

Revue lawfare de la Sorbonne

Sorbonne lawfare review

N°1

Mars 2026



« Le droit au service de la puissance stratégique »

La revue.

REVUE LAWFARE DE LA SORBONNE, N°1, MARS 2026. Revue semestrielle publiée par la CLJS (Clinique Juridique Lawfare de la Sorbonne), établi à l'Ecole de droit de Paris I Panthéon-Sorbonne. La revue est dirigée par M. Daniel Mainguy, Professeur agrégé de droit privé à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

Direction de la revue.

M. Daniel Mainguy, Professeur agrégé de droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Comité scientifique.

M. Daniel Mainguy, Professeur agrégé de droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne
Mme Kamalia Mehtiyeva, Professeur agrégée de droit privé et de sciences criminelles, Université Paris-Est Créteil
M. Joan Gondolo, Maître de conférences en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne
M. Jean Bruschi, Maître de conférences en droit privé, Université Paris 8
M. Ben Mohamed Hamada, Maître de conférences en droit privé, Université Jean Moulin Lyon M.
Florent Rombourg, Maître de conférences en droit public, Université de Nantes
Mme Charlotte Broussy, Maître de conférences en histoire du droit et des institutions, Université de Montpellier

Direction de publication.

M. Adrien Hurtado, doctorant en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne
Mme. Julia Daia, doctorante en droit international, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Comité de rédaction.

M. Alexandre Clabault, doctorant en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne
M. Baptiste Ferszterowski, lawfare specialist, expert data

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12 place de Panthéon
75005 Paris (France)
@ : clinique.juridique.lawfare@gmail.com
ISSN : à constituer
Dépôt légal : Mars 2026

Les contributeurs.

1. Bahu Amelie, doctorante contractuelle en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne
2. Brouwer Lucie, doctorante en arbitrage maritime, Centre de droit maritime et océanique, Université de Nantes (CDMO)
3. Censi Ugo, doctorant contractuel en droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
4. Cherrier Montrichard Célestine, doctorante en droit international, Université Paris I Panthéon-Sorbonne
5. Chevereau Clément, enseignant contractuel à l'Université d'Orléans
6. Dabrowski Maya, chargée de Mission du pôle « Intelligence Juridique » au sein de l'Innovation Lab
7. Dekhil Yasmine, enseignante en droit privé et doctorante en droit comparé de l'arbitrage commercial international, CREDIP-EDIEC, Université Jean Moulin Lyon III
8. Ditgen Alice, doctorante contractuelle en droit privé, Faculté de droit de Montpellier
9. Dutat Lucile, doctorante contractuelle en droit public, Université Caen Normandie et Rennes université
10. Favre Kévin, doctorant en droit privé et ATER à l'Université Paris-Nanterre
11. Giroud Marion, docteur en droit privé et sciences criminelles, ATER à l'Université Jean Moulin Lyon III
12. Habel Dani, doctorant contractuel en droit privé, Faculté de droit Aix-Marseille
13. Herrard Pauline, doctorante en droit privé et sciences criminelles, Faculté de droit de Montpellier
14. Quilès Tristan, doctorant en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, juriste cyber
15. Romero Villanueva Camila, doctorante en droit international, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Université de Buenos Aires
16. Valencia Andrés, doctorant en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne
17. Vestieu Kaori, membre du Comité Asie-Pacifique
18. Vielfaure Romain, doctorant en droit privé au Centre du Droit de l'Entreprise, Faculté de droit de Montpellier

TABLE DES MATIÈRES

I.	Propos introductifs	8
II.	Notules	11
	Droit du numérique	12
	« <i>L'hétérogénéité des régimes d'exception au text and data mining face aux usages de l'IA : risques de fragmentation et forum shopping</i> »	12
	Ugo Censi, doctorant contractuel, Université Paris I Panthéon-Sorbonne.....	12
	« <i>Le futur des cookies, ou l'art de (ne pas) contourner le RGPD</i> »	15
	Kévin Favre, doctorant en droit privé et ATER à l'Université Paris-Nanterre.....	15
	« <i>L'assurance-crédit à l'exportation face aux rivalités géoéconomiques systémiques du XXI^e siècle</i> ».....	18
	Andres Roberto Otalora Valencia, doctorant en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne.....	18
	« <i>Le contournement du droit français des pratiques restrictives de concurrence par les Big Techs</i> »	24
	Alice Ditgen, doctorante contractuelle, faculté de droit de Montpellier	24
	Droit pénal	27
	« <i>Une CJIP pour la société KLUBB dans le cadre du délit de corruption d'agent public étranger (réf. : TJ Paris, CJIP, 11 févr. 2025, n° 22 083 000 898)</i> »	27
	Marion Giroud, docteur en droit privé et sciences criminelles, ATER à l'Université Jean Moulin Lyon III	27
	« <i>Précisions sur les éléments constitutifs du blanchiment immédiat au regard du manquement aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (Crim. 19 juin 2024 n°22-81.808)</i> ».....	31
	Pauline Herrard, doctorante en droit privé et sciences criminelles, Faculté de droit de Montpellier	31
	Droit des restitutions	34
	« <i>Les prêts de biens culturels issus de Russie,.....</i>	34
	<i>entre protection et sanction</i> »	34
	Célestine Cherrier Montrichard, doctorante en droit international, Université Paris I Panthéon-Sorbonne.....	34
III.	Contributions	36
	Histoire du droit	37
	« <i>Supporter la guerre par l'impôt. De l'usage de l'ancien droit fiscal</i> ».....	37
	Clément Chevereau, enseignant contractuel à l'Université d'Orléans	37
	Droit bancaire	47
	« <i>Les immunités des banques centrales face au gel de leurs avoirs : entre souveraineté étatique et impératifs de justice</i> ».....	47

Camila Romero Villanueva, doctorante en droit international, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne - Université de Buenos Aires	47
Droit du numérique	57
« <i>Normaliser pour dominer : l'influence normative comme levier de puissance technologique</i> ».....	57
Lucile Dutat, doctorante contractuelle, Université Caen Normandie et Rennes université ; Tristan Quilès, doctorant en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, juriste cyber	57
Droit environnemental.....	70
« <i>Les limites de la transparence et le devoir de vigilance</i> »	70
Amélie Bahu, doctorante contractuelle, Université Paris I Panthéon-Sorbonne ; Tristan Quilès, doctorant en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, juriste cyber	70
Droit de l'arbitrage	82
« <i>La sentence arbitrale internationale à l'épreuve de la guerre russo-ukrainienne : la notion d'« ordre public » redéfinie par les juges européens et russes</i> ».....	82
Yasmine Dekhil, doctorante en Droit comparé de l'arbitrage commercial international, faculté de droit-Université Jean Moulin Lyon III	82
« <i>L'arbitre et la prise en compte du droit humanitaire international en situation de guerre : obligation ou opportunité</i> ».....	92
Romain Vielfaure, doctorant contractuel de droit privé, faculté de Droit de Montpellier ...	92
« <i>Arbitrage et droit des conflits armés dans l'affaire des navires ukrainiens : entre immunité des navires de guerre et exception due aux activités militaires</i> »....	100
Lucie Brouwer, doctorante en arbitrage maritime, Centre de droit maritime et océanique, Université de Nantes (CDMO)	100
« <i>L'arbitrage international d'investissement : forum de règlement des différends spatiaux</i> ».....	111
Dani Habel, doctorant contractuel, faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille	111
IV. Articles divers.....	119
« <i>La guerre par le droit : quand la Chine entre en ordre de bataille</i> ».	120
Maya Dabrowski, Chargée de Mission du pôle « Intelligence Juridique » au sein de l'Innovation Lab et Kaori Vestieu, Membre du Comité Asie-Pacifique.	120

I. Propos introductifs

Ce que l'on appelle « *lawfare* » est d'une part un « mot valise » regroupant les concepts de « droit », *law*, et de « guerre », *warfare*, et d'autre part un concept finalement peu signifiant¹ renvoyant à tous les usages possibles du « droit » comme arme de guerre ou plus généralement, comme outil agressif ou défensif dans une « ambiance de guerre ». Ainsi, l'un des exemples les plus communément repris est le fait, pour une entité qui ne respecte pas les lois de la guerre (et donc, les logiques d'un Etat de droit, du respect du droit international et d'une forme de morale intériorisée des comportements), opposée à une entité qui les respecte, ou qui dit et s'engage à les respecter, d'opposer à la seconde des violations, réelles, inventées ou interprétées, des lois de la guerre, afin de chercher à créer sinon un scandale du moins un débat chez celle-ci (puisque respectueuse des lois et de leur morale sous-jacente) qui conduirait à réduire les capacités guerrières de ses armées.

Ce type d'exemples, auxquels on peut ajouter le fait pour un Etat de créer des interprétations originales (au sens où elles sont en général rejetées par les autres Etats) des règles du droit international ou de proposer des normes nouvelles qui vont à rebours du consensus général (mais dans le sens déviant de leur promoteur), est l'apanage des spécialistes des relations internationales ou du droit international public et sont les plus connues, les plus documentées.

Un autre aspect, assez ordinaire en droit privé des affaires, mais qui peut être rattaché à une pratique du *lawfare* correspond à ce que le Pr. Orde Kittrie désigne comme le *lawfare* instrumentaire (*instrumental lawfare*)², c'est-à-

dire l'utilisation de la règle de droit à des fins agressives, militaires ou non, armées ou non et le plus souvent non militaire et non armée. Bien entendu la pratique du contentieux des affaires, interne ou internationale, est, par nature péremptoire, sinon agressive. Par conséquent, la distinction entre cette pratique, partagée avec efficacité par tous les juristes d'affaires du monde, et celle du *lawfare* instrumentaire peut être faite à travers le constat que cette dernière pratique s'inscrit dans une logique qui se veut « de guerre » ou, plus exactement, s'inscrit dans une atmosphère de guerre. Assez limitée pendant longtemps, l'appréhension de ce phénomène est devenue une préoccupation majeure des praticiens, en amont par une rédaction musclée des opérations contractuelles (choix de la méthode de résolution des litiges, choix du juge ou du siège de l'arbitrage, clauses diverses : *hardship*, force majeure, résiliation, multiplication des garanties de bonne fin, comprenant elles-mêmes des conventions d'arbitrage, etc.) ou en aval par l'appréhension des divers obstacles que l'atmosphère lourde de guerre fait peser sur la mise en œuvre : la désinhibition de l'usage de la force, la réduction étatique ou régionale des relations internationales, l'impossibilité de faire reconnaître ou exécuter des jugements ou des sentences arbitrales, les contre-mesures et contre-contre-mesures diverses qui se multiplient, etc. Il en résulte des pratiques judiciaires ou arbitrales très agressives, parfois dilatoires, souvent très bien pensées, la prise en compte du vocabulaire militaire dans la pensée juridique, ce qui était assez ridicule il y a encore assez peu de temps (stratégie, tactique, effet final recherché, brouillard de

¹ D. Mainguy, « *Lawfare et contre-lawfare : la règle de droit comme arme de guerre* », *Mélanges Hervé Le Nabasque*, LGDJ-Lextenso, 2025, p. 75.

² O. F. KITTRIE, *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford University Press, 2016.

guerre, recherche des intentions de l'adversaire, etc.) et le développement des *geopolitical officers* dans les entreprises, qui se renforcent principalement depuis l'adoption des règlements européens de sanctions, reprenant les sanctions économiques du Conseil de sécurité et, surtout, affectant les relations avec la Fédération de Russie et un nombre considérable d'entités russes, du fait de la combinaison, assez complexe à saisir, entre le règlement posant des sanctions sectorielles (n° 833/2014) et celui posant des sanctions sous forme de gels de fonds et de ressources économiques (n° 269/2024).

C'est dans cet esprit d'acculturation juridique des étudiants intéressés par ce phénomène que la Clinique Juridique Lawfare de la Sorbonne, présidée par Adrien Hurtado, a été créée en 2024, pour commencer ce travail d'acculturation mais aussi pour répondre à une série de commandes visant à mettre en œuvre la méthode originale qu'elle utilise, avec Norma, pour effectuer des recherches approfondies sur tel système juridique et son évolution dans telles situations qui étaient l'objet (confidentiel) de cette commande. Depuis, la CJLS continue ce travail, sous la

forme de rapports diversifiés, d'une newsletter, et ce grâce à l'équipe ainsi constituée, qui ne cesse de croître, s'aguerrir et de se développer, de manière autonome.

De ce point de vue, ce premier numéro de la Revue Lawfare de la Sorbonne est une excellente démonstration des capacités et de l'expertise de la CJLS et de ses membres, au-delà des seuls auteurs qui se sont exprimés dans ce numéro, qui me rend très fier d'avoir été à l'origine de cette initiative.

II. Notules

Droit du numérique

« L'hétérogénéité des régimes d'exception au text and data mining face aux usages de l'IA : risques de fragmentation et forum shopping »

Ugo Censi, doctorant contractuel, Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

Les récents progrès des différents outils d'intelligence artificielle (ci-après IA) dans la génération d'images s'inspirant de styles artistiques existants ont relancé les questionnements autour de l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Tandis que les législations relatives à l'intelligence artificielle demeurent à un stade embryonnaire — en grande partie en raison des difficultés à concilier la protection des droits des auteurs avec la promotion de l'innovation —, des disparités commencent à émerger entre les différents ordres juridiques, tant nationaux que communautaires.

Bien que la création bénéficie d'une protection largement reconnue à l'échelle internationale grâce au droit d'auteur, celui-ci se trouve aujourd'hui fragilisé par la multiplication d'exceptions liées à l'entraînement des IA. Une tolérance relativement étendue à l'utilisation d'œuvres protégées à des fins d'apprentissage semble se dessiner, dont les divergences d'application pourraient, à terme, encourager des stratégies de « forum shopping »³.

Au sein de l'Union européenne, la question de la protection du droit d'auteur face à son utilisation par l'intelligence artificielle est principalement encadrée par la Directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique

numérique. Son article 4 prévoit que l'utilisation d'œuvres protégées à des fins d'entraînement d'IA ne constitue pas une infraction, sauf si les ayants droit exercent leur droit d'exclusion (*opt out*). Si ces dispositions peuvent être perçues comme assurant un équilibre entre innovation et protection des droits d'auteur, elles suscitent néanmoins des critiques doctrinales. Celles-ci pointent notamment l'absence de dispositifs permettant d'anticiper ou d'empêcher l'exploitation des œuvres, réduisant considérablement l'efficacité du mécanisme d'*opt out* voire le bienfondé d'un tel droit⁴. Ces dispositions ont été transposées en France par le biais de l'ordonnance n°2021-1518 du 24 novembre 2021 introduisant l'article L.122-5-3 dans le code de propriété intellectuelle, ainsi que dans les autres pays de l'Union Européenne, sans qu'aucune réserve manifeste ne semble y avoir été introduite. Le cadre législatif européen offre donc une certaine lisibilité et peut contribuer à limiter les risques de law shopping. Cependant, en tant que premières normes encadrant ce phénomène, ces dispositions demeurent incomplètes et ouvrent la voie à des interprétations jurisprudentielles divergentes entre les États membres. L'appropriation de ces nouvelles règles par des juges encore peu formés à ces questions, tend donc à se révéler comme la pierre angulaire du futur des contentieux européens, s'agissant de la confrontation du droit d'auteur au modèle

³ BRUGUIERE Jean-Michel, DELTORN Jean-Marc, « Intelligences artificielles génératives. Y a-t-il exploitation des œuvres, au sens du droit d'auteur ? N'y aurait-il pas d'autres modèles à considérer ? », Recueil Dalloz, 2023, 32, pp.1657.

⁴ SIRINELLI Pierre, PREVOST-BOYARD Stéphane, « Création par une IA : les droits d'auteur sous influence ? », Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique, 2023, 12, pp.609.

génératif des outils d'IA. En ce sens, les récentes poursuites engagées par les principaux syndicats de l'édition français contre Meta, en réaction à l'utilisation de près de 200 000 livres afin d'entraîner son modèle de langage Llama⁵, apporteront probablement certaines réponses quant à l'évolution juridique de ces notions.

Aux États-Unis, la question semble encore être complexifiée par la doctrine du *fair use*⁶ (non reconnue en droit européen ni français) qui permet l'utilisation d'une œuvre protégée, sans que celle-ci soit autorisée par son auteur, selon un faisceau d'indices comprenant entre autres la finalité et la nature de l'usage, la nature de l'œuvre protégée ou encore l'effet de l'utilisation sur le marché potentiel. Cette doctrine a été récemment mise en œuvre dans l'affaire Thomson Reuters contre Ross Intelligence, jugée le 11 février 2025⁷. Dans cette affaire, les juges ont condamné une entreprise de recherche juridique basée sur l'IA, en se fondant notamment sur l'impact de l'utilisation des résumés juridiques établis par Thomson, ainsi que sur leur absence de transformation. La méthode d'analyse en cause soulève des questionnements en matière de sécurité juridique puisqu'elle implique notamment une comparaison des buts artistiques, amenant les juges à se saisir de questions pour lesquelles ils ne possèdent aucune spécialisation. Cela apparaît d'autant plus contestable dès lors que les juges américains ont eux-mêmes admis leur incompétence s'agissant des questions touchant directement à la question artistique⁸ à la suite de la désapprobation de la décision Greenberg Gallery⁹ par les acteurs du marché

de l'art.

Il convient cependant de relever que certaines législations résistent encore à la consécration de ce régime dérogatoire. Il s'agit notamment du cas du Royaume-Uni où les sociétés créatives britanniques ont fait entendre leurs voix en contestant, par le biais de leurs lobbys, la volonté d'élargissement de l'exception posée par la section 29A du Copyright, Designs and Patents Act 1988¹⁰. Le projet britannique de réforme, amorcé en 2022, visait à élargir le champ de l'exception de fouille de textes et de données aux usages commerciaux des œuvres protégées, rompant ainsi avec la réserve initiale en faveur des seuls usages non lucratifs. Les contestations évoquées ont toutefois conduit les autorités à en suspendre la mise en œuvre et à engager une consultation publique¹¹. Cette évolution maintient, pour l'instant, le Royaume-Uni dans le camp des États adoptant une approche protectrice des œuvres face aux usages de l'IA.

Les disparités des législations pourraient, dès lors, mener les acteurs de l'IA à se tourner vers des ordres juridiques particulièrement permissifs en matière de protection des droits d'auteurs. Cela pourrait par exemple être le cas du Japon où l'article 30-4 du Japanese Copyright Act n'inclut pas d'autorisation ni de critères spécifiques à l'utilisation d'œuvres protégées aux fins du data mining.

Bien que la question s'inscrive au-delà de la génération d'image, les craintes renforcées par les récents développements de l'IA, notamment avec l'imitation des Studio Ghibli, poussent à une réflexion autour de ces

⁵ PRES Xavier, « Plusieurs syndicats d'éditeurs et d'auteurs poursuivent Meta et son IA », dans *Le Journal Des Arts*, 4 avril 2025, <https://www.lejournaldesarts.fr/actualites/plusieurs-syndicats-dediteurs-et-dauteurs-poursuivent-meta-et-son-ia-177128>, consulté le 30 avril 2025.

⁶ Copyright Law of the United States (Title 17) §107.

⁷ United States District Court for the District of Delaware [2023]: Thomson Reuters Enter. Centre GmbH v. Ross Intelligence Inc., 694 F.Supp.3d 467.

⁸ Voir notamment : *Thome v. Alexander & Louisa Calder Found.*, 2009, *Andrea Blanch v. Jeff Koons*, 2006, *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 2019.

⁹ *Greenberg Gallery, Inc. v. Bauman*, 817 F. Supp. 167, US District Court for the District of Columbia, April 2, 1993.

¹⁰ The Copyright, Designs and Patents Act 1988 (c. 48).

¹¹ MILMO Dan, « The UK's new AI-copyright consultation: a path to clarity or controversy? », dans *The Guardian*, 25 février 2025, <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2025/january/2/the-uks-new-ai-copyright-consultation-a-path-to-clarity-or-controversy>, consulté le 21 avril 2025.

régimes d'exception qui érodent progressivement les garanties protectrices du droit d'auteur. En somme, plus les exceptions à l'utilisation d'œuvres protégées pour l'entraînement des IA seront importantes, plus elles aminciront la frontière entre entraînement et génération d'image.

Cette question s'inscrit dans un mouvement législatif d'ampleur entourant l'intelligence artificielle, comme en témoigne la proposition de loi n°1630 du 12 septembre 2023, qui vise à encadrer et protéger les œuvres créées à l'aide de l'IA, afin de combler les lacunes de la seule protection générale actuellement en vigueur. Ces considérations paraissant hautement contestables comme l'illustrent les propos de Pierre Sirinelli et

Stéphane Prévost-Boyard développant que « les auteurs voient leurs droits paralysés tandis que les industriels de l'IA voient leurs machines protégées par le droit d'auteurs »¹². Bien que selon Thierry Breton, les exceptions « assurent un équilibre entre deux éléments : protéger les titulaires de droits, notamment les artistes, et faciliter l'exploration de textes et de données, notamment par les développeurs d'IA »¹³, les dispositions aujourd'hui en vigueur doivent être nécessairement complétées au risque de voir la balance largement penchée en faveur des entreprises d'IA. À cet égard, une piste législative est sans doute à creuser du côté de l'encadrement des utilisateurs des outils eux-mêmes¹⁴.

¹² SIRINELLI Pierre, PREVOST-BOYARD Stéphane, « Création par une IA : les droits d'auteur sous influence ? », *Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique*, 2023, 12, pp.609.

¹³ Réponse donnée par Thierry Breton au nom de la Commission européenne, E-000479/202, 31 mars 2023.

¹⁴ FAUCHOUX Vincent et KAHN Benjamin, « IA et

propriété intellectuelle : les leçons juridiques du cas OpenAI & Studio Ghibli », *Actualités, DDG Deprès Guignot Associés*, 9 avril 2025, <https://www.ddg.fr/actualite/ia-proprieete-intellectuelle-quels-enseignements-tirer-du-buzz-mondial-lie-a-la-generation-de-videos-dans-le-style-du-studio-openai-ghibli>, consulté le 18 avril 2025.

« Le futur des cookies, ou l'art de (ne pas) contourner le RGPD »

Kévin Favre, doctorant en droit privé et ATER à l'Université Paris-Nanterre

La célèbre formule de Lapradelle nous affirme que ce ne seraient non pas les juristes, mais les ingénieurs avec leurs inventions qui feraient le droit¹⁵. Si cette maxime est parfois contestable, ce qui ne l'est en revanche pas, c'est que les ingénieurs peuvent rivaliser d'inventivité pour tenter de contourner le droit, comme l'illustre la relation complexe entre Google et le droit européen de la protection des données. Ainsi, la lutte contre le droit ne se fait pas nécessairement par le droit, mais peut prendre des chemins détournés. Revenons donc sur quelques années d'innovations techniques, qui partagent pour caractéristique surprenante de n'avoir absolument aucun avantage sur la technologie vieillissante des *cookies*, si ce n'est qu'elles ont pu sembler, à tort, échapper à la législation actuelle.

Vous reprendrez bien un cookie ? – L'ère du pistage serait-elle terminée depuis belle lurette ? C'est ce que l'annonce par Google de la fin des *cookies* tiers, claironnée en 2019 lors du lancement d'un projet intitulé *Privacy Sandbox*, pouvait initialement laisser penser¹⁶. La technologie des *cookies*, définie comme le fait de laisser un traceur sur le terminal d'un utilisateur par un tiers¹⁷, permet aux annonceurs publicitaires d'identifier une personne physique et de suivre ses activités

sur le web afin de lui proposer des contenus publicitaires ciblés. Elle est régie par des dispositions protectrices de la vie privée des utilisateurs et qui encadrent l'activité économique des annonceurs sur internet. La loi *Informatique et Libertés*¹⁸ et le *Règlement Général sur la Protection des Données*¹⁹ (ci-après RGPD) imposent depuis 2018 aux responsables de traitement de collecter au préalable un consentement libre, spécifique, éclairé et univoque, avant de déposer un traceur sur les ordinateurs, téléphones ou tablettes des utilisateurs. Or la majorité des sites internet utilise des méthodes trompeuses, dites « *dark patterns* », qui visent à manipuler le consentement de l'utilisateur en rendant difficile le fait pour lui de refuser le pistage publicitaire, notamment en masquant cette option ou en multipliant le nombre de clics pour y parvenir. A titre d'exemple, en 2020, 90% des 10 000 sites les plus populaires en Grande-Bretagne utilisaient ce type de méthodes²⁰. Dans ses lignes directrices sur les cookies et autres traceurs²¹, la CNIL est donc venue admonester la même année les régies publicitaires pour leur manque de respect des règles et a précisé les modalités de recueil du consentement des utilisateurs, pour qui il doit être « *aussi facile de refuser ou de retirer son consentement que de le donner* », ce qui diminue depuis la proportion d'internautes acceptant

¹⁵ A. de Lapradelle, *Revue des deux mondes*, 1908.

¹⁶ J. Schuh, « *Building a more private web* », The Keyword – Google Chrome, 22 août 2019.

¹⁷ Article 53 de la directive 2002/58/CE modifiée en 2009, transposé dans l'article 82 de la loi « *Informatique et Libertés* » du 6 janvier 1978.

¹⁸ Article 82 de la loi « *Informatique et Libertés* » du 6 janvier 1978 tel que modifié par l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018.

¹⁹ Articles 4(11) et 7 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

²⁰ Dark Patterns after the GDPR: Scraping Consent Pop-ups and Demonstrating their Influence, Nouwens et al. dans *Proceedings of CHI '20 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, 25 Avril 2020, Honolulu.

²¹ Délibération n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « *cookies et autres traceurs* ») et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019.

sciemment un tel suivi. Les représentants du secteur, craignant de voir fondre le taux d'acceptation des cookies et leurs revenus publicitaires²², ont donc développé de nouvelles stratégies pour sauver leur modèle économique au détriment de la protection des utilisateurs.

Des empreintes numériques laissées à votre insu. – On parle de *fingerprinting*, ou de collecte d'empreinte numérique, pour désigner des procédés techniques qui visent à identifier et suivre le comportement d'un utilisateur même lorsqu'il désactive ou refuse explicitement les *cookies*. Grâce au matériel physique du terminal et à sa configuration par l'utilisateur, ces méthodes permettent d'identifier un individu avec jusqu'à 95% de précision sans stocker de *cookie* sur son terminal²³. On trouve des procédés de *fingerprinting* sur un quart des 10 000 sites les plus fréquentés²⁴. Contrairement aux *cookies*, cette technologie n'est pas explicitement visée par le RGPD, néanmoins la notion de données personnelles comprend les informations se rapportant à une personne identifiable directement mais aussi indirectement, notamment par croisement de données. Aussi, il n'est pas nécessaire que l'identité d'un utilisateur soit réellement établie, mais il suffit que les données collectées à propos d'un utilisateur puissent vraisemblablement permettre de l'identifier dans un objectif commercial, pour que son consentement soit requis. Comme le Groupe de travail « Article 29 » de l'Union Européenne l'a fait remarquer, « *en réalité, prétendre que les individus ne sont pas identifiables alors même que le seul objectif du traitement de données est précisément de les identifier serait une véritable contradiction* »²⁵. La pratique du

fingerprinting est donc bien soumise au droit européen des données²⁶. Reste que *de facto*, il est très ardu techniquement de repérer et de sanctionner ces méthodes qui peuvent fonctionner passivement sur un site internet sans échange de données avec le terminal utilisateur. En l'état, seules certaines méthodes actives de *fingerprinting* peuvent être détectées, et il semblerait qu'elles n'aient encore jamais fait l'objet d'une sanction par la CNIL, qui ne dispose déjà pas de suffisamment de moyens pour contrôler le respect des règles relatives aux *cookies*.

Tout sur vous, sauf votre nom. – C'est notamment pour lutter contre la collecte frauduleuse de cookies et le *fingerprinting* que Google a proposé de remplacer en 2023 les cookies publicitaires par la méthode du *Federated Learning of Cohorts* (ci-après *FLoC*). Il s'agit d'opérer directement le traitement des données personnelles sur l'ordinateur de l'utilisateur plutôt que de laisser des tiers s'en charger, afin de le classer dans un groupe d'utilisateurs, appelé cohorte, qui partage des caractéristiques communes. Aussi, les publicitaires devraient seulement avoir accès à la cohorte de l'utilisateur, c'est-à-dire aux domaines d'intérêt d'un individu anonymisé dans un groupe, sans pouvoir l'identifier individuellement. Le *FLoC* n'a donc pas pour vocation de mettre fin aux comportements prédateurs des annonceurs, et les partisans de cette méthode espèrent qu'elle permettra d'échapper à la qualification de données personnelles tout en conservant la même rentabilité²⁷. Néanmoins, alors que cette méthode prétend protéger les données personnelles des utilisateurs, cette technologie pourrait en réalité révéler plus d'informations sur l'utilisateur que par le

²² F. Dèbes, « Cookies, les acteurs de la publicité en ligne vent debout contre la CNIL », Les échos, 14 janvier 2020.

²³ How Unique is Your Web Browser? Dans *Proceedings of the 10th International Conference on Privacy Enhancing Technologies* (PETS'10). Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 1–18, Peter Eckersley, 2010.

²⁴ *Fingerprinting the Fingerprinters: Learning to Detect Browser Fingerprinting Behaviors*, dans le 2021 IEEE Symposium on Security and Privacy, San Francisco, US, 2021 pp. 283-301, U. Iqbal, S. Englehardt and Z. Shafiq.

²⁵ Groupe de travail Article 29 sur la protection des données, Opinion 4/2007 sur le concept de données personnelles et opinion 9/2014 du 25 novembre 2014 sur l'application de la directive 2002/58/CE à la capture d'empreintes numériques.

²⁶ En particulier à l'article 5(3) de la Directive ePrivacy 2002/58/EC, tel qu'amendé par la Directive 2009/136/EC.

²⁷ Building a privacy-first future for web advertising, Communication de Google Ads, 25 janvier 2001, Chetna Bindra.

truchement de simples cookies. En effet, toute navigation sur internet avec *FLoC* commençant par une déclaration automatique des centres d'intérêts principaux de l'utilisateur, il sera loisible à un site internet connaissant par ailleurs l'identité de l'utilisateur (soit parce qu'il a un compte sur ce site, soit par des méthodes de *fingerprinting*), de le rattacher à ces informations, qui n'auraient auparavant pas été révélées en totalité par des *cookies*. La cohorte d'un utilisateur, indirectement rattachable à une personne identifiable, devrait donc en toute logique juridique tomber sous le coup de la qualification de données personnelles, et le législateur européen sera sans aucun doute amené à se prononcer sur les conditions d'un consentement libre et éclairé des utilisateurs à cette technologie lorsqu'elle se développera. La différence essentielle étant que le consentement à l'usage du *FLoC* est unique lors de la configuration du navigateur et non répété à chaque entrée sur un site internet comme avec les *cookies*, ce consentement devra *a minima* résulter d'une information suffisante de l'utilisateur, ne pourra pas être activé par défaut sur son navigateur, et devra demeurer révocable à tout instant.

Des rétropédalages en série. – Quel sera donc le sort de ces innovations complexifiant la collecte de données personnelles, dans le seul but d'échapper à la législation européenne ? Il est difficile d'établir une réponse claire à cette question, tant les voltes faces ont été nombreuses. Depuis que l'abandon des cookies a été annoncé, pas une année ne s'est écoulée sans qu'il n'y ait un abandon de cet abandon, le dernier datant d'avril 2025²⁸. Alors que le *FLoC* devait être une solution idéale face aux *cookies* et au *fingerprinting*, cette méthode est sévèrement critiquée par les régulateurs de données, et ne semble pas constituer encore une alternative crédible aux *cookies*, d'où le retour de ces

derniers sur la scène. Cerise sur le gâteau, depuis février 2025, Google permet désormais aux annonceurs de pratiquer le *fingerprinting*, pratique que la société refusait jusqu'alors, puisqu'elle déclarait elle-même que « *contrairement aux cookies, les utilisateurs ne peuvent pas effacer leur empreinte numérique et ne peuvent donc pas contrôler la manière dont leurs informations sont collectées. Nous pensons que cela porte atteinte au choix de l'utilisateur et que c'est une erreur* »²⁹. Ne dit-on pas qu'il n'y a que les imbéciles qui ne changent pas d'avis ? Gageons qu'à la minute où il sera établi que cette méthode, plus coûteuse et moins fiable que les cookies, n'enlève en rien la qualité de données personnelles aux informations captées, il y sera renoncé aussi aisément qu'au reste...

Conclusion. – Quelles que soient les méthodes techniques développées pour contourner la réglementation européenne, on peut penser que tant qu'elles viseront à produire une publicité ciblée, elles représenteront toujours un risque pour les données personnelles des personnes concernées. Si le RGPD profite aujourd'hui d'une définition large de son domaine d'application qui devrait couvrir tant le *fingerprinting* que le *FLoC*, cette réglementation demeure limitée par une approche du marché publicitaire centrée sur les données personnelles, qui invite les annonceurs à rivaliser de créativité pour tenter d'y échapper par cette course à l'armement numérique. Pour mettre fin à ce jeu de dupes, il sera donc nécessaire que le législateur européen régie un jour la question de la publicité ciblée en raison de l'objectif qu'elle vise plutôt que du moyen employé pour y parvenir. Faute de quoi nous ne cesserons de découvrir des inventions qui, à défaut de faire le droit, ne parviendront au moins pas à le défaire.

²⁸ A. Chavez, « Prochaines étapes pour Privacy Sandbox et les protections contre le suivi dans Chrome », Blog Google, 22 avr. 2025.

²⁹ J. Schuh, « Building a more private web », The Keyword – Google Chrome, 22 août 2019.

« L'assurance-crédit à l'exportation face aux rivalités géoéconomiques systémiques du XXI^e siècle »

Andres Roberto Otalora Valencia, doctorant en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

L'assurance-crédit à l'exportation constitue l'un des instruments juridiques et financiers les plus déterminants du commerce international contemporain bien que méconnu du grand public. Cette assurance dommages à caractère indemnitaire³⁰ couvre, contre paiement d'une prime, le risque de non-paiement d'une créance née d'une opération commerciale ou financière internationale³¹. L'indemnisation ne peut intervenir qu'après la constatation du sinistre, lequel peut résulter d'une insolvabilité du débiteur, d'un défaut de paiement prolongé, d'une inexécution contractuelle ; ou encore résultant d'un événement politique empêchant l'exécution normale de l'obligation de paiement, tel qu'une guerre, une expropriation, un moratoire souverain ou une restriction de transfert des devises³². L'assureur, une fois l'indemnité versée, est subrogé dans les droits de l'assuré et peut exercer les actions de recouvrement contre le débiteur ou les garants de l'opération.

La technique de l'assurance-crédit se distingue ainsi des garanties bancaires autonomes par son caractère conditionnel³³

et indemnitaire. Elle n'en joue pas moins un rôle essentiel dans la structuration du financement international. En réduisant l'exposition au risque de défaut, elle permet aux établissements financiers de consentir des crédits export qui seraient autrement refusés ou proposés à des conditions prohibitives. L'assurance-crédit constitue un mécanisme d'atténuation du risque-crédit : elle rend finançables des opérations commerciales dans des environnements caractérisés par des incertitudes juridiques, politiques et économiques avérées. Elle participe, de ce fait, à la politique commerciale extérieure des États exportateurs³⁴ et à la structuration de leurs stratégies industrielles.

L'ordre juridique international de l'assurance-crédit s'est progressivement organisé autour de deux cadres institutionnels complémentaires. D'une part, l'Union de Berne laquelle constitue le principal forum international de coopération entre assureurs-crédit publics et privés. D'autre part, l'arrangement OCDE, qui établit les principes normatifs à caractère interétatiques applicables aux

³⁰ BIRDS (J.), LYNCH (B.), PAUL (S.), *MacGillivray on Insurance Law : relating to all risks other than marine*, 15^e éd., Thomson Reuters – Sweet & Maxwell, Londres, 2022, p. 1172 et s.

³¹ MÄCHLER, A., « *Systeme der Kreditversicherung* », *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) – Revue de droit suisse*, n.s., vol. 50, partie I, 1931, p. 581–615.

³² Pour un aperçu en détail des clauses possibles dans le contrat voir : <https://icisa.org/tci-glossary/>

³³ <https://www.txfnews.com/articles/7844/what-basel-4-gets-wrong-about-private-credit-insurance>

³⁴ BLACKMON P., *The political economy of trade finance, export credit agencies, the Paris Club and the IMF*, coll. Routledge Frontiers of Political Economy, New York, Routledge, 2017, p.24

soutiens publics aux exportations.

L'Union de Berne a été Fondée en 1934³⁵ à l'initiative de plusieurs assureurs-crédit européens, et s'est progressivement imposée comme l'organisation de référence de l'industrie mondiale de l'assurance-crédit et de l'assurance des investissements. Elle rassemble aujourd'hui environ quatre-vingts membres issus de plus de soixante pays, comprenant des agences publiques de crédit à l'exportation, des institutions financières multilatérales et des assureurs privés. Ces institutions interviennent auprès d'exportateurs, d'investisseurs et d'établissements financiers afin de couvrir les risques commerciaux et politiques associés aux transactions internationales. L'ampleur économique de ce réseau institutionnel est considérable : les garanties délivrées par les membres de l'Union représentent chaque année plusieurs milliers de milliards de dollars d'opérations commerciales et d'investissement. Les données agrégées³⁶ du secteur indiquent qu'elles couvrent **environ 13 % du commerce mondial de biens et de services**, soit plus de **3 000 milliards de dollars d'engagements annuels au cours des dernières années**. Certaines estimations indiquent même que l'assurance-crédit commercial à court terme, principalement fournie par les assureurs privés, pourrait représenter **près de 15 % des échanges mondiaux**³⁷, ce qui confirme le rôle systémique de ces instruments dans l'architecture du commerce international contemporain.

La vocation de l'Union de Berne n'est pas d'exercer une fonction réglementaire au sens strict. Elle agit plutôt comme un mécanisme de coordination technique et

d'autorégulation professionnelle. Ses statuts lui assignent pour mission de favoriser l'acceptation internationale de principes communs en matière d'assurance-crédit et d'assurance des investissements et de maintenir une discipline dans les conditions de crédit applicables au commerce international. Pour atteindre cet objectif, l'organisation organise un échange régulier d'informations entre ses membres portant sur les risques souverains et commerciaux, les comportements de paiement des débiteurs, les méthodes d'évaluation du risque pays, les pratiques de souscription et les stratégies de recouvrement des créances. Cette circulation permanente d'informations constitue l'un des fondements opérationnels du système international de l'assurance-crédit, car elle permet de réduire les asymétries d'information inhérentes aux transactions internationales et d'améliorer la qualité de l'évaluation du risque³⁸.

Les principes directeurs adoptés par l'Union de Berne définissent les standards professionnels destinés à encadrer l'activité d'assurance-crédit et d'assurance des investissements. Ils visent à assurer que ces opérations contribuent au développement du commerce international sur des bases financièrement solides et compatibles avec les cadres juridiques internationaux, notamment les disciplines de l'Organisation mondiale du commerce relatives aux subventions et les règles de l'OCDE applicables aux crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public.

Ces principes reposent³⁹ d'abord sur une **sélection prudente et responsable des risques**. Les membres doivent fonder leurs décisions de souscription sur une analyse

³⁵ <https://www.berneunion.org/Articles/Details/844/Celebrating-90-years-of-Berne-Union-1934-2024>

³⁶ <https://www.berneunion.org/Stub/Display/356>

³⁷ <https://icisa.org/news/icisa-2024-trade-insurance-update-supporting-15-of-global-trade-in-2023>

³⁸ SOKOLOVSKA, O. « Trade credit insurance and asymmetric information problem ». *Journal of*

International Financial Markets, Institutions and Money, 2020, vol. 68, p. 101–115. <https://doi.org/10.1016/j.intfin.2020.101215>

³⁹ **BERNA UNION**, *Guiding Principles and Operational Guidelines*, Berne : Berne Union, 2021. Disponible sur : <https://www.bernaunion.org/publications/guiding-principles-2021> (consulté le 28 mai 2025).

rigoureuse des débiteurs, des garants et des risques pays, en mobilisant les meilleures informations disponibles ainsi que des outils d'évaluation sophistiqués (systèmes de notation, scoring, analyse macroéconomique). Cette évaluation s'accompagne d'un suivi permanent des portefeuilles et peut être complétée par des mécanismes de protection tels que la réassurance, la diversification des expositions ou la constitution de réserves techniques.

La gestion du risque suppose également de privilégier des **structures financières solides**, notamment lorsque les encours sont sécurisés par des collatéraux, des sûretés ou des contre-garanties fournies par le débiteur principal ou par des tiers solvables, tels que des banques commerciales. Les conditions contractuelles doivent refléter les pratiques du marché et peuvent inclure des clauses financières destinées à garantir l'exécution des obligations du débiteur.

Les membres sont en outre tenus de maintenir une **tarification financièrement soutenable**, les primes devant couvrir les pertes attendues, les coûts d'exploitation et la gestion des sinistres. La gestion des réclamations et des recouvrements doit être conduite de manière professionnelle et coordonnée, les membres pouvant partager certaines informations relatives aux défauts et aux stratégies de récupération.

Ces principes intègrent enfin des exigences relatives à la **transparence**, à la **responsabilité environnementale** et à la

lutte contre la corruption, ainsi qu'à la coopération entre institutions financières internationales. Bien qu'ils ne soient pas juridiquement contraignants, ils constituent un cadre de référence commun contribuant à l'harmonisation des pratiques de l'industrie mondiale de l'assurance-crédit.

L'Arrangement de l'OCDE sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public répond à une logique différente⁴⁰. Adopté en 1978, il vise à empêcher que les États exportateurs ne se livrent à une concurrence déloyale fondée sur des subventions implicites dans le financement de leurs exportations. L'objectif poursuivi est d'établir des conditions financières comparables pour les crédits export bénéficiant d'un soutien public.

L'architecture financière de l'Arrangement repose sur plusieurs paramètres fondamentaux⁴¹. Le premier concerne la structure du financement. L'Arrangement prévoit que l'acheteur étranger doit acquitter un acompte minimal de 15 % du prix du contrat, tandis que le crédit export soutenu par une agence publique ne peut excéder 85 % de la valeur de la transaction. Cette règle vise à maintenir une part significative du risque à la charge de l'exportateur ou de l'établissement prêteur, limitant ainsi les phénomènes d'aléa moral. Les modalités de remboursement sont également encadrées : les maturités maximales sont généralement fixées à dix ans pour les crédits standards, avec

⁴⁰ OCDE, *Arrangement on Officially Supported Export Credits*, Paris : OCDE, 17 juil. 2023, TAD/PG(2023)7.

⁴¹ V. op. cit, n° 11, Trois éléments techniques essentiels doivent être précisés. D'une part, le dispositif repose sur les **CIRR (Commercial Interest Reference Rates)**, taux d'intérêt de référence publiés mensuellement par l'OCDE et servant de plancher aux crédits export bénéficiant d'un soutien public, afin d'éviter que les États n'accordent des financements à des conditions assimilables à des subventions. D'autre part,

l'Arrangement utilise une **classification des pays en sept catégories de risque souverain (0 à 7)**, qui sert de base au calcul des **primes minimales de risque pays** appliquées par les agences de crédit à l'exportation, garantissant une tarification cohérente avec le niveau réel de risque. Enfin, les **maturités des crédits export** ne se limitent pas strictement à un plafond uniforme d'environ dix ans : elles varient selon les secteurs et la nature des projets, certaines opérations d'infrastructure ou d'équipement pouvant bénéficier de durées plus longues dans des cadres spécifiques.

certaines dérogations⁴² selon la nature des projets et le niveau de développement du pays emprunteur. Enfin, l'Arrangement impose des niveaux minimaux de primes destinés à refléter le risque pays et à garantir que les soutiens publics ne se traduisent pas par une sous-tarification du risque.

La complémentarité entre l'Union de Berne et l'Arrangement OCDE apparaît ainsi clairement. L'Arrangement définit les paramètres financiers du soutien public aux exportations, tandis que l'Union de Berne constitue l'infrastructure technique et informationnelle permettant l'application effective de ces règles. Les agences de crédit à l'exportation des États membres de l'OCDE participent pour la plupart aux travaux de l'Union de Berne, ce qui assure une circulation constante des pratiques entre l'ordre intergouvernemental et la communauté professionnelle du secteur.

Ce modèle institutionnel, qui a structuré la gouvernance internationale du crédit export, se trouve cependant confronté à l'émergence de dispositifs alternatifs conçus par la République populaire de Chine. Depuis le début du XXI^e siècle, la Chine a mis en place un système intégré de financement international associant banques publiques, entreprises d'État et mécanismes d'assurance-crédit. L'institution centrale de ce dispositif est China Export & Credit Insurance Corporation, créée en 2001 afin de centraliser l'assurance du commerce extérieur chinois. Contrairement aux banques publiques telles que l'Export-Import Bank of China ou la China Development Bank, Sinosure n'accorde pas directement des prêts. Elle assure les exportations, les crédits à l'exportation et les investissements internationaux des

entreprises chinoises contre les risques commerciaux et politiques. Ce rôle d'assureur public permet de sécuriser les financements consentis par les banques publiques chinoises et de soutenir l'expansion internationale des entreprises nationales⁴³. Les garanties accordées par Sinosure ont permis de rendre finançables de nombreux projets d'infrastructures dans des pays à risque élevé, notamment dans le cadre de la Belt and Road Initiative. Selon les estimations disponibles, plus de 1 300 milliards de dollars d'exportations et d'investissements liés aux pays partenaires de cette initiative avaient été couverts par Sinosure à la fin de l'année 2022⁴⁴.

L'une des caractéristiques les plus notables du système chinois réside dans l'étendue de la couverture assurantielle offerte. Dans certaines opérations internationales, Sinosure peut indemniser jusqu'à 95 % du montant de la dette ou de l'investissement assuré, avec des maturités pouvant atteindre vingt ans⁴⁵. Ces paramètres dépassent sensiblement les standards traditionnellement observés dans le cadre de l'Arrangement de l'OCDE, où la couverture effective des crédits export est généralement limitée à 85 % de la valeur du contrat et où les maturités maximales sont historiquement plus courtes.

Cette différence n'est pas uniquement technique. Elle modifie la structure de répartition du risque entre les acteurs de l'opération. Lorsque l'assureur public couvre jusqu'à 95 % de l'exposition sur des horizons aussi longs, la quasi-totalité du risque de défaut est transférée à l'institution publique. Cette configuration peut favoriser l'apparition de phénomènes d'aléa moral, en particulier lorsque les décisions d'investissement sont influencées par des

⁴² Par exemple, v. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=428b740d-5b47-4dfb-ba07-cba2ddb6c51a>

⁴³ Qu, N. (2015). Research on the Legal System of the Export Credit Insurance in China's Foreign Trade. *Voice of the Publisher*, n/a(2), pp. 41-45.

⁴⁴ CHEN Yunnan; LIU Zongyuan Zoe: Hedging belts, de-risking roads: Sinosure in China's overseas finance and the evolving international response, Overseas Development Institute, 2023, London

⁴⁵ Op cit. n°14

objectifs stratégiques ou géopolitiques.

La dimension géoéconomique de ce système apparaît avec une acuité particulière dans certains environnements à forte instabilité politique. Les engagements liés aux échanges énergétiques avec l'Iran constituent à cet égard un exemple révélateur⁴⁶. Environ 10% de l'approvisionnement en hydrocarbures chinois provient de l'Iran, car du fait des sanctions internationales ceux-ci peuvent être achetés avec une décote⁴⁷. Dans un contexte marqué par les sanctions internationales, les tensions géopolitiques et les perturbations du commerce énergétique mondial, ces opérations illustrent l'usage de l'assurance-crédit comme instrument de sécurisation d'approvisionnements stratégiques. L'assurance-crédit cesse alors d'être un simple mécanisme de gestion du risque commercial pour devenir un outil de politique économique extérieure⁴⁸.

L'évolution récente du secteur révèle ainsi une transformation profonde de la gouvernance internationale du crédit export. L'Union de Berne et l'Arrangement OCDE continuent de structurer un ordre fondé sur la discipline financière et sur la convergence des pratiques professionnelles. Toutefois, l'émergence d'instruments institutionnels robustes dans certaines économies émergentes introduit une dynamique concurrentielle susceptible d'en modifier l'équilibre. La question centrale ne réside donc pas dans la disparition du cadre OCDE-Union de Berne, mais dans sa capacité à demeurer le centre de gravité du système international de l'assurance-crédit dans un environnement caractérisé par la coexistence de modèles géoéconomiques concurrents⁴⁹. L'assurance-crédit apparaît, dans cette perspective, comme l'un des observatoires privilégiés de la recomposition de l'ordre économique international.

⁴⁶ <https://www.iranwatch.org/news-brief/how-china-secretly-pays-iran-oil-avoids-us-sanctions>

⁴⁷ <https://www.ig.com/fr/marche-actualites-et-idees-de-trading/achat-petrole-wti--le-risque-iranien-reliance-la-dynamique-haussi-260114> ; <https://www.kennedyslaw.com/en/thought-leadership/article/2026/war-with-iran-implications-for-the-insurance-market/>

⁴⁸ <https://www.uscc.gov/research/chinas-facilitation-sanctions-and-export-control-evasion>

⁴⁹ <https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/studentTheses/the-legal-nature-of-export-credit-insurance-and-export-credit-gua/>

Institution / mécanisme	Année de création	Type / Statut	Objet principal	Champ géographique / Membres
Union de Berne	1934	Association privée	Forum international d'assureurs- crédit/investissement	~84 membres (agences publiques + assureurs privés) issus de 60+ pays
Banque asiatique d'Investissement (AIIB)	2016	Banque multilatérale	Prêts à des projets d'infrastructures (BRI)	103 pays membres (Asie, Europe...)
EXIM Bank (États- Unis)	1934	Agence fédérale (ECA)	Assurances et prêts pour exportations US	USA
Sinosure (Chine)	2001	Société d'État (ECA)	Assurances-crédit sur exportations/investissements chinois (BRI)	Chine (+ projets BRI mondiaux)
Global Gateway (UE)	2021	Initiative politique	Financements d'infrastructures durables	Union européenne (27) + pays partenaires

« Le contournement du droit français des pratiques restrictives de concurrence par les Big Techs »

Alice Ditgen, doctorante contractuelle, faculté de droit de Montpellier

Les géants américains du numérique tels que Google, Apple, Meta, Amazon et Microsoft, appelés GAFAM ou Big Techs exercent aujourd'hui une influence considérable sur l'économie mondiale. Cette disproportion concerne tout particulièrement sur leurs partenaires commerciaux européens et français qui dépendent de leurs services pour accéder aux marchés. La puissance technologique et contractuelle de ses opérateurs leur confère une position de force dans la structuration des échanges, source de préoccupation pour le législateur et les autorités de concurrence. Le manque de loyauté de certaines de leurs pratiques, associé à leurs moyens financiers démesurés et leur pouvoir de contrainte dépasse l'intérêt purement privé des seules entreprises françaises.

Cette configuration économique semble assurément remettre en cause l'efficacité de la réponse française aux comportements de ces entreprises, dont fait partie l'évolution récente du droit français des pratiques restrictives de concurrence. L'objectif du Titre IV du Livre IV pourrait être de rétablir un équilibre entre les Big Techs et leurs partenaires français. Néanmoins, la liberté de prestation de service et d'établissement dans l'Union européenne et l'absence d'harmonisation du droit des pratiques commerciales entre entreprises permettent aux géants du numérique de bénéficier d'un environnement normatif

des plus accueillant.⁵⁰ Les entreprises françaises se trouvent alors privées de l'application des dispositions protectrices de la partie faible prévues par le Code de commerce.

Il est fréquent d'observer que les GAFAM soumettent leurs relations avec leurs contractants français à des lois étrangères réputées moins interventionnistes⁵¹. Cette élection de loi et attribution de compétence à des tribunaux éloignés complexifie grandement l'action privée.⁵² L'action publique apparaît alors comme une alternative pertinente dans la mesure où les juges considèrent que l'action du Ministre de l'économie est celle d'un tiers au contrat, agissant en responsabilité délictuelle. Les clauses d'attribution de compétence ne peuvent lui être opposées. La Cour d'Appel de Paris retient que « l'action ainsi attribuée au ministre au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet ». ⁵³ Elle conclut ainsi à l'inopposabilité de la clause attributive de compétence prévue dans le contrat.

