriminatoire au regard du droit communautaire de certaines contributions exceptionnelles imposées par la loi française et problème de qualification de ces contributions », *Bull. Joly Société*, mars 2000, p. 272 ;
- BERLIN (D.), « Différence de traitement fiscal opéré par un Etat membre entre résidents et non-résident », *Bull. Joly Soc.*, juillet 1999, p. 784-793 ;
- BERLIN (D.), « La fiscalité de l’épargne dans l’Union européenne – Histoire d’une harmonisation en voie de disparition », *Journaux des Tribunaux – Droit Européen*, juin 2003, p. 162-168 ;
- BERNARDEAU (L.), « Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (janv./mars 2007) », *DF*, n° 25, 2007, p. 16-25 ;
- BERNARDEAU (L.), « Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (avr./juin 2007) », *DF*, n° 30-35, 2007, p. 28-34 ;
- BERNARDEAU (L.) et SCHMIED (F.), « Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (juill./déc. 2008) », *DF*, n° 8, 2009, p. 8-16 ;
- BERNARDEAU (L.) et SCHMIED (F.), « Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (oct./déc. 2007) », *DF*, n° 8-9, 2008, p. 11-20 ;
- BERTONI (P.), « La lutte contre l’évasion fiscale dans le cadre du marché unique européen : la coopération administrative », *La Revue du Trésor*, 1994, n° 12, p. 747 ;
- BÉSANGER (E.), « Incitations fiscales et sociales en faveur des entreprises dans le cadre de la politique d’aménagement et de

- développement du territoire », *Petites Affiches*, n° 54, mai 1997, p. 4-8 ;
- BESSON (J.-L.), « Faut-il craindre la concurrence fiscale ? », *RF fin. pub.*, 2000, n° 70, p. 240 ;
 - BIRD (R.M.) and WILKIE (J.S.), « Source vs. Residence-based taxation in the European Union, : the wrong question? », in: *Taxing Capital Income in the European Union*, Cnossen, Oxford University Press, 2002, p. 85-99;
 - BJÖRKESON (E.) et AXELSSON (C.), « Tax planning in Sweden with limited partnership and limited liability fund structures », *Journal of international taxation*, New York, Vol. 16, n° 5, 2005, p. 44-49;
 - BLAEVOET (C.), « La place du normal et de l'anormal dans le droit », *Gaz. Pal.*, I, Doctrine, 1966, p. 65-68 ;
 - BLAISE (D.), « Fiscalité internationale : article 209 B et conventions fiscales, L'article 209 B est-il devenu une arme obsolète dans la lutte contre l'évasion fiscale ? », *BF Lefebvre*, n° 11, 2002, p. 763 ;
 - BOHMERT (B.), « France », in : *Non-Discrimination at the crossroads of international taxation*, Cahier de l'IFA, vol. 93a, 2008, p.267-289;
 - BOISSARD (B.), « La validité inattendue du nouvel octroi de mer », *R.M.U.E.*, I, 1999, p. 129 ;
 - BOISSET-REPKAT (F.), « Assistance administrative internationale. Assistance au recouvrement », *J.-Cl. Fiscal Impôts directs*, fasc. 3145, 2008, 30p. ;
 - BOISSET-REPKAT (F.), « Contrôle et rectification des opérations internationales », *J.-Cl. Procédures Fiscales*, fasc. 374-10, 2008, p.1-22 ;
 - BOLKESTEIN (F.), « Taxation and competition : the realization of the Internal Market », *EC Tax Review*, n° 2, , 2000, p. 78-82 ;
 - BOLKESTEIN (F.), « The future of European Tax Policy », *EC Tax Review*, , n° 1, 2002, p. 19-21;
 - BOURGEOIS (N.), « IS ; le Conseil d'Etat ouvre une brèche dans le solide principe de territorialité », *Lexbase*, Hebdo éd. fiscale, 2003, n° N9978AAS ;

- BOUTELLIS (O.), « Les nouveaux horizons de la politique fiscale dans la société globale de l'information », *DF*, n° 7, 2000, p. 322 ;
- BOUTEMY (B.) et MEIER (E.), « Remontée transfrontalière des pertes et liberté d'établissement », *Petites Affiches*, , n° 75, 15 avril 2005, p. 3-5 ;
- BOUTEMY (B.) et MEIER (E.), « Profits immobiliers réalisés par les non-résidents : vers la fin de l'inégalité résultant de l'article 244 bis du CGI ? », *DF*, n° 49, 2003, p. 1537 ;
- BOUTEMY (B.) et MEIER (E.), « Conventions fiscales bilatérales au sein de l'UE ou l'histoire d'une passation de pouvoir ? », *BF Lefebvre*, n° 1, 2005, p. 21 ;
- BOUVIER (M.), « La lutte contre l'évasion fiscale internationale: répression ou prévention? », *RF fin. publ.*, n° 110, 2010, p. 4-6 ;
- BOXEM (R.A.V.), « Het symmetriebeginsel op een kruispunt », *Weekblad voor Fiscaal Recht*, Deventer, Vol. 128, 1999, n° 6333, p. 414-421;
- BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », in : *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t . 1, LGDJ, 1974, p. 980-989 ;
- BROSENS (L.), « Thin capitalization rules and EU law », *EC Tax Review*, n° 4, 2004, p. 188-213 ;
- BRUNS (S.), « Taxation and Non-Discrimination: Clarification and Reconsideration by the OECD », *European Taxation*, IBFD, sept. 2008, p. 485-492;
- BUISSON (J.), « L'érosion de la souveraineté fiscale dans les Etats membres de la communauté : l'exemple de la France », *D.*, Chroniques, 1999, p.129 ;
- BURGIO (M.B.), « Une avancée importante du droit fiscal européen : les textes adoptés et proposés en matière de fiscalité des entreprises en 1990 », *RFE dr. int. aff.*, 1990, n°4, p.3-15 ;
- BUZELAY (A.), « Secret bancaire, évasion fiscale et blanchiment de l'argent en Europe », *R.M.U.E.*, 2001, p. 664 ;
- CABANNES (X.), « L'imposition des revenus des personnes physiques provenant d'entités établies à l'étranger bénéficiant d'un régime à fiscalité privilégiée », *JCP E*, n° 24, 1999, p. 1042-1046 ;

- CHAHID-NOURAIÏ (N.), « Abandon de créances à caractère commercial entre siège français et succursale étrangère », *BGFE*, n°4, 2003, p. 20-26 ;
- CARTOU (L.), « Les Communautés Européennes et l'évasion fiscales », in : *Études de Finances Publiques, Mélanges en l'honneur de M. le Professeur Paul-Marie Gaudemet*, Economica, 1984, p. 943-956 ;
- CASTAGNÈDE (B.), « La charge de la preuve dans le contentieux fiscal international et la dualité des ordres de preuve », in : *Actes du colloque « La preuve dans la fiscalité des entreprises »* (organisé par l'Institut de Droit Economique, Fiscal et Social (IDEFS) le 2 juin 1987), Université de Paris-Dauphine, p. 52 ;
- CASTAGNÈDE (B.), « Théorie et pratique des dépenses fiscales dans le contexte de l'Union européenne », *RF fin. pub.*, n°72, 2000, p. 219 ;
- CASTAGNÈDE (B.), « Souveraineté fiscale et Union européenne », *RF fin. pub.*, n° 80, 2002, p. 53 ;
- CASTAGNÈDE (B.), « Évolution et cohérence des règles de territorialité de l'impôt sur les sociétés », *RF fin. pub.*, n° 68, 1999, p. 283 ;
- CATTOIR (P.) et MORS (M.), « Une chronique du paquet fiscal, Les fondements et les enjeux de la démarche communautaire », *DF*, n° 5, 2005, p. 240 ;
- CHAHID-NOURAIÏ (N.) et COUTURIER (P.), « L'article 209 B du CGI est-il soluble dans le droit fiscal international ? », *DF*, n°8, 2001, p. 333 ;
- CHAHID-NOURAIÏ (N.), « Abandon de créance à caractère commercial entre siège français et succursale étrangère », *BDCF*, n° 4, 2003, p. 21 ;
- CHAIKIN (D.), « The impact of Swiss Principles of Mutual Assistance on Financial and Fiscal Crimes », *Revenue Law Journal*, vol. 16, Issue 1, 2006, p. 192-214 ;
- CHARLES-PÉRONNE (D.), « France », in : *The Attribution of Profits to Permanent Establishment*, Cahiers de l'IFA, vol. 91B, 2006, p. 315-338;

- CHRÉTIEN (M.), « Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement de questions d'impôts entre les divers Etats », *R.C.A.D.I.*, t. 86, 1954/II, p. 10-125 ;
- CLAUDE (J.), « Le renforcement du contrôle fiscal américain à l'encontre des sociétés US, filiales de groupes étrangers. Section 6038A de l'internal revenue code », *RD aff. int.*, 1992, n°4, p.401 ;
- COLE (T.R.), Gordon (A.R.) et VENUTI (J.), « Exchange of Information Assistance in Tax collection (part I) », *Tax Management International Journal*, vol. 22, 1994, p. 596-614 ;
- COLE (T.R.), GORDON (A.R.) et VENUTI (J.), « Exchange of Information Assistance in Tax collection (part II) », *Tax Management International Journal*, vol. 24, n° 1, 1995, p. 25-41 ;
- COIN (R.), « La fin des retenues à la source en Europe ? », *Petites Affiches*, n°152, 1992, p.22-25 ;
- COIN (R.), « Les règles anti-évasion fiscale française ont-elles un avenir dans un contexte international ? », *Petites Affiches*, n° 196, 1er octobre 2003, p. 3-6 ;
- COUDERT (P.), « La discrimination à rebours en droit communautaire : une analyse juridique du comportement discriminatoire des États membres d'un espace économique intégré », *Petites Affiches*, n° 166, 2006, p. 8 ;
- COUSSOT (C.), « Le recouvrement à l'étranger en application des conventions bilatérales d'assistance au recouvrement », *La Revue du Trésor*, n° 2, 2001, p. 89-91 ;
- COZIAN (M.), « La théorie de l'acte anormal de gestion », *Deffrénois*, n° 10, 30 mai 1994, p. 673 ;
- COZIAN (M.), « Les fusions transfrontalières : mythe ou réalité ? », *Petites Affiches*, n°255, 22 déc. 2000, p. 3-4 ;
- COZIAN (M.), « Le principe de non-immixtion », *DF*, n° 24, 1980, p. 726 ;
- CUSSONS (P.) et FITZGERALD (E.), « EU Report », in : *The Attribution of Profits to Permanent Establishment*, Cahiers de l'IFA, vol. 91B, 2006, p. 69-88;

- CUSSOT C., « Le recouvrement à l'étranger en application des conventions bilatérales d'assistance au recouvrement », *La Revue du Trésor*, 2001, p. 89 ;
- DA SILVA (B.), « Granting Tax Treaty Benefits to Collective Investment Vehicles : A Review of the OECD Report and the 2010 Amendments to the Model Tax Convention », *Intertax*, vol. 39, n° 4, 2011, p.195-206;
- DALIMIER (G.), « Droit fiscal international français - Généralités », *J.-Cl. Droit Fiscal International, fasc. 350*, 1992 ;
- DALY (M.), « WTO Report », in : *Non-Discrimination at the crossroads of international taxation*, Cahiers de l'IFA, vol. 93a, 2008, p. 73-87;
- DASH (S. K.) et KRISHNAN (S.), « Transfer pricing regulations : a comparative study on the confluence and conflict between India, the OECD and other countries », *Asia-Pacific tax bulletin*, IBFD, Vol. 16, 2010, n° 1, p. 24-35;
- DAUMAS (V.), « Pouvoirs de contrôle de l'administration et garanties du contribuable : un équilibre en perpétuelle construction », *RJF*, n° 8-9, 2010, p. 626 ;
- DELATTRE (O.), « Les nouvelles règles de prix de transfert aux Etats-Unis », *BF Lefebvre*, n° 06, 1992, p. 391 ;
- DELAUNAY (B.), « L'évolution de la jurisprudence relative aux justifications des restrictions fiscales aux libertés communautaires », *DF*, n° 12-13, 2009, p. 10-16 ;
- DEMARET (P.) et STEWARDSON (R.), « Border tax adjustments under GATT and EC law and General Implications for Environmental Taxes », *Journal of World Trade*, vol. 28, n° 4, aug. 1994, p. 5-65 ;
- DEROUIN (P.) et LADREYT (G.), « L'incomplète adaptation du régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées à la directive communautaire du 23 juillet 1990 », *DF*, n° 5, 1992, p.224-231 ;
- DEROUIN (P.), « Différence de traitement fiscal résultant des conventions entre Etats de l'Union », *DF*, 2005, n° 30-35, p. 1288 ;

- DIBOUT (P.), « La relativité du territoire fiscal français », *DF*, n° 17-18, 1985, p.628 ;
- DIBOUT (P.), « La directive communautaire du 23 juillet 1990 relative au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents », *DF*, n°11, 1991, p.477 ;
- DIBOUT (P.), « La directive communautaire du 23 juillet 1990 sur le régime fiscal commun des fusions, scissions et apports partiels d'actifs », *DF*, n°49, 1990, p.1654-1660 ;
- DIBOUT (P.), « L'extension des prérogatives de l'administration fiscale dans le contrôle des opérations internationales », *DF*, n° 18-19, 1996, p. 651-658 ;
- DIBOUT (P.), « L'article 209 B du CGI est-il compatible avec les conventions fiscales internationales et le droit communautaire ? », *DF*, n°44, 1990, p.1485-1491 ;
- DIBOUT (P.), « L'Europe et la fiscalité directe », *Petites Affiches*, n° 153, 1998, p. 8-17 ;
- DIBOUT (P.), « Territorialité de l'impôt, répression de l'évasion fiscale et liberté d'établissement dans la Communauté européenne », *DF*, n° 48, 1998, p. 1475-181 ;
- DIBOUT (P.), « L'inapplicabilité de l'article 209 B du CGI face à la Convention fiscale franco-Suisse du 9 septembre 1966 », *DF*, n° 36, 2002, p. 1133 ;
- DIBOUT (P.), « Liberté d'établissement, conventions fiscales et entreprises multinationales », *DF*, n°11, 2000, p.447 ;
- DIBOUT (P.), « La fiscalité à l'épreuve de la libre circulation des capitaux », *DF*, n° 42, 2000, p. 1365-1372 ;
- DIBOUT (P.), « Assistance fiscale internationale », *J.-Cl. Droit fiscal international*, fasc. 358, 1984, 22p. ;
- DIDIER (P.), « La notion de concurrence fiscale », *A.P.D.*, t. 46, 2002, p. 103-115 ;
- DIEU (F.), « Les dispositions de l'article 164 C du CGI sont-elles contraire aux principes communautaires de liberté d'établissement et de liberté de circulation des capitaux ? », *DF*, n° 16, 2006, p. 839 ;

- DOCCLO (C.), « Belgium. Exchange of Information », *European Taxation*, IBFD, n° 8, august 1999, p. 310-320 ;
- DOERR (I.), « A step forward in the field of european corporate taxation and cross border loss relief : some comments on the « Marks & Spencer » Case », *Intertax*, n° 4, 2004, p. 180 ;
- DOUVIER (P.-J.) et BOZZACCHI (P.), « Le régime fiscal des moyens modernes de communication : Cyberspace et commerce électronique », *BF Lefebvre*, n° 5, 1998, p. 285 ;
- DOUVIER (P.-J.), « Imposition à la source dans les relations transfrontalières : notions de bénéficiaire effectif et de résident », *BF Lefebvre*, n° 8-9, 1992, p. 529 ;
- DOUVIER (P.-J.), « Résidence de l'entreprise : l'établissement stable et la résidence des sociétés dans l'Union Européenne », *Petites Affiches*, n° 97, 2002, p. 30-33 ;
- DUCHON-DORIS (J.-C.), « Procès équitable et contentieux du recouvrement », *DF*, n° 17, 2002, p. 694-699 ;
- EDEN (S.), « The Obstacles Faced by the European Court of Justice in Removing the 'Obstacles' Faced by the Taxpayer : the Difficult Case of Double Taxation », *British Tax Review*, n°6, 2010, p.610-628;
- ENTRAYGUES (G.) et BERA (R.), « Quel est l'impact prévisible de la réforme du régime des distributions pour les entreprises ayant une activité internationale ? », *L'Année fiscale*, 2004, p. 24 ;
- EVERS (M.) et GRAAF (A.de), « Limiting Benefit Shopping : Use and Abuse of EC Law », *EC Tax Review*, n° 6, 2009, p. 287-299;
- FALLETTI (F.), « La coopération internationale dans la lutte contre la fraude fiscale », *DF*, n° 3, 2007, p. 41 ;
- FARMER (P.), « Tax Law and Policy in an Adolescent European Union », *Bulletin for International Taxation*, IBFD, fev. 2007, p. 42-47 ;
- FEYDEAU (H. de), « Vers la fin de la retenue à la source sur les dividendes intra-communautaires ? », *DF*, n° 51, 2007, p. 8
- FINK (A.), « Fusions transfrontalières : quels avantages tirer de la société européenne ? », *L'année fiscale*, 2004, p. 95 ;

- FLOYD (R.H.), « GATT provisions on Border Tax Adjustments », *Journal of World Trade Law*, vol. 7, n° 5, sept. 1973, p. 489-499 ;
- FONTANEAU (P.M.), « La lutte contre la concurrence fiscale dommageable au niveau de l'OCDE », *RFE dr. int. aff.*, n° 4, 1999, p. 17-22 ;
- FONTANEAU (P.M.), « Les dispositions de l'article 238 A du CGI : les paiements à des personnes domiciliés à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié », *RFE dr. int. aff.*, n° 126, 2002, p. 39-46 ;
- FOUQUET (O.), « L'harmonisation européenne de la fiscalité directe par le juge », *Rev. adm.*, n° 325, 2002, p. 55-57 ;
- FOUQUET (O.), « L'administration fiscale a-t-elle les moyens juridiques de lutter contre la fraude « carrousel » à la TVA intracommunautaire ? », *Rev. adm.*, n° 349, 2006, p. 44-47 ;
- FONTANEAU-VANDOREN (F.), « La politique européenne en matière de fiscalité des entreprises », *RFE dr. int. aff.*, n° 1, 1999, p. 3-18 ;
- FRÉMINET (P. de), « La fiscalité de l'épargne en Europe », *RMC*, n° 363, 1992, p. 888-891 ;
- FRÉMINET (P. de), « À défaut d'une harmonisation, une coordination fiscale est-elle possible ? », *Petites Affiches*, n° 97, 2002, p. 41-44 ;
- FRÉMINET (P. de), « La Communauté européenne dispose-t-elle d'un véritable juge fiscal ? », *DF*, n° 25, 2007, p. 6-12 ;
- FRÉMINET (P. de), « L'Europe et la concurrence fiscale », *Rev. éco. fin.*, n° 90, 2007, p.1-16 ;
- GARCIA-HERRERA (C.) et HERRERA (M.P.), « Is tax fairness in Europe under siege ? Spanish law and anti-avoidance provisions », *EC Tax Review*, n° 2, 2004, p. 57-64 ;
- GAZIN (F.), « Libre circulation des personnes et des services et fiscalité directe », *Europe*, n° 7, juillet 1997, p. 24 ;
- GELIN (S.) et LE BOULANGER (A.), « Prix de transfert : du principe de pleine concurrence à l'analyse de la valeur dans l'entreprise », *DF*, n°48, 2001, p. 1673 ;

- GELIN (S.), « Transfert de bénéfices à l'étranger : deux poids et deux mesures pour l'établissement de la charge de la preuve ? », *Option Finance*, n° 868, 30 janvier 2006, p. 24-25 ;
- GEST (G.), « Assistance administrative », in : *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, vol.1, Economica, 1998, p. 44 ;
- GEST (G.), « Souveraineté fiscale », in : *Mélange Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.331-341 ;
- GEST (G.), « Réforme fiscale. Les contraintes d'origine communautaire en matière de fiscalité directe », *RF fin. pub.*, n°60, 1997, p. 109 ;
- GEST (G.), « L'avoir fiscal des non-résidents », *RF comp.*, fév. 1994, p.61 ;
- GEST (G.), « Télécoise, réelle avancée ou décision à contre-courant ? », *L'Année fiscale*, 2004, p. 284 ;
- GIBERT (B.), « L'avenir du réseau conventionnel dans l'Union Européenne », *Petites Affiches*, n° 97, 2002, p. 10-16 ;
- GINTER (E.), « Appréciation des mesures fiscales nationales au regard des principes de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation des capitaux », *DF*, n° 15, 2003, p. 587-591 ;
- GINTER (E.), « Restructurations d'entreprises et fiscalité », *Petites Affiches*, n° 97, 2002, p. 45-49 ;
- GINTER (E.), « Déduction transfrontalière de pertes au sein d'un groupe de sociétés : affaire Marks & Spencer », *Bull. Joly Société*, Mars 2006, p. 359 ;
- GINTER (E.), « Comment l'administration doit-elle s'y prendre pour apporter la preuve d'un transfert de bénéfices à l'étranger entre une société mère et ses filiales étrangères ? », *BGFE*, n°1, 2006, p. 16-17
- GOH (G.), « The world trade organization, Kyoto and Energy Tax Adjustments at the Border », *Journal of World Trade*, vol. 38, n° 3, June 2004, p. 395-423 ;
- GOULARD (G.), « Charge de la preuve », *RJF*, n° 5, 2003, p. 403 ;
- GOULARD (G.), « L'abus de droit à la lumière du droit communautaire », *DF*, n° 44-45, 2005, p. 1715 ;

- GOULARD (G.), « Que reste-t-il de l'exit tax ? », *DF*, n° 28, 2005, p. 1187 ;
- GOUTHIERE (B.), « Prix de transfert (suite) : les entreprises françaises face à l'administration fiscale américaine », *BF Lefebvre*, n° 07, 1992, p. 455 ;
- GOUTHIERE (B.), « Le Conseil d'Etat précise la portée du principe de territorialité de l'IS », *FR Lef.*, n° 26, 2008, p. 23 ;
- GOUTHIERE (B.), « Eligibility of Foreign Partnerships for Treaty Benefits », *European Taxation*, IBFD, vol. 40, n° 5, 2000, p. 194-199;
- GRAETZ (M.J.) and WARREN (A.C.), « Income tax discrimination and the political and economic integration of Europe », *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1186-1225 ;
- GRAU RUIZ (M.A.), « Convention on mutual administrative assistance in tax matters and Community rules: how to improve their interaction? », *EC Tax Review*, n° 4, 2006, p. 196-201;
- GRECO (E.F.) et JAEGGI (P.), « Inconsistencies in the Tax Treatment of Financial Instruments under the EU Directive and the Switzerland-EU Agreement on Taxation of Savings », *Derivatives and Financial Instruments*, IBFD, vol 8, n°2, 2006, p. 62-68;
- GREGORIOU (M.), « Tax avoidance within a fragmented single market », *The EC Tax Journal*, vol.9, n° 3, 2008, p.33-47 ;
- GRIMES (L.) and MAGUIRE (T.), « Ireland Becomes an Even More Attractive Prospect for Corporate Entities », *European Taxation*, IBFD, n° 4, 2005, p. 148-154 ;
- GROUX (J.), « L'exit tax de l'article 167 bis du CGI, mise à mal par la Cour de justice de Luxembourg, a-t-elle encore un avenir ? », *BF Lefebvre*, n° 5, 2004, p. 301 ;
- GUARNERI (G.), « La fiscalité des entreprises dans le grand marché », *RMC*, n° 363, 1992, p. 882 ;
- GUTMANN (D.), « La fiscalité française des groupes de sociétés à l'épreuve du droit communautaire », *DF*, n° 14, 2004, p. 681 ;
- GUTMANN (D.), DANON (R.J.) et SALOMÉ (H.), « Point de vue franco-Suisse sur l'arrêt Société Schneider Electric du 28 juin 2002,

- Réflexions sur le problème de l'attribution du revenu en droit fiscal international », *RD aff. int.*, n° 8, 2002, p. 911 ;
- GUTMANN (D.), « Globalisation et Justice fiscale », *L'Année fiscale*, 2003, p. 103 ;
 - GUTMANN (D.), « Le traitement fiscal des retraites en Europe. Perspectives comparatives », *DF*, n° 4, 2002, p.178 ;
 - GUTMANN (D.), « Le juge fiscal et la loi étrangère », in : *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité. Liber Amicorum Cyrille David*, LGDJ, 2005, p. 191-205 ;
 - GUTMANN (D.), « Un dirigeant de société peut-il être considéré comme un établissement stable ? », in : *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, 2006, p. 545-552 ;
 - HACCIUS (V.C.), « The Irish corporation tax revolution », *European Taxation*, IBFD, , n° 3, 2000, p. 122 ;
 - HAÏM (V.), « De l'opposition à contrainte au contentieux de l'obligation de payer », *DF*, n° 52, 1995, p. 1880-1883 ;
 - HALBOUT (A.), « Aspect fiscaux de la délocalisation », *Revue de droit bancaire et de la Bourse*, n°64, nov. 1997, p.5-11 ;
 - HAMAEEKERS (H.), « Arm's lenght – How Long ? », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, vol. 8, n° 2, 2001, p.30-40;
 - HAMILTON (R.), « International exchange of taxation information », *The Tax Specialist*, vol. 10, n°2, 2006, p. 90-94 ;
 - HANS KEIJZER (J. L.), « Exchange of Information Within the EU », *Tax Planning International Review*, vol. 24, 1997, p. 5;
 - HATOUX (B.), « L'article L 16 B du LPF : une réforme avortée ? », *RJF*, n° 12, 2010, p. 936-943 ;
 - HAYAT (M.), « Résident, non-résident : la fin d'une distinction pour les personnes physiques », *Petites Affiches*, n° 97, 2002, p. 24-29 ;
 - HELMINEN (M.), « Classification of Cross-Border Payments on Hybrid Instruments », *Bulletin for International Taxation*, vol. 58, n°2, 2004, p. 56-61;
 - HERDIN-WINTER (J.), « Exchange of information and Legal Protection: DTCs and EC law », in : *EC Treaty and EC Law* (sous la

- dir. de Lang (M.), SCHUCH (J.) et STARINGER (C.)), Kluwer Law International, 2007, p. 247-263;
- HINNEKENS (L.), « Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe », *L'Année fiscale*, 2004, p. 39 ;
 - HINNEKEMS (L.) et HINNEKENS (P.), « General Report », in : *Non-Discrimination at the crossroads of international taxation*, Cahiers de l'IFA, vol. 93a, 2008, p.17-54;
 - HOI KI HO (D.), « Multinational transfer pricing: evidence in the United Kingdom », *International tax journal*, Chicago, Vol. 34, 2008, n° 4, p. 43-48;
 - IDOT (L.), « La Cour fixe les limites de la jurisprudence Schumacker », *Europe*, n° 11, nov. 1999, p. 17 ;
 - IDOT (L.), « De quelques exemples d'incompatibilité de règles fiscales avec le principe de libre prestation de services », *Europe*, n° 12, dec. 1999, p. 13-14 ;
 - IDOT Laurence, « Droit d'établissement et fiscalité, note sous CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-264/96, Imperial Chemical Industries (ICI) », *Europe*, n°10, 1998, p.17 ;
 - ISRAËL (H.) et BOUHOURS (T.), « Contentieux en matière de prix de transfert : quelles leçons faut-il tirer de la jurisprudence ? », *DF*, n°9, 2005, p. 481-487 ;
 - ISRAËL (H.) et MAZEROLLE (F.), « Faut-il renoncer au principe de pleine concurrence ? », *DF*, n° 13, 2001, p. 553-558 ;
 - JACQUOT (N.), « La réaction des États face à l'optimisation fiscale », *Petites Affiches*, n° 97, 2002, p. 20-23 ;
 - JAILLAIS (L.), « Le trust de l'oncle d'Amérique, l'ISF et le juge de l'impôt, *Dr. et patr.*, n° 131, nov. 2004, p. 20-25 ;
 - JARVENIC (J.-P.), « note sous Cons. Const. 19 juillet 1983, DC n°83-160 », *AJDA*, 1984, n°1, p.28 ;
 - JARNEVIC (J.-P.), « Marché commun, marché intérieur et frontières fiscales », *DF*, n° 43, 1987, p.1153 ;
 - JARVENIC (J.-P.), « Le droit communautaire source du droit fiscal », *DF*, n°50, 1988, p. 1429-1435 ;

- JAZANI (M.), « Lutte contre l'évasion fiscale internationale. Le nouvel article 123 bis du CGI est-il compatible avec le droit communautaire ? », *BF Lefebvre*, n° 8-9, 1999, p. 511 ;
- JUILLARD (P.) et DALUZEAU (X.), « Sous-capitalisation : le naufrage de l'article 212 du CGI « Sauve qui peut... le droit communautaire et les conventions d'abord ! » », *BF Lefebvre*, n° 3, 2004, p. 413-421 ;
- KAMATH (S.S.), « Indian Supreme Court Clarifies Parliament's Power to Enact Extraterritorial Tax Law », *Tax Analysts*, mars 2011, Doc. 2011-5949;
- KEIJZER (J.L.H.), « Exchange of Information Within the EU », *Tax Planning International Review*, vol. 24, 1997, p. 7 ;
- KEMMEREN (E.), « ECJ should not unbundle integrated tax systems ! », *EC Tax Review*, n° 1, 2008, p. 4-11 ;
- KINGSTONE (S.), « A light in the Darkness : Recent Development in the ECJ's Direct Tax Jurisprudence », *Common Market Law Review*, n° 44, 2007, p. 1321-1359 ;
- KIRSH (M.S.), « Taxing Citizens in a Global Economy », *New York University Law Review*, n° 82, 2007, p. 443;
- KNOBBOUT (R.R.), « Mutual Tax Assistance between Canada and the Netherlands », *Intertax*, Kluwer Law International, vol. 28, n° 2, 2000, p. 82-89 ;
- KRUGER (H.), « Portée du principe de non-discrimination au regard de la jurisprudence européenne récente », *BF Lefebvre*, n° 2, 1996, p. 69 ;
- KRUGER (H.), « Note sous l'arrêt de la CJCE du 13 mars 2007, C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation », *DF*, n° 29, 2007, p. 45-49 ;
- LAMARQUES (J.), « Sources du droit fiscal – Droits fondamentaux constitutionnels », *J.-Cl. Procédures Fiscales*, Fasc. 112, 1997, p. 1-37 ;
- LAMBERT (T.), « Un aspect méconnu du contrôle fiscal : l'assistance fiscale internationale », *BF Lefebvre*, n°4, 2000, p. 215 ;

- LAMBERT (T.), « Marché intérieur et évasion fiscale », *Petites Affiches*, n° 97, 15 mai 2002, p. 36-37 ;
- LAMBERT (T.) et ORSINI (G.), « Introduction », in : *La territorialité fiscale dans l'Union Européenne*, Colloque tenu à Paris le 27 nov. 2002, *Petites Affiches*, n° 97, 15 mai 2002, p.3 ;
- LAMPE (M.), « Broadening the Definition of a Permanent Establishment : The Pipeline decision », *European Taxation*, IBFD, vol. 38, n°2, 1998, p. 67-71;
- LANGER (J.M.), « 21st Century Tax Information Exchange Agreements », *Offshore Investment*, n° 190, oct. 2008, p. 8-9 ;
- LARKING (B.), « Another go at the Savings Directive – third time lucky ? », *EC Tax Review*, n° 4, 2001, p. 220-234;
- LAROCHE (C.), « L'application de l'article 164 C du CGI à certains résidents de Monaco neutralisée par les clauses de non-discrimination », *DF*, n° 12, 2004, p. 591 ;
- LAURÉ (M.), « Les délocalisations : enjeux et stratégies des pays développés », *Futuribles*, mai 1993, p.3 ;
- LAYER (F.), « La jurisprudence de la CJCE en matière de non-discrimination et les règles de fiscalité directe », *Petites Affiches*, n° 238, 29 novembre 2001, p. 21 ;
- LE GALL (J.-P.), « Quelques réflexions sur l' « arm's length principle » après le 46e Congrès de l'International Fiscal Association (Cancun – Oct. 1992) », *DF*, n° 50, 1992, p. 1941 ;
- LE GALL (J.-P.), « La règle de l'arm's length serait-elle incompatible avec le traité de Rome ? », *Dr. prat. com. int.*, t. 8, n° 1, 1982, p. 65 ;
- LE GALL (J.-P.), « Internet : cyber-fiscalité ou cyber-paradis fiscal », *JCP E*, n° 5, 1998, p. 164 ;
- LE GALL (J.-P.) et DIBOUT (P.), « La fiscalité des fusions d'entreprises communautaires », *JCP E*, n°12, 1991, p. 2 ;
- LE MENTEC (F.), « L'intensification de l'assistance fiscale internationale : les administrations fiscales à l'heure de la mondialisation », *L'Année fiscale*, 2005, p. 221 ;

- LECOQ (A.), « Le principe de subsidiarité confirmé par la Cour suprême administrative française », *Revue générale de fiscalité*, éd. Waterloo, Vol. 41, n° 1, 2010, p. 4-11 ;
- LEGROS (P.), « Soutien financier d'une filiale à l'étranger : augmentation de capital ou abandon de créances », *BF Francis Lefebvre*, n° 8-9, 1998, p. 482 ;
- LEMIÈRE (J.), « La coopération administrative en matière de fiscalité indirecte à partir de 1993 », *RMC*, n° 363, 1992, p. 892 ;
- LOPEZ (C.), « L'harmonisation fiscale : un élan ou un frein à la construction fiscale européenne ? », *Petites Affiches*, n° 61, 27 mars 2000, p. 10 ;
- LOPEZ (C.), « L'adaptation des procédures fiscales à la construction européenne », *Petites Affiches*, n° 97, 2002, p. 54-60 ;
- LYAL (R.), « EU Report », in : *Non-Discrimination at the crossroads of international taxation*, Cahiers de l'IFA, vol. 93a, 2008, p. 55-72 ;
- LÜBBIG (T.), « L'application de l'article 87 du Traité de Rome aux aides fiscales : un coup d'état communautaire ? », *RMC*, n° 465, 2003, p. 124-128 ;
- LUBY (M.), « Libre établissement des sociétés et fiscalité directe : un bilan contrasté », *Europe*, n° 1, janvier 2002, p. 5-9 ;
- LURIE (J.) KEIJZER (H.) GALLI (C.) , « Exchange of Information Within the EU », *Tax Planning International Review*, vol. 24, 1997, p. 3-15 ;
- MAÏA (J.), « La singularité des procédures fiscales est-elle sans limite ? », *RJF*, n° 4, 2002, p. 287-294 ;
- MAITROT DE LA MOTTE (A.), « La « taxe de 3 % » et le droit communautaire », *DF, L'Année fiscale 2008*, n° hors-série, 2008, étude 5, p. 24-32 ;
- MALHERBE (J.), « De l'entraide à la coordination fiscale internationale », in : *Liber Amicorum Luc Hinnekens*, Bruylant, 2002, p. 290 ;
- MALLINAK (B.), « The revenue rule : a common law doctrine for the twenty-first century », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 16, 2006, p. 79-124 ;

- MANN (F.A.), « The Doctrine of International Jurisdiction revisited after Twenty Years », in : *Further Studies in International Law* (sous la dir. MANN (F.A.)), Clarendon Press, 1990, p. 19-32 ;
- MARDIÈRE (C. de la), « La preuve objective dans le contentieux fiscal », *DF*, n° 14, 6 avril 2006, p.744-748 ;
- MARRES (O.), « Recent Developments in Cross-Border Enforcement of Tax Liability », *Diritto E Pratica Tributaria Internazionale*, 2009, p. 581-629;
- MARRES (O.), « The principle of Territoriality and Cross-border Loss Compensation », *Intertax*, vol. 39, n° 3, p.112-125;
- MARTIN (P.), « La portée fiscale des libertés communautaires de circulation : réflexions au regard du droit interne », *DF*, n°44, 2000, p.1444-1448 ;
- MARTIN (P.), « The Marks & Spencer EU group relief case – a rebuttal of the « taxing jurisdiction » agument », *EC Tax Review*, n° 2, 2005, p. 61-68 ;
- MARTINEZ (J.-C.), « Théorie générale des conventions fiscales », *J.-Cl. Droit Fiscal International*, fasc. 15, 1984, p. 1-15 ;
- MAUBLANC (J.-P.), « Liberté d'établissement et fiscalité : la rigueur de la jurisprudence communautaire », *RMC*, n° 433, 2000, p. 703-706 ;
- MAUBLANC (J.-P.), « Liberté de circulation des travailleurs, égalité fiscale et imposition des revenus », n° 450, *RMC*, 2001, p. 486-491 ;
- MAUBLANC (J.-P.), « Opérations d'assurances et fiscalité communautaire », *RMC*, n° 453, 2001, p. 703-706 ;
- MAUBLANC (J.P.), « note sous Cass., com., 15 déc. 2009, n° 08-20.840, *Sté Erice* », *DF*, n° 23, 2010, comm.364, p.40-46 ;
- MAUBLANC (J.P.), « Le non-respect des conditions de forme d'une demande d'assistance internationale au recouvrement est sans incidence sur la validité de cette demande », *DF*, n° 40, 2010, p. 59 ;
- MAUBLANC (J.P.), « Taxation rétroactive à l'ISF, sur leur patrimoine mondiale, des Français établis à Monaco depuis 1989 », *DF*, n°3, 2011, comm. 117, p. 32-36 ;
- MAYSTADT (M.), « EMI : The Tax Challenges Ahead », *EC Tax Review*, n°1, 1994, p. 2 ;

- MEDORI (C.), « EU exchange of information and recovery of direct taxes: the UK perspective », *International Tax Report*, sept. 2002, p. 2-4;
- MEHL (L.), « Le principe du consentement à l'impôt et autres prélèvements obligatoires – Mythe et réalité », *RF fin. pub.*, n° 51, 1995, p. 16-18 ;
- MEIER (E.) et PERROT (T.), « Les aides d'État comme instrument de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : la pierre philosophale ? », *DF*, n° 3, 2002, p. 141 ;
- MERKS (P.), « Categorizing Corporate Cross-Border Tax Planning Techniques », *Tax Notes International*, Falls Church, vol. 44, n°1, 2006, p. 50-58;
- MESSAGE (N.), « Avancée communautaire en matière de prix de transfert : la Commission Européenne propose des lignes directrices », *RD aff. int.*, n° 2, 2007, p. 286-291 ;
- MEUSSEN (T.K.G.), « Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishment : Lidl Belgium and Deutsche Shell », *European Taxation*, IBFD, vol. 48, n° 5, mai 2008, p. 233-236 ;
- MEUSSEN (T.K.G.), « Columbus Container Services – A victory for the Member States' fiscal autonomy », *European Taxation*, IBFD, n° 4, avril 2008, p. 169-173;
- McDANIEL (P.R.), « Trade Agreements and Income Taxation: Interaction, Conflicts, and Resolutions », *EC Tax Law Review*, n° 57, 2004, p.275 ;
- McINTYRE (M.J.), « How to end the Charade of Information Exchange », *Tax Notes International*, n° 56, october 2009, p. 255-268;
- MIGNON (E.), « L'apport des juridictions communautaire et européenne au droit fiscal français », *Petites Affiches*, n° 97, 2002, p. 61-68 ;
- MONSENEGO (J.), « Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Profit Potential », *Taxe Notes International*, 19 July 2010, p. 194;
- MONSENEGO (J.), « Réflexions sur les conséquences de l'abrogation de l'article 293, alinéa 2 du Traité », *DF*, n°9, 2011, p.15-19 ;