En parallèle, la Cour de Justice de l'Union Européenne a pu préciser, à l'occasion de l'affaire Eurelec notamment, qu'en matière d'action publique il n'existe ni conflit de loi ni de juridiction. La compétence normative et juridictionnelle revient exclusivement à la France,

⁵⁰ F. JAULT-SESEKE, «Le contentieux européen des pratiques commerciales déloyales au prisme des pratiques des centrales d'achat-introduction», PCI, mars 2025, vol. n°2, p. 8

⁵¹ Voir par exemple T. com. Paris, 1re ch., 2 septembre 2019, n°2017050625 où Amazon prévoit l'application de la loi luxembourgeoise dans les contrats conclus

avec les vendeurs tiers sur la plateforme.

⁵² Les stipulations désignant un tribunal étranger comme juridiction compétente lien le contractant, y compris dans l'hypothèse où celui-ci entend se prévaloir de l'application d'une loi de police.

⁵³ CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 21 juin 2017, n°15-18784

la législation nationale devra en fixer le champ d'application : « L'article 1er, paragraphe 1, du règlement (UE) n°1215/2012 (...) doit être interprété en ce sens que : la notion de "matière civile et commerciale" (...) n'inclut pas l'action d'une autorité publique d'un Etat membre contre des sociétés établies dans un autre Etat membre aux fins de faire reconnaître, sanctionner et cesser des pratiques restrictives de concurrence à l'égard de fournisseurs établis dans le premier Etat membre, lorsque cette autorité publique exerce des pouvoirs d'agir en justice ou des pouvoirs d'enquête exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers ». ⁵⁴

Ainsi, le Ministre de l'Economie pourra exiger l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence lorsque la source du dommage se trouve sur le territoire national, d'autant plus que celui-ci pourrait recevoir la qualification de loi de police. A ce sujet, le Tribunal de commerce de Paris a pu qualifier l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce de loi de police, conformément aux articles 9 du règlement Rome II et 16 du règlement Rome I dans un litige portant sur les contrats conclus entre Apple et les développeurs d'application, à l'initiative du Ministre. ⁵⁵

L'intérêt à agir du Ministre est réaffirmé dans l'affaire Google du 28 mai 2022, dès lors que ce dernier est garant de l'ordre public économique français : « il n'est pas nécessaire au Ministre de fournir des exemples ou témoignages précis pour pouvoir soutenir l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties un contrat-type. La seule présence des clauses critiquées dans le contrat d'adhésion permet de mettre

en jeu l'action autonome dont dispose le Ministre de l'économie ». ⁵⁶

Une solution similaire est retenue dans un litige opposant l'Institut de liaison des entreprises de consommation (Ilec) à Amazon. Le Tribunal de Commerce de Paris a jugé que les clauses attributives de compétence et de choix de loi contenues dans les conditions générales de la plateforme ne sont pas opposables à l'organisation qui n'est pas partie au contrat. ⁵⁷ Le recours à l'intermédiation d'une organisation professionnelle apparaît également une alternative efficace pour la défense des intérêts collectifs d'un secteur.

Une autre piste pour équilibrer le pouvoir de négociation entre les Big techs et leurs partenaires européens est apparue avec le Digital Market Act. ⁵⁸ L'objectif du texte serait de "moraliser" le comportement des entreprises qualifiées de « contrôleur d'accès » ou gatekeeper, dont font partie les GAFAM. ⁵⁹ Parmi les apports du texte, on notera l'article 5 paragraphe 6 qui prohibe l'interdiction par ces acteurs des clauses dissuadant tout recours de la part des entreprises utilisatrices et leur permettant de soumettre leurs litiges aux autorités : « Le contrôleur d'accès n'empêche ni ne restreint directement ou indirectement la possibilité pour les entreprises utilisatrices ou les utilisateurs finaux de faire part à toute autorité publique compétente, y compris les juridictions nationales, de tout problème de non-respect, par le contrôleur d'accès, du droit de l'Union ou national pertinent dans le cadre des pratiques de ce dernier. Cela s'entend sans préjudice du droit des entreprises utilisatrices et des contrôleurs d'accès d'établir, dans leurs accords, les conditions d'utilisation de mécanismes légaux de traitement des plaintes ».

⁵⁴ CJUE, 22 déc. 2022, n°C-98/22, Eurelec (obs. M. BÉHAR-TOUCHAIS, LEDICO, février 2023, n°2, p. 1)

⁵⁵ T. com. Paris, 1re ch., 19 déc. 2022, n°20217040626 (obs. L. et J. VOGEL, LEDICO, février 2023, n°2, p. 3) : dans cette affaire, la soumission ou la tentative de soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif est retenue par le Tribunal dans la mesure où Apple est qualifié de leader sur le marché. Les juges retiennent que l'entreprise ne laisse aucune marge de négociation aux développeurs et que les mêmes clauses

se retrouvent dans l'ensemble des contrats conclus.

⁵⁶ T. com. Paris, 15e ch., 28 mars 2022, n°2018017655

⁵⁷ T. com. Paris, 1re ch., 10 mai 2022, n°2020032138

⁵⁸ Règlement (UE) 2022/1925 du parlement européen et du conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques)

⁵⁹ J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Dalloz, Mémentos Droit privé, 2ème éd., 2025, p. 204

De manière générale, le texte vise à protéger les partenaires des contrôleurs d'accès en visant leur pouvoir de négociation : le paragraphe 12 de l'article 6 du DMA prévoit que « le contrôleur d'accès applique aux entreprises utilisatrices des conditions générales d'accès équitables, raisonnables et non discri-

minatoires à ses boutiques d'applications logicielles, moteurs de recherche en ligne et services de réseaux sociaux en ligne énumérés dans la décision de désignation conformément à l'article 3, paragraphe 9 ». On retrouve également cette idée au considérant 62 du préambule du texte. Se pose désormais la question de l'efficacité de ces dispositions.

« Une CJIP pour la société KLUBB dans le cadre du délit de corruption d'agent public étranger (réf. : TJ Paris, CJIP, 11 févr. 2025, n° 22 083 000 898) »

Marion Giroud, docteur en droit privé et sciences criminelles, ATER à l'Université Jean Moulin
Lyon III

Dans le cadre d'une information judiciaire ouverte à Rennes, le dirigeant du groupe KLUBB révèle le versement de plus de 600 000 euros en espèces à un individu semblant « vraisemblablement » être un militaire disposant de connexions au plus haut niveau de l'État algérien, afin qu'il sécurise une commande publique de 280 ambulances pour 27 millions d'euros. Or, seules 100 ambulances ont été livrées, pour 9 660 840 euros. L'État algérien n'a pas donné d'autre suite au contrat et n'a plus émis de bons de commande au profit de la société KLUBB FRANCE SAS. Le représentant de cette dernière reconnaît les faits devant le parquet national financier (PNF), au cours d'une audition libre et précise que l'individu ayant réclamé les fonds s'était montré insistant voire menaçant dans ses demandes. Le PNF qualifie ces faits de corruption d'agent public étranger, infraction prévue à l'article 435-3 du code pénal. Une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) est mise en place entre le Procureur de la République financier près le tribunal judiciaire de Paris et la société KLUBB FRANCE SAS, conformément à l'article 41-1-2 du code de procédure pénale. La personne morale devra ainsi s'acquitter d'une amende d'intérêt public de 558 024 euros et le groupe KLUBB devra

mettre en place, durant trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA), un programme de mise en conformité.

Si le recours aux CJIP se répand⁶⁰, la caractérisation de l'infraction en cause n'est pas toujours rigoureuse, comme le démontre la présente affaire **(I)**. Elle est pourtant nécessaire à la mise en place de la CJIP, véritable alternative aux poursuites répressive, dont les conséquences impactent non seulement la filiale en cause, mais aussi tout le groupe auquel elle appartient **(II)**.

I. L'absence de rigueur dans la caractérisation de l'infraction de corruption active d'agent public étranger

L'élément matériel du délit de corruption d'agent public étranger, prévu à l'article 435-3 du code pénal, consiste soit dans « le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un État étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des

⁶⁰ TJ Paris, 17 janv. 2022, n° PNF 15 051 000 339, *Sté La Financière Atalian* ; TJ Paris, 15 déc. 2022, n° PNF 21 245 000 538, *GIE Unilabs France* ; TJ Paris, 9 déc. 2024, n° PNF 14 107 000 071, *Stés Areva-Orano* ; TJ

Paris, 11 févr. 2025, n° PNF 20 206 000 188, *Sté Paprec Group*

avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui », soit dans « le fait, par quiconque, de céder [à une telle personne] qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui ». Le premier comportement consiste en une proposition et le second en une acceptation. Le corrupteur peut être « quiconque » et de n'importe quelle nationalité. Ici, il s'agit de la société KLUBB FRANCE SAS, mais une condition préalable reste, avant tout, à remplir concernant le partenaire du corrupteur.

Il doit être « une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public » mais aussi posséder cette qualité « dans un État étranger ou au sein d'une organisation internationale ». En l'espèce, ce partenaire est présenté comme un militaire de l'État algérien, ce qui correspond bien aux exigences du texte⁶¹. Toutefois cette qualité n'est pas certaine. D'après le dirigeant du groupe KLUBB, l'intermédiaire « semblait » être un officiel haut placé, « vraisemblablement » un militaire de l'État algérien. Il « ne communiquait aucun élément permettant l'identification de l'intermédiaire », « ne reconnaissait aucun individu sur les clichés qui lui étaient présentés », avait effacé les numéros de ce contact de son téléphone et « disait craindre les représailles. »

Une incertitude persiste donc quant à l'identité du partenaire du corrupteur, alors même que l'article 41-1-2, II, prévoit que « le président du tribunal prend la décision de valider ou non la proposition de convention, en vérifiant le bien-fondé du recours à cette procédure ». Pourtant, les juges ne semblent pas y accorder d'importance et avoir toute confiance en les dires du dirigeant du groupe. Ce dernier collaborant et le représentant de la personne morale KLUBB FRANCE SAS

reconnaissant la corruption commise (alors même qu'il ne s'agit pas d'une condition posée par l'article 41-1-2 pour pouvoir mettre en œuvre la CJIP), ils semblent s'inscrire dans une démarche de bonne volonté qui peut expliquer l'absence de vérification formelle.

L'élément intentionnel n'est, quant à lui, pas étudié. Pourtant, l'infraction comprend un dol général, consistant en la conscience chez le corrupteur de la nature illicite de son comportement et la volonté de l'accomplir, mais aussi un dol spécial, qui est, depuis la réforme apportée par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011⁶², double. Le but poursuivi et la cause sont précis. Le dol spécial est un mobile érigé en l'intention : le corrupteur propose de rémunérer ou accepte la demande de rémunération du corrompu pour l'accomplissement ou le non-accomplissement passé d'un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par elle ou lui. En l'espèce, rien n'est établi s'agissant de l'élément intentionnel et de l'imputabilité du délit, alors même que le dirigeant dit craindre des représailles et que le représentant précise que le corrompu s'est montré insistant voire menaçant dans ses demandes.

Le délit est, malgré cela, constitué. Le texte prévoit que la peine encourue s'élève à dix ans d'emprisonnement et une amende de 1 000 000€ dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction. La convention judiciaire d'intérêt public intervient néanmoins comme une alternative aux poursuites répressive, dont la bonne exécution éteint l'action publique. Elle a des impacts non seulement pour la filiale KLUBB FRANCE SAS en cause, mais aussi pour tout le groupe auquel elle appartient.

⁶¹ Pour plus de détails, voir J. Gallois, « Société Klubb : nouvelle CJIP conclue pour des faits de corruption d'agent public étranger », *Dalloz actualité*, 12 mars 2025

⁶² Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 *de simplification et*

d'amélioration de la qualité du droit (JORF n°0115 du 18 mai 2011, p. 8537)

II. L'impact de la CJIP sur l'ensemble du groupe auquel appartient la filiale

La CJIP s'applique aux personnes morales pour des infractions comme la corruption, le blanchiment, le trafic d'influence, la fraude fiscale... La corruption d'agent public étranger est naturellement concernée. La convention doit être acceptée par la personne morale qui en fait l'objet, un juge du siège doit valider la mesure, qui suspend la prescription de l'action publique. Le procureur de la République pourra engager les poursuites si la personne refuse la mesure ou n'en exécute pas les obligations. La convention fera l'objet d'une publicité, à travers un communiqué de presse et une publication sur le site du ministère de la justice.

La personne morale qui fait l'objet de la CJIP doit se soumettre à un certain nombre d'obligations qui lui sont présentées par le procureur. En l'espèce, la convention mise en place par le tribunal judiciaire de Paris impose une amende d'intérêt public, conformément à l'article 41-1-2, I, 1^o et la soumission à un programme de mise en conformité durant trois ans, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, conformément à l'article 41-1-2, I, 2^o du code de procédure pénale.

S'agissant tout d'abord de l'amende, le montant est, selon l'article 41-1-2, I, 1^o du code de procédure pénale, fixé « de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements. ». Elle s'applique, selon le même article, « à la personne morale mise en cause ». En toute logique, seule la société KLUBB FRANCE SAS devrait donc être concernée ainsi que son propre chiffre d'affaires, pour le calcul de l'amende.

D'autant plus qu'elle seule devra procéder au paiement de l'amende. S'ajoute à cela le principe selon lequel les sociétés appartenant à un même groupe conservent leur propre personnalité morale ainsi que leur indépendance juridique⁶³. Leurs patrimoines ne sont donc pas confondus. Or, en l'espèce, l'amende d'intérêt public est calculée en fonction du chiffre d'affaires du groupe KLUBB et non seulement de celui de sa filiale fautive, ce qui équivaut à un montant maximal théorique de l'amende d'intérêt public encourue de 47 901 779 euros. Finalement, l'amende décidée à l'encontre de KLUBB FRANCE SAS est fixée à 558 024 euros. Le montant résulte des avantages tirés des manquements, équivalant à 384 844 euros, additionnés à la partie afflictive de l'amende qui s'élève à 173 180 euros. Cette part afflictive tient compte de facteurs majorants, comme l'implication d'un agent public étranger de haut niveau, ce qui démontre bien l'importance que devrait avoir la certitude quant à la qualité du corrompu. Elle tient également compte de facteurs minorants, telle « la coopération active du dirigeant du groupe qui a communiqué des informations et répondu de manière complète et avec célérité aux questions et demandes de documents qui lui ont été adressées par le PNF », « la reconnaissance non équivoque des faits par la société mise en cause dans la présente convention » ou encore « la révélation spontanée de la part du dirigeant du groupe de l'infraction sous-jacente (corruption d'agent public étranger) à celle qui était visée par l'information judiciaire ouverte à Rennes. » Si le code de procédure pénale n'oblige pas les représentants de la personne morale à reconnaître les faits pour que soit mise en œuvre la CJIP, un tel aveu a néanmoins bien son importance en pratique dans le calcul de l'amende d'intérêt public, de même que le « bon » comportement du dirigeant, qui coopère et révèle spontanément l'infraction commise.

S'agissant ensuite du programme de mise en

⁶³ Com. 24 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 2. Pan. 288, obs. J. Dupichot ; Com. 29 nov. 1982, *Rev. sociétés* 1983. 615, note J.-L. Sibon

conformité, là encore, alors que le code de procédure pénale prévoit qu'il s'applique à « la personne morale mise en cause », l'AFA préconise la mise en place de ce programme au sein du groupe KLUBB et de ses filiales, et non seulement au sein de la filiale KLUBB FRANCE SAS mise en cause. KLUBB GROUPE SAS a néanmoins accepté de se soumettre à ce programme incluant plusieurs

audits et vérifications diligentés par l'AFA.

En matière de CJIP, la filiale mise en cause et le groupe auquel elle appartient semblent bien être indissociables, n'en déplaie au principe de responsabilité pénale personnelle⁶⁴.

⁶⁴ C. pén., art. 121-1

« Précisions sur les éléments constitutifs du blanchiment immédiat au regard du manquement aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (Crim. 19 juin 2024 n°22-81.808) ».

Pauline Herrard, doctorante en droit privé et sciences criminelles, Faculté de droit de Montpellier

Les établissements bancaires, en permettant aux auteurs d'infractions de replacer le produit de l'infraction au sein du circuit financier constituant des lieux privilégiés pour l'exécution d'infractions de blanchiment. Ces établissements font ainsi l'objet d'obligations particulières destinées à accroître leur vigilance concernant les flux financiers qu'ils permettent. La méconnaissance des obligations professionnelles auxquelles ils sont assujettis peuvent parfois, lorsqu'elles sont accompagnées d'autres éléments, témoigner de leur mauvaise foi et être interprétées comme leur souhait de participer aux opérations de blanchiment de leurs clients. L'arrêt du 19 juin 2024 illustre parfaitement le rapport étroit entre les obligations professionnelles d'un établissement bancaire et la caractérisation de l'infraction pénale de blanchiment.

Le 25 septembre 2015 un rapport a alerté le Procureur de la République sur l'activité d'un groupe de sociétés laissant supposer la mise en place d'une escroquerie de type chaîne de « Ponzi » impliquant des flux financiers importants vers l'Indonésie et Hong-Kong. Le groupe de société et ses deux dirigeants ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel et condamnés. Un établissement bancaire auprès duquel le groupe de société détenait un compte bancaire a également été renvoyé devant le tribunal correctionnel des faits de blanchiment aggravé. L'établissement est relaxé en première instance. Le 16 décembre 2021 la Cour d'appel de Paris a infirmé le jugement et condamné l'établissement pour

blanchiment aggravé commis entre 2012 et 2014. Elle a considéré qu'à partir de 2012 l'établissement bancaire a apporté son concours aux opérations de blanchiment en méconnaissant les obligations de vigilance en matière de lutte contre le blanchiment auxquelles il était soumis. L'établissement bancaire et certaines parties civiles ont formé un pourvoi en cassation. L'établissement reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir caractérisé l'infraction au regard de la seule méconnaissance des obligations professionnelles relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent. Dans l'arrêt du 19 juin 2024 la chambre criminelle de la Cour de cassation reconnaît que la simple méconnaissance des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent ne saurait suffire à caractériser le délit de blanchiment. L'arrêt n'est cependant pas cassé sur ce point en ce que des éléments de faits permettent de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction. La chambre criminelle revient sur la caractérisation du blanchiment en témoignant de la nécessité de la démonstration d'une participation effective aux opérations de blanchiment (I) et d'une connaissance de l'origine illicite des fonds ainsi que de la mauvaise foi de l'auteur (II).

I. Le manquement aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment insuffisant à la caractérisation de l'élément matériel du blanchiment immédiat

La question centrale de cette affaire porte

uniquement sur la caractérisation du comportement pouvant constituer le concours apporté aux opérations de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. Le texte prévoit que le blanchiment immédiat est caractérisé par l'apport d'un « concours » aux opérations de blanchiment. La formule « *apporter un concours à* » ne désigne pas un comportement précis. De nombreux actes peuvent entrer dans la définition de la matérialité du blanchiment. La jurisprudence donne au blanchiment immédiat un champ d'application étendu en ne le limitant pas à des actes positifs ou matériels. Ont ainsi pu être considérés comme des concours apportés à des opérations de placement des simples conseils⁶⁵ ou encore une abstention aux obligations professionnelles de conseil⁶⁶. La formule employée dans le texte semble néanmoins devoir être interprétée comme nécessitant la démonstration d'un acte positif⁶⁷. Le concours renvoie effectivement au fait d'apporter son aide ou son assistance à l'entreprise d'une autre personne⁶⁸. Or, il est admis de longue date que l'aide ou l'assistance ne peuvent consister en une abstention⁶⁹. Dans l'arrêt du 19 juin 2024 la Cour apporte une précision sur ce qu'il faut entendre par « concours » apporté aux opérations de blanchiment. Elle adopte un raisonnement plus strict mais aussi plus clair en considérant qu'un manquement aux obligations de lutte contre le blanchiment ne peut constituer le concours exigé par le texte, lequel ne peut consister en une simple abstention. La Chambre criminelle distingue de manière implicite le concours apporté aux opérations de blanchiment du patrimoine criminel de l'abstention aux obligations professionnelles qui font l'objet de sanctions administratives⁷⁰ et disciplinaires⁷¹. Elle différencie ainsi les

obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de l'infraction elle-même⁷² qui ne peut être constituée qu'au regard d'actes positifs. L'arrêt n'est cependant pas cassé ce point car la Cour considère que le concours apporté aux opérations de blanchiment peut être caractérisé par d'autres actes matériels. La mise à disposition d'un compte bancaire ainsi que l'exécution des ordres de virement à l'étranger sont des actes positifs permettant de caractériser le concours apporté aux opérations de blanchiment de l'escroquerie. La Chambre criminelle prend position de manière opportune sur la définition de l'élément matériel du blanchiment en précisant qu'un « concours apporté à une opération de blanchiment » ne peut s'entendre que d'un acte positif caractérisant « la participation de la banque à des opérations de blanchiment ». Elle distingue ainsi la participation de l'abstention. Le seul manquement aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment ne saurait donc suffire à justifier la condamnation d'un établissement bancaire⁷³. La Chambre criminelle donne une interprétation stricte de l'élément matériel du blanchiment en le limitant à de véritables actes positifs de participation.

I. Le manquement aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment insuffisant à la caractérisation de l'élément moral du blanchiment immédiat

Le blanchiment est une infraction intentionnelle qui suppose la démonstration de la volonté d'apporter le concours à des opérations de blanchiment en ayant connaissance de l'origine illicite des fonds⁷⁴. Il est alors nécessaire de démontrer que l'acte

⁶⁵ Crim., 7 déc. 1995, n° 95-80.888.

⁶⁶ Crim., 15 janv. 1979, n° 77-90.394.

⁶⁷ LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le banquier et le risque de condamnation pénale pour blanchiment en droit français », RD. Bancaire et Fin., 2021 dossier n°17.

⁶⁸ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 15^{ème} éd., 2024, PUF.

⁶⁹ Crim. 8 mars 1951, Bull. crim. n°76.

⁷⁰ Art. L561-36 à L561-44 du CMF.

⁷¹ Voir : ALIX J., « Regard ingénu sur la politique criminelle de lutte contre le blanchiment », RSC 2025, p.201.

⁷² MOREL-MAROGER J., « Quand d'importants manquements au devoir de vigilance conduisent une banque à se rendre coupable de blanchiment aggravé », *Gaz. Pal.*, n°1, 2025, p.57.

⁷³ LASSERRE CAPDEVILLE J., « Caractérisation du délit de blanchiment d'argent à l'encontre d'un établissement de crédit », D. 2024, p.1759.

⁷⁴ MATSOPOULOU H., « Blanchiment : l'insuffisance du seul manquement aux obligations de vigilance pour constituer le délit », RSC 2024, p.827.

matériel est commis en toute connaissance de son illégalité. Le simple manque de vigilance, par nature non intentionnel, ne saurait suffire à caractériser l'élément moral de l'infraction. Bien que la Chambre criminelle ne l'affirme pas clairement, elle met en évidence le fait que le seul manquement aux obligations de lutte contre le blanchiment est insuffisant pour caractériser l'élément intentionnel, en validant le raisonnement de la Cour d'appel. La connaissance de l'origine illicite des fonds doit être démontrée. Elle est particulièrement complexe à rapporter. Pour ce faire la Cour d'appel a dû recourir à la technique du faisceau d'indices. Le manquement aux obligations de lutte contre le blanchiment ne constitue qu'un élément de ce faisceau d'indices permettant d'établir la connaissance de l'origine illicite des fonds. Il doit être corroboré par d'autres éléments tels que la qualité de professionnel de l'établissement bancaire, le passage du compte bancaire en alerte orange, l'augmentation des flux financiers vers l'Indonésie ayant été inscrite sur la liste grise des pays suspects en matière de lutte contre le blanchiment ainsi que le fait que l'établissement ait été alerté à plusieurs reprises de la situation par le gestionnaire de compte. Ces éléments de fait constituent un faisceau d'indices convergents qui a permis la Cour d'appel d'établir qu'à partir de 2012 l'établissement bancaire ne pouvait ignorer l'origine illicite des fonds transitant sur le compte de ses clients. La Cour de cassation confirme l'appréciation souveraine des juges du fond concernant la caractérisation circonstanciée de l'élément moral du blanchiment. La Chambre criminelle ajoute que la Cour d'appel a suffisamment démontré qu'à partir de 2012 l'établissement de crédit « ne pouvait ignorer l'origine frauduleuse des

fonds », elle témoigne ainsi d'un allègement de la preuve de l'intention en ne commandant pas la démonstration d'une connaissance effective, mais celle d'une impossibilité de méconnaissance de l'origine des fonds. Cela signifie que l'élément moral pourra être caractérisé en cas de simples soupçons concernant l'origine des fonds.

Enfin, elle confirme le rejet de l'immunité pénale en raison du caractère tardif de la déclaration de soupçon. Le Code monétaire et financier prévoit une cause d'irresponsabilité pénale lorsqu'une déclaration de soupçon est effectuée de bonne foi et sans délai⁷⁵. En l'espèce, l'établissement bancaire a effectué une déclaration de soupçon mais seulement en 2014, alors qu'il était établi qu'il ne pouvait ignorer l'origine illicite des fonds depuis 2012. La solution de la Cour d'appel, confirmée par la chambre criminelle, rejette le bénéfice de l'irresponsabilité au regard du caractère tardif de la déclaration de soupçon. Elle ne peut donc être utilisée pour faire échec aux poursuites et justifier un concours apporté en connaissance de cause aux opérations de blanchiment. Cette solution est bienvenue en ce qu'elle semble reconnaître que la déclaration tardive de soupçon couplée aux manquements aux obligations en matière de lutte contre le blanchiment témoigne de la mauvaise foi de l'établissement bancaire⁷⁶. Ce fait justificatif spécial ne pourra être invoqué uniquement lorsqu'il est légitime et révèle la bonne foi de celui qui l'invoque⁷⁷.

⁷⁵ Art. L561-15 du CME.

⁷⁶ Voir. DE JACOBET DE NOMBEL C., « Élément matériel du blanchiment », *JCL pénal des affaires*, Fasc. 10, n°24.

⁷⁷ Voir. DEJEAN DE LA BATIE A., *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse Paris II, 2018.

Droit des restitutions

« Les prêts de biens culturels issus de Russie, entre protection et sanction »

Célestine Cherrier Montrichard, doctorante en droit international, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Le sort des biens culturels, en particulier lors de conflit armés, est un enjeu majeur qui a donné lieu à de nombreuses mesures de protection aux niveaux national et international. Elles portent à la fois sur la protection physique du bien, qui doit être préservé de la destruction ou de la dégradation physique, mais visent également à protéger le bien contre le vol ou l'exportation illicite. Il y a pourtant deux versants dans chaque conflit et il faut donc questionner le sort des biens des deux parties. Cette opposition nous place au cœur de la tension qui traverse tout le droit des biens culturels. Ces objets sont des témoins de notre histoire et de la recherche artistique du genre humain. En tant que tels ils sont des biens d'une valeur inestimable et méritent protection et exposition au bénéfice du public. Ils sont pourtant également des objets économiques, objet d'un véritable marché, de contrats de vente, de prêts. Ils sont objets de commerce et d'investissement. Ainsi, les biens possédés par des parties au conflit peuvent faire l'objet de sanctions économiques. Il en allait ainsi en avril 2022 des 42 millions d'œuvres d'art saisies par la Finlande et de la saisie en France de plusieurs tableaux issus de la collection Morozov

exposée à la Fondation Louis Vuitton afin de sanctionner des oligarques russes⁷⁸.

I. L'insaisissabilité des biens culturels

Les biens culturels prêtés par des entités publiques étrangères aux fins d'exposition en France bénéficient d'une insaisissabilité. Cette protection, qui se différencie de l'insaisissabilité accordée aux biens du domaine public selon l'article L. 2311-1 du CGPPP, permet d'encourager les prêts internationaux, et ainsi les échanges culturels organisés par les musées⁷⁹.

De telles mesures ne sont pas une particularité française et ont déjà conduit à de rocambolesques affaires autour d'œuvres d'Egon Schiele⁸⁰. En effet, les prêts internationaux forment un environnement propice aux litiges. D'une part, la publicité liée aux expositions favorise les revendications des anciens détenteurs des biens, victimes de vols⁸¹. D'autre part, le déplacement international du bien permet en droit international privé de modifier la loi applicable à la détermination des droits réels,

⁷⁸ C. MOULÈNE et C. MERCIER, « Saisie d'œuvres d'art russes », *Libération*, 7 avril 2022 ; « Malgré les sanctions, la France organise le retour de la collection Morozov en Russie », *Courrier international*, 11 avril 2022.

⁷⁹ T. AZZI et F. LABARTHE, *Droit du marché de l'art*, LGDJ, 2024, p. 441.

⁸⁰ Pour une présentation de cette affaire, se référer à A. KAPLAN, « The Need for Statutory Protection

From Seizure for Art Exhibitions », *J. L. & Pol'y*, 7, 1999, p. 691.

⁸¹ Ces revendications sont à l'origine du contentieux mentionné autour des œuvres de E. Schiele, mais également en France d'un contentieux autour de *La Cueillette des pois* de Pissaro, qui a donné lieu à une décision de la Première Chambre civile, 1^{er} juillet 2020, n°18-25.695, note POLLAUD-DULIAN, *RTD Com.* 2020, p. 639.

puisque la règle de conflit en la matière désigne la loi de localisation actuelle du bien. Par conséquent, les mesures d'insaisissabilité des biens culturels prêtés internationalement n'ont jamais été lettre morte. Les contentieux de restitution sont d'ailleurs abondants à propos des biens issus de Russie. Ils soulèvent également la question particulière du traitement des nationalisations sans indemnisation et de leur reconnaissance en France⁸². L'insaisissabilité est donc un enjeu capital pour la circulation des biens culturels puisqu'elle garantit le bon déroulé du prêt.

Le fondement légal de l'insaisissabilité est l'article 61 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier. Il dispose que :

« Les biens culturels prêtés par une puissance étrangère, une collectivité publique ou une institution culturelle étrangères, destinés à être exposés au public en France, sont insaisissables »

Un arrêté conjoint du ministre de la culture et du ministre des affaires étrangères fixe, pour chaque exposition, la liste des biens culturels, détermine la durée du prêt et désigne les organisateurs de l'exposition. »

II. Un régime de sanctions ouvert à une exception culturelle

Les sanctions adoptées par l'Union européenne au regard du conflit armé actuel concernent expressément les biens culturels issus de Russie. Les biens culturels sont sanctionnés comme « articles de luxe »⁸³. Ainsi les Règlements européens 2022/428 et 2024/1865 interdisent l'exportation de biens culturels vers la Russie et la Biélorussie. Pourtant les échanges aux fins d'expositions publiques sont autorisés, sachant que le ministère de la Culture les déconseille officiellement⁸⁴. La doctrine relève ainsi une volonté d'accorder un statut dérogatoire aux biens qui doivent être exposés au public⁸⁵.

L'on retrouve dans le champ des sanctions la distinction évoquée plus haut qui soustrait les biens des particuliers à la protection. En effet, les biens détenus par des propriétaires privés placés sous sanction ne bénéficient d'aucune protection⁸⁶.

⁸² Pour une affaire emblématique de ce contentieux, se référer à M.M. BOGUSLAVSKIJ, « Irina Shchukina's Suit (On the Decision of a French Court) », *International Journal of Cultural Property*, 4, 1995, p. 325.

⁸³ MINISTÈRE DE LA CULTURE, « AVERTISSEMENT : Le régime de circulation des biens culturels est concerné par les sanctions européennes à l'encontre de la Russie », 6 avril 2022.

⁸⁴ DIRECTION GÉNÉRALE DES PATRIMOINES ET DE L'ARCHITECTURE, « Note

d'information à l'attention des demandeurs d'exportation de biens culturels », Ministère de la Culture, 2024.

⁸⁵ P. COLEMAN, « L'insaisissabilité des biens culturels destinés à être exposés au public en France », *Droit Administratif*, 2024, alerte n°38.

⁸⁶ *Ibid.*

III. Contributions

« *Supporter la guerre par l'impôt. De l'usage de l'ancien droit fiscal* »

Clément Chevereau, enseignant contractuel à l'Université d'Orléans

« *La première chose dont on s'occupe au commencement d'une guerre, c'est la création de nouveaux impôts ; la dernière, à la paix, c'est leur abolition*⁸⁷. »

Depuis le début de l'année 2022, la menace d'une nouvelle conflagration mondiale confirme le rôle déterminant que joue la fiscalité en matière de puissance publique. Aujourd'hui, à l'heure où les chefs des États membres de l'Union européenne appellent leurs concitoyens à un patriotisme fiscal afin de prolonger le financement des opérations militaires ukrainiennes menées contre la Russie, l'équation « fiscalité-force armée » est plus que jamais d'actualité. La conjoncture internationale ravive en effet la vieille antienne selon laquelle « l'argent et le nerf de la guerre » et ne manque pas, ce faisant, de réinterroger ce lien incontestable qui unit la guerre à l'impôt. Il faut dire qu'historiquement, c'est bien de l'existence de la première que dépend la levée du second. La consubstantialité de la guerre à l'impôt peut en effet s'expliquer par l'Histoire, laquelle en fait deux instruments en faveur de la paix et du bien public.

Dès l'Antiquité romaine, la fiscalité et l'armée constituent deux domaines structurels de la chose publique (*Res publica*)⁸⁸. Les juristes du Principat consacrent même la spécificité des droits militaire et fiscal en raison de leur affectation au service de la puissance de l'État⁸⁹. Au Haut Moyen Âge, la politique se fait moins par le droit que par les armes, les princes réglant leurs différends principalement par le sang et l'épée. La guerre est une voie de fait presque ordinaire par laquelle les nations terminent un conflit, défendent leur territoire ou en annexent un autre. Au sein de son *Regnum Francorum*, le roi est avant tout un chef de guerre qui conduit ses leudes sur le champ de bataille vers le butin. À l'époque féodale, le royaume de France est en proie à de nombreuses guerres privées que se livrent les grandes puissances seigneuriales. Le Capétien, qui n'est encore qu'un simple seigneur territorial au pouvoir militaire limité⁹⁰, ne peut qu'agir juridiquement par l'édition de normes générales destinées à canaliser cette violence féodale. Son ministère l'exige⁹¹ ! Au plan international, bien que privé d'une armée de métier, le roi est tenu de veiller au maintien de l'intégrité territoriale du royaume, à charge pour lui de convoquer son ban en cas de péril

⁸⁷ *Pensées et Maximes de Guillaume-Chrétien Lamoignon Malesherbes, suivies de réflexions sur les lettres de cachet, pour faire suite à sa vie*, Paris, Chez Capelle, 1802, p. 121.

⁸⁸ Voir par exemple : *Armées et fiscalité dans le monde antique*, Actes du colloque des 14-16 octobre 1976, Paris, Éditions du CNRS, 1977.

⁸⁹ Claire LOVISI, *Introduction historique au droit*, Paris, 5^e éd., Dalloz, p. 69.

⁹⁰ En droit féodal strict, le roi, simple seigneur territorial, ne peut convoquer que son ban, c'est-à-dire ses vassaux directs.

⁹¹ Au IX^e siècle, le *ministerium regis* définit la fonction royale : le roi doit gouverner ses sujets avec justice et équité afin de faire observer la paix au sein du royaume. Voir : François SAINT-BONNET, Yves SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, Paris, Montchrestien, 2004, p. 73-74.

imminent⁹². Cette défense militaire du royaume est d'ailleurs exaltée par la doctrine du XIII^e siècle. Selon Thomas d'Aquin, le roi a le devoir de mettre en sécurité, contre les ennemis, la multitude qu'il commande⁹³. Pour Beaumanoir, parce que le roi a la garde générale du royaume, il peut – et même doit – légiférer en temps de guerre au nom du « commun profit »⁹⁴. Au fond, la satisfaction du bien commun – un ordre juridique supérieur et immanent – fonde le devoir militaire du roi et par-là même l'obligation fiscale de ses sujets⁹⁵. En 1214, la bataille de Bouvines, qui a fait naître chez les régnicoles un sentiment national français, avait posé la question d'une armée royale permanente. Mais ce bouclier national a un coût que les finances ordinaires de la monarchie à cette époque – celles que le roi perçoit en raison de la nature seigneuriale et féodale de la royauté (rentes foncières, reliefs, lods et ventes, ventes des offices, etc.)⁹⁶ – ne permettent pas de supporter. Au XV^e siècle, la guerre de Cent Ans exige désormais l'entretien des soldats comme du matériel de guerre, ce qui grève de façon croissante les ressources du Trésor royal. Le prince ne peut plus « vivre du sien »⁹⁷, c'est-à-dire des seuls produits de son domaine. Dès lors, le roi-guerrier appelle le roi-taxateur. Devenue nécessaire, la contribution financière des sujets à la défense du royaume – fusse-t-elle initialement consentie et temporaire – repose sur « la logique du don réciproque entre un

contribuable tributaire de l'impôt et un souverain redevable d'une mission de défense et de justice »⁹⁸.

Au XVI^e siècle, à la faveur des théories absolutistes, le droit de faire la guerre et le droit d'imposer deviennent deux « marques de souveraineté » (J. Bodin) dont le roi a désormais le monopole. Proclamer la guerre et lever l'impôt se hissent au rang des droits régaliens dont le souverain peut user en vue de pourvoir à l'utilité publique, c'est-à-dire dans l'intérêt de l'État⁹⁹. Ainsi l'intérêt public – une mystique nationale dont le concept demeure encore un peu flou – met en miroir la guerre et la fiscalité. L'impôt royal n'est pas une fin mais un moyen. Et les deux derniers siècles de l'Ancien Régime ne démontrent pas autre chose. Devenu immuable, l'intérêt public, qui justifie la guerre, légitime l'impôt permanent. En faisant de la France la première puissante militaire européenne, Louis XIV épouse la figure du « roi de guerre »¹⁰⁰ et rend la question de l'argent public d'autant plus lancinante. Entre la fin de son règne et la Révolution française, l'Europe est le théâtre de guerres plus nombreuses, plus dispendieuses et plus rapprochées¹⁰¹. La fiscalité devient alors plus que jamais un enjeu essentiel pour la monarchie. À côté des

⁹² Albert RIGAUDIÈRE, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Paris, 5^e éd., Economica, p. 244.

⁹³ Voir Thomas d'Aquin, *Du royaume*, Livre I, Chapitre XV, ordre des Frères prêcheurs, [1265-1266], 1946.

⁹⁴ Philippe de BEAUMANOIR, *Coutumes de Clermont-en-Beauvaisis*, Chapitre XLIX : Des établissements, [1283], cité et adapté par Jean-Marie CARBASSE, Guillaume LEYTE, *L'État royal, XII^e-XVIII^e siècle : une anthologie*, Paris, PUF, 2004, p. 198 et s.

⁹⁵ Lydwine SCORDIA, « Le bien commun, argument pro et contra de la fiscalité royale, dans la France de la fin du Moyen Âge », *RFHIP*, 2010/2, n° 32, p. 297 et s.

⁹⁶ Albert RIGAUDIÈRE, *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Âge (XIII^e-XV^e siècle)*, Paris, CHEFF, 2003, p. 523.

⁹⁷ Lydwine SCORDIA, « Le roi doit vivre du sien ». *La théorie de l'impôt en France (XIII^e-XV^e siècles)*, Paris, Institut d'Études Augustiniennes, 2005.

⁹⁸ Alain GUÉRY, « Le roi dépensier. Le don, la contrainte et l'origine du système financier de la monarchie française d'Ancien Régime », *Annales ESC*, 1984, 39^e année, n° 6, p. 1256-1257.

⁹⁹ Sur ce droit royal d'imposer, voir notamment : Damien SALLES, « Droit royal d'imposer, consentement et mazarinades », *RHDFE*, 2010, vol. 88, n° 3, p. 365-395 ; Cédric GLINEUR, « Penser l'impôt direct sous l'Ancien Régime », dans Nicolas LAURENT-BONNE, Xavier PRÉVOST [dir.], *Penser l'ancien droit public. Regards croisés sur les méthodes des juristes (III)*, Paris, LGDJ, 2022, p. 224-229.

¹⁰⁰ L'expression est de Joël Cornette. Voir : Joël CORNETTE, *Le roi de guerre. Essai sur la souveraineté dans la France du Grand Siècle*, Paris, Payot & Rivages, [1993], 2010.

¹⁰¹ Olivier CHALINE, « Guerre, fiscalité et finance. La France des Bourbons (1630-1788) », dans Jean BAECHLER [dir.], *Guerre et Histoire*, Paris, Hermann, 2019, p. 172 et s.

épidémies¹⁰² et de l'extension significative des activités de l'État, les guerres de succession du XVIII^e siècle édifient une France fiscale qui fait de la nécessité de l'impôt le principal revenu de l'État¹⁰³ devant le crédit¹⁰⁴ et la monnaie¹⁰⁵.

De fait, l'impôt monarchique semble toujours défini par rapport à la guerre. Pour s'en convaincre, les dictionnaires d'Ancien Régime voit en lui une « [charge] qu'on impose au nom du Roi sur les peuples et qu'on lève pendant les Guerres et dans les pressans besoins de l'État »¹⁰⁶, une « contribution que les particuliers sont censés payer à l'état pour la conservation de leur vie et le maintien de leurs propriétés »¹⁰⁷ ou encore une « charge imposée par le Souverain sur le peuple et les denrées, pour subvenir aux nécessités de l'État »¹⁰⁸, au premier rang desquelles figure la conservation de celui-ci. Ainsi, paradoxalement, la guerre est nécessaire à la protection de la liberté et de la propriété des sujets (garanties par l'État), lesquelles se trouvent néanmoins lésées par l'impôt... dont la guerre rend nécessaire la levée ! En tout état de cause, parce qu'il finance la défense nationale, l'impôt est sans conteste un puissant vecteur d'utilité publique. C'est bien là l'objet de cette étude qui vise à rappeler, de manière synthétique, que l'équation « guerre-fiscalité-intérêt public » se vérifie pleinement dans l'ancien droit. Dès le XV^e siècle, la guerre est effectivement au fondement même d'une fiscalité royale ou publique (I). En outre, si elle préside à l'impôt, la guerre détermine aussi son régime juridique. Dit autrement, il apparaît assez nettement que le régime fiscal de l'État monarchique dépend de l'état des

guerres et de la politique militaire menée par le pouvoir royal. À la fin de la période, au XVIII^e siècle, la guerre participe de l'évolution des premiers caractères de l'impôt royal et fonde en ce sens une fiscalité nouvelle, résolument moderne pour l'époque (II).

¹⁰² Voir par exemple : Cédric GLINEUR, « Financer la crise sous l'Ancien Régime », *RFFP*, 2022/3, n° 159, p. 19-23.

¹⁰³ François MONNIER, « L'administration des finances au XVIII^e siècle », dans Françoise BAYARD, François MONNIER [dir.], *L'administration des finances sous l'Ancien Régime*, Paris, CHEFF, 1997, p. 35.

¹⁰⁴ Les ressources fondées sur le crédit se composent à la fois des rentes constituées sur le roi et des affaires extraordinaires. Voir sur ce sujet : Katia BÉGUIN, *Financer la guerre au XVII^e siècle. La dette publique et les rentiers de l'absolutisme*, Paris, Champ Vallon, 2012.

¹⁰⁵ Voir : Joël FÉLIX, « Profits, malversations, restitutions. Les bénéfices des financiers durant la guerre de la Ligue d'Augsbourg et la taxe de Chamillart », *Revue historique*, t. 317/4, 2015, p. 838.

¹⁰⁶ *Dictionnaire des finances*, Paris, Josse, 1727, p. 236.

¹⁰⁷ *Encyclopédie méthodique, Finances*, t. 2, Paris, Chez Panckoucke, 1784, p. 528 et 534.

¹⁰⁸ Claude-Joseph de FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes & de Pratique. Avec les juridictions de France*, t. 2, Paris, 4^e éd., Saugrain, 1758, p. 9.

I. La guerre au fondement d'une fiscalité publique

Pas d'impôt, pas d'armée, pas d'État ! Si le droit naturel exige du souverain qu'il protège la République – et à travers elle la liberté et la propriété de ses sujets –, il ne peut le faire sans une armée dévolue à cet effet. De fait, la guerre donne au devoir fiscal tout son sens. L'obligation fiscale découle de l'obligation militaire dont la finalité est la conservation de l'État et la défense de l'intérêt public. Substantiellement, la cause de l'impôt s'assimile alors à la satisfaction de l'utilité publique, un concept bien connu des droits savants¹⁰⁹ dont l'expression occupe dans l'ancien droit une place centrale dans la quête royale d'une fiscalité royale légitime. Dans sa conception originelle, l'utilité publique traduit avant tout l'idée de *nécessité*. Or, à la fin du Moyen Âge, l'impôt devient bien nécessaire à la défense de la chose publique. La guerre de Cent Ans en est d'ailleurs l'illustration parfaite tant elle place le roi dans un état de nécessité qui conduit à l'émergence d'une fiscalité publique. À la fin du XIV^e siècle, en effet, parce que la grande guerre médiévale fait évoluer les aides féodales en véritables impositions, une fiscalité royale vient concurrencer les fiscalités seigneuriale et ecclésiastique.

En septembre 1356, le prince de Galles, lieutenant d'Édouard III en Aquitaine, livre

bataille aux armées du roi de France à Maupertuis, près de Poitiers. La défaite française entraîne avec elle la capture du roi Jean et le paiement d'une rançon (600 000 écus d'or) pour sa libération immédiate¹¹⁰. Outre les dons qui affluent de la part de l'Église et des villes, la rançon est payée en vertu de l'aide féodale que les vassaux sont tenus d'apporter à leur suzerain lorsque celui-ci est fait prisonnier. Aussi le droit féodal répond-il ici à l'urgence de la situation¹¹¹. Cependant, le Traité de Brétigny (8 mai 1360) exige du royaume de France 2 400 000 écus d'or supplémentaires dont le paiement ne concerne plus la libération de son roi, personne physique, mais la survie de la Couronne, chose publique. Afin de réunir ces fonds en urgence, le souverain n'a guère d'autres choix que d'appeler son peuple au secours. Dans ce sens, tant les théologiens (Scolastique) que les légistes lui suggèrent de lever des subsides, une aide financière exceptionnelle, temporaire, consentie par les états du royaume et justifiée par la nécessité¹¹². Ces « aide[s] de guerre »¹¹³, encore basées sur la logique du don¹¹⁴ et qui requièrent de fait le consentement de la nation, sont destinées à grever la vente et la circulation de certains produits de nécessité¹¹⁵.

Trois ans plus tard, la durée du conflit, doublée de l'insuffisance du système des étapes¹¹⁶, exige de Charles VII la création d'une armée royale professionnalisée au

¹⁰⁹ Jean GAUDEMET, « Utilitas publica », *RHDFE*, 1951, vol. 28, p. 465 et s.

¹¹⁰ Mireille TOUZERY, *Payer pour le roi. La fiscalité monarchique. France 1302-1792*, Ceyzérieu, Champ Vallon, 2024, p. 59.

¹¹¹ L'aide financière féodale ne peut être exigée que dans quatre cas bien précis : l'adoubement du fils aîné, le mariage de la fille aînée, la croisade et la rançon à payer pour libérer le roi prisonnier.

¹¹² Philippe de Mézières, *Songe du Viel Pèlerin*, édition critique par Joël BLANCHARD, t. 2, Genève, Droz, 2015, p. 1205-1206 : « comme les sujets du roi sont des « frans », non des « sers et des esclaves », il faut solliciter l'aide des « estas du royaume » afin de financer « la guerre publique ».

¹¹³ A. RIGAUDIÈRE, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne...*, *op. cit.*, p. 485. Voir

aussi : Gustave DUPONT-FERRIER, « Histoire et signification du mot « aides » dans les institutions financières de la France, spécialement aux XIV^e et XV^e siècles », *BEC*, 1928, t. 89, p. 53-69.

¹¹⁴ A. GUÈRY, « Le roi dépensier. Le don, la contrainte et l'origine du système financier de la monarchie française d'Ancien Régime », *art. cit.*, p. 1256.

¹¹⁵ Elles consistent dans une aide de 12 deniers par livre (5%) sur toutes les marchandises vendues, à savoir, tout ce qui concerne l'alimentation, l'habillement et l'équipement de l'habitat. Cf. M. TOUZERY, *Payer pour le roi. La fiscalité monarchique. France 1302-1792*, *op. cit.*, p. 68.

¹¹⁶ Le système des étapes consiste pour les collectivités locales à faire nourrir et loger les troupes militaires qui se déplacent dans le royaume. Cf. O. CHALINE, « Guerre, fiscalité et finance. La France des Bourbons (1630-1788) », *art. cit.*, p. 147.

service de la chose publique. C'est pourquoi, à la suite de la réunion des États généraux à Orléans, l'ordonnance du 2 novembre 1439 instaure la taille royale, premier et principal impôt direct de la monarchie, en vue de financer le coût de cette force publique. Dans le Nord du royaume, la taille est personnelle dans la mesure où elle est attachée à la qualité de celui qui la paie, en l'occurrence les seuls roturiers¹¹⁷. Le Clergé, qui protège la Couronne par ses prières, et la Noblesse, qui la défend par son sang, en sont par principe exemptés. Au fond, l'originalité de l'imposition royale est triple : elle grève les revenus du contribuable, elle tend à s'inscrire dans la durée et elle établit *in fine* un système fiscal contributif. De plus, en se substituant à la taille seigneuriale, la taille fait coïncider les monopoles militaire et fiscal du souverain. Mais surtout, deux de ses caractères témoignent d'un impôt de guerre. D'une part, la taille est une imposition dite de répartition, dont le montant, arbitrairement décidé par le roi au regard des besoins (essentiellement militaires) de l'État¹¹⁸, est réparti chaque année entre tous les contribuables¹¹⁹. D'autre part, la taille se paie en quartiers, c'est-à-dire en « quatre fractions égales »¹²⁰ au cours de l'année, ce qui offre au Trésor une rentrée d'argent régulière. À la fin du XV^e siècle, la taille est systématiquement renouvelée sans consentement exprès des États généraux, lequel consentement n'est désormais exigé qu'en cas d'impositions nouvelles. Cet affaiblissement de la contractualisation de l'impôt au profit de son unilatéralité se perçoit cependant davantage sous le règne de Louis XIV.

¹¹⁷ Dans le Sud du royaume, la taille est réelle en ce qu'elle prend la forme d'un impôt foncier qui taxe les biens immobiliers roturiers de chaque contribuable.

¹¹⁸ Edmond ESMONIN, *La taille en Normandie au temps de Colbert (1661-1683)*, Paris, Hachette, 1913, p. 22 et s.

¹¹⁹ Le contingent national est exprimé dans le « brevet des tailles ». La répartition de la taille est ensuite descendante : le montant total est réparti entre tous les généralités du royaume, entre toutes les élections de chaque généralité, entre toutes les paroisses de chaque élection et enfin, entre tous les contribuables de chaque paroisse.

¹²⁰ Jean VILLAIN, *Le recouvrement des impôts directs sous l'Ancien Régime*, Paris, Rivière et Cie, 1952, p. 49.

À la fin du Grand Siècle, en effet, le principe médiéval du consentement à l'impôt est voué à n'être plus qu'un idéal de justice. L'impôt royal, établi « si la nécessité presse de pourvoir à la République »¹²¹, procède désormais davantage d'un acte d'autorité du souverain¹²². Ainsi en est-il de la capitation, cette nouvelle imposition directe établie par une déclaration royale du 18 janvier 1695. Selon le texte législatif, le roi se trouve dans la nécessité d'établir la capitation « pour subvenir aux frais de la guerre »¹²³ de la Ligue d'Augsbourg (1688-1697) que les expédients traditionnels ne permettent plus de supporter¹²⁴. L'importante coalition des états européens contre la France oblige en effet le royaume à solder une armée plus importante et entretenir un réseau de défense militaire nettement plus vaste. La monarchie doit trouver plus d'argent pour renflouer un Trésor royal bien exsangue. Comme tout impôt de guerre, la capitation est vouée à disparaître une fois la guerre finie. Aussi cesse-t-elle d'être levée au mois d'avril 1698 à la faveur de la paix de Ryswick. L'impôt réapparaît cependant trois ans plus tard avec la déclaration royale du 12 mars 1701, laquelle affiche sans équivoque la « nécessité d'avoir recours à des fonds extraordinaires »¹²⁵ pour financer la guerre de Succession d'Espagne.

Au mitant de l'Ancien Régime, l'idée de nécessité publique justifie et légitime à elle seule la normalisation du prélèvement fiscal. Si le consentement de la nation à de nouvelles impositions n'est plus requis, le pouvoir royal reste cependant soucieux de motiver leur établissement. Le roi fait en effet la pédagogie

¹²¹ F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, op. cit., p. 404.