- MONTAGNIER (G.), « Harmonisation fiscale européenne », *RTD Eur.*, n° 2, 1997, p. 368 ;
- MONTI (M.), « Il faut mettre fin à la concurrence fiscale déloyale », *Petites Affiches*, n° 153, 23 décembre 1998, p. 4 ;
- MOSQUERA VALDERRAMA (I.J.), « EU and OECD Proposals for International Tax Cooperation : A New Road ? », *Special Reports, Tax analysts*, 23 Août 2010, p. 609;
- MYERS (A.J.), « Deductibility of interest: in search of symmetry », *Taxation in Australia*, Sydney, Vol. 25, 1990, no. 3, p. 196-205;
- NÉEL (B.), « Le contentieux fiscal et douanier fait-il place au hasard ? L'espace, paramètre d'un hasard douanier ? », *Gaz. du Pal.*, n° 47, 16 fév. 2001, p. 4-12 ;
- NÉEL (B.), « Le secret bancaire face aux exigences fiscales et douanières », *RF fin. pub.*, n° 72, 2000, p. 13-28 ;
- NEVE (E.C.L.), « Tax Information Exchange Agreements », *Offshore Investment*, n° 190, oct. 2008, p. 13-17 ;
- NGUYEN (B.), « Bachmann, Werner, Schumacher, Wielockx et les autres..., ou quand la Cour de Justice harmonise la fiscalité européenne », *Europe*, n° 12, 1995, p. 1 ;
- NIELSEN (T.), « The arm's length test : a rule of law – or an excuse for arbitrary taxation ? », *Intertax*, n° 7, 1979, p. 296 ;
- NIZET (J.-Y.), « Aux sources de l'idée de retenue à la source », *RF fin. publ.*, n° 80, 2002, p. 323-326 ;
- OBERSON (X.), « L'impact de la mondialisation sur le droit fiscal suisse », in : *Le droit saisi par la mondialisation* (sous la dir. de MORAND (C.A.)), Bruylant, 2001, p.429 ;
- OBERSON (X.), « Assistance internationale en matière fiscale », *L'Expert Comptable Suisse*, n° 3, 2006, p. 179-184 ;
- O'DONNELL (T.A.), « The death of information exchange agreement ? », *Journal of International Taxation*, vol. 13, n° 8, 2002, p. 8 ;
- O'SULLIVAN (M.), « Exchange of Information and Taxpayer Protections : A Comparative View », *Irish Tax Review*, mai 2006, p. 64-69 ;

- OLLÉON (L.), « Article 209 B et conventions fiscales internationales : « Après les ténèbres, la lumière », *RJF*, n° 10, 2002, p. 755 ;
- OLLÉON (L.), « Application des clauses de non-discrimination : l'article 164 C égratigné par le Rocher », *RJF*, n° 8-9, 2003, p. 663 ;
- OLLÉON (L.), « Exit l'exit tax », *RJF*, n° 5, 2004, p. 347-350 ;
- OLLÉON (L.), « Déductibilité des intérêts, traité de Rome et conventions fiscales », *RJF*, n° 3, 2003, p. 191-194 ;
- OLLÉON (L.), « Article 212 du CGI, suite et fin », *RJF*, n° 2, 2004, p. 83-89 ;
- OLLÉON (L.), « Territorialité de l'impôt : des trous dans le mur », *RJF*, n° 7, 2003, p. 571 ;
- ONNO RUDING (H.), « The long way to removing obstacles in Company Taxation in Europe », *European Taxation*, IBFD, n° 3, janv. 2002, p. 3-5 ;
- ONORIO DI-MEO (E.), « L'Exit Tax à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RFE dr. int. aff.*, n° 136, 2004, p. 43-56 ;
- ONORIO DI-MEO (E.), « La condamnation européenne du régime français du prélèvement forfaitaire libératoire », *Les Nouvelles Fiscales*, n° 913, 2004, p. 22-26 ;
- ONORIO DI-MEO (E.), « Droit communautaire et fiscalisme français », *Dr. et patr.*, n° 127, 2004, p. 58-66 ;
- ORSINI (G.), « La coopération des administrations fiscales », *Petites Affiches*, n° 97, 15 mai 2002, p. 50-53 ;
- PHILIP (P.), « Les spécificités du contrôle fiscal à l'égard des non-résidents », *DF*, n° 44, 1996, p. 1352 ;
- PHILIPPE (J.-J.), « Cinquante ans de TVA : de sa préhistoire à son actualité », *DF*, n°7, 2005, p. 382-386 ;
- PICARD (J.F.), « Les actes anormaux de gestion », *RJF*, n° 9, 1979, p. 276 ;
- PICQ (E.) et ESCAUT (P.), « Création, acquisition et exploitation des actifs incorporels en France ou à l'étranger : problématiques fiscales internes et internationales », *DF*, n°44, 2010, p. 10-16 ;

- PIERRE (J.-L.), « Le recouvrement de créances fiscales étrangères en France et de créances fiscales françaises à l'étranger », *Procédures*, n° 6, 2000, p. 3-7;
- PIJL (H.), « The Concept of Permanent Establishment and the Proposed Changes to the OECD Commentary with Special Reference to Dutch Case Law », *Bulletin of International Taxation*, IBFD, vol. 56, n° 11, nov. 2002, p. 554-562;
- PISTONE (P.), « Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of Direct Taxes », *Intertax*, Vol. 35, Issue 2, 2007, p. 70-74 ;
- PISTONE (P.), « Ups and Downs in the Case Law of the European Court of Justice and the Swinging Pendulum of Direct Taxation », *Intertax*, vol. 36, n° 4, 2008, p. 147;
- PITSCHAS (C.), « GATT/WTO rules for border tax adjustment and the proposed European directive introducing a tax on carbon dioxide emissions and energy », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, n° 3, 1995, p. 479-500 ;
- PLAGNET (B.), « La non-immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises », *BF Lefebvre*, n° 11, 1999, p. 687 ;
- PONCELET (C.), « Souveraineté des États membres et égalisation des conditions de concurrence », *Rev. aff. eur.*, n° 2, 1995, p. 49-53 ;
- PREBBLE (J.), « Ectopia, Tax Law and International Taxation » (trad. par l'auteur), *British Tax Review*, n° 5, 1997, p. 380-393;
- PREBBLE (J.), « Exploiting From in Avoidance by International Tax Arbitrage – Arguments towards a Unifying Hypothesis of Taxation Law », *Asia-Pacific Tax Bulletin*, IBFD, n°1, 2011, p.8-14;
- PRIOL (J.-M.), « L'appréciation des prix de transfert au regard de la preuve dans les relations d'affaires entre sociétés liées », *Lexbase Hebdo*, n° 139, 22 octobre 2004, p. 1-7 ;
- PRIOL (J.-M.), « Liberté d'établissement et présomption d'évasion ou de fraude fiscale », *Lexbase Hebdo*, n° 113, 25 mars 2004, p. 1-8 ;
- PRIOL (J.-M.), « Prélèvement libératoire sur les revenus financiers et opérations transfrontalières : les articles 125-0 A et 125 A du CGI

- déclarés contraires aux principes de libre prestation de services et de capitaux », *Lexbase Hebdo*, n° 111, 10 mars 2004, p. 1-6 ;
- PUIPIER (A.), « Transfert indirect de bénéfice. Article 57 du CGI et notion d'acte anormal de gestion », *RRJ*, n° 1, 1996, p. 142 ;
 - QURESHI (A.H.), « The Freedom of a State to Legislate in Fiscal Matters under General International Law », *Bulletin for International fiscal Documentation*, IBFD, vol. 41, n°1, 1987, p. 14-21;
 - RACINE (P.F.), « Réflexion sur la preuve en droit fiscal », *BF Lefebvre*, n° 6, 1985, p. 313 ;
 - RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE (E.), « Droit communautaire : chronique de l'année 2008 », *DF*, n° 9, 2009, p. 60-69 ;
 - RASSAT (P.), « Les tours de Manhattan et la fiscalité du XXIe siècle », in : *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité. Liber amicorum Cyrille David*, LGDJ, 2005, Paris, p. 207-222 ;
 - REUVEN (S.A.-Y.), « Back to the future ? The Potential Revival of Territoriality », *Bulletin for International Taxation*, IBFD, n° 10, oct. 2008, p. 471-474;
 - REZEK (S.), « L'avis à tiers détenteur », *DF*, n° 20, 2002, p. 756-760;
 - ROUCY (A. de) et BERGER (F.), « Flux intragroupes : transfert de la charge de la preuve », *Option Finance*, n° 917, 29 janvier 2007, p. 30 ;
 - RIENSTRA (J. G.), « United States – Individuals », in: *Country Survey*, IBFD publication, 2010, p. 1-65;
 - RUDING ONNO H., « The long way to removing obstacles in Company Taxation in Europe », *European Taxation*, IBFD, n° 1, janv. 2002, p. 3-6 ;
 - RUPÉREZ (S.-B.J.), « Non-Fiscal Discrimination in the WTO and EC Law: Relations and solutions », *The EC Tax Journal*, vol.4, Issue 2, 2000, p. 111-137;
 - RUSSO (R.), « Report on the historical development of article 7 of the OECD model », in : *The Attribution of Profits to a Permanent Establishment*, Cahiers de l'IFA, vol. 91B, 2006, p. 89-107;
 - RUSSO (R.), « Partnerships and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives », *European Taxation*, IBFD, vol. 46, n°10, 2006, p. 475-482;

- SADOWSKY (M.), « Droit OMC, droit communautaire et fiscalité directe », *DF*, n° 9, 2009, p. 30-37 ;
- SALIN (P.), « L'harmonisation fiscale, une fausse bonne idée ? », *Dr. et patr.*, n° 54, 1997, p. 20 ;
- SALIN (P.), « Le mythe de l'harmonisation fiscale », *RF econ.*, vol. III, n° 3, 1998, p. 138 ;
- SASS (G.), « Les deux directives fiscales concernant la coopération transfrontalière dans la communauté européenne entre entreprise », *RFE dr. int. aff.*, n°2, 1991, p.19-27 ;
- SCHAFFNER (J.), « L'arrêt Schumacker du 14 février 1995 : synthèse de la jurisprudence fiscale de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de libre circulation des travailleurs », *Rev. aff. eur.*, n° 2, 1995, p. 86-93 ;
- SCHÖN (W.), « International Tax Coordination for a Second-Best World (I) », *World Tax Journal*, vol. 1, n° 1, 2009, p. 67-147 ;
- SCHÖN (W.), « International Tax Coordination for a Second-Best World (II) », *World Tax Journal*, vol. 2, n° 1, 2009, p. 65-94 ;
- SCHÖN (W.), « Losing Out at the Snooker Table: Cross-Border Loss Compensation for PEs and the Fundamental Freedoms », in : *A vision of Taxes within and outside European Borders* (sous la dir. de L. Hinnekens and P. Hinnekens), Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael, Kluwer Law International, 2008, p.823-836 ;
- SCHÖN (W.), « Persons and Territories: on the International Allocation of Taxing Rights », *British Tax Review*, n°6, 2010, p. 554-562;
- SCHWARZ (J.), « Intra-Europe Exchange of Direct Tax Information : the Directive on Mutual Assistance 25 years on », *The EC Tax Journal*, vol. 6, n°1, 2002, p. 69-76 ;
- SCHWARZ (J.) et CASTRO (E.), « Re-engineering Multinational Supply Chains », *Bulletin for International Taxation*, IBFD, vol. 60, n°5, 2006, p. 188-191;
- SÉRANDOUR (Y.), « L'abus de droit selon la CJCE », *DF*, n° 16, 2006, p. 846-849 ;

- SEITZ (G.), « National Income from the Cross-Border Internal Transfer of Assets – Why the Amendments to the German Income Tax Act Violate the Freedom of Establishment », *Intertax*, vol. 36, Issue 2, 2008, p. 44-74 ;
- SEKAR (K.R.), « Attribution of Profits, a “separate entity” approach », *Journal of International Taxation*, New York, Vol. 18, dec. 2007, p. 50-61;
- SERLOOTEN (P.), « Liberté de gestion et droit fiscal : la réalité et le renouvellement de l’encadrement de la liberté », *DF*, n° 12, 2007, p.6-11 ;
- SHARMAN (J.C.) et SPENCER (D.), « International Tax Cooperation », *Journal of International Taxation*, New York, vol. 18, dec. 2007, p. 35-49 ;
- SHEPPARD (L.A.), « ECJ Preserves Withholding », *Tax Notes International*, Falls Church, Vol. 56, n° 12, 2009, p. 939-944 ;
- SILBERZTEIN (C.) et PRIOL (J.M.), « Contrôle des prix de transfert : un dispositif critiquable ? », *DF*, n° 42, 1998, p. 1285 ;
- SILBERZTEIN (C.), « La mise à jour 2008 du modèle de convention fiscale de l’OCDE », *DF*, n° 47, 2008, p. 5-8 ;
- SILBERZTEIN (C.) et SCHMITT (V.), « Le dispositif français d’accord préalable en matière de prix de transfert : une petite révolution fiscale », *DF*, n° 5, 2000, p. 253-258 ;
- SOLLBERGER (J.-P.), « L’article 123 bis : un dispositif en sursis ? », *RFE dr. int. aff.*, n° 138, 2004, p. 15-24 ;
- SWINKELS (J.J.P.), « Carousel fraud in the European Union », *International VAT monitor*, IBFD, Vol. 19, no. 2, 2008, p. 103-113
- TALY (M.) et SCHIELE (P.), « Les dispositions françaises tendant au contrôle des prix de transfert (CGI, art.57 et LPF, art. L. 13B) sont-elles euro-compatibles ? », *DF*, n° 29, 2003, p. 960 ;
- TALY Michel, « Incitations fiscales et harmonisation européenne », *Rev. aff. eur.*, n° 2, 1995, p. 54-57 ;
- TALY (M.) et VIDAL (G.), « La pratique des prix de transfert internationaux », in : *L’entreprise et les défis du droit à l’heure de la*

mondialisation, 3ème journée d'études de l'AFJE (25 et 26 septembre 1997), Dalloz, 1998, p. 53-60 ;

- TANZI (V.) et ZEE (H.H.), « Taxation in a Borderless World : The Role of the Information Exchange », *Intertax*, n° 2, 2000, p. 58-63 ;
- TANZI (V.) et ZEE (H.H.), « Can information Exchange be Effective in Taxing Cross-Border Income Flows? », in: *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer Law International, 2001, p. 259-268;
- TERRA (B.J.M.) et KAJUS (J.), « Removal of fiscal frontiers (I) », *International VAT monitor*, IBFD, vol. 1, no. 6, 1990, p. 2-23 ;
- TERRA (B.J.M.) et KAJUS (J.), « Removal of fiscal frontiers (II) », *International VAT monitor*, IBFD, vol. 1, no. 7, 1990, p. 2-19 ;
- TEXEIRA (R.R.), « Tax treaty consequences of secondary transfer pricing adjustments », *Intertax*, vol. 37, n° 8/9, 2009, p. 449-472;
- TIELEMANS (P.P.S.C.), « Towards a European Community without Borders : Utopia or Reality ? », *European Taxation*, IBFD, vol. 27, n° 7, 1987, p. 207-212 ;
- TIXIER (F.), « La fiscalité internationale entre américanisme et protectionnisme », *Marché et Techniques Financières*, n° 53, 1993, p.26 ;
- TIXIER (F.), « L'évolution jurisprudentielle au regard de l'article 238 A du CGI », *DF*, n° 12, 1994, p. 529 ;
- TIXIER (G.) et LAMULLE (T.), « notes sous CAA Lyon, 16 avr. 1992 n°90599 », *DF*, n° 5, 1993, comm. 189, p. 276 ;
- TRONNET (J.), « La décision CJCE Test Claimants in the thin group Cap litigation (13 mars 2007, aff. C-524/04) : un plaidoyer « indirect » en faveur de l' « euro-compatibilité » de l'article 57 du CGI ? », *DF*, n° 21, 2008, p. 9-11 ;
- TUROT (J.), « L'entrepreneur, le risque et le fisc », *RJF*, n° 11, 1990, p. 735-738 ;
- TUROT (J.), « L'article 209 B est-il soluble dans le droit communautaire ? À propos de l'arrêt CJCE 16 juillet 1998, ICI », *RJF*, n° 12, 1998, p. 940 ;

- VALENTE (P.) et RHODE (A.M.), « Italy : introduction of the deemed residence rule and international tax planning », *The tax specialist*, Sydney, Vol. 11, 2008, n° 3, p. 234-241;
- VAN THIEL (S.), « The prohibition of income tax discrimination in the European Union : what does it mean ? », *European Taxation*, IBFD, vol. 34, n° 9, 1994, p. 303-310 ;
- VAN THIEL (S.), « Removal of indirect tax barriers to a single european market », *International VAT monitor*, IBFD, vol. 1, n° 1, 1990, p. 17-25 ;
- VAN DEN HURK (H.), « Is the ability of the Member States to conclude tax treaties chained up? », *EC Tax Review*, n° 1, 2004, p.17-30;
- VAN DEN HURK (H.) et KORVING (J.), « The ECJ's Judgment in OESF – Is Horizontal Discrimination a Threat to the Internal Market? », *Bulletin for International Taxation*, IBFD, vol. 63, n° 3, 2009, p. 95-103 ;
- VANISTENDAEL (F.), « The ECJ at the crossroads : balancing tax sovereignty against the imperatives of the single market », *European Taxation*, IBFD, n°9, 2006, p. 418 ;
- VANISTENDAEL (F.), « Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms ? », *EC Tax Review*, n° 2, 2008, p. 52-66 ;
- VANISTENDAEL (F.), « Marché interne et souveraineté fiscale », in : *Regards Critiques et Perspectives sur le Droit et la Fiscalité. Liber amicorum Cyrille David*, LGDJ, 2005, p. 255-267 ;
- VANN (J.R.), « Reflections on Business Profits and the Arm's-Length Principle », in: *The Taxation of Business profits under Tax Treaties*, Canadian Foundation, 2003, p. 133-169;
- VASCEGA (M.) et VAN THIEL (S.), « Council Adopts New Directive on Mutual Assistance in Recovery of Tax and Similar Claims », *European Taxation*, IBFD, vol. 50, n°6, 2010, p. 26
- VESTRIS (I.), « Le droit à l'information de l'administration », *DF*, n° 3, 2007, p. 19-28;

- VIDAL (G.), « Les limites du droit à l'information de l'administration », *DF*, n° 3, 2007, p. 32-41;
- VOGEL (K.), « Worldwide vs. source taxation of income : a review and re-evaluation of arguments », Part I, *Intertax*, n° 8, 1988, p. 216-229;
- VOGEL (K.), « Worldwide vs. Source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments », Part II, *Intertax*, n° 10, 1988, p. 310-320;
- VOGEL (K.), « Worldwide vs. Source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments », Part III, *Intertax*, n° 11, 1988, p. 393-402;
- WAAL (A. de), « Le régime fiscal des aides consenties par une société française à sa filiale ou succursale étrangère », *RD aff. int.*, n° 4, 1997, p. 524-534 ;
- WAAL (A. de), « L'article 209 B du CGI : mythe ou réalité ? », *DF*, n° 30, 1991, p. 1149 ;
- WAAL (A. de), « La question de l'incompatibilité des articles 155A et 209B avec les conventions fiscales internationales », *RD aff. int.*, n° 5, 1994, p. 653 ;
- WAAL (A. de), « La portée des articles 155 A et 209 B du CGI à la lumière de la jurisprudence française », *RD aff. int.*, n° 2, 1999, p. 242-251 ;
- WAAL (A. de), « L'imposition des sociétés étrangères et la clause de non-discrimination », *DF*, n° 38, 1998, p. 1126 ;
- WAAL (A. de), « Les non-résidents et le principe de non-discrimination », *RD aff. int.*, n° 3, 1997, p. 391-412 ;
- WARREN (C.A.J.), « Income tax Discrimination against International Commerce », *Tax Law Review*, n° 54, 2001, p. 131;
- WATHELET (M.), « Direct taxation and EU law : integration or disintegration ? », *EC Tax Review*, n° 1, 2004, p. 2-4 ;
- WATHELET (M.), « Refus d'harmonisation fiscale et condamnations de la CJCE : cohabitation diabolique », *RJF*, n° 7, 2005, p.469-482 ;

- WATHELET (M.), « Souveraineté fiscale des Etats membres et Cour de justice : nouvelles tendances ou confirmation ? », *RJF*, n° 2, 2008, p. 90-102 ;
- WATHELET (M.), « À propos de l'arrêt OyAA de la CJCE : glaçon errant ou pointe d'un redoutable iceberg pour les contribuables européens ? », *BF Lefebvre*, n° 8, 2007, p. 9 ;
- WATTEL (P.J.), « Corporate tax jurisdictions in the EU with respect to branches and subsidiaries ; dislocation distinguished from discrimination and disparity ; a plea of territoriality », *EC Tax Review*, n° 4, 2003, p. 194-201 ;
- WATTEL (P.J.), « Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality and Preservation of the (Balanced) Allocation of Taxing Power; What is the difference? », in: *The Influence of European Law on Direct Taxation. Recent and Future Developments* (sous la dir. AAN DEN RIJN (A.)), Kluwer Law International, 2007, p. 139-156;
- WATTEL (P. J.), « Corporate tax jurisdictions in the EU with respect to branches and subsidiaries ; dislocation distinguished from discrimination and disparity ; a plea of territoriality », *EC Tax Review*, n° 4, 2003, p.184-212;
- WEBER (D.), « The Bosal Holding Case : Analysis and Critique », *EC Tax Review*, n° 4, 2003, p. 220-230 ;
- WEBER (D.), « The proposed EC Interest and Royalty Directive », *EC Tax Law Review*, n° 1, 2000, p. 15-30;
- WEBER (D.), « In Search of a (New) Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within the EC », *Intertax*, vol. 34, n° 12, 2006, p. 585-616 ;
- WILD (M.F. de), « Some Thoughts on a Fair Allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy », *Intertax*, vol. 38, n° 5, 2010, p. 279-292;
- WIMPISSINGER (C.), « Cross-border transfer of losses, the ECJ does not agree with Advocate General Sharpston », *EC Tax Review*, n° 4, 2008, p. 173;

- WISSELINK (A.), « International Exchange of Tax Information Between European and Other Countries », *EC Tax Review*, n° 2, 1997, p. 108-115 ;
- WOUTERS (J.) et VAN HEES (B.), « Les règles communautaires en matière d'aides d'Etat et la fiscalité directe : quelques observations critiques », *Cah. dr. eur.*, n° 5-6, 2001, p. 647 ;
- WYSE (M.), « Settling problems of dual residency under the Canada - U.S. treaty », *Tax notes international*, Falls Church, Vol. 53, n° 6, 2009, p. 531-533;
- X., « Fiscalité et coopération transfrontalière des entreprises », *Petites Affiches*, n°106, 1991, p.16-21 ;
- X., « Les orientations européennes en matière de fiscalité directe des entreprises », *DF*, n°30, 1992, p.1288-1290 ;
- X., « Rapport du Groupe de Travail pour l'application du Code de conduite en matière de fiscalité des entreprises », *DF*, n° 16, 2000, p. 657-662 ;
- X. , « Rapport sur la mise en œuvre de la communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aide d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises », *DF*, n° 29, 2004, p. 1162-1171 ;
- X., « Recommandation du comité de réflexion sur la fiscalité des entreprises dans la CEE », *BF Lefebvre*, n°5, 1992, p.325-327 ;
- X., « Vers une coopération fiscale globale – Rapport pour la réunion du Conseil au niveau des ministres de 2000 et recommandations du Comité des affaires fiscales de l'OCDE : Progrès dans l'identification et l'élimination des pratiques fiscales dommageables », *DF*, n° 37, 2000, p. 1153-1159 ;
- X., « Recouvrement. Généralités », *J.-Cl. Procédures Fiscales*, Fasc. 510, 2002 ;
- X., « Territorialité de l'impôt », *FR Lef.*, n° 5, 2011, no. 101-109 ;
- ZALASINSKI (A.), « Proportionality of Anti-Avoidance and Anti-Abuse Measures in the ECJ's Direct Tax Case Law », *Intertax*, vol. 35, Issue 5, 2007, p. 310-413 ;

B. Autres articles, notes et commentaires de droit

- ABI-SAAB (G.), « La pérennité des frontières en droit international », *R.I.*, n°64, 1990, p.341-349 ;
- ALLAND (D.), « Les représentations de l'espace en D.I.P. », *A.P.D.*, t. 32, 1987, p.163-187 ;
- AMSELEK (P.), « Réflexions critiques autour de la conception Kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, n°1, 1978, p.5-16 ;
- AMSELEK (P.), « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in : *La force normative, Naissance d'un concept* (sous la dir. de C. Thibierge et alii), LGDJ, 2009, p. 2-5 ;
- ANCEL (P.), « L'exécution par la puissance publique », *RTD Civil*, n° spéc., 1993, p. 135-149 ;
- ARANGIO-RIUZ (G.), « L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du Droit international », *Östeneichische Zeitschrift für öffentlicher*, vol.XXVI, n°1-2, p.3-63 et n°3-4 p.156-406 ;
- ARBELLOT (F.), « Concours de la Force Publique », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2110, 2004, p. 1-13 ;
- AUBRY (J.), « De la notion de territorialité en droit international privé », *Clunet* 1900 (t. 27), *Clunet* 1901 (t. 28) et *Clunet* 1902 (tome 29), respectivement p.689-704, p.643-671 et p. 209-242 ;
- AUDOLANT (A.), « Les lois de police en droit international privé : une force « super-impérative » ? », in : *La force normative, Naissance d'un concept* (sous la dir. de THIBIERGE (C.) et alii), LGDJ, 2009, p. 309-322 ;
- BARBERIS (J.A.), « Les lien juridiques entre l'Etat et son territoire : perspective théoriques et évolution du droit international », *An. Fr. dr. int.*, n°47, janvier 1999, p.132 ;
- BARDONNET (D.), « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé : problème juridique choisis », *R.C.A.D.I.*, t.153, 1976/V, p.17-166 ;

- BASTID (P.), « Le territoire dans le droit international contemporain », in : *Les cours de droit*, DES de droit public 1953-1954, Paris, p.6 ;
- BASTID (S.), « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour International de Justice », *R.C.A.D.I.*, t. 107, 1962/III, p.361-495 ;
- BEAUD (O.), « L'honneur perdu de l'Etat », *Droits*, n°15, 1992, p. 3 et s. ;
- BEAUD (O.), « La notion d'Etat », *A.P.D.*, t.35, 1990, p.119-141 ;
- BEAUD (O.), « La souveraineté dans « la contribution à la théorie générale de l'Etat » de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, p. 1251-1301 ;
- BEAUD (O.), « Souveraineté », in : *Dictionnaire de Philosophie politique* (sous la dir. de RIALS (S.) et RAYNAULD (P.)), 2^e éd., PUF, 1998, p.625-628 ;
- BEAUD (O.), « Carl schmitt ou le juriste engagé », in : *Théorie de la constitution* (ouvrage de C. Schmitt), PUF, coll. Léviathan, 1993, p. 34-95 ;
- BÉCHILLON (D. de), « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, n°43, 1999, p.1-25 ;
- BERLIA (G.), « Remarques sur la paix de Westphalie », in : *Hommage d'une génération de juristes au Président BASDEVANT*, Pedone, Paris, 1960, p. 35-42 ;
- BIERZANEK (R.), « Les frontières entre les Etats et les espaces au-delà de la souveraineté étatique », in : *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Nijhoff, 1984, p.587-603 ;
- BISCHOFF (J.-M.), « note sur la décision du Conseil Constitutionnel n°81-132 D.C. », *R.C.D.I.P.*, p.351-359 ;
- BLUMANN (C.), « Frontières et limites », in : *La Frontière*, Société française pour le droit international (colloque de Poitiers), Pedone, 1980, p.3-33 ;
- BOISSET-REPKAT (F.), « Assistance administrative internationale au recouvrement », *J.-Cl. Procédures Fiscales*, fasc. 579-50, 2008, 15p. ;

- BOTTIN (M.), « La frontière de l'Etat, approche juridique et historique », in : *Territoires frontaliers – Discontinuité et cohésion, Sciences de la société*, Presse Universitaire de Toulouse-Le Mirail, n°37, 1996, p.15-26 ;
- BOULET-SAUTEL (M.), « De Choppin à Proudhon : naissance de la notion moderne de domaine public », *Droits*, n°22, 1995, p.91-102 ;
- BOURQUIN (M.), « Les règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, t. 35, 1931/I, p.114 ;
- BRANCOURT (J.-P.), « Des “estats” à l'Etat: évolution d'un mot », *A.P.D.*, t.21, 1976, p.39-54 ;
- BRIMO (A.), « Le doyen Hauriou et l'Etat », *A.P.D.*, t.21, 1976, p.99 ;
- CAMPAGNOLO (U.), « La notion de personne juridique dans la doctrine pure du droit », *Revue internationale de théorie juridique*, t.9, 1937, p.215-228 ;
- CARBONNIÈRES (L.de), « Le pouvoir royal face aux mécanismes de la guerre privée à la fin du Moyen âge. L'exemple du Parlement de Paris », *Droits*, n° 46, 2007, p. 50-59 ;
- CAUSSAIN (J.-J.), *Fusions transfrontalières*, *JCP E*, n° 21, 1999, p.897 ;
- CAVAGLIERI (A.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, t. 26, 1929/I, p. 330-558 ;
- CAYROL (N.), « Saisie-Attribution », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2240, 2008, p. 1-16 ;
- CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », in : *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, Paris, 1960, p. 114-151 ;
- CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p.678 ;
- CHEVÈNEMENT (J.-P.), « Difficultés et légitimité de la contrainte », *AJDA*, n° spécial, 20 juillet-20 août 1999, p.6-10 ;
- CIMANONTI (S.), « Notion de saisie », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2020, 1993, p. 1-14 ;

- COMBACAU (J.), « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p.47-58 ;
- COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, t. 31, 1986, p.85 ;
- DAUVILLIER (J.), « Aux origines des notions d'Etat et de souveraineté sur un territoire », in : *Mélanges offerts à Paul COUZINET*, Toulouse, 1974, p.153-219 ;
- DEBBASCH (R.), « Unité et Indivisibilité », in : *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Travaux de l'Association Française des Constitutionnalistes (Journées d'études des 16-17 mars 1989), *Economica*, p.7-47 ;
- DÉFOSSEZ (M.), « Titre exécutoire », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2100, 2006, p. 1-11 ;
- DELBEZ (L.), « Le territoire dans ses rapports avec l'Etat », *R.G.D.I.P.*, n° 1, 1932, p. 8-39 ;
- DEMBINSKI (L.), « Le territoire et le développement du droit international », *Annuaire Suisse de droit international*, 1975, p. 121-152 ;
- DESCIMON (R.), « L'union au domaine royal et le principe d'inaliénabilité. La construction d'une loi fondamentale au XVI^e et XVII^e siècle », *Droits*, n°22, 1995, p.79-90 ;
- DEWOST (J.L.), « L'application territoriale du droit communautaire : disparition et résurgence de la notion de frontières », in : *La Frontière*, Société française pour le droit international (colloque de Poitiers), Pedone, 1980, p. 253-279 ;
- DISTEFANO (G.), « La notion de titre juridique et les différends territoriaux dans l'ordre international », *R.G.D.I.P.*, n° 2, 1995, p.335-366;
- DJIENA WEMBOU (M.-C.), « Le droit d'ingérence humanitaire : un droit aux fondements incertains, au contenu imprécis et à géométrie variable », in : *Le droit international dans un monde en mutation*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 61-85 ;
- DROZ (G.A.L.) et GAUDEMET-TALON (H.), « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du

- Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *R.C.D.I.P.*, n° 4, 2001, p. 601-652 ;
- DUPUY (P.-M.), « L'individu et le droit international », *A.P.D.*, t.32, 1987, p.119-133 ;
 - DUPUY (R.-J.), « Souveraineté », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°7, 1998, p. 861-868 ;
 - EBENROTH (C.T.), REINER (G.) et BOIZEL (R.), « Successions d'Etats et droit international privé », *J.D.I.*, 1996, n°1, p. 5-68 ;
 - EDELMAN (B.), « L'ennemi dans les déclarations sur les droits de l'homme », *Droits*, n°16, 1992, p.119-130 ;
 - EISENMANN (C.), « Sur la théorie Kelsenienne du domaine de validité des normes juridiques », in : *Law, State and international order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, 1964, p. 59 et s. ;
 - FABRE (M.H.), « L'unité et l'indivisibilité de la République, réalité? Fiction? », *RDP*, 1982, p.608-615 ;
 - FEDOZZI (P.), « De l'efficacité extraterritoriale des lois et actes de droit public », *R.C.A.D.I.*, t. 27, 1929/II, p. 162-250 ;
 - FERREIRA (N.), « La notion d'exécution d'office », *AJDA*, n° spéc. août 1999, p. 41-44 ;
 - FERRERA-CORREIA (A.), « La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales », in : *Mélanges Wengler*, tome II, 1973, p. 285-320;
 - FLORY (M.), « Le couple Etat-territoire en droit international contemporain », in : *L'international sans territoire* (sous la direct. BADIE (B.) et SMOUTS (M.C.)), *Culture et conflits*, n°21/22, 1996, p. 251-265 ;
 - FLORY (M.), « Les bases militaires à l'étranger », *An. fr. dr. int.*, vol. 1, 1955, p. 3-30 ;
 - FOUSSARD (D.), « Entre exequatur et exécution forcée (De quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers) », *Trav. Com. Fr. dr. int. pr.*, 1996-1997, p. 175 ;
 - FREUND (J.), « L'ennemi et le tiers dans l'Etat », *A.P.D.*, t.21, 1976, p.23 ;

- FREYRIA (C.), « La notion de conflit de lois en droit public », *Tr.Com.Fr. de D.I.P., 1962-1964*, p.103 ;
- FUSINATO (M.G.), « Le droit international de la République Romaine », *R.D.I. et lég. comp.*, Librairie Européenne C. Muquardt, t. 17, n°1, 1885, p.278-296 ;
- GARDOT (A.), « Jean Bodin, sa place parmi les fondateurs du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 50, 1934/IV, p.549-747 ;
- GARRONE (P.), « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTD eur.*, n° 3, 1994, p. 427 ;
- GASQUET (T.), « Action en recouvrement. Poursuites. Généralités », *J.-Cl. Procédures Fiscales*, Fasc. 550, 2000, p. 1-48 ;
- GAUDEMET (J.), « Dominium – Imperium. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits*, n°22, octobre 1995, p. 3-17;
- GAUDEMET (Y.), « Exécution forcée et puissance publique : les prérogatives de la puissance publique pour requérir l'exécution », *RDC*, n° 1, 2005, p.133-140 ;
- GENET (J.-P.), « La typologie de l'Etat moderne, le droit, l'espace », in : *L'Etat moderne : le droit, l'espace et les formes de l'Etat* (sous la dir. COULET (N.) et GENET (J. P.)), éd. du CNRS, 1990, p.7-14 ;
- GIRARD (C.), « La suppression des frontières temporelles par le traité constitutionnel européen », *Petites Affiches*, 4 nov. 2005, n°220, p.10 ;
- GIRARD D'ALBISSIN (N.), « Propos sur la frontière », *R.H. de Dr. fr. et étr.*, p. 390-407 ;
- GOLDMAN (B.), « Le champ d'application territorial des lois sur la concurrence », *R.C.A.D.I.*, t.128, 1969/III, p.352-705 ;
- GOYARD-FABRE (S.), « Nietzsche, critique de l'Etat moderne », *A.P.D.*, t. 21, 1976, p.75 ;
- GRUTZWILLER (M.), « Le développement historique du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, t. 29, 1929/IV, p. 291-348;
- GRYNBAUM (L.), « La contrainte, garantie de l'accès au droit », in : *La contrainte* (sous la dir. de GRYNBAUM (L.)), Economica, coll. Etudes juridiques, n° 27, 2007, p. 3-20 ;
- GRZEGORCZYK (C.), « Ordre juridique comme réalité », *Droits*, n° 35, 2001, p.103-124 ;

- HAGGENMACHER (P), « L'Etat souverain comme sujet de droit international de Vitoria à Vattel », *Droits*, n°16, 1992, p.11-20 ;
- HALPHEN (L.), « La place de la Royauté dans le système féodal », *Rev. Hist.*, vol. 172, 1933, p.249-256 ;
- HÉRAUD (G.), « Un anti-étatisme : le fédéralisme intégral », *A.P.D.*, n°21, 1976, p.167-180 ;
- HERZOG (P.), « La théorie de l'Act of State dans le droit des Etats-Unis », *R.C.D.I.P.*, 1982, p. 617-646 ;
- HUPRECHT (G.), « La juste guerre dans la doctrine chrétienne, des origines au milieu du XVI^e siècle », in : *La Paix, Recueil de la société Jean-Bodin*, t. XV, 1961, p. 107-124 ;
- IDOT (L.), « L'efficacité des décisions dans l'espace », *Rev. conc. cons.*, n°118, 2000, p.29-36 ;
- JAROSSON (C.), « Réflexions sur l'Imperium », in : *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, coll. Mélanges, 1991 ;
- JOBART (J.-C.), « La notion de Constitution chez Aristote », *RFD const.*, n°65, janvier 2006, p.97-143 ;
- JOUANNET (E.), « Vattel et la sujétion directe de l'État au droit international », in : *L'État moderne 1715-1848* (sous la dir. de GOYARD-FABRE (S.)), Vrin, 2000, p. 153-179 ;
- JUILLARD (P.), « Les Nationalisations françaises, Chronique de Droit Economique », *An. Fr. dr. int.*, CNRS, 1982, p. 774 ;
- KAHN (P.), « Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in : *Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1982, p.97-107 ;
- KAMARA (F.), « Agents de l'exécution », *J.-Cl. Voie d'Exécution*, fasc. 450, 2002, p. 1-23 ;
- KELSEN (H.), « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, t.84, 1953/III, p.5-200 ;
- KELSEN (H.), « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *R.C.A.D.I.*, t.42, 1932/IV, p.121-349 ;
- KELSEN (H.), « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, t.14, 1926/IV, p.231-326 ;