¹²² Alain GUÉRY, « État, classification sociale et compromis sous Louis XIV : la capitation de 1695 », *Annales ESC*, 1986, 41^e année, n° 5, p. 1046.

¹²³ AN., G⁷ 1127. *Mémoire anonyme « au sujet des impositions de la Taille, Capitation et des fourages »*, s. l. n. d.

¹²⁴ Jean-Philippe CÉNAT, « La genèse et l'élaboration de la capitation de 1695 : le rôle décisif de Chamlay, conseiller militaire de Louis XIV », *Histoire, économie & société*, 2011/3, p. 30.

¹²⁵ AD. Vienne, C 3. *Déclaration du roi pour l'établissement de la capitation générale*, donnée à Versailles, le 12 mars 1701, enregistrée en Parlement, Chambre des comptes et cours des aides.

du devoir fiscal auprès de contribuables, de moins en moins enclins à accepter de nouvelles charges. La cause du nouvel impôt figure alors dans le préambule de la loi fiscale qui l'institue¹²⁶ dont l'étude, au demeurant, fait de la légistique un bon outil de cohérence du droit. Or, de tous les motifs qui président à la création de l'impôt, celui de la guerre est constant. Dans le préambule de la déclaration royale sur la capitation, Louis XIV affirme par exemple que « l'endurcissement » des ennemis de la France faisant prévoir « la continuation de la guerre » l'oblige à réunir des « reffources certaines dans le cœur de [ses] Sujets, & dans le zèle qu'ils ont pour le service de leur Roy, & pour la gloire de la Nation François »¹²⁷. En 1709, les finances de l'État se trouvent encore dans une bien fâcheuse conjoncture. La guerre de Succession d'Espagne perdure tandis que le Grand hiver (1693-1694) a entraîné une crise de subsistances au sein du royaume. Face à l'abîme financier, Louis XIV instaure le dixième par une déclaration royale du 14 octobre 1710. Son préambule est formel : le nouvel impôt est établi, là encore, dans la seule « nécessité de soutenir la Guerre »¹²⁸. Ainsi sera-t-il donc levé d'abord de 1710 à 1717 pour financer la guerre de Succession d'Espagne, de 1733 à 1736, ensuite, pour supporter la guerre de Succession de Pologne et de 1741 à 1749, enfin, pour les besoins de la guerre de Succession d'Autriche. Par ailleurs, dans cette justification de l'impôt par la guerre, une autre déclaration royale du 29 août 1741 n'est pas en reste. La lettre de l'acte bursal est limpide : « [...] ces dépenses fe

trouvant nécessairement continuées & multipliées, tant par l'augmentation de nos Troupes, que les circonstances Nous ont forcé de mettre en état d'entrer en campagne, que par l'armement de nos Flottes, Nous nous trouvons obligés de Nous procurer des secours extraordinaires, qui puissent satisfaire à toutes ces nouvelles dépenses, sans déranger l'ordre établi dans nos Finances pour le paiement des charges ordinaires de l'Etat, auquel les fonds qui y ont été jusqu'à présent affectés, continueront d'être employés »¹²⁹.

Enfin, par l'édit de Marly du 19 mai 1749, Louis XV instaure le vingtième « de tous les biens & revenus [des] Sujets »¹³⁰. Inspiré du dixième, ce nouvel impôt direct est pourtant établi en temps de paix. La ponction fiscale est prévue pour une durée indéterminée dans le but d'alimenter une caisse d'amortissement destinée à éponger les dettes faramineuses de l'État. Au fond, l'état de guerre permanent met à mal les conditions historiques d'une fiscalité publique. Un second vingtième est établi en 1756, puis un troisième de 1760 à 1763. À compter de 1776, c'est la guerre d'Indépendance américaine qui contraint Louis XVI à proroger la levée de ces vingtièmes.

¹²⁶ Voir à ce sujet : Cédric GLINEUR, « À propos de la justice fiscale dans l'ancien droit », dans Emmanuel de CROUY-CHANEL, Cédric GLINEUR, Céline HUSSON-ROCHCONGAR [dir.], *La justice fiscale (X^e-XXI^e siècle)*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 27 et s. ; Edmond ESMONIN, « La publication et l'impression des ordonnances royales sous l'Ancien Régime », dans E. ESMONIN [dir.], *Études sur la France des XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, PUF, 1964, p. 175-182.

¹²⁷ Bibliothèque universitaire de l'Arsenal, Toulouse 1, Resp Pf pl B 77-1. *Déclaration du roy, pour l'établissement de la capitation, avec le tarif contenant la Distribution des vingt-deux Classes, donnée à Versailles le 18 janvier 1695*. V. Préambule, p. 3-4.

¹²⁸ *Déclaration du roy, pour la levée du dixième du revenu des biens du royaume, donnée à Marly le 14 octobre 1710*. V. Préambule, p. 4. Cf. Bibl. nat., Gallica [en ligne] : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b86100017.image#>.

¹²⁹ AD. Vienne, C 3. *Déclaration du roi pour la levée du revenu des biens du royaume*, donnée à Versailles, le 29 août 1741.

¹³⁰ *Édit du Roi portant suppression du Dixième établi par la Déclaration du 29 août 1741, l'établissement d'une Caisse générale des Amortissements, pour le remboursement des dettes de l'État ; et la levée du vingtième, pour le produit en être versé dans ladite Caisse, donné à Marly au mois de mai 1749*. V. Préambule. Cf. Bibl. nat., Gallica [en ligne] : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b8611653b.r=%C3%A9dit%20de%20marly%20mai%201749?rk=64378;0>.

II. La guerre au fondement d'une fiscalité moderne

Au-delà du fait de fonder l'impôt, la guerre structure le système fiscal de l'État monarchique tant elle influe très largement sur les modalités de celui-ci. Cela s'observe tout particulièrement sous le règne de Louis XIV qui constitue un moment-clé de l'histoire fiscale de la monarchie française. Au XVII^e siècle, l'ampleur et la durée des guerres auxquelles la France est confrontée peuvent expliquer la forme, le taux, l'assiette et les modalités de recouvrement des nouvelles impositions créées par la royauté pour financer des dépenses militaires ascensionnelles. Les guerres obligent l'État à accroître la pression fiscale et à accélérer l'encaissement des impôts. Le Trésor doit recevoir plus d'argent et plus vite. Par une politique fiscale volontariste et assumée, Louis-le-Grand donne alors à la fiscalité certains traits de modernité.

En premier lieu, l'urgence du recouvrement fiscal oblige la monarchie à affermer les revenus domaniaux et les impositions indirectes à une institution unique. En matière fiscale, l'affermage est une technique juridique par laquelle le pouvoir royal délègue à une tierce personne la perception d'un ou de plusieurs droits indirects au moyen d'un contrat. Ce bail à ferme permet ainsi au fermier, personne privée, de collecter l'impôt au nom et pour le compte de l'État. Or, dans un souci de rationalisation des finances publiques, Colbert, alors contrôleur général

des Finances, parachève l'union des fermes fiscales existantes pour créer une Ferme générale, à l'été 1680¹³¹. Par une investiture contractuelle, cette Compagnie privée est en droit de collecter l'impôt directement auprès des redevables en échange d'une somme forfaitaire qu'elle aura préalablement versée au Trésor royal¹³². Structurellement, la Ferme repose sur un consortium de financiers dont l'un d'entre eux, l'adjudicataire général, signe le marché qui a été attribué par le pouvoir royal aux termes d'une adjudication. Ce marché à ferme, conclu pour six ans, confère à la Ferme et à ses employés de véritables privilèges, notamment des prérogatives de puissance publiques en vue de recouvrer efficacement les droits adjugés¹³³. Ainsi l'affermage des droits indirects permet à la monarchie de percevoir des recettes fiscales anticipées et certaines tout en supprimant les coûts qu'engendre une régie directe. Ces avantages substantiels procurés au pouvoir royal – surtout en temps de guerre – marquent néanmoins l'entrée définitive de la Finance dans l'État¹³⁴.

En second lieu, la densité des guerres incite la monarchie à repenser l'impôt de manière à accroître son produit. Or, cela passe d'abord par un élargissement de la masse des contribuables. Louis XIV s'y emploie précisément avec la capitation de 1695, sous l'impulsion de Pontchartrain. Au risque de bouleverser l'ordre social établi, l'impératif d'utilité publique commande l'universalité de l'impôt. Ainsi l'immunité fiscale des deux premiers ordres de la société, traditionnellement fondée sur une conception servicielle de l'impôt¹³⁵, est

¹³¹ Pour une étude précise de l'institution, voir notamment : Yves DURAND, *Les fermiers généraux au XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 1971 ; Jean CLINQUART, *Les services extérieurs de la Ferme générale à la fin de l'Ancien Régime. L'exemple de la direction des fermes du Hainaut*, Paris, CHEFF, 1995 ; Vida AZIMI, *Un modèle administratif de l'Ancien Régime. Les commis de la ferme générale et de la régie générale des aides*, Paris, CNRS Éditions, 1987.

¹³² Pour une définition générale de l'affermage : « Mode de perception des impôts dans lequel l'adjudicataire traite à forfait pour une somme déterminée d'avance à remettre au roi. Le fermier se rémunère par la différence entre le prix payé et les sommes tirées de l'impôt ». Cf. Gilbert ORSONI [dir.], *Finances publiques*.

Dictionnaire encyclopédique, Paris, 2^e éd., Economica, 2017, p. 449. V° « Ferme générale ».

¹³³ Voir à ce sujet : Marie-Laure LEGAY [dir.], *Administrer le privilège : la Ferme générale dans l'espace français et européen (1664-1794)*, Paris, CHEFF, 2025.

¹³⁴ O. CHALINE, « Guerre, fiscalité et finance. La France des Bourbons (1630-1788) », art. cit., p. 175. Voir aussi : Françoise BAYARD, *Le monde des financiers au XVIII^e siècle*, Paris, Flammarion, 1988.

¹³⁵ Le privilège fiscal du Clergé était fondé sur les services spirituels que ses membres rendaient à la communauté. Voir : Albert CANS, « L'organisation financière du Clergé à l'époque de Louis XIV », *RHMC*, 1911, t. 16, n° 3, p. 337. De son côté, la noblesse

désormais révolue. La déclaration royale du 18 janvier est non équivoque : « Voulons qu'aucuns de nos Sujets de quelque qualité & condition qu'ils puissent être, Ecclesiastique, Seculier ou Regulier, Noble, Militaire ou autre, ne soit exempt de ladite Capitation, hors nos Sujets Taillables, cotisez à la Taille ou autres impositions ordinaires, au deffous de quarante fols, les Ordres Mandians, & les Pauvres Mandians dont les Curez des Paroisses donneront des Rôlles fignez & certifiez d'eux, de quoy nous chargeons leur honneur & leur conscience »¹³⁶. Dans son principe, la capitation exige de chaque chef de famille le paiement d'une somme forfaitaire dont le montant dépend de son état, ses classe et qualité sociales, lesquelles présument les facultés contributives du foyer¹³⁷. À la déclaration royale est en effet annexé un tarif d'imposition pour chacune des 22 classes entre lesquelles sont répartis tous les sujets du roi. Ainsi, par exemple, « Monfeigneur le Dauphin », inscrit en première classe, est tenu de payer 2 000 livres de capitation tandis que les « fimples Manœuvres & Journaliers », en vingt-deuxième et dernière classe, doivent verser au Trésor la modique somme de vingt sous¹³⁸. Peu importe les situations personnelle et professionnelle du contribuable : il faut payer le montant indiqué selon son statut. En mars 1701, au moment de son rétablissement pour financer la guerre de Succession d'Espagne, la capitation se mue pour les taillables en un impôt de répartition calculé au marc la livre du montant de leur taille. En somme, la capitation, au moins dans son principe,

substitue au droit fiscal catégoriel un droit fiscal universel. Mais outre cet élargissement du corps des contribuables, Louis XIV s'intéresse ensuite à l'élargissement de la matière imposable avec l'instauration du dixième, cette imposition révolutionnaire avant l'heure.

Levé à compter du 1^{er} octobre 1710, sous l'impulsion du contrôleur général des Finances Desmaretz¹³⁹, le dixième du revenu de tous les biens du royaume peut être en effet considéré comme l'impôt de la modernité tant il est la mise en œuvre d'une pensée fiscale nouvelle pour l'époque. La ponction fiscale est directement inspirée du projet de dîme royale imaginé par Vauban trois ans auparavant¹⁴⁰. Concrètement, ce nouvel impôt direct doit son existence autant à la dureté de la guerre de Succession d'Espagne qu'à une rationalisation du système fiscal de la monarchie. À la lecture de la déclaration royale qui l'institue, le dixième apparaît comme le produit d'un compromis entre nécessité publique et justice fiscale. En substance, la charge fiscale porte en elle les promesses d'une universalité de l'impôt et d'une égalité devant lui. L'article premier y assujettit tous les propriétaires, « Nobles, ou roturiers, privilegez ou non privilegez »¹⁴¹. L'impôt apparaît désormais moins comme un marqueur social qu'un moyen de collecter davantage de recettes publiques destinées à compenser des efforts militaires toujours plus dispendieux.

Mais l'innovation fiscale induite par le

échappait au paiement de l'impôt en raison du sang qu'elle versait pour la défense du royaume en cas de guerre. Voir : Marcel MARION, *Les impôts directs sous l'Ancien Régime principalement au XVIII^e siècle*, Paris, Cornély, 1910.

¹³⁶ Bibliothèque universitaire de l'Arsenal, Toulouse 1, Resp Pf pl B 77-1. *Déclaration du roy, pour l'établissement de la capitation, avec le tarif contenant la Distribution des vingt-deux Classes, donnée à Versailles le 18 janvier 1695*, p. 5.

¹³⁷ Pour une étude précise de la capitation de 1695, voir notamment : François BLUCHE, Jean-François SOLNON, *La véritable hiérarchie sociale de l'ancienne France : le tarif de la première capitation (1695)*, Genève-Paris, Droz, 1983 ; A. GUÉRY, « État, classification sociale et compromis sous Louis XIV : la capitation de 1695 », art. cit., p. 1041-1060.

¹³⁸ *Tarif contenant la distribution des Classes, & le Reglement des Taxes de la Capitation generale, ordonnée par la Declaration du Roy de ce jourd'huy. Cf. Bibliothèque universitaire de l'Arsenal, Toulouse 1, Resp Pf pl B 77-1. Déclaration du roy, pour l'établissement de la capitation, avec le tarif contenant la Distribution des vingt-deux Classes, donnée à Versailles le 18 janvier 1695.*

¹³⁹ Voir : Stéphane GUERRE, Nicolas Desmaretz, *Le Colbert oublié du Roi Soleil*, Paris, Champ Vallon, 2019.

¹⁴⁰ Sur l'héritage de Vauban, voir par exemple : Geoffroy LAURIN, *Naissance de l'impôt moderne. Espoirs et déboires du premier dixième (1710-1715)*, Université Paris II Panthéon-Assas, 2017, p. 86-89.

¹⁴¹ *Déclaration du roy, pour la levée du dixième du revenu des biens du royaume, donnée à Marly le 14 octobre 1710. V. Art. I, p. 4.*

dixième concerne indéniablement son assiette, laquelle devient un véritable enjeu de puissance économique. Dans un but d'efficacité, l'impôt de quotité, dont le montant est proportionnel, grève 10% de l'ensemble de la propriété du contribuable à l'aune de ses facultés réelles et non plus présumées. L'assiette étant large, tous les revenus nets du contribuable sont répartis en quatre catégories – les revenus tirés des biens immobiliers, des biens mobiliers, des offices et rentes ainsi que du commerce et de l'industrie) – faisant du dixième un impôt cédulaire¹⁴². Au fond, si la proportionnalité de l'impôt aux ressources du contribuable rend le dixième moins arbitraire que la taille, elle permet également à la monarchie de recevoir davantage d'argent. Le montant de l'impôt peut en effet dépasser les besoins stricts de l'État pour financer les guerres, ce que ne permet pas la taille eu égard à sa logique de répartition.

Au faîte de sa modernité, la proportionnalité du dixième aux ressources financières du contribuable implique la création d'une déclaration de ses revenus. Celle-ci est justement l'objet des articles IX à XII de la déclaration royale de 1710. Or, cette déclaration inaugure un système fiscal déclaratif au sein duquel le contribuable est directement associé à l'établissement de sa dette fiscale. Les relations entre l'État et le contribuable sont ainsi renouvelées en profondeur : « au contribuable passif, récipiendaire docile d'un ordre de paiement souverainement établi par l'ordonnateur de l'impôt de répartition, devait succéder le contribuable actif, seul détenteur de l'information capable d'établir l'impôt de quotité »¹⁴³. En pratique, tout propriétaire est tenu de fournir sa déclaration de revenus sur le modèle prévu à cet effet dans la quinzaine

de jour suivant la publication de la loi fiscale¹⁴⁴, à peine de « payer le double du dixième de leurs revenus »¹⁴⁵. Le choix d'une sanction pécuniaire au détriment d'une contrainte par corps confirme là encore la volonté du pouvoir : augmenter absolument le produit des recettes publiques affectées aux guerres.

Enfin, la dernière modernité du dixième est le corollaire nécessaire de la précédente. En effet, le contrôle tant de l'obligation déclarative que de la sincérité de la déclaration de revenus donne naissance à un personnel spécifique en pays d'élections ou conquis, là où l'administration demeure centralisée. Sous l'autorité de l'intendant de la généralité, un directeur du dixième assisté de contrôleurs vérifient les déclarations, sanctionnent les fraudes et instruisent les demandes de dégrèvements fiscaux faites par les contribuables¹⁴⁶. En étant titulaires d'un pouvoir de commandement mais dépourvus de toute juridiction, ces préposés au fisc constituent un nouvel avatar de la puissance publique. En mai 1749, en succédant au dixième, le vingtième est à la base d'une reconfiguration de la puissance publique avec l'apparition d'une véritable administration locale de l'État monarchique, tendant à l'autonomie¹⁴⁷. Cet État bureaucratique naissant engendre néanmoins de grandes dépenses publiques supplémentaires à satisfaire...

* * *

En définitive, une brève rétrospective de l'usage du droit fiscal sous l'État royal montre sans conteste une corrélation certaine entre la guerre et l'impôt. Les caractères intrinsèques de ce dernier ainsi que ses modalités de recouvrement s'expliquent

¹⁴² *Ibid.* V. Art. I à VIII, p. 4-6.

¹⁴³ G. LAURIN, *Naissance de l'impôt moderne. Espoirs et déboires du premier dixième (1710-1715)*, *op. cit.*, p. 103.

¹⁴⁴ *Déclaration du roy, pour la levée du dixième du revenu des biens du royaume, donnée à Marly le 14 octobre 1710*. V. Article XI, p. 7.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Voir en ce sens : Alain BLANCHARD, « Contrôler pour mieux contrôler : l'administration des dixièmes et

vingtièmes dans la généralité de Soissons au XVIII^e siècle », dans Michel CASSAN [dir.], *Offices et officiers « moyens » en France à l'époque moderne. Profession, culture*, Paris, Pulim, 2004, p. 127-153.

¹⁴⁷ Antonella ALIMENTO assimile ces administrateurs à de véritables fonctionnaires. Cf. A. ALIMENTO, *Réformes fiscales et crises politiques dans la France de Louis XV. De la taille tarifée au cadastre général*, Bruxelles, Peter Lang, 2008, p. 59-62.

avant tout par le contexte de guerre propice à sa création. À la fin du Moyen Âge, l'impôt n'est plus un expédient provisoire mais un instrument durable de la conservation et des progrès de l'État. La permanence de la défense de la chose publique oblige une permanence de l'impôt. À la fin du XVII^e siècle, les défauts du système fiscal en général et de la taille en particulier ne procurent plus à la monarchie les fonds nécessaires à la défense du royaume. Pour pallier ces difficultés, le gouvernement de Louis XIV place la technique fiscale au service d'un État

de guerre par une rationalisation de ses finances. Ainsi le droit fiscal devient-il une véritable arme de guerre. Sa légitimité, au fond, se double de la modernité dans sa forme. Plus que de simples impôts de guerre, la capitation et le dixième sont en effet à la base d'une refonte globale du système fiscal de la monarchie. La guerre produit ainsi l'État fiscal du XVIII^e siècle, caractérisé par une modernisation de l'impôt et une bureaucratisation de la puissance publique.

**« Les immunités des banques centrales face au gel de leurs avoirs :
entre souveraineté étatique et impératifs de justice »**

Camila Romero Villanueva, doctorante en droit international, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne - Université de Buenos Aires

Dans un contexte international de plus en plus tendu et fragmenté, les principes classiques du droit international, tels que la souveraineté étatique et les immunités juridictionnelles, se trouvent remis en cause par de nouvelles formes de confrontation entre États. Loin du champ de bataille traditionnel, la guerre contemporaine se déplace désormais sur le terrain financier et judiciaire. Les sanctions économiques imposées par l'Union européenne et d'autres puissances occidentales à l'encontre de la Banque centrale de Russie, à la suite de l'invasion de l'Ukraine en 2022, constituent un exemple paradigmatique de cette « guerre économique », dans laquelle l'arme principale n'est plus la force armée, mais l'accès — ou le refus d'accès — aux marchés et aux avoirs financiers internationaux.

Dans ce contexte, les comptes détenus par les banques centrales, traditionnellement protégés par le régime de l'immunité d'exécution, font désormais l'objet de mesures de gel, ce qui ravive un débat juridique fondamental : dans quelle mesure de telles actions sont-elles compatibles avec les normes du droit international ? Le gel des avoirs souverains — même lorsqu'il est motivé par des objectifs politiques ou humanitaires — peut-il être justifié au regard du principe d'immunité étatique ? Cette problématique n'est pas nouvelle et trouve des précédents dans de nombreux litiges relatifs à la dette souveraine, tels que les

contentieux opposant la République Argentine aux fonds voutours, ou les controverses entourant les actifs de la Banque centrale d'Iran.

Aujourd'hui, cependant, le conflit s'est déplacé avec une intensité croissante vers les juridictions nationales et internationales, où se déroule une véritable bataille judiciaire, hautement stratégique. L'immunité d'exécution — notamment en ce qui concerne les avoirs des banques centrales — est invoquée comme un dernier rempart face aux pressions extérieures. Parallèlement, les créanciers, les États imposant des sanctions, ainsi que les victimes de violations internationales, cherchent à contourner cette protection en se fondant sur des exceptions, des évolutions de la pratique coutumière ou des circonstances exceptionnelles. Le contentieux devient ainsi une extension de la diplomatie coercitive, où l'opinion publique, les médias et les acteurs économiques perçoivent ces procédures non pas comme de simples différends juridiques, mais comme des épisodes d'une guerre financière mondialisée.

La présente étude se propose d'analyser dans quelle mesure le gel des avoirs des banques centrales — en particulier à la lumière des sanctions adoptées contre la Russie — constitue une violation du régime des immunités souveraines, ou s'il s'inscrit, au contraire, dans une évolution légitime du droit international contemporain. À travers l'examen de la pratique étatique, de la

doctrine et de la jurisprudence récente, ce travail entend offrir une lecture critique de l'équilibre entre immunité et responsabilité, tout en mettant en lumière les risques liés à une instrumentalisation politique du système juridictionnel international.

I. Fondements et limites de l'immunité d'exécution des banques centrales

L'immunité souveraine constitue un principe structurant du droit international contemporain, reflet de l'égalité juridique des États et de leur autonomie souveraine¹⁴⁸. Dans le contexte spécifique des banques centrales, cette prérogative revêt une importance particulière, puisqu'il s'agit d'institutions étatiques dont la fonction monétaire est essentielle à l'exercice de la souveraineté économique et à toute activité propre au fonctionnement même de l'État¹⁴⁹. L'immunité souveraine se présente sous une double forme : d'une part, l'immunité de juridiction, qui empêche les tribunaux d'un État de connaître des demandes dirigées contre un autre État ; d'autre part, l'immunité d'exécution, qui interdit la prise de mesures coercitives sur les biens étatiques étrangers. Cette distinction est fondamentale pour comprendre les limites des mesures d'exécution à l'encontre d'actifs stratégiques tels que les réserves internationales ou les actifs financiers des banques centrales. Le présent chapitre examine les fondements doctrinaux et normatifs de cette immunité, sa nature juridique, ainsi que les deux dimensions dans lesquelles elle se manifeste.

¹⁴⁸ Y. Dinstein, « Par in Parem Non Habet Imperium », *Israel Law Review*, 1 juillet 1966, vol. 1, n° 3, p. 407-420. N. Angelet, « Immunity and the Exercise of Jurisdiction – Indirect Impleading and Exequatur », in T. Ruys, N. Angelet, L. Ferro (dir.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 1^{re} éd., 2 mai 2019, p. 81-104, en ligne https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108283632%23CN-bp-5/type/book_part (consulté le 5 avril 2023), DOI:10.1017/9781108283632.005

¹⁴⁹ Bankas, Enrest, *The State Immunity Controversy in International Law Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, sans date p 309-311

A. L'immunité en droit international

Le principe d'égalité souveraine consacré à l'article 2, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies constitue le fondement normatif essentiel des immunités étatiques en droit international. Conformément à ce postulat, tous les États jouissent d'une égale dignité juridique, excluant la possibilité pour un État de se placer en position de supériorité afin de soumettre un autre État à sa juridiction sans son consentement¹⁵⁰. Cette conception, reflet de l'architecture horizontale de l'ordre juridique interétatique, légitime l'immunité comme expression du respect mutuel entre États souverains.

En effet, comme le souligne la doctrine, l'existence objective de l'État, déterminée par la réunion de ses éléments constitutifs essentiels (territoire, population et gouvernement effectif), lui confère l'attribut de souveraineté et, par conséquent, le droit à l'immunité¹⁵¹. En ce sens, la jurisprudence française a réitéré cette vision, reconnaissant qu'un État étranger peut bénéficier de l'immunité sans qu'il soit nécessaire d'un acte exprès de reconnaissance par l'État du for.

L'immunité des États a traditionnellement été considérée comme une norme coutumière du droit international général, découlant d'une pratique uniforme accompagnée de l'*opinio*

¹⁵⁰ A. de Nanteuil, « L'application en France des règles internationales relatives aux immunités », *Persée - Portail des revues scientifiques en SHS*, 2010, en ligne https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2010_num_56_1_4637 (recuperado 2 de septiembre de 2024), DOI:10.3406/afdi.2010.4637 ; S. El Sawah, *Les immunités des États et des organisations internationales: immunités et procès équitable*, presentado en, Larcier, Droit international / Larcier, 2011

¹⁵¹ Pour plus d'informations voir S. Breau, Marcelo G. Kohen, G. Hafner, *State Practice Regarding State Immunities/La Pratique des États concernant les Immunités des États.*, Leiden, The Netherlands; Koninklijke Brill NV, 2006. Pp.viii, 1502., sans date

*juris*¹⁵². Comme l'indique Arnaud de Nanteuil, le droit applicable aux immunités étatiques est en grande partie d'origine jurisprudentielle en France, en raison de l'absence d'une codification législative interne à ce sujet¹⁵³. Toutefois, ce caractère coutumier a fait l'objet d'une cristallisation conventionnelle progressive, notamment avec l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (2004)¹⁵⁴.

Bien que cette convention ne soit pas encore pleinement entrée en vigueur, son adoption représente une étape significative vers la codification d'un régime uniforme, malgré d'importantes divergences persistantes entre ses dispositions et les pratiques étatiques, y compris françaises ou même la jurisprudence américaine¹⁵⁵. En ce sens, une éventuelle ratification par la France impliquerait un réajustement de la jurisprudence nationale, compte tenu de la primauté que l'ordre juridique français reconnaît aux normes conventionnelles sur les dispositions législatives internes, conformément à l'article 55 de la Constitution de 1958¹⁵⁶.

Dans la même logique, l'immunité souveraine présente une structure biface comprenant à la fois l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution, chacune ayant des implications procédurales et substantielles distinctes mais complémentaires. La première agit comme

une barrière à l'admission des actions judiciaires dirigées contre un État étranger, tandis que la seconde empêche la mise en œuvre de mesures coercitives — telles que saisies ou exécutions forcées — sur les biens étatiques¹⁵⁷.

L'immunité de juridiction consiste en la prérogative des États de ne pas être soumis à la compétence juridictionnelle des tribunaux d'un autre État sans leur consentement¹⁵⁸. Comme l'a reconnu à plusieurs reprises la jurisprudence française, cette immunité fonctionne comme une exception procédurale d'irrecevabilité et non comme une question d'incompétence *ratione personae*, puisque le juge national conserve formellement sa compétence, bien qu'il soit empêché de l'exercer en vertu de normes internationales protégeant l'État défendeur¹⁵⁹.

L'immunité d'exécution, quant à elle, présente un seuil de protection encore plus élevé. Cette immunité interdit la réalisation d'actes matériels d'exécution forcée sur des biens appartenant à un État étranger, sauf si ce dernier a donné son consentement spécifique à de telles mesures¹⁶⁰. Comme cela a été reconnu par la doctrine et réitéré par la jurisprudence, cette forme d'immunité sauvegarde l'intégrité des biens affectés à des fonctions souveraines, comme c'est le cas des actifs détenus par les banques centrales¹⁶¹.

¹⁵² C. Emanuelli, «Immunité Souveraine et la Coutume Internationale: De l'Immunité Absolue l'Immunité Relative», 1984, en ligne <https://heinonline-org.bcuja-s-ezp.univ-paris1.fr/HOL/Page?handle=hein.journals/cybil22&id=38&collection=intyb&index=journals/cybil> (recuperado 5 de julio de 2025)

¹⁵³ A. de Nanteuil, « L'application en France des règles internationales relatives aux immunités », *op. cit.* note 4

¹⁵⁴ G. Hafner, L. Lange, « La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *ajdi*, 2004, vol. 50, n° 1, p. 45-76, DOI:10.3406/ajdi.2004.3787

¹⁵⁵ H. Torrione, « L'influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public », *op. cit.* note 7, p. 1058-1060 ; Bankas, Ernest, *The State Immunity Controversy in International Law Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, *op. cit.* note 3

¹⁵⁶ Dupuy Pierre-Marie, Kerbrat Yann, *Droit international public*, Paris La Défense, Dalloz, Précis, 17e édition 2024, 2024 p.521-523

¹⁵⁷ Salmon Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, Universités francophones, 2001

¹⁵⁸ Pingel Isabelle juriste, *Les immunités des États en droit international*, thèse, Bruylant Éditions de l'Université de Bruxelles, Collection de droit international, 1997

¹⁵⁹ Cette conception a été soutenue par diverses décisions de la Cour de cassation, qui a affirmé que le moyen invoqué sur la base de l'immunité de juridiction constitue un *fin de non-recevoir*, soulignant ainsi l'autonomie conceptuelle et procédurale de cette figure par rapport à la compétence juridictionnelle interne.

¹⁶⁰ Salmon Jean, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.* note 12

¹⁶¹ Christophe Blot, Caroline Bozou, Jérôme Creel and Paul Hubert Are all Central Bank Asset Purchases the Same? Different Rationales, Different Effects Sciences Po OFCE Working Paper, n° 29/2021. Downloaded from URL: <http://www.ofce.sciences-po.fr/pdf/dtravail/WP2021-29.pdf> DOI - ISSN

La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que, même lorsqu'un tribunal français s'est déclaré compétent pour connaître d'une action contre un État étranger, il ne peut être procédé à l'exécution d'un jugement sur ses biens sans une manifestation claire et non équivoque de consentement à cette fin¹⁶². Cette conception s'aligne, bien qu'avec certains nuances, sur les dispositions contenues à l'article 19 de la Convention de 2004, qui reconnaît l'immunité d'exécution comme règle générale, soumise à des exceptions strictement délimitées¹⁶³.

B. Application spécifique aux banques centrales

L'application du régime d'immunité d'exécution aux banques centrales constitue un domaine particulièrement sensible du droit international contemporain, en raison du rôle crucial que ces institutions jouent dans la préservation de la souveraineté financière, de la stabilité monétaire et de l'intégrité des systèmes de paiements internationaux. Dans ce contexte, l'analyse juridique doit intégrer non seulement le principe général de l'immunité souveraine, mais aussi sa projection fonctionnelle sur des biens spécifiques dont la destination est indissociablement liée à l'exercice des prérogatives publiques¹⁶⁴.

En effet, la protection des actifs des banques centrales contre les mesures coercitives d'exécution a connu une évolution normative

et jurisprudentielle significative, tendant à consolider un régime d'immunité renforcée, fondé sur la nature souveraine de leurs fonctions et sur le principe de non-ingérence dans les affaires internes des États¹⁶⁵. Cette protection n'est pas absolue, mais particulièrement rigoureuse, et s'articule autour d'un critère juridique essentiel : l'exigence de rattachement fonctionnel (« linkage requirement »), développée tant doctrinalement que jurisprudentiellement comme un standard interprétatif pour délimiter les biens saisissables de ceux qui, par leur destination souveraine, doivent rester protégés¹⁶⁶.

La doctrine internationale, ainsi que les décisions jurisprudentielles de diverses juridictions, ont établi de manière constante que les actifs gérés ou détenus par les banques centrales bénéficient d'une présomption renforcée d'immunité contre les mesures d'exécution, en particulier lorsque ces actifs sont affectés à l'accomplissement de fonctions publiques essentielles. Cette catégorie inclut typiquement les réserves de devises, les comptes courants ou d'investissement, ainsi que les titres financiers utilisés comme instruments de politique monétaire ou de change¹⁶⁷.

Yilin Jin, dans son analyse sur l'immunité d'exécution, souligne que la reconnaissance de cette protection dépend de l'existence d'un lien fonctionnel concret entre le bien et la fonction souveraine exercée par l'État ou sa banque centrale. Ce lien ne peut être purement formel ; il doit refléter une affectation effective et actuelle à l'exercice des

¹⁶² Cour de cassation, 3 de febrero de 2021 (n° 19-10 669); Cour de cassation, 12 de junio de 2025 (n° 21-11 991)

¹⁶³ Lijiang Zhu, « State Immunity from Measures of Constraints for the Property of Foreign Central Banks: The Chinese Perspective », *Chinese Journal of International Law*, Oxford University Press / USA, mars 2007, vol. 6, n° 1, p. 67-81, DOI:10.1093/chinesejil/jml053

¹⁶⁴ A. de Nanteuil, « L'application en France des règles internationales relatives aux immunités », *op. cit.* note 4

¹⁶⁵ S. Jin, « The Linkage Requirement in Enforcement Immunity », *op. cit.* note 16, p. 699-716

¹⁶⁶ *Ibid.* Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, (14 mars 1984), Société Eurodif c. République islamique d'Iran, n° 82-12462. Et Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, (1^{er} octobre 1985), *Société Sonatrach c. Migeon*, n° 84-13605.

¹⁶⁷ Cour de cassation, civile, chambre civile 2, 11 janvier 2018, n° 16-10661, Novaparc Healthcare International Ltd c. Central Bank of Iraq. Et Cour d'appel de Paris, Pôle 1 – chambre 5, 17 janvier 2012, n° 11/12878, BNP Paribas c. Banque des États de l'Afrique centrale (BEAC).

prérogatives publiques¹⁶⁸.

Ce standard a également été adopté par la jurisprudence française, notamment dans l'affaire *Commisimpex c. République du Congo*, où il a été affirmé que les fonds de la banque centrale du Congo déposés sur des comptes en France ne pouvaient faire l'objet d'une exécution sans le consentement préalable, spécifique et exprès de l'État. De même, la Cour de cassation a réitéré que l'existence d'un lien fonctionnel entre le bien et la mission souveraine de la banque centrale suffit à exclure toute possibilité d'exécution sans renonciation expresse¹⁶⁹.

La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adoptée en 2004, consacre en son article 21(c) une disposition spécifique renforçant le statut juridique des banques centrales. Cette disposition prévoit que les biens "en possession ou sous le contrôle d'une banque centrale ou d'une autre autorité monétaire d'un État et destinés à l'exercice des fonctions propres à ces institutions" sont protégés contre toute mesure coercitive, sauf consentement exprès de l'État¹⁷⁰.

Cet article cristallise l'exigence de rattachement fonctionnel comme condition nécessaire à l'opération de l'immunité renforcée : il ne suffit pas que les biens appartiennent à une banque centrale, ils doivent être destinés à l'accomplissement de ses fonctions publiques. Cette précision est

fondamentale, car elle évite des interprétations excessivement larges qui pourraient permettre une immunité sur des biens détachés de toute fonction souveraine, tout en excluant des mesures d'exécution abusives sur des biens stratégiques dont l'utilisation est vitale pour la stabilité de l'État¹⁷¹.

Les juridictions les plus pertinentes en matière d'exécution sur des actifs souverains — notamment la France, le Royaume-Uni et les États-Unis — ont adopté de manière constante une position favorable à la protection des biens des banques centrales, fondée sur un principe d'immunité absolue sauf renonciation expresse.

En France, la jurisprudence a développé un régime particulièrement strict en matière d'immunité d'exécution, comme en témoignent les affaires *Commisimpex et NML Capital c. République d'Argentine*.¹⁷² Dans ces décisions, il a été réitéré que l'exécution sur les biens de la banque centrale requiert un consentement clair, spécifique et préalable de l'État, la renonciation tacite ou implicite résultant de clauses contractuelles générales ou de sentences arbitrales n'étant pas admissible.

Au Royaume-Uni, la *State Immunity Act 1978*, en son article 14(4)¹⁷³, établit expressément la protection des actifs des banques centrales, norme interprétée strictement par les tribunaux britanniques, comme dans l'affaire

¹⁶⁸S. Jin, « The Linkage Requirement in Enforcement Immunity », *op. cit.* note 16, p. 699-716. Dans ce sens, Jin critique les approches expansives qui tendent à considérer comme « commerciales » certaines opérations financières réalisées par des banques centrales sur les marchés internationaux, en insistant que le critère déterminant n'est pas la nature de l'instrument utilisé, mais la finalité publique poursuivie par l'opération.

¹⁶⁹ Cour de cassation, 1^{er} civ., 13 mai 2015, n° 13-17.751, *Commissions Import Export (Commisimpex) c. République du Congo*. Et Cour de cassation, 1^{er} civ., 3 février 2021, n° 19-10.669, *Commissions Import Export (Commisimpex) c. République du Congo*.

¹⁷⁰ Fox Hazel, Webb Philippa, *The law of state immunity*, New York, Oxford University Press, <<The >>Oxford international law library, 3rd ed., 2013

¹⁷¹ Bien que la Convention de 2004 ne soit pas encore ratifiée par tous les États — y compris la France — son article 21(c) est considéré comme le reflet d'une norme coutumière émergente, dans la mesure où il recueille et systématise une pratique étatique largement partagée et soutenue par une *opinio juris* généralisée.

¹⁷² Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 13 mai 2015, n° 13-17.751, *Commisimpex c. République du Congo*. Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 28 septembre 2011, n° 09-72.057, *NML Capital Ltd c. République d'Argentine*.

¹⁷³ Government of the United Kingdom. (1978). *State Immunity Act 1978*, c. 33, § 14(4). Londres: Her Majesty's Stationery Office.

*AIG Capital Partners Inc. c. République du Kazakhstan*¹⁷⁴. Dans cette affaire, l'exécution sur les fonds de la banque centrale du Kazakhstan a été refusée faute de preuve d'une quelconque renonciation.

Aux États-Unis, la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) prévoit une exception limitée à l'immunité d'exécution uniquement si les biens sont utilisés à des fins commerciales sur le territoire américain et que l'État a renoncé expressément à son immunité. Dans l'affaire *EM Ltd. c. Banco Central de la República Argentina*, l'immunité des comptes de la banque centrale argentine auprès de la Réserve fédérale a été reconnue, soulignant que leur affectation fonctionnelle à des politiques de change souveraines empêchait leur exécution¹⁷⁵.

Bien que le régime général d'immunité d'exécution accorde une protection renforcée aux biens destinés à l'exercice des fonctions publiques — y compris ceux gérés par les banques centrales —, la doctrine et la pratique actuelles du droit international reconnaissent l'existence de certaines exceptions, dont l'interprétation fait l'objet de controverses doctrinales et jurisprudentielles notoires. Ces exceptions s'articulent autour de trois axes : i) la distinction entre actes *jure imperii* et activités *jure gestionis*, en vertu de laquelle l'immunité d'exécution peut être levée si le bien poursuivi est utilisé dans le cadre d'activités commerciales ou privées, bien que cette distinction soit particulièrement problématique concernant les actifs des banques centrales dont les opérations, même contractualisées ou

financières, répondent généralement à des fins publiques¹⁷⁶; ii) l'exigence d'un consentement exprès, spécifique et non équivoque de l'État pour que l'exécution sur des biens affectés à des fonctions souveraines soit possible, la simple acceptation de clauses arbitrales ou la soumission à une juridiction étant insuffisantes, car admettre des renoncements tacites ou générales compromettrait la sécurité juridique et autoriserait des exécutions abusives sur des actifs essentiels¹⁷⁷; iii) et la controverse sur la nature juridique des mesures de gel des avoirs, dont l'admissibilité a été contestée en raison de leur effet coercitif assimilable à une exécution forcée, ce qui a conduit à proposer l'application du critère de rattachement fonctionnel : si le bien est spécifiquement destiné à une fonction publique, tant son exécution que son gel doivent être considérés comme inadmissibles sans consentement préalable de l'État, afin de préserver l'intégrité du noyau souverain de l'État face à des mesures qui, bien que conservatoires, revêtent un caractère substantiellement intrusif¹⁷⁸.

¹⁷⁴ *AIG Capital Partners Inc. & Another v. Republic of Kazakhstan*, *High Court (Queen's Bench Division, Commercial Court)*, 20 October 2005, [2005] EWHC 2239 (Comm); [2006] 1 W.L.R. 1420.

¹⁷⁵ Cour d'appel fédérale des États-Unis, deuxième circuit, *EM Ltd. c. Banco Central de la República d'Argentine*, 800 F.3d 78 (2d Cir. 2015). Arrêt confirmant que, conformément à la section 1611(b)(1) de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), les fonds détenus par la Banque centrale de la République d'Argentine auprès de la Réserve fédérale de New York bénéficient de l'immunité d'exécution. La cour a jugé que ces avoirs, affectés à l'exercice de fonctions souveraines de politique monétaire et non à une activité commerciale, ne

pouvaient faire l'objet d'aucune mesure coercitive en l'absence de renonciation expresse de l'État.

¹⁷⁶ Voir plus d'informations dans S. Breau, Marcelo G. Kohen, G. Hafner, *State Practice Regarding State Immunities/La Pratique des États concernant les Immunités des États.*, *op. cit.* note 5

¹⁷⁷ Voir plus d'informations dans Fox Hazel, Webb Philippa, *The law of state immunity*, *op. cit.* note 25

¹⁷⁸ Pour un développement plus approfondi voir: X. Yang, « State Immunity in International Law », *op. cit.* note 4

II. Les sanctions internationales et la tension avec le régime des immunités

Dans le droit international dans sa formulation actuelle, l'articulation entre le régime des immunités souveraines et l'application des sanctions internationales représente l'un des défis les plus délicats et complexes. Cette tension s'est accentuée avec l'utilisation croissante du gel des avoirs étatiques, y compris ceux appartenant aux banques centrales, comme mécanisme de pression politique dans le cadre de relations interétatiques détériorées ou en réponse à de graves violations du droit international. Le problème central réside dans le fait que ces mesures, présentées comme des instruments de politique étrangère, affectent directement des biens qui bénéficient traditionnellement de l'immunité d'exécution, ce qui remet en cause tant leur légalité que leur compatibilité avec les principes fondamentaux du droit international général.

Ce phénomène n'est pas nouveau, mais il a pris une intensité renouvelée ces dernières années, notamment après l'adoption de sanctions économiques et financières unilatérales par des acteurs tels que les États-Unis, l'Union européenne et le Royaume-Uni. Ces mesures comprennent expressément — entre autres — le gel des avoirs des banques centrales d'États considérés comme hostiles ou en situation de conflit.

Afin d'aborder cette question de manière systématique, la présente section s'articule en deux volets : dans un premier temps, l'analyse du gel des avoirs comme instrument privilégié de la politique étrangère ; dans un second temps, l'examen de la compatibilité de ces sanctions avec le droit international général.

A. Le gel des avoirs comme instrument de politique étrangère

Le gel des avoirs étatiques, et en particulier de ceux administrés par les banques centrales, s'est imposé comme un instrument récurrent dans l'arsenal diplomatique des grandes puissances. En effet, il s'agit d'une mesure de pression non armée visant à priver l'État sanctionné de l'accès à ses ressources financières extérieures, entravant ainsi son fonctionnement international et produisant un effet dissuasif ou répressif à l'égard de certaines conduites¹⁷⁹. Cette forme de sanction économique ne se limite pas à ses effets pratiques, mais revêt également une valeur symbolique évidente, en dépouillant l'État ciblé de sa capacité à disposer de biens traditionnellement protégés par le principe d'immunité d'exécution¹⁸⁰.

Ces dernières années, cette pratique s'est manifestée dans divers contextes géopolitiques. Ainsi, dans le cas de la Banque centrale de Russie, après le déclenchement des hostilités en Ukraine en février 2022, plus de 300 milliards de dollars d'avoirs appartenant à cette institution ont été gelés suite à une décision coordonnée des États occidentaux. Cette mesure sans précédent — non adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies, mais de manière unilatérale — met en lumière la volonté de réinterpréter le régime traditionnel des immunités lorsqu'il s'agit de répondre à de graves violations de l'ordre international. Bien que, selon la pratique et la jurisprudence dominante, les avoirs des banques centrales bénéficient d'une immunité renforcée dans la mesure où ils sont fonctionnellement affectés à l'exercice de prérogatives publiques souveraines, leur gel a été justifié sur des bases politiques et éthiques, mais avec une faible assise juridique formelle.

Un second exemple paradigmatique est celui de la Banque centrale d'Iran. Depuis le retrait

¹⁷⁹J.-M. Thouvenin, « Gel des fonds des banques centrales et immunité d'exécution », sans date

¹⁸⁰J.-M. Thouvenin, « Abondance et diversité de sanctions économiques », sans date

des États-Unis du Plan d'action global conjoint (JCPOA), diverses décisions judiciaires ont autorisé l'exécution contre des avoirs iraniens sous des exceptions prévues par la législation interne américaine, notamment celles liées aux actes de terrorisme¹⁸¹. Cette pratique a été contestée tant par la doctrine que par d'autres États, car elle n'est pas prévue par les instruments multilatéraux tels que la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles, et contredit l'interprétation restrictive qui a traditionnellement prévalu en matière d'exceptions à l'immunité d'exécution¹⁸².

En troisième lieu, il convient de mentionner le cas de la Banque centrale du Venezuela, dont les avoirs déposés à la Banque d'Angleterre ont fait l'objet de controverses judiciaires. Dans le contexte de la crise politique vénézuélienne et du différend relatif à la reconnaissance du gouvernement légitime, les autorités britanniques ont gelé les réserves de la banque centrale, limitant ainsi leur accès et leur gestion. Bien que cette mesure soit formellement fondée sur la reconnaissance d'un gouvernement différent du régime de facto, son effet pratique a été de restreindre l'exercice souverain sur des avoirs qui, selon les principes classiques du droit international, devraient bénéficier d'une immunité pleine en l'absence de renonciation expresse et spécifique¹⁸³.

Dans tous ces cas, le gel des fonds étatiques s'est présenté comme une réponse politique à des situations exceptionnelles. Néanmoins, sa mise en œuvre soulève de profondes questions quant à la légalité et à la légitimité de telles mesures au regard du régime international des immunités.

B. Compatibilité avec le droit international ?

L'analyse juridique des sanctions économiques unilatérales, en particulier lorsqu'elles impliquent le gel des avoirs d'États souverains, exige un examen rigoureux de leur compatibilité avec le droit international général, notamment avec le principe d'immunité d'exécution. Ce principe, expression de l'égalité souveraine des États, interdit que les biens publics d'un État étranger fassent l'objet de mesures coercitives sur le territoire d'un autre État, sauf consentement exprès. Conformément à ce principe, les biens publics d'un État étranger ne peuvent être soumis à des mesures coercitives sur un territoire étranger sans consentement explicite, sauf dans des circonstances exceptionnelles définies de manière restrictive dans des instruments tels que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (2004)¹⁸⁴.

Sous cet angle, les sanctions unilatérales, qui ne procèdent pas du Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, se heurtent à un problème sérieux de légalité. La doctrine critique, incarnée notamment par Thouvenin, soutient que ces mesures peuvent constituer une forme de coercition illicite, faute de fondement normatif en droit international général. En effet, leur imposition sans résolution du Conseil de sécurité contrevient à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, qui interdit le recours ou la menace du recours à la force, ainsi qu'à l'article 2, paragraphe 7, qui proscrit l'ingérence dans les affaires intérieures des États¹⁸⁵. Cette critique se renforce lorsque ces sanctions se traduisent par le gel des actifs des banques centrales, dont la fonction publique est essentielle et

¹⁸¹ D. Franchini, « State immunity as a tool of foreign policy : the unanswered question of certain Iranian assets », sans date

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ J.-M. Thouvenin, « Abondance et diversité de sanctions économiques », *op. cit.* note 35

¹⁸⁴ D. Franchini, « State immunity as a tool of foreign policy : the unanswered question of certain Iranian assets », *op. cit.* note 36

¹⁸⁵ J.-M. Thouvenin, « Abondance et diversité de sanctions économiques », *op. cit.* note 35

dont la protection a été à plusieurs reprises reconnue par les tribunaux nationaux et internationaux.

Bien que certains systèmes juridiques internes prévoient des exceptions à l'immunité d'exécution dans des cas tels que le terrorisme ou les violations graves des droits humains, ces pratiques unilatérales ne bénéficient pas d'un soutien multilatéral et tendent à fragiliser la cohérence du régime international. La fragmentation normative qui en découle affaiblit non seulement la prévisibilité juridique, mais expose aussi les États à des risques arbitraires lorsqu'ils opèrent dans le système financier international¹⁸⁶.

Dans la pratique, les tribunaux sont confrontés à la tâche délicate d'arbitrer entre le respect de l'immunité étatique, l'observation des sanctions imposées par leur propre gouvernement et les engagements internationaux en matière de droits humains, de lutte contre le terrorisme ou de préservation de l'ordre public international. Certains précédents, tels que certains aspects de l'affaire *NML Capital c. Argentine*, ont assoupli les exigences de consentement ou la qualification de certains actifs comme commerciaux, permettant ainsi leur exécution. Toutefois, ces décisions ont fait l'objet de critiques doctrinales pour leur potentiel effet corrosif sur le principe d'immunité.

À l'inverse, des arrêts récents — comme ceux issus du litige entre la Guinée équatoriale et la France devant la Cour internationale de Justice — ont réaffirmé l'interdiction de mesures coercitives sur les biens étatiques affectés à des fonctions officielles, soulignant la nécessité de préserver l'équilibre institutionnel entre souveraineté et légalité internationale. Néanmoins, le principal défi réside dans le risque d'instrumentalisation du système financier international. L'usage du

gel des avoirs comme outil géopolitique mine la neutralité du système bancaire et affaiblit la confiance des États dans la protection de leurs biens lorsqu'ils opèrent hors de leurs frontières. Cette situation pourrait conduire à une reconfiguration du système monétaire mondial, avec des conséquences majeures en termes de fragmentation juridique et économique.

En définitive, la tension entre souveraineté étatique et mécanismes de sanction pour violations graves du droit international reste un sujet de débat. Si la lutte contre l'agression armée ou les violations massives des droits humains peut justifier des réponses fermes de la communauté internationale, la nature unilatérale de ces mesures et leur mise en œuvre sans fondement juridique clair affaiblissent le système juridique international lui-même, générant incertitude et favorisant l'arbitraire¹⁸⁷.

Conclusion

Le recours au gel des avoirs des banques centrales en tant qu'instrument de pression dans le cadre des sanctions internationales unilatérales engendre une tension croissante avec le régime juridique classique des immunités souveraines. Traditionnellement, ces avoirs — étant affectés à l'exercice de fonctions publiques essentielles telles que la politique monétaire et financière — bénéficiaient d'une protection renforcée contre les mesures d'exécution. Cependant, les pratiques récentes de gel, adoptées en dehors du système de sécurité collective des Nations Unies, remettent en cause cette protection et créent un climat d'incertitude juridique.