- KELSEN (H.), « Droit et Etat du point de vue de la théorie pure », *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, t.II, 1936, p.25 ;
- KELSEN (H.), « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *RDP*, t. 43, n°4, 1926, p.555-571 ;
- KESSEDJIAN (C.), « Les actions civiles pour violation des droits de l'homme. Aspects de droit international privé », *Trav. Com.Fr.de DIP*, 2002-2004, p. 151 ;
- KOPELMANAS (L.), « L'application du droit national aux sociétés multinationales », *R.C.A.D.I.*, t.150, 1976/II, p. 295-336 ;
- LANGE (C.), « Histoire du pacifisme et son influence sur le développement du droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 13, 1926/III, p. 171-426 ;
- LARRIÈRE (C.), « Propriété et Souveraineté chez Rousseau », *Droits*, n°22, 1995, p.39-54;
- LAQUIÈZE (A.), « Le territoire dans la théorie contemporaine de l'Etat », *RG coll. terr.*, n° spécial, avril 2002, p.10 ;
- KELSEN (H.), « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », trad. EISENMANN (C.), *RDP*, 1926, p. 561-651 ;
- LAVIALLE (C.), « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat dans l'ancienne France », *Droits*, n°15, 1992, p.19-32 ;
- LAVIALLE (C.), « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G*, n°22, 1994, p.259-265 ;
- LEMAIRE (F.), « L'indivisibilité du territoire en question », *RG coll. terr.*, n° spécial: colloque « Territoire et Etat », Angers, 26 et 27 avril 2002, p.70-86 ;
- LEPAGE (A.), « Internet, Territoire et Etat : le franchissement dématérialisé des frontières », *RG coll. terr.*, n° spécial : colloque Territoire et Etat, Angers, 26 et 27 avril 2002, p.47-51 ;
- LEYTE (G.), « Imperium et Dominium chez les Glossateurs », *Droits*, n°22, 1995, p.19-26;
- LEVAYE (P.), « Les pouvoirs de réquisition », *AJDA*, n° spéc. Août 1999, p. 22-23 ;

- LOUIT (C.), « L'unité territoriale communautaire et le principe d'égalité », *Petites Affiches*, n° 97, 2002, p. 4-9 ;
- MALAURIE (P.), « Les antinomies des règles et de leurs fondements », in : *Le droit privé français à la fin du XXème siècle : étude offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.25-31 ;
- MANN (F.A.), « The doctrine of jurisdiction revisited after twenty years », *R.C.A.D.I.*, t. 186, 1984/III, p.9-115 ;
- MASPÉTIOL (R.), « L'Etat d'aujourd'hui est-il celui d'hier ? », *A.P.D.*, n°21, 1976, p.3 ;
- MATTOUT (J.), « Le droit pénal, la banque et les frontières », *JCP G*, n°36, 2010, p. 1642 ;
- MAYER (P.), « Le rôle du droit public en droit international privé », *RID comp.*, n°2, 1986, p.467-485;
- MAYER (P.), « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *R.C.D.I.P.*, 1979, p.1-29, 349-388, 537-583 ;
- MAYER (P.), « L'Etat et le droit international privé », *Droits*, n°16, 1992, p.33-44 ;
- MEIJERS (E.M.), « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, t. 49, 1934/III, p.543-686 ;
- MELOT (N.), « Essai sur la compétence fiscale étatique », 1^{ère} et 2^{ème} partie, *J.D.I.*, n°4, 2004, p.751-843 et 1089-1122 ;
- MORAND (C.-A.), « Régulation, complexité, et pluralismes juridiques », in : *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p.615-630 ;
- MORELLET (J.), « Le principe de souveraineté de l'Etat et le droit international public », *R.G.D.I.P.*, t.33, n°1, 1926, p.104 ;
- MOUTON (J.-D.), « La notion d'Etat et le droit international public », *Droits*, n°16, 1992, p. 45-58 ; ;
- MUIR-WATT (H.), « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *R.C.A.D.I.*, t.307, 2004, p.25-384 ;

- MUIR-WATT (H.), « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers la publicisation des conflits de lois?) », *A.P.D.*, n°41, 1997, p.207-214 ;
- MUIR-WATT (H.), « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* », *R.C.D.I.P.*, 1998, p. 27 ;
- NEDJAR (D.), « Tendances actuelles du droit international des immunités des États », *J.D.I.*, n°1, 1997, p.59-102 ;
- NOREAU (P.), « De la force symbolique du droit », in : *La force normative, Naissance d'un concept* (sous la dir. de THIBIERGE (C.) et alii), LGDJ, 2009, p. 137-150 ;
- PAULINO PEREIRA (F.), « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspective », *R.C.D.I.P.*, n° 1, 2010, p. 8-26 ;
- PERROT (R.), « Présentation générale de la réforme », *J.-Cl. Procédure Civile*, fasc. 2010, 1993, p. 2-15 ;
- PIERRÉ-CAPS (S.), « Egalité et territoire en droit constitutionnel », *RG coll. terr.*, n° spécial: colloque Territoire et Etat, Angers, 26 et 27 avril 2002, p.64-75 ;
- POLITIS (N.), « L'influence de la doctrine de Léon Duguit sur le développement du droit international », *A.P.D.*, n°1, 1932, p.69-81 ;
- POLLMANN (C.), « La frontière: horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectivé? », *RDP*, n° 2, 1999, p.481 ;
- POLLMANN (C.), « Pouvoir spatial, pouvoir horloger, pouvoir de classification », in : *Frontières et espaces frontaliers du Léman à la Meuse, recomposition et échange de 1789 à 1814*, comm. au colloque international organisé par le « Centre de recherches en histoire moderne et contemporaine » de l'Université de Nancy II, du 25 au 27 novembre 2004, p.8 ;
- POLLMANN (C.), « Le droit comme système de frontières. De l'étude des délimitations vers une théorie de la "construction juridique de la réalité" », in : *Les évolutions récentes de la coopération au-delà des frontières en Europe*, Annales de la Faculté de droit, économie et administration de Metz, n°5, 2005, p.7-22 ;

- PRADELLE (P.G. de la), « Théorie de la Frontière », *Répertoire de droit international de la Pradelle et Niboyet*, Sirey, t.VIII, 1930, p.487-514 ;
- PRADELLE (P.G. de la), « La souveraineté au XX^e siècle », *R.A.S.M.P.*, 2^{ème} semestre, p.569-584 ;
- PRADELLE (P. de la), « Notions de territoire et d'espace dans l'aménagement des rapports internationaux contemporains », *R.C.A.D.I.*, t.157, 1977/IV, p.415-484 ;
- QUARITSCH (H.), « La Souveraineté de l'Etat dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, février 2001 ;
- RAYNAUD (P.), « La guerre et le droit : les limites de la rationalisation Max Weber et sa postérité », *A.P.D.*, n°32, 1987, p.101-109 ;
- RENOUX-ZAGAMÉ (M.-F.), « La disparition du droit des gens classiques », *R.H.F.D.S.J.*, n°4, 1987, p.23-53 ;
- REY (F.), « Relations internationales de l'Egypte ancienne du XV^e au XIII^e siècle avant JC », *R.G.D.I.P.*, 1941/1945, n°1, p.35 ;
- ROBIN-OLIVIER (S.) et BERGÉ (J.S.), « La question des frontières », *Petites Affiches*, n°220, 4 novembre 2005, p.3-7 ;
- ROCHER (G.), « Droit, pouvoir et domination », in : *Études de sociologie du droit et de l'éthique* (sous la dir. de ROCHER (G.)), Thémis, Montréal, 1996, p. 240-252 ;
- ROUSSEAU (C.), « L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international », *R.C.A.D.I.*, t.73,1948/II, p.188 ;
- ROUSSEAU (C.), « La conception générale de l'Etat en Droit International Public », in : *Cours de droit international public*, Diplôme d'étude supérieures Droit Public (1948-1949), éd. Les Cours de Droit, Paris, p.29
- RIALS (S.), « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Eléments d'une critique de la notion usuelle de souveraineté externe », *A.P.D.*, t.32, 1987, p.189-218;
- RIGOULET-ROZE (D.), « Une notion problématique pour le droit international contemporain, celle de « guerre contre le terrorisme » : la

- première guerre « mondialisée » du genre ? », *Droit et Cultures*, n°45, 2003, p.213-240 ;
- RUIZ FABRI (H.), « Immatériel, territorialité et Etat », *A.P.D.*, t. 43, 1999, p.187-212 ;
 - RUNDSTEIN (M.), « La structure du droit international privé et ses rapports avec le droit des gens », *R.D.I. et lég. Comp.*, 1936, p.314-349 ;
 - RUSQUEC (E. du), « Mesures conservatoires – Dispositions communes », *J.Cl. Procédure Civile*, fasc. 2420, 1998, p. 1-31 ;
 - SCELLES (G.), « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *A.P.D.*, n°1, 1932, p.83-119 ;
 - SCELLES (G.), « Obsession du territoire. Essai d'étude réaliste de droit international », in : *Symbolae J.H.W. Verzijl*, Nijhoff, 1958, p.347-361 ;
 - SCHOENBORN (W.), « La nature juridique du territoire », *R.C.A.D.I.*, t.30, 1929/V, p.85-189;
 - SFEZ (L.), « Duguit et la théorie de l'Etat (Représentation et communication) », *A.P.D.*, t. 21, 1976, p.111-123 ;
 - SGARD (J.), « L'échange international, les frontières et les institutions de marché », *La lettre du Centre d'Etudes Prospectives et d'Informations Internationales (CPEII)*, n°214, juillet 2002, p. 1-4 ;
 - SMOUTS (M.C.), « Du côté de chez Grotius : L'individu et les relations internationales chez un ante-moderne », in : *Mélange Marcel Merle* (sous la dir. de Badie (B.) et Pellet (A.)), Economica, Paris, p.384-395 ;
 - STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extra territoriale du droit », *Ann. fr. dr. int.*, t. 32, 1986, p.7-52 ;
 - STOYANOVITCH (K.), « Le sort de l'Etat dans les pays socialistes de nos jours », *A.P.D.*, t. 21, 1976, p.153 ;
 - SUY (E.), « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale », in : *Internationale Festchrift für Alfred Verdross zum 80. Geburtstag*, München-Salzburg, 1971, p.508 ;

- TACHI (S.), « La souveraineté et le droit territorial de l'Etat », *R.G.D.I.P.*, t.38, 1931, p.347-361 et p.406-419 ;
- TAVERNIER (P.), « Les différends frontaliers terrestres dans la jurisprudence de la C.I.J. », *Ann. Fr. dr. int.*, t. 47, 2001, p.137 ;
- TCHEN (V.), « Exécution de l'acte administratif », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 108-10, 2008, p. 1-27 ;
- TERRÉ (F.), « L'américanisme et le droit français », *Krisis*, n° 26, 2005, p. 9-17 ;
- THELLIER DE PONCHEVILLE (B.), « Les différents systèmes de coercition dans l'exécution des sanctions », *DF*, n° 3, 2007, p. 64-73 ;
- THÉRY (P.), « Procédures civiles d'exécution et droit international privé », *Petites Affiches*, n°254, 22 décembre 1999, p.50-55;
- THÉRY (P.), P. Théry, « Procédures civiles d'exécution », *Defrènois*, n°4, 2008, p. 421-423 ;
- THÉRY (P.), « Judex Gladii. Des juges et de la contrainte en territoire français », in : *Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 485-492 ;
- THEVENOT (L.), « Les investissements de forme », in : *Conventions économiques*, Cahier du Centre d'études de l'emploi, n°29, 1985, p.25-31 ;
- THOURET (S.), « Signification et notification des actes de procédure », S. Thouret, « Signification et notification des actes de procédure », *JCP Droit de la famille*, n° 11, 2008, p. 7-11 ;
- TURPIN (D.), « Les nouvelles lois sur l'immigration et l'asile dans le contexte de l'Europe et la mondialisation », *R.C.D.I.P.*, vol. 93, n° 2, 2004, p. 311-394 ;
- TURPIN (D.), « La loi n. 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration : choisir pour ne plus subir ? », *R.C.D.I.P.*, vol. 96, n° 1, 2007, p. 1-52 ;
- VAN MINH (T.), « Théorie générale de l'Etat. Recherche sur la notion juridique d'Etat nation », *Les cours de droit*, 1979-1980, Paris, 384p. ;
- VAREILLES-SOMMIÈRES (P.de), « Jugement étranger (Matières civiles et commerciales) », *Répertoire de Droit international*, Dalloz, 2001, n°6 ;

- VERHOEVEN (J.), « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets de droit international », in : *Le droit international des immunités : contestations ou consolidation ?*, Larcier, 2004, p. 61 ;
- VERNY (E.), « Le principe de territorialité de l'ordre répressif français : « Quand tu seras à Rome, conduis toi en Romain » », in : *Mélanges offerts à André Decocq. Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 593-604 ;
- VERZIJI (J.H.W.), « L'affaire du Lotus devant la Cour Permanente de Justice Internationale », *R.D.I. et lég. comp.*, 1928, p.1 et s. ;
- VILLEY (M.), « Préface. Genèse et déclin de l'Etat », *A.P.D.*, t. 35, 1990, p.1-3 ;
- VON OVERBECK (A.E.), « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in : *Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 619 ;
- VON TROTHA (T.), « La dépossession du pouvoir et la « déresponsabilisation » de l'individu dans l'évolution vers la constitution de l'État et l'acquisition de son monopole de la violence », in : *La violence et l'État, Formes et évolution d'un monopole* (sous la dir. LE ROY (E.) et VON TROTHA (T.)), L'Harmattan, 1993, p. 10-34 ;
- WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité », *R.C.A.D.I.*, t.237, 1992-VI, p.9-79 ;
- ZACHER (M.W.), « The Territorial Integrity Norm : International Boundaries and the Use of Force », *International Organization*, Cambridge University Press, vol. 55, Issue 2, spring 2001, p. 215-250 ;
- ZELLER (G.), « Le principe d'équilibre dans la politique internationale avant 1789 », *Rev. Hist.*, t. 215, 1956, p. 25-37 ;

C. Articles de sciences humaines

- AMPHOUX (P.), « Territoire occulte et architecture connotative », *Revue de l'Institut de Sociologie*, n°3/4, 1984, p.507-541 ;
- ANCEL (J.), « Les frontières. Étude de géographie politique », *R.C.A.D.I.*, t. 55, 1936/I, , p.207-297 ;
- BADIE (B.), « La fin des territoires Westphaliens », *Géographie et Cultures*, n°20, 1996, p.113-118 ;
- BADIE (B.), « L'Etat moderne : le point de vue du politologue », in : *L'Etat moderne : le droit, l'espace et les formes de l'Etat* (sous la dir. COULET (N.) et GENET (J. P.)), éd. du CNRS, 1990, p.211-218 ;
- BALIBAR (E.), « Qu'est ce qu'une « frontière » ? », in : *Asile-violence-exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective* (sous la direct. CALOZ-TSCHOPP (M.-C.), CLEVENOT (A.) et TSCHOPP (M.-P.)), Université de Genève, 1994, p.335-341 ;
- BALIBAR (E.), « Les frontières de l'Europe », in : *Asile-violence-exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective* (sous la direct. CALOZ-TSCHOPP (M.-C.), CLEVENOT (A.) et TSCHOPP (M.-P.)), Université de Genève, 1994, p. 385-396 ;
- BARNETT (M.N.) et FINNEMORE (M.), « The Politics, Power, and Pathologies of International Organization », *International Organization*, vol. 53, Issue 4, 1999, p. 700-746;
- BECKER (J.-J.), « Les intellectuels et la justification de la guerre en France et en Allemagne au début de la Grande Guerre », *Droit et Cultures*, n°45, 2003, p.199-212 ;
- BÉRANGER (J.), « « Imperium », expression et conception du pouvoir impérial », *Revue des études latines*, n°55, 1977, p.325-344 ;
- BIGO (D.), « Guerre, conflits, transnational et territoire », in : *L'international sans territoire* (sous la dir. de BADIE (B.) et SMOUTS (M.C.)), *Culture et conflits*, n°21/22, printemps été 1996, p.397-418 ;
- CABANES (P.), « Frontière et rencontre de civilisations dans la Grèce du Nord-Ouest », in : *Problème de la frontière dans l'Antiquité*,

- KTEMA Civilisations de l'Orient, de la Grèce et de Rome antiques*, n°4, 1979, p.183-199 ;
- CAFLISCH (L.), « Essai d'une typologie des frontières », *R.I.*, n°63, automne 1990, p.265-293 ;
 - CLARK (T.) et VAN WINCOOP (E.), « Borders and business cycles », *Journal of international economics*, vol. 55, n° 1, 2001, p. 59-85 ;
 - CONSTANTIN (F.), « L'informel internationalisé ou la subversion de la territorialité », in : *L'international sans territoire* (sous la dir. de BADIE (B.) et SMOUTS (M.C.)), *Culture et conflits*, n°21/22, printemps été 1996, p.311-345 ;
 - COURLET (C.), « Globalisation et Frontière », in : *Territoires frontaliers – Discontinuité et cohésion*, *Sciences de la société*, Presse Universitaire du Mirail, n°37, 1996, p.27-36 ;
 - COX (R.W.), « Territoire et interdépendance », in *L'international sans territoire*, sous la direct. BADIE (B.) et SMOUTS (M.C.), *Culture et conflits*, n°21/22, printemps été 1996, p.241-247 ;
 - DELIGNE (J.), « La notion de territoire en ethologie et en sociologie animale », *Revue de l'Institut de sociologie*, Bruxelles, n°3-4, 1984, p. 401-435 ;
 - DRESSLER (H.W.), « La politique européenne de coopération régionale transfrontalière et les modalités de son application dans le cadre français », *Espaces et Sociétés*, n°70-71, 1992, p.113 ;
 - DUPONT-FERRIER (G.), « L'incertitude des limites territoriales en France, du XIIIe au XVe siècles », *Compte rendue de l'Académie des inscriptions et belles lettres*, 1942, p. 62-67 ;
 - ENGEL (C.) et ROGERS (J.), « How wide is the border ? », *American Economic Review*, vol. 86, 1996, p. 1112-1125 ;
 - ENRIQUEZ (E.), « Tuer sans culpabilité. Quelques réflexions sur les meurtres collectifs », in : *L'idée de meurtre, L'inactuel*, Circé, n°2, printemps 1999, p.15-36 ;
 - FEBVRE (L.), « Frontière : le mot et la notion », in : *Pour une histoire à part entière*, éd. de l'EHESS, Paris, 1962, p. 11-24 ;
 - FÈBVRE (L.), « Limites et frontières », *Annales ESC*, éd. de l'EHESS, avril-juin 1947, n°2, p.201-207 ;

- FÈBVRE (L.), « Frontières », *Revue de synthèse historique. Bulletin du Centre International de Synthèse. Section de Synthèse historique*, juin 1928, n°5, p.31-44 ;
- FEBVRE (L.), « L'invention des frontières », *FEDN*, 1986, p.320 ;
- FOUCHER (M.), « Les frontières dans la mondialisation », Compte rendu in : *Colloque de la Fondation pour l'Innovation Politique*, mardi 11 décembre 2007 ;
- FREYMOND (J.), « Avant-propos. De la difficulté de définir des frontières stratégiques, politiques, économiques, écologiques », *R.I.*, n°63, 1990, p.225-228 ;
- GASPERINI (E.), « Frontière (s) en débat », in : *Territoires frontaliers – Discontinuité et cohésion, Sciences de la société*, Presse Universitaire du Mirail, n°37, 1996, p. 3-10 ;
- GAUCHON (P.), « Monter la garde. Le contrôle des frontières », in : *Le monde Manuel de géopolitique et de géoéconomie* (sous la coord. P. Gauchon), coll. Major, PUF, 2008, p.523-537 ;
- GOYON (J.-C.), « Égypte pharaonique : le roi frontière », in *La Frontière*, Lyon-Paris, 1993, p. 3-16 ;
- GUÉNÉE (B.), « Des limites féodales aux frontières politique », in : *Les lieux de mémoire. La nation (vol. II)* (sous la dir. de Nora (P.)), Gallimard, Paris, 1986, p.11-33 ;
- GUÉNÉE (B.), « Etat et nation en France au Moyen-âge », *Rev. Hist.*, t. 237, 1967, p. 17-30 ;
- GUÉNÉE (B.), « Les limites de la France », in : *La France et les Français*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1972, p. 56 ;
- GUÉNÉE (B.), « Espace et Etat dans la France du bas Moyen Age », *Annales ESC*, éd. de l'EHESS, n°4, juillet-août 1968, p.744-758 ;
- GUERY (F.), « Le dieu Terme et nous », in : *Frontières et limites*, éd. Centre Pompidou, coll. Espace international philosophie, Géopolitique, littérature, philosophie, 1991, p.169-186 ;
- HASSNER (P.), « Ni sang, ni sol ? Crise de l'Europe et dialectique de la territorialité », in : *L'international sans territoire* (sous la dir. de