Il est vrai que les sanctions peuvent être motivées par la défense d'intérêts légitimes — tels que la préservation de la paix, la protection des droits de l'homme ou la

¹⁸⁶ N. Angelet, « Immunity and the Exercise of Jurisdiction – Indirect Impleading and *Exequatur* », *op. cit.* note 2, p. 81-104

¹⁸⁷ Mainguy, D. (2025, 26 mars). *Saisie des avoirs russes : un parcours d'obstacles juridiques*. *Le Club des Juristes*. Con-

sulté le 30 juillet 2025, sur <https://www.leclubdesjuristes.com/international/saisie-des-avoirs-russes-un-parcours-dobstacles-juridiques-10002/> *Le Club des Juristes*

réaction face à des actes d'agression — mais leur application aux biens souverains soulève de sérieuses questions quant à leur compatibilité avec le droit international général. Ces mesures ne mettent pas seulement en tension des principes fondamentaux comme l'égalité souveraine des États et l'interdiction d'ingérence dans les affaires intérieures, mais menacent également de compromettre la stabilité et la neutralité du système financier international en introduisant une dimension politique dans la gestion et la garde des actifs souverains.

Dans ce contexte, il apparaît impératif de progresser vers une clarification normative au niveau international. L'absence de règles

claires et consensuelles sur les limites et conditions de ces mesures ouvre la voie à des pratiques unilatérales arbitraires, érode la confiance dans le système multilatéral et met en péril les droits des tiers, y compris les créanciers légitimes, les institutions financières et les acteurs privés liés aux opérations étatiques. Ce n'est que par un cadre juridique transparent, prévisible et fondé sur des principes universellement acceptés qu'il sera possible de rétablir l'équilibre entre la nécessité de responsabilité internationale et la protection effective de la souveraineté étatique.

« Normaliser pour dominer : l'influence normative comme levier de puissance technologique »

Lucile Dutat, doctorante contractuelle, Université Caen Normandie et Rennes université ; Tristan Quilès, doctorant en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, juriste cyber

En droit comme en sciences technologiques, celui qui contrôle l'interface contrôle l'accès au marché. C'est un point de passage obligatoire, un filtre invisible qui conditionne l'entrée et la participation aux échanges. Derrière ce pouvoir discret se trouve une notion centrale : l'interopérabilité, à savoir la capacité d'un produit ou d'un système à fonctionner avec d'autres produits ou systèmes, existants ou futurs, sans restriction d'accès ou de mise en œuvre. Elle se distingue de la compatibilité, une logique verticale (un outil est compatible lorsqu'il peut fonctionner dans un environnement donné en respectant ses spécifications propres) tandis que l'interopérabilité obéit à une logique transversale, permettant à des outils différents de communiquer entre eux sur la base d'interfaces connues et partagées.

Ce phénomène de marché est fondamental dans différents secteurs stratégiques (informatique, électrotechnique, défense...), où des composants produits par des acteurs différents, selon des méthodes variées et pour des besoins spécifiques, doivent interagir sans heurts. La réponse la plus efficace réside alors dans la définition d'une base technique explicite, formalisée par une ou plusieurs

normes, que chaque acteur intègre à ses produits ou systèmes.

Ces normes assument un double rôle : elles fixent, d'une part, le cadre dans lequel le dialogue technique doit s'opérer, et d'autre part, elles servent de passerelle s'adaptant aux évolutions technologiques et fonctionnelles. L'interopérabilité apparaît ainsi comme un instrument structurant de conception, d'intégration et de gouvernance des systèmes complexes.

Parallèlement, dans le champ économique comme juridique, la distinction entre standard et norme revêt une importance stratégique. Ces termes révèlent des enjeux institutionnels distincts. La définition du Professeur David et de l'économiste Greenstein estime qu'« un standard est un ensemble de spécifications techniques, auquel adhère un producteur, soit tacitement, soit au terme d'un processus formel de standardisation volontaire, soit dans le respect d'une décision de l'autorité publique »¹⁸⁸. Les auteurs identifient quatre types de standards : les « non sponsorisés », les « sponsorisés », les accords issus d'organisations de standardisation volontaire, et enfin les standards rendus obligatoires par voie réglementaire.

¹⁸⁸ Paul A. David et Shane M. Greenstein, *The Economics of Compatibility Standards: An Introduction to Recent Research*, vol. 1, n° 1-2, 1990, p. 3-41 ; disponible sur <https://www.researchgate.net/publication/247849859>

search, Economics of Innovation and New Technology, vol. 1, n° 1-2, 1990, p. 3-41 ; disponible sur <https://www.researchgate.net/publication/247849859>

À l'inverse, la norme, dans son acception juridique, relève d'un processus plus institutionnalisé car élaborée par des organismes de normalisation nationaux (comme l'AFNOR¹⁸⁹) ou internationaux (tels que l'ISO¹⁹⁰ ou le CEN¹⁹¹), selon des procédures de concertation plus formalisées. Elle peut être volontaire, comme les normes ISO, ou rendue obligatoire par un texte légal ou contractuel. En pratique, les normes dites « volontaires » deviennent parfois incontournables dans certains secteurs industriels en raison d'exigences de conformité, de certification ou d'accès aux marchés. Comme le soulignent certains juristes, cette « hybridation » croissante entre *soft law* et *hard law* contribue à brouiller la frontière entre les standards techniques et les normes juridiques, tout en renforçant leur efficacité dans l'économie contemporaine¹⁹².

A. De la technique au pouvoir : la norme comme infrastructure de souveraineté économique

Depuis l'ère industrielle, la normalisation technique constitue une fondation essentielle des chaînes de valeur globalisées, permettant une intégration économique et une rationalisation logistique à l'échelle mondiale¹⁹³¹⁹⁴. Dès le XIX^e siècle, des innovations techniques ont été introduites par des ingénieurs pionniers tels que Henry Maudslay et Joseph Whitworth. Ces derniers ont élaboré des normes précises, plaçant ainsi les bases de l'interopérabilité industrielle moderne. En réduisant les coûts

de production et en facilitant l'échange de pièces standardisées, ces avancées ont permis de structurer et de renforcer les chaînes de production internationales. L'importance de cette standardisation technique est largement documentée, illustrant comment ces normes ont accompagné la croissance économique globale et l'intégration des marchés¹⁹⁵.

La standardisation du gabarit ferroviaire américain représente un exemple significatif de la manière dont une norme technique peut influencer profondément la structure économique et territoriale d'un pays. Cette norme, apparemment simple, a permis de relier les régions industrielles, diminuant sensiblement les coûts logistiques et favorisant une intégration économique nationale. Une norme n'est jamais neutre : elle façonne des infrastructures, redessine des territoires et crée les conditions mêmes du marché. Là où une norme s'impose, un écosystème émerge, et là où il y a un écosystème, la concurrence se développe.

Cette inscription de la norme dans la structure des échanges n'est pas propre au domaine industriel national. Elle se retrouve également dans les instruments internationaux, où figure la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers, dite Convention de Kyoto¹⁹⁶. Adoptée

¹⁸⁹ Association Française de Normalisation, organisme français chargé d'élaborer, d'homologuer et de diffuser les normes en France, et représentant le pays au sein des instances internationales et européennes.

¹⁹⁰ International Organization for Standardization, organisation internationale indépendante, regroupant des organismes nationaux de normalisation de 169 pays, chargée d'élaborer des normes volontaires applicables mondialement.

¹⁹¹ Comité Européen de Normalisation, organisation européenne, qui élabore des normes techniques harmonisées pour faciliter le commerce et l'interopérabilité au sein du marché unique.

¹⁹² Pour une analyse juridique de cette distinction, voir : Benoît Frydman, *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruylant, 2013, 404 p.

¹⁹³ E. Bourdu, La Fabrique de l'industrie, *Réglementation et normalisation : leviers de la compétitivité industrielle*, Rapport, octobre 2021, 48 p., disponible sur <https://www.la-fabrique.fr/fr/publication/reglementation-normalisation-le-leviers-de-la-competitivite-industrielle/>

¹⁹⁴ D. Pestre *Des sciences et des productions techniques depuis trente ans*, Le Débat, No. 160, 2010, 115-131.

¹⁹⁵ Voir par exemple : Farrell, Joseph, and G. Saloner, *Standardization, Compatibility, and Innovation*, The RAND Journal of Economics, vol. 16, No. 1, 1985, p. 70–83

¹⁹⁶ Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers (Convention de Kyoto), adoptée le 18 mai 1973, révisée le 26 juin 1999, Organisation mondiale des douanes (OMD), entrée en vigueur le 3 février 2006.

initialement en 1973 sous l'égide de l'OMD¹⁹⁷ et révisée en 1999, elle établit un cadre commun visant à harmoniser les procédures douanières, à travers des définitions, standards et pratiques recommandées. Ce texte, juridiquement contraignant pour les États parties, consacre la normalisation technique comme instrument d'harmonisation réglementaire destiné à réduire les barrières non tarifaires et à fluidifier le commerce international¹⁹⁸¹⁹⁹. En intégrant des prescriptions techniques uniformes dans les procédures de dédouanement, il illustre comment la norme, même lorsqu'elle se déploie dans un champ *a priori* administratif, devient un levier de compétitivité économique et un vecteur de souveraineté commerciale.

L'avènement de l'ère numérique a exacerbé cette importance stratégique de la normalisation. Durant les « Protocol Wars » des années 1970-1980, la compétition entre

TCP/IP²⁰⁰ et le modèle OSI²⁰¹ a illustré de manière emblématique l'enjeu crucial des effets réseau dans l'adoption des normes technologiques²⁰². TCP/IP, avec son architecture ouverte et sa simplicité d'implémentation, s'est imposé comme le protocole dominant, générant un phénomène de verrouillage technologique (« lock-in »)²⁰³. Ce dernier résulte principalement des coûts élevés liés au changement de technologie et des effets réseau. Les normes numériques telles que USB²⁰⁴, HTML²⁰⁵, ou TCP/IP sont un exemple concret de « lock-in » par effet de réseau : désormais incontournables, elles définissent l'architecture fondamentale de l'Internet et consolident la souveraineté technologique des acteurs qui les maîtrisent. La maîtrise de ces standards devient ainsi non seulement un enjeu technique, mais également un levier stratégique déterminant dans la compétition économique internationale²⁰⁶. On peut également souligner que les seules entreprises

¹⁹⁷ Organisation Mondiale des Douanes, organisation intergouvernementale chargée de la coopération douanière internationale, notamment par l'élaboration de normes et de procédures harmonisées.

¹⁹⁸ Voir OMD, *Révision de la Convention de Kyoto – Guide de mise en œuvre*, 2006.

¹⁹⁹ V. Giard, *La normalisation technique*, Revue française de gestion, No. 6, 2003, p. 49-65.

²⁰⁰ Transmission Control Protocol / Internet Protocol, ensemble de protocoles de communication qui constitue la base technique de l'Internet et des réseaux, assurant le transport et l'adressage des données.

²⁰¹ Open Systems Interconnection. Modèle de référence élaboré par l'ISO pour normaliser les communications entre systèmes informatiques, structuré en sept couches.

²⁰² Un protocole est un ensemble de règles techniques qui permettent à différents systèmes informatiques de communiquer entre eux. Il définit la manière dont les données sont formatées, transmises, reçues et reconnues. Sans protocole commun, les machines ne pourraient pas échanger d'information de manière fiable. La maîtrise d'un protocole dominant permet de contrôler les conditions d'accès à un marché, d'imposer ses standards techniques et, in fine, d'orienter durablement l'évolution technologique globale.

²⁰³ D. Steinberg, *Protocol Wars: Internet Protocols Now and Then*, Wired, Janvier 1998, disponible sur <https://www.wired.com/1998/01/steinberg/>. La guerre des protocoles oppose, dans les années 1980 le modèle ouvert OSI (soutenu par les institutions publiques européennes) au modèle TCP/IP, issu du secteur de la

recherche américain. Le protocole TCP/IP, simple, robuste et rapidement adopté par les milieux militaires et universitaires aux États-Unis, a progressivement imposé son usage au point de devenir le standard universel d'Internet. Ce succès s'explique par un effet de réseau massif : plus une norme est utilisée, plus elle devient utile. À mesure que les infrastructures, les logiciels, les formations techniques et les investissements se sont alignés sur TCP/IP, il est devenu extrêmement coûteux – sinon irréaliste – d'en changer. Ce phénomène illustre le concept de verrouillage technologique (lock-in) et les barrières qu'il engendre. Comme l'avait anticipé Frank Knight dès 1921, les incertitudes économiques associées à l'investissement dans un standard peuvent décourager l'innovation ou la concurrence en amont. Le contrôle de l'interface, qu'elle soit numérique ou physique, agit comme un rempart invisible contre l'entrée de nouveaux acteurs.

²⁰⁴ Universal Serial Bus, norme industrielle de connexion et de transfert de données et d'énergie entre ordinateurs, périphériques et autres appareils électroniques.

²⁰⁵ HyperText Markup Language, langage de balisage standard pour la création et la structuration de pages Web.

²⁰⁶ M. Lemley et D. McGowan, *Standardized Exclusion: A Theory of Barrier Lock-In*, Duke Law Journal, vol. 56, No 6, 2007, p. 1499-1570. Cet article introduit la notion de *standardized exclusion*, selon laquelle une norme dominante ne se contente pas de verrouiller un marché par des effets de réseau : elle produit des barrières actives à l'entrée, rendant quasi impossible l'apparition

pouvant innover face aux normes « encrées » dans la consommation sont les acteurs dominant au préalable le marché²⁰⁷.

En parallèle, l'Union européenne (UE) a encadré juridiquement l'usage des normes techniques dans les télécommunications. La directive de 2008 relative à la concurrence sur les marchés des équipements terminaux de télécommunications, impose aux autorités nationales de publier les spécifications techniques nécessaires à l'interconnexion pour garantir l'accès effectif au réseau²⁰⁸. Cette obligation vise à empêcher les États membres ou opérateurs ayant détenu un monopole historique d'imposer des normes techniques exclusives²⁰⁹.

Gary Gereffi, dans son ouvrage, va encore plus loin en soulignant que la normalisation ne se limite pas à assurer l'interopérabilité technique. Elle constitue également un

moyen essentiel pour contrôler économiquement et stratégiquement les marchés internationaux. La norme technique devient alors un outil de puissance, permettant aux États et aux entreprises dominantes d'orienter les marchés et d'exercer une influence géopolitique considérable²¹⁰.

Cependant, la norme est également bénéfique : la normalisation technique agit comme un vecteur clé de la convergence économique mondiale²¹¹. En réduisant les barrières techniques et non tarifaires, ces normes facilitent l'intégration des économies tout en permettant aux entités qui les maîtrisent de structurer les marchés selon leurs intérêts stratégiques. Loin d'être neutre, la standardisation devient un instrument privilégié d'influence économique et politique, structurant durablement les

de standards alternatifs, même en cas d'innovation supérieure. Les auteurs analysent en particulier les cas du 3GPP (3rd Generation Partnership Project) et des standards mobiles, montrant comment certains consortiums techniques, codifient les spécifications de manière à verrouiller l'accès aux marchés – tant juridiquement qu'économiquement – et à maintenir leur contrôle sur les évolutions techniques futures. Ce verrouillage, institutionnalisé par la standardisation, devient ainsi un mécanisme de pouvoir normatif durable.

²⁰⁷ C. T. Marsden, *Higher Standards: Regulation in the Network Age*, ResearchGate, consulté le 12 juillet 2025, disponible sur https://www.researchgate.net/publication/228245440_Higher_Standards_Regulation_in_the_Network_Age. Cet article explore comment les standards techniques dominants, en particulier dans les industries dites « de réseau » (télécommunications, Internet, systèmes d'exploitation), peuvent entraîner un phénomène de verrouillage technologique. Une fois qu'un standard devient hégémonique, il s'impose de fait aux nouveaux entrants, car tout l'écosystème s'est structuré autour de lui. Cette situation crée un dilemme : d'un côté, l'ouverture des standards favoriserait l'innovation et la concurrence ; de l'autre, la stabilité économique pousse à maintenir les normes établies. Le standard devient alors un levier économique et politique majeur, verrouillant le marché tout en marginalisant les alternatives ; Voir également P. S. Menell, *Economic Analysis of network effects and intellectual property*, Berkeley Technology Law Journal, vol. 34, No. 1, 2019, p. 165-216. Disponible sur https://btjl.org/data/articles2019/34_1/06_Menell_Web.pdf. Cet article approfondit la manière dont les brevets essentiels à une norme (*standard-essential patents*) peuvent créer des effets de verrouillage (*lock-in*) en décourageant l'adoption de

standards ouverts. Il démontre que l'incertitude juridique autour de l'octroi de licences équitables (*FRAND – Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*) et la menace de contentieux ou de *patent holdup* freinent l'entrée de nouveaux acteurs et confèrent aux détenteurs de brevets un pouvoir excessif. La norme devient alors un levier de rente, consolidant une domination technologique fondée non sur l'innovation, mais sur la captation stratégique de l'interopérabilité.

²⁰⁸ Directive 2008/63/CE, du 20 juin 2008, *relative à la concurrence sur les marchés des équipements terminaux de télécommunications* (OJ L. 162, 21.6.2008, p. 20–26), en particulier l'obligation faite aux autorités nationales de garantir la publication des spécifications techniques pour l'accès aux réseaux.

²⁰⁹ L'initiative démontre comment la technique (les interfaces) devient un objet normé par le droit de l'UE, garantissant la liberté de choix, favorisant la concurrence et évitant que la norme soit utilisée comme instrument de verrouillage ou d'exclusion dans les infrastructures numériques. Sur le rôle du droit de l'UE dans l'encadrement juridique des normes techniques comme levier de régulation économique et de protection contre les effets d'exclusion, voir A. Van Waeyenberge, *La normalisation technique en Europe : l'empire (du droit) contre-attaque*, Revue internationale de droit économique, No. 2018/3, p. 305-318.

²¹⁰ Gary Gereffi, *Global Value Chains and Development: Redefining the Contours of 21st Century Capitalism*, Cambridge University Press, 2018.; voir également Benoît Frydman, *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruylant, 2015.

²¹¹ Francesco Duina et Crina Viju-Miljusevic (dir.), *Standardizing the World: EU Trade Policy and the Road to Convergence*, Oxford University Press, 2023

échanges et les alliances économiques internationales²¹².

En définitive, les normes techniques, de l'ère industrielle au numérique contemporain, représentent bien plus que des outils fonctionnels. Elles sont désormais les infrastructures centrales des chaînes de valeur mondialisées, définissant la compétitivité économique et traçant les contours d'une souveraineté technologique incontournable. Leur maîtrise constitue ainsi un enjeu stratégique essentiel pour toute entité souhaitant affirmer ou préserver sa puissance économique à l'échelle mondiale.

B. Une régulation discrète mais stratégique : normes privées et soft law technique

Les normes techniques internationales sont élaborées par une constellation d'organisations discrètes mais puissantes, qui jouent un rôle essentiel dans la structuration des marchés. Parmi ces institutions, l'Organisation internationale de normalisation (ISO), l'Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE²¹³), l'Internet Engineering Task Force (IETF²¹⁴), le World Wide Web Consortium (W3C²¹⁵), l'European Telecommunications Standards

Institute (ETSI²¹⁶) et l'American National Standards Institute (ANSI²¹⁷) occupent une place centrale dans la création des standards techniques globaux²¹⁸. Ils définissent non seulement des spécifications techniques (formats d'échange de données, protocoles de communication, normes de sécurité), mais également les modalités d'élaboration, d'accès et de gouvernance des standards eux-mêmes – notamment via des règles de vote, de financement ou d'adhésion, qui influencent directement la capacité des États ou des entreprises à peser dans le processus de normalisation. Ainsi, les choix procéduraux (par exemple la langue des travaux, les droits de propriété intellectuelle associés, ou le statut d'observateur accordé à certains États) deviennent autant de leviers discrets mais décisifs pour orienter les dynamiques d'innovation et de marché.

L'importance croissante de ces institutions tient à leur capacité à imposer des standards devenus incontournables économiquement. Ainsi, la norme ISO/IEC 27001²¹⁹ relative à la gestion de la sécurité de l'information illustre parfaitement ce phénomène. D'abord volontaire, son adoption massive par les entreprises et son intégration dans les marchés publics et les contrats commerciaux en ont fait une exigence économique

²¹² Sur l'effet de réseau appliqué aux normes, voir P. S. Menell, *Economic Implications of Network Effects*, Berkeley Technology Law Journal, vol. 34:1, 2019, p. 179 : « As the number of adopters (or the installed base) of a platform grows, the benefits of being part of that platform increase [...] Like economies of scale, the value of a network generally increases with widespread adoption. », disponible sur https://btjl.org/data/articles2019/34_1/06_Menell_Web.pdf ; Voir également *A small initial advantage compels more advantages, much like VHS dominating Betamax*, Wired, 1998. Disponible sur <https://www.wired.com/story/facebook-google-diversity-growth>

²¹³ Institute of Electrical and Electronics Engineers, organisation professionnelle internationale qui développe des normes techniques dans les domaines de l'électricité, de l'électronique, des télécommunications et de l'informatique.

²¹⁴ Internet Engineering Task Force, organisme ouvert chargé du développement et de la promotion de standards Internet, tels que les protocoles TCP/IP.

²¹⁵ World Wide Web Consortium, Organisme international chargé de développer des standards pour le Web, notamment HTML, CSS et XML.

²¹⁶ European Telecommunications Standards Institute, organisme européen de normalisation spécialisé dans les technologies de l'information et des communications (TIC), notamment pour la 5G, la cybersécurité et l'IoT.

²¹⁷ American National Standards Institute, organisme privé américain qui coordonne le développement volontaire de normes techniques aux États-Unis et représente le pays à l'ISO et à l'IEC.

²¹⁸ Wired, *Standards Bodies: A Field Guide*, disponible sur <https://www.wired.com/1997/08/standards-bodies-a-field-guide> ; Elgar Online, *The Global Internet Standard-Setting and Legitimacy Mechanisms*, disponible sur <https://www.elgaronline.com/edcollchap/book/9781802202274/chapter3.pdf>

²¹⁹ Norme internationale conjointe de l'ISO et de l'IEC, définissant les exigences pour un système de management de la sécurité de l'information (SMSI).

quasiment obligatoire²²⁰. Ce passage d'un *soft law* technique à une contrainte économique est l'illustration même d'un processus où les normes techniques privées deviennent des instruments centraux de régulation économique et juridique, malgré l'absence de statut officiel dans les ordres juridiques traditionnels.

Ce phénomène d'obligation économique a de fait été reconnu par la Cour de justice de l'UE (CJUE) dans des affaires relatives aux marchés publics, où l'invocation d'une norme technique volontaire comme critère d'attribution peut, en pratique, conditionner l'accès au marché²²¹. L'article 42 de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics autorise la référence à des normes techniques européennes, internationales ou nationales, à condition qu'elles soient accompagnées de la mention « ou équivalent »²²². Ce dispositif vise à éviter que la référence à une norme privée ne se transforme en barrière à l'entrée, tout en légitimant l'usage de standards dans les cahiers des charges. Ainsi, même lorsqu'elles demeurent « volontaires » en théorie, les normes techniques peuvent se muer en critères techniques (et par extension, juridiques) indirects de sélection, renforçant leur pouvoir structurant dans l'économie.

Ce basculement du volontarisme technique vers la contrainte économique s'explique notamment par l'effet de réseau. Dès lors

qu'une norme est largement adoptée, il devient coûteux, parfois impossible, pour les acteurs économiques de s'en affranchir sans subir d'importants désavantages concurrentiels. Cette dynamique est particulièrement visible dans des secteurs critiques tels que la cybersécurité, où la certification ISO/IEC 27001 est devenue un critère indispensable pour accéder à certains marchés ou répondre à des exigences réglementaires nationales et internationales.

Au-delà des dynamiques privées et sectorielles, la normalisation technique s'inscrit dans un cadre juridique international structuré par l'OMC²²³, en particulier à travers l'Accord sur les obstacles techniques au commerce²²⁴. Cet accord datant de 1994 vise à garantir que les règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de conformité ne créent pas d'entraves injustifiées au commerce international. Bien que les normes volontaires privées ne soient pas formellement contraignantes au titre de l'Accord, celui-ci encourage fortement le recours aux normes internationales reconnues comme fondement des législations nationales ou régionales.

L'article 2.4 de l'Accord OTC précise ainsi que « lorsque des normes internationales existent, les Membres de l'OMC les utiliseront [...] comme base de leurs règlements techniques, sauf si ces normes seraient inefficaces ou inappropriées »²²⁵. Ce

²²⁰ Emerald Insight, *The ISO/IEC 27001 information security management standard*, disponible sur <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/tqm-09-2020-0202/full/html> ; Tilburg University, *The Law and Practice of Global ICT Standardization*, disponible sur https://research.tilburguniversity.edu/files/60755584/Kanerskaia_Wbitaker_The_Law_22_06_2020_juiste_titelpagina.pdf ; DHI, *The effects of ISO 27001 certification*, disponible sur <https://www.dhi.ac.uk/san/waysofbeing/data/governance-crone-weber-2010.pdf> ; ScienceDirect, *Information security management in ICT and non-ICT sector*, disponible sur <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404821002078>.

²²¹ V. par ex CJUE, 19 mars 2009, *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, aff. C-489/06, ECLI:EU:C:2009:165. La Cour a estimé que l'exclusion d'offres non conformes à une norme

technique spécifique (EN 54), sans permettre l'usage d'équivalents, violait les principes de libre concurrence et de reconnaissance mutuelle dans les marchés publics, tels que garantis par la directive 93/38/CEE : les spécifications techniques doivent faire référence, en priorité, aux normes nationales transposant les normes européennes, mais sans exclure l'équivalence fonctionnelle.

²²² Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics*, art. 42, JO L 94 du 28 mars 2014

²²³ Organisation Mondiale du Commerce, organisation intergouvernementale chargée de réglementer le commerce international et de résoudre les différends commerciaux.

²²⁴ Accord OTC, ou *TBT Agreement* en anglais

²²⁵ « Dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes

mécanisme institue une préférence normative en faveur des standards internationaux, tout en laissant aux États une marge d'appréciation encadrée. En pratique, cette disposition a renforcé la place stratégique des grands organismes internationaux de normalisation (ISO, IEC²²⁶, ITU) dans l'arène commerciale mondiale. Les décisions du Comité OTC de l'OMC ont également reconnu le rôle de certaines normes privées lorsqu'elles sont largement utilisées, notamment en matière de cybersécurité, d'innovations technologiques ou de certification environnementale²²⁷.

Ainsi, la *soft law* technique, même produite en dehors des institutions étatiques, se trouve indirectement juridicisée dans le cadre des échanges internationaux. Elle peut être invoquée devant l'Organe de règlement des différends (ORD²²⁸) en cas de litige, notamment si un règlement technique national fondé sur une norme locale est jugé protectionniste ou discriminatoire vis-à-vis des produits étrangers. Cela illustre combien la normalisation n'est pas neutre : sa reconnaissance institutionnelle peut conditionner l'accès à un marché globalisé.

existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les Membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques, sauf lorsque ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux. », *Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC)*, annexe 1A des Accords de Marrakech instituant l'OMC, 1994, art. 2 alinéa 4.

²²⁶ Norme internationale conjointe de l'ISO et de l'IEC, définissant les exigences pour un système de management de la sécurité de l'information (SMSI).

²²⁷ « the Committee agreed to hold thematic sessions, with the purposes of sharing information on: (i) best practices related to technical regulations and standards, based on available scientific and technical information, and conformity assessment procedures that support the attainment of environmental goals and contribute to addressing climate change (...); (ii) the impacts that technical barriers to trade may have on trade in intangible digital products (e.g. Artificial Intelligence (AI), enterprise applications, cybersecurity, financial technology, health IT, telecommunications, digital media software, and software as medical devices), and how to

Cette évolution impose des défis majeurs aux ordres juridiques nationaux, qui peinent à appréhender pleinement la nature hybride des normes techniques privées. La fragmentation du droit traditionnel face à l'universalité technique des normes génère un décalage croissant entre la régulation juridique et la réalité technologique. Ainsi, les principes juridiques classiques tels que la territorialité, la souveraineté et la régulation étatique sont confrontés à la nature transnationale et technocratique de la normalisation technique²²⁹. Des auteurs comme Mark Lemley soulignent les défis antitrust et de propriété intellectuelle posés par ces normes privées, qui influencent directement les structures concurrentielles sans véritable contrôle démocratique²³⁰.

Les implications juridiques de ce phénomène ne sont pas à sous-estimer. Les standards techniques, souvent perçus comme purement fonctionnels, acquièrent une dimension régulatoire majeure, à l'image des *smart contracts* dans les technologies blockchain qui dépassent désormais leur rôle technique initial pour régir des transactions économiques complexes et structurantes²³¹.

minimize those impacts; (iii) Member and stakeholder views on cybersecurity regulation with a view to promoting the application of regulatory approaches in accordance with core TBT principles to maximize security, trade, and innovation outcomes while minimizing unnecessary barriers to trade in goods », Art. 2.2.e.i WTO Committee on Technical Barriers to Trade, *Decisions and Recommendations Adopted by the Committee since 1 January 1995*, 15 novembre 2022.

²²⁸ Organe de Règlement des Différends, mécanisme de l'OMC chargé de trancher les litiges commerciaux entre États membres.

²²⁹ O. Kanevskaia, *Governance of ICT Standardization: Due Process in Technocratic Governance of ICT Standardization: Due Process in Technocratic Decision-Making*, UNC Law, disponible sur <https://scholarship.law.unc.edu/context/ncilj/article/2085/viewcontent> ; Shin-yi Peng, « Private Cybersecurity Standards? Cyberspace Governance, Multi-stakeholderism, and the (Ir)relevance of the TBT Regime », Cornell Law School, disponible sur <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1924>

²³⁰ Mark A. Lemley, *Antitrust, intellectual property and standard setting organizations*, disponible sur <https://arxiv.org/pdf/cs/0109037>

²³¹ Primavera De Filippi & Samer Hassan, *Blockchain Technology as a Regulatory Technology - From Code is Law to Law is Code*. First Monday, 2016.

Le développement des technologies numériques a progressivement transformé le code informatique en un instrument de régulation à part entière, capable d'imposer des comportements via des règles inscrites dans l'architecture même des dispositifs. Cette forme de régulation « par le code » (de la formule de Lessig en 1999) permet une application ex ante des règles, empêchant matériellement certaines actions, contrairement au droit classique qui fonctionne ex post. Avec la blockchain et les smart contracts, cette dynamique s'intensifie : les normes techniques deviennent auto-exécutables, impersonnelles et transnationales, échappant parfois au contrôle des institutions étatiques. Dès lors, le code ne se limite plus à implémenter la loi : il se substitue parfois à elle, en fixant les conditions d'accès, d'échange ou de coopération sans passer par des procédures juridiques traditionnelles. Cette « technologisation du droit » soulève des enjeux cruciaux en matière de légalité, de flexibilité et de responsabilité, car les standards techniques tendent à imposer des règles opaques, privées et rigides, en dehors de tout débat démocratique ou de contrôle juridictionnel. La norme devient ainsi architecture, à la fois support, vecteur et filtre du droit. Cette transformation des normes techniques en véritables instruments juridiques informels soulève des questions fondamentales sur la légitimité et la responsabilité de ces acteurs privés dans la définition des règles économiques mondiales.

En somme, la dynamique de la *soft law* technique, portée par des organisations privées et parfois consolidée par des cadres internationaux comme l'Accord OTC²³² de

l'OMC, montre que la normalisation s'impose souvent en dehors des circuits législatifs classiques. Mais cette puissance discrète ne se joue pas uniquement au niveau global : au sein même de l'Union européenne, un dispositif juridique sophistiqué encadre et oriente la production et l'usage des normes techniques, transformant la normalisation en un outil central de l'intégration économique et de la souveraineté réglementaire.

C. L'Europe comme acteur normatif, entre puissance et limites

L'UE ne se contente pas d'être un marché unique : elle est aussi une fabrique de normes. Forte de son marché de plus de 440 millions de consommateurs, elle transforme cette masse critique en levier de puissance réglementaire, imposant ses standards bien au-delà de ses frontières. On appelle parfois ce phénomène basé sur l'extraterritorialité du droit l'« effet Bruxelles »²³³. Cette capacité repose sur un socle juridique robuste, combinant principes de libre circulation, dispositifs d'harmonisation et outils de reconnaissance mutuelle. Dans ce schéma, les normes techniques jouent un rôle pivot, car elles opèrent à la jonction entre marché intérieur et projection internationale de l'UE.

Pour comprendre ce mécanisme, il faut revenir aux bases du droit de l'Union. Par exemple, l'article 34 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE²³⁴) prohibe les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toute mesure d'effet équivalent entre États membres.²³⁵ Depuis l'arrêt fondateur *Procureur du Roi c. Dassonville*²³⁶, la Cour de

²³² Accord sur les Obstacles Techniques au Commerce, accord de l'OMC visant à garantir que les règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de conformité ne créent pas de barrières inutiles au commerce.

²³³ Bradford, Anu, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, 2020, Oxford Academic, 19 décembre 2019, l'auteure définit l'« effet Bruxelles » comme la capacité de l'UE à transformer unilatéralement ses règles internes en normes mondiales, par le seul poids de son marché. Ce phénomène se manifeste

dans de nombreux secteurs, de la protection des données (RGPD) à la normalisation technique, en passant par l'environnement (REACH).

²³⁴ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'un des deux traités fondateurs de l'UE, qui définit son organisation et son fonctionnement, ainsi que les compétences de ses institutions.

²³⁵ Art. 34 TFUE, Journal officiel de l'Union européenne (JOUE C 202, 7.6.2016, p. 60).

²³⁶ CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Dassonville*, aff. 8/74, ECLI:EU:C:1974:82.

justice adopte une interprétation large, incluant les exigences techniques nationales comme obstacles à la libre circulation des marchandises. Ce principe a été affiné par l'arrêt *Cassis de Dijon*²³⁷, qui consacre la reconnaissance mutuelle et ouvre la voie à une harmonisation technique au niveau de l'Union.

Ce mouvement a franchi un cap décisif avec une « nouvelle approche »²³⁸. En effet, la résolution du Conseil introduit en 1985 un système où seules les exigences essentielles sont établies par la législation, tandis que les normes techniques, élaborées par les organismes européens de normalisation (CEN, CENELEC, ETSI) sur mandat de la Commission²³⁹, définissent les spécifications détaillées. L'application de ces normes est volontaire, mais elles confèrent une présomption de conformité aux exigences essentielles²⁴⁰, empêchant les États membres d'imposer des contraintes supplémentaires là où le champ est harmonisé, sauf exception²⁴¹.

²³⁷ CJCE, 20 février 1979, *Rewe Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

²³⁸ Résolution du Conseil du 07 mai 1985 *concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation*, JOCE C 136, 4.6.1985, p. 1.

²³⁹ Voir Règlement (UE) n° 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, *relatif à la normalisation européenne* (JOUE L 316, 14.11.2012, p. 12).

²⁴⁰ Art. 12 du Règlement (UE) n° 1025/2012, « La Commission établit un système de notification pour toutes les parties prenantes, y compris les organisations européennes de normalisation et les organisations des parties prenantes européennes recevant un financement de l'Union conformément au présent règlement, afin de garantir une consultation adéquate et l'adéquation au marché (...) » ; Art. 13 du même règlement « Un organisme notifié devant être autorisé à exécuter, en tant que tierce partie, des tâches relevant de la procédure d'évaluation et de vérification de la constance des performances qui démontre qu'il satisfait aux critères figurant dans les normes harmonisées pertinentes ou dans des parties de ces normes, dont les références ont été publiées au Journal officiel de l'Union européenne, est présumé répondre aux exigences définies à l'article 43 dans la mesure où les normes harmonisées applicables couvrent ces exigences. »

²⁴¹ V. par Ex. : art. 16 du Règlement (UE) n° 305/2011 (produits de construction), JOUE L 88, 4.4.2011, p. 5.

La Cour de Justice est venue consolider ce dispositif. Sa jurisprudence récente (ex. *James Elliott*²⁴², *Anstar*²⁴³) renforce la reconnaissance juridique de ces normes : leur citation au JOUE²⁴⁴ les intègre au système juridique de l'Union, autorisant la Cour à les interpréter via l'article 267 du TFUE, sans pour autant les transformer en droit dérivé contraignant.

Par ailleurs, ce modèle ne se limite pas aux biens industriels traditionnels : il s'applique pleinement aux nouvelles technologies. C'est dans cette idée que l'UE a adopté la directive 2022/2380. À partir de fin décembre 2024, tous les nouveaux smartphones, tablettes, appareils photo et autres équipements informatiques rechargeables par câble vendus dans l'UE devaient être équipés d'un port USB-C standard et supporter le protocole USB Power Delivery, afin de simplifier les usages, réduire les déchets électroniques et

²⁴² CJUE, 27 octobre 2016, *James Elliott Construction Ltd c. Irish Asphalt Ltd*, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 : la Cour juge que les normes harmonisées adoptées sur mandat de la Commission européenne et dont les références sont publiées au JOUE font partie intégrante du droit de l'Union, dans la mesure où elles précisent les exigences essentielles fixées par la législation harmonisée. Dès lors, leur interprétation relève de la compétence de la CJUE via l'article 267 TFUE. La Cour précise toutefois que ces normes, élaborées par des organismes privés (CEN, CENELEC, ETSI), conservent un caractère volontaire : elles ne constituent pas en elles-mêmes du droit dérivé contraignant, mais bénéficient d'une présomption de conformité aux exigences légales. Cette décision consacre ainsi un statut juridique hybride, à la frontière entre technique et droit, et renforce l'influence normative des standards techniques dans l'ordre juridique de l'Union.

²⁴³ CJUE, 14 février 2019, *Anstar Oy*, C-630/16, ECLI:EU:C:2019:113 : la Cour précise que la publication d'une référence de norme harmonisée au JOUE ne confère pas à celle-ci le statut d'acte contraignant du droit dérivé, mais intègre son interprétation dans le champ du renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE. Elle confirme ainsi la ligne tracée par *James Elliott* en reconnaissant la portée juridique des normes harmonisées tout en maintenant leur caractère formellement volontaire.

²⁴⁴ Journal officiel de l'Union européenne, publication officielle de l'UE qui contient la législation, les communications et les informations officielles.

harmoniser le marché²⁴⁵. Cette mesure a par exemple contraint des géants technologiques comme Apple à abandonner leur connecteur propriétaire Lightning. Cela illustre comment une norme européenne, ici en matière de connectivité, devient un instrument de domination du marché et d'harmonisation du système productif²⁴⁶.

Ainsi, les normes juridiques imposées par les organisations interétatiques telles que l'UE, sont un moyen pour ces dernières d'établir les règles du jeu pour les industries des technologies qui émergent sur les territoires. Il s'agit notamment d'un moyen de mettre en confiance certains acteurs au travers de l'aspect sécuritaire des technologies. Ce dernier va permettre aux grands acteurs économiques et industriels d'obtenir une assurance d'agir avec un minimum de protection. Il est donc cohérent à cet égard de citer la directive européenne dite « NIS 2 », encadrant, harmonisant et simplifiant les règles de cybersécurité à l'échelle communautaire²⁴⁷ : « NIS 2 relève le défi d'une meilleure sécurisation des tissus économique et administratif ». Bien qu'il s'agisse ici de l'administration française, il est évident que les mots du directeur général de l'ANSSI²⁴⁸ peuvent s'appliquer à tous les Etats membres de l'Union européenne.²⁴⁹ La directive NIS 2 fut mise en place afin de renforcer la cybersécurité des Etats membres et de leur administration et donc, par extension, celle des grands acteurs

économiques s'installant sur le territoire européen : « c'est une maturité cyber à l'échelon européen que nous voulons atteindre ».²⁵⁰

En outre, la normalisation technique est devenue un réel enjeu géopolitique. En effet, elle « façonne l'interopérabilité des marchés, conditionne la création de chaînes de valeur mondiales et sert d'instrument de pouvoir national dans la compétition technologique entre les grandes puissances ».²⁵¹ En réalité, une vague de « surnormalisation » est critiquée, vue comme un danger pour l'attractivité : trop de normes peut repousser les acteurs à s'installer sur un territoire (ici, l'Union). Cela avait été évoqué notamment au cours des débats autour de l'adoption du règlement encadrant l'intelligence artificielle. Des critiques se sont ainsi dégagées quant aux difficultés pour les entreprises émergentes de s'adapter aux exigences normatives imposées par le régime juridique européen, les freinant parfois dans leurs objectifs d'innovation.

L'adoption de normes juridiques à grande (UE) ou moyenne (étatique) échelle permet la mise en place d'une standardisation pour un développement et un usage harmonisé des nouvelles technologies. L'idée qui en ressort est alors de « faciliter le commerce international et la croissance économique ».²⁵² C'est un argument qui fut avancé lors des débats pour mettre en place un chargeur « universel » au format européen (USB-C).²⁵³

²⁴⁵ Directive (UE) 2022/2380 du Parlement européen et du Conseil, du 23 novembre 2022, modifiant la directive 2014/53/UE en matière de chargeurs communs, appliqué fin 2024 (PC, tablettes, etc.), 2026 (laptops).

²⁴⁶ Voir par ex. la suppression des appareils iPhone Lightning en Europe (décembre 2024) et l'adoption du port USB C par Apple sur ses gammes iPhone et accessoires ultérieurement

²⁴⁷ Directive (UE) 2022/2555 du Parlement européen et du Conseil, du 14 décembre 2022 *concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de cybersécurité dans l'ensemble de l'Union*, modifiant le règlement (UE) no 910/2014 et la directive (UE) 2018/1972, et abrogeant la directive (UE) 2016/1148 (directive SRI 2), JOUE L. 333/80 du 27.12.2022.

²⁴⁸ Vincent Strubel, depuis le 4 janvier 2023.

²⁴⁹ Site Internet de l'ANSSI, *M'informer sur la directive NIS 2, La directive NIS 2 en synthèse*, disponible sur <https://monespace.nis2.cyber.gouv.fr/directive/#en-savoir-plus>, consulté le 27 juillet 2025

²⁵⁰ *ibid*

²⁵¹ DGAP MEMO, T. Rühlig, *The Geopolitics of Technical Standardization*, 8 mai 2023, disponible sur <https://dgap.org/en/research/publications/geopolitics-technical-standardization>

²⁵² *ibid*

²⁵³ Site officiel du gouvernement français (info.gouv), *Chargeur universel USB-C obligatoire pour tous les appareils électroniques de petite et moyenne taille*, 27 décembre 2024, disponible sur <https://www.info.gouv.fr/actualite/chargeur-universel-usb-c-obligatoire-pour-tous-les-appareils-electroniques-de-petite-et-moyenne-taille#:~:text=Elle%20permet%20d'%C3%A9viter%2011,des%20transitions%20num%C3%A9riques%20et%20%C3%A9cologiques>, consulté le 21 juillet 2025

En réalité, les standards sont devenus un outil géopolitique essentiel aux discussions internationales. Ils sont un argument de taille quant à l'importation de produits technologiques étrangers. On observe ce qui fut qualifié par la doctrine de « politiques hybrides », mêlant un marché unique, des droits fondamentaux et des enjeux géopolitiques.²⁵⁴ En effet, l'idée est de devenir un leader dans l'innovation en la crédibilisant par un encadrement juridique protégeant intérêts nationaux (ou communautaires) et droits fondamentaux.²⁵⁵

C'est au travers de ces idées que ressortent trois acteurs majeurs aux stratégies divergentes : l'Union européenne, les Etats-Unis et la Chine. Leur comportement illustre parfaitement le principe de « géopolitique normative ». Les Etats-Unis s'entourent de normes qui, *de facto*, proviennent du secteur privé (NIST, MITRE) car bien qu'issues d'entités publiques, ce sont des cadres de cybersécurité impulsés et financés par des acteurs privés. Elles sont devenues en partie des influences internationales du fait de leur adoption massive²⁵⁶ l'UE, elle, produit un grand nombre de textes (règlements, directives etc.), tels que NIS2, DORA, RGPD etc., sans pour autant créer systématiquement de référentiels techniques associés.²⁵⁷ Elle s'appuie plutôt sur une relation de partenariat public-privé,²⁵⁸ contrairement aux Etats-Unis qui se reposent majoritairement sur l'influence des acteurs privés. L'approche européenne se résume donc plutôt à une volonté d'harmonisation, objectif principal des textes juridiques européens. Elle risque ainsi de voir les autres

puissances la dépasser et imposer leurs standards.²⁵⁹ De plus, en régulant trop, elle risque de repousser les entreprises souhaitant s'installer en Europe et peut donc affecter son économie sur le long terme.

Face à ces deux approches, les Etats-Unis s'inquiètent aujourd'hui du comportement de la République de Chine. En effet, avec son plan « China Standards 2035 »²⁶⁰, la Chine cherche à dominer les puissances technologiques, et surtout imposer ses normes en termes d'IA, 5G, reconnaissance faciale etc. à l'échelle internationale.²⁶¹ La Chine, contrairement aux deux acteurs précités, a mis l'Etat au centre de sa normalisation. Si les industries peuvent jouer un rôle dans l'implémentation des normes, l'Etat est finalement décisionnaire des normes à instaurer. Bien que des réformes aient été implantées, le système chinois reste aujourd'hui hybride, avec une majorité d'influence étatique.²⁶²

C'est au travers de ces idées que se dégage ici le concept de « géopolitisation de la normalisation » des nouvelles technologies. On dépasse l'idée de devenir des leaders uniquement dans la recherche et le développement technologiques : on veut dominer par la norme. L'objectif est donc d'allier innovation technologique et encadrement juridique et géopolitique. Mais les différences historiques et culturelles entre les Etats entraînent des visions divergentes de ce processus géopolitique. De cette géopolitique transparait un combat pour dominer le nouvel or du XXI^{ème} siècle : les nouvelles technologies. A cet égard, fut

²⁵⁴ JCMS, D. Broeders, F. Cristiano, M. Kaminska, *In Search of Digital Sovereignty and Strategic Autonomy : Normative Power Europe to the Test of Its Geopolitical Ambitions*, 2023, JCMS 2023 Volume 61, No. 5, p. 1261–1280

²⁵⁵ *ibid*

²⁵⁶ World Economic Forum, M. Schive & E. Banin, *Why frontier technology governance is essential in an increasingly fragmented world*, 2 juin 2025, disponible sur <https://www.weforum.org/stories/2025/06/frontier-technology-governance-fragmented-world/> ; consulté le 11 juillet 2025

²⁵⁷ Nesta Working paper, K. Blind, *The Impact of Standardization and Standards on Innovation*, novembre 2013

²⁵⁸ Heinrich Böll Stiftung, Brussels EU, T. Rhülig, *Technical standardisation, China and the future international order : a European perspective*, mars 2020

²⁵⁹ Carnegie Endowment for International Peace, R. Youngs, *Rethinking EU Digital Policies: From Tech Sovereignty to Tech Citizenship*, 16 juin 2025, disponible sur <https://carnegieendowment.org/research/2025/06/rethinking-eu-digital-policies-from-tech-sovereignty-to-tech-citizenship?lang=en>

²⁶⁰ *ibid*

²⁶¹ Heinrich Böll Stiftung, Brussels EU, T. Rhülig, *Technical standardisation, China and the future international order : a European perspective*, mars 2020

²⁶² *ibid*

rappelée la nécessité pour l'Union de compenser les difficultés qui se construisent petit à petit du fait du fonctionnement précité. La doctrine mais également les acteurs impliqués dans les débats européens ont alors eu tendance à appeler à une action de l'UE dès la phase de recherche et développement des nouvelles technologies : notamment pour le financement d'experts dans des comités techniques ou encore par la création d'un corps d'ingénieurs juristes pouvant rapprocher droit et industrie. L'idée est de reprendre en main l'initiative normative.²⁶³

Pour ce faire, il s'agira donc de transformer le droit en standards utilisables, c'est-à-dire de faire des règlements européens des normes opérationnelles. Cela suppose alors de mettre en place une « traduction technique concrète » des textes juridiques de l'UE (règlements, directives), retravailler les documents déjà mis en application (DORA, CRA, AI Act notamment).²⁶⁴ L'objectif sera donc, *in fine*, de rendre des documents juridiques plus techniques et donc plus adaptés, pour atteindre les objectifs qu'ils s'étaient eux-mêmes fixés lors de leur publication.

Des inquiétudes ont également été évoquées par les États membres de l'Union quant aux possibles ingérences étrangères. En effet, l'opacité des réseaux sociaux a été fortement critiquée, notamment par les gouvernements et institutions nationaux et européens²⁶⁵, en particulier en ce qui concerne les réseaux TikTok et X.²⁶⁶ C'est pourquoi, le Sénat français a publié une proposition de résolution européenne en début de l'année

2025 afin d'appeler à renforcer l'influence et le rôle de l'Union européenne face aux acteurs étrangers en matière de nouvelles technologies. Le Sénat invite en effet la Commission européenne à renforcer « l'élaboration d'une stratégie numérique européenne renouvelée et consolidée fondée sur des infrastructures publiques, résilientes et inclusives, qui garantisse cette souveraineté numérique, prenne en compte les évolutions technologiques et assure un écosystème numérique démocratique et résilient fondé sur les valeurs de l'UE ».²⁶⁷ Il semble donc qu'une prise de conscience est en train de se construire dans l'esprit des membres de l'Union, interrogeant donc quant à la construction d'un nouvel ordre juridique européen, renforçant la place de la Communauté sur la scène internationale des acteurs des nouvelles technologies, avec en première étape, une traduction concrète et contextuelle des textes européens en la matière. Par ailleurs, dans la même lignée, le Sénat a adopté plusieurs résolutions pour protéger les normes souveraines et éviter leur captation par des filiales étrangères. Ces propositions incluent des clauses de territorialités, des contrôles sur les fusions-acquisitions et un renforcement du rôle de l'ANSSI.²⁶⁸ C'est une des propositions qu'elle avance dans sa proposition de résolution européenne précitée.

Enfin, une solution proposée pour renforcer la place de l'UE dans cette course à l'influence normative en matière de nouvelles technologies est celle de s'orienter vers les pays émergents. L'idée est ici de présenter les normes européennes comme alternatives crédibles. De cette manière, serait construite

²⁶³ Cornell University, *Status and Future Prospects of the Standardization Framework Industry 4.0: A European Perspective*, Olga Meyer, Marvin Boell, Christoph Legat, 12 mars 2025

²⁶⁴ ANRT FutuRIS 2023 Working Group, *Digital sovereignty: regaining control in France and Europe, Skills, cybersecurity and lower cloud layers*, janvier 2024

²⁶⁵ Parlement européen, *Décision sur la constitution, les compétences, la composition numérique et la durée de mandat d'une commission spéciale sur le bouclier européen de la démocratie*, 2024/2999(RSO), adopté le 18 décembre 2024 par le Parlement européen en lecture unique

²⁶⁶ Rapport d'information du Sénat n° 831 (2022-2023), *La tactique Tiktok : opacité, addiction et ombres chinoises*, 4 juillet 2023

²⁶⁷ Proposition de résolution n° 351 (2024-2025), déposée au Sénat le 18 février 2025, *Visant à l'application stricte du cadre réglementaire numérique de l'Union européenne et appelant au renforcement des conditions d'une réelle souveraineté numérique européenne*

²⁶⁸ *ibid*

une réelle zone d'influence technico-normative et donc de lutter contre l'expansion des standards sino-américains.²⁶⁹

²⁶⁹ *ibid*

« Les limites de la transparence et le devoir de vigilance »

Amélie Bahu, doctorante contractuelle, Université Paris I Panthéon-Sorbonne ; Tristan Quilès, doctorant en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, juriste cyber

01. Introduction – La transparence est érigée en principe structurant de la responsabilité des entreprises. En théorie, la transparence est le cœur battant du devoir de vigilance : un instrument censé dévoiler les risques, orienter l'action préventive et rendre les entreprises véritablement redevables de leurs impacts. En pratique, elle peut tout autant éclairer que masquer. L'affaire La Poste en 2025 en est une illustration éclatante : tout en ordonnant des améliorations substantielles de son plan de vigilance, la Cour d'appel de Paris a validé la possibilité pour l'entreprise de conserver privées certaines informations stratégiques, instaurant de facto une transparence à deux vitesses.

Ce paradoxe – un dispositif conçu pour contraindre, mais qui peut servir à protéger – est au cœur de la présente analyse. La transparence, loin d'être un simple devoir de publication, est un outil à double tranchant : instrument de responsabilisation juridique et sociale d'un côté, levier stratégique de contrôle narratif de l'autre. Entre exigence de redevabilité et préservation des intérêts économiques, elle devient un terrain de négociation permanente où se jouent la portée réelle du devoir de vigilance et son efficacité.

À travers l'étude du cadre conceptuel et

normatif, de la latitude laissée aux entreprises dans la sélection des informations, ainsi que de l'état actuel du contrôle judiciaire, ce travail montre comment la transparence oscille entre garantie et façade. La question n'est donc pas seulement de savoir si les entreprises publient des informations, mais de comprendre comment elles les publient, avec quels effets juridiques et sociaux, et à quel prix pour l'effectivité d'un devoir de vigilance pensé comme un régime de redevabilité juridiquement opposable devant le juge et les autorités de supervision.

I. Comprendre la transparence dans le devoir de vigilance

02. Transparence : état et action. - Parler de transparence suppose de revenir sur un concept qui, malgré une apparente unité, doit être appréhendé dans ses multiples dimensions, elles-mêmes complémentaires²⁷⁰. Elle se comprend d'abord comme une qualité : un état de fait caractérisé par une information exprimée de manière claire, intelligible et dépourvue d'ambiguïtés ou de zones d'ombre, reflétant fidèlement une situation donnée²⁷¹. Mais la transparence ne se limite pas à cet état statique ; elle se définit également par ses effets, au premier rang desquels figure l'accès effectif à l'information²⁷². Cette dimension

²⁷⁰ Sur le concept de transparence v. J-F Kerléo, « De quoi la transparence est-elle juridiquement le nom ? Pour une définition d'un concept de norme de transparence en vue de rationaliser le discours juridique », in *La transparence et le droit*, *RDA*, 2023, n° 26, p. 125 ; T. Duchesne, « La transparence en droit des affaires : la délicate question du contrôle de l'information sur la

durabilité », in *La transparence et le droit*, *RDA*, 2023, n° 26, p. 75. ;

²⁷¹ B. Delaunay, « La transparence de la vie économique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, avril 2018, n° 59, p. 23 34.

²⁷² v. pour une association explicite des notions de transparence et d'accessibilité, PE et Cons. UE, dir.

fonctionnelle ouvre sur un second versant : la transparence comme comportement, c'est-à-dire l'action de rendre visibles des données, des processus ou des décisions, par un partage intentionnel et organisé d'informations à destination d'un public déterminé ou indéterminé²⁷³.

03. La transparence n'est pas une fin en soi. - Pour autant, la transparence n'est pas, par principe, synonyme de légalité des actions de l'entreprise, pas plus que l'opacité n'implique nécessairement l'illégalité²⁷⁴. Si le culte du secret est inacceptable, faire de la transparence une fin en soi ne l'est pas davantage : elle n'est qu'un moyen au service de la redevabilité. L'enjeu est de maintenir une transparence utile et proportionnée, suffisante pour permettre le contrôle contradictoire, sans sacrifier indûment des intérêts légitimes (sécurité, secret des affaires).

Cet argument de "mesure" est recevable en théorie, mais trop souvent mobilisé pour éluder des divulgations pertinentes : il appelle donc un test opératoire (utilité, nécessité, proportionnalité, effectivité du contrôle) qui, seul, peut éviter que la modération ne devienne un paravent.

Sous cet angle, la transparence n'est pas tant une norme juridique au sens strict qu'une norme au sens large, c'est-à-dire un principe comportemental qui agrège et articule une pluralité de micro-normes : dispositions

légales, stipulations contractuelles, engagements éthiques, standards techniques ou encore règles internes. Ces instruments, hétérogènes par nature, concourent ensemble à former la réalité concrète de la transparence dans un contexte donné. Sa force tient précisément à cette plasticité : elle peut servir de support à des obligations très diverses et s'adapter à des contextes normatifs variés, tout en conservant une finalité commune de redevabilité²⁷⁵. Comprendre la transparence impose ainsi de saisir la philosophie qui la sous-tend : un idéal de visibilité et d'intelligibilité des pratiques, un savoir-être de l'entreprise, plutôt que de la réduire à un simple dispositif juridique figé²⁷⁶. En effet, Si l'absence de publication constitue un évitement évident de cette obligation, sanctionnable en tant que tel²⁷⁷, une transparence « parcellaire » entraîne un résultat similaire, l'obligation de compliance étant à la fois qualitative et quantitative.

04. Une responsabilisation sociale. - La transparence ne se limite pas à un acte de communication ou à la simple diffusion d'informations ; elle constitue un véritable mécanisme de responsabilisation des organisations dans l'espace public. Cette fonction s'explique par l'essor de *l'accountability*, concept anglo-saxon dont la traduction par « redevabilité » ne rend que partiellement la portée. En droit anglo-américain, *l'accountability* implique non seulement l'obligation de rendre compte (*to*

n° 2024/1760, 13 juin 2024, JOUE L, 5 juill. 2024, sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, considérant 59.

²⁷³ J-F Kerléo, op. cit., p.125

²⁷⁴ Pour une lecture critique de la transparence et ses effets préjudiciables v. notamment G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, avril 2001, n° 97, p.17-23. « Si la manie du secret est évidemment inacceptable, la transparence érigée en dogme ne l'est pas moins. Elle confond la fin et les moyens et, dans son absolutisme, se rattache beaucoup plus étroitement au totalitarisme qu'à la démocratie. »

²⁷⁵ L. Dubin « Entreprise multinationale », *Répertoire de droit international*, Dalloz, novembre 2021.

²⁷⁶ v. en ce sens, CA Paris, 5-12, 18 juin 2024, no 23/10583, Suez ; Dans l'arrêt Suez, la Cour d'appel

de Paris énonce que « *l'obligation d'établir un plan de vigilance étant l'expression particulière, formelle et publique de l'obligation générale et continue de vigilance [...], il est logique que les documents présentés par les parties comme des plans distincts ne soient que les versions successives et actualisées d'un plan unique émanant d'une même personne morale* » : au-delà d'un acte ponctuel de communication, la transparence constitue une exigence dynamique et continue, indissociable d'un engagement permanent de l'entreprise envers ses parties prenantes

²⁷⁷ L'absence de publication, fait par ailleurs l'objet, depuis 2019, d'un « radar du devoir de vigilance », accessible en ligne, mis en place par CCFD-Terre Solidaire et Sherpa, dont l'objectif est précisément de suivre et contribuer à la mise en œuvre du devoir de vigilance par les entreprises. v. <https://plan-vigilance.org>

account for), mais aussi celle d'assumer les conséquences de ses actes devant des instances formelles ou informelles. Transposée au champ du devoir de vigilance, cette exigence dépasse la relation verticale entre l'entreprise et l'autorité publique : elle institue une relation horizontale et plurielle où l'entreprise doit se justifier également devant un ensemble élargi de parties prenantes – investisseurs, ONG, consommateurs, régulateurs – dont le pouvoir d'influence s'est accru avec la mondialisation de l'information et la judiciarisation des enjeux sociétaux²⁷⁸.

05. La transparence : support opérationnel du devoir de vigilance. -

Information et devoir de vigilance sont étroitement imbriqués²⁷⁹. Le devoir de vigilance participe d'un mouvement plus large de transformation de la responsabilité en un mécanisme essentiellement préventif. Il ne s'agit plus seulement de réparer un dommage déjà survenu, mais d'entrer dans un processus de remédiation, combinant évaluation, adaptation, correction et mise en conformité, afin de préserver ou restaurer un équilibre systémique (qu'il soit social, environnemental, financier ou numérique). Cette responsabilité pro-active s'inscrit dans une logique où l'anticipation devient aussi importante que la réparation *ex post*, réconciliant ainsi la fonction préventive et la

fonction réparatrice de la responsabilité²⁸⁰. Dans ce cadre, l'information n'est pas un produit dérivé de la gestion interne, mais le socle même de l'action de l'entreprise. La transparence qui en découle n'a pas pour finalité exclusive la diffusion d'informations, elle vise à produire des effets juridiques et sociaux précis : permettre un contrôle externe, nourrir un comportement organisationnel qualifié de responsable et faciliter la mise en œuvre d'actions correctives sur la base d'éléments vérifiables²⁸¹.

C'est dans cette perspective que la loi impose des obligations formelles²⁸² (publication de plans de vigilance, rapports extra-financiers, communication sur les politiques environnementales et sociales...) qui, loin d'être de simples formalités, deviennent des supports de contrôle et des pièces probatoires utilisables dans un contentieux. Cette obligation de vigilance impose une « malléabilité du fait générateur de responsabilité »²⁸³ facilitant la mise en cause des entreprises responsables. On peut y voir une forme d'imputabilité individuelle d'une charge collective : si chaque entreprise est tenue de déployer ses propres mesures, c'est en réalité une responsabilité qui se répartit sur l'ensemble des acteurs d'une chaîne de valeur, dans un contexte où les causes de dommage sont diffuses et multifactorielles²⁸⁴. Cette logique dépasse la sanction d'un

²⁷⁸ Nieto Martin, A. et Vilà Cuñat, A. (2025). « Histoires de Cronopes et Fameux dans la protection pénale de l'environnement, du climat et de la durabilité. », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1(1), 3-26.

²⁷⁹ Le considérant 62 du préambule de la directive CS3D du 13 juin 2024, soulignait ainsi que « le devoir de vigilance consiste notamment à publier des informations pertinentes sur les politiques, les processus et les activités de vigilance adoptés par l'entreprise pour recenser les incidences négatives réelles ou potentielles et y remédier, notamment sur les résultats et conclusions de ces activités. » cf. PE et Cons. UE, dir. n° 2024/1760, 13 juin 2024, JOUE L, 5 juill. 2024, sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859. ; v. également C. Michon, « Devoir de vigilance et transparence », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Septembre-Octobre 2022, n° 5, dossier 4.

²⁸⁰ M.-A. Frison-Roche, « La responsabilité *ex ante*, pilier du droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2022, n°12, p. 621.

²⁸¹ V. égal., B. Parance, E. Groulx et V. Chatelin, « Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care », *JDI*, 2018, n° 1, doct. 2, p. 21 et s.

²⁸² Ce sont ainsi « les formes, les procédés et le contenu à respecter pour qu'une information soit communiquée qui composent la norme de transparence. En droit, la transparence se comprend donc comme un mode de transmission d'une information » V. J-F Kerléo, « De quoi la transparence est-elle juridiquement le nom ? Pour une définition d'un concept de norme de transparence en vue de rationaliser le discours juridique », in *La transparence et le droit*, *RD A*, 2023, n° 26, p. 125.

²⁸³ Mekki, « Le devoir de vigilance, pointe avancée de la compliance », p.15.

²⁸⁴ Rapp. Morrell Heald, *The Social Responsibilities of Business. Company and Community, 1900-1960*, Cleveland, Press of Case Western Reserve University, 1970, cité par Rapport AN, Proposition de loi pour une éthique responsable des affaires, n° 4884, déposée le mardi 11 janvier 2022.

comportement déviant pour se rapprocher d'une imputabilité sociale et systémique, désignant l'entreprise comme l'acteur « le plus apte à agir » pour atteindre les objectifs poursuivis. La pression médiatique et concurrentielle accroît cet effet : la divulgation d'informations sur les risques et mesures préventives conditionne la réputation de l'entreprise et son acceptabilité sociale, exposant cette dernière à des sanctions économiques indirectes²⁸⁵.

06. La transparence comme vecteur de normativité. - Parallèlement, la transparence exerce une fonction de normativité sociale. La répétition d'indicateurs et de formats standardisés (émissions de CO₂, diversité des instances dirigeantes, respect des droits humains) contribue à l'émergence de standards implicites qui s'imposent, par mimétisme ou pression concurrentielle, à des acteurs non soumis formellement à l'obligation légale. Cette normalisation, portée par la soft law, les classements extra-financiers et les benchmarks sectoriels, produit des contraintes réelles : ce qui est mesuré et publié devient ce qui est valorisé, et donc ce qui est attendu. La transparence devient alors un instrument de régulation par l'information, créant une obligation d'alignement sur les « meilleures pratiques » du marché, les cabinets de conseil mandatés par les entreprises fondant souvent leurs modèles sur les plans jugés « best in class ».

Ainsi, loin d'être un simple attribut déclaratif,

²⁸⁵ Conseil d'État, Étude annuelle 2020. Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques, Paris, La Documentation française, 2020 (étude approuvée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 9 juillet 2020). Concernant les sanctions économiques indirectes issues d'enquêtes ou de demandes d'informations supplémentaires, on peut citer la guerre économique menée par la Chine contre le Cognac français, la Chine ayant lancé plusieurs enquêtes anti-dumping contre des marques de spiritueux français, ce qui a entraîné une baisse considérable de la valeur des différentes entreprises en bourse, dès l'annonce des enquêtes. V. en ce sens T. Quiles et A. Clabault « Cognac, véhicules électriques et autres histoires... », conférence, *Comité culture & influence des Jeunes IHEDN*, 1er décembre 2024 ; supports en ligne : NORMA Project, 3 déc. 2024

la transparence dans le cadre du devoir de vigilance est un dispositif hybride : à la fois instrument juridique de responsabilisation et vecteur de régulation sociale, elle façonne les comportements organisationnels et diffuse, dans le tissu économique, des standards composites, juridiques, contractuels et éthiques, qui comporte un revers : il peut être détourné pour cadrer le récit et réduire l'exposition réelle au contrôle.

II. La transparence comme outil stratégique

07. Un outil de contrôle narratif. - Si la transparence renforce la redevabilité et contribue à structurer des standards implicites, elle constitue également un instrument stratégique permettant aux entreprises de contrôler l'information et de maîtriser le récit qu'elles projettent vers l'extérieur. Dans le cadre du devoir de vigilance, tel que défini à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, les entreprises conservent une large latitude pour déterminer quelles données rendre publiques, sous quelle forme et à quel moment²⁸⁶. Cette marge ne se limite pas au contenu technique du plan : elle s'étend au périmètre des obligations, notamment à travers l'interprétation de la

²⁸⁶ L'article L. 225-102-1 du Code de commerce (anc. art. L.225-102-4, issu de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre), détaille en cinq point succincts, les mesures contenues dans le plan « 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ; 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ; 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ; 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans la dite société ; 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité. »

notion de « relation commerciale établie »²⁸⁷. Cette expression, utilisée par exemple en cas de rupture brutale de relations commerciales établies, reste juridiquement floue dans le contexte du devoir de vigilance : inclut-elle uniquement les partenaires directs ? englobe-t-elle certaines relations indirectes mais stratégiques ? qu'en est-il des relations ponctuelles mais significatives ? Faute de définition précise, les entreprises peuvent adopter une interprétation restrictive, réduisant ainsi le champ des risques et acteurs couverts par leur plan de vigilance, tout en maintenant une apparence de conformité²⁸⁸.

08. Du flou normatif à la transparence de façade. - Ce contrôle narratif s'appuie également sur des techniques d'« opacité structurelle » qui rendent l'information moins exploitable. Cela inclut l'usage d'un langage technique ou juridique peu accessible, la dispersion des éléments clés dans plusieurs sections ou documents et l'absence d'indicateurs comparables d'une année sur

l'autre.

Ces pratiques prospèrent dans un cadre juridique lacunaire. L'article L. 225-102-1 du Code de commerce fixe une obligation de principe, mais n'impose aucun format, indicateur ou méthode de collecte standardisée, contrairement à d'autres champs réglementés comme le reporting financier ou la finance durable²⁸⁹.

Cette carence normative se traduit par une forte hétérogénéité des pratiques sectorielles²⁹⁰. Chaque entreprise élabore son plan selon ses propres critères, sa culture interne et la pression exercée par ses parties prenantes. Les écarts de granularité, de structure et de précision rendent toute comparaison inter-entreprises difficile, voire impossible, même au sein d'un même secteur²⁹¹.

09. Un contrôle judiciaire et sociétal limité. – Cette diversité de pratiques fragilise l'effectivité du contrôle externe. L'évaluation

²⁸⁷ C. com, art. L. 225-102-4, II. Dans le cadre de la proposition Omnibus, cette étendue serait bientôt limitée : sauf exceptions, seraient exclus les partenaires commerciaux indirects (Proposition de la Commission, art. 4.4 ; Proposition du Conseil, art. 4.4) V.Comm. UE, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 et (UE)2024/1760 en ce qui concerne certaines obligations relatives à la publication d'informations en matière de durabilité et au devoir de vigilance applicables aux entreprises, COM(025) 81 final, 26 févr. 2025 ; Commission des affaires juridiques du Parlement européen, Draft report on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2006/43/EC, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements, 2025/0045(COD), 26 mai 2025 ; Cons. UE, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2006/43/EC, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements. Mandate for negotiations with the European Parliament, 2025/0045(COD), 21 juin 2025

²⁸⁸ Deux visions différentes du devoir de vigilance peuvent ainsi être adoptées : l'une simplifiée, s'adaptant à l'organisation actuelle des entreprises, et l'autre, exigeante, qui « doit conduire les entreprises qui se trouvent à la

*tête d'une chaîne d'activités à configurer cette dernière à la mesure de leur capacité d'exercer leur vigilance. Cette interprétation exigeante conduit les entreprises à renforcer leurs moyens de vigilance pour qu'ils soient à la mesure de leur devoir. Elle peut aussi conduire à réinternaliser certaines activités ou à en relocaliser d'autres, etc. » v. T. Sachs, « Le projet de directive Omnibus : anatomie d'un recul du devoir de vigilance », *Revue du travail*, 2025, p.248. ; v. également les propositions de modifications du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris de l'article 8 de la CS3D, dédié au Champ de la chaîne d'activités soumis l'obligation de procéder à une évaluation approfondie, v. HCJP, *avis rendu à l'occasion de la publication de la proposition de directive « Omnibus » modifiant certaines dispositions de la Directive européenne sur le devoir de vigilance*, 24 avril 2025.*

²⁸⁹ Ce point tend à évoluer, notamment à travers le croisement des différentes informations dues au titre de la vigilance (la CS3D) et celles dues au titre de la durabilité (la CSRD), mais le devoir de vigilance semble toujours lacunaire face aux standards imposés dans les reportings financiers.

²⁹⁰ Sur l'encadrement normatif v. également, CNCDH, « Proposition Omnibus I : résister à la dérégulation au détriment des droits humains et de l'environnement », avis n° A-2025-5, adopté le 20 mai 2025, publié le 26 mai 2025.

²⁹¹ En ce sens, v. Sherpa, *Bilan de l'application de la loi sur le devoir de vigilance*, 2021, p. 12.

par un juge ou une autorité devient plus complexe, parfois au point de nécessiter le recours à des experts extérieurs²⁹². Ce flou procédural permet aux entreprises de revendiquer la conformité tout en conservant une marge de manœuvre importante, affaiblissant ainsi le caractère véritablement contraignant de l'obligation.

Ces imprécisions permettent aux entreprises de revendiquer une conformité "formelle" tout en conservant une marge opérationnelle importante, affaiblissant la portée contraignante du dispositif. Il favorise l'émergence d'une "transparence de façade" : mise en avant d'actions valorisantes et occultation des risques résiduels. L'asymétrie d'information qui en découle renforce la position dominante de l'entreprise, lui permettant de cadrer le débat public et de limiter les interprétations défavorables. Dès lors, la transparence peut servir davantage à légitimer qu'à exposer l'action à un contrôle effectif.

Certaines juridictions ont néanmoins commencé à déconstruire ce contrôle narratif, notamment dans le champ environnemental, lorsque la communication occulte des manquements matériels, comme nous le verrons avec l'affaire Total. On peut également souligner que, face à l'externalisation des plans de vigilance à des cabinets spécialisés, les rapports de vigilance tendent à uniformiser, à lisser la présentation

des risques, et donc complexifier la pratique du contrôle externe²⁹³.

III. Cadre normatif et portée juridique

10. Du volontarisme RSE à l'obligation légale. - Le devoir de vigilance illustre un mouvement structurel : celui du passage d'engagements volontaires de responsabilité sociétale (*soft law*) à une obligation légale assortie d'un mécanisme de transparence contrôlable²⁹⁴. Initialement portée par l'auto-régulation, la transparence s'est progressivement muée en un dispositif plus contraignant, prenant la forme d'une co-régulation avec les autorités publiques²⁹⁵. Dans ce cadre, la responsabilité « rétrospective » (répondre des manquements) se trouve complétée par une responsabilité « prospective » et anticipatrice²⁹⁶.

Les entreprises ont tout d'abord initié une transparence concernant la protection des droits des personnes ou de l'environnement pour démontrer leur respect d'initiatives unilatérales ou sectorielles : codes éthiques, chartes RSE, Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (2011) ou Lignes directrices de l'OCDE (2011)²⁹⁷. Ces instruments, non contraignants, visaient à renforcer la légitimité sociale des entreprises sans créer

²⁹² Sur le manque de clarté normative et procédurale, voir TJ Paris, 28 février 2023, n° 22/53942 et 22/53943, soulignant que la loi a fixé des objectifs « monumentaux » sans fournir de lignes directrices précises ni standards d'évaluation, ce qui a conduit le tribunal à solliciter l'avis exceptionnel de trois professeurs, M.-A. Frison-Roche, B. Deffains, et J.-B. Racine comme amici curiae ; v. CNCDH, *Avis sur le devoir de vigilance*, 2020, p. 9 ; v. également Sherpa, *Bilan de l'application de la loi sur le devoir de vigilance*, 2021, p. 14.

²⁹³ Voir par exemple Pauline Barraud de Lagerie, Elodie Béthoux, Rémi Bourguignon, Arnaud Mias, Élise Penalva-Icher. « Mise en oeuvre de la Loi sur le devoir de vigilance Rapport sur les premiers plans adoptés par les entreprises ». [Rapport de recherche] Bureau International du Travail. 2019. Voir <https://hal.science/hal-02819496/file/2020%20-%20rapport%20OIT%20Vigilance.pdf>

²⁹⁴ L. D'Ambrosio, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures », *Droit et société*, 2020, n°106, p.633-647. ; voir également J.-Ph. Robé, « Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise », *Entreprises et histoire*, 2009, n°57, p.165-183.

²⁹⁵ P. Deumier, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1564.

²⁹⁶ L. d'Ambrosio, « Le contentieux contre les Carbon Majors : esquisse d'un système de responsabilité des entreprises dans le domaine du changement climatique », in M. Torre-Schaub (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisation du droit*, Paris, Mare et Martin, 2021, p. 215 et s.

²⁹⁷ OCDE, *Lignes directrices à l'intention des entreprises multinationales*, 2011 ; ONU, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, 2011.

d'obligations juridiquement opposables. Le devoir de vigilance, comme nous l'avons vu, rompt avec cette logique. Désormais, la violation de référentiels issus du soft law, qu'il s'agisse de principes directeurs de l'ONU, de lignes directrices de l'OCDE ou de normes ISO, peut contribuer à caractériser un manquement au devoir de vigilance. L'engagement volontaire devient alors opposable : intégré dans des documents contractuels ou dans des communications publiques, il peut être mobilisé par le juge pour apprécier l'étendue des obligations de vigilance²⁹⁸. En reprenant les principes et méthodes de référentiels volontaires préexistants, cette loi opère une incorporation normative²⁹⁹ : certains standards relevant de la soft law acquièrent, par leur mention ou leur mobilisation dans un texte contraignant, une force quasi obligatoire. Le devoir de vigilance se base donc sur une multitude de normes d'origines légales et contractuelles, ayant une force contraignable à géométrie variable. Le mécanisme d'alignement sur les « *best in class* », déjà mentionné plus haut renforce également le caractère impératif des référentiels de soft law, créant indirectement une forme de « norme » générale, permettant aux juges de comparer les différents plans publiés et mesures mises en place par les entreprises.

11. La transparence comme instrument stratégique. - Ce basculement s'accompagne d'un transfert de responsabilité normative : l'État énonce le principe, mais l'entreprise définit les modalités, choisit ses indicateurs et rend compte publiquement de ses résultats. L'obligation de vigilance combine ainsi une responsabilité rétrospective (répondre des manquements) et prospective (anticiper et prévenir). Dans cette architecture, la

transparence devient l'instrument principal de justification et de preuve, mais aussi une source de vulnérabilité juridique. En effet, le plan de vigilance peut devenir un outil stratégique entre les mains des parties prenantes, visant à contraindre l'entreprise à produire une transparence substantielle, c'est-à-dire un contenu précis, complet et vérifiable.

Les affaires récentes visant TotalEnergies illustrent cette dynamique. Plusieurs ONG (Les Amis de la Terre, Survie, Notre Affaire à Tous) demandaient en référé que TotalEnergies complète/précise son plan de vigilance concernant les projets Tilenga et EACOP (mesures, cartographie, suivi). Le juge des référés s'est déclaré incompétent au profit du tribunal de commerce : l'élaboration et la mise en œuvre du plan sont qualifiées d'« actes de gestion » relevant des relations économiques de l'entreprise ; compétence consulaire confirmée en appel. En qualifiant le plan de vigilance comme un instrument de gouvernance interne, ces décisions déplacent le contentieux vers un juge centré sur les enjeux économiques et la liberté de gestion, et rendent plus difficile un contrôle immédiat et substantiel, en urgence, du contenu (et donc de la transparence effective) du plan. Elles illustrent ainsi que la transparence devient un levier stratégique : ce que l'entreprise choisit d'exposer (ou non) dans son plan structure le terrain procédural et la densité du contrôle juridictionnel³⁰⁰.

Dans un second contentieux (2020-2021), d'autres ONG et plusieurs collectivités ont demandé l'alignement du plan sur l'Accord de Paris ; le tribunal judiciaire s'est reconnu compétent, ouvrant une voie civile potentiellement plus propice à un contrôle

²⁹⁸ V. en ce sens Cass. com., 23 janvier 2007, n° 05-13189, où la Cour de cassation a jugé que la qualification « purement éthique » d'un engagement ne s'impose pas au juge : lorsqu'une partie exprime clairement la volonté de s'obliger, même de manière présentée comme morale, cet engagement peut produire des effets juridiques contraignants.

²⁹⁹ G. Branellec, I. Cadet, *Le devoir de vigilance des entreprises françaises : la création d'un système juridique en boucle qui dépasse l'opposition hard law et soft law*, 12^e Congrès du

RIODD « Quelles responsabilités pour les entreprises ? », Paris, 19-20 octobre 2017, version déposée le 4 février 2019 sur HAL SHS, [en ligne] : <https://shs.hal.science/halshs-02000819v1>.; (Mekki, « Le devoir de vigilance, pointe avancée de la compliance », 2023, p. 12-14.

³⁰⁰ TJ Nanterre, ord. réf., 30 janv. 2020, nos 19/02833 et 19/02834 ; CA Versailles, 10 déc. 2020, nos 20/01692 et 20/01693.

substantiel du contenu du plan³⁰¹

Ces affaires, inédites en France, ont conduit à des décisions divergentes sur la compétence juridictionnelle, révélant que l'absence de standardisation de l'obligation de vigilance ne laisse pas seulement aux entreprises une marge de manœuvre sur le contenu des plans, mais ouvre aussi un champ d'incertitude sur la nature du contrôle juridictionnel de cette obligation de transparence.

12. L'arrêt « La Poste » : une transparence nécessaire. - À cet égard, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 17 juin 2025 constitue une illustration marquante de l'ambivalence de la transparence dans le cadre du devoir de vigilance³⁰². Première décision d'appel au fond sur cette loi, il confirme une lecture nuancée du champ de la transparence à la charge des entreprises³⁰³. La Cour a examiné, de manière méthodique, plusieurs composantes du plan de vigilance de La Poste : la cartographie des risques ; les procédures d'évaluation des filiales, sous-traitants et fournisseurs ; les actions d'atténuation et de prévention des atteintes graves ; le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements ; le dispositif de suivi des mesures.

Sur ce fondement, la juridiction a enjoint à La Poste : (i) de compléter la cartographie des risques afin d'assurer leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ; (ii) d'établir des procédures d'évaluation des sous-traitants adaptées aux risques identifiés ; (iii) de mettre en place un mécanisme d'alerte concerté avec les organisations syndicales représentatives ; (iv) de publier un véritable

dispositif de suivi des mesures de vigilance.

La Cour a précisé que les mesures de vigilance doivent être spécifiques et adaptées aux activités et opérations de l'entreprise, et non génériques. Elle a également clarifié que si la loi n'impose pas formellement de consulter les parties prenantes lors de la cartographie des risques, elle exige un dialogue effectif avec les syndicats représentatifs pour la mise en place du mécanisme d'alerte.

13. L'arrêt « La Poste » : une transparence à deux vitesses. - En revanche, la Cour a confirmé que La Poste n'était pas tenue, au titre du devoir de vigilance, de publier la liste exhaustive de ses fournisseurs et sous-traitants, consacrant ainsi la possibilité de limiter la diffusion de certaines informations jugées sensibles ou stratégiques. Cette position s'écarte de l'interprétation défendue par certaines ONG, telles que Sherpa, dont le guide d'interprétation (2018) insiste sur l'exhaustivité attendue : identification de toutes les sociétés couvertes, recensement complet des risques, précision sur les actions menées, moyens engagés et résultats obtenus³⁰⁴.

En retenant cette approche, la Cour valide implicitement la possibilité pour l'entreprise de distinguer un plan interne, exhaustif et détaillé, d'un plan public, volontairement partiel. Comme le souligne J.-B. Barbiéri, « c'est l'organisation de cette transparence qu'il faut penser, avec toutes les nuances (et les excès) qu'elle peut permettre »³⁰⁵. Cette conception rejoint les réflexions sur la « contractualisation de la transparence » dans la chaîne de valeur. Ainsi, L.-M. Augagneur observe que des stipulations contractuelles

³⁰¹ TJ Nanterre, ord. JME, 11 févr. 2021, n° 20/00915. Exception d'incompétence rejetée : le tribunal judiciaire retient sa compétence au regard du droit d'option du demandeur non commerçant, en se référant notamment à Cass. com., 18 nov. 2020, n° 19-19.463 (dit « Uber »). Portée : cette voie civile permet aux ONG/collectivités de solliciter un contrôle plus normatif de la conformité du plan de vigilance aux objectifs de l'Accord de Paris.

³⁰² CA Paris, 17 juin 2025, n° RG 24/05193 confirmation des injonctions prononcées le 5 déc. 2023

³⁰⁴ Sherpa, *Guide d'interprétation de la loi sur le devoir de vigilance*, déc. 2018 ; P. Barraud de Lagerie, E. Béthoux, R. Bourguignon, A. Mias, E. Penalva-Icher, *Mise en œuvre de la loi sur le devoir de vigilance : rapport sur les premiers plans adoptés par les entreprises*, Rapport pour le Bureau International du Travail (BIT), Genève, 2020.

³⁰⁵ J.-B. Barbiéri, « Devoir de vigilance : la cour d'appel garde le cap », *Droit des sociétés*, juill. 2025, n° 7, alerte 138

peuvent encadrer strictement l'accès, la diffusion et l'usage des informations sensibles partagées avec des partenaires, afin d'éviter tout « dévoiement » à des fins concurrentielles ou opportunistes³⁰⁶.

En définitive, l'arrêt La Poste met en lumière la tension structurelle entre l'objectif de redevabilité et la préservation des intérêts stratégiques de l'entreprise. Plus la transparence publique est fragmentée, plus l'efficacité des mécanismes de contrôle externe et des contre-pouvoirs est réduite.

L'évolution législative récente, avec l'article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire désignant des tribunaux judiciaires spécialisés, pourrait contribuer à homogénéiser ce contrôle et, partant, à renforcer la portée régulatrice de la transparence dans le devoir de vigilance³⁰⁷. En pratique, la transparence cesse alors d'être un simple affichage : elle produit un effet normatif, notamment lorsque les juges, en s'appuyant sur des référentiels ou sur la pratique sectorielle, commencent à apprécier la suffisance et la précision des informations publiées.

IV. Défis persistants et perspectives

14. L'épineuse notion de « risque ». - Dans le cadre du devoir de vigilance, le « risque » n'est jamais une donnée neutre : il est produit par des processus organisationnels, des outils et... des choix. Première limite, structurelle : la sélection stratégique des risques à communiquer. De nombreuses grandes

entreprises externalisent une partie de la cartographie à des cabinets de conseil ; la commission d'enquête du Sénat a précisément documenté l'influence de ces cabinets sur les politiques publiques et les outils de gestion, en soulignant les risques de dépendance méthodologique et d'« alignement » des diagnostics sur des matrices standardisées qui peuvent minorer certains risques sensibles pour le donneur d'ordre³⁰⁸. Les cabinets de conseil se positionnent en « hub de compétences » pour reprendre l'expression utilisée par Roland Berger et Wavestone dans leur réponse à l'accord-cadre de la DITP en 2017 : ils mobilisent tout un écosystème varié de partenaires, « dans une logique de fertilisation » et en garantissant un « fonctionnement sans couture à l'administration »³⁰⁹. À rebours de ce biais, les Principes directeurs de l'OCDE sur le devoir de diligence exigent une implication substantielle des parties prenantes tout au long de la chaîne de valeur et déconseillent toute approche de conformité « case-par-case » centrée sur la seule remontée d'informations internes³¹⁰.

Deuxième écueil, récurrent : une vigilance concentrée sur l'amont (fournisseurs de rang 1) au détriment de l'aval (usages, mises sur le marché, fin de vie), alors que l'OCDE recommande explicitement d'identifier et de prévenir les incidences en amont et en aval de l'activité, y compris au-delà des relations contractuelles immédiates³¹¹. Cette myopie « amont » entretient un angle mort sur des risques diffus, pourtant juridiquement pertinents lorsqu'ils résultent des « relations

³⁰⁶ Sur le risque de dévoiement et l'aménagement de nouvelles garanties par les entreprises afin de s'en protéger, v. notamment L-M Augagneur, « Les transactions de durabilité dans les relations économiques », *RTD com.*, 2025, p. 15.

³⁰⁷ Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, art. L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire

³⁰⁸ Sénat, Rapport d'information n° 578 (2021-2022) — Commission d'enquête sur l'influence des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques, 2022 (chap. « Le pilotage par les consultants »). Lien (site du Sénat) : <https://www.senat.fr/rap/r21-578-1/r21-578-16.html>

³⁰⁹ Réponse de Roland Berger à l'appel d'offres de la DITP (à l'époque SGMAP), novembre 2017.

³¹⁰ OCDE, Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, 2018. Le guide souligne notamment la nécessité de récolter les différents risques posés en amont de la chaîne de valeur, et d'instaurer une culture de la communication d'informations tout au long de cette dernière, afin de communiquer des risques plus proche de la réalité parfois éloignée géographiquement. voir https://www.oecd.org/content/dam/oecd/fr/publications/reports/2018/02/oecd-due-diligence-guide-for-responsible-business-conduct_c669bd57/a9375127-fr.pdf

³¹¹ Ibid.

commerciales établies » au sens du Code de commerce.

Troisième problème, conceptuel : la confusion entre risque brut (*inherent risk*) et risque net (*residual risk*). Les référentiels de gestion des risques rappellent que le premier se mesure avant toute mesure de maîtrise, quand le second se calcule après prévention, atténuation et contrôle ; les mélanger revient à neutraliser la hiérarchisation et à rendre la cartographie falsifiable³¹². Dans une logique de redevabilité, l'entreprise devrait donc publier, au minimum, les hypothèses clés, les niveaux de probabilité/gravité bruts et les écarts résiduels réellement obtenus, faute de quoi l'exercice perd sa portée probatoire.

15. L'entreprise face aux risques systémiques. - On peut ajouter une quatrième limite à l'analyse des risques du devoir de vigilance : la compréhension encore défaillante de certains risques systémiques, tel que le risque cyber. Trop souvent, ils sont appréhendés au seul prisme de la protection des données personnelles, alors que l'enjeu premier pour les droits des personnes peut s'avérer être la continuité de service : une attaque paralysant un opérateur de communications ou un prestataire critique peut interrompre l'accès à des services vitaux (santé, information, paiements). Les rapports de l'ENISA (European Union Agency for Cybersecurity) montrent la montée en

puissance d'incidents systémiques ; la directive (UE) 2022/2555 dite « NIS 2 » généralise d'ailleurs une gestion holistique du risque, imposant politiques de gestion des risques, continuité et notification aux entités essentielles et importantes bien au-delà du périmètre « données personnelles »³¹³.

De l'évolution de la prise en compte par le législateur du risque cyber se dessine une évolution normative majeure : l'émergence d'une forme de responsabilité de continuité de service privé dans des secteurs dont la défaillance affecte directement l'effectivité des droits des individus. Un nombre grandissant de réglementations sectorielles abordent ce risque systémique. Par exemple, le Code européen des communications électroniques et le Code des postes et des communications électroniques français imposent déjà aux opérateurs des obligations de permanence, de qualité, de disponibilité, de sécurité et d'intégrité des réseaux, incluant la continuité des communications d'urgence et la notification d'incidents : « *L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont libres sous réserve du respect de règles portant sur les conditions de permanence, de qualité, de disponibilité, de sécurité et d'intégrité du réseau et du service qui incluent des obligations de notification à l'autorité compétente des incidents de sécurité ayant eu un impact significatif sur leur fonctionnement* »³¹⁴. Dans la finance, le

³¹² COSO & WBCSD, *Applying Enterprise Risk Management to Environmental, Social and Governance-related Risks*, 2018. Ce rapport définit le risque brut comme « Le risque pour une entité en l'absence de mesures directes ou ciblées de la part de la direction pour en modifier la gravité. » et le risque net comme « Risque restant après que la direction a pris des mesures pour en modifier la gravité. ». L'étude souligne à plusieurs reprises la notion de « choix des risques résiduels » par l'entreprise, celle-ci devant sélectionner les mesures à mettre en place, et parle de « risque résiduel cible », défini comme niveau de risque qu'une entité préfère assumer dans la poursuite de sa stratégie et de ses objectifs commerciaux, sachant que la direction mettra en œuvre ou a mis en œuvre des mesures directes ou ciblées visant à modifier la gravité du risque. ». Voir sur https://docs.wbcsd.org/2018/10/COSO_WBCSD_ESGERM_Guidance.pdf

³¹³ ENISA, *Threat Landscape 2024*, voir sur https://www.enisa.europa.eu/sites/default/files/2024-11/ENISA%20Threat%20Landscape%202024_0.pdf

³¹⁴ Code des postes et des communications électroniques, art. L. 33-1 I a) et I e). Ces dispositions existent également au niveau européen : « Les États membres veillent à ce que les fournisseurs de réseaux de communications électroniques publics ou de services de communications électroniques accessibles au public prennent des mesures techniques et organisationnelles adéquates et proportionnées pour gérer les risques en matière de sécurité des réseaux et des services de manière appropriée. Compte tenu des possibilités techniques les plus récentes, ces mesures garantissent un niveau de sécurité adapté au risque existant. En particulier, des mesures sont prises, y compris le chiffrement le cas échéant, pour prévenir et limiter l'impact des incidents de sécurité pour les utilisateurs et pour d'autres réseaux et services. », Directive (UE)

règlement DORA (Digital Operational Resilience Act) érige la continuité opérationnelle cyber et les tests de résilience en standard opposable à toutes les entités financières et à leurs prestataires critiques, avec une obligation de transparence de l'entité sur ses tiers critiques, afin que l'autorité puisse déterminer des tiers critiques pour la place, c'est-à-dire des tiers dont l'arrêt d'activité, par exemple en cas de cyberattaque, pourrait entraîner des impacts systémiques sur les entités financières³¹⁵. Ajoutée aux exigences NIS 2 pour les secteurs essentiels, cette trajectoire objective un noyau d'obligations de vigilance cyber orientées non plus seulement vers la confidentialité des données, mais vers la sûreté et la continuité des services, rejoignant la finalité protectrice du devoir de vigilance : prévenir des atteintes graves aux personnes lorsque l'arrêt d'un service privatise de facto une fonction d'intérêt général. Or, le risque cyber est absent ou sous-documenté dans la majorité des plans de vigilance.

16. Ouverture. L'épineuse question des sanctions. - Huit ans après l'entrée en vigueur de la loi française, un constat persiste : l'effectivité demeure lacunaire. En octobre 2024, près de 20 % des entreprises assujetties n'avaient toujours pas publié de plan de vigilance, faute notamment d'autorité indépendante chargée d'en contrôler la mise en conformité ; et lorsqu'ils existent, ces plans présentent souvent des contenus « particulièrement faibles », révélant une opacité persistante sur les mesures effectivement déployées le long des chaînes de valeur³¹⁶.

C'est précisément à ce nœud de tensions que se place ce travail : montrer comment la transparence, conçue comme levier de

redevabilité, peut devenir outil de contrôle narratif ; comment la définition et la hiérarchisation des risques (bruts / résiduels, amont / aval) orientent la portée réelle de l'obligation, pourquoi les dimensions systémiques tel que le cyber, au cœur de la continuité d'activité et, partant, de l'accès effectif aux droits, exige de dépasser une lecture centrée sur la seule entreprise ; Enfin, il convient de souligner que l'architecture des sanctions (aujourd'hui parcimonieuse) conditionne l'effectivité du dispositif. Autrement dit : rendre visible, comparable et vérifiable ce que la loi entend prévenir est nécessaire pour que la vigilance cesse d'être un affichage et devienne une norme opératoire.

Ce décalage entre conformité affichée et effective nourrit une judiciarisation progressive, malgré un dispositif français peu armé répressivement. En effet, la loi sur le devoir de vigilance n'institue ni amende administrative ni autorité de supervision dédiée ; elle s'appuie sur la mise en demeure, l'injonction sous astreinte et, en cas de manquement, la responsabilité civile de droit commun. Cependant dans la pratique, la mise en demeure est utilisée comme outil stratégique de précontentieux. De 2017 à 2024, on ne recense qu'une trentaine de mises en demeure et treize actions judiciaires, pour deux décisions au fond, signe d'un contrôle juridictionnel lent et parcellaire, et d'un effet normatif qui reste largement tiré par la pression réputationnelle et le dialogue contentieux avec les parties prenantes. D'où l'intérêt, pour la suite, d'interroger des mécanismes de sanction procédurale (standards minimaux de publication, audit tiers, « *comply or explain* » renforcé) capables de donner une effectivité homogène au principe de transparence. Dans ce contexte, la

2018/1972 établissant le Code européen des communications électroniques (CECE), article 40. Lien : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32018L1972>

³¹⁵ Règlement (UE) 2022/2554 (« DORA ») du 14 décembre 2022 sur la résilience opérationnelle numérique du secteur financier. Voir Règlement (UE) 2022/2554 (« DORA ») du 14 décembre 2022 sur la

résilience opérationnelle numérique du secteur financier. Lien : <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2554/oj/eng>

³¹⁶ Novethic, « Yves Rocher, Casino, ou encore Lactalis... Près de 20 % des entreprises soumises au devoir de vigilance sont hors des clous », 14 octobre 2024, en ligne : <https://www.novethic.fr/economie-et-social/droits-humains/entreprises-manquements-devoir-vigilance-france>

perspective d'un devoir de vigilance européen (avec la création d'autorités nationales de contrôle³¹⁷) serait susceptible d'entraîner une montée en puissance du contrôle externe et une exigence accrue de transparence

substantielle.

³¹⁷ Au niveau de l'Union, la directive (UE) 2024/1760 du 13 juin 2024 sur le devoir de diligence des entreprises en matière de durabilité (« CS3D ») impose aux États membres de désigner une ou plusieurs autorités nationales de contrôle, indépendantes et dotées de pouvoirs d'enquête, d'injonction et de mesures provisoires, et organise leur coopération au sein d'un Réseau européen des autorités de contrôle (art. 24–25 et 28).

Elle exige un régime de sanctions “effectives, proportionnées et dissuasives”, comprenant a minima des amendes (calculées sur le chiffre d'affaires mondial net, plafond légal $\geq 5\%$) et la publicité des décisions pendant au moins cinq ans (art. 27, § 1, § 4–5). La directive institue en outre un régime de responsabilité civile permettant l'indemnisation intégrale des victimes en cas de manquement intentionnel ou négligent aux obligations de diligence (art. 29).

« La sentence arbitrale internationale à l'épreuve de la guerre russo-ukrainienne : la notion d'« ordre public » redéfinie par les juges européens et russes »

Yasmine Dekhil, doctorante en Droit comparé de l'arbitrage commercial international, faculté de droit-Université Jean Moulin Lyon III

La guerre, bien plus qu'une succession de batailles et de destructions, est une force aux effets contradictoires et profonds. Elle engendre un chaos tangible : ruines, déplacements massifs de populations, pertes humaines considérables. Mais ses secousses dépassent le champ militaire pour ébranler tout à la fois l'économie et le droit. Les marchés se figent, les contrats se dissolvent, et naissent inmanquablement de nouveaux litiges. Dans ce contexte, l'arbitrage commercial international devrait s'imposer comme un recours privilégié. Sa flexibilité et sa neutralité en font un instrument apte à pallier l'inertie ou la « partialité présumée » des juridictions étatiques. Pourtant, c'est précisément en temps de guerre et de crises prolongées que ses mécanismes sont mis à rude épreuve³¹⁸ : procédures interrompues, tribunaux arbitraux empêchés de siéger et, plus grave encore, sentences régulièrement rendues mais dont l'exécution se heurte au refus des autorités nationales. C'est sur cette dernière difficulté que s'attachera notre réflexion.

La sentence arbitrale bénéficie, *a priori*, de la protection conférée par la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Adoptée dans un contexte d'après-guerre, alors que le monde tentait de se relever des ravages de la Seconde Guerre mondiale, elle a été pensée pour sauver le commerce international et en assurer la sécurité juridique. Rapidement érigée en véritable « constitution mondiale »³¹⁹ de l'arbitrage commercial, la Convention tire sa force de l'article V, qui énumère de façon exhaustive les cas dans lesquels un juge étatique peut refuser l'exécution d'une sentence arbitrale. Son succès est manifeste, elle compte à ce jour 172 États adhérents³²⁰.

Toutefois, la pratique récente, et plus particulièrement depuis l'invasion de l'Ukraine par la Russie, a révélé les fragilités de la Convention de New York et mis en lumière ses limites. Les juges, tout en se réclamant des motifs prévus par l'article V, en élargissent l'interprétation afin d'y intégrer d'autres considérations, dans un contexte de guerre, essentielle-

³¹⁸ V. propos de V. Khvalei, « *The effect of war and crisis on Arbitration* », in A. Torline, *op. cit.* V. aussi ; H. A. Bassowa, « *L'influence des crises géopolitiques sur la neutralité et l'efficacité de l'arbitrage international* », club de l'arbitrage, 16 déc. 2024. Certains auteurs abordent des questions plus spécifiques, telles que l'obligation éventuelle pour l'arbitre de prendre en compte le droit humanitaire international dans la conduite du procès arbitral, v. notamment : D. Mainguy, « *Wararbitration: Arbitration in an*

Atmosphere of War », in International Journal of Procedural Law, Brill, 2 juin 2025.

³¹⁹ J. El Ahdab, D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage. Théorie et pratique*, 1re éd. LexisNexis, 19 août 2021.

³²⁰ V. le site de la Convention : <https://www.newyork-convention.org/french>

ment politiques. Cette vulnérabilité se manifeste avec une acuité particulière autour du motif d'« ordre public »³²¹, dont la définition, déjà fluctuante en temps de paix, connaît d'importantes variations d'un État à l'autre³²².

L'invasion de l'Ukraine par la Russie en février 2022 a profondément bouleversé l'ordre économique et juridique international. En réponse aux violations du droit humanitaire international, de nombreux États ont adopté des sanctions visant à contraindre la Russie à mettre fin au conflit et à tarir les sources de financement de la guerre. En retour, la Russie a instauré des contre-mesures destinées à protéger les entités visées et à préserver ses intérêts économiques. Dans ce contexte, l'arbitrage international est apparu comme une voie possible de contournement des restrictions. Afin de l'empêcher, la notion d'ordre public fait aujourd'hui l'objet d'une interprétation élargie, aussi bien par les juges européens que par les juges russes, mais suivant des orientations différentes. D'où une interrogation centrale : quelle est la véritable portée de l'ordre public, initialement conçu pour garantir l'efficacité des sentences arbitrales étrangères, lorsqu'il est mobilisé en temps de guerre ? Deux tendances principales se dégagent. D'une part, à des fins répressives (I), les

juridictions européennes intègrent les sanctions à leur ordre public, ce qui leur permet de refuser l'exécution d'une sentence favorable à une partie russe. D'autre part, dans une perspective défensive (II), la Russie érige ses propres mesures en instruments de protection de sa souveraineté et de ses entités visées par les sanctions. Ainsi, dans les deux cas, l'ordre public est instrumentalisé en rempart des intérêts politiques, mais selon des justifications et des finalités divergentes.

I – La mobilisation d'une interprétation large de l'ordre public à des fins répressives.

À la suite de l'opération militaire lancée par la Russie en Ukraine, les pays occidentaux se sont rapidement mobilisés pour affaiblir son économie, principalement en ciblant la manne énergétique russe, étant l'un des plus importants exportateurs mondiaux, avec près de 7 millions de barils de pétrole par jour et une position dominante sur le marché du gaz. Les États-Unis³²³, l'Union européenne³²⁴, le Royaume-Uni³²⁵, le Canada³²⁶, la Suisse³²⁷ ou encore le Japon³²⁸ ont ainsi mis en œuvre des sanctions internationales d'une ampleur sans précédent. Celles-ci, définies comme « des mesures économiques visant à manifester une désapprobation à l'égard des actes de la

³²¹ Art. V, §2 (b) de la Convention de New York de 1958. « □...□ 2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate : □...□ b. Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

³²² Guide du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, janv. 2017, p. 252. V. *infra* n° 7 et 10.

³²³ Voir le site de l'*Office of Foreign Assets Control* (OFAC) et du U.S. Department of the Treasury.

³²⁴ Depuis février 2022, l'UE a imposé son 18e série de sanctions, incluant des interdictions d'exportation de biens et technologies, des gels d'avoirs, des restrictions de voyage et des interdictions d'importation de certains produits russes. V. en ce sens le site de l'European Union External Action et de la Commission européenne. V. *infra* n° 8.

³²⁵ Dès 2022, Londres a adopté des sanctions contre la Russie, récemment renforcées en s'alignant sur celles

de l'UE. Elles visent notamment le secteur pétrolier, avec l'abaissement du plafond du prix à l'exportation, afin de couper le financement de la guerre en Ukraine. V. en ce sens les propos du chef de la diplomatie David Lammy (*Le Figaro*). Pour plus d'informations sur les sanctions du Royaume-Uni, v. le site du gouvernement du Royaume-Uni.

³²⁶ Règlement modifiant le Règlement sur les mesures économiques spéciales visant la Russie : DORS/2025-141. V. le site du gouvernement du Canada.

³²⁷ Le 28 février 2022, le Conseil fédéral Suisse a décidé de reprendre les sanctions de l'UE contre la Russie de sorte à renforcer leur impact. L'ordonnance existante a été soumise à une révision totale le 4 mars 2022. Ordonnance instituant des mesures en lien avec la situation en Ukraine du 4 mars 2022 n° RS 946.231.176.72 (État le 12 août 2025).

³²⁸ La Japon a adopté des sanctions contre la Russie depuis 2022, qui se renforcent d'autant plus avec l'aggravation de la guerre. V. en ce sens les « Mesures japonaises d'exportation et d'importation à l'encontre de la Russie et de la Biélorussie » du 10 janv. 2025.

cible ou à la pousser à modifier certaines politiques, pratiques ou même la structure de son gouvernement »³²⁹, ont pris diverses formes : interdiction du marché secondaire de la dette souveraine russe, restrictions à l'encontre des grandes banques, embargo sur certaines technologies sensibles, gel des avoirs et interdictions de voyager frappant l'élite russe³³⁰.

D'ailleurs, les entités russes sanctionnées ont eu recours à l'arbitrage pour faire valoir leurs droits et obtenir l'exécution de sentences arbitrales rendues en leur faveur sur le territoire d'un État membre de l'UE. Perçue comme une tentative de contournement des sanctions, cette pratique a conduit les juges européens à intégrer ces sanctions à leur ordre public, justifiant parfois le refus d'exécuter toute sentence favorable à une partie russe, sans examen approfondi. Cette situation invite à s'interroger sur la manière dont ces sanctions ont été intégrées à la notion d'ordre public et à examiner la perception de celle-ci par les différentes juridictions.