- BADIE (B.) et SMOUTS (M.C.), *Culture et conflits*, n°21/22, printemps été 1996, p.115-132 ;
- HAUSHOFER (K.), *De la géopolitique*, Fayard, Paris, 1986 ;
 - HELLIWELL (J.), « Do national borders matter for Quebec's trade ? », *Canadian Journal of Economics*, vol. 29, n° 3, 1996, p. 507-522 ;
 - HERZ (J.), « The rise and demise of the territorial state », *World Politics*, vol. 9, n°4, 1957, p.473-493 ;
 - KAHN (L.), « Hermès, la frontière et l'identité ambiguë », in : *Problème de la frontière dans l'Antiquité, KTEMA Civilisations de l'Orient, de la Grèce et de Rome antiques*, 1979, n°4, p.201-211 ;
 - KASTORYANO (R.), « Vers un nationalisme transnational, redéfinir la nation, le nationalisme et le territoire », *Revue Française de Science Politique*, vol.56, n°4, août 2006, p.533-555 ;
 - KORINMAN (M.) et RONAI (M.), « Les idéologies du territoire », in : *Histoire des ideologies – Savoir et pouvoir du XVIII° au XX° siècles* (sous la dir. de CHÂTELET (F.)), t. 3, Hachette, Paris, 1978, p..229-257;
 - LABAYLE (H.), « L'Europe, la frontière et le droit », in : *La frontière des origines à nos jours*, PUF, Colloque de Bayonne des 15,16 et 17 mai 1997, 1998, p. 498-503 ;
 - LACOSTE (Y.), « Les territoires de la nation », *Hérodote*, n°62-63, 3^{ème} trimestre 1991, p.1-21;
 - LINHARDT (D.) et MOREAU DE BELLAING (C.), « Légitime violence ? Enquêtes sur la réalité de l'État démocratique », *RF sc. pol.*, vol. 55, n°2, avril 2005, p.269-299 ;
 - MALMBERG (T.), « Pour une territorialité humaine », *Revue de l'Institut de Sociologie*, n°3/4, 1984, p.367-400 ;
 - MAYER (T.) et HEAD (K.), « Effet frontière, intégration économique et "forteresse Europe" », *La Lettre du Centre d'études prospectives et d'informations internationales* (CEPII), n°06, septembre 2001, p. 1-42 ;
 - McCALLUM (J.), « National borders matter : Canada-US regional trade patterns », *American economic review*, vol. 85, n°3, 1995, p. 615-623 ;

- MELIAN (D.) et HANISH (M.V.), « Les litiges frontaliers du Chili depuis 1810 », in : *La frontière des origines à nos jours*, PUF, Colloque de Bayonne des 15,16 et 17 mai 1997, 1998, p.285-291.
- MICHALET (C.A.), « Les métamorphoses de la mondialisation. Une approche économique », in *La mondialisation du droit* (sous la dir. de LOQUIN (E.) et KASSEDJIAN (C.)), Litec, 2000, p.11-32 ;
- MOREAU (P.F.), « Le Saint Empire », in : *Les idéologies du territoire* (sous la dir. de CHÂTELET (F.) et MAIRET (G.)), t. II, Marabout, 1986, p.65
- NORDMAN (D.), « La connaissance géographique de l'Etat (XIV^e-XVII^e siècles) », in : *L'Etat moderne : le droit, l'espace et les formes de l'Etat* (sous la dir. COULET (N.) et GENE (J. P.)), éd. du CNRS, 1990, p.175-188 ;
- NORDMAN (D.), « Des limites d'Etat aux frontières nationales », in : *Les lieux de mémoire. La nation (vol. II)* (sous la dir. de NORA (P.)), Gallimard, Paris, 1986, p. 45 ;
- OZOUF-MARIGUIER (M.V.), « Politique et géographie lors de la création des départements français (1789-1790) », *Hérodote*, n°1, 1986, p.140-160 ;
- PAOLOVER (W.), « A girardian reading of schmitt's "political theology" », *Telos*, New York, n°93, automne 92, p.43-68;
- PETIT-DUTAILLIS (C.), « Une question de frontière au XV^e siècle », in : *Le Moyen Âge*, 1897, Paris, p.1-13 ;
- PILLET (G.) et DONNER (F.), « Avant-propos : territorialité », *Revue de l'Institut de Sociologie*, n°3/4, 1984, p.359-366 ;
- RAFFESTIN (C.), « La frontière comme représentation : discontinuité géographique et discontinuité idéologique », *R.I.*, n°63, automne 1990, p.295- 303 ;
- RAFFESTIN (C.), « Autour de la fonction sociale de la frontière », *Espaces et sociétés*, n°70-71, 1992, p.157-164 ;
- RAFFESTIN (C.), « Eléments pour une théorie de la frontière », *Diogène*, Gallimard, n°134, avril-juin 1986, , p.3-31 ;

- RAFFESTIN (C.), « La territorialité : miroir des discordances entre tradition et modernité », *Revue de l'Institut de Sociologie*, n°3/4, p.436-447 ;
- RAFFESTIN (C.), « Le territoire, la territorialité et la nuit », *Actualités psychiatriques*, 1988, n° 2, p. 48-51 ;
- RETAILLÉ (D.), « L'impératif territorial », in : *L'international sans territoire* (sous la dir. de BADIE (B.) et SMOUTS (M.C.)), *Culture et conflits*, n°21/22, printemps été 1996, p.21-40 ;
- RUGGIE (J.), « Territoriality and Beyond : Problematizing in International Relations », *International Organization*, vol. 47, n° 1, 1993, p.139-174 ;
- SARTRE (M.), « Aspects économiques et aspects religieux de la frontière dans les cités Grecques », in : *Problème de la frontière dans l'Antiquité, KTEMA Civilisations de l'Orient, de la Grèce et de Rome antiques*, n°4, 1979, p.213-224 ;
- SCUBLA (L.), « Vengeance et sacrifice : de l'opposition à la réconciliation », *Droit et Cultures*, n°26, 1994, p.77-100 ;
- SGARD (J.), « L'échange international, les frontières et les institutions de marché », *La lettre du Centre d'Etudes Prospectives et d'Informations Internationales (CPEII)*, n° 214, juillet 2002, p. 1-16 ;
- STANNER (W.E.H.), « Aboriginal Territorial Organization : Estate, Range, Domain and Regime », *Oceania*, n°36, 1965-1966, p.2-36 ;
- STRAUSS (L.), « « Mise au point » en réponse à la critique de Kojève », in : *On Tyranny : an interpretation of Xenophon's Hieron*, Gallimard, coll. TEL, 1954, p. 281-344 ;
- TARDITS (C.), « L'Etat moderne : le point de vue de l'anthropologue », in : *L'Etat moderne : le droit, l'espace et les formes de l'Etat* (sous la dir. COULET (N.) et GENET (J. P.)), éd. du CNRS, 1990, p.229-233 ;
- TAYLOR (J.C.) et ROBIDEAUX (D.R.), « Canada-US border cost impacts and their implication for border management strategy », *Policy Research Initiative*, volume 6, n°3, 2004, p.1 ;

- TRÉHEUX (J.), « La frontière en Grèce », in : *Frontières et contact de civilisation* (Colloque univ. Franco-suisse, Besançon et Neuchâtel en oct. 1977), éd. La baconnière, 1979, p.13-31 ;
- UMBERTO (E.), « La ligne et le labyrinthe : les structures de la pensée latine », in : *Civilisation latine. Des Temps Anciens au Monde Moderne* (sous la dir. G. Duby), Orban, 1986, p.29-57 ;

V. Conclusions

A. Commissaire du Gouvernement ou Rapporteur Public

- BONNET (A.), concl. sous CAA Marseille, 28 mars 2006, n° 03-00392, *Azar, DF*, n° 51, 2006, p. 2223 ;
- CHAHID-NOURAI (M.), concl. sous CE, 8-9^e s.s.r., 2 mars 1988, n° 49054, *Fiscalité Internationale*, t. 2, p. 31 ;
- DELMAS-MARSALET (J.), concl. sous CE, 7-8^e s.s.r., 10 janv. 1973, n° 79312, *DF*, n° 8, 1974, p. ;
- FABRE (D.), concl. sous CE, sect., 21 déc. 1977, n° 1344, *DF*, n° 15, 1979, comm. 723, p. 477 ;
- FOUQUET (O.), concl. sous CE, Plén., 27 juill. 1988, n° 50020, *SARL Boutique 2 M, RJF*, n° 10, 1988, n° 1139, p. 577 ;
- FOUQUET (O.), concl. sous CE, sect., 10 juillet 1992, n° 110213 et 110214, *RJF*, n° 8-9, 1992, p. 676 ;
- FOUQUET (O.), concl. sous CE, 7^e -8^e s.s.r., 1^{er} juill. 1987, n° 54222, *Marcantetti, RJF*, n° 10, 1987, p. 505 ;
- GLASER (E.), concl. sous CE, 3-8^e s.s.r., 7 novembre 2005, n° 266436 et 266438, *min. c/ Cap Gemini, RJF*, n°1, 2006, p. 11 ;
- GOULARD (G.), concl. sous CE, 9-10^e s.s.r., 26 février 2003, n° 223092 et n° 223293, *Sté Pierre de Reynal et Cie, RJF*, n° 5, 2003, p. 403-406 ;
- GRAU (R.), concl. sous TA Versailles, 21 décembre 2006, n° 02-4040, *Sté Accor, RJF*, n°6, 2007, p. 697 ;

- HAELVOET (L.), concl. sous CAA Lyon, 2^e ch., 16 avr. 1992, n^o 90599, *DF*, n^o 5, 1993, comm. 189 ;
- LAVONDES (F.), concl. sous CE, sect., 23 déc. 1966, n^o 60741, *DF*, n^o 22, 1967, p. 30 ;
- MARTIN (M.), concl. sous CE, 8^e s.s., 23 nov. 1960, n^o 48.570, *DF*, n^o9, 1961, p. 826 ;
- MITJAVILE (M.-H.), concl. sous CE, sect., 16 mai 2003, n^o 222956, *Scté Télécoise, BDCF*, n^o 7, 2003, n. 91, p. 33 ;
- MITJAVILE (M.H.), concl. sous CE, 10^e-9^e s.s.r., 8 juill. 2002, n^o 225159, *Lecat, DF*, n^o 41, 2002, comm. 801 ;
- OLLÉON (L.), concl. sous CE, 8-3 s.s.r., 15 dec. 2004, n^o 257337, *RJF*, n^o 3, 2005, com. 261, p.147 ;
- RACINE (P.-F.), concl. sous CE, Plén., 27 juill. 1984, n^o 34.588, *SA Renfort-Service, RJF*, n^o 10, 1984, p. 562 ;
- ROMIEU (J.), concl. sous TC, 2 déc. 1902, n^o 00543, *Société Immobilière de Saint-Just, Rec. Lebon*, p. 715 ;
- VERNY (J.-F.), concl. sous CE, 7^e et 9^e s.s.r., 11 juin 1982, n^o 16.187, *DF*, n^o41, 1983, com. 1861, p. 1224 ;
- VEROT (C.), concl. sous CE, 10^e et 9^e s.s.r., 11 avr. 2008, n^o 281033, *SA Guerlain, DF*, n^o 18, 2008, p. 29 ;

B. Avocat Général

- GEEHOELD (L.A.), concl. présentées le 23 février 2006 sous l'affaire C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Rec. 2006, p. 9 ;
- KOKOTT (J.), concl. présentées le 18 septembre 2008 sous l'affaire C-282/07, *Truck Center SA*, Rec. 2009, p. 12 ;
- POIARES MADURO (M.M.), concl. présentées le 7 avril 2005 sous l'affaire C-446/03, *Marks & Spencer*, Rec. 2005, p. I-10837 ;

VI. Doctrine Administrative

- Circulaire du Préfet de la Seine du 29 janvier 1929 ;
- Circulaire de la Direction de la Comptabilité publique du 31 juillet 1953, n°1286 ;

- Doc. adm. (DGI), 4H-1414, n°7, 1^{er} mars 1995 ;
- Doc. adm. (DGI), 13K-114, 1^{er} juin 2001 ;
- Doc. adm. (DGI), 5B-7111, n° 22, 1^{er} août 2001 ;
- Doc. adm. (DGI), 13L-1311, n° 47, 1^{er} juill. 2002 ;
- Doc. adm. (DGI), 13L-1312, n° 3, 1^{er} juill. 2002 ;

- Instr. (CP) du 2 fév. 1964, n° 64-32 ;
- Instr. (CP) du 23 oct. 1964, n° 64-118-A3 ;
- Instr. (DGI) du 17 déc. 1981, BOI, 13 K-81 ;
- Instr. codificatrice (CP) du 12 janvier 1998, n° 98-010-A1 ;
- Instr. (CP) du 16 fév. 1999, n° 99-026-1-M ;
- Instr. (DGI) du 13 nov. 2001, BOI 13 K-13-01, n° 207 du 20 nov. 2001 ;
- Instr. (DGI) du 26 mars 2002, BOI, 13 K-3-02, n° 59 du 26 mars 2002 ;
- Instr. (DGI) du 14 oct. 2002, BOI 13K-10-02, n° 176 du 14 oct. 2002 ;
- Instr. (DGI) du 22 mai 2003, BOI 14 B-3-03, n° 92 du 22 mai 2003 ;
- Instr. (DGI) du 27 oct. 2004, BOI 13 K-7-04, n° 196 du 27 oct. 2004 ;
- Instr. (DGI) du 4 août 2005, BOI 8 M-1-05, n° 135 du 4 août 2005 ;
- Instr. (DGI) du 16 janv. 2007, BOI 4 H-1-07, n°6 du 16 janvier 2007 ;
- Instr. (DGI) du 29 juill. 2010, BOI 14 B-2-10, n° 71 du 2 août 2010 ;

- Note (DGI), 10 décembre 1955, n° 2957 ;

- Rép. min. Bourgeois, *JOAN Q*, 29 juin 1974, p. 3225 ;
- Rép. min. Valleix, *JOAN Q*, 22 sept. 1980, p. 4019 ;
- Rép. min. Trégouët, *JOAN Q*, 4 oct. 1993, p. 271 ;

- Rép. min. Barbier, *JOAN Q*, 23 sept. 1996, p.5054 ;
- Rép. min. Maman, *JO Sénat Q*, 5 déc. 1996, p. 3234 ;
- Rép. min. Schièle, *JO Sénat Q.*, 21 déc. 1974, p. 3239 ;

Index

A

acte administratif, 410, 414, 419, 436, 549
acte anormal de gestion, 21, 74, 75, 297, 484, 500, 512, 529
acte juridique, 44, 432
acte unique européen, 64
administration douanière, 90
agent d'exécution, 392, 442
allégeance, 104, 124, 209, 212, 213, 219, 231, 234, 263, 276, 284, 304, 334
assistance administrative, 65, 280, 300, 373, 374, 375, 376, 378, 379, 381, 408, 418, 422, 424, 425, 427, 429, 432, 434, 455, 462, 463, 466, 469
autolimitation, 341
avis à tiers détenteur, 382, 433, 447, 455, 456, 457, 458, 459, 529
avis d'imposition, 417, 426

B

base militaire, 354, 355, 541
bornage, 27, 30, 34, 40, 306, 307, 321

C

carolingien, 37, 143, 166, 212
charge de la preuve, 74, 75, 76, 511, 517, 529
chef de compétence, 276, 310, 314, 339
clause d'exception, 310
commandement catégorique, 362, 363, 366, 368, 370, 375, 384, 389, 390, 392, 406

commandement de payer, 300, 355, 362, 363, 433, 457
commencement de preuve, 368
common law, 270, 279, 314, 385, 391
compétence exécutive, 65, 156, 254, 255, 322, 335, 336
compétence internationale indirecte, 400, 401
compétence retenue, 481
concurrence, 13, 14, 72, 73, 75, 76, 84, 92, 93, 158, 258, 270, 273, 275, 276, 310, 311, 330, 337, 348, 354, 435, 463, 480, 503, 504, 508, 514, 516, 520, 525, 526, 528, 542
condominium, 354
confin, 220, 238, 239
conflit de lois, 259, 268, 269, 271, 295, 302, 309, 311, 320, 327, 328, 545, 546
conseil de l'europe, 378, 425, 431, 432, 462, 467, 469
constitution, 29, 139, 141, 146, 169, 171, 184, 193, 207, 209, 229, 267, 493, 538, 550
contiguïté, 28, 42, 52
contrat, 110, 117, 170, 296, 302, 311, 340
contrôle sur pièce, 367
convention fiscale, 53, 71, 74, 280, 288, 289, 290, 297, 300, 306, 376, 377, 378, 380, 384, 385, 420, 425, 429, 430, 433, 507, 509, 514, 524, 527, 534
courtoisie, 268, 312, 397
coutume, 27, 44, 134, 267, 268, 303

D

débat oral et contradictoire, 447, 450, 451, 453, 454
 demande d'éclaircissement, 368
 démarcation, 48, 49, 123, 320, 355
 dépense fiscale, 84
 désir mimétique, 179
 devoir d'assistance positive, 57
 différends frontaliers, 38, 549
 discrimination, 66, 75, 78, 81, 90, 92, 239, 241, 242, 299, 401, 463, 475, 476, 477, 479, 500, 512, 518, 521, 522, 527, 533, 534, 535, 542
 dislocation, 299, 476, 477, 535
 disparité, 26, 204, 478
 distorsion, 76, 77, 92, 480
 doctrine administrative, 80, 82, 371, 421
 domaine de validité territoriale, 330, 339
 domaine éminent, 126, 148
 domicile fiscal, 303, 373, 374, 452
 dominium, 102, 145, 147, 148, 150, 157
 double imposition, 70, 71, 280, 297, 298, 299, 302, 306, 476, 478
 double imposition juridique, 70, 71, 306, 478
 droit acquis, 400
 droit administratif, 5, 14, 301, 445, 490
 droit communautaire dérivé, 378, 396, 405, 420, 425, 431
 droit communautaire originaire, 65, 474, 475, 480, 482
 droit d'imposition, 70, 283, 305, 349
 droit de communication, 21, 368, 369, 370, 371, 372, 374, 380, 448, 454
 droit de passage, 63, 354
 droit de suite, 354
 droit de visite, 396, 448
 droit éminent, 148, 157
 droit subjectif, 48, 210, 333, 339
 droit de douane, 35, 78, 93, 426
 droit de la défense, 400, 450, 451
 droit de souveraineté, 37, 38
 dualisme, 123, 127, 128, 318