L'intégration des sanctions internationales dans la notion d'ordre public. La notion d'ordre public ne bénéficie pas d'une définition universelle et demeure, par essence, tributaire de la conception propre à chaque État. Cette relativité résulte du choix même de la Convention de New York, qui renvoie expressément à « l'ordre public de ce pays », laissant à chaque État le soin d'en déterminer le contenu. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a

défini l'ordre public international comme « l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international »³³¹. Dans la même logique, les juridictions allemandes ont considéré qu'une sentence contrevient à l'ordre public lorsqu'« elle méconnaissait une norme régissant les fondements de la vie publique et économique allemande, ou s'opposait irrémédiablement à la conception allemande de la justice »³³². De leur côté, les juridictions américaines adoptent une approche étroite : selon les termes désormais classiques de l'arrêt de la Cour d'appel du deuxième circuit dans l'affaire *Parsons*, « l'exécution des sentences arbitrales étrangères ne peut être refusée – sur le fondement de l'ordre public – que si cette exécution est susceptible de porter atteinte aux valeurs les plus fondamentales de morale et de justice de l'État du for »³³³. Ces définitions, bien qu'en apparence convergentes, laissent ouverte la question de savoir si des sanctions internationales, de nature purement politique, peuvent être intégrées à la notion d'ordre public et, le cas échéant, selon quelles modalités.

Le refus d'intégration des sanctions dans l'ordre public par les juges américains. L'approche adoptée par les juges américains est plus étroite que celle adoptée en Europe. Dans l'affaire *Ministry of Defense & Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*³³⁴, la cour d'appel du 9e circuit a été saisie d'une demande de refus

³²⁹ V. en ce sens : F. Lachenmann & R. Wolfrum, *International Economic Law – The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, OUP, 2015, p. 242 et S. De Navacelle, J. Zorrilla, G. Arnoult, « La validité des sentences arbitrales et le caractère d'ordre public des sanctions internationales », 13 mai 2024.

³³⁰ Il convient de souligner que l'Allemagne a également suspendu la certification du projet de gazoduc Nord Stream 2. V. en ce sens : Z. Basu, « *Germany halts Nord Stream 2 certification over Russia's actions* », 23 fév. 2022.

³³¹ CA Paris, *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar c. M. N'DOYE Issakha*, 16 oct. 1997, v. en ce sens Guide du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), *op. cit.*, p. 254.

³³² V. par ex., Haute Cour régionale de Munich, 34 Sch 019/05, 28 novembre 2005.

³³³ CA des États-Unis, 2e circuit, *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, 23 décembre 1974, 508 F.2d 969, p. 974, v. en ce sens Guide du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), *op. cit.*, p.253.

³³⁴ CA des États-Unis, 9e circuit, *Ministry of Defense & Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*, 15 décembre 2011, 665 F.3d 1091. V. en ce sens, S. De Navacelle, J. Zorrilla, G. Arnoult, *op. cit.*

de reconnaissance d'une sentence arbitrale rendue en faveur du ministère iranien de la Défense, au motif que les sanctions économiques américaines contre l'Iran interdiraient toute exécution de la sentence. La cour a rejeté cet argument, rappelant que la simple existence de sanctions ne constitue pas, en soi, une composante de l'ordre public américain selon la Convention de New York. Si ces mesures traduisent une politique nationale de coercition économique et diplomatique, elles ne représentent pas des valeurs fondamentales de moralité et de justice dont la violation heurterait l'ordre juridique du pays. Elle a souligné que l'ordre public consacré par la Convention vise à garantir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales et ne peut être subordonné à des considérations de politique étrangère. Bien que les États-Unis ne fassent pas l'objet direct de la présente étude, leur approche, fidèle à l'esprit de la Convention de New York, permet de comprendre la manière dont les juges européens ont adopté une interprétation plus large de l'ordre public.

L'intégration des sanctions dans l'ordre public par les juges européens selon la source des sanctions. Au sein de l'UE, l'intégration des sanctions internationales à l'ordre public des États membres varie selon leur origine : sanctions des Nations Unies, de

l'UE elle-même ou individuelles, comme celles adoptées par les États-Unis. La Cour d'appel de Paris en 2020³³⁵, confirmée par la Cour de cassation en 2022³³⁶, a été confrontée à cette question, mais dans un contexte différent : il s'agissait alors des sanctions de l'ONU, de l'UE et des États-Unis à l'encontre de l'Iran. Le litige opposait une société française à une société iranienne³³⁷. Après la résiliation du contrat par la partie iranienne pour manquement, une phase contentieuse a été suivie d'un arbitrage initié par la société française. Contestant une partie de la sentence, cette dernière invoquait que le tribunal n'avait pas pris en compte les sanctions internationales, rendant selon elle la décision contraire à l'ordre public international français. Les juridictions françaises ont jugé que les sanctions de l'ONU, bien que non dotées d'effet direct, et celles de l'UE³³⁸, dès lors qu'elles portaient des « règles et valeurs » fondamentales pour l'ordre juridique français, relevaient de la conception française de l'ordre public international³³⁹. En revanche, les sanctions américaines ont été écartées, la Cour d'appel considérant qu'elles ne représentaient « pas l'expression d'un consensus international »³⁴⁰, leur portée extraterritoriale étant contestée tant par la France que par l'UE³⁴¹. On se place désormais dans le contexte de la guerre russo-ukrainienne, où les juridictions allemandes, dans une espèce très récente, ont

³³⁵ CA Paris, TCM, 3 juin 2020, n°19/07261.

³³⁶ Cass. 1e Civ., TCM, 9 février 2022, n° 20-20.376.

³³⁷ Sur cet arrêt, v. notamment : A. A. Huet, « *Arbitrage international – Les sanctions internationales et l'ordre public international français* », 2022. V. aussi : F. Poloni, K. Bazelaïs, « *Flore Poloni and Kimberley Bazelaïs discuss sanctions against Russia and the impact on arbitration procedures in Option Droit & Affaires* », 8 sept. 2022. Et S. De Navacelle, J. Zorrilla, G. Arnoult, *op. cit.*

³³⁸ La CA a confirmé que les sanctions de l'UE entraient dans l'OPI français dans l'affaire AD Trade : CA Paris, *République de Guinée v. AD Trade*, 13 avril 2021, n° 18/09809. Aussi dans l'affaire DNO Yemen, où elle a confirmé la même position pour les sanctions onusiennes et européennes : CA Paris, 5 octobre 2021, n° 19/16601, DNO Yemen, Petrolin Trading Limited and MOE Oil & Gas Yemen Limited v. Ministry of Oil and Minerals of the Republic of Yemen, Yemen Oil & Gas Corporation and Dove Energy Limited.

³³⁹ Il est à souligner pourtant que la CA de Paris a posé le principe selon lequel les lois de police étrangères ou

internationales peuvent faire partie intégrante de l'OPI lorsqu'elles protègent des valeurs fondamentales. CA Paris, 16 janvier 2018, n° 15/21703.

³⁴⁰ CA Paris, 3 juin 2020 et Cass. 1e Civ., 9 février 2022, *op. cit.*

³⁴¹ V. en ce sens : le Règlement de « Blocage » (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant. V. Proposition de résolution au nom de la commission des affaires européennes, en application de l'article 73 quater du Règlement, sur l'extraterritorialité des sanctions américaines : Extraterritorialité des sanctions américaines : Quelles réponses de l'Union européenne ?, Rapport d'information n° 17 (2018-2019), déposé le 4 octobre 2018. Sur les sanctions américaines, v. notamment : C. Hugon, « *L'extraterritorialité du droit américain : un levier de domination économique mondiale* », 25 mai 2025.

été amenées à statuer sur l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère impliquant les sanctions de l'UE à l'encontre de la Russie. La Haute Cour régionale de Stuttgart, dans un arrêt du 13 mai 2025³⁴², a refusé l'exequatur d'une sentence rendue par la Cour d'arbitrage commerciale internationale de Moscou (MKAS), au motif que son exécution serait de nature à contourner le régime des sanctions de l'Union européenne et, partant, à heurter l'ordre public allemand. Le litige, né d'un contrat conclu en 2021 entre une société allemande et une société russe portant sur la fourniture de machines et d'équipements industriels assorti d'une clause compromissaire désignant le MKAS et soumis au droit russe. Le contrat prévoyait le versement d'avances par la société russe. Après l'invasion de l'Ukraine, la société allemande a cessé ses livraisons et refusé de restituer les acomptes, invoquant en particulier l'article 11(1)(b) du règlement (UE) n° 833/2014³⁴³. Saisi, le MKAS a rendu, le 27 novembre 2023, une sentence ordonnant le remboursement ; la société russe a alors demandé son exequatur en Allemagne. La Haute Cour a considéré que l'exécution de cette sentence aurait permis de neutraliser l'effet des sanctions et en a déduit que les mesures de l'UE constituent un élément de l'ordre public allemand justifiant le refus d'exécution.

Bien que les juges français et allemands, et, de manière générale, les juges européens, intègrent les sanctions européennes dans leur ordre public, l'approche suivie lors du contrôle de la sentence arbitrale diverge toutefois considérablement. Le juge allemand adopte une approche très stricte, caractérisée par un examen limité, privant ainsi la sentence de toute possibilité d'être exécutée. À

l'inverse, son homologue français procède à un contrôle approfondi.

Les différentes approches des juges européens lors du contrôle de la sentence arbitrale aux fins de son exécution. En France, l'examen de la conformité d'une sentence arbitrale à l'ordre public international se caractérise par un contrôle concret et approfondi, centré sur l'effectivité et la portée des violations alléguées, y compris en présence de sanctions internationales. La Cour d'appel l'a rappelé à plusieurs reprises. Dans l'arrêt TCM, elle a précisé que la violation de l'ordre public international (OPI) doit être « effective et concrète » et s'apprécier en fonction du champ matériel et temporel des sanctions invoquées. Elle vérifie ainsi si le contrat litigieux relève des sanctions onusiennes ou européennes. Dans TCM, le contrat portant sur le secteur gazier échappait aux sanctions onusiennes, qui visent les activités nucléaires et militaires. Quant aux sanctions européennes, leur contrôle restait strict : bien qu'un règlement couvre le secteur gazier, il ne s'appliquait pas car le contrat avait été conclu avant son entrée en vigueur, le règlement n'étant pas rétroactif³⁴⁴. La Cour a également rappelé, dans AD Trade³⁴⁵, que l'appréciation de l'ordre public se fait au moment du jugement, s'appuyant sur des éléments précis, comme l'avis d'experts, pour déterminer si une violation « caractérisée » de l'OPI existe. Inversement, la position allemande dans l'arrêt de la Haute Cour régionale de Stuttgart s'éloigne nettement de l'approche française : elle tend à considérer que le simple rattachement des sanctions à l'ordre public suffit à justifier le refus d'exécution de la sentence. Sur le plan procédural, les moyens de la société

³⁴² Haute Cour régionale de Stuttgart, 1 Sch 3/24, 13 May 2025. L'analyse de l'arrêt a été réalisée à partir d'une traduction libre. Arrêt disponible en allemand sur <https://jusmundi.com/en>

³⁴³ Ce ne fut pas le seul argument soulevé par la société allemande, cette dernière a également invoqué un manque d'information de la constitution du tribunal arbitral et de la procédure arbitrale étant donné que cette dernière ainsi que les documents communiqués ont été en russe, aussi l'absence d'impartialité de l'arbitre car l'arbitre n'a relevé qu'il avait déjà été désigné

par la demanderesse dans une autre procédure arbitrale, qu'il ne figurait pas sur la liste des arbitres pour les litiges commerciaux internationaux. Et étant membre du présidium du MKAS, il lui est interdit de cumuler cette fonction avec celle d'arbitre. Ces arguments ont été jugés non fondés. (V. pts. 16, 20 et 21).

³⁴⁴ CA Paris, TCM, 3 juin 2020, Cass. 1e Civ., TCM, 9 février 2022, *op. cit.* V. en ce sens : S. De Navacelle, J. Zorrilla, G. Arnoult, *op. cit.*

³⁴⁵ CA Paris, République de Guinée v. AD Trade, *op. cit.*, v. *Ibid.*

allemande ont été déclarés non fondés : l'ordre public procédural international n'a pas été violé et aucun manquement de cette nature n'a été constaté³⁴⁶. Sur le plan matériel, la Cour a d'abord observé que la sentence, en elle-même, n'atteint pas les principes essentiels du droit allemand et aurait pu être reconnue et exécutée en d'autres circonstances. Mais, dans le contexte actuel, son exécution entrerait en conflit avec des principes fondamentaux du droit allemand et de l'ordre public européen. Les biens et prestations visés – notamment les machines et équipements figurant à l'annexe XXIII du règlement (UE) n° 833/2014 – relèvent clairement du champ matériel des sanctions. La défenderesse n'a pas nié que ces machines pouvaient renforcer l'industrie de la guerre ; elle a seulement soutenu qu'elles ne seraient pas nécessairement utilisées à cette fin³⁴⁷. La Cour a jugé cet argument sans incidence : conformément à l'art. 3k(1) du règlement, il suffit que les équipements puissent contribuer au renforcement des capacités industrielles de la Russie. Le champ matériel est donc réalisé. Sur le plan temporel, la Cour a précisé qu'en ce qui concerne les biens inscrits à l'annexe XXIII, l'interdiction de l'art. 11, par. 1, du règlement (UE) n° 833/2014 s'applique également aux contrats antérieurs à la modification de l'annexe, faute de clause dérogatoire ou de délai d'exécution spécifique. Ainsi, à la différence de l'approche française – qui tient rigoureusement compte de la date de conclusion du contrat et de la

non-rétroactivité des actes normatifs – la Cour allemande adopte une lecture temporelle plus étendue : l'effet actuel de l'exécution prime sur la seule date contractuelle. En somme, la position allemande apparaît plus formelle et contextuelle : l'exécution de la sentence est refusée non en raison d'une violation intrinsèque de l'ordre public par la sentence elle-même, mais du fait de son effet actuel dans le cadre des sanctions européennes. La France, en revanche, concentre son contrôle sur l'effectivité et la portée concrète des violations alléguées, en prenant en compte les champs matériel et temporel de manière stricte ; ainsi, même en présence de sanctions, le refus d'exécution n'est pas systématique. Une telle position au sein de l'UE interpelle, dans la mesure où elle soulève la question de savoir si celle-ci n'impose pas à ses États membres de violer leurs engagements internationaux au nom des sanctions contre la Russie. L'incertitude reste entière, d'autant que le 18 juillet 2025³⁴⁸, le législateur européen a adopté son 18^e paquet de sanctions³⁴⁹, introduisant une « clause de no-claims » prohibant l'usage de l'arbitrage comme outil de contournement, expressément qualifiée par le Conseil européen de principe d'ordre public de l'Union et de ses États membres. Dans le même esprit, la Russie a adopté une position convergente, mais cette fois à des fins essentiellement *défensives*...

³⁴⁶ La Cour a rappelé que l'ordre public procédural international se distingue par sa souplesse par rapport à l'ordre public interne. Ainsi, la société allemande, qui n'avait pas formulé ses objections durant l'arbitrage devant le MKAS, ne pouvait les invoquer ultérieurement. La régularité de la procédure s'apprécie selon le droit procédural du siège, seules les contestations impossibles à soulever ou déjà rejetées pouvant être retenues. Le fait que la société allemande ait participé de manière limitée, tout en recevant les documents essentiels, ne constitue pas une atteinte à ses droits procéduraux. De même, la conduite de l'arbitrage en russe, conforme au règlement applicable, n'a pas été jugée contraire au droit d'être entendu. Enfin, l'argument relatif à une atteinte aux droits procéduraux en raison d'un manque d'impartialité pour une partie non russe d'être jugée en Russie a été écarté, faute de démonstration concrète d'un préjudice. V. pts. 53-62.

³⁴⁷ V. pt. 71 de l'arrêt.

³⁴⁸ Sur le 18^e paquet de sanctions, V. notamment : R. M. Stein, F. Wolf, T. Ackermann, « *The EU's 18th Sanctions Package Against Russia and Belarus. Overview of Key Measures and Recent Case Law* », 24 juill. 2025 et *Ibid.*

³⁴⁹ L'attention s'est portée sur des mesures phares telles que la réduction du plafond du prix du pétrole russe, l'interdiction de relations avec plus de vingt banques russes, la limitation du commerce pétrolier via des pays tiers ainsi que le gel des avoirs d'entreprises chinoises et émiriennes soupçonnées de contourner les restrictions. Ces mesures, essentielles, visent à priver le Kremlin des ressources nécessaires à la poursuite de sa guerre d'agression contre l'Ukraine. V. en ce sens : V. Hanoun, « Pourquoi les sanctions de l'UE contre la Russie pourraient coûter des milliards », 19 août 2025.

II – La mobilisation d’une interprétation large de l’ordre public à des fins défensives.

Pour répondre aux sanctions internationales, la Russie a mis en place plusieurs contre-mesures visant à protéger les entités sanctionnées³⁵⁰. D’une part, en 2020, la modification de l’article 248 du Code de procédure Arbitrazh a conféré aux juridictions russes une compétence exclusive sur les litiges impliquant des entités russes frappées de sanctions. Cette mesure, destinée à protéger les parties privées de recours effectif par les sanctions et exposées à un risque de déni de justice³⁵¹, a également permis aux entités concernées de saisir leurs tribunaux nationaux au mépris d’une convention d’arbitrage valide. Elle a ainsi créé un risque réel de procédures parallèles et de conflits de juridictions. La *saga* des affaires impliquant la partie russe RusChemAlliance illustre parfaitement ce problème³⁵² : la société a multiplié les actions devant les juridictions russes, créant un terrain particulièrement fertile pour le déploiement du concept d’anti-suit injunction, mobilisé tant en faveur que contre l’arbitrage. Face à ces pratiques, l’Union européenne est intervenue pour préserver l’efficacité de son régime de sanctions. Dans son 15^e paquet de sanctions du 16 décembre 2024³⁵³, elle a expressément interdit aux juridictions européennes de reconnaître ou d’exécuter toute décision fondée sur l’article 248, limitant ainsi le contournement des sanctions et renforçant leur portée. Malgré l’importance de cette problématique et l’implication de la notion

d’ordre public, cet axe n’est pas celui retenu dans la présente étude. D’un autre côté, la Russie a, à son tour, eu recours à l’élargissement de l’ordre public pour y intégrer des considérations politiques, permettant aux juges russes d’inclure des mesures visant spécifiquement à protéger les entités sanctionnées. Cette notion, déjà interprétée largement en temps de paix, s’est encore étendue en temps de guerre, englobant des arguments particulièrement étendus et parfois choquants.

Une interprétation large de l’ordre public en temps de paix. Dépourvue de définition législative précise, la notion d’ordre public a longtemps été façonnée par la jurisprudence russe. Même en temps normal, les juges tendent à l’interpréter largement, intégrant parfois des considérations dépassant le cadre strictement juridique³⁵⁴. Dans plusieurs décisions³⁵⁵, l’ordre public a ainsi été défini comme l’ensemble des principes fondamentaux présentant une impérativité suprême, une universalité et une importance sociale et publique particulière, formant le socle du système économique, politique et juridique de la Fédération de Russie.

Cette approche a été clarifiée et encadrée par la lettre d’information n° 156 du Présidium de la Cour supérieure d’arbitrage de 2013, qui a énuméré parmi ces principes « [...] la prohibition des actions directement interdites par des lois de police de la Fédération de Russie [...] si elles portent atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l’État, blessent les intérêts de grands groupes

³⁵⁰ E. Rubinina, « Russian Sanctions Law Bares Its Teeth: The Russian Supreme Court Allows Sanctioned Russian Parties To Walk Away From Arbitration Agreements », 22 janv. 2022.

³⁵¹ R. Abu-Manneh, et al., « Cross-Jurisdictional Clashes In the RCA v. Linde Dispute: Latest Developments », 17 fév. 2025.

³⁵² V. les arrêts le site du UK Supreme Court; <https://www.supremecourt.uk/>. V. aussi : *Ibid* et R. Abu-Manneh, et al., « UK Supreme Court confirms strong policy of protecting arbitration agreements through anti-suit injunctions (UniCredit v. RCA) », 24 sep. 2024. V. aussi : J. E. Samuels, « Russia’s Undermining of International Arbitration: A Pattern of Subversion », 2024.

³⁵³ L. Ehrler, L. De Gottrau, « La réponse suisse face à l’art. 248 du Code de Procédure Arbitrazh de la Fédération de Russie », 30 avr. 2025.

³⁵⁴ I. V. Getman-Pavlova, Elena V. Postnikova, « La réforme du droit international privé de la Russie », *Ren. crit. DIP*, p.761.

³⁵⁵ Cour supérieure d’arbitrage (Fédération de Russie), *Ansell S.A. c. OOO MedBusinessService-2000*, 3 août 2010, n° VAS-8786/10. V. plus généralement Guide du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), *op. cit.*, pp. 255-256.

sociaux, ou violent les droits et libertés constitutionnels des personnes physiques »³⁵⁶. La lettre a fixé un cadre strict : l'exception d'ordre public ne pouvait plus servir à réexaminer le fond d'une affaire, mais uniquement à protéger les principes juridiques fondamentaux, renforçant ainsi la cohérence et la prévisibilité de la pratique judiciaire³⁵⁷.

Cependant, avec la guerre, la situation s'est détériorée. En 2024, certains arrêts ont surpris par l'ampleur des arguments invoqués au titre de l'ordre public et par le réexamen du fond des litiges par les juges russes.

Une interprétation encore plus large en temps de guerre. Le 26 juillet 2024, la Cour supérieure de la Fédération de Russie, dans l'affaire Thywissen c. Novosibirskkhleproduct³⁵⁸, a refusé l'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère en mobilisant la notion d'ordre public, qu'elle a excessivement élargie. Les faits à l'origine de cette affaire sont les suivants. Le 23 juillet 2020, la société russe AO Novosibirskkhleproduct (le fournisseur) et la société allemande C. Thywissen GmbH (l'acheteur) ont conclu, par l'intermédiaire d'un courtier, un contrat portant sur la livraison de lin cultivé en Russie. Le contrat, régi par le droit anglais, comportait une clause compromissoire FOSFA³⁵⁹ prévoyant un arbitrage à Londres. Pour honorer ses obligations, le fournisseur s'était approvisionné auprès d'une société de la région de Novossibirsk. À l'été 2020, cette région a été frappée par une grave sécheresse, et le 22 juillet, les autorités locales ont déclaré l'état d'urgence dans seize districts agricoles. Faute de récolte

suffisante, le fournisseur a été dans l'impossibilité de livrer le lin et a proposé un report des livraisons au titre de la force majeure. L'acheteur a refusé et a saisi le tribunal arbitral FOSFA, réclamant une somme d'argent correspondante à la différence entre le prix contractuel et le prix de marché. Le 16 novembre 2022, un tribunal arbitral composé d'un arbitre ukrainien, d'un arbitre britannique et d'un arbitre danois a condamné le fournisseur au paiement de la somme réclamée, avec intérêts. La sentence, n'ayant pas été contestée, est devenue définitive. L'acheteur a ensuite sollicité son exécution en Russie. Le tribunal de commerce de la région de Novossibirsk a reconnu la sentence et déclaré son exequatur, décision confirmée en cassation. Toutefois, la Cour supérieure a annulé l'exequatur. Elle a procédé à un réexamen du fond du litige et a intégré des éléments que l'on pourrait qualifier de choquants au regard des standards habituels de l'ordre public, illustrant l'ampleur et l'excès de l'élargissement de cette notion en période de guerre.

Un examen au fond du litige par le juge russe. En principe, il est bien établi que le contrôle juridictionnel lors de l'exécution d'une sentence arbitrale ne permet pas aux juges de réexaminer le fond du litige. Or, en l'espèce, la Cour supérieure de la Fédération de Russie s'est clairement écartée de cette prohibition. Elle a procédé à un véritable réexamen du fond du litige, allant jusqu'à apprécier de manière détaillée les preuves relatives à l'existence des pertes invoquées par l'acheteur et à la survenance d'un cas de force majeure.

La Cour a considéré qu'il serait contraire à

³⁵⁶ Lettre d'information du Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage de la Fédération de Russie, Revue de la jurisprudence des tribunaux arbitraux relative aux affaires sur l'application du réserve de l'ordre public comme un motif du refus de la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et arbitrales étrangères, du 26 févr. 2013, n° 156. Citée par I. V. Getman-Pavlova, Elena V. Postnikova, « *La réforme du droit international privé de la Russie* », *op. cit.* p. 759.

³⁵⁷ V. en ce sens : S. Kurochkin, « *Violation of Public Policy of the Russian Federation as a Ground for Refusing*

Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards », Russian Law : Theory and practice, n° 2, 2014, pp. 117-128.

³⁵⁸ Cour supérieure de la Fédération de la Russie, Thywissen c. Novosibirsk Hliboproduct, n° A45-19015/2023, 16 juill. 2024. Les analyses de cet arrêt ont été réalisées depuis une traduction libre. Disponible en russe sur <https://jusmundi.com/en>. V. en ce sens : T. Pörnbacher, A. Bezborodov, « *Russian Supreme Court: Arbitrators from "Unfriendly States" are Not Impartial and Objective* », 12 août 2024.

³⁵⁹ Federation of Oil, Seeds and Fats Association.

l'ordre public russe d'indemniser un acheteur qui n'avait pas démontré avoir subi une perte effective, notamment dans le cas où des opérations de couverture ou de remplacement auraient neutralisé le dommage allégué. Cette décision s'appuie sur un principe fondamental de l'ordre public de la Fédération de Russie : le respect du principe de proportionnalité de la responsabilité civile. Selon ce principe, la réparation doit couvrir le droit violé mais ne doit pas conduire à un enrichissement injustifié de la partie protégée (paragraphe 1 de l'article 1 et paragraphe 1 de l'article 10 du Code civil de la Fédération de Russie). La Cour a estimé que ce principe n'avait pas été respecté, justifiant ainsi son refus de reconnaître et d'exécuter la sentence arbitrale. Mais l'argumentation de la Cour ne s'est pas limitée à la proportionnalité : elle a également pris en compte d'autres facteurs, notamment la signification publique de la société russe sanctionnée et son rôle dans l'économie nationale, élargissant ainsi encore le champ d'application de l'ordre public.

L'argument tiré de la « signification publique » du débiteur russe et du risque d'instabilité sociale régionale. La Cour supérieure de la Fédération de Russie a également fondé son refus d'exécution sur un argument qui interpelle : la « signification publique » du débiteur russe et le risque d'instabilité sociale régionale. Elle a précisé dans son arrêt que les tribunaux de première instance et de cassation n'avaient pas évalué l'impact potentiel de l'exécution sur le territoire russe, ni pris en compte l'importance publique de la société Novosibirskkhleboproduct et les conséquences économiques et sociales d'une

telle exécution. La Cour a souligné que la mise en œuvre de la sentence aurait pu provoquer une instabilité financière pour la société, affecter l'emploi et, par ricochet, compromettre la stabilité sociale de la région³⁶⁰. La mobilisation d'un tel argument dépasse le cadre habituel de l'ordre public et, bien que ce ne soit pas la première fois qu'un juge russe retienne ce type de considération³⁶¹, elle reste choquante et difficilement compatible avec les standards internationaux en matière d'arbitrage. Elle met surtout en péril le principe de prévisibilité juridique, puisque la partie lésée se trouve privée de réparation du seul fait que son cocontractant occupe une place particulière dans son pays.

Une présomption de partialité quasi-irréfragable fondée sur la nationalité des arbitres. La Cour supérieure de la Fédération de Russie a établi une présomption de partialité des arbitres fondée sur leur nationalité. Le tribunal arbitral concerné était composé de ressortissants ukrainien, britannique et danois, appartenant à trois des 49 États désignés par le gouvernement russe comme « hostiles » en réponse aux sanctions économiques adoptées après l'invasion de l'Ukraine³⁶². Selon la Cour, l'impartialité et l'objectivité de ces arbitres, garanties protégées par l'ordre public russe, ne pouvaient être assurées. D'autant plus, la Cour a renversé la charge de la preuve : il incombait à la partie adverse au débiteur russe de démontrer l'impartialité des arbitres issus d'un « pays hostile », sans qu'aucun critère concret ne soit fourni pour établir cette preuve, rendant ainsi la présomption quasi-irréfragable³⁶³. Cette position contraste avec les standards internationaux, puisque les

³⁶⁰ V. pt. 60 de l'arrêt.

³⁶¹ Cour de commerce du district Volga-Vyatka, 27 décembre 2021, aff. n° A79-9284/2020. Cité par T. Pörnbacher, A. Bezborodov, « *Russian Supreme Court: Arbitrators from "Unfriendly States" are Not Impartial and Objective* », *op. cit.*

³⁶² Décrets du Président de la Fédération de Russie du 28 février 2022 (N° 79) « Sur l'application de mesures économiques spéciales en lien avec les actions hostiles des États-Unis d'Amérique et des États étrangers et organisations internationales qui les ont rejoints » et du

5 mars 2022 (N° 95) « Sur la procédure temporaire d'exécution des obligations envers certains créanciers étrangers », pris en considération avec l'ordonnance du Gouvernement de la Fédération de Russie du 5 mars 2022 (N° 430), qui identifient officiellement certains États comme « hostiles » vis-à-vis de la Fédération de Russie et établissent le cadre juridique pour les mesures de protection des personnes physiques et morales russes.

³⁶³ V. pts. 62 à 65 de l'arrêt.

IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration ainsi que le règlement de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie ne considèrent pas la nationalité d'un arbitre comme un obstacle à l'exécution d'une sentence arbitrale³⁶⁴. De surcroît, la liste des pays hostiles, qui fut d'ailleurs une parenthèse non fermée et à laquelle d'autres États peuvent s'ajouter, et son intégration directe dans l'ordre public par le biais de l'impartialité des arbitres, laisse s'interroger, si ce n'est pas la Russie qui deviendrait le « vrai pays hostile », à l'efficacité des sentences arbitrales internationales.

Conclusion. Ces illustrations ne sauraient être exhaustives. D'autres situations se profilent déjà, notamment au Moyen-Orient, où la décision – approuvée mais restée lettre morte – du parlement iranien de fermer le détroit d'Ormuz pourrait, à elle seule, déclencher une vague d'arbitrages. Ces exemples imposent

une réflexion profonde : ne serait-il pas nécessaire de repenser les mécanismes de l'arbitrage international afin qu'ils puissent réellement traverser de telles crises ? Parce que tant que la Convention de New York reste vulnérable aux manipulations étatiques et aux interprétations opportunistes, elle demeurera fragile, davantage symbole qu'un rempart effectif. Il devient dès lors urgent de bâtir un cadre international à la fois solide et résilient, capable de résister aux instabilités politiques tout en garantissant, par-delà les frontières, la continuité du droit. Car, si l'après-guerre doit être celui d'un ordre commercial apaisé, encore faut-il que l'arbitrage survive à la guerre – non comme simple spectateur, mais comme instrument actif de reconstruction.

³⁶⁴ T. Pörnbacher, A. Bezborodov, « *Russian Supreme Court: Arbitrators from "Unfriendly States" are Not Impartial and Objective* », *op. cit.*

« L'arbitre et la prise en compte du droit humanitaire international en situation de guerre : obligation ou opportunité »

Romain Vielfaure, doctorant contractuel de droit privé, faculté de Droit de Montpellier

Le droit humanitaire international est au rang des matières vénérables que les juristes d'après-guerre ont légué aux Nations, devant l'ampleur des ravages causés sur le continent européen. Si la première convention de Genève, prise sous l'impulsion de la Croix-Rouge, date de 1864, ce sont les quatre Conventions de 1949 et leurs Protocoles additionnels (1977, 2005) qui constituent le socle du droit humanitaire applicable aux conflits armés. Un certain nombre d'instruments internationaux complètent aujourd'hui cet arsenal³⁶⁵. Au-delà des textes, le droit international humanitaire coutumier, fondé sur une « pratique générale acceptée comme étant le droit », est d'une importance notable³⁶⁶.

L'arbitrage, qu'il soit interne ou international, commercial ou d'investissement, « est en général considéré comme une question de droit privé, de droit des affaires »³⁶⁷. Dans cette mesure, il s'extrait de la logique du droit humanitaire international qui intéresse les Sociétés dans leur ensemble, et dont les sujets sont des États et les objectifs de protection sont tournés vers les Hommes lorsqu'ils s'adonnent à la guerre ou la subissent, en particulier les populations civiles. Pourtant, le droit international humanitaire et l'arbitrage

peuvent se rencontrer précisément en situation de guerre. La guerre perturbe naturellement les acteurs et les flux économiques, et s'invite par exemple comme une situation de force majeure dans les litiges commerciaux, ou comme un vecteur d'activation des mécanismes de protection de l'investisseur étranger dans les arbitrages CIRDI.

D'autant que la *guerre* n'est, ici, pas seulement entendue comme la guerre conventionnelle, visiblement bilatérale, opposant des forces étatiques identifiées et faisant appel aux méthodes de combat traditionnelles, mais également comme la guerre *atypique*³⁶⁸. Non seulement, les acteurs des situations de conflit armé ayant une influence sur l'arbitrage ne sont pas seulement des armées régulières : groupes rebelles et terroristes, forces indépendantistes, et autres mouvements insurrectionnels provoquent dans certaines régions du monde des dommages pour lesquels la responsabilité est, du reste, parfois délicate à définir.

Mais encore, la *guerre* ne se mène plus toujours le fusil aux bras – c'est encore plus vrai aujourd'hui devant l'explosion des moyens technologiques permettant d'infiltrer un adversaire déclaré ou potentiel. La guerre

³⁶⁵Notamment : Convention de la Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé ; Convention de 1972 sur les armes biologiques ; Convention d'Ottawa de 1997 sur les mines antipersonnel ; Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés de 2000.

³⁶⁶V. Art. 38 1(b) du Statut de la Cour internationale de justice ; J.-M. Henckaerts, *Étude sur le droit international*

humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés, Revue internationale de la Croix-Rouge, Vol. 87, 2005, p. 289.

³⁶⁷D. Mainguy, *Arbitrage et litiges de guerre*, Journal du droit international (Clunet) n°3, juillet-août-septembre 2024, doctr. 7, n° 4.

³⁶⁸D. Mainguy, *Droit de la « guerre atypique »*, LGDJ, 2023, 336 p.

peut être informationnelle, technologique, économique ou juridique : elle prend alors la forme du *lanfare*, consistant dans l'utilisation du système judiciaire pour combattre un ennemi³⁶⁹.

L'ensemble de ces façons de faire la guerre multiplie le risque que l'arbitrage soit confronté à des situations de conflit, mais c'est en général au prisme du conflit armé traditionnel qu'il côtoie le droit international humanitaire³⁷⁰. La question alors celle de la prise en compte par l'arbitre des règles de droit humanitaire, nombreuses et dont l'origine est variée. Une première objection à cette prise en compte tient à la nature des parties à l'arbitrage. L'essentiel des obligations posées par le droit humanitaire concerne en effet des États, hormis certaines responsabilités pénales³⁷¹. Pour que l'arbitre applique une règle de droit humanitaire, il faudrait alors qu'au moins une des parties soit *a minima* une entité publique ou parapublique. Cette objection peut tout de suite être tempérée s'agissant de l'arbitrage d'investissement ; elle peut même être contournée s'agissant de l'arbitrage en général. La Convention de New-York ouvre en effet la voie au refus de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales lorsque celles-ci seraient « contraire à l'ordre public » du pays où elles sont sollicitées³⁷². Or, certaines dispositions du droit international humanitaire peuvent être regardées comme une composante de l'ordre public international de chaque État, voire de l'ordre public transnational pensé par Pierre Lalive³⁷³.

Si la prise en compte du droit humanitaire par

l'arbitre n'est pas une obligation, elle pourrait être une opportunité dans les litiges de guerre. Les méthodes de prise en compte des responsabilités et les mécanismes de compensation du droit humanitaire entrent régulièrement en conflit avec les techniques du droit des investissements³⁷⁴. Ainsi, les BIT (*bilateral investment treaties*) contiennent des dispositions quant à la protection des personnes et de la propriété, et elles sont souvent regardées par l'arbitre comme étant naturellement plus adaptées au contexte des investissements que le droit humanitaire. Pourtant, dans l'arbitrage de guerre, la proximité naturelle entre le droit humanitaire et les situations de conflit, qui ne constituent pour le droit de l'investissement qu'une situation exceptionnelle indésirable, pourrait fonder son application plus régulière.

Le droit international humanitaire pourrait alors contraindre l'arbitre, en particulier devant la contrariété à l'ordre public international engendré par sa méconnaissance (I). L'arbitre pourrait en outre choisir d'appliquer des mécanismes de droit international humanitaire dans le litige de guerre, les jugeant opportuns dans ce contexte (II).

³⁶⁹ W. Wouter G., *The Curious Career of Lanfare*, Case Western Reserve Journal of International Law, 43-2, 2010, p. 61-72 ; H. David, *What Does Lanfare Mean ?*, Fordham International Law Journal, 40 (1), 2016, p. 1-40 ; Kittrie Orde F., *Lanfare : Law as a Weapon of War*, Oxford, Oxford University Press, 2016 ; J. Ancelin, A. Ferey, *Lanfare : le droit en procès*, Raisons politiques, 2022/1, n° 85.

³⁷⁰K. Greenman, *Of War and International Investment Law*, International and Comparative Law Quarterly, 2024, p. 579 ; D. Mainguy, *Droit de la guerre « atypique »*, *op.cit.*, p. 9 : « les règles du droit international humanitaire sont en effet a priori inapplicables aux cas d'opérations non armées

et non militaires ».

³⁷¹T. Graditzky, *La responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire applicable en situation de conflit armé non international*, Revue internationale de la Croix-Rouge, Vol. 80, 1998, p. 29.

³⁷²Art. V. 2(b) de la Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

³⁷³P. Lalive, *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, Revue de l'arbitrage, Vol. 1986, 3, p. 329.

³⁷⁴K. Greenman, *op.cit.*, p. 580.

I. L'arbitre contraint par le droit humanitaire

L'arbitre serait contraint par le droit humanitaire dans la mesure où le corps de règles qui le compose est d'application obligatoire. Or, le droit humanitaire n'est qu'exceptionnellement un droit de référence pour les parties³⁷⁵. La majorité des arbitrages commerciaux et des arbitrages d'investissement sont réalisés à la suite de contrats au sein desquels les parties ont choisi un droit national applicable³⁷⁶. Du reste, l'arbitre commercial dispose d'une liberté traditionnelle dans le choix des règles qu'il applique, dont l'exercice l'autorise parfois à contourner la loi applicable au litige arbitral pour puiser dans un droit international autonome. L'arbitrage d'investissement connaît des situations similaires, dans lesquelles l'arbitre peut s'affranchir du droit national, notamment au bénéfice d'une protection plus importante de l'investisseur³⁷⁷.

Naturellement, le droit humanitaire peut être indifférent aux questions de droit applicable au litige dans la mesure où il est une composante de l'ordre public transnational, que l'arbitre est bien avisé de respecter pour rendre une sentence exécutoire³⁷⁸. De nombreux principes contenus dans le droit humanitaire sont en effet un socle pour le

respect des droits humains, ou encore l'interdiction des traitements inutilement dégradants infligés aux personnes, qui englobent sans doute la conception de l'ordre public pour l'essentiel des États démocratiques³⁷⁹. Les normes de droit humanitaire constituent à cet égard des règles de *jus cogens*³⁸⁰. Mais au-delà des principes prohibitifs fondamentaux, le droit humanitaire comprend un certain nombre de garanties et de mécanismes, parfois concurrents de ceux que propose le droit des investissements. Dans ce cadre, l'arbitre n'est plus obligé d'y recourir, la référence aux principes du droit international n'étant qu'une simple faculté, même lorsque les parties n'ont pas choisi le droit applicable à leur différend³⁸¹.

Plus rarement, le droit humanitaire peut intervenir comme un fondement autonome dans le cadre du litige arbitral. L'application la plus éclatante du droit international humanitaire intervient lors des arbitrages inter-étatiques, tel que l'illustre l'affaire consécutive à la guerre entre l'Érythrée et l'Éthiopie, portée au début des années 2000 devant une Commission des réclamations sous l'égide de la CPA³⁸². Cet arbitrage est original en ce que les parties avaient explicitement subordonné la compétence *ratione materiae* de la Commission à l'existence « de violations du droit international humanitaire »³⁸³. Toutefois, l'Érythrée n'avait

³⁷⁵M. Sassoli, *International Humanitarian Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, p. 115, 5.109.

³⁷⁶Parmi les statistiques représentatives en la matière, celles de la CCI en 2024 montrent qu'une clause de choix de loi applicable est incluse dans 95% des contrats couvrant le contentieux arbitral : https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2025/06/2024-Statistics_ICC_Dispute-Resolution.pdf (consulté le 20 août 2025) ; l'arbitrage d'investissement est régulièrement soumis à un traité bilatéral d'investissement.

³⁷⁷R. Djolgov, *Le droit applicable au différend dans l'arbitrage d'investissement : entre volonté des parties et office de l'arbitre*, *Revue internationale de droit économique*, Varia, 2022/1, t.XXXVI, p. 103.

³⁷⁸Ainsi dans l'affaire World Duty Free c. Kenya (ICSID Case No. Arb.007, Award, 4 oct. 2006), dans laquelle le Tribunal arbitral a notamment fondé sa décision sur l'ordre public réellement international

pour combattre une situation de corruption.

³⁷⁹V. sur ce point A. Bui, *Contribution à l'étude des facteurs de non-respect du droit international humanitaire*, Thèse de doctorat en droit privé, Aix-Marseille, 2016.

³⁸⁰D. Mainguy, *Arbitrage et litiges de guerre*, *op.cit.*, n° 22.

³⁸¹Ainsi l'article 42 (1) de la Convention CIRDI prévoit : « Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend — y compris les règles relatives aux conflits de lois — ainsi que les principes de droit international en la matière. »

³⁸²Sur laquelle v. : P. d'Argent, J. d'Aspremont, *La commission des réclamations Érythrée-Éthiopie : un premier bilan*, *Annuaire français de droit international*, LIII – 2007, CNRS Éditions, Paris, p. 347 ; l'ensemble des documents relatifs à l'affaire CPA Érythrée-Ethiopie sont disponibles sur le site jsumundi.com.

³⁸³V. Accord d'Alger du 12 décembre 2000 entre le Gouvernement de l'État d'Érythrée et le Gouvernement de la République fédérale

pas adhéré aux conventions de Genève avant le 14 août 2000, aussi le comportement des forces érythréennes n'a-t-il pu être évalué qu'au regard du droit coutumier humanitaire³⁸⁴. Jusque dans ses dernières conclusions rendues en 2009, la Commission trouve ainsi un certain nombre de violations de principes du droit humanitaire imputables aux deux parties, au premier rang desquels les déplacements forcés de civils et les mauvais traitements infligés aux prisonniers. L'exemple d'une telle conciliation consécutive à un conflit ouvert, souhaitée par les deux belligérants et clairement placée sous les auspices du droit international humanitaire, demeure rare. Les arbitrages étatiques prennent aujourd'hui une forme dérivée dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, où « l'investisseur privé s'estime lésé, agressé en quelque sorte par l'État hôte, une forme originale d'arbitrage de guerre³⁸⁵ ».

Le droit international humanitaire intervient alors en toile de fond, lorsque l'arbitre *choisit* d'y faire référence – plutôt d'ailleurs pour appuyer son raisonnement que comme motivation principale de sa sentence. Mais avant cela, le risque d'une violation du droit humanitaire peut ressurgir au stade de l'exécution de la sentence arbitrale. L'article V de la Convention de New-York, par référence à l'ordre public international, intègre cette dimension dans la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères. Le juge français est régulièrement confronté à des recours en annulation pour violation de l'ordre public international fondés sur l'article 1520, 5° du Code de procédure civile.

Dans l'affaire DNO c. Ministère du pétrole et des mines du Yémen³⁸⁶, une société norvégienne d'extraction pétrolière a tenté de faire valoir la possibilité d'une violation du droit humanitaire (ainsi que de certaines

sanctions européennes) auprès de la Cour d'appel de Paris. Des contrats d'exploitation d'hydrocarbures avaient été conclus en 1997 et poursuivis jusqu'à la prise de pouvoir par les rebelles Houthis, qui se sont emparés à partir de 2014 d'une grande partie du Yémen dont la capitale Sanaa où siégeait le gouvernement. C'est à cette date que DNO se retire d'un accord d'exploitation commune impliquant notamment une société nationale yéménite (YOGC). Le Ministère yéménite du pétrole dans le gouvernement légitime, alors en exil, dépose par la suite une requête d'arbitrage auprès de la CCI en janvier 2015. La sentence reconnaît l'exercice valable du droit de retrait par l'investisseur norvégien, mais le condamne à payer diverses sommes à la société YOGC et au Ministère. Par la suite, l'argument de DNO en faveur de l'annulation de la sentence est fondé, d'une part sur les liens supposément avérés entre les Houthis, reconnus coupables de violations des droits de l'Homme et du droit humanitaire, et le Ministère, et d'autre part sur le contrôle par les rebelles de la société nationale YOGC. L'exécution de la sentence arbitrale aurait donc pour effet de participer au financement de la rébellion houthie.

La Cour d'appel de Paris admet sans difficulté que la lutte contre les violations du droit humanitaire fait partie de l'ordre public international français. Toutefois, c'est au prisme d'une analyse temporelle qu'elle rejette le grief. La conformité d'une sentence arbitrale s'apprécie en effet « au moment où le juge statue³⁸⁷ », aussi « des circonstances futures hypothétiques présumant l'emploi par l'une des parties au litige des sommes dues en exécution de la condamnation prononcée par cette sentence³⁸⁸ » ne peuvent être prises en compte. À défaut, le juge serait conduit à anticiper « sur des événements futurs et [...] sur des actes qui, pour condamnables qu'ils

démocratique d'Éthiopie, Art. 2 et 5 ; P. d'Argent, J. d'Aspremont, *op.cit.*, p. 358 : « *tout en ne limitant pas les réclamations aux seuls cas où elles seraient fondées sur une violation du droit international humanitaire, il faut reconnaître que les auteurs de l'accord [...] ont manifestement accordé une importance considérable à la violation du jus in bello* ».

³⁸⁴Dont la richesse a été constatée à cette occasion au long de la procédure, l'étude de la Croix-Rouge de

2005 ayant révélé 161 principes pouvant être considérés comme des éléments coutumiers du droit humanitaire international.

³⁸⁵D. Mainguy, *Arbitrage et litiges de guerre*, *op.cit.*, n° 78.

³⁸⁶CA Paris, Chambre commerciale internationale, 5 oct. 2021, n° RG 19/16601.

³⁸⁷*Ibid.*, n° 37.

³⁸⁸*Idem.*

soient, sont détachables de *ceux ayant conduit à la sentence*³⁸⁹». Outre que l'éventualité d'une suite *condamnabile* est admise en filigrane, la dernière affirmation est critiquable en ce qu'elle s'intéresse aux actes *ayant conduit à la sentence*. Or, c'est précisément l'exécution de la sentence, et non la sentence elle-même ou les précédents sur lesquels elle se base, qui est visée par le Code de procédure civile et la Convention de New-York au titre d'une annulation pour violation de l'ordre public international. L'argument développé par les juges parisiens pour rejeter le deuxième grief, fondé sur la violation de sanctions européennes prises à l'égard de certaines personnalités yéménites, est plus clair. En effet, ni les liens entre la rébellion houthie et le Ministère du pétrole, ni le contrôle par celle-ci de la société pétrolière nationale n'ont pu être prouvés. Cette circonstance excluait, selon le juge, l'éventualité d'une violation immédiate de l'ordre public international en cas de paiement à ces entités.

Par la suite, la nécessité d'une violation *immédiate* des principes du droit humanitaire a été réaffirmée par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Sew c. Ethiopian Roads Authority (ERA)*³⁹⁰. Les circonstances sont similaires : une société de construction indienne opérant en Éthiopie est condamnée au terme d'une sentence CCI à payer diverses sommes à une société gouvernementale, en exécution de garanties bancaires. Un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris est notamment fondé sur une violation alléguée du droit humanitaire qu'engendrerait l'exécution de la sentence. En effet, l'ERA serait liée au gouvernement éthiopien, reconnu coupable de crimes contre la population depuis le début de la guerre civile en 2020. Là encore, l'argument est rejeté puisqu'une violation *hypothétique* de l'ordre public international, fondé sur des événements futurs anticipés, ne peut être sanctionnée. La formule employée par le juge diffère toutefois de celle qu'il avait utilisée

dans l'affaire yéménite, puisque sont désormais visés « des événements futurs qui [...] ne se rattachent pas à la reconnaissance ou à l'exécution de la sentence proprement dite³⁹¹ ». La décision est plus en phase avec le Code de procédure civile et la Convention de New-York.

Il n'en demeure pas moins qu'une violation de l'ordre public international par le jeu des principes du droit humanitaire semble être délicate à faire valoir. Le juge français de l'annulation porte peut-être un regard plus prudent sur des affaires traitées par la CCI, dans lesquelles les arbitres n'ont pas décelé *a priori* d'atteinte condamnable au droit humanitaire, ni n'ont jugé que l'exécution de leur sentence pourrait être menacée de ce chef. Si les sentences rendues sous l'égide de la CCI dans des arbitrages commerciaux condamnent parfois les partenaires privés au bénéfice d'entités publiques, la situation est plus rare dans l'arbitrage d'investissement, très favorable à l'investisseur.

Dans ces situations, non seulement les traités bilatéraux d'investissement, mais également les contrats particuliers conclus entre l'investisseur étranger et l'entité étatique, offrent une protection plus importante que les réparations prévues dans le cadre du droit humanitaire³⁹². Ce dernier n'intervient plus comme le gardien de l'ordre public international, *a priori* ou au moment de l'exécution des sentences, mais comme un système auquel l'arbitre peut éventuellement faire référence du fait des garanties et des méthodes de compensation qu'il offre. Dès lors, la référence au droit humanitaire peut être *choisie* par l'arbitre, mais ce choix est en pratique peu fréquent.

³⁸⁹*Ibid.*, n° 38.

³⁹⁰CA Paris, Chambre commerciale internationale, 9 jan. 2024, n° RG 21/14563.

³⁹¹*Ibid.*, n° 152.

³⁹²En plus d'être étendue à des situations bien plus nombreuses, puisque le droit humanitaire ne couvre que les conflits armés.

II. Le droit humanitaire choisi par l'arbitre

L'arbitrage d'investissement est le principal domaine dans lequel les réparations offertes par le droit des investissements et celles prévues dans le cadre du droit humanitaire sont susceptibles de se chevaucher³⁹³. Dans une situation de conflit armé, elles sont consécutives aux dommages subis par un investisseur du fait des forces gouvernementales, de groupes paramilitaires ou de mouvements insurrectionnels violents. La possibilité d'une référence au droit humanitaire suppose toujours l'implication d'une entité étatique ou para-étatique.

Dans le cadre du droit des investissements, les BIT contiennent en général deux types de clauses permettant à l'investisseur de se voir allouer des réparations à la suite de faits de guerre³⁹⁴ : les *full protection and security clauses*, et les *war losses clauses*. Les premières sont fondées sur la notion de *due diligence*, et obligent l'État hôte à prendre toute mesure utile pour empêcher les dommages physiques et les destructions au préjudice de l'investisseur, quelle qu'en soit l'origine. Les *war losses clauses* sont plus spécifiques aux faits de guerre. Il existe des *war losses clauses* prévoyant la simple application d'un standard de traitement, qui conduit à ce que l'investisseur étranger reçoive un traitement au moins équivalent aux investisseurs du pays hôte. Parfois, celles-ci sont plus étendues et ouvrent la voie à une réclamation spécifique de l'investisseur étranger, il s'agit des *extended war clauses*³⁹⁵. Le champ d'application de ces dispositions est parfois important : actes de guerre traditionnels, révolution ou révolte armée dans le territoire d'implantation de l'investisseur³⁹⁶... Dans les contrats conclus

entre l'investisseur étranger et le pays hôte, la protection des investissements peut être plus importante encore : ainsi à l'occasion des clauses de stabilisation, de « gel » des législations ou encore des « umbrella clauses³⁹⁷».

Le droit international humanitaire, par l'application des principes de protection civile et de proportionnalité, ouvre une voie de réparation concurrente³⁹⁸. Premièrement, il peut être employé afin de délimiter les actes susceptibles de donner lieu à réparation, et ceux dont le pays hôte ne peut être tenu pour responsable. Deuxièmement, il peut permettre de déterminer la nature des investissements protégés. Dans cette mesure, seuls les *objets civils* entrent en général dans le champ de la protection, et les *objets militaires*, légitimement susceptibles d'être ciblés, en sont exclus. Le débat est épineux s'agissant des infrastructures à usage civil employées par l'ennemi comme base militaire, capturées à son profit, ou tout simplement des objets à *double emploi* civil et militaire³⁹⁹. Corrélativement, l'application du droit humanitaire a une influence sur le montant des réparations allouées à l'investisseur.