E

échange de renseignements, 278, 280, 375, 376, 378, 467, 468, 470, 471, 504
 effectivité, 41, 45, 48, 67, 122, 129, 130, 134, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 160, 295, 327, 329, 340, 344, 501
 égalité de traitement, 91, 478
 église, 134, 158, 168, 170, 171, 173, 176, 206, 435
 élément constitutif, 20, 98, 274, 276
 empire, 46, 116, 117, 118, 120, 121, 126, 143, 148, 150, 166, 168, 171, 173, 204, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 217, 219, 220, 221, 223, 226, 240, 244, 246, 250, 395, 429, 491, 555
 ennemi, 39, 164, 165, 166, 167, 168, 173, 174, 175, 184, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 541
 entrave, 277, 476
 épuisement des voies de recours interne, 431
 équidistance, 51
 équilibre des puissances, 220, 249
 espace de pouvoir, 38, 57, 58, 61, 107, 119, 215, 225, 229, 231, 234, 235, 263, 333, 334
 espace international, 50, 51, 119, 314
 établissement autonome, 286, 347
 établissement stable, 347, 348, 349, 350
 état de la résidence, 290, 297, 299, 348, 349, 463, 480
 état de la source, 70, 290, 295, 296, 298, 305, 348, 349, 463, 480
 éthologie, 32
 étymologie, 35
 évasion fiscale, 65, 75, 82, 83, 84, 282, 303, 343, 379, 380, 423, 463, 500, 508, 509, 510, 512, 514, 521, 522
 exécution forcée, 356, 357, 381, 383, 389, 393, 397, 411, 412, 440, 442, 445, 454, 460, 541
 exequatur, 301, 313, 384, 389, 393, 394, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 407, 415, 417, 419, 420, 541

exonération, 88, 92, 349, 430, 480
exportation, 19, 61, 77, 86, 88, 91, 349
extraterritoriale, 80, 87, 262, 269, 276, 303,
310, 314, 339, 373, 375, 384, 385, 392,
397, 408, 425, 435, 471, 501, 541

F

faculté de contraindre, 130, 134, 142, 146,
151, 157, 473, 482
fait générateur, 63, 64, 77, 78, 87, 91, 92, 297
fédération, 30, 31, 239
féodale, 41, 121, 133, 144, 147, 170, 211,
215, 216, 217, 219, 226, 227, 230, 232,
235, 334, 495
filiale, 74, 81, 296, 299, 478, 523, 534
filtre, 55, 61, 63, 64, 77, 78, 84, 92, 95, 96,
404, 406, 422
finance, 12, 420, 367, 453
force obligatoire, 340, 362, 365, 387
force publique, 355, 389, 390, 391, 393, 406,
414, 440, 441, 442
formule exécutoire, 389, 390, 391, 392, 393,
395, 396, 397, 405, 410, 411, 417, 419,
448
forum shopping, 314
fragmentation de la base imposable, 72, 74
fraude fiscale, 74, 92, 94, 344, 345, 369, 463,
486, 515, 528
frontière douanière, 54
frontière militaire, 166, 168, 170
frontière naturelle, 28
frontière terrestre, 40, 51
frontière fiscale, 75, 89, 90, 91, 92, 93, 94,
284, 290, 520
frontière intérieure, 36, 64, 65, 396, 474
frontière maritime, 39, 51

G

gage, 211, 366, 382
glossateur, 145, 146, 266, 267

H

haute mer, 50, 51, 52, 272, 315, 354

hétérolimité, 341
hommage, 104, 132, 145, 211, 214, 216, 229,
231, 497
huissier, 362, 372, 389, 390, 392, 416, 441,
442, 448, 459, 460

I

immunité d'exécution, 322, 397
immunité diplomatique, 354
immunité juridictionnelle, 322
imperium, 102, 116, 117, 145, 147, 150, 152,
158, 254, 294, 334, 338, 354, 355, 356,
359, 361, 362, 376, 384, 386, 389, 390,
392, 397, 406, 407, 409, 420, 435, 439,
440, 442, 464, 473
importation, 19, 86, 88, 90, 91, 349
impôt sur les sociétés, 72, 73, 80, 81, 279,
285, 286, 304, 366, 373, 481, 504, 511
indépendance, 43, 44, 46, 73, 106, 107, 255,
320, 445, 547
indivisibilité, 36, 115, 189, 541, 544
inexécution, 367, 368, 390
ingérence, 126, 274, 540
injonction, 314, 368, 385, 411, 417, 501
instrumentum, 153, 390, 393, 407, 409, 420,
432
intangibilité, 45, 46, 125
intégration négative, 66, 474, 475
intégrité territoriale, 121, 125, 126, 127, 154,
212, 391, 501, 502
intérêt général, 44, 346, 475
interface, 59, 64, 420, 422
internet, 19, 62, 522, 544
inviolabilité, 125, 126
isobare politique, 44, 121

J

jurisdictio, 254, 267, 346, 356, 392, 397, 409,
410, 412, 436
juxtaposition d'ordres juridiques souverains,
83

L

lege causae, 298, 320
 légitimité, 65, 84, 119, 128, 149, 161, 168,
 170, 364, 539
 lettre recommandée, 368, 372, 416, 427
 lex fori, 263, 269, 278, 281, 292, 295, 296,
 298, 300, 342
 lex loci, 263, 278, 281, 292, 295, 302, 310,
 342, 467, 471
 liberté individuelle, 271
 liberté de circulation, 65, 66, 405, 474, 476,
 478, 480, 481
 libre-échange, 77, 84
 ligne de séparation, 22, 39, 51, 55, 57, 58, 60,
 63, 64, 66, 96, 167, 193, 196, 200, 222,
 235, 245, 358, 435, 460
 limes, 29, 206, 217, 240, 246
 limite spatiale, 27, 30, 56, 204, 223, 240
 loi étrangère, 263, 271

M

marche, 39, 164, 206, 207, 214, 497
 marché intérieur, 65, 82, 84, 89, 90, 92, 93,
 378, 405, 432, 474, 475, 476, 479, 480,
 483, 503, 504, 520
 mare liberum, 50, 490
 mer territoriale, 52, 354
 mesure conservatoire, 355, 383, 384, 456
 mesure de poursuite, 454, 455
 mesures de poursuite, 411, 412, 419, 424, 433,
 434, 442, 446, 449, 454, 455, 460
 modèle de convention fiscale, 70, 71, 73, 75,
 290, 291, 298, 300, 304, 305, 347, 420,
 425, 428, 429, 430, 431, 432, 506, 531
 mondialisation, 19, 37, 61, 97, 287, 379, 408,
 429, 485, 487, 498, 522, 526, 532, 549,
 553, 555
 moniste, 137, 139, 317, 318
 monopole de la violence physique légitime,
 34, 160, 165
 mythe agrarien, 30

N

nationalisation, 254, 315
 normalité, 74, 75, 79, 296
 norme habilitante, 398, 399, 401, 404, 405,
 420, 422, 427
 norme séparatrice, 346
 notification, 155, 280, 300, 369, 372, 373,
 374, 375, 376, 377, 378, 380, 390, 408,
 415, 416, 419, 420, 422, 423, 424, 425,
 426, 427, 428, 435, 442, 449, 456, 457,
 459, 549

O

obligation fiscale, 70, 72, 286, 303, 343, 366,
 374, 381, 382, 416, 447
 obligatorité, 364, 365, 371, 372, 375, 376,
 381, 383, 384, 386, 389, 399, 408, 416,
 447
 organisation de coopération et de
 développement économique, 66, 70, 71, 73,
 75, 281, 290, 291, 298, 300, 304, 305, 347,
 348, 376, 377, 378, 380, 420, 425, 428,
 429, 430, 431, 432, 433, 463, 469, 470,
 471, 503, 504, 506, 516, 531, 536
 omnicompétence, 114, 130, 131, 318, 321,
 322, 328, 335, 338, 339, 395
 ordre public, 347, 400, 401, 402, 403
 organique, 11, 326, 332, 335, 341, 342, 344,
 346, 348, 349, 387

P

pacte de la société des nations, 125, 127
 patrimoine, 9, 146, 149, 291, 304, 306, 362,
 366, 381, 382, 447, 453, 454, 457, 524
 perquisition, 441, 447, 448, 454
 personnalité fiscale, 72, 73, 80, 83
 personnalité juridique, 102, 125
 personnes morales, 274, 373, 389, 409
 planification fiscale, 83, 408
 plateau continental, 51, 52
 pouvoir d'enquête, 372
 pouvoir de contrainte, 22, 70, 115, 116, 117,
 119, 127, 156, 161, 254, 265, 293, 294,

295, 305, 319, 332, 337, 343, 345, 348,
350, 357, 423
pouvoir personnel, 38
pouvoir territorial, 59, 267, 269
pouvoir d'enquête, 344, 369, 375
préfet, 374, 390, 419, 441, 559
prescription, 153, 300, 362, 411, 412, 456
principe d'impénétrabilité, 56, 102, 220, 351,
440, 446, 447
principe de non-discrimination, 66
principe de non-ingérence, 125, 337, 338
principe de pleine concurrence, 74, 76
privilège d'exécution d'office, 440
privilège du préalable, 362, 392, 407, 409,
414, 416, 421
prix de transfert, 72, 73, 75, 76, 77, 83, 286,
368, 377, 486, 500, 513, 520, 525, 528,
531
procédure amiable, 349
procédure de délimitation, 39, 45, 49
procédures de vérification, 450, 452
proposition de rectification, 369, 426
puissance de l'Etat, 31, 56, 67, 104, 106, 108,
110, 114, 115, 117, 136, 139, 160, 175,
200, 204, 229, 233, 236, 363, 441, 488
puissance de propriété, 145

Q

quasi-restriction, 477
question préalable, 298

R

ratione fori, 262, 268
ratione loci, 53, 88, 103, 135, 204, 236, 255,
262, 268, 269, 274, 281, 282, 284, 290,
292, 303, 305, 306, 309, 326, 339, 342,
434, 442, 455
rattachement effectif, 276, 277
reconduite à la frontière, 22, 61
reconnaissance mutuelle, 238, 243, 338
règle de conduite, 134, 234, 362, 363, 365,
389
règle de source, 81, 285, 287, 289, 290, 304,
346, 347, 480

règle de source, 86, 87, 89, 99, 284, 285, 287,
289, 290, 297, 302, 304, 305, 306, 307,
308, 319, 345, 347, 476, 477, 478, 479,
480, 482
résidence fiscale, 83, 290, 297, 303
responsabilité internationale, 374
restriction, 339, 419, 421, 435, 462, 475, 476,
477, 478
révision au fond, 400, 401
royaume, 41, 52, 53, 118, 134, 150, 160, 168,
221, 481

S

sacrifice, 23, 182, 195, 556
saisie, 41, 124, 355, 357, 359, 362, 382, 411,
441, 446, 448, 455, 456, 457, 458, 459,
460, 539
sanction, 45, 135, 137, 166, 294, 330, 331,
342, 344, 362, 363, 368, 370, 373, 384,
440, 472
scolastique, 267
secret professionnel, 370, 448
sécurité juridique, 155, 375, 424, 426
sédentaire, 26, 29, 85
seigneurie, 144, 145, 216, 217, 266
servitude, 150
signification, 18, 19, 39, 56, 121, 139, 156,
173, 176, 196, 217, 229, 239, 240, 241,
243, 245, 350, 372, 373, 424, 435, 442,
460, 482, 502
situation statutaire, 343
société mère, 74, 75, 296, 299, 305, 478, 481,
517
souveraineté fiscale, 72, 286
souveraineté normative, 293, 317, 322, 385,
434
souveraineté patrimoniale, 157
souveraineté territoriale, 42, 52, 54, 57, 63,
119, 124, 129, 148, 152, 153, 154, 156,
213, 277, 294, 315, 333, 336, 337, 393,
421, 423, 428, 430, 436, 462, 463
standard, 74, 79, 432
statut personnel, 267, 310, 320
statut réel, 267

structural, 159, 272, 294, 332, 341, 345, 350
subsidiarité, 306, 431, 507, 523
succession, 18, 19, 29, 37, 44, 47, 61, 171,
272, 310, 368, 375, 395
succursale, 70, 72, 73, 74, 77, 78, 79, 80, 81,
82, 92, 299, 304, 348, 374, 458, 459, 511,
534
sûreté, 344
suzeraineté, 103, 145, 146, 173, 211, 212, 224
système horizontal, 64, 71, 122, 157, 245

T

taxation d'office, 368, 373
taxe d'effet équivalent à un droit de douane,
78
territoire communautaire, 87, 92, 406, 481
territoire flottant, 272, 354
territorialité normative, 263, 265, 266, 268,
269, 271, 277, 289, 290, 292, 294, 308,
312, 318, 319, 333, 334, 336, 338
territorialité politique, 31, 34, 35, 36, 37, 50,
59, 103, 107, 111, 122, 131, 143, 150, 151,
156, 157, 158, 159, 160, 161, 164, 165,
167, 170, 175, 194, 197, 208, 210, 215,
217, 225, 230, 255, 341, 350, 407
terroir, 29, 30, 220
titre territorial, 40, 152, 153, 154, 155, 156,
161, 200
traité de délimitation, 43, 45, 48, 319
traitement national, 376, 377, 408, 426, 431,
433, 455
transparence, 83, 279, 298, 299
tribus, 27, 124, 210

taxe sur la valeur ajoutée, 19, 39, 69, 85, 86,
87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 99, 367, 369,
448, 504, 516, 527

U

union européenne, 7, 8, 15, 57, 65, 66, 78, 84,
86, 87, 88, 90, 93, 285, 308, 378, 405, 425,
430, 474, 479, 488, 501, 504, 506, 515,
517, 522
uti possidetis, 46

V

vassal, 211, 212, 214, 224, 226, 229
vérification de comptabilité, 21, 450, 451
vérification fiscale simultanée, 379
violence réciproque, 181, 183, 188, 189, 190
violence privée, 158, 159, 160, 166
voie d'exécution, 344, 356, 383, 391, 397,
445, 458, 460

W

westphalie, 21, 117, 120, 121, 125, 129, 159,
176, 219, 268, 502, 538

Z

zone, 22, 27, 34, 41, 43, 50, 52, 53, 57, 58,
77, 186, 194, 196, 206, 207, 238, 239, 240,
241, 243, 446, 475

Table des Matières

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Introduction | 21 |
| Section 1 La construction théorique : une notion historiquement et spatialement déterminable | 25 |
| §1: La perspective sociale et historique | 26 |
| A. Une limite spatiale à finalité d'organisation sociale..... | 26 |
| 1) Une limite artificielle : un construit de l'homme | 27 |
| 2) Une limite culturelle : la protection du cultivateur | 28 |
| B. Une limite spatiale ceinturant un territoire | 31 |
| 1) La nature du phénomène territorial : un processus politique de contrôle et de domination | 31 |
| 2) La place de la frontière dans le phénomène territorial : indissociabilité entre frontière et territoire..... | 34 |
| §2: La perspective juridique..... | 38 |
| A. Comment tracer la frontière | 39 |
| 1) La frontière terrestre..... | 39 |
| a. La détermination de la frontière | 40 |
| b. La délimitation de la frontière | 43 |
| c. La démarcation de la frontière..... | 48 |
| 2) La frontière maritime..... | 50 |
| B. Pourquoi tracer la frontière | 53 |
| 1) Une frontière pour « séparer » la puissance des Etats | 55 |
| a. Le fondement de l'exclusivité territoriale | 56 |
| b. Une limite spatiale précise et linéaire | 57 |
| 2) Une frontière pour « filtrer » la circulation entre Etats | 59 |
| a. L'identification de la frontière-obstacle : causes et origines..... | 60 |
| b. La présentation de la frontière-obstacle : forme et nature juridique | 62 |
| Section 2 La vérification pratique : une notion applicable au droit fiscal | 69 |
| §1: Les différentes formes d'intervention de la frontière dans la vie de l'entreprise..... | 69 |

| | | |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. | Le premier « effet frontière » : la double imposition juridique..... | 70 |
| B. | Le second « effet frontière » : la fragmentation de la base imposable ... | 72 |
| C. | Le troisième « effet frontière » : le régime des prix de transfert..... | 73 |
| D. | Le quatrième « effet frontière » : les droits de douane | 77 |
| E. | Le cinquième « effet frontière » : l'exclusion de la base imposable des aides consenties à des entités étrangères dans le cadre d'une gestion commerciale normale | 79 |
| F. | Conclusions : abondance et ambivalence des « effets frontières »..... | 82 |
| <u>§2:</u> | La manifestation des deux composantes de la frontière en matière de T.V.A. | 85 |
| A. | La répartition des droits d'imposition comme conséquence de l'existence des frontières internationales | 86 |
| B. | Les régimes spécifiques aux exportations et aux importations comme manifestation de frontières-obstacles | 87 |
| 1) | Les caractéristiques de ces frontières-obstacles..... | 88 |
| 2) | La postérité de cette frontière-obstacle à l'intérieur de l'Union Européenne..... | 90 |
| <u>Section 3</u> | Bilan et perspectives : l'approfondissement des éléments prééminents de la frontière | 95 |
| A. | La délimitation du sujet | 96 |
| B. | La décantation du sujet | 97 |

Titre I Les fonctions de la frontière internationale..... 101

Partie I La contribution de la frontière à l'autonomisation du politique 105

| | | |
|------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapitre I | L'exclusivité territoriale au cœur de l'ordre moderne européen | 109 |
| <u>Section 1</u> | Le rôle de l'exclusivité territoriale..... | 113 |
| <u>§1:</u> | La première manifestation de la souveraineté | 113 |
| A. | L'approche contemporaine de la notion de souveraineté : l'absence de l'exclusivité territoriale..... | 114 |
| B. | L'approche traditionnelle de la notion de souveraineté : le caractère prépondérant de l'exclusivité territoriale | 116 |
| <u>§2:</u> | La structure fondamentale du droit international classique..... | 119 |
| A. | Le territoire comme fondement du droit international classique..... | 120 |
| B. | La richesse des manifestations du territoire en droit international classique | 122 |
| 1) | L'importance du territoire pour la reconnaissance de l'Etat..... | 123 |
| 2) | L'importance du territoire pour la protection de la souveraineté de l'Etat | 125 |
| 3) | L'importance du territoire pour le dualisme juridique | 127 |

| | | |
|------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| §3: | Le critère ultime du droit étatique | 129 |
| A. | La condition de la formation du droit étatique | 130 |
| 1) | L'exclusivité territoriale de l'Etat précède l'omnicompétence normative | 131 |
| 2) | L'exclusivité territoriale a conditionné la formation d'une puissance législative souveraine..... | 133 |
| B. | La condition de la validité du droit étatique | 135 |
| 1) | La centralisation de la contrainte comme critère déterminant de l'ordre juridique étatique..... | 137 |
| 2) | L'effectivité comme fondement de l'ordre juridique étatique | 139 |
| <u>Section 2</u> | Les fondements de l'exclusivité territoriale..... | 143 |
| §1: | L'ancienne puissance en propriété..... | 143 |
| A. | L'association du pouvoir et de la propriété..... | 144 |
| B. | La configuration de l'espace selon une logique de dépendance | 146 |
| C. | La contagion durable des mots et des mentalités | 147 |
| §2: | La nouvelle puissance territoriale..... | 151 |
| A. | Le fondement formel : le titre territorial..... | 152 |
| 1) | Aspect : un titre de compétence de l'Etat | 152 |
| 2) | Fondement : l'occupation effective d'un territoire..... | 154 |
| B. | Le fondement matériel : les progrès de la territorialité politique | 157 |
| 1) | L'affranchissement par rapport au dominium | 157 |
| 2) | La pacification d'un espace aux dimensions du royaume..... | 158 |
| Chapitre II | La frontière à l'origine de l'exclusivité territoriale..... | 163 |
| <u>Section 1</u> | La frontière et la dynamique interne du processus de territorialité politique | 165 |
| §1: | La capillarisation de la violence dans le système féodal..... | 166 |
| §2: | La centralisation de la violence dans le système étatique | 167 |
| A. | La frontière contre les seigneurs | 168 |
| B. | La frontière contre l'Empire et l'Eglise..... | 171 |
| <u>Section 2</u> | La frontière et la dynamique externe du processus de territorialité politique | 175 |
| §1: | Le rôle de la violence dans la naissance de la notion moderne de souveraineté..... | 176 |
| A. | Le contexte : les guerres de religions | 176 |
| B. | La grille de lecture : la violence collective à l'origine de tout ordre culturel | 178 |
| 1) | Le rôle du sacré : cacher l'origine proprement humaine de la violence | 178 |
| 2) | Le rôle de l'ordre social : prévenir la contagion de la violence..... | 180 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3) Le rôle de la violence collective : rétablir l'unité de l'ordre social menacé | 181 |
| <u>§2:</u> Le rôle de la frontière moderne face à la violence..... | 183 |
| A. La réponse étatique à la violence essentielle | 183 |
| 1) La mission intemporelle du politique | 184 |
| a. L'objectif général : contenir toute contagion de la violence essentielle..... | 184 |
| b. Le moyen spécifique à la modernité : entretenir la permanence de l'ennemi | 187 |
| 2) La mission circonstancié de l'Etat : transformer la violence destructrice en violence fondatrice | 189 |
| a. Le rôle de l'Etat souverain | 190 |
| b. Le rôle de la guerre inter-étatique | 191 |
| B. Le rôle de la frontière moderne dans la réponse étatique..... | 194 |
| 1) La frontière comme marqueur de l'ennemi politique | 194 |
| 2) La frontière comme théâtre d'opérations de la violence collective.. | 196 |