Les références au droit humanitaire dans les arbitrages d'investissement demeurent rares, implicites, ou ne fondent pas l'argument principal des sentences. Cette tendance peut être expliquée par les faveurs importantes que ces arbitrages réservent à l'investisseur. Or, le droit des investissements lui offre une protection bien plus large que l'application des principes du droit humanitaire ne le ferait. Toutefois, la référence à un *droit coutumier international*, comprenant le droit humanitaire, a parfois été employée dans le cadre d'arbitrages CIRDI.

³⁹³K. Greenman, *op.cit.*, p. 583.

³⁹⁴*Idem* ; selon l'auteur, les *full protection and security clauses* ainsi que les *war clauses* sont présentes dans 70% des BIT.

³⁹⁵L. Deroche, *War Clauses In International Investment Law – A Need For Clarity*, McGill Journal of Dispute Resolution, 36, 2020, p. 39 et s : l'auteur distingue ce qu'elle nomme des *non-discriminatory war clauses*, qui prévoient l'application d'un standard de traitement, des

extended war clauses, et des *strict liability war clauses*, plus rares mais plus favorables encore à l'investisseur.

³⁹⁶K. Greenman, *op. cit.*, p. 583.

³⁹⁷D. Mainguy, *Arbitrage et litiges de guerre*, *op.cit.*, n° 78.

³⁹⁸K. Greenman, *op.cit.*, p. 584.

³⁹⁹Sur la question, v. : F. Capone, *Dual-use Objects Under International Humanitarian Law : Towards a Paradigm Shift*, T.M.C Asser Press, 2025, 212 p.

Dans l'affaire Ampal c. Égypte⁴⁰⁰, le tribunal a examiné la responsabilité de l'État égyptien à la suite de destructions répétées d'un pipeline construit par l'investisseur israélo-américain Ampal, dans le contexte du printemps arabe. Plusieurs sabotages dans la région du Sinaï ont eu effet en cette période, du fait de divers groupes révolutionnaires. L'investisseur était protégé au terme du standard *full protection and security* compris dans le traité d'investissement applicable à la cause⁴⁰¹. Celui-ci contenait toutefois une formule particulière, qui a conduit à ce que la responsabilité de l'Égypte soit également appréciée au regard des garanties offertes par le droit international⁴⁰², incluant les principes de droit humanitaire coutumier. La référence demeurait toutefois implicite. La sentence AAPL v. Sri Lanka contient également un raisonnement prenant en compte le droit international coutumier dans un contexte de guerre intérieure⁴⁰³. Elle accorde une indemnisation à un ressortissant de Hong-Kong dont la ferme de crevettes avait été détruite par les forces gouvernementales sri-lankaises suite à l'occupation des bâtiments par des rebelles tamouls. Là encore, la référence au droit humanitaire est implicite et secondaire, et l'application du traité d'investissement entraîne naturellement une réparation pour l'investisseur. Sous l'angle d'une analyse plus poussée, les principes de droit humanitaire auraient pu conduire à une solution différente, dans la mesure où la ferme utilisée comme une base d'opérations par des forces

ennemies avait été considérée comme un *objectif militaire*, et si sa destruction avait été jugée *proportionnelle* au but recherché par les forces gouvernementales. Un commentateur note qu'en matière de droits humains, presque aucun égard n'est réservé dans la sentence au sort des civils ayant péri dans l'opération, sans que l'on sache s'ils furent ciblés par les rebelles ou le gouvernement⁴⁰⁴. L'application du droit des investissements oblitère une analyse réaliste, de terrain, au profit d'une analyse purement économique.

Certains auteurs ont plaidé pour une lecture approfondie du droit humanitaire dans les arbitrages d'investissement⁴⁰⁵. Dans cette perspective, il ne serait plus seulement le garde-fou de l'ordre public international, mais un système digne d'application concrète, au prisme d'une vision réaliste de la situation de guerre. Les penseurs du droit humanitaire sont, pour reprendre la formule d'un auteur, des *pragmatic insiders*⁴⁰⁶. De l'autre côté, le droit des investissements flotte au-dessus des réalités du conflit armé. Ses objectifs, assumés dans le cadre de l'arbitrage, portent sur la compensation financière. Les techniques et le vocabulaire militaire qui irriguent les Conventions de droit humanitaire sont en général étrangers aux traités d'investissement. Peut-être cette vision mercantile, très favorable à l'investisseur, explique-t-elle le rejet récent de l'arbitrage d'investissement par un certain nombre d'États⁴⁰⁷. Comment le droit humanitaire pourrait-il alors être appliqué, devant les

⁴⁰⁰Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss, 21 fév. 2017.

⁴⁰¹*Ibid.*, n° 235.

⁴⁰²*Ibid.*, n° 240.

⁴⁰³Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 juin 1990.

⁴⁰⁴K. Greenman, *op.cit.*, p. 583 : « *However, the responsibility provided for by international investment law is in the name of economic order rather than human life. In AAPL v Sri Lanka, the compensation was for the destruction of the farm, not for the loss of life of the dozen Sri Lankan employees who were killed, who barely received a mention in the award.* ».

⁴⁰⁵V. notamment : G. Abi-Saab, *The Uses of Article 42 of the ICSID Convention: Uses and Misuses of International*

Law in Investment Arbitration, in E. Gaillard, Y. Banifatemi (dir.), *Annulment of ICSID Awards*, IAI Series on International Arbitration No. 1, Juris Publishing, 2004, p. 75-89 ; O. Mayorga, *Arbitrating War: Military Necessity as a Defense to the Breach of Investment Treaty Obligations*, Policy Brief, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, 2013 : l'auteur propose d'intégrer la LOAC (*law of armed conflict*) à l'arbitrage fondé sur des traités d'investissement, et notamment les principes de distinction, de proportionnalité et de précaution propres au droit humanitaire.

⁴⁰⁶D. Kennedy, *Of War and Law*, Princeton University Press, 2006.

⁴⁰⁷D. Mainguy, *Arbitrage et litiges de guerre*, *op.cit.*, n° 78 : « *nombre de pays, notamment d'Amérique du Sud, ont dénoncé la Convention CIRDI de Washington de 1965. D'autres,*

traités bilatéraux d'investissement qui représentent une forme de *lex specialis* ? Deux instruments offrent des réponses à la question.

Premièrement, l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités permet d'interpréter les engagements internationaux d'un État à la lumière de ceux qu'il a déjà conclu⁴⁰⁸. Cette disposition a déjà été employée dans l'arbitrage d'investissement au bénéfice des Conventions relatives aux droits de l'Homme⁴⁰⁹. Elle pourrait l'être s'agissant des Conventions de droit humanitaire : l'idée a déjà été suggérée⁴¹⁰.

Deuxièmement, le recours au droit humanitaire coutumier, riche, et dont les principes sont largement établis, permet de toucher un large panel d'États, voire d'organisations para-étatiques, qui par hypothèse sont étrangères au droit

conventionnel.

Le retour à « *l'esprit de la Haye*⁴¹¹ » passera sans doute par l'application d'un droit équilibré et consensuel. Le droit international humanitaire en fait partie. Dans l'arbitrage de guerre, ses principes représentent d'abord des obligations, l'exécution de la sentence étant en particulier placée sous l'égide de l'ordre public international. Au-delà, une relecture actuelle du droit humanitaire ouvrirait la voie à une analyse pragmatique des conflits armés. À l'heure où la guerre menace à nouveau l'investissement en Europe, peut-être est-il nécessaire de revenir aux Droits qui, dans l'immédiateté du dernier conflit mondial, ont accompagné l'avènement de la paix.

comme la Corée du Sud, refusent d'insérer des clauses compromissaires dans ses futurs TBI. L'Union européenne a banni l'arbitrage, par l'arrêt *Achmea* du 6 mars 2018 d'abord, puis par accord plurilatéral en 2020 ».

⁴⁰⁸Art. 31, 3(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « [aux fins de l'interprétation d'un traité], il sera tenu compte, en même temps que du contexte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. »

⁴⁰⁹V. par exemple la sentence CIRDI *Urbaser (Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26)*, Award, par. 1200 : « *The Tribunal further retains that the Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969, and that Article 31 § 3 (c) of that Treaty indicates that account is to be taken of "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties."* The BIT cannot be interpreted

and applied in a vacuum. The Tribunal must certainly be mindful of the BIT's special purpose as a Treaty promoting foreign investments, but it cannot do so without taking the relevant rules of international law into account. The BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights. »

⁴¹⁰M. Bertamini, *The Role of International Investment Law in Armed Conflicts, Disputed Territories, and « Frozen » Conflicts – A Workshop Report*, Report of the 1st March 2019 Workshop, Ruhr-University Bochum : <https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/the-role-of-international-investment-law-in-armed-conflicts-disputed-territories-and-frozen-conflicts-a-workshop-report/> (consulté le 22 août 2025).

⁴¹¹D. Mainguy, *Arbitrage et litiges de guerre*, op.cit., n° 79.

« Arbitrage et droit des conflits armés dans l'affaire des navires ukrainiens : entre immunité des navires de guerre et exception due aux activités militaires »

Lucie Brouwer, doctorante en arbitrage maritime, Centre de droit maritime et océanique,
Université de Nantes (CDMO)

« L'absence de critères clairs pour distinguer les activités militaires des autres opérations en mer risque de créer une confusion juridique nuisible à la stabilité des relations internationales »⁴¹².

C'est ce que met en lumière le juge Gao au sein de son opinion individuelle sous l'ordonnance du Tribunal international du droit de la mer (ci-après TIDM) du 25 mai 2019, relative au différend concernant la détention de navires de la marine ukrainienne et de militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie)⁴¹³. Cet argument souligne à lui seul la difficulté juridique, plus que présente dans un contexte de conflits armés, à déterminer la frontière entre le droit de la mer et les autres branches du droit international (tel que le droit humanitaire) et jusqu'où l'arbitrage inter-étatique peut-il prétendre résoudre des différends maritimes internationaux confrontant ces droits.

C'est ce qu'illustre l'arbitrage de la Cour Permanente d'arbitrage (CPA) dans l'affaire de la détention des navires de guerres ukrainienne

et de leurs équipages (Ukraine c. Fédération de Russie)⁴¹⁴. En l'espèce, le 25 novembre 2018, trois navires militaires ukrainiens (le remorqueur *Yana Kapu* et les vedettes *Berdiansk* et *Nikopol*) ont été interceptés par les garde-côtes du Service Fédéral de Sécurité russes (FSB) alors qu'ils avaient pris la mer pour une mission dont l'objectif était de naviguer du port ukrainien d'Odessa, à travers le détroit de Kerch, vers des ports ukrainiens de la mer d'Azov⁴¹⁵.

Le 1er avril 2019, l'Ukraine engagea une procédure arbitrale par devant la Cour Permanente d'arbitrage (ci-après CPA) en adressant à la Fédération de Russie, une notification et son mémoire en demande en vertu de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après CNUDM).

Le 16 avril 2019, avant que le Tribunal arbitral ne soit constitué, l'Ukraine fit une demande en prescription de mesures conservatoires présentée au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la CNUDM par devant le TIDM⁴¹⁶ afin

⁴¹² Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie), n° 26, Opinion individuelle de M. le juge Gao, sous l'ordonnance du TIDM du 25 mai 2019, §34.

⁴¹³ TIDM, Ordonnance du 25 mai 2019, Affaire relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie), demande en prescription de mesures conservatoires.

⁴¹⁴ CPA, Affaire relative à la détention de navires ukrainiens et de leur équipage (Ukraine c. Fédération de Russie), Sentence relative à la compétence, 27 juin 2022, n° 2019-28.

⁴¹⁵ Le détroit de Kertch, historiquement sous contrôle ukrainien, relève de la compétence des juridictions russes depuis le décret du ministère russe des trans-

ports n° 313 du 21 octobre 2015. Cela a dès lors complexifié le droit de passage des navires ukrainiens souhaitant rejoindre la Mer noire. Le droit de passage de l'Ukraine par ce détroit est reconnu par la Fédération de Russie en vertu du traité bilatéral de coopération de 2003 relatif à l'usage de la mer d'Azov et du détroit de Kertch. La procédure applicable est encadrée par le Règlement général de police du port maritime de Kertch, adopté par le ministère russe des Transports en octobre 2015. Ce dispositif, conforme à des pratiques similaires établies depuis deux décennies, impose notamment une procédure de demande préalable auprès des autorités portuaires.

⁴¹⁶ Deux types de mesures conservatoires sont possibles devant le TIDM : celles qui sont prises en attente

de faire droit à ses demandes de libération des trois navires et de ses équipages, conformément au principe d'immunité dont disposent les navires de guerre⁴¹⁷. Cette affaire a en effet soulevé de nombreuses questions juridiques dont celle de la remise en cause de la compétence *prima facie* du Tribunal arbitral compte tenu de la divergence d'interprétation de la notion d'« activités militaires ».

Malgré le contexte belliqueux dans lequel se trouvent ces deux États, l'arbitrage inter-étatique de l'annexe VII de la CNUDM (dit arbitrage *ad hoc*), a su faire ses preuves pour apporter les éclairages nécessaires à l'interprétation ou à l'application de la Convention. C'est ce qu'illustre l'arbitrage CPA relative aux droits de l'Etat côtier en mer noire, en mer d'Azov et dans le détroit de Kertch en date du 21 février 2020⁴¹⁸.

Au l'aune de ce qui a été énoncé, il est pertinent de se demander comment l'arbitrage de l'Annexe VII de la CNUDM, en tant que mode de règlement des différends de la Convention, trouve à s'appliquer dans la résolution de conflits armés et comment peut-il revêtir une place privilégiée en la matière.

Il convient dès lors d'aborder les interprétations divergentes entre les juges du TIDM et les arbitres du Tribunal arbitral de la CPA concernant la notion « d'activités militaires » (I)

que la Cour ou le Tribunal rende une décision sur le fond, ou celles qui sont prises en attendant qu'un tribunal arbitral soit constitué (article 290§5). Voir P.Chandra Sekhara Rao et P.Gautier, « *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea : A commentary* », La Haye, Martius Nijhoff, 2006, p. 246; M. Forteau et J-M. Thouvenin, « *Traité de droit international de la mer* », Paris, Pedone, 2017, pp. 1014 et suivant.

⁴¹⁷ Articles 32 de la CNUDM - Immunité des navires de guerre et autres navires d'Etat utilisés à des fins non commerciales : « *Sous réserve des exceptions prévues à la sous-section A et aux articles 30 et 31, aucune disposition de la Convention ne porte atteinte aux immunités dont jouissent les navires de guerre et les autres navires d'Etat utilisés à des fins non commerciales.* »; Article 95 de la CNUDM - Immunité des navires de guerre en haute mer « *Les navires de guerre jouissent en haute mer de l'immunité complète de juridiction vis-à-vis de tout Etat autre que l'Etat du pavillon* »; Article 96 de la CNUDM - Immunité des navires utilisés exclusivement pour un service public non commercial « *Les navires appartenant à un Etat ou exploités par lui et utilisés*

conduisant à des conséquences préjudiciables, tant pour la sécurité juridique que pour l'effectivité des sentences arbitrales (II).

I. Les divergences d'interprétation jurisprudentielles de la notion d'« activités militaires »

Il convient dans un premier temps de rappeler le cadre juridique dans lequel s'inscrit l'arbitrage *ad hoc* en la matière (A) pour ensuite se concentrer sur l'opposition d'interprétation entre le TIDM et le tribunal arbitral concernant la notion d'« activités militaires » (B).

A. Le rappel du cadre juridique international régissant l'arbitrage ad hoc en la matière

Le droit de la mer, étant un droit à forte dimension internationale, est directement impacté par les conflits armés et surtout par celui opposant la Fédération de Russie et l'Ukraine depuis 2014 avec une intensification des conflits, depuis l'invasion de l'Ukraine par la Russie le 24 février 2022⁴¹⁹. En effet, adoptée en 1982, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après la CNUDM) constitue une étape majeure dans l'élaboration d'un cadre juridique global pour la gouvernance universelle du droit de la mer⁴²⁰. Cette « *Convention pour les Océans* »⁴²¹,

exclusivement pour un service public non commercial jouissent, en haute mer, de l'immunité complète de juridiction vis-à-vis de tout Etat autre que l'Etat du pavillon ».

⁴¹⁸ CPA, Affaire relative aux droits de l'Etat côtier en mer noire, en mer d'Azov et dans le détroit de Kertch- (Ukraine c. Fédération de Russie), 21 février 2020.

⁴¹⁹ <https://sgae.gouv.fr/sites/SGAE/accueil/a-propos-du-sgae/actualites/24-fevrier-deux-ans-de-guerre-en.html#>

⁴²⁰ *Préambule de la CNUDM* « *Reconnaissant qu'il est souhaitable d'établir, au moyen de la Convention, compte tenu de la souveraineté de tous les Etats, un ordre juridique pour les mers et les océans qui facilite les communications internationales et favorise les utilisations pacifiques des mers et des océans. L'utilisation équitable et efficace de leurs ressources, la conservation de leurs ressources biologiques et l'étude, la protection et la préservation du milieu marin* ».

⁴²¹ *IIIe Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer dans le cadre de laquelle le texte a été négocié, présidée par Hamilton S. Amerasinghe puis par Tommy T.B. Koh.*

d'une importance « *fondamentale* »⁴²² établit un cadre juridique global pour l'exploitation rationnelle, la conservation des ressources de la mer et la protection du milieu marin, tout en reconnaissant l'importance constante de la liberté de navigation.⁴²³ La Partie XV de la CNUDM vient établir des règles pour le règlement des différends entre les Etats parties concernant l'interprétation ou l'application de la CNUDM. Aux termes de l'article 287 paragraphe 1 de la CNUDM, lorsque les Etats parties signent ou ratifient la Convention ou y adhèrent, ces derniers ont le choix de soumettre le règlement de leurs différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention, à l'une des procédures suivantes : le TIDM; la Cour internationale de Justice (CIJ); le tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII (**arbitrage ad hoc**); le tribunal arbitral spécial, constitué conformément à l'annexe VIII.

En l'espèce, tant la Fédération de Russie que l'Ukraine ont choisi de se soumettre à la procédure d'arbitrage *ad hoc* prévu à l'Annexe VII lors de leur ratification de la Convention⁴²⁴. Cependant, l'article 297 paragraphe 1, b) de la CNUDM prévoit certaines exclusions à la compétence des cours et tribunaux de la section 2 Partie XV de ladite Convention dont « *les différends relatifs à des activités militaires, y compris les activités militaires des navires et aéronefs*

d'Etat utilisés pour un service non commercial, et les différends qui concernent les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains ou de la juridiction ».

C'est justement sur cette notion que la compétence du tribunal arbitral va se jouer. L'Ukraine a fondé l'ensemble de son argumentaire pour caractériser la compétence du Tribunal arbitral de l'Annexe VII, sur les immunités absolues qui sont reconnues aux navires de guerre en application des articles 32, 95 et 96 de la CNUDM⁴²⁵ et des principes du droit international coutumier applicables en vertu de l'article 293⁴²⁶. A ce titre, la doctrine classique de l'immunité souveraine précise « *qu'un navire de guerre demeure sous la juridiction exclusive de son Etat du pavillon pendant son entrée et son séjour dans des ports étrangers et des eaux étrangères. **Aucune procédure judiciaire ne peut être engagée contre lui,** que ce soit pour en reprendre possession, pour obtenir des indemnités en cas de collision, ou une prime en cas de sauvetage ou pour tout autre motif, et aucun agent public de l'Etat territorial n'est autorisé à monter à bord du navire contrairement à la volonté de son capitaine* »⁴²⁷.

Selon l'Ukraine, les navires militaires ukrainiens et les militaires ukrainiens jouissent d'une immunité complète de juridiction vis-à-vis de la Russie⁴²⁸. L'arraisonnement et la détention des équipages constituaient donc une

⁴²² A/RES/49/28, Préambule, Alinéa 1.

⁴²³ Préambule de la CNUDM « *Considérant que la réalisation de ces objectifs contribuera à la mise en place d'un ordre économique international juste et équitable dans lequel il serait tenu compte des intérêts et besoins de l'humanité tout entière et, en particulier, des intérêts et besoins spécifiques des pays en développement, qu'ils soient côtiers ou sans littoral* ».

⁴²⁴ Déclarations de l'URSS et de l'Ukraine formulées lors de leur ratification à la CNUDM « 1. The Union of Soviet Socialist Republics declares that, under article 287 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, it chooses an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII as the basic means for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of the Convention. It opts for a special arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VIII for the consideration of matters relating to fisheries, the protection and preservation of the marine environment, marine scientific research, and navigation, including pollution from vessels and dumping. It recognizes the competence of the International Tribunal for the Law of the Sea, as provided for in article 292, in matters relating to the prompt release of detained vessels and crews », 12 mars 1997.

« *The Ukrainian Soviet Socialist Republic declares that, in accordance with article 287 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, it chooses as the principal means for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of this Convention an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII (...)* » 26 juillet 1999.

⁴²⁵ Affaire « *Ara Libertad* » (Argentine c. Ghana), 15 décembre 2015, § 95 : « *considérant que, selon le droit international général, le navire de guerre jouit de l'immunité, y compris dans les eaux intérieures* ».

⁴²⁶ Article 293 de la CNUDM - Droit applicable « 1. Une cour ou un tribunal ayant compétence en vertu de la présente section applique les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci. 2. Le paragraphe 1 ne porte pas atteinte à la faculté qu'a la cour, le tribunal ayant compétence en vertu de la présente section de statuer *ex aequo et bono* si les parties sont d'accord. »

⁴²⁷ C.J. Colombos, « *The International Law of the Sea* » (4e édition, 1959), Longmans Green & Co., London, p. 227.

⁴²⁸ L'immunité s'applique tant au niveau qu'à son équipage. Voir sur la « *conception unitaire du navire* » : TIDM,

violation de ces immunités et fonderait ainsi tant la saisine du Tribunal arbitral de l'annexe VII que du TIDM pour prononcer les mesures conservatoires⁴²⁹ qui s'imposent avant la constitution du Tribunal arbitral.

A contrario, la Russie, invoqua la déclaration qu'elle avait faite en vertu de l'article 298 §1 b), excluant de la juridiction obligatoire de la CNUDM les différends relatifs à « *des activités militaires* »⁴³⁰. Selon Moscou, l'interception armée de navires militaires en pleine crise russo-ukrainienne ne pouvait être comprise autrement que comme une opération militaire, échappant à la compétence du TIDM.

Afin d'illustrer ce propos, la Fédération de Russie avait mis en exergue les éléments suivants : « *Il ne fait aucun doute que le différend actuel porte sur des activités militaires. L'incident du 25 novembre 2018 concernait une incursion « secrète » non autorisée par trois navires militaires ukrainiens dans les eaux territoriales russes, à laquelle s'est opposé le personnel militaire des garde-côtes russes, suivie par la saisie des trois navires militaires ukrainiens et l'arrestation des militaires ukrainiens. Le différend introduit par l'Ukraine porte sur ces événements. L'immobilisation des trois navires militaires ukrainiens et la*

Affaire du navire « SAIGA » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), arrêt, 1^{er} juillet 1999, affaire n° 2, § 106. « le navire comme constituant une unité, en ce qui concerne les obligations qui incombent à l'État du pavillon à l'égard du navire, le droit qu'a un État du pavillon de demander réparation pour toute perte ou tout dommage subis par le navire à la suite d'actes d'autres États et le droit qu'a cet État d'introduire une instance conformément à l'article 292 de la Convention. Ainsi, le navire, tout ce qui se trouve sur le navire et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité sont considérés comme une entité liée à l'État du pavillon. La nationalité de ces personnes ne revêt aucune pertinence. ».

⁴²⁹ Article 290 de la CNUDM - Mesures conservatoires « 1. Si une cour ou un tribunal dûment saisi d'un différend considère, *prima facie*, avoir compétence en vertu de la présente partie ou de la section 5 de la partie XI, cette cour ou ce tribunal peut prescrire toutes mesures conservatoires qu'il juge appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive ».

Voir affaire de l'« Arctic Sunrise » (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, TIDM Recueil 2013, p. 247§80. « Cet article « doit être lu ensemble avec l'article 290, paragraphe 1, de la Convention » : « 5. En attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend

*détention des militaires ukrainiens sont la conséquence directe de l'incident du 25 novembre 2018 et ne peuvent donc être examinés séparément de l'enchaînement des événements impliquant respectivement du personnel et du matériel militaires du côté russe et ukrainien. Il s'agit manifestement d'un différend sur des activités militaires. »*⁴³¹.

Malgré cela, la Fédération de Russie enverra son mémorandum écrit même si elle ne participera pas aux phases orales de la procédure. Elle énoncera cependant que son absence ne vaudra pas participation à l'arbitrage⁴³². Son absence ne fera pas obstacle à la compétence du Tribunal dès lors qu'elle a eu l'occasion de présenter ses observations⁴³³.

En outre, les arguments opposés de la Fédération de Russie et de l'Ukraine vont donner lieu à une interprétation divergente entre les juges du TIDM et les arbitres du Tribunal arbitral sur la notion d'« *activités militaires* ».

B. L'opposition d'interprétation entre le TIDM et le tribunal arbitral concernant la notion d'« activités militaires »

en vertu de la présente section, toute cour ou tout tribunal désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'accord dans un délai de deux semaines à compter de la date de la demande de mesures conservatoires, le Tribunal international du droit de la mer [...] peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige. »

⁴³⁰ TIDM, Ordonnance en date du 25 mai 2019, §8

⁴³¹ TIDM « Mémorandum de la Fédération de Russie concernant sa position sur les circonstances de l'affaire n° 26 », §28, 7 Mai 2019.

⁴³² Note n° 1733/H transmise au greffier du TIDM, § 8 de l'Ordonnance qui mentionne la note verbale de la Fédération de Russie contestant la compétence du tribunal et la transmission d'une note écrite conformément à l'article 90, § 3 du Statut du Tribunal.

⁴³³ Le TIDM souligne que la Russie a eu l'occasion de présenter ses observations et que son absence ne porte pas préjudice à « la bonne application du principe d'égalité des parties et à la bonne administration de la justice » (§26, 27 et 28 de l'Ordonnance du 25 mai 2019). Voir également, TIDM - affaire de l'« Arctic Sunrise » (Royaume Uni des Pays-Bas c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, Ordonnance du 22 novembre 2013, p. 242, § 48) posant la condition selon laquelle « la partie absente doit avoir eu la possibilité de faire entendre ses observations ».

L'arbitrage ad hoc de l'Annexe VII de la CNUDM a déjà été saisi afin de déterminer la portée et le contenu de la notion d'« *activités militaires* ». Or, la Convention n'en fournit aucune définition expresse. Cette lacune conduit les juridictions internationales à apprécier de façon objective et au cas par cas, si les faits du différend relèvent ou non des activités militaires au sens de l'article 298 paragraphe 1 b) de la CNUDM. La doctrine semble soutenir une interprétation large en précisant qu'« *il est très largement admis que, considérant la nature hautement politique des activités militaires, le terme doit faire l'objet d'une interprétation large. Les activités militaires ne sont pas limitées aux actions des navires de guerre et des aéronefs militaires ou des navires et aéronefs d'Etat utilisés pour un service non commercial* »⁴³⁴.

La question de l'applicabilité du droit international humanitaire à la situation se posait ainsi que l'influence que ce droit pouvait avoir sur l'interprétation de la notion d'« *activités militaires* ». Cette notion, bien qu'absence du droit humanitaire, se doit d'être rapprochée du qualificatif « *militaire* » qui est rattaché à la nature du navire et à son équipage⁴³⁵. Ce fût le cas au sein de deux arbitrages CPA antérieurs au cas d'espèce. Il s'agit du différend opposant le Guyana et le Suriname⁴³⁶ et de celui de l'affaire de la Mer de Chine Méridionale⁴³⁷. Au sein de ces deux affaires, le Tribunal arbitral s'est fondé sur des faisceaux d'indices différents pour qualifier les activités de « *militaires* ». Le résultat en fût pourtant le même, le Tribunal arbitral s'est déclaré incompétent *rationae materiae* pour trancher le différend en raison de la présence d'activités militaires.

Ceci dénote d'une absence de consensus et d'une divergence d'interprétation qui vient directement mettre en péril les modes de règlement des différends de la CNUDM dont fait partie l'arbitrage. C'est ce que révèle une fois encore l'affaire relative à la détention de navires ukrainiens et de leur équipage mais avec une autre finalité. Le TIDM refusa d'appliquer la définition organique de l'activité militaire selon laquelle « *serait militaire l'activité qui impliquerait du personnel ou du matériel militaire* » et estimera que « *la distinction entre activités militaires et actes d'exécution forcée ne peut pas être fondée uniquement sur l'emploi de navires militaires ou de navires chargés de missions de police en mer* », dans la mesure où « *il n'est pas inhabituel aujourd'hui pour les Etats d'employer les deux types de navires en les faisant collaborer à diverses fonctions maritimes* »⁴³⁸. Il opta pour une définition fonctionnelle découlant « *d'une évaluation objective de la nature et des activités en question, en tenant compte des circonstances pertinentes de chaque cas* »⁴³⁹.

Bien que le Tribunal arbitral ait adopté la même approche, les solutions ont été complètement opposées. Le TIDM déclara le tribunal arbitral compétent *prima facie*, arguant qu'il était question d'actes d'exécution forcée. Le TIDM n'a en effet la possibilité de prescrire des mesures conservatoires que « *si les dispositions invoquées par le demandeur semblent prima facie constituer une base sur laquelle la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pourrait être fondée* » sans garantir de manière définitive que « *ledit tribunal arbitral a compétence pour le règlement du différend porté devant lui* »⁴⁴⁰.

⁴³⁴ S. Talmon, « *The South China Sea Arbitrations : is there a Case to Answer ?* » in S. Talmon et B.B. Jia, *The South China Sea Arbitration : A Chinese Perspective*, Hart Publishing, 2014, p. 57-58.

⁴³⁵ Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens, 2019, préc., Mémoire du gouvernement de la

Fédération de Russie, 7 mai 2019, § 33 et « la Fédération de Russie refuse "la qualification de la situation comme conflit armé pour les besoins du droit international humanitaire", TIDM, Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens, 2019, § 44.

⁴³⁶ CPA, Arbitrage entre le Guyana et le Suriname, 17 septembre 2007, § 270 : dans cette affaire, le Tribunal

arbitral avait qualifié les actions des autorités surinamaises, de « *militaire* » et donné raison au Guyana.

⁴³⁷ CPA, Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, 12 juillet 2016, § 1161.

⁴³⁸ TIDM, Ordonnance du 25 mai 2019, §64. Voir également CPA, Affaire relative aux droits de l'État côtier en mer noire, en mer d'Azov et dans le détroit de Kertch-Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait- (Ukraine c. Fédération de Russie), 21 février 2020, No. 2017-06.

⁴³⁹ TIDM, Ordonnance du 25 mai 2019, §66

⁴⁴⁰ TIDM, Ordonnance du 25 mai 2019, §36. Voir également l'affaire « ARA Libertad » (Argentine c. Ghana),

A contrario, le Tribunal arbitral doit effectuer une analyse bien plus approfondie que pour des mesures provisoires, et doit être sûr de sa propre compétence pour se déclarer incompétent en qualifiant les opérations ukrainiennes de « militaires ». Autrement dit, le TIDM réaffirme que l'origine même du différend tient au désaccord des parties sur l'applicabilité de l'article 298 paragraphe 1, b) de la CNUDM.⁴⁴¹

Cependant, ce dernier a oublié les faits déterminants au sein de cette affaire. Il s'est tout d'abord contenté d'isoler le lien entre les actions des navires militaires ukrainiens et les activités militaires en orientant le débat du différend vers le droit de passage inoffensif. Le terme « concernant » les activités militaires de l'article 298 revêt une importance capitale dans l'interprétation qu'il conviendrait d'adopter.

Conformément à la jurisprudence antérieure du TIDM, dans l'affaire du M/V Louisa en date du 28 mai 2013⁴⁴², l'utilisation de ce terme dans une déclaration indique que celle-ci ne s'étend pas uniquement aux articles qui contiennent expressément les mots « saisies » ou « immobilisation », mais à toute disposition de la Convention ayant une incidence sur la saisie ou l'immobilisation de navires⁴⁴³. Pour déterminer si l'affaire est un différend « concernant des activités militaires », le TIDM aurait dû examiner avec précision les actions des deux parties ainsi que le contexte dans lesquelles celles-ci s'inscrivent plutôt que de se

limiter à un moment ne reflétant qu'une partie du différend, à savoir « le passage des navires de guerre ukrainiens dans le détroit de Kertch ».

Compte tenu du contexte et des liens étroits entre ces activités et l'existence d'un conflit armé, ces derniers auraient dû conduire le TIDM à retenir la qualification « d'activités militaires » et estimer le tribunal arbitral incompétent *prima facie*. La véracité de ces propos peut notamment se fonder sur le fait que les navires militaires ukrainiens devaient quitter le port d'Odessa pour se rendre au port de Marioupol afin d'y accomplir des missions de défense. Cela donne l'impression qu'il existerait une définition « à géométrie variable » des activités militaires⁴⁴⁴.

C'est ce que met en lumière la Déclaration du juge Lijnzaad (jointe à l'ordonnance du TIDM) qui met en exergue « les vues exprimées par les Parties dans le présent différend pourraient montrer une divergence d'opinions quant à l'interprétation et à l'application du droit des conflits armés, pour lesquelles le Tribunal n'a pas compétence »⁴⁴⁵. C'est également ce que confirme le Tribunal arbitral lorsqu'il énonce au point 107 de sa sentence, que « L'utilisation du terme dans l'article 298, paragraphe 1, point b), a fait l'objet de commentaires dans certains cas, sans qu'un consensus se dégage sur la portée de l'exception relative aux « activités militaires » »⁴⁴⁶.

L'approche du Tribunal arbitral est inédite en la matière dans la mesure où selon Madame la Professeure Julie Ferrero et Madame Kiara Neri⁴⁴⁷, il adopterait une approche dite « séquencée ». Cela signifie que le Tribunal arbitral

mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012, TIDM Recueil 2012, p. 343§60.

⁴⁴¹ TIDM, Ordonnance du 25 mai 2019 « La Fédération de Russie soutient que le différend soumis au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII porte sur des activités militaires et que les déclarations des Parties l'excluent par conséquent de la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. L'Ukraine affirme que le présent différend ne concerne pas des activités militaires, mais des actes d'exécution forcée, et que lesdites déclarations ne l'excluent donc pas de la compétence dudit tribunal arbitral », §50.

⁴⁴² TIDM, Affaire du navire M/V Louisa (Saint-Vincent et Grenadines c. Royaume d'Espagne), 28 mai 2013, §77-84.

⁴⁴³ Ibid.Idem

⁴⁴⁴ J.Ferrero et K.Neri « Les ambiguïtés de l'interprétation de l'exclusion des différends relatifs à des activités militaires de la compétence des tribunaux : au titre de la partie XV de la CNUDM », DICE Édition, 21 juillet 2024, p.472.

⁴⁴⁵ TIDM, Ordonnance du 25 mai 2019, Déclaration de la juge Lijnzaad, § 8.

⁴⁴⁶ Traduction libre: « The use of the term in Article 298(1)(b) has been the subject of comment in some cases, without a consensus emerging on the scope of the "military activities" exception ».

⁴⁴⁷ J.Ferrero et K.Neri « Les ambiguïtés de l'interprétation de l'exclusion des différends relatifs à des activités militaires de la

reconnaît qu'il peut exister une évolution entre la nature de l'activité initiale (activité de police en mer) et la nature de l'activité finale (activité militaire). Ce séquençage viendra limiter sa compétence sur la première phase du différend, l'exclure sur la seconde puis la lui redonner sur la troisième. Le lien entre l'arbitrage et le droit de la guerre prend dès lors tout son sens.

De quelle façon ce mode de règlement des différends pourrait-il s'ériger comme mode privilégié pour répondre à de tels différends dans un contexte de conflit armé alors que de toute évidence, la CNUDM écarte les activités militaires de son champ de compétence. Tout est une question d'interprétation conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁴⁴⁸. Autrement dit, le conflit d'interprétation entre le TIDM et le Tribunal arbitral vient mettre l'accent sur une seconde problématique, celle de l'extension du champ d'application de la CNUDM sur d'autres droits tel que le droit humanitaire⁴⁴⁹ ainsi que sur celles de la multiplicité de la jurisprudence internationale en la matière pouvant conduire à rendre l'exception de l'article 298 inopérante et dénuée d'effectivité.

compétence des tribunaux au titre de la partie XV de la CNUDM, DICE Édition, 21 juillet 2024, p.463.

⁴⁴⁸ Article 31 de la Convention de Vienne - Règle générale d'interprétation « 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ; b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. 3. Il sera tenu compte, en même temps que du

contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

⁴⁴⁹ En effet, la Partie XV de la CNUDM exclue du champ d'application juridictionnel de ses tribunaux, le fait de se prononcer sur l'existence d'un conflit armé dans la mesure où cela relève du droit humanitaire.

II. Les conséquences préjudiciables de ces divergences d'interprétation jurisprudentielles

Il convient de mettre désormais en lumière les conséquences préjudiciables se révélant notamment dans le risque avéré qu'en court la sécurité juridique (A) ainsi que l'atteinte que cela porterait sur la légitimité des décisions rendues par les modes de règlement des différends de la CNUDM (B).

A. Le risque pour la sécurité juridique face à l'incertitude de l'exception militaire

Les incohérences jurisprudentielles relatives à l'interprétation de la notion d'« *activités militaires* » ont mis l'accent sur la problématique de sécurité juridique que cela engendre ou peut engendrer. En effet, du fait de la persistance des divergences jurisprudentielles en la matière, cela vient mettre à mal « *l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets du droit dont il favorise la réalisation* »⁴⁵⁰. Cet impératif judiciaire, ce principe général du droit⁴⁵¹ astreint les juges au respect d'une cohérence d'ensemble, compte tenu des éléments de chaque espèce (d'autant plus s'il s'agit de faits identiques). Dès lors, la question se pose de savoir si cette divergence d'interprétation est liée au type de procédure engagée (et donc à la composition variable des tribunaux arbitraux) ou si une autre juridiction, saisie des mêmes faits, aurait adopté une approche différente.

Ces contradictions dans l'application du droit international sont illustrées avec brio dans les affaires Nicaragua, Tadic et Génocide où les critères d'attribution à un Etat, de violation du droit international dépendent du type de contrôle (restrictif ou global) adopté par la CIJ⁴⁵² et par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)⁴⁵³. Cependant, la différence entre ces affaires et celle de notre espèce demeure dans le fait que concernant l'interprétation de l'article 298 §1 b) de la CNUDM, il s'agit bien souvent d'une triple identité (de parties, d'objet et de cause).

A ce jour, aucune demande d'avis consultatif n'a encore été formulée par devant le TIDM sur l'interprétation uniforme qu'il conviendrait d'adopter pour cet article. Les atteintes à la sécurité juridique peuvent être telles que cela viendrait remettre en question la légitimité même des décisions rendues par les modes de règlement des différends de la CNUDM en la matière. A titre d'exemple, c'est bien la caractérisation d'activités militaires qui vient limiter la compétence *rationae materiae* des tribunaux arbitraux *ad hoc*. Si la conception restrictive de cette notion est appliquée, cela vient étendre la compétence juridictionnelle de ces derniers, tandis que si c'est la conception large qui l'emporte, la compétence juridictionnelle n'en sera que limitée voire même exclue. Cette inquiétude se reflète notamment dans les arguments du Juge Gao par son opinion individuelle où il met en garde sur la conception restrictive de l'article 298§1 b) de la CNUDM donnant des Etats « *frustrés et déçus d'apprendre qu'en vertu de la jurisprudence leurs déclarations à propos de l'exception relative aux activités militaires, faites conformément à la Convention, ne peuvent guère servir leur in-*

⁴⁵⁰ T. Piazzon, « *La sécurité juridique* », Paris, Defresnois-Lextenso, 2009, p.62.

⁴⁵¹ Voir notamment : CIJ, Exceptions préliminaires, Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), arrêt du 26 juin 1992, §69 ; CIJ, Compétence, Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), arrêt du 4 décembre 1998, § 29 ; CIJ, Différend frontalier (Benin c. Niger), arrêt du 12 juillet 2005, §144.

⁴⁵² CIJ, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-

Unis), arrêt du 26 juin 1986 (Fond), Rec. 1986, § 105-115; CIJ, Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, Rec. 2007, § 406.

⁴⁵³ TPIY, Le Procureur c. Dusko Tadic, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (Chambre d'appel), 2 octobre 1995, IT-94-1-T, § 24.

tention et leur but originels, étant donné que la jurisprudence a adopté une interprétation stricte pour l'application de cette disposition »⁴⁵⁴; que « les organes de règlement des différends de la CNUDM puissent s'immiscer dans des activités militaires exclues de leur sphère de compétence »⁴⁵⁵.

En d'autres termes, l'immixtion de l'arbitrage au sein du droit de la guerre peut être une hypothèse à défendre si l'objectif est de promouvoir ce mode de règlement des différends. Pour ce faire, la conception restrictive de l'article 298§1 b) (telle qu'adoptée par le TIDM) sera de rigueur pour étendre son champ de compétence juridictionnelle aux activités militaires. En effet, le seuil d'application de l'exception relative aux activités militaires devra être assez élevée. Cependant, le juge Gao souligne à cet effet que « le fait de fixer un seuil élevé pour l'application de l'exception tirée des activités militaires incitera certains Etats à se livrer à une escalade plutôt qu'à une désescalade d'un conflit, en déployant un grand nombre de navires militaires et en augmentant le niveau de forces employées, afin de faire jouer l'exception relative aux activités militaires permettant d'échapper aux procédures obligatoires de règlement des différends »⁴⁵⁶.

En définitive, les divergences d'interprétation de la notion d'« activités militaires » ne viennent pas seulement concourir fragiliser la sécurité juridique en compromettant la cohérence du droit et son effectivité. Elles soulèvent une problématique plus profonde, étant celle de la confiance et de la crédibilité que les Etats peuvent accorder aux sentences arbitrales. Les atteintes à la légitimité juridictionnelle se manifestent à travers la remise en cause de l'impartialité des arbitres appelés à trancher le différend.

B. L'atteinte à la légitimité juridictionnelle suscitée par la récusation des arbitres

Ce flou juridique a nourri, en l'espèce, de multiples demandes de récusation présentées par la Fédération de Russie. Elle invoque le défaut d'impartialité de certains arbitres compte tenu de leur participation à la Déclaration de l'Institut de droit international (IDI) du 1er mars 2022, de leurs activités sur les réseaux sociaux ou de leur rôle antérieur devant le TIDM. Deux opinions dissidentes entrent dans le débat doctrinal, celle de Sir Christopher Greenwood en mars 2024 et celle du Professeur Alexander Vylegzhanin le 11 avril 2025. Ces deux opinions témoignent d'une divergence profonde sur l'appréciation du standard d'indépendance et d'impartialité des arbitres.

En effet, Sir Christopher Greenwood admet le standard de l'affaire « *Chagos Marine Protected Area* »⁴⁵⁷ selon lequel il n'est pas nécessaire d'établir un biais effectif mais seulement des « motifs valables de douter de l'indépendance et de l'impartialité de cet arbitre dans une affaire particulière »⁴⁵⁸. Il insiste cependant sur le caractère contextuel de ce test, à savoir que l'impartialité n'est pas une notion abstraite mais doit être évaluée « dans le cas particulier où ils sont appelés à statuer »⁴⁵⁹.

Concernant la Déclaration de l'IDI en date du 1er mars 2022⁴⁶⁰, il considère que cette dernière portait « exclusivement avec les opérations militaires russes en Ukraine qui ont débuté le 24 février 2022 »⁴⁶¹, et qu'elle ne pouvait rétroactivement affecter la légalité des événements de novembre 2018 au détroit de Kertch. En

⁴⁵⁴ Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie), n° 26, Opinion individuelle de M. le juge Gao, sous l'ordonnance du TIDM du 25 mai 2019, §46.

⁴⁵⁵ Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie), n° 26, Opinion individuelle de M. le juge Gao, sous l'ordonnance du TIDM du 25 mai 2019, §47.

⁴⁵⁶ Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie), n° 26,

Opinion individuelle de M. le juge Gao, sous l'ordonnance du TIDM du 25 mai 2019, §45.

⁴⁵⁷ CPA, « *Chagos Marine Protected Area Arbitration* » (Mauritius v. United Kingdom), 30 Novembre 2011.

⁴⁵⁸ Opinion dissidente de Sir Christopher Greenwood, §.3

⁴⁵⁹ *Ibid Idem*

⁴⁶⁰ <https://www.idi-iil.org/en/declaration-de-linstitut-de-droit-international-sur-lagression-en-ukraine/>

⁴⁶¹ Opinion dissidente de Sir Christopher Greenwood, §7

outre, il estime que les règles de droit invoquées dans la Déclaration (interdiction du recours à la force, intégrité territoriale des États, droit à l'autodétermination) « *n'ont aucune incidence sur les questions que le Tribunal... devra trancher dans la présente affaire* »⁴⁶². Il appuie qu'un vote en faveur de la Déclaration ne traduisait d'aucun préjugé ni hostilité spécifique⁴⁶³. Il critique dès lors la Russie pour avoir attendu plus d'un an avant de soulever sa demande de récusation⁴⁶⁴.

A contrario, le Professeur Vylegzhanin adopte une lecture plus large de l'impartialité, mobilisant un faisceau d'indices. Pour lui, la Déclaration de l'IDI était « *manifestement anti-défendeur et pro-demandeur* »⁴⁶⁵. L'abstention du juge Kateka au sein de l'arbitrage n'est pas neutre car celle-ci s'accompagnait d'un commentaire approuvant « *les circonstances et le contexte qui ont motivé le projet* »⁴⁶⁶, ce qui équivaut à une adhésion implicite. Il vient rajouter que les activités numériques du juge Kateka venaient approuver tacitement la qualification de la conduite russe « *d'agression* »⁴⁶⁷. Il appuie ses propos sur diverses juridictions étrangères assimilant le retweet ou le « *like* » à une forme d'endossement du content⁴⁶⁸.

Enfin, il insiste sur l'incompatibilité institutionnelle qui résulte de la double participation du juge Kateka⁴⁶⁹. Il appelle dès lors à réformer cette pratique⁴⁷⁰. Cette nouvelle divergence de point de vue illustre à nouveau la difficulté à maintenir la légitimité des sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CNUDM lorsque l'indépendance et l'impartialité des arbitres est remise en cause.

Conclusion

La doctrine est partagée. Certains saluent la prudence du tribunal, voyant dans la fragmentation un compromis permettant d'éviter un déni de justice. D'autres y voient une faiblesse : en segmentant les faits, on crée une juridicisation partielle de la guerre, sans jamais affronter de front les questions de droit international humanitaire. L'affaire met ainsi en évidence deux enjeux, un enjeu normatif et un enjeu institutionnel.

Concernant le premier, il repose sur la non-précision de la CNUDM concernant la distinction réellement des actes d'exécution forcée (police maritime) et des activités mili-

⁴⁶² Opinion dissidente de Sir Christopher Greenwood, §10

⁴⁶³ Opinion dissidente de Sir Christopher Greenwood, §10 : « *The action of Professor McRae and Judge Wolfrum in voting for the Declaration thus involved no prejudgment of the issues* ».

⁴⁶⁴ Opinion dissidente de Sir Christopher Greenwood, §19 « *its failure to do so makes the present request untimely* ».

⁴⁶⁵ Opinion dissidente du Professeur Vylegzhanin, §19.

⁴⁶⁶ Opinion dissidente du Professeur Vylegzhanin, §13.

⁴⁶⁷ Opinion dissidente du Professeur Vylegzhanin, §34 : « *a retweet without commentary is commonly – and rightly – considered an expression of support* »

⁴⁶⁸ Opinion dissidente du Professeur Vylegzhanin, §29 « *As the Delhi High Court has held, The retweeting of the content in the present case which was originally created by some other person who did not have as much public following as the present petitioner, by virtue of the petitioner retweeting that content, represented to the public at large that he believed the content created by another person to be true. It has to be held so since the general public would ordinarily believe that the person retweeting such content on his own Twitter account, must have understood, verified and believed the content to be true* » §30 : « *There are also other cases which support this interpretation:- United States v. Yassin, Case No. 16-03024-01-CR-S-MDH (W.D. Mo.*

Feb. 23, 2017): even assuming this was a retweet (as asserted by Defendant), there is a general understanding that "[b]y clicking 'retweet,' the user intends to convey the message that she agrees with the 'tweet,' and viewers will understand it that way. » (Bethany C. Stein, *A Bland Interpretation: Why a Facebook "Like" Should Be Protected First Amendment Speech*, 44 Seton Hall L. Rev. 1255, p. 9. 1277 (2014). - R. v. Hamdan, *British Columbia Supreme Court*, 2017 BCSC 1770: *By re-posting the statements of others, Mr. Hamdan was clearly aware of the content and thus adopted those statements as his own. - District Court of Zurich, Conviction for "Facebook Like" on defamatory posts, judgment of 29 May 2017 (case number GG160246): By clicking the "like" button, the accused clearly endorsed the defamatory content and thus made it his own. The statements were further disseminated on Facebook, i.e. made accessible to a large number of people.* »

⁴⁶⁹ Opinion dissidente du Professeur Vylegzhanin, §45 : « *it should be inappropriate for ITLOS Judge Kateka... to be then appointed as Arbitrator in an Annex VII arbitration for the same case* ».

⁴⁷⁰ Opinion dissidente du Professeur Vylegzhanin, §48 « *minimizing and ultimately reversing this unfortunate practice* »

taires. Ce flou normatif entretient l'incertitude et favorise les contestations de compétence.

Concernant le second, l'exception militaire de l'article 298, conçue comme une garantie de souveraineté, devient une arme procédurale pour neutraliser l'arbitrage.

L'affaire des navires ukrainiens illustre l'ambivalence de l'arbitrage international en contexte de guerre. D'un côté, le TIDM et le tribunal arbitral ont rappelé la force des immunités et le rôle essentiel des mécanismes juridictionnels de la CNUDM et de l'autre, l'application de l'article 298 §1 b) a conduit à une fragmentation du différend, laissant hors de

portée les aspects les plus sensibles du contentieux, à savoir l'usage de la force armée et la détention de militaires.

En somme, cette affaire marque une étape charnière. Elle montre que l'arbitrage peut encore fonctionner en temps de guerre, mais seulement de manière partielle et fragmentée. Comme l'a souligné le juge Gao, tant que la communauté internationale n'aura pas clarifié la distinction entre activités militaires et actes d'exécution forcée, le risque demeure que l'arbitrage du droit de la mer se heurte à ses propres limites tant face au droit de la guerre qu'au droit humanitaire.

« *L'arbitrage international d'investissement : forum de règlement des différends spatiaux* »

Dani Habel, doctorant contractuel, faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille

L'exploration spatiale et le développement de l'industrie aérospatiale ont connu une croissance exponentielle au cours des dernières décennies. Avec l'émergence de nouvelles technologies et le dynamisme du secteur, de nombreux investisseurs ont saisi l'opportunité d'investir dans des projets spatiaux prometteurs.

Toutefois, bien qu'ils ne concernent pas formellement le droit spatial au sens strict du terme, des litiges peuvent survenir dans cette industrie dont les acteurs concluent un grand nombre de contrats. Ces contrats concernent majoritairement la planification et la fabrication de satellites, leur assurance, leur mise en orbite, leur exploitation et bien d'autres. Ces contrats contiennent généralement des clauses compromissaires permettant en cas de litige d'entamer une procédure d'arbitrage. Ce type d'arbitrage commercial ne posant généralement pas de problèmes particuliers, il ne sera pas traité par cette étude. Le présent article se focalisera en revanche sur l'arbitrage d'investissements en matière d'activités spatiales. Ce secteur est souvent associé à des risques et des défis uniques, posant donc certaines problématiques particulières. En effet, la saga *Devas* qui comporte deux volets d'arbitrage Investisseur-État se poursuit et paraît sans fin, de quoi susciter l'appétence pour l'appréhension des enjeux spécifiques pouvant se dresser dans cette industrie atypique.

Parmi les problématiques relevées dans l'affaire susmentionnée, deux nous semblent fondamentales et seront traitées :

- I. La question de savoir si l'arbitrage d'investissement est apte à résoudre les différends dans le secteur spatial.
- II. La question des limites de l'arbitrage d'investissement en tant que forum de règlement des différends spatiaux.