Partie II La contribution de la frontière à la rétraction du pouvoir politique

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| | 199 |
| Chapitre I Les frontières de l'Etat comme limite à la souveraineté..... | 203 |
| <u>Section 1</u> Les implications des confins..... | 205 |
| <u>§1:</u> Une limite extérieure élastique..... | 205 |
| <u>§2:</u> Une territorialité interne anarchique | 208 |
| A. Les manifestations historiques des relations de domination de type personnel | 208 |
| 1) La structure des systèmes politiques dans l'Antiquité..... | 209 |
| 2) La structure du système politique féodal | 211 |
| B. Le rapport à l'espace des relations de domination de type personnel... 213 | |
| 1) La confusion des limites dans le système féodal : la superposition des manifestations du pouvoir | 213 |
| 2) La faiblesse de la territorialité politique dans le système féodal : l'absence d'espace de pouvoir..... | 215 |
| <u>Section 2</u> Les implications des frontières modernes..... | 219 |
| <u>§1:</u> La limitation des ambitions du pouvoir politique | 219 |
| A. Un pouvoir politique limité par l'espace | 220 |
| B. Une ligne de séparation des pouvoirs politiques précise et linéaire | 222 |
| <u>§2:</u> L'objectivation du pouvoir politique | 224 |
| A. La consolidation du territoire | 225 |
| 1) L'élargissement du royaume suscite une dépersonnalisation du pouvoir | 225 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2) La dépersonnalisation du pouvoir appelle un affermissement des frontières | 227 |
| B. La formation d'un espace de pouvoir | 229 |
| 1) Une relation de domination verticale directe entre le souverain et ses sujets | 230 |
| 2) Une relation de domination horizontale indirecte entre le souverain et ses sujets | 232 |
| Chapitre II Les frontières de l'Etat comme reconnaissance de l'autre..... | 237 |
| <u>Section 1</u> La signification des confins | 239 |
| §1: La protection de la civilisation contre le monde inconnu | 239 |
| §2: L'incarnation d'une discrimination sur le plan moral..... | 241 |
| <u>Section 2</u> La signification des frontières..... | 243 |
| §1: La reconnaissance mutuelle des autorités politiques limitrophes | 243 |
| A. La frontière comme séparation entre des mêmes..... | 244 |
| B. La frontière comme construit juridique délibéré | 245 |
| §2: La renonciation aux visions naturalistes de l'ancien monde | 247 |
| A. Le déclin des visions naturalistes traditionnelles | 248 |
| B. Le triomphe du perspectivisme métaphysique | 249 |

Titre II L'objet de la frontière internationale 253

Partie I Les compétences normatives de l'Etat 257

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapitre I Les caractéristiques des théories du <i>Grenzrecht</i> | 261 |
| <u>Section 1</u> Typologie des théories du <i>Grenzrecht</i> | 265 |
| §1: Les premières formulations en droit privé | 266 |
| A. Naissance de la territorialité normative à l'époque médiéval | 266 |
| B. Consécration et déclin de la territorialité normative avec la modernité ... | 268 |
| §2: La consécration en droit public | 272 |
| A. Le droit public non fiscal..... | 273 |
| 1) Les causes de la territorialité absolue en droit public | 273 |
| 2) Les prolongements de la territorialité absolue en droit public..... | 275 |
| B. Le droit fiscal | 277 |
| 1) Le monopole de la <i>lex fori</i> | 278 |
| a. L'insularité fiscale respective des systèmes fiscaux | 279 |
| b. La difficile coopération entre les systèmes fiscaux | 280 |
| 2) La priorité de la <i>lex loci</i> | 281 |
| a. Les causes de la territorialité <i>ratione loci</i> | 281 |
| b. Les formes de la territorialité <i>ratione loci</i> | 284 |
| i. Les formes internes unilatérales..... | 285 |

| | | |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| | ii. Les formes conventionnelles bilatérales | 289 |
| <u>Section 2</u> | Finalités des théories du <i>Grenzrecht</i> | 293 |
| <u>§1:</u> | Tenir compte d'une réalité : l'existence de frontières impénétrables | 293 |
| A. | La règle de droit est indissociable du pouvoir de sanction | 294 |
| B. | L'occultation du droit positif | 295 |
| 1) | Le cas spécifique du droit fiscal..... | 295 |
| a. | La relativisation du monopole de la <i>lex fori</i> | 296 |
| i. | La prise en compte du droit étranger par le juge de l'impôt..... | 296 |
| ii. | L'application du droit public étranger par le juge judiciaire | 301 |
| b. | La contestation du prisme de la <i>lex loci</i> | 302 |
| i. | L'exercice de compétences fiscales extra-territoriales | 303 |
| ii. | L'absence de limitation du champ <i>ratione loci</i> de la loi fiscale sous l'impulsion des règles de source conventionnelle | 305 |
| 2) | Le cas général des conflits de lois ou de juridictions | 309 |
| a. | L'inefficacité pratique des théories du <i>Grenzrecht</i> pour limiter le pouvoir normatif des Etats | 309 |
| b. | La contradiction insurmontable entre les théories du <i>Grenzrecht</i> et le droit positif..... | 312 |
| i. | La contradiction <i>in abstracto</i> | 312 |
| ii. | La contradiction <i>in concreto</i> | 314 |
| <u>§2:</u> | Poursuivre un idéal : remettre en cause la souveraineté de l'Etat | 317 |
| A. | Un cadre moniste..... | 317 |
| B. | Une finalité libérale : encadrer la souveraineté de l'Etat..... | 318 |
| Chapitre II | Les sources des théories du <i>Grenzrecht</i> | 325 |
| <u>Section 1</u> | La surestimation de la norme juridique | 327 |
| <u>§1:</u> | Une norme juridique dépourvue d'efficacité <i>per se</i> | 327 |
| <u>§2:</u> | Une norme juridique dépourvue de caractère spatial | 329 |
| <u>Section 2</u> | L'influence de la frontière internationale | 333 |
| <u>§1:</u> | Les caractéristiques de l'hypothèse : l'influence organique de la frontière internationale sur la coordination des compétences normatives des Etats..... | 335 |
| A. | L'existence d'une limite indirecte à la compétence normative des Etats souverains..... | 336 |
| B. | L'influence indirecte de la frontière internationale sur la configuration des compétences normatives..... | 338 |
| <u>§2:</u> | La vérification de l'hypothèse : l'influence de la frontière internationale sur la territorialisation de la loi fiscale | 342 |
| A. | Les causes de la territorialité fiscale : l'indissociabilité entre pouvoir normatif et pouvoir de contrainte..... | 343 |
| B. | Les formes de la territorialité fiscale : la formation de normes séparatrices | 346 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Partie II Les compétences exécutives de l'Etat | 353 |
| Chapitre I <i>L'imperium lato sensu</i> : les commandements catégoriques | 361 |
| <u>Section 1</u> L'obligatorité de la norme..... | 365 |
| <u>§1:</u> La dissuasion par l'enquête et l'investigation | 366 |
| A. Aperçu général des mesures à la disposition de l'administration fiscale ... | |
| | 367 |
| B. L'absence de contrariété de ces mesures avec la frontière internationale.. | |
| | 371 |
| 1) L'exercice extra-territorial des pouvoirs d'investigation | 372 |
| 2) L'assistance administrative internationale en matière d'investigation .. | |
| | 376 |
| a. Les fondements juridiques de cette assistance administrative | 376 |
| b. Les effets juridiques de cette assistance administrative..... | 379 |
| <u>§2:</u> La dissuasion par les garanties de recouvrement..... | 381 |
| A. La nature des mesures conservatoires..... | 382 |
| B. La portée des mesures conservatoires..... | 384 |
| <u>Section 2</u> La force exécutoire de la norme..... | 389 |
| <u>§1:</u> L'imperium du juge | 392 |
| A. La méprise : l'interposition d'une frontière internationale au stade de la | |
| force exécutoire | 394 |
| B. La clarification : l'interposition d'une frontière-obstacle à la circulation | |
| d'un droit allogène | 398 |
| 1) La norme d'habilitation au cœur de l'instance d'exequatur..... | 399 |
| 2) L'exequatur comme manifestation d'une frontière-obstacle de l'Etat... | |
| | 401 |
| a. Précisions sur les qualités de l'ordre public en matière d'exequatur .. | |
| | 402 |
| b. Précisions sur les qualités de l'instance d'exequatur à la lumière de | |
| la notion de frontière-obstacle..... | 403 |
| <u>§2:</u> Le privilège du préalable de l'administration fiscale..... | 407 |
| A. La nature des obstacles à la circulation internationale des titres | |
| exécutoires..... | 409 |
| 1) La nature des titres exécutoires en droit fiscal..... | 410 |
| a. Les fonctions du titre exécutoire..... | 411 |
| b. La place du titre exécutoire par rapport à l'exécution forcée..... | 412 |
| 2) La nature des restrictions à la circulation des titres exécutoires en | |
| droit fiscal | 414 |
| a. Le paradigme de l'insularité fiscale..... | 415 |
| i. La force exécutoire de la créance fiscale étrangère ne passe pas les | |
| frontières..... | 415 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| ii. La force exécutoire dans l'Etat d'accueil n'est pas accessible aux créances fiscales étrangères | 417 |
| b. L'exigence de l'acte administratif intercalaire | 419 |
| i. La forme : un exequatur administratif | 419 |
| ii. La nature : une frontière-obstacle | 421 |
| B. L'effet des passages ouverts à la circulation internationale des titres exécutoires | 422 |
| 1) L'assistance par la notification de documents étrangers | 424 |
| a. Les causes du recours à l'assistance administrative internationale | 424 |
| b. Les modalités du recours à l'assistance administrative internationale | 425 |
| 2) L'assistance par le recouvrement des créances fiscales étrangères | 428 |
| a. Les apparences trompeuses : une assistance en contrariété avec la souveraineté territoriale des Etats | 428 |
| b. La réalité : des dispositifs concrets respectueux des frontières internationales de chaque Etat | 430 |
| Chapitre II <i>L'imperium stricto sensu</i> : la coercition | 439 |
| <u>Section 1</u> L'interposition de principe de la frontière internationale | 445 |
| <u>§1:</u> Les mesures de coercition préalables à l'engagement des poursuites | 447 |
| A. La coercition dans le cadre des droits d'investigation de l'administration fiscale | 448 |
| B. La coercition dans le cadre des droits de vérification de l'administration fiscale | 449 |
| 1) La caractéristique commune aux procédures de vérification : le débat oral et contradictoire | 450 |
| 2) La portée spatiale des procédures de vérification | 452 |
| <u>§2:</u> Les mesures de poursuite dépourvues de coercition | 455 |
| A. Le caractère normatif de l'avis à tiers détenteur | 456 |
| B. L'absence de limite spatiale à l'avis à tiers détenteur | 458 |
| <u>Section 2</u> L'effacement exceptionnel de la frontière internationale | 461 |
| <u>§1:</u> Le déplacement des organes de contrainte en application du droit communautaire | 464 |
| A. La naissance d'une nouvelle forme de coopération | 465 |
| B. Les progrès de cette forme de coopération | 466 |
| <u>§2:</u> Le déplacement des organes de contrainte en application du droit conventionnel | 468 |
| Conclusions Générales | 473 |
| Bibliographie | 484 |
| I. Ouvrages généraux | 484 |

| | |
|-------------------------------------------|------------|
| II. Thèses | 499 |
| III. Rapports et études | 503 |
| IV. Articles, notes et commentaires | 505 |
| V. Conclusions | 557 |
| VI. Doctrine Administrative | 559 |
| <i>Index</i> | 561 |
| <i>Table des Matières</i> | 567 |



Title and Abstract :

Even though its disappearance seems to be predictable, at least within the European Union, the legal notion of "Border" remains subject to a high degree of uncertainty. No general definition which combines clarity and precision, has been formulated on this matter yet. Therefore, time has come to provide a rigorous "definition" of this limit which separates the territories of the states. In other words, an attempt to theorize the notion of "Border" will be carried out in this book. The choice of a theoretical approach does not necessarily imply, however, to undertake a study remote from reality. To the contrary, an appropriate definition must be based on empirical data: selected matters among the huge amount of information available will be, as a result, the main source of this work. Among them, tax law (domestic, European and international) will play a key role due to the personal background of the author. The latter, however, did not forget to cover other disciplines. A wide-ranging scope is necessary where the objective is to reach the irreducible gist of a legal notion: International Public Law, Private International Law, Political Science as well as Sociology will be dealt with in this book.

Two distinct functions (meanwhile complementary) will immediately be identified as the main components of the notion of "Border": the dividing line, seen as impenetrable under International Public Law, that separates the territories of the States on one hand (so-called "international border"), and the permeable filter which regulates by way of discriminatory rules the movements (e.g. goods, persons, rights, values) between the states on the other hand (so-called "obstacle-border"). Due to limited time and space, however, this book will only focus on the first component, namely the international border. A study of its functions (i.e. what is the purpose for the impenetrability of the border?), will be followed by a study of its object (what is the scope of the impenetrability of the border?). The study of the functions will demonstrate that the international border, as a cause and a consequence of the principle of territorial exclusivity (i.e. monopoly of violence within the territorial borders), has strong ties with the concept of "Modern State". Moreover, many fundamental notions generally attached to modern statute law (e.g. coercion, sovereignty, legal dualism) will be reconsidered in the light of this principle of impenetrability. Further, the analysis of the object of the international border will enable the author to eliminate certain jeopardizing uncertainties. Among others, the issue concerning the existence (or not) of a kinship between the "Border" and the territoriality of the law (including Power to Tax) will eventually be resolved: the territoriality principle, irrespective of its forms, is not an appearance (neither a component) of the international border. All activities undertaken by a state (i.e. legislative and executive powers), therefore, are not forced by law to be circumscribed to the territorial limits of that state. Only the core of the Imperium of a Modern State, that is to say the coercive power itself, seems to be subject to the impenetrability of the Border. In short, this book does not provide for (and is not aimed at) a general and all-comprehensive theory on "Borders". Some of the major features of the latter are, however, clearly characterized herewith in order to provide the reader with another tool to scrutinize positive law.

Keywords : border ; delimitation ; territorial exclusivity ; principle of impenetrability ; territoriality principle ; sovereignty ; monopoly of legitimate violence ; source rule ; modern state ; administrative cooperation ;

Résumé :

Alors que sa disparition semble se profiler à l'horizon, du moins à l'intérieur de l'espace Européen, la notion juridique de frontière qui dessine les limites du territoire de l'Etat reste l'objet d'une imprécision surprenante. Aucune définition générale et intelligible ne semble encore lui avoir été consacrée, nonobstant la place centrale qui lui est attribuée par nombre d'analyses savantes sur les institutions de la modernité politique (Etat, souveraineté, territoire). Une tentative de définition (ou de théorisation) de la frontière est donc nécessaire. Théoriser la frontière n'implique pas de s'éloigner de la réalité : ce sont au contraire des données empiriques, sélectionnées à l'intérieur d'une foison d'informations disponibles sur le sujet, qui doivent guider un travail de systématisation. Au sein de celles-ci, la place privilégiée du droit fiscal (interne, communautaire et internationale) s'explique par les affinités personnelles de l'auteur. Ce dernier n'a toutefois pas omis de balayer d'autres disciplines, à l'instar du droit international public ou du droit international privé, aux fins de caractériser une substance irréductible et invariable de la frontière.

Deux fonctions distinctes, bien que complémentaires, s'imposeront très rapidement comme les éléments constitutifs de la notion de frontière : la ligne réputée impénétrable en droit international qui sépare les territoires des Etats, d'un côté (ou « frontière internationale »), le filtre perméable qui régule les circulations entre les territoires des Etats (ou « frontière-obstacle »), de l'autre. Le temps et l'espace imposeront de limiter l'analyse au premier élément, à savoir la frontière internationale. À raison de ses fonctions pour commencer : quel est son rôle ? Mais aussi à raison de son objet : à quoi, ou à qui, s'applique-t-elle ?

L'analyse des fonctions permettra d'abord de vérifier que la frontière internationale, en tant que cause et conséquence du principe de l'exclusivité territoriale, est étroitement liée à la notion d'Etat moderne. La naissance de la notion moderne de souveraineté, dans la mesure où elle est largement tributaire de la conquête du monopole de la violence légitime au profit des autorités centralisatrices de l'Etat, n'aurait pas été envisageable sans la constitution de frontières impénétrables aux limites du royaume. Plus largement, bien des notions fondamentales associées au droit étatique moderne (intégrité territoriale, centralisation de la contrainte, dualisme juridique,...) peuvent être reconsidérées à la lumière de la notion de frontière.

L'analyse de l'objet de la frontière internationale permettra, ensuite, de surmonter bien des incertitudes. Celle qui touche, en particulier, au rapport entre la frontière impénétrable et le principe de territorialité des lois (ou des impôts) : la territorialité normative, sous toutes ses formes, ne peut-être assimilée à une manifestation (ou à une composante) de la frontière internationale. Celle qui touche, aussi, à la nature et à la portée de l'assistance administrative internationale entre les Etats dans le domaine fiscal. Le développement récent de celle-ci, sous toutes ses variantes (assiette et recouvrement), ne se traduit qu'exceptionnellement par des entorses à l'impénétrabilité des frontières. Toutes les activités de l'Etat n'ont pas, en effet, vocation à s'arrêter aux limites du territoire en application du droit international public. Seul l'imperium de l'Etat entendu stricto sensu, c'est-à-dire le pouvoir coercitif proprement dit, semble être soumis au respect de cette imperméabilité. En somme, à défaut de parvenir à dresser une théorie générale de la frontière en droit, certaines de ses caractéristiques majeures seront en l'espèce esquissées dans l'espoir de fournir au juriste une grille de lecture supplémentaire, et si possible originale, du droit positif.

Descripteurs : frontière; procédure de délimitation ; exclusivité territoriale; principe d'impénétrabilité ; principe de territorialité ; souveraineté ; monopole de la violence légitime ; lien d'allégeance ; règle de source ; Etat moderne ; assistance administrative ;

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.