I- L'aptitude des tribunaux d'arbitrage Investisseur-État à traiter des différends liés à l'activité spatiale

La volonté de résoudre les potentiels différends spatiaux dans le cadre existant de l'arbitrage Investisseur-État est une option viable. Cette viabilité a en effet été confirmée par trois affaires connues jusqu'à présent – deux affaires auprès de la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA) et une auprès du CIRDI⁴⁷¹. Mais, pour que les tribunaux d'arbitrage Investisseur-État soient aptes, il doit y avoir à la fois un investissement et un investisseur étranger qui a investi sur le territoire de l'État d'accueil⁴⁷². Une telle aptitude nécessite que le tribunal arbitral, saisi d'un litige relatif aux activités spatiales, détermine sa compétence⁴⁷³. Par ailleurs, aux difficultés relatives au contrôle de la satisfaction de la condition d'investissement ou celle de l'origine étrangère de cet investissement, s'ajoutent les spécificités propres au secteur de l'activité spatiale relatives à la notion

⁴⁷¹ Le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements.

⁴⁷² Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, article 25 traitant de la compétence du CIRDI.

⁴⁷³ D. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage international relative aux investissements – Les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI*, Éditions Bruylant, 2012, p. 27.

d'extraterritorialité.

A- Les activités spatiales vectrices d'investissements

La question d'aptitude induit en premier lieu de qualifier les activités spatiales en « investissement ». Deux cas de figure se présentent et méritent donc d'être traités.

D'une part, une procédure arbitrale peut être déclenchée par le biais d'une clause compromissoire insérée dans un contrat conclu entre une partie privée étrangère (l'investisseur) et un État (l'État d'accueil). De tels contrats peuvent concerner la fabrication de satellites pour le compte de l'État ou la fourniture de services de diffusion sur son territoire. Si ces projets entrent en « eaux troubles », les entreprises peuvent demander une compensation pour leurs pertes en initiant un arbitrage d'investissement. Dans ce cas, constater un investissement ne doit poser aucune problématique sur le plan pratique, étant donné que ce type de contrats définit clairement les termes du projet d'investissement sur le territoire de cet État.

D'autre part, il se peut qu'il n'y ait aucun lien contractuel entre l'entreprise étrangère qui investit dans une activité spatiale commerciale et l'État hôte ; l'entreprise étrangère étant alors liée contractuellement à une autre entité privée voire publique. Le cas échéant, il est primordial de déterminer l'existence d'un investissement couvert par le traité applicable et effectué par un investisseur étranger afin de fonder la compétence des tribunaux d'arbitrage Investisseur-État.

Selon le test *Salini*⁴⁷⁴, un investissement nécessite une contribution économique, un

risque, une certaine durée, voire une contribution au développement de l'État d'accueil. Les opérations spatiales sont susceptibles, au sens dudit test, d'être éligibles, car il s'agit généralement de projets à long terme, de grande valeur et qui sont certainement confrontés à un niveau de risque élevé. Quant aux traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement, ils définissent presque tous les investissements comme « tout type d'actif »⁴⁷⁵ tout en ajoutant à cette définition une liste énumérative des catégories d'actifs aptes à entrer dans son champ d'application. Ces actifs peuvent être des biens, des droits et des intérêts de quelque nature que ce soit, y compris les droits de propriété, acquis ou utilisés en vue d'un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales⁴⁷⁶, etc.

Une telle définition peut inclure les satellites, principaux biens faisant l'objet d'investissements en matière spatiale. Mais l'activité des opérateurs privés dans l'industrie spatiale ne concerne pas uniquement la fabrication de satellites et peut, à titre d'exemple, concerner la fourniture de services de diffusion sur le territoire de l'État hôte. Dans ce cas, les entreprises doivent obtenir une autorisation préalable de la part de l'autorité compétente afin de pouvoir exploiter des spectres de fréquences ou des créneaux orbitaux, étant donné que ceux-ci sont enregistrés initialement en faveur de l'État. Des conflits peuvent alors survenir lorsque le spectre de fréquences alloué par l'État à l'opérateur privé est annulé ou révoqué – comme dans l'affaire *Devas c. Inde*⁴⁷⁷. De tels conflits peuvent également survenir lorsque l'opérateur de satellites doit réserver une certaine capacité mégahertz du satellite exploité au gouvernement de l'État d'accueil – comme dans l'affaire *Eutelsat SA*

⁴⁷⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* [I], ICSID Case No. ARB/00/4.

⁴⁷⁵ Agreement between the Government of the Republic of Costa Rica and the Government of Canada for the Protection and Promotion of Investment, signed on March 18, 1998, in force since September 29, 1999.

⁴⁷⁶ H. QI, *The Definition of Investment and its Development: for the Reference of the Future BIT between China and Canada*, https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/16397_45-3%20Qi.pdf

⁴⁷⁷ *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited., and Telcom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*, PCA Case No. 2013-09.

*c. Mexique*⁴⁷⁸.

Dans de telles situations, les opérateurs privés étrangers qui utilisent les bandes de fréquences et les créneaux orbitaux d'un État hôte, peuvent-ils être considérés comme ayant effectué un investissement sur le territoire dudit État ?

Dans l'affaire *Devas c. Inde*, l'État indien soulève l'absence d'investissement de la part de *Devas* en se basant sur les dispositions du Traité Bilatéral d'Investissement (TBI) *Inde-Île Maurice* qui protègent « les actifs investis et autorisés conformément aux lois et réglementations du pays hôte »⁴⁷⁹. Le pays arguait que puisque *Devas* n'avait pas déposé de demande de licences, l'ensemble des activités menées par cette dernière n'étaient donc pas qualifiées d'investissements au sens du TBI. Dans l'affaire *Entelsat c. Mexique*, la réglementation relative aux licences d'exploitation de bandes de fréquences au Mexique exige que les opérateurs de satellites réservent une certaine quantité de mégahertz de leur capacité globale à l'usage du gouvernement⁴⁸⁰. Le Mexique reconnaît donc par cette réglementation le droit des titulaires de telles licences d'exploiter la majorité de la capacité en mégahertz de leurs satellites, toutefois, sous réserve du respect de la condition évoquée précédemment.

À travers ces exemples, nous pouvons noter qu'à chaque fois que les États accordent à des entités privées étrangères le droit d'exploiter des bandes de fréquences ou une position orbitale et prennent des mesures pour réglementer leurs activités, cela signifie que les États réglementent potentiellement des investissements étrangers.

Nous pouvons conclure le suivant : à mesure

que l'État hôte crée et reconnaît à l'échelle interne des droits sur les ressources spatiales, ces droits pourraient alors faire l'objet de réclamations⁴⁸¹ au titre d'un traité bilatéral d'investissement, étant donné qu'ils peuvent être considérés comme des « actifs » au sens d'un grand nombre de TBI⁴⁸².

B- La territorialité des actifs relatifs aux activités spatiales

L'aptitude d'un tribunal arbitral à exercer sa compétence induit en second lieu de traiter la notion de territorialité.

La question n'est pas « pourquoi des problèmes de territorialité se poseraient », mais plutôt « pourquoi des problèmes de territorialité ne se poseraient pas » pour les actifs physiques opérant dans l'espace extra-atmosphérique. Après tout, la plupart des traités bilatéraux d'investissement exigent un investissement de la part d'un opérateur étranger sur le territoire de l'État hôte. La satisfaction de l'exigence de territorialité peut s'avérer être une tâche difficile du fait qu'il est facile de revendiquer que toute activité spatiale se déroule « effectivement » en dehors du territoire de l'État hôte⁴⁸³. Une nouvelle difficulté soulevée du Traité sur l'espace extra-atmosphérique vient complexifier la situation. L'article 2 dudit Traité interdit expressément à tout État de revendiquer sa souveraineté dans l'espace extra-atmosphérique⁴⁸⁴.

Toutefois, la Convention sur l'immatriculation des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique prévoit que tout objet lancé dans l'espace doit être inscrit sur

⁴⁷⁸ *Entelsat S.A. c. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/17/2.

⁴⁷⁹ Article 1 (1) (a) du TBI Inde-Île Maurice de 1998.

⁴⁸⁰ T. JONES, « Mexico Faces a Further Telecoms-related Claim at ICSID », *Global Arbitration Review*, 18 August 2017.

⁴⁸¹ V. DADWAL, M. MACDONALD, « Arbitration of Space-Related Disputes: Case Trends and Analysis », *Eleven International Publishing*, 2020, p. 7.

⁴⁸² S. KING, « Incentivizing Commercial Space Activities through International Investment Arbitration », *Kluwer Arbitration Blog*, 2020.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ « L'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, ne fait pas l'objet d'une appropriation nationale par revendication de souveraineté, par utilisation ou occupation, ou par tout autre moyen ».

le registre national d'un État⁴⁸⁵. L'article VII du Traité sur l'espace extra-atmosphérique prévoit également que tout objet lancé dans l'espace par un État relève de la « juridiction » et du « contrôle » de cet État. Enfin, les bandes de fréquences et les créneaux orbitaux sont attribués par l'Union Internationale des Télécommunications (UIT) uniquement aux États, qui peuvent ensuite les attribuer à des entités privées conformément à leurs lois nationales.

À travers ces exemples nous pouvons constater que l'industrie spatiale est une industrie hautement réglementée, développant des dispositions réglementaires pour autoriser et superviser le lancement d'objets dans l'espace. Ce sont donc ces dispositions qui peuvent par la suite aider à résoudre l'énigme de territorialité lorsque l'arbitrage est invoqué à des fins de réclamations sur le fondement de traités de protection des investissements. Mais un dernier défi peut subsister si l'on adopte un tel raisonnement. Il se peut en effet qu'un satellite soit lancé par un État « X », puis contrôlé par un État « Y », tout en ayant pour but de fournir des services à un État « Z ». L'implication de plusieurs juridictions rend l'application des articles susmentionnés problématique. L'évaluation de la territorialité peut s'avérer donc plus complexe que prévu en ce qu'elle pourra nécessiter la détermination de l'État avec lequel l'activité spatiale en question a le lien de territorialité le plus étroit.

Néanmoins, il est peu probable que des questions d'extraterritorialité se posent en pratique et ce qui est surprenant, c'est que

dans les trois affaires citées précédemment, la question de territorialité n'a pas été soulevée devant les tribunaux d'arbitrage. Bien au contraire, la question qui peut plutôt se poser est celle de savoir si l'entité privée spatiale de droit étranger ou la base géographique de l'investissement opère depuis le territoire de l'État d'accueil ou depuis l'étranger⁴⁸⁶. À cet égard, s'il a été admis plusieurs fois, notamment dans l'affaire *SGS c. Philippines*⁴⁸⁷, que le lien territorial des investissements n'exige pas nécessairement la présence physique et effective d'un investissement sur le territoire d'un État⁴⁸⁸, nous pouvons adopter cette solution aux activités spatiales et considérer que les opérations satellitaires ont toujours un lien naturel avec au moins un État⁴⁸⁹. Un tel lien existe donc du fait des réglementations citées précédemment, mais également du fait de certaines expropriations pouvant être effectuées par l'État hôte. Dans l'affaire *Devas c. Inde*, en expropriant les investissements effectués par *Devas* pour des motifs d'intérêts essentiels de sécurité⁴⁹⁰, les fréquences sont considérées comme faisant partie des intérêts souverains de l'Inde. Cela induit donc l'établissement d'un lien territorial des investissements avec l'État hôte indien.

Les cas examinés indiquent que les problèmes auxquels sont confrontés les investisseurs étrangers opérant dans le secteur spatial sont assez familiers : des problèmes de juridiction, des questions d'expropriation et des exigences de traitement juste et équitable, qui sont tous des problèmes que l'arbitrage d'investissement est bien adapté à résoudre.

⁴⁸⁵ Article II-1 : « Lorsqu'un objet spatial est lancé en orbite terrestre ou au-delà, l'État de lancement immatricule l'objet spatial au moyen d'une inscription dans un registre approprié qu'il tient à jour. Chaque État de lancement informe le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de la création d'un tel registre ».

⁴⁸⁶ L'article 25 (1) de la Convention de Washington de 1965 dispose clairement que la compétence du Centre s'étend à tout litige découlant directement d'un « investissement » entre un État contractant (c'est-à-dire l'État d'accueil) et un ressortissant d'un autre État contractant (c'est-à-dire l'investisseur).

⁴⁸⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6.

⁴⁸⁸ M. MALIK, « *SGS v. Philippines* », *International Treaty News*, IISD (en ligne), 18 octobre 2018.

⁴⁸⁹ A. TORLINE, « Looking Back While Looking Up: A Review of Space Arbitration Topics », *Kluwer Arbitration Blog*, 2023.

⁴⁹⁰ P. RANJAN, « *Devas v. Antrix: Lessons for India in Navigating Bilateral Investment Treaty Disputes* », *ORF Issue Brief*, No. 537, Observer Research Foundation, p. 5.

II- Les limites de l'arbitrage investisseur-État dans la résolution des différends relatifs à l'activité spatiale

Les activités spatiales sont des activités à risque élevé et nécessitent des investissements financiers tant dans les phases de recherche, de conception, de développement que de fonctionnement. Compte tenu du nombre élevé de contrats mis en jeu, le risque de contentieux devient alors également élevé. Se pose donc la question des limites de l'arbitrage⁴⁹¹.

Mais comment se matérialisent effectivement ces limites ?

Une limite bien problématique tient de la particularité des différends aboutissant à un arbitrage dans le secteur spatial, à savoir la limitation de la responsabilité de ses différents acteurs. Une limitation qui peut dégénérer vers un abus notamment de la part des États qui tendent dans de nombreuses situations à s'exonérer de leurs engagements et à exclure leur responsabilité pour certains actes pris en vertu de certaines dispositions insérées dans un TBI. À titre d'exemple, si l'État s'oblige par des mesures de traitement juste et équitable et des mesures de protection envers l'investisseur, il peut s'exonérer totalement ou partiellement de ses obligations par « des clauses d'intérêt essentiel de sécurité » insérées dans les TBI et rédigées de façon abstraite, induisant donc multiples interprétations.

L'arbitrage dans ce cas ne présente-t-il pas de limites ?

Il est probable de penser que l'arbitrage d'investissement, en tant qu'institution, est lui-même limité aux faits de l'espèce et à l'application des dispositions du traité

bilatéral d'investissement qui d'une part, régissent son intervention, mais d'autre part, permettent cette forme de « déresponsabilisation ». Concrétisons ce propos par l'exemple suivant : un traité bilatéral d'investissement comporte une clause d'intérêt essentiel en matière de sécurité ; clause que peut invoquer régulièrement un État en matière d'activités spatiales. Une entité privée de droit étranger se voit exproprié de son investissement par l'État hôte qui invoque cet intérêt essentiel en matière de sécurité.

Comment va agir le tribunal arbitral ?

Dans ce contexte, les affaires *Devas c. Inde* et *Deutsche Telekom c. Inde*⁴⁹² revêtent une importance particulière. Une société d'État indienne, *Antrix*⁴⁹³, a annulé un accord par lequel elle louait du spectre électromagnétique sur deux satellites à la société *Devas*, invoquant une nécessité d'attribution du spectre pour répondre aux besoins militaires de l'État. Alléguant l'expropriation et la violation du traitement juste et équitable, *Devas* a initié une procédure d'arbitrage dans le cadre du traité bilatéral d'investissement *Inde-Île Maurice*. Un deuxième arbitrage a été introduit par *Deutsche Telekom* – qui détient des parts sociales de *Devas* – dans le cadre du traité bilatéral d'investissement *Allemagne-Inde*. Les deux accords de promotion et de protection d'investissements étrangers comportaient une clause d'intérêt essentiel en matière de sécurité⁴⁹⁴ ; clause qui limite la disponibilité de protections des investissements lorsqu'un État adopte une mesure pour protéger un tel intérêt.

La question fondamentale dont les tribunaux étaient saisis résidait dans le fait de savoir si l'Inde pouvait annuler l'accord afin de protéger cet intérêt. Le succès d'un tel

⁴⁹¹ V. aussi R. HERTZELD, T. NELSON, « Binding Arbitration as an Effective Means of Dispute Settlement for Accidents in Outer Space », in *Proceedings of the International Institute of Space Law*, Eleven International Publishing, 2013, p. 140.

⁴⁹² *Deutsche Telekom AG v. République de l'Inde*, PCA case No. 2014-10, interim award.

⁴⁹³ *Antrix* est une société détenue à 100 % par la République de l'Inde, qui prétend fonctionner comme la branche commerciale de l'Organisation indienne de recherche spatiale et du Département indien de l'espace.

⁴⁹⁴ L'article 11(3) du TBI Inde-Île Maurice et l'article 12 du TBI Inde-Allemagne.

argument dépendait de la formulation du traité d'investissement concerné ; à savoir, d'une part le TBI *Inde-Allemagne*⁴⁹⁵ et d'autre part, le TBI *Inde-Île Maurice*⁴⁹⁶. En effet, si les dispositions relatives à l'intérêt essentiel en matière de sécurité sont claires et ne portent pas à confusion, l'arbitre reste limité au texte. Or, si les dispositions du traité en la matière ne sont pas claires, l'arbitre disposera du pouvoir d'interprétation – pouvoir discrétionnaire quant à l'appréciation des différentes dispositions du traité. Toutefois, ce pouvoir d'interprétation peut également poser problème : les deux affaires citées sont sous-jacentes aux mêmes faits et au même différend tandis que le résultat est différent. Les solutions rendues par les deux tribunaux respectifs étaient en effet différentes car l'interprétation de la clause d'intérêt essentiel en matière de sécurité était différente.

En analysant précisément la formulation des dispositions relatives auxdites clauses dans les TBI respectivement cités ci-dessus, il paraît clairement que la portée des mesures pouvant être adoptées à des fins de protection d'intérêts sécuritaires n'est point la même. En effet, l'article 11(3) du TBI *Inde-Île Maurice* indique que les interdictions et les restrictions entreprises à de telles fins doivent être « orientées » vers la protection des intérêts essentiels de sécurité. L'article 12 du TBI *Inde-Allemagne* conditionne ces mesures à leur « nécessité » dans la protection des intérêts essentiels de sécurité. Chacune de ces approches conduit cependant à des conclusions très différentes en termes de responsabilité et d'indemnisation.

⁴⁹⁵ Article 12 du TBI *Inde-Allemagne* disposait le suivant : « Nothing in this Agreement shall prevent either Contracting Party from applying prohibitions or restrictions to the extent necessary for the protection of its essential security interests ».

⁴⁹⁶ Article 11(3) du TBI *Inde-Île Maurice* disposait le suivant : « The provisions of this Agreement shall not in any way limit the right of either Contracting Party to apply prohibitions or restrictions of any kind or take any other action which is directed to the protection of its essential security interests or to the protection of public health or the prevention of diseases in pets and animals or plants ».

⁴⁹⁷ G. ISSAC, « PCA tribunal holds India liable for unlawful expropriation and FET breach under India–

Le tribunal *CC/Devas* a procédé dans son argumentation en trois temps. Il a en premier lieu rappelé l'absence de toute formulation explicite de l'article 11 (3), impliquant que les dispositions qu'il prévoit ne s'interprètent pas par eux-mêmes⁴⁹⁷. Il a en second lieu précisé que l'État indien devait établir que la mesure entamée était liée à ses intérêts essentiels en matière de sécurité⁴⁹⁸, sans toutefois démontrer sa nécessité. Il a enfin estimé que la résiliation du contrat et la réappropriation du spectre pour les besoins des forces de défense et paramilitaires pouvaient être considérées comme « visant à protéger ses intérêts essentiels de sécurité »⁴⁹⁹. Il a toutefois maintenu qu'une attribution raisonnable du spectre pour la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Inde ne devait pas dépasser 60 % du spectre de la bande S attribué à *Devas*⁵⁰⁰. Le tribunal arbitral *Deutsche Telekom*, en revanche, a conclu différemment. Il a souligné la différence entre l'article 11(3) du TBI *Inde-Île Maurice* et l'article 12 du TBI *Inde-Allemagne*, indiquant que toute mesure prise par l'État en vertu de ce dernier doit être « nécessaire »⁵⁰¹ pour protéger des intérêts essentiels en matière de sécurité⁵⁰². Il a ensuite affirmé que la décision de résiliation et de réappropriation n'a pas réservé le spectre aux « intérêts essentiels de sécurité »⁵⁰³. En effet, en faisant référence à certaines « utilisations potentielles »⁵⁰⁴, dont certaines n'étaient pas liées aux intérêts essentiels de sécurité, ladite mesure n'était plus « nécessaire » pour protéger les intérêts essentiels de sécurité de l'État.

Mauritius BIPA », *International Treaty News*, IISD (en ligne), 17 octobre 2018.

⁴⁹⁸ *CC/Devas c. Inde*, affaire CPA n° 2013-09, para. 353.

⁴⁹⁹ *CC/Devas c. Inde*, Ibid., para. 354.

⁵⁰⁰ *CC/Devas c. Inde*, Ibid., para. 373.

⁵⁰¹ Le tribunal a estimé que pour qu'une action de l'État soit « nécessaire » à la réalisation d'un objectif, il devrait y avoir un lien plus étroit entre la mesure réglementaire (résiliation du contrat) et l'objectif (réacquérir le spectre de la bande S à des fins de sécurité nationale).

⁵⁰² *Deutsche Telekom c. Inde*, affaire CPA n° 2014-10, sentence arbitrale partielle, para. 288.

⁵⁰³ *Deutsche Telekom c. Inde*, Ibid., para. 286.

⁵⁰⁴ Ibid.

Les deux affaires *CC/Devas contre Inde* et *Deutsche Telekom contre Inde* ont mis en exergue un exemple de divergence interprétative s'agissant de l'appréciation de la portée des clauses d'intérêt essentiel de sécurité. En effet, ces deux affaires ont démontré que des tribunaux arbitraux en matière d'investissements peuvent arriver à des conclusions différentes sur des questions identiques⁵⁰⁵ relatives au même différend et aux mêmes faits. Mais l'incohérence⁵⁰⁶ tirée de cette divergence interprétative ne s'analyse-t-elle pas en une sorte de limite de l'arbitrage d'investissement ? Admettons que la cohérence des sentences arbitrales rendues dans le cadre d'un arbitrage d'investissement contribue à la crédibilité et à la légitimité de l'institution que représente ce mode alternatif de règlement des différends⁵⁰⁷. Un tel postulat justifie en quelque sorte le fait que la cohérence des décisions arbitrales soit au cœur des critiques relatives à l'arbitrage d'investissement, étant donné que la cohérence de tout système normatif induit son exemption de contradictions⁵⁰⁸.

Toutefois, les interprétations contradictoires effectuées par les tribunaux arbitraux en matière d'investissement tiennent principalement du manque d'engagement avec la jurisprudence arbitrale antérieure⁵⁰⁹.

Cela crée donc une sorte d'imprévisibilité⁵¹⁰, qui est certes une vertu de l'arbitrage. Mais cette imprévisibilité – pouvant mettre à mal les intérêts légitimes des investisseurs et des États hôtes⁵¹¹ – n'est-elle pas synonyme d'insécurité juridique⁵¹² ?

Conclusion

Le cadre juridique régissant l'espace extra-atmosphérique a toujours semblé être un domaine du droit réservé à l'autorité publique⁵¹³, limitant l'exploitation de l'espace à l'action gouvernementale, notamment à des fins militaires et de télécommunication. Ces dernières années, l'espace s'est de plus en plus commercialisé et démocratisé, les récents développements technologiques ayant permis de réduire les coûts d'accès à l'espace⁵¹⁴. On assiste aujourd'hui à une privatisation des opérations spatiales, avec des tentatives d'ouverture de nouveaux domaines tels que le tourisme spatial, les activités de surveillance, et bien d'autres.

Une telle croissance de l'activité spatiale commerciale nécessite un mécanisme approprié de résolution des litiges octroyant une sécurité juridique aux investisseurs et aux États. À cet égard, si l'arbitrage peut être

⁵⁰⁵ D. JONES, *Investor-State Arbitration : The Problem of Inconsistency and Conflicting Awards*, Etude présentée à la German-American Lawyers' Association (Association des juristes germano-américains), 2011, p. 3.

⁵⁰⁶ D. FROSSARD, *L'arbitrage d'investissement : crise et réforme*, Université de Genève, p. 8.

⁵⁰⁷ Il existe un débat doctrinal quant à l'intérêt de la cohérence des décisions arbitrales. Pour certains, la cohérence est primordiale : voir G. KAUFMANN-KOHLER, « Is Consistency a Myth? », in *Precedent in International Arbitration*, Juris Publishing, New York, 2008, p. 145 ; d'autres se questionnent quant à son intérêt : T. SCHULTZ, « Against Consistency in Investment Arbitration », in *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 1.

⁵⁰⁸ G. BATTISTA RATTI, J. L. RODRIGUEZ, « On Coherence as a Formal Property of Normative Systems », *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 27, 2015, p. 132.

⁵⁰⁹ G. KAUFMANN-KOHLER, « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? », *Arbitration International*, Vol. 23, 2006, p. 359.

⁵¹⁰ IBA ARBITRATION SUBCOMMITTEE ON INVESTMENT TREATY ARBITRATION, *Consistency, efficiency, and transparency in investment treaty arbitration*, 2018, p. 6.

⁵¹¹ S. D. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005, p. 1558.

⁵¹² Voir M. POTESÀ, « Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 28, 2013, p. 91 ; A. REINISCH, « The Role of Precedent in ICSID Arbitration », *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, Stämpfli, 2008, p. 1.

⁵¹³ J. FROHLOFF, « Arbitration in space disputes », *Arbitration International*, Oxford University Press, 2019, Volume 35 Issue 3, pp. 309 – 329.

⁵¹⁴ M.-J. ALARCON, « New Opportunities for Arbitration Lawyers: Climate Change, Outer Space and Human Rights », *Kluwer Arbitration Blog*, July 3, 2021.

considéré comme le mode le plus adéquat quant à la résolution des différends impliquant des entités privées étrangères avec des États, se pose toutefois une dernière question : est-il adapté aux spécificités de l'industrie spatiale ?

Il est difficile actuellement de répondre à un tel questionnement étant donné que le

contentieux dans ce domaine se limite à quelques affaires citées précédemment. Mais il reste clair que les enjeux juridiques sont variés, certains étant propres à une telle industrie, et impliquent l'attente de la prolifération du contentieux.

IV. Articles divers

« La guerre par le droit : quand la Chine entre en ordre de bataille ».

Maya Dabrowski, Chargée de Mission du pôle « Intelligence Juridique » au sein de l'Innovation Lab et Kaori Vestieu, Membre du Comité Asie-Pacifique.

"L'excellence suprême consiste à vaincre l'ennemi sans le combattre"⁵¹⁵

Au XXI^{ème} siècle, le droit s'est imposé comme un levier d'influence et de puissance indéniable dans les rivalités internationales. Longtemps perçu comme un outil de domination propre aux États-Unis - notamment via l'extraterritorialité de leurs lois - la République Populaire de Chine (RPC) s'en est progressivement emparée pour défendre et projeter ses intérêts sur la scène mondiale⁵¹⁶. Un changement de paradigme discret mais dont les racines remontent à quelques décennies.

Pendant plus d'un siècle, la Chine s'est vu imposer une législation par les puissances coloniales, d'abord britanniques puis japonaises, ce qui a contribué à sa marginalisation dans l'arène internationale. Ce **"Siècle de l'Humiliation"**, terme volontiers repris par les dirigeants chinois pour désigner la période entre 1839 et 1949, a été profondément marqué par un déclin sur un plan territorial (concessions de Hong Kong et Macao) et économique, sous l'effet de divers **traités inégaux** imposés de l'extérieur. L'ouverture forcée des ports chinois au commerce de l'opium, imposée par les puissances occidentales, a entraîné de surcroît une crise sanitaire majeure et une

déstabilisation politique.

Avec son ascension au rang de seconde puissance mondiale, cet état de fait appartient désormais au passé. La RPC ne subit plus le droit ; elle œuvre au contraire en coulisse afin de façonner un rapport de force à son avantage s'appuyant sur une stratégie juridique finement ficelée.

Cette approche s'inscrit dans la doctrine militaire des **"trois guerres"**, - la guerre psychologique, la guerre de l'opinion publique et la guerre du droit, - un concept développé par l'Armée populaire de libération (APL) en 2003 visant à gagner un conflit sans combattre en influençant l'environnement stratégique, politique et juridique pour favoriser les intérêts de la Chine. Ces **trois dimensions ne doivent pas être comprises comme une version chinoise de la "guerre hybride" mais comme une continuité de la puissance du PCC**⁵¹⁷. Son bras armé, l'APL, a pour mission première d'assurer la pérennité du régime en décuplant le pouvoir politique du PCC, à l'intérieur comme à l'extérieur du pays. Cette stratégie de guerre par le droit, dont les manifestations seront explorées ci-après, reflète parfaitement les nouvelles formes de conflit du XXI^{ème} siècle que l'on pourrait qualifier de "guerre avant la guerre".

⁵¹⁵ Sun Tzu, *L'Art de la guerre*, Chapitre 3, "De la stratégie offensive", édition Flammarion, 2017.

⁵¹⁶ DUCHÂTEL, Mathieu. WRIGHT, Georgina. "Extraterritorialité chinoise : le nouvel arsenal juridique". *Institut Montaigne* [en ligne], 2024 [consulté le 1 mars 2025] Disponibilité et accès : [https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/extraterritorialite-chinoise-le-nouvel-](https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/extraterritorialite-chinoise-le-nouvel-arsenal-juridique.pdf)

[arsenal-juridique.pdf](#).

⁵¹⁷ CHARON, Paul, JEANGENE VILMER Jean-Baptiste. "Les opérations d'influence chinoises", *IRSEM* [en ligne], 2021 [Consulté le 1 mars 2025]. Disponibilité et accès : <https://www.irsem.fr/rapport.html>

I. La revanche par le droit : de la soumission à l'arme d'influence

L'opération *Tempête du désert* pendant la première Guerre du Golf (1990-1991) a marqué un tournant majeur dans l'évolution des doctrines stratégiques des grandes puissances témoins du conflit. En quelques semaines, les États-Unis ont écrasé l'armée irakienne en démontrant une supériorité technologique inédite : frappes de précision avec les missiles *Tomahawk*, déploiement d'avions furtifs *F-117 Nighthawk*, brouillage des communications irakiennes et coordination via GPS. La destruction rapide des infrastructures stratégiques irakiennes, comme les centres de commandement et les réseaux radar, a mis en évidence l'efficacité redoutable de cette nouvelle guerre ultra-technologique. **A Pékin, cet électrochoc a profondément ébranlé l'Etat-major dans sa confiance en ses doctrines établies, amorçant une révision stratégique qui prendra la décennie à se structurer.**

C'est en 1999 qu'une doctrine nouvelle finit par être formalisée par deux colonels de l'APL, Qiao Liang et Wang Xiangsui, dans leur ouvrage *La Guerre hors limites*. Selon eux, la puissance d'un Etat ne repose désormais plus uniquement sur les armes, mais également – et davantage – sur des méthodes indirectes et subtiles « *qui ne se caractérisent pas par l'emploi de la force des armes, ni par l'emploi de la puissance militaire, ni même par la présence de victimes ou l'effusion de sang* »⁵¹⁸. Ainsi, dès les années 2000, les stratèges chinois ont compris que rivaliser sur le plan militaire ne suffisait plus : **il allait falloir élargir le champ des confrontations à tous les moyens non-cinétiques**⁵¹⁹ — économique, informationnelle et juridique.

Cette doctrine a été reprise officiellement en 2003 par le PCC avec l'adoption par l'APL de

la théorie des **Trois Guerres** (*san zhan*) :

1. **La guerre psychologique**, visant à affaiblir la volonté de l'adversaire par la peur et l'intimidation,
2. **La guerre de l'opinion publique**, visant à influencer le récit médiatique mondial en faveur des intérêts chinois,
3. **La guerre du droit** (*falü zhan*), conçue pour légitimer les actions de la RPC et délégitimer celles de ses rivaux par des moyens juridiques.

Le *falü zhan* occupe une place singulière dans ce triptyque. Il s'appuie sur le droit national et international pour légitimer les actions de la Chine et délégitimer celles de ses adversaires (voir partie II), mais il se distingue cependant de la notion occidentale de *lawfare* — perçue de manière péjorative comme une instrumentalisation déloyale du droit. Le *falü zhan*, lui, est revendiqué comme une doctrine militaire officielle, validée ouvertement par le Comité Central du Parti et la Commission Militaire Centrale. Là où le *lawfare* est généralement officieux et réactif, utilisé pour discréditer un adversaire, le *falü zhan* est proactif et structuré : il sert à légitimer juridiquement les actions de la Chine sur la scène internationale.

Outre son aspect stratégique, la guerre du droit répond à une faiblesse structurelle de la puissance chinoise : comme observé par Henry Kissinger dans *World Order* (2015), la Chine n'a pas participé à la construction de l'ordre juridique international façonné après 1945, et elle n'oublie pas que cet ordre s'est ainsi originellement imposé à elle. Le droit public international, construit selon elle par les puissances occidentales pour les puissances occidentales, serait donc en total décalage avec ses aspirations sur la scène mondiale⁵²⁰. Refusant de subir ces normes perçues comme désavantageuses, la Chine

⁵¹⁸ LIANG, Qiao. XIANGSUI Wang. *La Guerre hors limites*. Payot & Rivages, 2003. 317p.

⁵¹⁹ DONNET, Pierre-Antoine. "Chine comprendre la guerre cognitive de Pékin contre l'Occident". *Asiast* [en ligne], 2024 [Consulté le 1 mars 2025]. Disponibilité et accès :

<https://asiast.com/fr/2024/03/28/occident-chine-guerre-cognitive/>

⁵²⁰ KISSINGER, Henry. *World Order*. Penguin Books, 2015. 403p

cherche aujourd'hui à les contester et à imposer une vision plus favorable à ses intérêts.

En somme, à travers le *falü zhan*, la Chine s'approprie les instruments qui ont participé à son déclin au XIX^{ème} et XX^{ème} siècle, développant un narratif juridique favorable à ses ambitions **et bâtissant un arsenal légal réciproque à celui de son rival contemporain : les Etats-Unis.**

II. L'arme juridique en action : les outils de la domination chinoise

Le *falü zhan* se déploie sous deux formes distinctes. La première, **offensive**, s'applique à la mer de Chine méridionale, où il sert à légitimer la stratégie chinoise de territorialisation. Pékin s'appuie sur une réinterprétation du droit international pour justifier juridiquement ses revendications maritimes et contester l'intégrité des frontières des États côtiers. La seconde facette est **défensive** : elle repose sur la création d'un arsenal juridique destiné à contrer les mesures extraterritoriales américaines, établissant ainsi un cadre de riposte aux pressions économiques et diplomatiques exercées par Washington.

1. Le droit comme arme offensive : le cas de la Mer de Chine Méridionale

Le droit de la mer, intégralement coutumier jusqu'au début des années 80, reflète la juridicisation progressive des relations internationales. La Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 consacre le passage d'un "droit de navigation" quasiment absolu, à la reconnaissance d'une souveraineté des États côtiers sur leurs eaux territoriales et les ressources comprises dans leur Zone Économique Exclusive (ZEE). La délimitation des frontières maritimes devient un enjeu de puissance, économique, énergétique et stratégique.

Proposer une interprétation alternative du droit international public pour légitimer une posture favorable aux intérêts de la Chine devient ainsi un pivot de la stratégie du "fait accompli" propre à Pékin, illustré de manière topique par ses revendications territoriales en Mer de Chine Méridionale (MCM).

Rompre les chaînes d'îles

Depuis la guerre froide, la militarisation des zones insulaires en Asie-Pacifique, dites les **"trois chaînes d'îles"** - conceptualisée par le diplomate John Foster Dulles en 1951 - permettent un endiguement maritime de l'Union Soviétique puis de la RPC par les Etats-Unis.

Figure 1: Island Chains in the 2012 DoD China Military Power Report



Source:
Office of the Secretary of Defense 2012, 40.

Carte des deux premières chaînes d'îles, *Office of the Secretary of Defense*, 2012, 40.

Dès la fin des années 1980, l'amiral Liu Huaqing donne l'impulsion pour moderniser et renforcer les forces maritimes chinoises. “*Le père de la marine chinoise moderne*” fixe ainsi comme objectif de contrôler l'espace maritime contenu dans la “première chaîne d'île⁵²¹”.

En effet, le contrôle des zones insulaires assure à Pékin l'accès à des ressources halieutiques abondantes, à d'importants gisements d'hydrocarbures et au contrôle des routes commerciales maritimes vitales pour son économie.

Cette stratégie épouse l'ancienne volonté expansionniste de la **ligne à neuf traits** (ou « ligne en langue de bœuf »), qui correspond

selon la RPC aux “eaux historiques chinoises” et qui englobe entre 80 % et 90 % de la MCM. La stratégie maritime chinoise se fonde ainsi sur deux éléments : **le retour des “droits historiques” et la militarisation de la MCM⁵²²**. Dans cette lignée, la Chine adopte en 1992 une loi sur les eaux territoriales qui consacre l'usage de la force armée pour défendre sa souveraineté sur cet espace maritime.

Une lecture alternative de la CNUDM

Dans sa guerre du droit, la Chine s'appuie sur plusieurs dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) de 1982, ratifiée par cette dernière en 1996, pour justifier ses revendications maritimes en mer de Chine

⁵²¹ EUDELIN, Hugues. “L'extraordinaire essor de la puissance navale chinoise”. *Revue Défense Nationale*, 2018, n° 807, p.85-94.

⁵²² *Marine Nationale* [en ligne]. Mer de Chine Méridionale, une forte volonté chinoise de

territorialisation. Disponible sur : <https://www.defense.gouv.fr/marine/cols-bleus/cols-bleus-magazine/geopolitique/mer-chine-meridionale-forte-volonte-chinoise-territorialisation>

méridionale.

Quelques exemples peuvent être cités en MCM :

- La Chine revendique que plusieurs récifs et îlots des **Spratleys** et des **Paracels** sont des îles au sens de l'article 121 de la CNUDM, lui conférant une ZEE sur ces territoires.
- Pékin invoque des **“droits historiques”** pour justifier sa souveraineté sur la ligne à neuf traits, arguant que ces eaux lui appartenaient bien avant la CNUDM.

- La RPC s'est servie de cet article en 2013 pour **exclure la compétence des tribunaux internationaux** en matière de délimitations maritimes, lui permettant de refuser de participer à l'arbitrage engagé par les Philippines.

Cette approche juridique n'est pas partagée par les Etats voisins. Pékin interprète en effet la CNUDM à son avantage ; ainsi, la ligne à neuf traits nie la souveraineté du Vietnam, la Malaisie, l'Indonésie, les Philippines, Brunei et Taïwan sur leur ZEE.



Carte des zones de contestations maritimes en Asie du Sud-Est, D. Jaquard / *Marine nationale*

Le refus de l'arbitrage philippin en 2013 conduit Manille à enclencher un affrontement juridique, engageant une procédure devant la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de La Haye pour contester les revendications maritimes chinoises au titre de l'annexe VII de la CNUDM. En 2016, la **CPA déclara la Chine coupable d'avoir violé les droits souverains des Philippines dans leur ZEE, en empêchant les pêcheurs philippins d'accéder au récif de Scarborough et en exploitant illégalement les ressources halieutiques et les hydrocarbures dans des zones appartenant**

légalement aux Philippines⁵²³.

Malgré tout, la Chine refuse de reconnaître cette décision et poursuit ses activités dans cette zone, consolidant *de facto* sa présence dans la région par la militarisation des récifs - des formations rocheuses que la Chine transforme en îles artificielles en y construisant des infrastructures militaires – elles aussi contestées⁵²⁴. Ce refus flagrant de Pékin de se confirmer à la décision d'arbitrage n'est d'ailleurs pas sans interroger le pouvoir contraignant des décisions de la CAP.

Les zones grises

Les “zones grises” - espaces où la régulation internationale est contestée par certains acteurs - démontrent la montée des tensions en MCM entre États côtiers et la RPC. Les zones grises permettent à l'Empire du Milieu de contraindre sans franchir le seuil d'une confrontation militaire directe. Pour se faire, la Chine recourt simultanément à sa milice maritime et ses garde-côtes. Sous couvert d'opérations civiles, ces acteurs exercent des pressions continues sur les flottes étrangères, entravant la navigation des pays riverains et consolidant la présence chinoise sans déclencher d'escalade militaire directe.

En 2018, Pékin adopte la *Coast Guard Law* (CGL), qui formalise la collaboration entre les garde-côtes chinois et l'APL. Cette loi, d'application extraterritoriale, permet à la Chine de revendiquer sa juridiction sur des eaux contestées. Le décret n° 3 de la Garde côtière chinoise, entré en vigueur le 15 juin 2024, renforce cette approche en autorisant la détention, sans décision de justice, de navires et d'équipages étrangers dans les eaux revendiquées par Pékin.

Bien que les États-Unis ne soient pas signataires de la CNUDM, ils interviennent néanmoins activement à travers des *Freedom of Navigation Operations* (FONOPs) depuis 2015. Ces patrouilles visent à contenir les revendications maritimes de Pékin, notamment dans les îles Spratleys. Ces incursions sont perçues par Pékin comme des violations inacceptables de sa souveraineté. **La guerre du droit en MCM est donc également une guerre par procuration entre les deux puissances mondiales : la Chine et les États-Unis.**

2. Le droit comme arme défensive

Une riposte à l'extraterritorialité américaine

En matière économique, la Chine a renforcé son arsenal législatif pour riposter aux sanctions américaines imposées dans le cadre de la “guerre commerciale”. Deux lois illustrent particulièrement cette approche.

D'une part, **la loi sur le contrôle des exportations (2020)** confère à la RPC le droit de restreindre non seulement ses propres exportations, mais aussi le transfert (notamment via des licences) et la réexportation de technologies sensibles, hors de son territoire. Présentée comme une mesure de riposte contre les sanctions américaines, **cette loi constitue en réalité un levier stratégique majeur**, notamment dans la gestion des **terres rares**, dont la Chine détient entre **60 % et 70 % de la production mondiale**⁵²⁵. Essentielles aux industries électroniques, aéronautiques et de défense, les terres rares confèrent à la RPC une influence considérable sur les chaînes d'approvisionnement des industries

⁵²³ SCHULTHEISS, Christian. « La Chine et les limites conceptuelles et pratiques de la guerre juridique en mer de Chine méridionale » *Revue Défense Nationale*, 2022, n° 852 p. 31-37

⁵²⁴ Ministry of foreign affairs of the People's Republic of China. Conférence de presse du 29 avril 2016 tenue par la porte-parole du ministère des Affaires étrangères Hua Chunying. Disponible sur : https://www.mfa.gov.cn/fra/xwfw/fyrth/lxjzzdh/201605/t20160506_9717306.html

⁵²⁵ PITRON, Guillaume. *La guerre des métaux rares : La face cachée de la transition énergétique et numérique*, Poche, 2023. 351 p.

occidentales. En restreignant leur exportation, la Chine a le pouvoir de perturber des secteurs clés de l'économie mondiale et d'exercer une pression sur ses partenaires commerciaux.

D'autre part, la **loi contre les sanctions étrangères (2021)** permet à la Chine de prendre des contre-mesures à l'encontre des entités appliquant des restrictions qu'elle considérerait comme injustes. Conçue en réponse aux politiques extraterritoriales des États-Unis, cette loi vise notamment à punir les sanctions commerciales et restrictions technologiques imposées à des entreprises chinoises, notamment dans les secteurs des technologies de pointe. Cette loi a trouvé une application récente dans le secteur des **semi-conducteurs** : en réponse aux restrictions américaines interdisant aux entreprises technologiques comme Nvidia ou Intel de vendre à la Chine des puces à capacités de calcul avancées⁵²⁶, la RPC a renforcé son contrôle sur les exportations de matériaux critiques.

Si ces lois sont aujourd'hui utilisées de manière défensive, **rien ne garantit que la RPC ne choisira pas à l'avenir de les utiliser à des fins offensives**⁵²⁷.

La promotion des intérêts sécuritaires de la Chine

En matière sécuritaire, la **loi sur la sécurité nationale à Hong Kong (2020)** renforce le contrôle judiciaire chinois en criminalisant toute action perçue comme une menace pour la sécurité nationale. Son application extraterritoriale est évocatrice : toute personne, où qu'elle se trouve dans le monde, exprimant des critiques à l'égard du régime chinois pourrait théoriquement faire l'objet de poursuites si elle se rend en Chine

ou dans un pays collaborant avec celle-ci.

Cette loi illustre une évolution majeure dans la stratégie juridique de Pékin : **la sécurité nationale n'est plus seulement une affaire domestique, mais un cadre juridique extensible bien au-delà de ses frontières.**

La protection de la souveraineté numérique chinoise

Dans sa guerre par le droit, la Chine a fait du contrôle des données un axe stratégique essentiel, affirmant ainsi sa souveraineté numérique face aux acteurs étrangers. Les lois adoptées en la matière traduisent une volonté du PCC d'encadrer strictement l'usage des données par des acteurs privés ou tiers, tout en définissant un cadre juridique aligné sur ses priorités économiques et sécuritaires. **Cette approche s'inscrit dans une dynamique mondiale où la donnée, "l'or noir du XXIème siècle"**⁵²⁸, **est devenue une ressource stratégique à part entière.** Deux exemples peuvent être cités.

La loi sur la cybersécurité de 2017 impose aux entreprises étrangères opérant sur le territoire de la RPC de **stocker localement les données sensibles des utilisateurs chinois** et de se conformer aux normes chinoises de cybersécurité. Apple, par exemple, a été contraint de transférer les données de ses utilisateurs chinois sur des serveurs contrôlés par une entreprise locale, Guizhou-Cloud Big Data (GCBD), afin de se conformer à cette exigence. Cette loi s'inscrit cependant dans une tendance globale où de nombreux États, notamment les États-Unis avec le Cloud Act de 2018, cherchent à renforcer leur contrôle sur les infrastructures numériques critiques.

La loi sur la protection des informations personnelles (PIPL, 2021) va plus loin en

⁵²⁶ Depuis octobre 2022, Washington interdit aux entreprises américaines (Nvidia, AMD, Intel) de vendre à la Chine des puces IA haut de gamme (ex. Nvidia A100, H100).

⁵²⁷ DUCHÂTEL, Mathieu. WRIGHT, Georgina. "Extraterritorialité chinoise : le nouvel arsenal juridique". *Institut Montaigne* [en ligne], 2024 [consulté

le 1 mars 2025] Disponibilité et accès : <https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/extraterritorialite-chinoise-le-nouvel-arsenal-juridique.pdf>.

⁵²⁸ KAI-FU, Lee. *IA, la plus grande mutation de l'histoire*. Broché, 2019. 362 p.

conférant à la Chine une **capacité d'influence juridique extraterritoriale**, obligeant toute entreprise traitant des données de citoyens chinois à se conformer aux normes et réglementations chinoises, quel que soit son pays d'implantation. Cette loi a entraîné l'arrêt des activités de nombreux acteurs étrangers en Chine. Cette approche s'éloigne du modèle du RGPD européen, qui vise principalement à protéger les droits des citoyens, alors que le PIPL met l'accent sur le contrôle étatique des flux d'information.

III. La guerre du droit ou la *“guerre avant la guerre”*

La mondialisation a renforcé l'interdépendance des États, favorisant parallèlement l'acceptation croissante d'un droit à portée extraterritoriale. Charles J. Dunlap décrivait ainsi dès les années 1990 l'importance grandissante du droit dans les affaires internationales qui a participé à l'élévation de la "conscience juridique", conscience par la suite imposée dans la régulation des conflits armés⁵²⁹. Néanmoins, le continuum « paix-crise-guerre » qui caractérisait l'ordre international depuis la fin de la guerre froide échoue à expliciter les dynamiques conflictuelles d'aujourd'hui : le triptyque proposé par le Chef d'Etat-major des Armées Thierry Burkard, **“compétition-confrontation-affrontement”**⁵³⁰, décrit davantage un état de compétition permanent entre les acteurs étatiques.

Cette analyse correspond à l'utilisation moderne du *lawfare*. **L'utilisation du droit par les Etats-Unis, puis par la Chine, a dépassé le simple cadre des conflits armés pour constituer un moyen de coercition politique en temps de paix.** La

vision stratégique du Chef d'Etat-major des armées décrit une situation de « guerre avant la guerre » prenant place aussi bien dans le domaine informationnel, économique, culturel que juridique, dans laquelle la France doit « lever l'incertitude et empêcher un fait accompli ».

L'emploi de la notion de « guerre » peut sembler abusif pour décrire un moyen coercitif ne faisant aucun mort. Néanmoins, l'Union Européenne doit renforcer sa résilience juridique afin de sécuriser ses intérêts vitaux. Prise en étau dans la compétition sino-américaine, l'Union Européenne observe déjà les effets délétères de cet affrontement sur un plan légal.

L'effet de ciseau est flagrant dans le domaine des semi-conducteurs. D'une part, Washington restreint l'accès à Pékin au marché des hautes technologies. D'autre part, la riposte chinoise coupe ses exportations en terres rares. Au milieu, les entreprises européennes sont prises en ciseau. L'entreprise néerlandaise ASML, leader mondial de la fabrication de machines lithographiques, présage de la position des entreprises européennes dans un futur proche : ASML est aujourd'hui contrainte de renoncer au marché chinois sous pression américaine. Possiblement, d'autres entreprises européennes seront ciblées à leur tour par les restrictions chinoises.

L'Union Européenne possède pourtant les outils nécessaires pour sécuriser ses intérêts dans cette **« guerre avant la guerre »**. Pour Laurent Cohen-Tanugi, la rhétorique juridique de Washington n'est pas sans rappeler la théorie des « effets » en droit de la concurrence européenne⁵³¹. Cette théorie

⁵²⁹ DUNLAP Charles J, “Lawfare Today : a perspective”. *Yale Journal of International Affairs*, 2008. P 147 [en ligne] Disponible sur : https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5892&context=faculty_scholarship

⁵³⁰ Ministère des Armées. Vision stratégique du chef d'état-major des armées d'octobre 2021 [en ligne]. Disponible sur : https://www.defense.gouv.fr/sites/default/files/ema/211022_EMACOM_

VisionStrategiqueCEMA_FR_Vdef_HQ%20%282%29.pdf.

⁵³¹ COHEN-TANUGI, “L'application extraterritoriale du droit américain, fer de lance de la régulation économique internationale ?”. *En temps réel, les cahiers* [en ligne], 2014 [consulté le 9 mars 2025]. Disponibilité et accès : <https://laurentcohentanugiavocats.com/wp-content/uploads/2014/02/Application->

retenue par la Cour de justice de l'Union européenne dispose que les actes anticoncurrentiels commis hors du territoire européen mais ayant un effet sensible sur celui-ci peuvent être soumis à la juridiction européenne. De surcroît, Joanne Scott qualifie la tradition juridique européenne « d'extension territoriale⁵³² ». **L'Union européenne dispose donc de fait d'une puissance normative qui lui permet d'imposer ses principes aux acteurs étrangers**, comme l'illustre l'affaire du « droit à l'oubli » imposé à Google⁵³³. Selon ce jugement, le règlement européen sur la protection des données personnelles s'applique à Google Inc. en raison, d'une part, de son établissement dans un État membre (en l'occurrence, l'Espagne) et, d'autre part, du fait que l'entreprise tire des revenus publicitaires de données stockées en Espagne. Anu Bradford va jusqu'à parler de « **l'effet de Bruxelles**⁵³⁴ » pour désigner ce mouvement de mise conformité aux

principes européens entrepris par un acteur étranger en vue d'accéder au marché unique.

En somme, Bruxelles n'ignore pas les logiques d'extraterritorialité et possède dans son arsenal juridique les ressources nécessaires pour se prémunir de la coercition aussi bien chinoise qu'américaine. Le marché unique doit user de son influence économique pour sécuriser ses intérêts, et l'Union européenne doit faire de la réciprocité de restriction du marché la pierre angulaire de notre stratégie de dissuasion de l'utilisation extraterritoriale d'un droit hostile à ses intérêts, qu'il soit chinois ou américain. Il s'agit d'un jeu d'équilibriste pour préserver l'indépendance de l'Europe vis à vis de ces deux puissances sans entretenir une compétition dangereuse. - *Si vis pacem, leges bellum.*

[extraterritorial-du-droit-am%C3%A9ricain-En-temps-r%C3%A9el-.pdf](#)

⁵³² SCOTT, Joanne. "EU Law Beyond EU Borders. The Extraterritorial Reach of EU Law", *Oxford University Press*, 2019, 234 pages

⁵³³ CJUE, grande chambre. 8 décembre 2022, aff C-460/20

⁵³⁴ BRADFORD, Anu. « The Brussels Effect », *Northwestern University Law Review*, 2013, vol. 107, p. 1